

L'ANIMAL GENETIQUEMENT MODIFIE

Exploitation et responsabilité

Beaucoup d'espoirs ont été placés dans les animaux génétiquement modifiés. Il est vrai que les perspectives sont des plus séduisantes. Le développement de nouveaux médicaments, l'éradication de maladies, la xénotransplantation : les progrès pour l'humanité paraissent grandioses. Très récemment, le gouvernement brésilien a envisagé de relâcher des moustiques génétiquement modifiés afin d'endiguer la propagation de la dengue¹. Mais en même temps, les animaux génétiquement modifiés suscitent des craintes tout aussi importantes, qui ressemblent parfois à des scénarios de films d'horreur.

Les dommages les plus inquiétants sont ceux qui pourraient venir affecter l'Homme et l'environnement et seront souvent marqués du sceau de la catastrophe². Les effets sur l'organismes humain d'aliments à base d'animaux génétiquement modifiés, les perturbations des équilibres biologiques et environnementaux : tout cela constitue des risques qu'il est difficile d'ignorer. Comme le dit un auteur, « le vivant est, par définition, enclin à se propager, à échapper au contrôle »³.

Ces craintes doivent être fortement nuancées⁴. L'absence d'animaux génétiquement modifiés pour l'alimentation jusqu'à ce jour témoigne de la prudence qui règne en la matière. Les mesures préventives que nous venons d'étudier, nous montrent que les autorités sont conscientes de ces dangers. Même en matière de brevetabilité, les conséquences futures sont parfois prises en compte, comme en témoigne l'affaire de l'« onco-mouse », décidément très riche en enseignements. La Chambre des recours techniques a en effet considéré dans sa décision T19/90 que « la manipulation génétique de mammifères soulève toutes sortes de problèmes », parmi lesquels les conséquences éventuelles d'une dissémination d'animaux transgéniques⁵. Malgré tout cela, il convient néanmoins d'adopter une attitude sereine face à la question des OGM, pour deux raisons : d'une part, on a assisté ces dernières années à une

¹ <http://www.sciencesetavenir.fr/sante/20140417.OBS4345/un-moustique-ogm-pour-lutter-contre-la-dengue.html>

² Qui posent plus généralement la question de l'échec du droit : v. J. BETAILLE, J.-M. LAVIEILLE, M. PRIEUR, Préface, *Les catastrophes écologiques et le droit : échecs du droit, appels au droit*, Bruylant 2012, p. 7.

³ O. REY, *Les OGM et la science moderne : accomplissement et menace*, in *Les OGM en questions*, op. cit., p. 45.

⁴ Comme le relève un auteur, à propos des OGM, « leur culture et leur consommation (éventuelle) sont associées, dans l'esprit du public, à diverses représentations mentales (autre approche de la culture...) qui n'échappent pas à l'irrationnel à l'émotion pour ne pas dire à l'ignorance », L. FONBAUSTIER, *Le droit à l'information et la participation en matière d'OGM*, in *Les OGM en questions Sciences, politique et droit*, op. cit., p. 187.

⁵ Ch. des recours techniques, 3 oct. 1990, préc., point 5.

amélioration de leur cadre juridique et d'autre part, on doit relever une prise de conscience de la préservation de la biodiversité⁶.

Notre hypothèse de travail versera donc dans le catastrophisme et touchera à la situation dans laquelle un dommage s'est effectivement produit. Comment le droit va-t-il appréhender cette situation ?

Il est vrai qu'en la matière, on privilégie nettement l'aspect préventif, comme nous avons pu le voir en matière d'autorisations d'utilisation, de mise sur le marché et de dissémination. La responsabilité apparaît dès lors comme un mécanisme curatif, qui entre en jeu lorsque le mal est fait. Cette affirmation n'est cependant pas aussi nette : la responsabilité a en effet des vertus prophylactiques et peut être un instrument au service d'une politique de l'environnement⁷. En outre, comme nous le verrons, la responsabilité va pouvoir puiser dans les normes préventives pour établir la faute d'une personne.

La responsabilité en matière environnementale est complexe, et les dégâts causés par les OGM ne font pas exception à ce constat⁸. Comme le souligne un auteur, en la matière « les responsabilités sont diffuses, l'idée même d'un lien causal est ébranlée par la distance dans le temps et dans l'espace entre le fait générateur et le dommage prétendu »⁹.

Bien souvent, en cas de survenance d'un dommage, celui-ci risque de se propager à grande vitesse et nécessitera des mesures d'urgence. Or un procès en responsabilité est un processus long, comme en témoigne le procès de l'Erica (Cass., 25 sept. 2012, le naufrage ayant eu lieu en décembre 1999).

Un dispositif d'urgence de nature administrative existe en droit positif a été mis en place. La directive 2001/18/CE prévoit un dispositif applicable aux OGM, le terme OGM incluant les animaux génétiquement modifiés¹⁰, qui figure à l'article 23 sous la forme d'une clause de sauvegarde :

« Lorsqu'un État membre, en raison d'informations nouvelles ou complémentaires, devenues disponibles après que l'autorisation a été donnée et qui affectent l'évaluation des risques pour l'environnement ou en raison de la réévaluation des informations existantes sur la base de connaissances scientifiques nouvelles ou complémentaires, a des raisons précises de considérer qu'un OGM en tant que produit ou élément de

⁶ M. DEGUERGUE, Peut-on parler sereinement des OGM aujourd'hui ?, in *Les OGM en questions*, Sciences, politique et droit, Centre d'études et de recherches sur l'administration publique de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Actes du colloque des 17 et 18 sep. 2009, Publications de la Sorbonne, 2013.

