

Programme « Risques collectifs et Situations de crise »
Contrat « Responsabilité, exercice des compétences et démocratie »
Rapport final

ANNEXES

Journée de l'Ecole doctorale "Normes et Sociétés" -
Nantes

30 mai 1996.

La réparation

**EN GUISE D'INTRODUCTION,
QUELQUES REMARQUES SUR LES FAITS ET LES MEFAITS
DE L'IDEOLOGIE DE LA REPARATION**

par

Loïc CADIET

1. - La réparation: entre méthodologie et idéologie. - Que dire d'original, tout en restant général, pour introduire, du point de vue du droit privé, un séminaire d'école doctorale sur la réparation? La réponse ne vient pas aisément. Hormis une thèse de doctorat consacrée, il y a une vingtaine d'années, à la notion de réparation ¹, la question n'a guère passionné la doctrine. Si l'on met à part les développements consacrés au préjudice plus qu'à sa réparation, cette dernière apparaît comme une question essentiellement technique évoquant principalement les modes de réparation, réparation en nature ou par équivalent. Pour tout dire, c'est un peu la queue de la comète, sinon la voiture-balai du droit de la responsabilité, la question qui vient à la fin, à la fin du cours de deuxième année, à la fin des ouvrages de droit des obligations, en général, ou de droit de la responsabilité civile en particulier ², affaire de praticien plus que de théorie ³. Cet aspect

¹ M.E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, préface P. Hébraud, LGDJ, 1974. - V. cep., L. Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, thèse, Paris, 1933

² V. p. ex. B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, Litec, 5ème éd., 1996, n° 1283 et s. - J. Flour et J.L. Aubert, *Les obligations, 2. Le fait juridique*, Armand Colin, 6ème éd., 1994, n° 365 et s. - P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 3ème éd. 1996, pp. 139-141. - Rappr. Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil - Les obligations*, Cujas, 4ème éd. 1993, n° 240 et s.

³ V. du reste ces ouvrages dont les auteurs sont des praticiens de la réparation du préjudice: M. Le Roy, *L'évaluation du préjudice corporel*, Litec, 12ème éd. 1993 et R. Barrot, *Le dommage corporel et sa compensation*, Litec, 1988. - V. cep. Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, Dalloz, 1983 (traité) et Dalloz, 1996 (rudiments) ainsi que, pour ce qui concerne le dommage corporel, Y. Lambert-Faivre, *Le droit du dommage corporel - Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, 2ème éd. 1993

des choses n'est pas niable et il est loin d'être négligeable ⁴. Mais on ne saurait s'en contenter.

Loin d'être une question adventice, la réparation est au centre de la responsabilité que l'article 1382 du code civil définit, précisément, comme l'obligation de *réparer* le dommage causé à autrui; ce que la jurisprudence, régulièrement, rappelle à sa manière: <<le propre de la responsabilité civile est de rétablir ⁵ aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit>> ⁶. La réparation est l'objet de la responsabilité. Seulement, depuis 1804, cet objet n'a cessé de grossir au point de s'affranchir carrément du droit de la responsabilité ainsi qu'en témoignent l'émergence et la multiplication de régimes spéciaux d'indemnisation des victimes qui organisent la réparation des préjudices sans recherche préalable des responsabilités ⁷. Il n'est pas sans intérêt de s'attarder quelques instants sur ce qu'il est permis d'appeler l'*idéologie de la réparation* qui sous-tend cette expansion remarquable dont l'histoire est liée à celle de l'Etat-providence ⁸. On peut débattre des vertus et des défauts de cette idéologie d'un

⁴ La question des formes, modes ou modalités de la réparation n'est pas nouvelle, mais elle n'a cessé de se compliquer depuis un siècle. De sa simplicité originelle, quelques traités du XIXème siècle témoignent exemplairement, comme celui d'Aubry et Rau, *op. cit.*, § 445, qui ne consacraient à la question que cinq lignes en tout et pour tout. Le mode naturel de réparation y était alors pécuniaire et prenait la forme d'une indemnité, avant que par un singulier renversement, cette réparation soit présentée comme une réparation <<par équivalent>> à défaut de réparation <<en nature>> (témoin de cette évolution, E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Sirey, 1937, pp. 322-323. La notion de réparation en nature a suscité de nouvelles difficultés et, singulièrement, sa distinction avec la suppression des situations illicites étudiée par Mme Roujou de Boubée dans sa thèse précitée (V. également C. Royer d'Elloy, *La réparation en nature en matière de responsabilité civile*, thèse Grenoble, 1993). Aujourd'hui encore, la distinction de la réparation en nature et de la réparation par équivalent innerve tous les ouvrages en la matière, y compris -et à tort- les développements portant sur la prétendue responsabilité contractuelle (V. Ph. Rémy, *Critique du système français de responsabilité civile*, Droit et cultures, 1996, p. 31 et s., spéc. pp. 43-44). Il serait bon de revenir sur cette présentation.

⁵ rendre pareil, ré-parer (*re-parare*)

⁶ V; p. ex. Civ. 1, 30 mai 1995, JCP 95, IV, 1810 et, déjà, 9 juill. 1981, B. II, n° 156

⁷ Sur l'évolution générale de la responsabilité civile, V. le tableau brossé par Mme G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 1995, n° 3-66. - Pour une vue plus ramassée, P. Jourdain, *op. cit.*, pp. 7-15

⁸ V. F. Ewald, *L'Etat-providence*, Grasset, 1986 et *La société assurencielle*, Risques, 1990, n° 1, p. 5 et s.

point de vue politique, économique ou social. Techniquement, en tout cas, l'expansion de cette idéologie n'a pas été sans effets pervers sur le système français de responsabilité civile.

EXPANSION

2. - Réparation et responsabilité. - Dans le système issu du code civil, responsabilité et réparation coïncident parfaitement; ils ne vont pas l'un sans l'autre. A la suite de Grotius et de Domat, l'article 1382 fonde l'obligation de réparer le dommage causé à autrui sur la faute de celui qui en est l'auteur et cette faute est également présente dans les articles 1383, 1384, 1385 et 1386 dont la mise en oeuvre suppose défaut de surveillance, d'entretien ou vice de construction ⁹. Obligatoirement fautif, le responsable est nécessairement coupable: la réparation civile est payée sur son propre patrimoine et joue donc un rôle sanctionnateur. Sur ce point comme sur d'autres, le XIXème siècle est un siècle de stabilité juridique et si la jurisprudence accomplit son lent travail d'acclimatation du code à la société industrielle qui se met en place ¹⁰, Ces adaptations progressives ne portent pas atteinte aux fondements et à l'architecture du droit de la responsabilité tout entier dominé par la faute. Même l'apparition de la jurisprudence sur les troubles anormaux de voisinage, au milieu du siècle, dans l'affaire *Derosne c. Puzin*, ne rompt pas encore avec cette philosophie subjectiviste car ces troubles sont d'abord définis comme des manquements aux obligations ordinaires du voisinage, c'est à dire comme une faute ¹¹.

De cette jurisprudence, sourd malgré tout la considération du risque mis en lumière par Saleilles à la fin du XIXème siècle ¹². Le principe de cette théorie est que toute activité faisant naître un risque pour autrui rend son auteur responsable du préjudice qu'elle peut causer, sans qu'il y ait à causer une faute à son origine. Le juge n'a donc pas à rechercher l'illicéité de l'acte reproché à l'agent. Les questions de responsabilité deviennent de simples questions objectives qui se réduisent à la recherche d'un rapport de causalité.

⁹ V. Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *Droit de la responsabilité*, Dalloz, 1996, n° 12

¹⁰ V. Ph. Rémy, *Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIXème siècle*, Annales d'histoire des facultés de droit et de la science juridique, 1985, n° 2, p. 91 et s., spéc. p. 100 et s.

¹¹ V. L. Cadiet, *Le préjudice d'agrément*, thèse Poitiers, 1983, n° 155 à 166

¹² Pour prendre la mesure de l'éclosion de cette théorie, V. R. Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, dans la 1ère éd. de 1889 et la 2ème de 1901, spéc., dans cette dernière, les n° 302 à 329

L'indemnisation de la victime en est grandement facilitée ¹³. La première consécration de cette conception objective de la responsabilité est quasiment passée inaperçue ¹⁴. Il est vrai qu'elle intervint dans un domaine très marginal puisqu'il s'agissait de l'obligation faite au concessionnaire d'une mine de réparer les dommages causés à la surface même en l'absence de toute imprudence ou négligence ¹⁵. Cette décision était sans commune mesure avec le retentissement extraordinaire qu'eut, quelques lustres plus tard, l'affaire *Teffaine* à propos de laquelle la cour de cassation découvrit un principe général de responsabilité du fait des choses dans l'article 1384 al. 1 CC ¹⁶.

