
Le droit administratif dans la société du risque

Quelques réflexions

*Jean-Bernard Auby,
Professeur à l'université de Paris II (Panthéon-Assas)*

1 – Parmi les théories sociologiques majeures qui s'efforcent de rendre compte des caractéristiques particulières des sociétés contemporaines, celle de la société du risque a reçu un écho international spécialement marqué, et elle commence à susciter un grand intérêt dans notre pays, chez les juristes y compris.

Que mettent en évidence ses promoteurs, et notamment les deux principaux que sont l'Allemand Ulrich Beck¹ et le Britannique Anthony Giddens² ? D'abord et surtout, la centralité de la question du risque dans nos sociétés. Ils démontrent que l'omniprésence du risque – le risque naturel, le risque technologique, le risque économique, le risque sanitaire, le risque alimentaire, etc. – en a fait la question centrale du fonctionnement social. Ulrich Beck, par exemple, va jusqu'à dire que, dans nos sociétés, la distribution des risques s'est substituée à la répartition des richesses dans la position du problème stratégique.

Les théoriciens de la société du risque montrent également comment le risque s'est transformé dans sa substance même. Au regard des périls que les sociétés précédentes avaient à affronter, le risque d'aujourd'hui présente des caractères largement originaux. D'abord, il est toujours peu ou prou le produit d'une activité humaine, ou, à tout le moins, dans les facteurs qui constituent sa causalité, il y a toujours une part d'activités humaines : si le désastre causé par le dramatique raz-de-marée asiatique de décembre 2004 a une telle ampleur, c'est parce que, pour des raisons diverses, une énorme quantité d'activités humaines se trouve concentrée sur les littoraux qu'il balaie. La société du risque, nous dira-t-on, est réflexive : elle est confrontée à elle-même.

S'ajoute le fait que les risques d'aujourd'hui procèdent bien souvent, non pas d'activités illicites, mais d'activités parfaitement légales, et même parfois essentielles au développement économique : même si les automobiles sont

1. *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Aubier, 2001.

2. *Les conséquences de la modernité*, L'Harmattan, 2001.



sources d'une redoutable pollution atmosphérique, personne n'a encore songé à en rendre la construction illicite, ni même d'ailleurs essayé de la freiner.

Les risques d'aujourd'hui présentent au moins un autre attribut très remarquable. C'est qu'ils ne sont pas véritablement susceptibles d'être supprimés totalement. Il en va ainsi notamment parce que les mesures que l'on prend pour y parer sont elles-mêmes productrices de nouveaux risques – que l'on espère moins importants, mais le contexte est tant baigné d'incertitude... – : les digues que l'on érige pour freiner l'érosion de nos littoraux déplacent celle-ci plus qu'elles ne la jugulent.

2 – Il n'y a pas besoin d'être grand clerc pour se dire que l'omniprésence de la question du risque, et la nature contemporaine particulière de cette question, exposent les autorités publiques, les politiques publiques et le droit public à des défis nouveaux, assez redoutables. La gestion du risque devient une affaire importante et plus que délicate, dans la gestion de laquelle les autorités publiques s'empêchent facilement, sous le regard impatient d'une société qui croit toujours que l'on peut la protéger bien au-delà de ce qui est réellement possible.

De ces tensions, le droit public, et le droit administratif, portent aujourd'hui déjà la marque. Les lignes qui suivent n'ont d'autre ambition que d'en évoquer rapidement quelques signes.

3 – L'une des façons d'aborder le problème est de dire que, concrètement, la contribution que le droit peut apporter à la solution du problème social des risques est triple³.

Vis-à-vis de ce problème, il offre en premier lieu des dispositifs d'imputation des risques, en ce sens qu'il détermine – plus ou moins complètement, plus ou moins efficacement : peu importe – à qui, dans la société, il incombe de parer aux risques, d'en réduire l'impact, d'en réparer les conséquences : quelle part de la prévention des accidents de circulation incombe aux constructeurs qui rendent leurs voitures plus ou moins sûres, aux collectivités qui aménagent et entretiennent plus ou moins bien les voies, aux conducteurs, sur qui pèsent certaines obligations de prudence, aux garagistes qui règlent les voitures, etc.

Il propose, en second lieu, des dispositifs de régulation des risques, en ce sens qu'il organise des régimes dans le cadre desquels des mesures sont prises par les uns et les autres pour prévenir les risques et en réduire l'impact. Un ascenseur d'immeuble, un téléphérique, comme une installation classée de traitement des déchets, doivent satisfaire à diverses normes de sécurité. Le transporteur est largement responsable des dommages que subissent ses clients en cas d'accident, et il est par là même incité à exercer des actions de prévention.

Il fournit enfin des instruments de gestion politique des risques. Il contribue à déterminer comment, dans quelles instances et selon quelles procédures, s'établissent les principes que la société retient à propos des risques acceptables, de la distribution des risques, de leur prévention.