⁷ G. WIEDERKEHR, *Dommage écologique et responsabilité civile*, Mél. A. Kiss, p. 450.

⁸ On peut d'ailleurs noter l'existence de mutations génétiques suite à des accidents nucléaires. Après la catastrophe de Fukushima, ont été mis en évidence des papillons ayant des antennes atrophiées, des malformations des pattes des lésions au niveau des yeux et des ailes.

⁹ X. THUNIS, Le droit de la responsabilité, instrument de protection de l'environnement. Réflexions sur quelques tendances récentes, in *L'actualité du droit de l'environnement préc.*, p. 262.

¹⁰ V. la définition 2) sous l'article 2 de la directive : « un organisme, à l'exception des êtres humains, dont le matériel génétique a été modifié d'une manière qui ne s'effectue pas naturellement par multiplication et/ou par recombinaison naturelle ».

produit ayant fait l'objet d'une notification en bonne et due forme et d'une autorisation écrite conformément à la présente directive présente un risque pour la santé humaine ou l'environnement, il peut limiter ou interdire, à titre provisoire, l'utilisation et/ou la vente de cet OGM en tant que produit ou élément de produit sur son territoire »¹¹.

Similairement, en cas d'animal génétiquement modifié commercialisé sous forme de nourriture, l'article 34 du règlement 1829/2003 du Parlement européen prévoit que :

« Lorsqu'un produit autorisé par le présent règlement ou conformément à celui-ci est, de toute évidence, susceptible de présenter un risque grave pour la santé humaine, la santé animale ou l'environnement ou si, au regard d'un avis de l'Autorité délivré conformément aux articles 10 et 22, il apparaît nécessaire de suspendre ou de modifier d'urgence une autorisation, des mesures sont arrêtées conformément aux procédures visées aux articles 53 et 54 du règlement (CE) n° 178/2002 ».

Mais ce dispositif n'exclue pas un procès en responsabilité qui suscite des problèmes juridiques sérieux, tant du point de vue du dommage (A), que des mécanismes de responsabilité mis en oeuvre (B).

A) Le dommage et sa réparation

1) Le dommage

Les dommages causés par des animaux génétiquement modifiés posent des difficultés presque inextricables au regard du droit positif. Difficilement prévisibles et quantifiables, la réparation de ces dommages pourrait atteindre des montants considérables¹² et même ne pas être chiffrable lorsque ces dommages présentent un caractère irréversible. Mais ce ne sera pas toujours le cas, et il est des hypothèses qui seront facilement résolues. Un dommage causé à une personne déterminée ou à ses biens sera facilement établi.

L'exposé des motifs de la directive 90-220 (JOCE du 8 mai 1990, n°L 117, p. 15.) retenait quatre types de « risques génétiques » : » apparition de traits pathogènes pour les humains, les animaux et les plantes, perturbations des écosystèmes, transfert

¹¹ La disposition figure en droit français à l'article L. 533-3-5 C. env. qui prévoit que :

« Après la délivrance d'une autorisation en application de l'article L. 533-3, si l'autorité administrative vient à disposer d'éléments d'information susceptibles d'avoir des conséquences significatives du point de vue des risques pour l'environnement et la santé publique, si de nouveaux éléments d'information sur ces risques deviennent disponibles ou si une modification, intentionnelle ou non, de la dissémination volontaire est susceptible d'avoir des conséquences pour l'environnement et la santé publique, elle soumet ces éléments d'information pour évaluation au Haut Conseil des biotechnologies et les rend accessibles au public. Elle peut exiger du bénéficiaire de l'autorisation qu'il modifie les conditions de la dissémination volontaire, qu'il la suspende ou qu'il y mette fin, et elle en informe le public ».

¹² Ces dommages pourraient ainsi être rattachés à la catégorie des « dommages de masse », qui reste en l'état du droit une notion doctrinale et qui peut être définie comme « les atteintes aux personnes, aux biens ou au milieu naturel qui touchent un grand nombre de victimes à l'occasion d'un fait dommageable unique, ce dernier pouvant consister en un ensemble de faits dommageables ayant une origine commune », A. GUEGAN-LECUYER, Dommages de masse et responsabilité civile, LGDJ, 2006, n° 77, p. 93.

de nouveaux traits génétiques à d'autres espèces avec des effets indésirables, dépendance excessive vis-à-vis d'espèces manquant de variation génétique ». Le document EFSA¹³ relève 7 domaines de risques qui représentent autant de dommages potentiels :

- Persistance et invasivité d'animaux GM
- Transfert horizontal de gène
- Pathologies, infections et maladies
- Interaction des animaux GM avec des organismes cibles
- Interaction des animaux GM avec des organismes non cibles
- Impacts environnementaux dus à l'utilisation de techniques de gestion d'animaux GM
- Impact des animaux GM sur la santé humaine et animale

Quelques exemples, tirés du document d'orientation de l'EFSA, témoignent de l'ampleur des dégâts envisageables. Il se pourrait ainsi que les méthodes de modifications génétiques d'insectes visant à limiter la transmission de maladies conduisent à l'effet inverse, soit que les moustiques développent une version aggravée du virus en question, soit que le système immunitaire humain soit affaibli. Il se pourrait aussi que la modification génétique vienne activer un rétrovirus endogène de l'hôte. Des manipulations génétiques entraînant un allègement de la durée de vie des animaux pourraient favoriser le développement de maladies nécessitant une plus longue période d'incubation. L'augmentation de productivité de certains animaux pourrait avoir pour effet d'affaiblir les systèmes immunitaires de ces animaux. Enfin, sont à redouter des transferts dits « horizontaux » de gènes. Si ce phénomène est très rare en ce qui concerne les mammifères et les oiseaux, ceux-ci n'échangeant pas leurs gènes avec leurs homologues sauvages, ce phénomène est très fréquent en ce qui concerne les poissons¹⁴ et les insectes. La remise en liberté de saumons transgéniques pourrait ainsi entraîner la disparition de leurs homologues sauvages, les saumons génétiquement modifiés étant plus agressifs.