3. - Réparation hors responsabilité. - La boîte (de Pandore?) était ouverte. A partir de cet arrêt, chacun devenait responsable des dommages causés sans faute prouvée de sa part et, particulièrement, des dommages causés par les choses que l'on a sous sa garde; cavalièrement dit, chacun pouvait être responsable sans être coupable ¹⁷. La loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail confirma cette transformation profonde en édictant un régime particulier de responsabilité forfaitaire, mais sans faute, au profit des ouvriers ¹⁸. La loi du 31 mars 1905 l'amplifia encore en organisant, dans le procès en réparation des préjudices de l'ouvrier, la substitution de l'assureur de responsabilité à l'employeur légalement responsable de l'accident du travail. L'année 1930 devait marquer le point d'orgue de cette mutation. D'abord, à l'occasion de l'affaire *Jand'heur*, la cour de cassation paracheva l'édifice de la responsabilité générale du fait des choses en transformant la présomption de faute consacrée par l'arrêt *Teffaine* en présomption de responsabilité: l'auteur du dommage ne peut donc plus s'exonérer en prouvant qu'il n'a pas commis de faute; il lui faut établir que le dommage résulte d'une force majeure ¹⁹. Surtout, fut votée la grande loi du 13 juillet 1930 sur le contrat d'assurance qui consacre, au profit de la victime du dommage, une action directe contre l'assurance de responsabilité. Pratiquement, la victime peut agir directement contre l'assureur du responsable qui l'indemniserait tout aussi directement sans que l'indemnité transite par le patrimoine de l'assuré responsable ²⁰. La portée de cette solution est majeure car, originairement

¹³ Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 34

¹⁴ Ch. réunies 23 juill. 1862, D. 62, 1, 257

¹⁵ L. 21 avr. 1810, aujourd'hui, art. 74, al. 1 C. minier

¹⁶ Civ. 16 juin 1896, S. 97, 17, note A. Esmein; DP 97, 1, 433, concl. Sarrut et note Saleilles - V. L. Josserand, *La responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897

¹⁷ V. Y. Lambert-Faivre, *op. cit.*, n° 4

¹⁸ V. E. Gaudemet, *op. cit.*, pp. 337-343

¹⁹ Ch. réunies 13 fév. 1930, D 30, 1, 57, concl. Matter, note Ripert; S. 30, 1, 121, note P. Esmein

²⁰ Art. 53, devenu l'art. L 124-3 C. ass.

analysée comme la garantie de la dette de responsabilité de l'auteur du dommage, l'assurance de responsabilité devient la garantie de la créance d'indemnisation de la victime ²¹. La logique assurantielle se met alors en place qui a conduit à multiplier les cas d'assurance obligatoire ²² de sorte que, savoureux paradoxe, le défaut d'assurance devient constitutif d'une faute! Le centre de gravité du droit de la responsabilité cesse d'être l'auteur du dommage et sa faute. La victime et son dommage passent au premier plan et l'évolution du droit de la responsabilité ne s'explique plus que par le souci d'améliorer l'indemnisation des préjudices.

Les manifestations de cette idéologie de la réparation sont connues de tous. La liste en est impressionnante qui, en jurisprudence, va du reflux de la faute, tantôt écartée ²³, tantôt banalisée ²⁴, voire objectivée ²⁵, à la multiplication des préjudices réparables ²⁶, y compris dans la période la plus récente ²⁷: il n'y a guère que la douleur des personnes morales de droit public ²⁸ et le <<préjudice d'être né>> ²⁹ qui ne soit pas encore matière à

²¹ Pourtant tiers au contrat d'assurance. - V. Y. Lambert-Faivre, *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation*, RTDC 1987, 1. - Rappr. R. Savatier, *Personnalité et dépersonnalisation de la responsabilité civile*, Mél. Laborde-Lacoste, Ed. Brière, 1963, pp. 321-344

²² Notamment pour les véhicules terrestres à moteur: art. L 211-1 C. ass.

²³ Dans les régimes de responsabilité dits sans faute, dont la responsabilité du fait des choses est bien sûr l'archétype, à quoi on peut ajouter la responsabilité pour trouble anormal de voisinage: V. Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 3582 et s. et 3292 et s.

²⁴ La faute la plus légère, la plus petite imprudence engagent au même titre que la faute intentionnelle: la faute n'est plus ici qu'un concept technique, purgé de toute connotation morale.

²⁵ V. la <<faute>> de l'enfant en bas âge, de l'*infans*: Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 23, 41 et 616

²⁶ La <<conquête>> de la réparation du préjudice moral a été lente, devant les juridictions administratives (1961) encore plus que devant les juridictions judiciaires (1833). Mais l'histoire, ici aussi, s'est accélérée: préjudice d'affection, y compris à la suite d'un dommage causé à un animal, préjudice esthétique, sexuel, d'agrément. - Sur l'indemnisation du préjudice moral, V. Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 735 et s.

²⁷ Préjudice spécifique de contamination, en matière de SIDA (Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 4013). - Préjudice moral de déception, en matière de loterie avec pré tirage (Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 3114). - Préjudice moral des victimes en état végétatif: <<l'indemnisation d'un dommage n'est pas fonction de la représentation que s'en fait la victime, mais de sa constatation par le juge et de son évaluation objective>> (Crim. 5 janv. 1994, JCP 95, IV, 862. - V. Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 741 et s.)

²⁸ V. Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 691

réparation ³⁰. Et lorsque la jurisprudence n'a pas pu, su ou voulu aller jusqu'au bout de la logique indemnitaire, le législateur a pris le relais en mettant en place des régimes spéciaux dits de réparation ou d'indemnisation ³¹. Le changement de vocabulaire est notable: on ne parle plus de responsabilité car, dans ces régimes, c'est l'indemnisation de la victime qui est le point de mire plutôt que la recherche, toujours assez aléatoire, d'un responsable ³². Est remarquable, à cet égard, la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, dite loi *Badinter*, <<tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation>> ³³ La litanie des régimes spéciaux s'est même notablement allongée depuis le début des années 1980 au point qu'on en compte aujourd'hui plus d'une vingtaine ³⁴. Parfois, il s'est agi de corriger les défauts du droit commun de la responsabilité civile afin d'assurer une meilleure indemnisation aux victimes de certaines choses ³⁵ ou de certaines activités ³⁶. Parfois, le législateur a été amené à apporter une réponse appropriée à la nouveauté du fait dommageable: ainsi, pour les dommages causés à l'homme ou à l'environnement par les moyens de transport, individuels ou collectifs ³⁷, ou par l'énergie nucléaire ³⁸. Pour le reste, les techniques adoptées sont variables d'un régime à l'autre. La réparation peut être intégrale ou partielle, acquise à la victime malgré la faute qu'elle aurait commise ou, au contraire, diminuée, voire écartée en raison de cette faute. Quand elle n'est pas assumée par l'auteur du dommage, auquel il peut être fait ou non obligation de souscrire une

²⁹ Bordeaux 26 janv. 1995, JCP 95, IV, 1568: <<si un être humain, dès sa conception, est titulaire de droits, il ne possède pas celui de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre, et sa naissance ou la suppression de la vie ne peut pas être considérée comme une chance ou une malchance dont il peut tirer des conséquences juridiques>> . - Rappr. CE 27 sept. 1989, D. 91, 80, note Verpeaux et Civ. 1, 25 juin 1991, D. 91, 567, note le Tourneau

³⁰ Du moins, pour l'instant et aux plus hauts niveaux de l'ordonnancement juridictionnel

³¹ V. Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 42-46 et n° 3780-4061

³² Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 45

³³ V. Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 3785-3904

³⁴ Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 3781

³⁵ Ainsi pour les dommages causés par le gibier: V. Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 3953-3960, ou -c'est encore de la *lex ferenda*- par les produits défectueux: Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 3971-3978

³⁶ Ainsi pour la transfusion sanguine, avec l'indemnisation des victimes de contamination iatrogènes... en attendant celle des victimes de l'hépatite C ou de l'amiante: V. Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 4002-4034

³⁷ Véhicules terrestres à moteur, téléphériques, aéronefs, navires: V. Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 3784-3941

³⁸ V. Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 4046-4057

assurance à cet effet, la réparation est mise à la charge d'un organisme de sécurité sociale ou à la charge de l'État lui-même, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un Fonds de garantie. La socialisation de la réparation va de pair avec l'objectivation de la responsabilité; elle signale, comme on l'a justement fait observer, le passage d'«*une justice commutative de la responsabilité à une justice distributive de la solidarité*»³⁹. Quelle que soit sa valeur du point de vue politique, économique ou social, il n'est guère douteux que cette expansion s'est faite au prix de multiples forçages et torsions notionnelles qui ont fait perdre au droit de la responsabilité civile sa simplicité et sa cohérence originaires.