3. Jean-Bernard Auby, « L'évolution du traitement des risques dans et par le droit public », *Revue européenne de droit public*, vol. 15, n° 1, printemps 2003, p. 170.



4 – Il va de soi qu'à ce triple apport, le droit public, et le droit administratif en particulier, sont amenés à contribuer singulièrement.

De nombreux dispositifs juridiques d'imputation des risques ont, évidemment, leur siège dans le droit public, et spécialement dans le droit administratif. Plus le désir de protection exprimé par les citoyens est devenu vif, plus les autorités publiques se sont vues imposer la charge principale de la prévention des risques et de leur réparation. L'idée ne serait pas venue autrefois de leur en vouloir des inondations...

Il est clair, également, que la régulation des risques, dans nos sociétés, s'enracine très fortement dans le droit public. Non pas qu'elle y trouve entièrement son siège : l'obligation de prudence du bon père de famille du Code civil, comme, dans leur registre propre, les dispositions relatives à l'hygiène et la sécurité dans un règlement intérieur d'entreprise, apportent leurs pièces à l'édifice. Il n'en reste pas moins que le recours à la police administrative est bien aujourd'hui le réflexe dominant – et il s'enracine depuis belle lurette : rappelons-nous que la première législation sur les installations classées date de 1810 ! –. En outre, le droit public fournit – là aussi, de longtemps – des régimes de responsabilité qui sont destinés à rappeler les autorités publiques aux obligations prudentielles qui pèsent sur elles.

C'est le droit public, naturellement, qui fournit le cadre institutionnel de la gestion politique des risques. Le droit administratif et le reste du droit public se relaient ici, de la fabrication des lois sur les divers risques au référendum par lequel les citoyens d'une commune de montagne se prononceront sur la construction d'un mur pare-avalanches.

5 – Revenons vers la théorie de la société du risque. Ce qu'elle nous dit du statut du risque dans les sociétés d'aujourd'hui suggère que des questions nouvelles sont posées à la manière dont le droit, et en particulier le droit public, le droit administratif, opèrent le traitement de la question.

a) Dans la fonction qu'il assure d'imputation des risques dans la société, le droit public est doublement déstabilisé. En premier lieu, l'évolution rend de plus en plus difficile à déterminer la part des risques qu'il incombe aux autorités publiques de prévenir ou réparer, qu'il s'agisse des risques que ces autorités créent elles-mêmes par leurs activités, ou des risques « privés » qu'elles sont réputées surveiller. Pourquoi ? La raison est que, dans la société contemporaine, nous sommes de plus en plus affrontés à des risques globaux, qui résultent d'enchaînements complexes de facteurs, dans lesquels les causes sont de plus en plus difficiles à étalonner. À quoi sont dus les dommages causés par les inondations par exemple : au réchauffement planétaire, à l'endiguement des fleuves, à l'agriculture intensive qui a supprimé les haies, au fait que l'on a construit dans des zones inondables, au fait que l'on a autorisé la construction dans des zones inondables... ? À tout cela à la fois, selon une pondération des causalités qu'il est à peu près impossible d'établir. Il devient dès lors très difficile de déterminer rationnellement ce qui peut être imputé aux autorités publiques et ce qui ne peut pas l'être.



Parce qu'il en va ainsi, et pour diverses autres raisons tenant aux tendances générales de nos civilisations, les obligations que la « société du risque » fait peser sur les dirigeants publics évoluent exponentiellement. Elles s'alourdissent, au gré notamment des progrès du principe de précaution⁴. Elles se transforment aussi dans leur nature, au gré de la tendance que les citoyens ont de plus en plus à demander des comptes personnels aux responsables publics et de ne plus se contenter d'obligations anonymes pesant sur les institutions : les grands risques ont fortement alimenté le mouvement de pénalisation de l'activité publique, comme le souvenir de l'affaire du sang contaminé le rappelle exemplairement.

b) Dans la contribution qu'il apporte à la régulation des risques, le droit public se trouve également déstabilisé pour deux séries de raisons. D'une part, l'efficacité des techniques de police est mise en cause, dans le domaine des risques comme ailleurs, les théories sociologiques et économiques des régulations faisant apparaître combien ce qu'elles vont appeler « *command and control regulation* » est vulnérable à l'influence des mécanismes bureaucratiques dans lesquels elle s'inscrit, comme à celle des segments de la société qu'elle cherche à régir et qui s'efforcera de la « capturer »⁵. Quant aux mécanismes de responsabilité publique – qu'il s'agisse de la responsabilité *stricto sensu* ou des systèmes, si largement développés, de fonds d'indemnisation –, il est facile de montrer combien leur ouverture croissante, leur propension à être quasiment des mécanismes assurantiels les condamne à ne plus exercer qu'un rôle régulateur marginal : sauf lorsqu'ils se traduisent par la mise en cause personnelle des autorités, ils sont de moins en moins une invitation à prévenir les risques, et ils s'épuisent nécessairement – en termes économiques – devant le développement des risques très lourds de la « société du risque ».