Plus généralement, le transfert de gène peut constituer en lui-même un dommage s'il est de nature à affecter la santé des animaux qui en sont destinataires, dommage qui peut être qualifié de dommage de masse, puisque « le gène peut subir de nombreuses atteintes susceptibles de toucher une pluralité de victimes du fait du caractère éventuellement héréditaire de la mutation génétique »¹⁵. Ce dommage génétique peut être défini comme « une atteinte, quelle qu'en soit l'origine, à l'intégrité ou à la diversité du gène, ayant pour effet la lésion d'un intérêt individuel ou collectif »¹⁶.

¹³ Guidance Document on the ERA of GM animals, point 4.2, p. 73 (concernant les insectes).

¹⁴ V. sur ce point, B. BRETON, P. PRUNET, Quelles précautions imposerait la présence de poissons transgéniques dans les élevages, Organismes génétiquement modifiés à l'INRA. Environnement, agriculture et alimentation, INRA, 1999.

¹⁵ A. GUEGAN-LECUYER, th. préc., n°92, p. 115 ; L. MORDEFROY, Le dommage génétique, Les études hospitalières, coll. Thèses, 1999.

¹⁶ L. MORDEFROY, op. cit., n°12.

En quittant désormais le terrain du dommage causé à l'animal génétiquement modifié lui-même, on doit se rendre compte que les impacts sur l'environnement¹⁷, s'ils sont difficilement mesurables, pourraient être significatifs. Il suffit qu'un animal génétiquement modifié développe des capacités à supporter un climat différent de celui dans lequel il est habitué à vivre pour qu'il vienne coloniser d'autres parties de la planète, venant ainsi bouleverser l'équilibre non seulement de l'écosystème, mais aussi la biodiversité¹⁸. Celle-ci est décrite dans la Convention de Rio¹⁹ comme « la variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris, entre autres, les écosystèmes terrestre, marins et autres écosystèmes aquatiques, et les complexes écologiques qui en font partie » ; cela comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces, ainsi que celle des écosystèmes » (art. 2). On peut noter avec un auteur se prononçant sur les atteintes aux éléments de la faune et de la flore que « plus l'élément est rare ou sensible et plus l'appauvrissement du patrimoine est en cause »²⁰. Pourraient aussi être violées d'autres conventions internationales et textes nationaux, comme la convention relative à la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe, signée à Berne en 1979 ou encore l'article L. 110-1, 3 C. env., qui souligne que la préservation des espèces animales est d'intérêt général, ou encore les articles 414-1 s. transposant la directive Oiseaux et habitats.

Cette idée mérite un certain approfondissement. Par principe, en effet, une modification génétique induit une diversification du patrimoine génétique, voire même la création d'une nouvelle espèce. Ce n'est que dans un second temps, lorsque l'espèce génétiquement modifiée prend le dessus sur ses congénères, qu'on peut parler d'une standardisation génétique. En matière de clonage cependant, qui conduit à créer un animal génétiquement identique, la standardisation opère de manière mécanique. Le clonage est susceptible d'« accentuer considérablement les processus de standardisation génétique déjà à l'oeuvre dans la sélection traditionnelle »²¹.

Il est vrai que les exemples de dommages avérés en matière d'animal génétiquement modifiés n'ont pas encore vraiment fait l'objet d'une affaire devant les juridictions. Les exemples peuvent être trouvés en dehors du champ qui nous intéresse, mais dans un domaine proche, celui des végétaux. On peut ainsi recenser, la multiplication d'algues tueuses « *caulerpa taxifolia* » importées accidentellement en Méditerranée. On peut également revenir dans le domaine des animaux, mais non génétiquement

¹⁷ Sur la définition de l'environnement, v. Conseil de l'Europe, Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, art. 2 : l'environnement peut être défini comme « les ressources naturelles abiotiques et biotiques, telles que l'air, l'eau, le sol, la faune et la flore et l'interaction entre les mêmes facteurs les biens qui composent l'héritage culturel et les aspects caractéristiques du paysage ».

¹⁸ Sur la diversité des réponses apportées par les conventions internationales relatives à la présence d'une espèce exogène dans un écosystème : X. LOUBERT-DAVAINE, L'incertitude attenante à la définition d'une espèce animale, *in* Incertitude juridique, Incertitude scientifique, Actes du Séminaire de L'Institut Fédératif, « Environnement et Eau », Limoges, 5 avril 2000, p. 182.

¹⁹ Les obligations en la matière sont peu contraignantes : tout au plus peuvent elles être qualifiées d'« obligations de moyens conditionnelles » : M. PALLEMAERTS, La conférence de Rio : bilan et perspectives, L'actualité du droit de l'environnement, Actes du colloque des 17 et 18 novembre 1994, Bruylant, Bruxelles 1995, p. 117.