PERVERSIONS

4. - Responsabilité délictuelle et «responsabilité contractuelle». - Une première perversion du système français de responsabilité civile tient à l'apparition et au *développement du concept de responsabilité contractuelle* qui n'a certes pas l'éternité -ni l'universalité- qu'on veut bien lui reconnaître. Dans le code civil, la responsabilité, c'est à dire l'obligation de réparer le dommage causé à autrui, ne s'applique, à proprement parler, qu'aux délits et quasi-délits des articles 1382 à 1386: on ne parle d'ailleurs pas de responsabilité; le mot, dont on attribue la création à Necker, n'apparaît sous la plume des civilistes qu'au cours du XIXème siècle⁴⁰. La prétendue responsabilité contractuelle consiste en réalité dans les «*dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation*» dont les articles 1146 à 1155 traitent simplement comme d'un «*effet de l'obligation*»⁴¹ convenue: elle n'est qu'un mode d'exécution forcée par équivalent des obligations contractuelles, obéissant à ses propres règles dont sont parfaitement absentes les notions de faute et de dommage. Pourquoi imaginer, ainsi qu'on le fait aujourd'hui, que le débiteur de l'obligation contractuelle qui n'a pas été exécutée devient, en raison de l'inexécution, débiteur d'une nouvelle obligation dont l'objet serait de réparer le préjudice que l'inexécution cause au créancier? «*Le débiteur qui n'exécute pas ou exécute mal doit des dommages-intérêts non parce qu'il a causé injustement un dommage à son cocontractant, mais tout simplement parce qu'il n'exécute pas le contrat*»⁴². La distinction était bien faite,

³⁹ Y. Lambert-Faivre, *op. cit.*, in fine

⁴⁰ V. J. Henriot, *Note sur la date et le sens de l'apparition du mot responsabilité*, APD, t. XXII, 1977, p. 59

⁴¹ Chap. 3, titre 3, livre 3 CC

⁴² Ph. Rémy, *Critique du système français de responsabilité civile*, préc., pp. 39-49, spéc. p. 40-41.
- En ce sens également, V. D. Tallon, *Pourquoi parler de faute contractuelle ?*, Mél. Cornu, PUF, 1995, 429. - Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 220 et s.

alors, dans la littérature juridique du siècle dernier, entre la responsabilité délictuelle et la théorie des dommages-intérêts contractuels, qu'il s'agisse des ouvrages généraux⁴³ ou des ouvrages déjà spécialisés comme le traité de Sourdat⁴⁴. Une chose était l'inexécution d'une obligation convenue entre les parties à un contrat, à quoi doivent répondre les dommages-intérêts contractuels, autre chose la réparation d'un dommage distinct de l'inexécution de l'obligation contractée, que doit sanctionner la responsabilité délictuelle, y compris entre les parties au contrat. C'est du reste à propos de la réparation d'un dommage corporel subi lors de l'exécution d'un contrat qu'avait été posé, par l'arrêt *Teffaine*, le principe général de responsabilité du fait des choses⁴⁵.

Un auteur a parfaitement montré comment la notion de responsabilité contractuelle a fait son apparition, à la fin du XIX^{ème} siècle, à partir de l'invention, par la jurisprudence, dans le contrat de travail, d'une obligation contractuelle de sécurité à la charge de l'employeur⁴⁶, avant que l'usage n'en soit fortement consacré, au début des années 1910, dans le contrat de transport⁴⁷, avec le succès que l'on sait⁴⁸. *<<En soustrayant ainsi au droit des délits ce qui était de sa compétence naturelle (l'accident corporel), on n'a pas seulement "forcé" le contenu de tel ou tel contrat spécial: on a artificiellement donné au contrat une fonction de réparation, et inventé du même coup un concept qui allait empoisonner le régime du contrat en général>>*⁴⁹. Les inconvénients, sinon les méfaits de cette théorie de la responsabilité contractuelle ont récemment été inventoriés, ce qui nous dispense d'entrer dans leur détail⁵⁰. Disons, de manière générale, que le droit des contrats a perdu en cohérence⁵¹ et en simplicité⁵² et que le

⁴³ V. p. ex. Aubry et Rau, *op. cit.*, qui traitent au § 445: *<<De l'obligation de réparer le dommage occasionné par un délit>>*

⁴⁴ A. Sourdat, *Traité général de la responsabilité et de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, Paris, 1852

⁴⁵ Mécanicien tué par l'explosion d'un des tubes de la machine à vapeur du remorqueur sur lequel il travaillait

⁴⁶ V. Ph. Rémy, *op. cit.*, n° 40-43

⁴⁷ Civ. 21 nov. 1911, D. 13, 1, 249, note Sarrut

⁴⁸ V. P. Jourdain, *L'obligation de sécurité (à propos de quelques arrêts récents)*, GP 1993, 2, 1214. - Y. Lambert-Faivre, *Fondement et régime de sécurité*, D. 1994, 81. - Adde Ph. le Tourneau et L. Cadet, *op. cit.*, n° 1546-1560

⁴⁹ Ph. Rémy, *op. cit.*, p. 42. - On relira également, avec profit, les analyses et l'opinion de Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, Sirey, 3^{ème} éd. 1933, n° 486 et 487

⁵⁰ V., outre Ph. Rémy, *op. cit.* pp. 43-47, V. D. Tallon, *L'inexécution du contrat: pour une autre présentation*, RTDC 1994, 223

⁵¹ Ainsi, avec l'éclatement de la présentation des différents remèdes offerts au créancier en cas

droit de la responsabilité s'en est trouvé inutilement compliqué du fait de la coexistence de deux systèmes de réparation qui n'obéissent pas au même régime selon qu'ils s'appliquent aux contractants ou aux tiers⁵³. D'où d'inépuisables problèmes de frontières dont il serait opportun de faire l'économie en rétablissant le contrat et la responsabilité dans la pureté originelle de leur fonction: au contrat, la fonction de paiement de l'obligation, à la responsabilité, celle de réparation des dommages⁵⁴.

Il est permis de se demander si le développement des régimes spéciaux d'indemnisation n'oriente pas le droit français dans cette direction. Ces régimes, pour l'essentiel, sont en effet applicables en toute hypothèse, abstraction faite de la nature des relations existant entre la victime et l'auteur des dommages: peu importe que ces dernières aient été liées par un contrat ou non⁵⁵. Il est certes tentant d'y voir l'émergence d'un troisième ordre de responsabilité qui <<transcenderait>>, comme on dit aujourd'hui, la distinction de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle, sorte de <<responsabilité légale>> permettant de sortir des difficultés actuelles⁵⁶. Mais cette responsabilité du troisième type susciterait sans doute plus de problèmes qu'elle n'en réglerait, à commencer par de nouveaux problèmes de frontières⁵⁷. En vérité, lorsque les régimes spéciaux d'indemnisation déclarent s'appliquer même aux victimes liées par contrat à l'auteur du dommage, il est plus simple d'y lire ceci: la responsabilité (délictuelle,

d'inexécution, l'exception d'inexécution et la résolution pour inexécution étant traités à propos du contrat, tandis que les dommages-intérêts le sont avec la responsabilité délictuelle: V. D. Tallon, *op. cit.*, n° 12 et s.

⁵² V. p. ex. les questions inutiles de la <<responsabilité contractuelle du fait d'autrui>> et de la <<responsabilité contractuelle du fait des choses>>: Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 1587-1604

⁵³ V. Ph. Rémy, *op. cit.*, pp. 47-49. - A cet égard, la question de la nature de la responsabilité dans les groupes de contrats est particulièrement topique: V. M. Bacache, *La relativité des conventions et les groupes de contrat*, LGDJ, 1996. - F. Leborgne, *L'action en responsabilité dans les groupes de contrats - Etude de droit interne et de droit international privé*, thèse Rennes I, 1995. Adde Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 285 à 292

⁵⁴ Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 222-224. - En ce sens aussi, V. Ph. Rémy, *op. cit.*, pp. 41-43

⁵⁵ V. p. ex. la loi Badinter qui s'applique aux victimes d'accidents de la circulation <<même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat>>: art. 1er

⁵⁶ V. G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, préc., n° 242 et s., spéc. n° 245

⁵⁷ *Quid*, par exemple, de la loi applicable et du juge compétent? Les règles de conflits de lois et les règles de compétence, interne comme internationale, reposent sur la distinction de la <<matière contractuelle>> et de la <<matière délictuelle>>

par nature) s'applique y compris entre contractants dans la mesure où il s'agit d'assurer la réparation d'un dommage qui, par hypothèse, ne peut pas consister dans la seule inexécution de l'obligation contractée. <<ce que l'on appelle responsabilité contractuelle devrait être conçu comme quelque chose de très limité: l'obligation de procurer au créancier l'équivalent de l'intérêt (pécuniaire) qu'il attendait du contrat; c'est artifice que de faire entrer là-dedans des bras cassés et des morts d'hommes; les tragédies sont de la compétence des articles 1382 et s.>>⁵⁸. Ces régimes, qui ne sont que des régimes, relèvent par nature du droit des délits; seulement, ce sont des délits spéciaux qui dérogent au droit commun de la responsabilité délictuelle⁵⁹.

5. - Responsabilité civile et responsabilité pénale. - Du droit de la responsabilité, l'idéologie de la réparation n'a pas seulement perturbé les frontières; elle en a également brouillé les fonctions. C'est alors la **distinction de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale** qui est en cause. Cette distinction est un passage obligé des traités de responsabilité qui en développent les multiples aspects, tantôt dans leur introduction⁶⁰, tantôt lors de l'analyse des principes généraux de la responsabilité⁶¹. Cette distinction, que l'on date des temps modernes, serait un progrès du droit, une marque de son humanisation par rapport à l'antique loi du Talion: <<l'argent devient alors la mesure du dommage, dont la *guelde germanique* constitue un exemple (tant pour un oeil, tant pour un bras): son truchement humanise la loi du Talion>>⁶² Punir le coupable est une chose, indemniser la victime en est une autre: au droit de la responsabilité pénale la première fin, rétributrice; au droit de la responsabilité civile, la seconde, réparatrice. D'où, en principe, la réparation est à la mesure du préjudice subi (le préjudice, tout le préjudice, mais rien que le préjudice, même le plus petit), sans qu'il soit tenu compte de la gravité de la faute commise (la plus légère suffit) que prend en considération, au contraire, le droit pénal pour déterminer le *quantum* de la peine. Au vrai, cette distinction n'a jamais été poussée au bout de sa logique. Seulement, dans la période contemporaine, le brouillage des fonctions de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale n'ont cessé de s'accroître.