c) L'appareillage que le droit public fournit à la gestion politique des risques se trouve, lui aussi, perturbé pour deux ordres de raisons. D'abord, parce que les questions qui viennent vers lui ne sont plus tout à fait les mêmes. Jusqu'à une période récente, l'objectif que s'assignaient les autorités publiques, et que la société leur assignait, était l'élimination des risques, en tous les cas une protection maximale contre eux. Et la culture de l'État providence poussait à faire en sorte que les autorités publiques prennent en charge une part maximale du fardeau de la prévention et de la réparation. Dans la situation d'aujourd'hui, l'objectif d'élimination des risques est dans la plupart des cas inaccessible. Et la prise en charge publique approche de ses limites – financières notamment –, au point que la question principale devient de responsabiliser les citoyens, de faire en tous les cas des citoyens des agents essentiels de la prévention des risques : la traçabilité des aliments, par exemple, fait de nous des agents importants de la gestion du risque alimentaire.

4. Michel Franc, « Traitement juridique du risque et principe de précaution », *Revue européenne de droit public*, vol. 15, n° 1, printemps 2003, p. 59.

5. Robert Baldwin, Colin Scott et Christopher Hood (ed.), *A Reader on Regulation*, Oxford University Press, 1998 – Anthony Ogus (ed.), *Regulation, Economics and the Law*, Edward Elgar Publishing, International Library of Critical Writings in Economics, 2001 – Colin Scott (ed.), *Regulation*, Ashgate, 2003 – Jean-Bernard Auby, « Régulations et droit administratif », *Mélanges offerts à Gérard Timsit*, Bruylant 2005.



D'autre part, les instruments que le droit public proposait traditionnellement pour opérer les arbitrages et conduire les politiques en matière de risques ne sont plus tout à fait bien en place. Ulrich Beck ⁶ a montré comment les forces qui gouvernent les grands risques sont de moins en moins dans l'emprise des institutions politiques : elles sont du côté de ce qu'il appelle la « *subpolitique* », c'est-à-dire du côté de la science, de l'économie, de la technique... En outre, la gestion politique des risques doit composer avec l'extrême complexification des appareils publics qui s'observe aujourd'hui, sous l'effet de la globalisation, et sous celle des décentralisations de toutes sortes. Il suffit de songer à la question de la sécurité alimentaire, au sujet de laquelle ont leur mot à dire : l'Organisation mondiale du commerce – par le biais des exceptions à la liberté des échanges qu'elle lui consent –, l'Union européenne, qui a son propre dispositif depuis 2002, les États naturellement, mais aussi les collectivités territoriales souvent dotées de compétences importantes... Diffraction de la gestion des risques dans l'enchevêtrement des appareils publics.

6 – Prenons maintenant la question sous l'angle inverse. De même que, comme nous venons de le voir, l'évolution des risques transforme les modalités de la contribution que le droit public – le droit administratif dans sa sphère particulière –, apporte au traitement du problème des risques, de même, par un effet en retour, cette évolution vient introduire des perturbations – mutations à tout le moins – dans diverses constructions du droit public. Nous nous contenterons ici de trois séries d'observations, intéressant des mutations perceptibles dans le droit administratif ⁷.

a) La montée des risques globaux et complexes, notamment des risques sanitaires – sang contaminé, vache folle, amiante... – a puissamment contribué à déstabiliser la construction juridique et intellectuelle de la responsabilité publique. Rencontrant un terreau déjà naturellement favorable à l'extension de cette responsabilité ⁸, les drames humains que certains grands accidents ont causé, et causent encore, ont poussé le droit de la responsabilité administrative dans ses derniers retranchements. Inéluctablement, la responsabilité publique a été dans une large mesure retenue. Inéluctablement, des dispositifs de fonds d'indemnisation ont été mis en place.

6. *La société du risque*, précité, p. 399 et s.

7. De nombreux autres chantiers mériteraient d'être ouverts, qui pourraient intéresser, par exemple, la considération des risques dans le droit public de la concurrence, ou dans le droit de l'urbanisme, etc. Sans compter le fait que la « société du risque » est parfois un défi à certains équilibres de droit constitutionnel : la montée du problème des risques augmente le rôle et les pouvoirs de l'administration au détriment du Parlement : Hans-Heinrich Trute, « From Past to Future Risk-From Private to Public Law », *Revue européenne de droit public*, vol. 15, n° 1, printemps 2003, p. 73.