²⁰ A. GUEGAN-LECUYER, th. préc., n°91, p. 112.

²¹ M.-A. HERMITTE, Ch. NOIVILLE, La dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement, une première application du principe de prudence, RJE 1993, p. 395.

modifiés et faire état de l'extinction des dodos de l'île Maurice attribuable aux chiens et chats des colon.

Mais rien de tel n'a été officiellement imputé aux plantes transgéniques. A un certain moment a été mise en évidence la disparition du papillon *Monarque* due au coton transgénique *Bt*, mais cette tendance a été catégoriquement démentie après plusieurs années par la communauté scientifique. De surcroît, s'agissant des plantes génétiquement modifiées, il faut noter qu'aucune atteinte à la santé humaine n'a pu être mise en évidence en liaison avec la consommation d'organismes génétiquement modifiés dûment autorisés²².

Dans certains cas, il y a atteinte au milieu naturel, et non aux personnes. Dans ce cas la victime est « la collectivité détentrice d'un patrimoine distinct de l'ensemble des patrimoines personnels des sujets de droit »²³. Le problème est que ces biens communs n'appartiennent à personne : ce sont des *res communis* (air, eau...) ou des *res nullius* (poissons, gibiers). On se demande donc qui en est la victime et qui peut agir, car l'action n'est pas disponible faute d'un demandeur ayant qualité pour agir. On parle alors de « préjudice écologique pur », par opposition aux préjudices qui ont des répercussions sur l'homme. Il ne devrait alors pas être réparable, car un préjudice doit être personnel. Paradoxalement, ces dommages peuvent affecter, en plus de la nature, l'ensemble de l'humanité ainsi que les générations futures, mais celle-ci n'est pas, en l'état actuel du droit, dotée de la personnalité juridique. Il en va ainsi des dommages causés à des fonds marins, à des espaces atmosphériques, ou encore les dommages causés aux animaux sauvages qui sont des *res nullius*. L'exemple des saumons génétiquement modifiés est particulièrement parlant. Si ces saumons se révèlent être effectivement plus forts que leurs congénères sauvages, on peut redouter que ces derniers viendront à disparaître. Mais ces saumons sauvages sont des *res nullius*. On peut craindre « des pollutions génétiques entraînant la ruine des réserves de plantes de référence de la même famille »²⁴.

La certitude du dommage écologique sera source de nouvelles difficultés : les atteintes portées à l'environnement présentent souvent un caractère diffus dans leur manifestation, et seront bien souvent invisibles pendant de longues périodes. A cela s'ajoute l'existence du doute scientifique. La matière des OGM constitue le « cœur des incertitudes scientifiques qui fondent le principe de précaution »²⁵, dont nous verrons l'importance lorsque nous nous intéresserons à la faute et au lien de causalité.

Le recours à la notion de perte d'une chance pourra venir s'appliquer à l'anéantissement des facultés de survie d'une espèce dans son écosystème. On pourra dès lors retenir le raisonnement suivant : certes, il n'y a pas de certitude que le milieu naturel soit définitivement dégradé mais il est certain que la présence d'un animal génétiquement modifié lui a fait perdre des chances raisonnables de ne pas l'être²⁶.

²² Il est vrai qu'une étude du Professeur Séralini publiée dans Food and Chemical Toxicology en septembre 2012 fait état d'apparition de tumeurs chez des rats ayant consommé un maïs transgénique, mais elle a été mise en doute par une grande partie de la communauté scientifique.

²³ Ph. Ch.-A. GUILLOT, Droit de l'environnement, Universités Droit, 1998, p. 213.

²⁴ R. CHARLIONET, L. FOULQUIER, L'être Humain et la nature, quelle écologie, Note de la Fondation Gabriel Péri, p. 123.

²⁵ L. BOY, Place du principe de précaution dans la directive UE du 12 mars 1991, RJE 2002, p. 6.

²⁶ G. WIEDERKEHR, art. préc., p. 518.

On peut toutefois remarquer que le concept de perte de chance est bien souvent une affaire d'opportunité et de politique jurisprudentielle, solution qui peut même être parfois qualifiée d'arbitraire²⁷.

La directive communautaire du 21 avril 2004 relative à la responsabilité environnementale prévoit la reconnaissance du préjudice purement écologique et le principe de sa réparation. La transposition de cette directive n'est pas tout à fait satisfaisante. Comme le signale le rapport Jegouzo²⁸, le « régime de réparation institué par la LRE repose principalement sur la mise en œuvre des techniques des polices administratives spéciales et sur l'action du préfet. La loi ne se situe nullement sur le terrain de la responsabilité civile ». Face à ces difficultés, le rapport Jegouzo pourrait apporter un certain nombre d'éléments de réponses.

La définition du préjudice écologique serait la suivante. Celui-ci résulte « d'une atteinte anormale aux éléments et aux fonctions des écosystèmes, ainsi qu'aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ».

S'agissant du problème de la personne habilitée à agir, réserver l'action à certaines personnes, « victimes institutionnelles »²⁹, permettrait de remédier au problème du caractère personnel du dommage. Le groupe de travail propose que l'action puisse être exercée par l'Etat, au ministère public³⁰, à la Haute autorité environnementale [ou au Fonds de réparation environnementale], aux collectivités territoriales ainsi qu'à leurs groupements dont le territoire est concerné, aux établissements publics, fondations et associations.