D'un côté, la responsabilité civile n'a pas qu'une fonction réparatrice. L'indemnisation de la victime, à certains égards, constitue une *punition* de l'auteur du

⁵⁸ J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 295

⁵⁹ Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 3783

⁶⁰ V. G. Viney, *op. cit.*, n° 67-160

⁶¹ Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 76-206

⁶² Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel préc.*, n° 2

dommage dès lors qu'il doit personnellement supporter la charge de la réparation sur son patrimoine; elle a même une vertu préventive dès lors qu'elle permet de prévenir la réalisation de dommages par la crainte légitime de la sanction pécuniaire qu'elle engendre. Il y a plus. Si le développement de l'assurance de responsabilité a pu être présenté comme affaiblissant le rôle prophylactique de la responsabilité en reportant le poids de la dette de réparation sur le patrimoine de l'assureur ⁶³, la pratique assurantielle a su réintroduire une certaine prophylaxie des comportements dommageables par le jeu des clauses *bonus-malus*, voire de déchéance et l'institution des franchises, dans lesquelles un auteur a pu voir, justement, autant de <<techniques assurantielles de pénalisation>> ⁶⁴. Hors même l'intervention de l'assurance, des voix de plus en plus nombreuses s'élèvent même pour la consécration en droit français des dommages-intérêts punitifs, ou exemplaires, ⁶⁵ permettant au juge de condamner l'auteur du dommage à un surcroît de dommages-intérêts lorsque sa faute paraît extrêmement grave. Afin de ne pas enrichir injustement la victime, ces dommages-intérêts punitifs pourraient être versés à un fonds de garantie ⁶⁶ ou contribuer au financement d'actions collectives ⁶⁷. Le code civil du Québec en a récemment organisé la possibilité ⁶⁸ et la Cour de justice des communautés européennes en a également consacré le principe en droit communautaire ⁶⁹.

A l'inverse, et surtout, la responsabilité pénale n'a pas qu'une fonction sanctionnatrice. Non seulement la peine peut être considérée comme une *réparation*, ce qui est d'ailleurs conforme à son étymologie ⁷⁰; mais encore, l'idéologie de la réparation a profondément pénétré le droit pénal comme en témoignent diverses solutions: ainsi,

⁶³ V. Geneviève Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Préface A. Tunc, LGDJ, 1965; *Introduction à la responsabilité préc.*, n° 21-26; *Responsabilité: effets*, LGDJ, 1988, n° 356-437

⁶⁴ Ph. Pierre, *Vers un droit des accidents - Contribution à l'étude du report de la responsabilité civile sur l'assurance privée*, thèse Rennes 1992, spéc., n° 166 à 298

⁶⁵ V. S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. Viney, LGDJ, 1995

⁶⁶ Ph. le Tourneau et L. Cadet, *op. cit.*, n° 30-31

⁶⁷ V. L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, thèse Paris I, 1995, spéc. pp. 391-447

⁶⁸ Art. 1621. - V. J.L. Baudouin, *La responsabilité civile*, éd. Yvon Blais Inc., 4ème éd. 1994, n° 219 et s.

⁶⁹ CJCE 5 mars 1996, 96/C 145/01, JOCE 18 mai 1996, n° C 145/1: <<des dommages-intérêts particuliers, tels que les dommages intérêts "exemplaires" prévus par le droit anglais, doivent (...) pouvoir être alloués dans le cadre de réclamations ou actions fondées sur le droit communautaire s'ils peuvent l'être dans le cadre de réclamations ou actions semblables fondées sur le droit interne>>

⁷⁰ du latin *pœna* "réparation, punition, souffrance", d'après le grec *poinê* "châtiment"

l'aggravation des sanctions dans le cas d'atteintes à la personne ⁷¹, l'accroissement des droits de la partie civile au sein du procès pénal ⁷², y compris à l'égard de l'assureur du responsable ⁷³, la possibilité, pour le juge pénal, de statuer sur les intérêts civils même dans le cas où il prend une décision de non-culpabilité ⁷⁴, les régimes spéciaux d'indemnisation des victimes d'infractions ⁷⁵ et d'actes de terrorisme ⁷⁶. Il faudrait encore signaler la consécration, récente, de la médiation pénale, troisième voie entre le classement sans suite et les poursuites, permettant au ministère public de ne pas poursuivre l'auteur du dommage, pénalement répréhensible, si celui-ci accepte d'indemniser la victime ⁷⁷, un contrat sur la réparation en quelque sorte. Intéressante d'un point de vue idéologique, la médiation pénale opère une contractualisation de l'indemnisation qui est également notable sur un autre terrain, celui de la méthodologie de la réparation ⁷⁸. Mais cette question mériterait, à elle seule, un autre séminaire.

⁷¹ Une faute identique (d'imprudence) sera sanctionnée, pénalement, de façon différente selon qu'elle a causé ou non un dommage corporel; V. art. 229-19 et 20 NCP. La menace d'un dommage corporel est même devenue, en soi, constitutive d'un délit dans le nouveau code pénal, le délit de risque causé à autrui défini par l'article 223-1. - V. M. Puech, *De la mise en danger d'autrui*, D. 1994, 53

⁷² V. J. Danet, *Victimes et parties civiles dans le nouveau procès pénal*, Rev. jurid. d'Ille-de-france 1995, n° 1, p. 7 et s.. - Adde Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 106 à 151

⁷³ V. art. 388-1 CPP et G. Durry, *Une innovation en procédure pénale: l'intervention de certains assureurs devant la juridiction de jugement*, Mél. Larcq, p. 105. - Adde Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 129 et 138-140

⁷⁴ Acquiescement: art. 372 CPP et, surtout, relaxe: art. 470-1 et 541 CPP, sur lesquels Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 121

⁷⁵ Faisant intervenir la commission d'indemnisation des victimes d'infractions: art. 706-3 et s. CPP: V. Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 169-194

⁷⁶ Art. L 126-1 et L 422-1 à L 422-3 C. ass. - V. Ph. le Tourneau et L. Cadiet, *op. cit.*, n° 195-206

⁷⁷ Art. 41, dern. al. CPP (réd. L. n° 93-2 du 4 janv. 1993). - V. G. Blanc, *La médiation pénale...*, JCP 1994, II, 3760. - M.C. Desdevises, *Les fondements de la médiation pénale*, Mél. Henry Blaise, Economica, 1995, p. 175

⁷⁸ La constitution, contemporaine, d'une véritable méthodologie de la réparation renouvelle celle des formes, modes ou modalités de l'indemnisation: V. *supra* note 4. Depuis les clauses relatives à la responsabilité ou à la réparation jusqu'au règlement transactionnel de l'indemnisation des victimes, parfois organisé par des lois particulières en marge du droit commun de la transaction, en passant par le tamis très fin des multiples conventions, individuelles ou collectives, du droit des assurances, la contractualisation de la réparation est un trait saillant de cette méthodologie qui est essentiellement liée à l'émergence du concept de dommage corporel: V., pour une première mise en ordre, G. Viney, *La responsabilité: effets*, préc., n° 180-304.

SUR LES TENDANCES MODERNES EN MATIÈRE DE RÉPARATION

Nous reproduisons ci-après le texte d'une intervention de M. le professeur Raphaël Romi prononcée à l'occasion d'une journée organisée par l'École doctorale « Normes et sociétés » de Nantes, le 30 mai 1996, consacrée à « La réparation ».

L'objet de la journée de l'École doctorale « Normes et sociétés » était de répondre à quelques interrogations contemporaines sur la notion de réparation en droit. Certes, il existe parmi celles-ci quelques questions plus ou moins techniques : que répare-t-on, et comment ? A quelle date évalue-t-on le montant de la réparation ? Qui a droit à une réparation ? Quelles sont les meilleures méthodes de réparation ? Et quel est celui des juges ou celle des juridictions qui répare « le mieux » tel ou tel dommage ? Pour ma part, j'ai plutôt éprouvé le besoin de situer ces questions dans une perspective de « politique juridique »...

Je suis parti pour ce faire d'un constat banal : il se produit, dans des domaines de plus en plus nombreux et divers, de fortes pressions sociales qui aboutissent à une socialisation des risques : peu importe la manière, il faut que tel dommage soit réparé. En la matière, le juriste enregistre plus souvent qu'il ne cherche à comprendre. Or, à travers ces modifications juridiques induites par des pressions sociales, c'est sa matière, et partant son rôle, qui sont bouleversés. Il y a tout à gagner à ce que, dépassant le rôle de technicien, le juriste cherche à clarifier, de là où il est, les implications et les explications de ce double bouleversement. Il ne peut en effet « faire du droit » en oubliant tout bonnement qu'il agit dans un Etat de droit caractérisé par le respect de la démocratie. Or, le choix de la recherche de l'efficacité, c'est-à-dire de la réparation des dommages subis, fait bon marché de la nécessité, morale et pratique, dans un état démocratique, de

repérer les coupables : la désynchronisation entre responsabilité administrative (entraînant obligation d'indemnisation) et responsabilité politique (culpabilité, si l'on préfère...), mais aussi entre responsabilité pénale et responsabilité civile (1), correspond-elle à une démocratisation de la gestion des risques ?