8. Comparé à certains de ses voisins, notre droit de la responsabilité administrative est très généreux. Les observateurs anglo-saxons en livrent souvent l'observation : par exemple, B.S. Markesinis, J.-B. Auby, D. Cøster-Waltjen & S.F. Deakin, *Tortious Liability of Statutory Bodies*, Oxford, Hart Publishing, 1999.



La situation pourrait s'aggraver si le principe de précaution, qui, pour le moment, cantonne son empire naissant au contentieux de la légalité⁹, venait à influencer significativement la responsabilité publique¹⁰.

Ce qui advient n'est pas mystérieux. C'est que la construction intellectuelle et juridique de la responsabilité administrative en perd peu à peu son sens. Ses vertus régulatrices, disciplinaires, s'estompent, comme on l'a dit. Plus carrément encore, à force que l'État se voit imposer d'assumer des risques dans la production desquels il n'a eu aucune part, ou dans la production desquels, il n'a eu qu'une part réduite, les mécanismes mêmes de l'imputation de la responsabilité sont en péril : ils risquent d'être de moins en moins pris au sérieux à force d'être débordés par des systèmes d'indemnisation automatique.

b) Ce que l'on perçoit moins immédiatement, et qui pourtant mérite d'être surveillé, c'est la déstabilisation qui menace également la construction intellectuelle et juridique de la police administrative.

Un spécialiste d'outre-Pyrénées donne sur le sujet l'intéressante présentation suivante¹¹. Il explique que, traditionnellement, la police administrative s'appuie sur quatre références. Une référence conceptuelle : le danger, la menace pour l'ordre public, la tranquillité publique... Une référence finaliste : le maintien ou le rétablissement de l'ordre public, le retour au « danger zéro ». Une référence légale : la police combat des périls identifiés et refusés par l'ordre juridique. Une référence instrumentale : l'usage prépondérant de procédés juridiques unilatéraux.

Ces quatre articulations de base, explique notre auteur, sont aujourd'hui perturbées. Le concept fondamental est dorénavant celui de risque, avec les caractéristiques que nous avons évoquées. Les objectifs de la police sont profondément modifiés : le « risque zéro » est généralement inaccessible, il faut donc faire des choix, se contenter d'une réduction des risques, tenir parfois des risques pour admissibles. Les risques que l'on combat naissent souvent d'activités parfaitement légales, et ils ont tout simplement parfois une origine difficile à déceler. Les procédés juridiques par lesquels on s'efforce de lutter contre les risques s'éloignent des rives du seul procédé unilatéral : ils font la place au contrat et recherchent un appui dans des formes diverses d'autorégulation (traçabilité, audits écologiques, certifications...).

La théorie des risques rejoint ici, et complète ici, les réflexions contemporaines sur l'évolution des régulations. La théorie de la police, qui n'est assurément pas la mieux articulée des constructions de notre droit administratif, en est doublement interpellée.

c) Il n'est pas impossible que l'évolution des risques, que l'avènement de la « société du risque » ait également pour effet de transformer les modalités de la décision administrative, pour les raisons suivantes.

9. Michel Franc, « Traitement juridique du risque et principe de précaution », *Revue européenne de droit public*, précité.

10. Voir les observations inquiètes de Philippe Kourilsky et Geneviève Viney, *Le principe de précaution*, Éditions Odile Jacob, 2000, p. 166 et s.

11. Jose Esteve Pardo, « De la policia administrativa a la gestion de riesgos », *Revista española de derecho administrativo*, n° 113, 2003, p. 323.



L'évolution des risques a introduit les autorités administratives dans un univers de grande incertitude. Les règles de comportement qu'elle conduit à adopter sont loin d'être des remèdes à cet égard. Le principe de précaution, par exemple, n'est en soi porteur d'aucune indication quant aux méthodes que l'on doit employer pour évaluer les risques, quant aux critères substantiels auxquels on doit se référer pour décider d'agir ou décider de s'abstenir.

Face à des exigences aussi peu explicites sur un plan substantiel, le droit public, le droit administratif, ne peuvent réagir que par un mouvement de procéduralisation. Le seul registre sur lequel l'administration puisse réagir à l'ampleur du problème, au haut niveau d'incertitude qui l'affecte à de multiples égards, est la mise en place de procédures à la fois complexes et ouvertes, qui sont à la fois des processus d'apprentissage, des processus d'investigation, des méthodes de légitimation, et le moyen d'impliquer divers segments de la société.

La société du risque impose un réexamen des rapports entre l'administration et la société, elle impose un enrichissement inédit de ces rapports.

Elle rejoint d'autres facteurs pour exiger du droit administratif qu'il s'attache davantage aux procédures qu'aux actes pris individuellement. Il y a là une affaire d'une certaine envergure, qu'il n'est pas possible d'examiner plus avant ici.