La création d'un fonds de garantie aurait l'avantage de permettre de faire face à la difficultés d'indemnisation due aux montants mirobolants que celle-ci pourrait atteindre, ainsi qu'à l'absence d'assurance obligatoire³¹. La mise en place d'un tel fonds reflète les difficultés qu'éprouve le régime traditionnel de la responsabilité à faire face aux dommages de masse³². Son fondement pourrait être trouvée dans l'idée de solidarité nationale³³. Une chose est de savoir qui va payer, une autre est de savoir combien doit être payé et surtout comment cette réparation doit être réalisée.

2) La réparation du dommage

La réparation nécessite ou bien une évaluation monétaire directe, qui revient à déterminer « le prix de la nature »³⁴, ou une évaluation indirecte qui sera une

²⁷ G. WIEDERKEHR, art. préc., p. 518.

²⁸ Rapport du groupe de travail installé par Mme Ch. Taubira, 17 septembre 2013.

²⁹ G. WIEDERKEHR, Dommage écologique et responsabilité civile, Mél. A. Kiss, p. 515.

³⁰ S'agissant de fiction légale tendant à permettre au ministère public la fonction d'exercer l'action, il faut noter que « le ministère public a tendance à exercer presque exclusivement ses fonctions pénales et à limiter à la portion congrue ses interventions au civil », G. WIEDERKEHR, art. préc., p. 516. La création d'une Haute autorité pourrait permettre de pallier l'inaction du ministère public.

³¹ P. STEICHEN, La responsabilité environnementale et les catastrophes, *in* Les catastrophes écologiques et le droit, op. cit., p. 447.

³² A. GUEGAN-LECUYER, th. préc., n°107, p.134.

³³ C. LACROIX, th. préc., n°261, p. 117.

³⁴ M. REMOND-GOUILLOUD, Le prix de la nature, D. 1982, chron. P. 33.

réparation en nature, prenant la forme d'une remise en état³⁵. S'agissant de la réparation directe, on a parfois recours à une évaluation unitaire, consistant à attribuer un prix à chaque organisme détruit, déterminé en fonction de barèmes officiels, ou bien on tente d'évaluer le préjudice en estimant la productivité théorique de la biomasse détruite³⁶.

Le rapport Jegouzo pose le principe d'une réparation en nature. Il en va de même de la loi du 1^{er} août 2008, qui fait référence à la notion de « remise en état » (art. L. 162-6 C. env.). Pour mettre en œuvre cette notion, il est fait appel au concept d'« état initial » en matière de réparation. Il s'agit de l'état des ressources naturelles et des services écologiques au moment du dommage qui aurait existé si le dommage environnemental n'était pas survenu, mais il est évident que ce type de réparation est dans bien des cas, difficile voire impossible à réaliser. La consécration d'une mesure de réparation complémentaire, permettant d'être mise en œuvre sur un autre site, et des mesures compensatoires, permettant de compenser les pertes intermédiaire de ressources naturelles ou de services entre le moment où le dommage s'est produit et le moment où la réparation a produit ses effets a néanmoins suscité des interrogations. On peut néanmoins relever que les juges, en matière de responsabilité civile, ont l'habitude des évaluations divinatoires³⁷.

La notion de dommage et intérêt punitif pourrait venir compléter la réparation tendant à remettre en état, et renforcerait alors la fonction préventive de la responsabilité.

B) Les mécanismes de responsabilité

Ce sera bien souvent la responsabilité civile délictuelle qui sera susceptible de s'appliquer, sauf contrat entre l'auteur du dommage et la victime, auquel cas il faudra appliquer le régime de la responsabilité contractuelle. Il est remarquable de noter que, comme c'est bien souvent le cas en matière de responsabilité civile délictuelle, des phénomènes nouveaux sont intégrés dans des dispositifs anciens, ceux-ci permettant sans grande difficulté de les adapter, et ce qui facilite la tâche du juriste qui dans bien d'autres matières sera submergé par une multitude de textes nouveaux³⁸.

1) La responsabilité sans faute

- L'article 1385 C. civ.

Un article du Code civil, l'article 1385, est spécialement dédié à la responsabilité en cas de dommage causé par un animal³⁹. A l'époque de la rédaction du Code civil, cet

³⁵ C. LACROIX, La réparation des dommages en cas de catastrophes, LGDJ, 2008, n°169, p.77.

³⁶ A. VAN LANG, Droit de l'environnement, éd. Thémis, 2^e éd., 2007, n°303, p. 268.

³⁷ G. WIEDERKEHR, art. préc., p. 519.

³⁸ On peut cependant relever l'existence du protocole de Nagoya du 15 octobre 2010, signé par la France en septembre 2011, qui reconnaît la responsabilité des opérateurs en cas de dommages à l'environnement liés aux OGM (art. 8). Il faut relever que la plupart des pays producteurs d'OGM n'y sont pas parties.

³⁹ Il faut noter que si l'animal est une chose en droit, l'article 1384, relatif à la responsabilité du fait des choses, n'est pas susceptible de l'appliquer qu'aux choses inanimées : Ph. LE TOURNEAU, Droit de la responsabilité et des contrat, Dalloz, 2010-2011, n°7729, p. 1679. On peut citer un régime complémentaire spécifique concernant les animaux dangereux ou errants, qui résulte

article occupait une place importante, eu égard aux nombreux animaux qui étaient présents dans la vie quotidienne. Cet article pourrait connaître un renouveau avec l'apparition des animaux génétiquement modifiés. Ce texte dispose que : « le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé ; soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé ».