A la limite, cette question n'aurait que peu de relief si la société se retrouvait dans les formules de gestion des risques, et s'il existait une recherche accentuée de l'acceptabilité des risques — et donc des dommages. Normalement, pour l'environnement, l'urbanisme, l'aménagement, une des fonctions du principe de participation (2), désormais inscrit dans notre corpus juridique, est d'instaurer de nouvelles pratiques en ce sens, qui pourraient circonscrire les solutions contentieuses conjointement à la mise en oeuvre du principe de précaution. Le problème est de savoir s'il existe des traces ou une tendance dans notre droit qui permettent de croire que le principe de participation sera autre chose qu'une vague philosophie, ou si la gestion des risques continuera de se faire dans un secret relatif, entretenu par les textes (3) comme par les pratiques, jusqu'au moment où, le risque se produisant, le juge se retrouvera à jouer un rôle d'arbitrage connoté de politique, face à des demandeurs de « réparations ».

Mais si une analyse portant sur la « marche » des techniques de responsabilité et sur les recherches de démocratisation et de rationalisation qui se font jour à travers l'énoncé récent de principes (4), dont il s'agit, d'ailleurs, de savoir s'ils seront susceptibles d'entraîner

des effets juridiques et d'évaluer la capacité à prévenir les contentieux, est à même de présenter des ambiguïtés, perversions et confrontations nées de la confrontation des nouvelles aspirations sociales, des besoins écologiques et des pressions économiques, elle n'expliquera jamais l'apparente déconnexion qui semble se faire jour dans nos sociétés entre les techniques — y compris les techniques contentieuses — et les aspirations démocratiques. Elle doit donc à notre gré être complétée, sans illusions — l'exhaustivité est hors de portée — par une étude terminologique. Car, malgré l'abondance d'écrits juridiques ou parajuridiques sur la gestion des risques, malgré des efforts de clarification des concepts, nous ne possédons guère d'études qui traitent du sens des termes.

1. Systèmes contentieux d'indemnisation et déresponsabilisation des coupables

En ce qui concerne le droit privé, les évolutions récentes semblent aller dans le sens d'une généralisation des systèmes de responsabilité objective. Pour prendre un exemple, en matière de dommages résultant de l'exercice d'activités dangereuses pour l'environnement, la Convention dite de Lugano, adoptée le 20 juin 1993 dans le cadre du conseil de l'Europe, établit une responsabilité sans faute à l'égard de l'entrepreneur. Son article 6 dispose que « l'exploitant d'une activité dangereuse mentionnée à l'article 2, est responsable des dommages causés par cette activité, résultant d'événements survenant au moment ou

(1) V. sur ce point la représentation de M. Rémond-Gouilloud : *Le risque de l'incertain : la responsabilité face aux avancées de la science*, La Vie des Sciences, tome 10, 1993, n° 4, p. 341-357.

(2) V. J.-C. Hélin, *La loi Barnier et la participation du public : innovations et ajustements*, R.J.E. 2-1995, p. 219 et s.

(3) V. par exemple, sur les O.G.M. et la loi O.G.M., le numéro spécial de la R.J.E. 3-1993.

(4) Pour une approche générale de la genèse de ces principes, voir C. Cans, *Grande et petite histoire des principes généraux du droit de l'environnement dans la loi du 2 février 1995*, R.J.E. 2-1995, p. 195 et s.

pendant la période où il exerçait le contrôle de celle-ci ». L'intérêt de cette convention est de définir dans son article 2, les notions qu'elle entend utiliser : concepts d'exploitant (5), d'activités dangereuses (6), de substances dangereuses, de dommage, d'environnement (7). De même, la Convention institue dans son article 13 le principe de garantie : les exploitants exerçant une activité dangereuse sont désormais tenus d'avoir et de maintenir une assurance ou une autre garantie financière pour assurer la responsabilité sans faute instituée par la Convention. Les Etats signataires sont chargés de rendre obligatoire cette garantie financière sur leur territoire. La proposition de directive communautaire sur la responsabilité civile pour les dommages causés par les transferts de déchets (8) s'inscrit sensiblement dans la même logique. Sur le plan national, la tendance est identique : par exemple, le contentieux des nuisances acoustiques à proximité des aéroports obéit à un régime spécial de responsabilité objective. L'article 141-2 du Code de l'aviation civile permet aux victimes d'engager la responsabilité de l'exploitant de l'aéronef pour tous les dommages causés au sol sans avoir à prouver la commission d'une faute.

Les lois ou conventions peuvent organiser des systèmes de responsabilité couvrant les dommages que pourraient causer leur application. Quand elles ne le font pas, la jurisprudence administrative est allée jusqu'à inventer un système qui permet — rarement, c'est vrai — que la responsabilité de l'Etat soit cependant engagée pour ces activités de souveraineté, ce qui est audacieux mais éthiquement normal : il s'agit d'éviter que ne se créent des inégalités flagrantes, ou trop flagrantes, des citoyens devant les charges publiques. Dans l'espèce Société La Fleurette (9), la loi concernée ne prévoyait pas d'indemnisation : ce silence n'interdit nullement, selon la Haute juridiction, une indemnisation. Mais, s'il y a eu des applications de cette jurisprudence ensuite, elles ont été finalement peu nombreuses ; soit que les juridic-

tions considèrent — parfois à la lumière des travaux préparatoires — que le législateur avait entendu tacitement exclure toute indemnisation, soit en raison d'un défaut d'anormalité ou de spécialité du préjudice considéré ; soit, enfin, parce que l'intérêt général qui présidait à l'élaboration et à l'application de la loi était un intérêt général prééminent. Dans ce cas, semble-t-il, les éventuels dommages ne sauraient être considérés comme anormaux, et l'on peut par extension considérer que le législateur a alors, par son silence, entendu exclure toute indemnisation (10). L'appréciation n'est pas exempte de subjectivité : elle ne peut pas l'être, parce que les juges sont des êtres humains, et que la société bouge autour d'eux. Elle est donc sujette à variation, au gré des rapports de force et de l'évolution de la société, et en fonction des juridictions qui se prononcent et de la formation de jugement. Pour ne prendre qu'un exemple, en matière de risques induits par la protection des espèces, un arrêt Plan, rendu par la Cour administrative d'appel de Lyon le 1^{er} février 1994 sur les conclusions du commissaire du gouvernement Richer (11), semble le confirmer. Vérifiant que « rien, dans le texte même de la loi ni dans ses travaux préparatoires ne permet de penser que le législateur ait entendu exclure la responsabilité de l'Etat », constatant que les dispositifs d'effarouchement sont peu efficaces « en raison de l'accoutumance des animaux », la formation de jugement en conclut que les pertes subies « constituent pour l'intéressé une charge qui ne lui incombe pas normalement ». Or, la même juridiction avait en 1989 (12), à propos de la loi de juillet 1976 sur la protection de la nature, refusé l'indemnisation des dégâts causés à diverses exploitations par des castors, protégés au titre de cette loi et de ses dispositions d'application. La jurisprudence semblait d'ailleurs bien arrêtée en ce sens, depuis une décision rendue par le Conseil d'Etat le 14 décembre 1984 (13) ; la Haute juridiction précisait que « eu égard à l'objet en vue duquel ont été édictées les dispositions législatives (et ses

mesures d'application) relatives à la protection de nature, le législateur a entendu exclure la responsabilité de l'Etat en raison de leurs conséquences sur les taxidermistes » (14). Les apparences laissent donc penser qu'il y a ici, sinon un revirement de jurisprudence, au moins une inflexion de la façon de raisonner (15).

Et d'une manière générale, pour ce qui concerne le droit administratif, la recherche de l'efficacité — qui épouse aussi une certaine conception de la recherche de l'équité — conduit également à privilégier les systèmes de responsabilité objective (16).

Par ailleurs, il est à la fois logique, pratique, éthiquement nécessaire, même si parfois générateur de perversions (déresponsabilisation, mécanismes d'exemption injustifiés), que l'on ait procédé à la socialisation de certains risques au moyen de la mise en place de fonds d'indemnisation (17). Le système tient alors de la solidarité et peut permettre l'alimentation financière, mais peut aboutir à une banalisation du risque (18).

Enfin, même quand la faute continue à avoir une certaine importance, on assiste à une objectivation des contentieux de responsabilité pour faute. On remarquera par exemple que le juge administratif considère souvent, finalement, qu'une carence d'une autorité dans l'exercice des ses pouvoirs d'environnement peut constituer une faute engageant sa responsabilité (19). Cette extension de la conception de la faute mérite aussi analyse, car elle correspond également à une recherche maximale de la socialisation des risques. La recherche d'une faute et surtout d'une intention est bien moins importante dans la démarche du juge que la recherche d'une imputation rationnelle d'un risque qu'il convient de couvrir, et l'acceptation de la responsabilité de l'administration pour faute simple en lieu et place de l'exigence d'une faute lourde ne constitue à cet égard qu'un paradoxe apparent : il s'agit dans nombre d'hypothèses de faciliter l'imputation plus que de clarifier les compétences et de s'interroger en conséquence

droit de la responsabilité

(5) L'exploitant est « toute personne qui exerce le contrôle d'une activité dangereuse ». Peu importe qu'il s'agisse d'une personne de droit privé ou de droit public, et les Etats sont inclus.

(6) Sont exclus du champ d'application de la convention : les dommages résultant d'opérations de transport (art. 4), les dommages causés par une substance nucléaire lorsque ceux-ci sont réglés par les Conventions de Paris du 29 juillet 1960 et de Vienne du 21 mai 1963.

général, tome 1, précis Domat, 6^e édition, p. 1084.