Cet article est avantageux puisqu'il pose une présomption de responsabilité dont qui ne saurait être renversée par le propriétaire que s'il prouve une cause de force majeure⁴⁰. L'absence de faute ne sera pas exonératoire pour lui. Ce sera le propriétaire qui sera responsable, mais force est de constater que la jurisprudence tend à se fonder sur la notion de garde pour engager la responsabilité⁴¹, ce que permettent d'ailleurs les termes du texte.

L'article 1385 C. civ. s'applique aux animaux domestiques ou sauvages à condition qu'ils aient été capturés. Or, un problème se pose lorsque des animaux génétiquement modifiés se sont échappés, lorsque cet animal s'est reproduit dans la nature, et lorsque c'est la descendance de l'animal qui cause un préjudice.

Il faut noter que le fait dommageable de l'animal ne consiste pas seulement en des blessures corporelles ou en des dégradations matérielle, mais elles s'étendent aussi à la transmission d'une maladie de l'animal⁴². Peut-être pourrait-on aller plus loin et admettre que la transmission d'un gène puisse être considéré comme un fait dommageable ?

Les principes qui régissent le régime de la responsabilité du fait des animaux s'inspirent de la responsabilité du fait des choses. S'il y a mobilité de l'animal, ce qui sera souvent le cas, le rôle actif est présumé, et la victime devra encore prouver la participation matérielle de l'animal.

Un régime spécial s'applique aux produits, puisqu'une loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, le terme produit ayant une portée large puisqu'il a vocation à regrouper les produits de l'élevage, de la chasse et de la pêche. En matière d'OGM et de responsabilité, si l'on considère que les OGM sont des produits, une grande difficulté serait la discussion interminable sur la notion de risque de développement. « A partir de quand un producteur peut-il être tenu pour responsable d'un produit mis sur le marché en l'état des connaissances au moment de la mise sur le marché »⁴³ ? Et cela d'autant plus que l'exploitant aura reçu le feu vert de l'administration au moment de la mise dans le commerce.

essentiellement de la loi n°2008-582 du 20 juin 2008 (C. rur. art L. 211-1). Enfin, il est envisageable d'appliquer le régime issu de la théorie des troubles du voisinage : v. sur ce point : Cl. FREYD, Les dommages causés par l'animal, *in* L'animal, Propriété, responsabilité, protection, PU Strasbourg, 2010, p. 60.

⁴⁰ Cass. civ., 27 oct. 1885, GAJC, t. II, 11^e éd., n°190.

⁴¹ Cass. civ. 2^e, 5 mars 1953, D. 1953, p. 473, note SAVATIER ; CA Paris, 19 avr. 2000, GP 2000, II, somm., p. 2755.

⁴² Cass. civ., 2^e, 21 juillet 1992, Bull civ. II, n°220 ; CA Toulouse, 21 mars 2000, MAMP 2000/3, p. 485, obs. JULIEN.

⁴³ V. discussion suivant l'article « Dissémination volontaire d'OGM », p. 422, RJE 1993.

Dans la même veine, impossible de ne pas citer la loi n°2008-757 du 1^{er} août 2008 transposant la directive du 21 avril 2004 relative à la responsabilité environnementale qui institue un régime original de responsabilité dans les articles L. 162-1 et s. C. env. et qui a pour finalité de saisir le dommage écologique pur, indépendamment de toute atteinte à des personnes et à des biens⁴⁴. Pour schématiser, l'Etat devient créancier des industriels portant atteinte à la nature.

Un des traits saillants de cette réforme procède de l'exonération de responsabilité par le risque de développement en cas d'absence de faute : l'article L. 162-23 dispose en effet que « le coût des mesures visées aux articles L. 162-4, L. 162-8 et L. 162-9 ne peut être mis à la charge de l'exploitant s'il apporte la preuve qu'il n'a pas commis de faute ou de négligence et que le dommage à l'environnement résulte d'une émission d'une activité ou, dans le cadre d'une activité, de tout mode d'utilisation d'un produit qui n'était pas considéré comme susceptible de causer des dommages à l'environnement au regard de l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment du fait générateur du dommage ».

Il est intéressant de noter que parmi les activités soumises à la responsabilité sans faute figurent, dans l'annexe III de la directive, notamment, au point 10, « toute utilisation confinée, y compris le transport de micro-organismes génétiquement modifiés » et, au point 11, « toute dissémination volontaire dans l'environnement, tout transport ou mise sur le marché d'organismes génétiquement modifiés ».

2) La responsabilité pour faute

Malgré l'existence de ce régime spécial, les articles 1382 et 1383 du Code civil demeure applicable et permet d'engager la responsabilité d'une personne fautive ayant causé un dommage, un lien de causalité devant être démontré entre faute et dommage. Or chacun de ces éléments pose problème.

La faute est définie comme un comportement objectivement anormal, sans plus de référence à un quelconque élément moral. Un comportement est nécessairement anormal s'il implique la violation d'un texte ayant force obligatoire, que ce soit une norme pénale ou administrative⁴⁵. Mais une faute peut également exister en l'absence de texte. La faute est généralement commise dans un lieu où la victime n'a pas accès, ce qui n'est pas sans générer un certain nombre de difficultés probatoires⁴⁶.

La faute sera parfois difficilement reliable à une personne, surtout lorsque la source de nuisance est trop imprécise pour en identifier l'auteur ou si plusieurs personnes peuvent être soupçonnées⁴⁷. Le marquage pourra servir à identifier le propriétaire des

⁴⁴ J. BIZET, Rapport Sénat, n°348, 21 mai 2008, p. 5.

⁴⁵ Il pourra s'agir de normes fixant des procédures de déclaration, d'évaluation, d'information prévues par la loi. Mais ces normes pourront être d'une grande diversité. Ainsi, pourra constituer une faute une violation de l'article L. 532-2 C. env. : « Toute utilisation d'organismes génétiquement modifiés qui peut présenter des danger ou des inconvénients pour l'environnement ou pour la santé publique est réalisée de manière confinée ».

⁴⁶ G. WIEDERKEHR, p. 421.

⁴⁷ Dans ce cas, l'avant projet de réforme du droit des obligations pourrait être d'un certain secours puisque l'art. 1348 dispose que « lorsqu'un dommage est causé par un membre indéterminé d'un

animaux qui se sont échappés. Si ce marquage n'a pas été effectué, comment retrouver le fautif ? Dans le cas des saumons qui se sont échappés puis reproduits : comment remonter à la personne fautive ? L'analyse de l'ADN pourra dans ce cas être une aide précieuse. Mais en cas de différents utilisateurs d'une même type d'AGM, le problème subsiste.

Une difficulté tout aussi redoutable se rencontre en matière de lien de causalité : comment être sûr de savoir que c'est telle faute qui est à l'origine du dommage ? En cas de pluralité de causes, comment déterminer le rôle de chaque cause dans la genèse du dommage⁴⁸ ? La loi du 1^{er} août 2008 se prononce sur la pluralité de causes d'un dommage à l'environnement, en prévoyant que le coût de réparation sera réparti entre les exploitants, à concurrence de la participation de leur activité au dommage.

La jurisprudence oscille entre, d'une part, la théorie de l'équivalence des conditions, selon laquelle la cause du dommage peut être tout événement, toute condition *sine qua non*, sans lequel le dommage ne se serait pas produit, et, d'autre part, la théorie de la causalité adéquate, selon laquelle l'événement doit avoir été de nature à produire normalement le dommage, ou bien selon laquelle le rapport entre dommage et événement doit être adéquat et pas seulement fortuit. En droit français, il est établi que la cause doit être directe : « le juge est invité à ne pas la rechercher trop loin »⁴⁹.

La complexité de la nature est telle que l'établissement de ce lien sera extrêmement compliqué⁵⁰ et on peut faire état d'une absence de certitude scientifique quant aux causes, aux effets et aux processus des dégradations de l'environnement, ainsi que des nombreuses contradictions présentes dans le monde scientifique. La convention de Lugano du 21 juin 1993, précitée, dispose que « lorsqu'il apprécie la preuve du lien de causalité entre l'événement et le dommage ou, dans le cadre d'une activité dangeureuse (...), entre cette activité et le dommage, le juge tient dûment compte du risque accru de provoquer le dommage inhérent à l'activité dangeureuse », semble établir un lien entre risque de provoquer le dommage inhérent à l'activité dangeureuse et le lien de causalité⁵¹. La notion de risque, pourrait donc être d'un certain secours.

Trois astuces jurisprudentielles ont été mises en œuvre pour pallier la difficulté d'établir un lien de causalité, et une quatrième pourrait être mis en place par le législateur : d'une part, la jurisprudence se prévaut de la notion de « création d'un risque », et d'autre part, elle adopte parfois un « raisonnement *a contrario* tiré de la constatation de l'absence de toute autre circonstance de nature à expliquer la survenance du dommage »⁵². Enfin, la cause se combine avec la notion d'anormalité,

groupe, tous les membre identifiés en répondent solidairement, sauf pour chacun d'eux à démontrer qu'il ne peut en être l'auteur ».

⁴⁸ Sur la question de la quantification causale, v. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, th. préc., n°322, p. 298.

⁴⁹ G. WIEDERKEHR, art. préc., p. 520.

⁵⁰ « Le lien causal direct existant entre une atteinte causée à l'environnement et l'une des multiples sources de pollution possibles est particulièrement délicat à établir, en raison de la complexité des processus naturels, du caractère cumulatif et synergique des pollutions, du fait que les effets nocifs d'un rejet ou d'un accident peuvent être ressentis en un point très éloigné, ou longtemps après l'événement générateur », A. VAN LANG, Droit de l'environnement, 1^{ère} éd. 2002, n°297, p. 263.

⁵¹ Lien critiqué par Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, Dalloz, 2010, n°222, p. 193.

⁵² A. VAN LANG, op. cit., n°311, p. 276.

ce qui permet de faire le tri entre les éléments pertinents et les éléments irrelevants. Enfin, le législateur pourrait faciliter la tâche au demandeur en posant un système de présomptions de cause⁵³.

Il est également intéressant de s'interroger sur l'incidence du principe de précaution⁵⁴, à portée constitutionnelle⁵⁵, figurant à l'article 5 de la Carte de l'environnement⁵⁶ et à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement. La loi du 13 juillet 1992, transposant les directives du 23 avril 1990, a été la première loi appliquant le principe de précaution, « non pas à un produit déterminé, ni à un problème particulier, (...), mais à l'ensemble d'un mode de production, avant que le moindre dysfonctionnement ait été constaté »⁵⁷. Les OGM figurent dans le domaine de prédilection de ce principe, car « les risques qui y sont associés sont nouveaux et, dans une large mesure, essentiellement suspectés et débattus »⁵⁸.