(15) Il faut évidemment toujours être prudent : dans l'espèce Bente, les faits étaient extrêmement particuliers. Les dommages résultaient certes de l'action des castors, mais eux mêmes avaient été en quelque sorte conduits à réagir par la réalisation de travaux de nettoyage des berges et du lit du cours d'eau qui constituaient leur lieu de vie. D'ailleurs, les requérants avaient en même temps avancé à l'appui de leurs prétentions le fondement de la responsabilité du fait des travaux publics et la responsabilité du fait des lois.

(16) V. par exemple, sur ce sujet, M. Tremeur, La responsabilité des services publics hospitaliers, évolution, perspectives, Petites Affiches du 12 juillet 1995, p. 17 et s.

(17) Parfois au plan international : ainsi du F.I.P.O.L., fonds international d'indemnisation des dommages des victimes de pollutions de la mer, Convention de Bruxelles, 18 décembre 1971.

(18) V. Martine Rémond-Gouilloud, Du droit de détruire, op. cit., p. 178-179.

(19) Cf. R. Romi, La responsabilité pour carence des autorités de police administrative, Petites Affiches du 12 décembre 1986.

(20) Cf. à propos du S.I.D.A., M. Cliquennois, Essai sur la responsabilité de l'Etat du fait de ses activités de contrôle et de tutelle, Petites Affiches n° 98 de 1995, p. 4 et s.

(21) Rapport P. Auberger, A.N., Commission des finances, annexe 21, doc. A.N., n° 1560, 20 octobre 1994, p. 54.

(22) V. entre autres le commentaire d'Hélène Pauliat, Petites Affiches du 13 juin 1994.

(23) Le risque de l'incertain : la responsabilité face aux avancées de la science, précité, p. 345.

(24) F. Ewald, Responsabilité, solidarité, sécurité, la crise de la responsabilité en France à la fin du XX^e siècle, Risques, n° 10-1992.

(25) 9 avril 1993, V. D. Loschak, Réflexions sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative, in Le droit administratif en mutation, C.U.R.A.P.P., P.U.F. 1993, p. 275 et s., part. p. 279-280.

(26) Y. Lambert-Faivre en particulier ; pour une présentation, V. L. Engel, Vers une nouvelle approche de la responsabilité, le droit français face à la dérive américaine, Esprit juin 1993, p. 5 et s.

(27) F. Ewald.

(28) Le Conseil d'Etat ne s'y est pas trompé, qui, confronté à une demande d'avis sur les modalités d'application de la loi sur l'indemnisation des victimes du S.I.D.A., a souligné que le législateur avait poursuivi des « objectifs d'indemnisation complète et rapide » : avis du 1^{er} novembre 1993, sur renvoi du Trib. adm. de Paris, Jezequel et autres, J.O., 3 novembre 1993, p. 15195-15196.

(29) Paru chez Economica en 1992 : La gestion de l'impossible.

(30) Dont on connaît les ambiguïtés, V. G.J. Martin, Précaution et évolution du droit, Dalloz, 9 novembre 1995, Chron. p. 299 et s.

(7) L'environnement comprend les notions d'héritage culturel et de paysages : il est 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 ».

(8) Proposition modifiée N.C. 192/6, J.O.C.E., 22 juillet 1991.

(9) Conseil d'Etat, Ass., 14 janvier 1938, G.A.J.A. éd. 1993, p. 813 et s.

(10) V. D. Loschak, Réflexions sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative, in Le droit administratif en mutation, C.U.R.A.P.P., P.U.F. 1993, p. 275 et s., part. p. 310.

(11) R.J.E. 2/3 1994, p. 264 et s.

(12) Cour adm. appel Lyon, 16 février 1989, Bente, J.C.P. 1990, II. 21521, note J. de Malafosse ; même date, Sabatier, Petites Affiches n° 5 de 1990, p. 9, obs. F. Julien Laferrière et M. Deguerge.

(13) Rouillon, D. 1986 I.R., obs. Bon et Moderne ; R.A. 1985, p. 45, note Pacteau ; R.D.P. 1985, p. 1397.

(14) V. R. Chapus, Droit administratif

sur la répartition des fautes (20). Mais il est vrai que, dès l'origine, cette ambiguïté est présente dans l'organisation contentieuse de la responsabilité de l'administration : devant la complexité accrue des problèmes auxquels est confrontée l'administration, cette ambiguïté devient simplement plus perceptible et elle produit plus d'effets.

La mise en place éventuelle d'un système de mutualisation des risques discutée à l'occasion du vote de la loi de finances pour 1995 (21) semble prouver que cette marche vers une « socialisation des risques » va progressivement faire l'objet d'organisations plus affinées.

Cette accélération contribuera à régler l'urgence : la réparation des dommages. Elle ne règlera pas le problème essentiel : l'opacité des responsabilités.

2. L'appréhension par le monde des juristes de la notion de « réparation » : polysémie et polyphonie du concept de « responsabilité »

Le mot « responsabilité » est souvent employé dans le langage juridique, et plus encore dès lors qu'il s'agit de définir un nouveau droit et une nouvelle politique ; mais cette polysémie est intrinsèque au terme lui-même. Le problème, pour ce qui nous concerne, est de savoir si cette polysémie, admissible et courante, ne traduit pas une « polyphonie » — fort discordante au demeurant : n'y a-t-il pas dans les textes un double ou un triple langage, consciemment ou inconsciemment construit ?

Il est évident que le « travail » contentieux des requérants peut de plus aboutir à des déviations du sens voulu des termes retenus. A titre d'illustration, le principe « pollueur payeur », qui est sensé traduire la philosophie poursuivie en matière d'élaboration des systèmes juridiques de responsabilité en matière d'environnement, est susceptible de multiples interprétations. Mais la polyphonie est plus intéressante encore quand on « découvre » que le mot « responsabilités » est également utilisé pour traiter des « compétences »... et elle devient

réjouissante quand on mesure le tollé que soulève les « resynchronisations » contentieuses des deux « sens », représentées par la condamnation au pénal de maires n'exerçant pas leurs compétences d'environnement... ou que pourrait marquer la condamnation en Haute Cour de ministres dans l'affaire du S.I.D.A. !

Inéluctablement — compte tenu d'un des sens assignés au terme « responsabilité » — cette première recherche conduit à mesurer si la répartition des compétences en matière de gestion des risques de toute nature favorise une transparence des « responsabilités ». Les études descriptives ne manquent pas, et il ne s'agit pas de les reproduire ou d'en faire une synthèse, mais de mesurer autant que possible si ces responsabilités sont « transparentes ». Or, la caractéristique qui permet le mieux de résumer l'état du droit est la « dispersion » : cette dispersion favorise une déresponsabilisation, par un processus de dilution.

Paradoxalement, c'est l'examen des systèmes mis en place pour assumer la solidarité nationale en matière de réparation des préjudices nés de la réalisation de risques — je n'ai pas perdu de vue le sujet de l'objet de cette journée — qui, par cette dispersion, cette déresponsabilisation, cette dilution se perçoivent le plus facilement.

On pourra dire évidemment que l'indemnisation de la victime est vraiment une urgence, que l'équité — qui est une des valeurs fondamentales de la démocratie — commande justement que l'on « néglige » la faute pour privilégier la réparation. C'est incontestable, par exemple en matière de responsabilité médicale. La jurisprudence Bianchi (22) a été à juste titre considérée comme une avancée. Malgré cela, à bien des égards, la responsabilité pour risque apparaît — ainsi que le souligne M. Rémond-Gouilloud — comme un « droit privé de morale » (23) en ce que la faute « assurable », devient négligeable ». C'est indéniablement, « la victime se suffit pas d'une indemnisation forfaitaire et transactionnelle, elle a besoin, au moins dans certains domaines et dans certains cas, de pouvoir pou

suivre en justice l'auteur de son malheur... » et d'« une désignation des responsables et une volonté de sanction » (24). Et c'est sûrement une des raisons qui expliquent que le Conseil d'Etat, pour ce qui concerne le S.I.D.A., ait retenu la faute simple comme fondement de la responsabilité de l'Etat (25).

Pour en finir avec cette polyphonie, les propositions ne manquent pas. Les uns (26) proposent que l'on sépare les dommages aux biens et aux personnes, pour lesquels la responsabilité pour risque devrait continuer à jouer, et les dommages financiers, intellectuels et moraux, à régler sur la base de la faute ; les autres préconisent un changement plus radical, laissant une large place aux démarches de type assurantiel (27) et à une identification des opérations de solidarité nationale. Il s'agit clairement, dans cette seconde acception, de distinguer l'indemnisation, fonction assurée par le contentieux, mais qui peut l'être autrement, de la recherche des coupables et leur sanction, dont la tâche incombe réellement et de manière incontournable aux juridictions de l'ordre compétent. Elle est de fait de plus en plus présente, à travers la pratique des fonds d'indemnisation (28). Si elle ne déplace pas complètement le champ de la responsabilité hors du prétoire, cette pratique a au moins le mérite d'être arrêtée par le politique, qui prend la décision — assumant sa fonction de représentation du Peuple français — d'assumer une solidarité nationale.

On l'aura compris, cette première analyse obéit à une ligne directrice : la gestion des risques n'a pas vocation, à notre gré, à échapper aux exigences démocratiques. Mais la gestion des risques ne doit pas être confondue avec une gestion des risques réalisés. Elle doit aussi faire l'objet d'une prévention, au moyen de l'exercice orienté de compétences de décision ; mais, comme l'avait remarqué S. Charbonneau à propos des risques industriels dans un excellent petit livre méconnu (29), ce présupposé est loin d'être admis. Et ces « refus » se traduisent dans les textes par des confusions, qui engendrent des perversions. Pour ce qui

concerne la prévention des risques ou la recherche d'une acceptabilité des dommages, la démarche en amont est bien timide : dans le régime juridique des enquêtes publiques, dans l'organisation de « transparences » en matière de gestion d'O.G.M., la seule lecture des textes le démontre, on confond souvent information et participation. Il est donc logique en un sens, compte tenu de ces perversions, que le terrain d'élection des discussions autour de la responsabilité ne soit pas le terrain politique — ou le terrain de la décision — mais qu'il ait été « transporté » : de nos jours, c'est dans le prétoire que se règlent prioritairement les conflits. Mais le juge ne règle pas au fond : il traite l'urgence. Il ne désigne plus, nous semble-t-il, le coupable, à supposer que cela ait jamais été, mais traite l'urgence, c'est-à-dire le dommage.

Resynchroniser la recherche — et la désignation — des responsables et le traitement des demandes de réparation provoquées par la réalisation de risques prévisibles devient en conséquence un enjeu social et juridique ; le faire suppose une double opération, de nature préventive d'abord, de nature démocratique ensuite. Deux principes qu'énonce le droit moderne semblent pouvoir être utilisés pour ce faire. La question est, on l'a dit, d'en éclaircir la signification, d'en définir les implications, et d'évaluer les capacités d'acclimatation — y compris en dehors du strict champ des risques pour l'environnement — que leur offre le droit existant. A travers la mise en oeuvre du principe de précaution (30), lié étroitement à la réalisation du principe de participation, la « polyphonie », sans devenir symphonie, pourrait se muer en musique acceptable — à l'aune de la démocratie.

La responsabilité pénale des maires et des élus (31), si violemment contestée parfois, pourrait bien, à cet égard, constituer le volet le plus efficace de la pédagogie de la prévention. C'est en tout cas la volonté du législateur dans les cas où il a prévu que cette responsabilité pouvait être engagée pour les délits liés au manque de précaution (32). Que la responsabilité recherchée soit celle des élus (33) ou

celle des personnes morales (34), c'est bien à la notion de culpabilité que l'on fait appel plutôt qu'à celle de responsabilité au sens « faible », c'est bien la réparation morale que l'on recherche, plutôt que l'imputation matérielle des dommages. Mais si, pour ce qui concerne la responsabilité pénale des collectivités territoriales, comme l'écrit C. Huglo à ce propos, « la responsabilité de l' élu risquera de devenir effective puisque c'est par son fait qu'est engagée la responsabilité de la personne morale », encore faut-il remarquer que cette possibilité de « resynchronisation » est matériellement limitée par l'énoncé de l'article L. 121-2 alinéa 2 du code pénal.

Raphaël ROMI

Professeur agrégé de droit public
URA C.N.R.S. 1725 Nantes

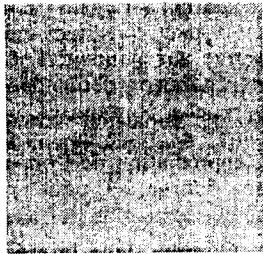


(31) V. le numéro spécial des Petites Affiches, Responsabilité pénale des maires et des élus, colloque de l'A.S.T.R.A.F.I., Petites Affiches du 15 février 1995 ; J. Viret, La responsabilité de l'administration et de ses agents à l'épreuve du droit pénal, A.J.D.A. mars 1996 ; A. Lévy, S. Bloch, J.D. Bloch, La responsabilité pénale des collectivités territoriales, de leurs élus, de leurs agents, L.I.T.E.C., coll. Guides pratiques de l'administration territoriale, 1995.

(32) V. C. Huglo, Les délits liés au manque de précaution, risques et environnement, numéro spécial des Petites Affiches, Responsabilité pénale des maires et des élus, colloque de l'A.S.T.R.A.F.I., Petites Affiches du 15 février 1995, p. 23 et s.

(33) On pense ici principalement aux « affaires bretonnes » qui ont défrayé la chronique (Trib. corr. Rennes, deux jugements du 26 mai 1993) parce qu'ayant abouti à la condamnation de maires (pour une présentation de l'affaire, V. le commentaire par J.-H. Robert des décisions de la Cour d'appel de Rennes, 8 décembre 1994, confirmant les condamnations de première instance, Droit de l'environnement, avril-mai 1995, p. 34-36).

(34) De droit public ou de droit privé.



RÉPARER OU PUNIR : LA MÉDIATION PÉNALE

Nous reproduisons ci-après le texte d'une intervention prononcée le 30 mai 1996 à l'occasion d'une journée organisée par l'Ecole doctorale de Nantes « Normes et sociétés », consacrée au thème de « La réparation » ().*

Les textes sur la médiation invitent à une réflexion sur une alternative nouvelle : la réparation du dommage comme substitut à la sanction pénale.

Ce mouvement du droit pénal, « en marche arrière », n'est pas limité à la médiation, puisque la loi du 8 février 1995 relative à l'organisation judiciaire avait créé un nouveau substitut à l'action publique, « l'injonction pénale » du parquet comportant essentiellement une obligation de réparer le dommage. Déclarée inconstitutionnelle par une décision du 2 février 1995, en raison essentiellement de la confusion des fonctions de poursuite et de jugement, l'idée de dépenaliser sous condition de réparation ne semble pas définitivement abandonnée et pourrait réapparaître sous forme d'une injonction de réparer émanant d'un magistrat du siège.

La médiation, à juste titre dénommée « médiation pénale », quoique destinée à réparer le dommage de la victime, constitue déjà en fait, un mode de traitement de l'action publique (I) et de l'action civile (II).

I. Médiation et action publique

La médiation peut constituer tantôt un obstacle à l'exercice de l'action publique (A), tantôt une alternative à la peine (B).

A. La réparation, obstacle à l'exercice des poursuites

Depuis la loi du 4 janvier 1993, aux termes de l'article 41 du Code de procédure pénale : « Le procureur de la République peut préalablement à sa décision sur l'action publique, et avec l'accord des parties, décider de recourir à une médiation s'il lui apparaît qu'une telle mesure est suscep-

tible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction et de contribuer au reclassement de l'auteur de l'infraction. »

Les textes spécifiques organisant une médiation au cours d'une procédure pénale lui confèrent donc exclusivement un caractère préalable à l'action publique. La décision d'organiser une médiation est liée au pouvoir du ministère public d'apprécier l'opportunité des poursuites pénales.

Le rôle du parquet est déterminant à la fois dans l'initiative de la médiation et dans le contrôle des résultats de la médiation.

1. L'initiative de la médiation

Le texte prévoit les critères justifiant le recours à la médiation. Les conditions qui y figurent : la triple éventualité de la réparation du dommage, de la fin du trouble à l'ordre public et du reclassement de l'auteur, sont désormais des conditions générales de l'appréciation de l'opportunité de la sanction pénale : elles sont strictement identiques aux conditions relatives à l'ajournement de la décision pouvant aboutir à une dispense de peine.

Ces conditions sont cumulatives, mais la condition déterminante à l'ouverture d'une médiation est certainement la possibilité d'une indemnisation du dommage, les deux autres (la fin du trouble à l'ordre public et la contribution au reclassement de l'auteur) apparaissant plutôt comme des résultantes du succès de la médiation. La décision de recourir à la médiation repose donc avant tout sur une appréciation par le parquet des possibilités d'aboutir à une indemnisation de la victime.

(*) V. également les contributions à cette journée de M. Raphaël Romi : *Sur les tendances modernes en matière de réparation*, Petites Affiches n° 91 du 30 juillet 1997, p. 12, et de M. Jean-Pierre Clavier : *La réparation du préjudice par ricochet sur le fondement de la loi du 5 juillet 1985*, Petites Affiches n° 94 du 6 août 1997, p. 4.

La médiation pénale ouvre ainsi une troisième voie entre le classement de l'affaire ou l'exercice des poursuites pénales. Un nouveau pouvoir est reconnu au ministère public : soumettre l'absence de poursuites à la réalisation de la réparation du dommage. Le ministère public dispose d'un pouvoir comparable à celui de la juridiction de jugement lors d'une décision d'ajournement, en dépit de l'absence de constatation de la culpabilité. En effet, l'initiative du recours à la médiation pénale relève du pouvoir discrétionnaire du parquet : il dispose du droit de soumettre l'affaire à un médiateur si les parties donnent leur accord. A l'inverse, dans le cas où la victime ou l'auteur proposerait une médiation, le procureur de la République n'est pas tenu de donner suite à cette demande.

L'auteur de l'infraction et la victime ne se voient donc pas reconnaître un droit à résoudre leur conflit par une médiation suspendant l'action publique, voire l'éteignant. Cependant, leur est reconnu au contraire, un droit à s'opposer à la mise en œuvre d'une médiation. L'article 41 du Code de procédure pénale prévoit expressément que le procureur doit recueillir l'accord des parties. Ni l'auteur, ni la victime ne se voient donc imposer un devoir de négocier dans le cadre d'une médiation.