La question est de savoir si ce texte, ne prévoyant pas de sanction, peut être source d'une responsabilité civile. Cette question est débattue en doctrine⁵⁹, mais si tel devait être le cas, la question des animaux génétiquement modifiés serait très certainement génératrice de plus de cas de responsabilités. On peut d'ailleurs remarquer que le lien entre risque et responsabilité est plus ténu qu'il n'y paraît à première vue. Comme le note un auteur, citant l'article 1383 qui pose un principe de responsabilité pour négligence et imprudence, « qu'est-ce que la négligence ou l'imprudence sinon le fait de créer un risque sans se donner les moyens de prévenir sa réalisation ? »⁶⁰.

On pourrait redouter que face à cet « accroissement » de responsabilité, les acteurs scientifiques et commerciaux se résolvent à une prudence extrême, bloquant de façon excessive les progrès en matière de génétique. En réalité il apparaît que le principe de précaution sera plus de nature à mettre une responsabilité à la charge des autorités

⁵³ G. WIEDERKEHR, art. préc., p. 523. On peut noter qu'en matière de végétaux, les articles L. 663-4 et L. 663-5 C. rur. prévoient un mécanisme de responsabilité de plein droit de l'exploitant agricole qui met en culture des OGM, pour le préjudice économique causé à un autre exploitant agricole et résultant de la présence accidentelle de cet OGM dans sa production. Pourrait-on envisager qu'un texte similaire s'applique aux insectes, qui sont des êtres aussi volatiles que les semences ?

⁵⁴ Qui peu être défini comme « l'attitude que doit observer toute personne qui prend une décision concernant une activité dont on peut raisonnablement supposer qu'elle comporte un danger grave pour la santé ou la sécurité des générations actuelles ou futures, ou pour l'environnement », Ph. KOURILSKY, G. VINEY, Le principe de précaution, Rapport au Premier ministre, Odile Jacob, La Documentation française, 1999, p. 151 ; Sur la diversité des définitions du principe de précaution : J. P. VAND DER SLUIJS, M. KAISER, Vers une compréhension commune du principe de précaution, in Incertitude & Environnement, sous la direction de P. ALLARD, D. FOX, B. PICON, Coll. Ecologie Humaine EDISUD, p. 220.

⁵⁵ Il figure à l'article 5 d la Charte de l'environnement adossée à la Constitution.

⁵⁶ « Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage ».

⁵⁷ M.-A. HERMITTE et C. NOIVILLE, La dissémination d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement, une première application du principe de précaution, RJE 1993, n°3, p. 391.

⁵⁸ F.-G. TREBULLE, Evaluation des risques et responsabilité, in Les OGM en questions, Sciences, politique et droit, op. cit., p. 214.

⁵⁹ V. Ch. QUEZEL-AMBRUNAZ, th. préc., n°415, p. 407.

⁶⁰ F.-G. TREBULLE Evaluation des risques et responsabilité, art. préc., p. 214.

publiques que des acteurs privés, responsabilité qui pourra être qualifiée de « responsabilité de l'évaluation des risques »⁶¹. Certes, cette obligation d'évaluation pèse partiellement sur le demandeur⁶², personne privée, ce qui pourra être source d'une « nouvelle faute » qui consiste « dans le fait, pour une personne privée, de ne pas respecter la procédure induite par le principe et partant, de priver les tiers de la possibilité de bénéficier des conséquences de sa mise en œuvre », et notamment « l'obligation d'informer les autorités compétentes de manière complète sur l'existence de tout risque grave et irréversible pour la santé ou l'environnement »⁶³.

Mais ce seront surtout l'Etat⁶⁴, voire la Commission européenne⁶⁵ et d'autres instances⁶⁶, concourant à la délivrance de l'autorisation, qui se verront menacés par une action en responsabilité. Leur responsabilité pourra alors être mise en œuvre, mais elle obéira à des principes de droit administratif, qui ne font pas l'objet de notre intervention⁶⁷. Cette action sera d'autant plus intéressante que les personnes privées étant éphémères⁶⁸, souvent insolubles et que les dommages pouvant mettre un long moment avant d'apparaître.

⁶¹ F.-G. TREBULLE, art. préc., p. 218.

⁶² V. p. ex en matière de dissémination, l'art. 6.2.b. de la directive 2001/18 et l'art. R. 533-3 C. env.

⁶³ F.-G. TREBULLE, art. préc., p. 268.

⁶⁴ V. en matière de dissémination : art. R. 533-8 C. env. ; en matière de mise sur le marché : art. R. 533-30 C. env.

⁶⁵ V. p. ex : art. 23 de la Directive 2001/18 sur la mise en œuvre de clauses de sauvegarde.

⁶⁶ M. TREBULLE cite notamment les agences, le Haut Conseil des biotechnologies, l'Autorité européenne de sécurité des aliments : v. F. G. TREBULLE, art. préc., p. 237.

⁶⁷ Sur ce sujet, v. F.-G. TREBULLE, art. préc., p. 244.

⁶⁸ En outre, on peut évoquer le problème de l'absence de responsabilité des sociétés mères dans les catastrophes causées par leurs filiales : M. BAYLE, Les entreprises et les catastrophes écologiques, in Les catastrophes écologiques et le droit : échecs du droit, appels au droit, préc., p. 249.