2. Le contrôle de l'issue de la médiation

C'est également au ministère public que revient la décision sur la suite à donner à la médiation. La médiation n'éteint pas l'action publique. Elle est en cela très distincte d'une transaction susceptible d'éteindre la poursuite, si la loi en a disposé expressément, ainsi dans le domaine fiscal par exemple. Ici le ministère public n'est aucunement partie à l'accord de médiation entre l'auteur et la victime, qui ne se situe qu'au niveau des intérêts civils. Le rôle du parquet s'apparente à une homologation de l'accord privé réalisé.

La loi n'a pas formalisé les effets de la médiation. Deux situations doivent être distinguées : le succès de la médiation, l'échec de la médiation.

a) Le succès de la médiation

Logiquement, puisque la médiation est proposée par le parquet avant l'ouverture des poursuites, le parquet doit procéder à un classement sans suite, si la médiation aboutit à un accord de réparation. On constate donc que la décision à intervenir sur l'action publique dépend de la condition de réparation du dommage causé à la victime, condition exclusivement affairante à l'action civile.

Cependant, deux difficultés demeurent dans cette hypothèse d'un accord de réparation.

1) La décision de classement n'est en rien subordonnée juridiquement à l'accord de médiation. C'est un simple engagement moral, en somme, du parquet.

2) La décision de classement sans suite est une simple mesure d'administration ; elle n'est pas définitive jusqu'à l'expiration du délai de prescription de l'action publique. En conséquence, si l'auteur de l'acte délictueux n'exécute pas les engagements fixés dans l'accord de médiation, ou s'il commet de nouvelles infractions, rien n'interdit au parquet de réexaminer la procédure à laquelle il n'avait pas donné suite et de déclencher la poursuite.

Paradoxalement, si la médiation n'est pas totalement déterminante de l'issue de l'action publique en cas de succès, elle risque de l'être en cas d'échec.

b) L'échec de la négociation sur la réparation

En cas d'échec de la médiation, le procureur de la République a toute liberté d'action : classer sans suite ou poursuivre.

Toutefois, la question essentielle en cette hypothèse tient à l'utilisation ultérieure des éléments de preuve de l'infraction qui résultent de la procédure de médiation. La participation à la médiation implique en effet pour l'auteur de l'infraction un aveu de sa culpabilité. Même si le médiateur ne doit pas révéler au ministère public, et a fortiori au juge, l'ensemble des informations recueillies lors de la procédure de médiation, l'ouverture d'une médiation équivaut à une constatation de culpabilité.

On constate combien le respect des principes de la procédure pénale et particulièrement de la présomption d'innocence impose de ne recourir à la médiation pénale qu'à l'issue d'une reconnaissance par le prévenu de sa culpabilité, et pour les faits d'une faible gravité n'impliquant pas une mise en œuvre rigoureuse d'une procédure contradictoire garantissant les droits de la défense. En effet, l'établissement de la culpabilité ne peut en aucun cas relever du ministère public qui ne peut être assimilé à un tribunal indépendant et impartial, au regard de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est pourquoi la mise en œuvre d'une médiation est subordonnée à l'accord du prévenu.

Pratiquement, la médiation entre délinquant et victime préalable à l'ouverture des poursuites a introduit en droit français un nouveau mode de transaction sur l'action publique reposant sur le consentement de la victime et l'accord du prévenu qui reconnaît l'infraction et prend l'engagement d'en réparer les conséquences dommageables.

Parallèlement à la médiation de droit commun, la médiation propre au droit des mineurs se caractérise aussi comme une forme spéciale d'extinction des poursuites et comme une alternative à la sanction.

B. La réparation, alternative à la sanction

La loi du 4 janvier 1993 portant réforme du Code de procédure pénale a introduit dans l'ordonnance du 2 février 1945 un nouvel article 12-1 instituant ce qui est couramment dénommé la « médiation-réparation » des mineurs. Cet article 12-1 ouvre la faculté pour le procureur de la République, la juridiction chargée de l'instruction ou la juridiction de jugement, d'ordonner au mineur une activité de réparation.

Cette mesure spécifique aux mineurs est distincte de la médiation pénale de droit commun, en ce qu'elle peut intervenir avant l'ouverture des poursuites ou en cours de procédure.

1. L'activité de réparation, alternative aux poursuites

Comme la médiation de droit commun, « l'activité de

réparation à l'égard de la victime » peut constituer une alternative aux poursuites. Lorsque la réparation demandée par le parquet a été réalisée, celui-ci, dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation de l'opportunité des poursuites, peut procéder au classement de l'affaire.

Comme dans la médiation pénale, l'initiative de la mesure est laissée au ministère public. De la même manière, la loi ne lie pas formellement le classement sans suite au succès de la mesure de réparation. De manière identique, pour respecter la présomption d'innocence, le texte prévoit, lorsque cette mesure est proposée avant l'engagement des poursuites, l'accord préalable du mineur et des titulaires de l'autorité parentale. Cet accord doit être constaté dans un procès-verbal joint à la procédure.

2. La réparation, sanction alternative

La réparation prend l'aspect d'une nouvelle mesure éducative lorsqu'elle est prononcée au cours de l'exercice de l'action publique.

a) La réparation lors de l'instruction

L'activité de réparation peut être proposée par la juridiction chargée de l'instruction, le juge des enfants ou le juge d'instruction. Préalable à la décision sur la culpabilité, la mesure ne peut, là encore, être mise en œuvre qu'avec l'accord du mineur et des titulaires de l'autorité parentale. Les conséquences à tirer de l'accomplissement de la réparation ne sont pas formellement définies par la loi. La circulaire d'application prévoit que dans cette hypothèse d'accord de réparation le parquet requiert une dispense de peine ou le prononcé d'une peine de principe. La réparation ne peut en effet éteindre l'action publique qui demeure ouverte.

b) La réparation ordonnée lors du jugement

L'activité de réparation peut aussi être ordonnée par la juridiction de jugement : le juge des enfants, le tribunal pour enfants ou la chambre des appels correctionnels. A ce stade du jugement, l'accord du mineur et de ses parents n'est pas nécessaire, puisque la culpabilité est établie. Le juge doit

seulement recueillir leurs observations préalables. La mesure de réparation peut donc être imposée, même si elle comporte une prestation d'activité, à la différence des prestations requises pour un travail d'intérêt général supposant l'accord du condamné. Mais l'activité de réparation n'est pas définie comme un travail. La mesure de réparation ainsi ordonnée lors du jugement n'a pas non plus le caractère d'une peine. Elle s'apparente à une mesure éducative, bien qu'elle ne soit pas énoncée à l'article 16 de l'ordonnance de 1945 parmi les mesures éducatives. Le texte incite à cette analyse puisqu'il emploie l'expression « mesure ou activité d'aide ou de réparation ». De plus, la mise en œuvre de la réparation est confiée à des services éducatifs du secteur public de la protection judiciaire de la jeunesse, ou à des services habilités à cet effet sous le contrôle de l'autorité judiciaire.

La circulaire d'application prévoit que l'activité de réparation soit cumulable comme toute mesure éducative avec une autre prise en charge éducative en milieu ouvert ou fermé. Elle y est aussi présentée comme une réponse nouvelle qui peut se suffire à elle-même. La mesure de réparation semble peu compatible avec le prononcé d'une peine, même de principe. La circulaire d'application l'envisage comme une alternative de fait au prononcé des peines de prison avec sursis.

L'échec de la mesure de réparation n'est pas assorti de sanctions spécifiques, à la différence des obligations incluses dans les mesures pénales. Mais qu'elle soit associée à une autre mesure éducative de remise à parents ou à un tiers, ou de placement, ou qu'elle soit prononcée seule, elle est susceptible de révision comme toute mesure éducative.

Conclusion : Le consentement de la victime à prendre part à une médiation

L'activité de réparation suppose toujours, quel que soit le stade de la procédure où elle est exigée, le consentement de la victime à la réparation de son dommage par la mise en œuvre d'une médiation. Dans

la médiation pénale ou l'activité de réparation des mineurs, la victime demeure maîtresse de la procédure de réparation. Sans pouvoir en prendre l'initiative, elle peut cependant en paralyser le déroulement. Elle peut également en fait, sinon en droit, éteindre l'action publique ou éviter l'application d'une peine.

Dès lors, de ces textes sur la médiation pénale et l'activité de réparation, se dégage la notion selon laquelle le trouble à l'ordre public s'apparente totalement au dommage de la victime. Lorsque la médiation ou l'activité de réparation est proposée par un magistrat saisi du dossier, la victime devient titulaire d'un nouveau pouvoir : pouvoir de paralyser l'action publique symétrique à son pouvoir de la déclencher par une constitution de partie civile. Les infractions dans lesquelles les médiations ne sont pas définies par la loi. Elles sont décrites a contrario comme n'ayant pas gravement porté atteinte à l'ordre public ou définitivement obéré le reclassement de l'auteur de l'acte. Elles s'apparentent aux délits dans lesquels l'exercice de l'action publique est subordonné à une plainte de la victime. Toutefois, l'affirmation de ce caractère prépondérant de protection d'intérêts privés qu'aurait l'action publique ne relève pas, ici, du législateur. L'appréciation en est confiée au parquet ou au juge de jugement au vu des éléments propres à l'espèce. Ces procédures de médiation instituent une nouvelle forme de dépenalisation : la dépenalisation sous condition de consentement de la victime et de l'auteur à la réparation du dommage par voie de médiation.

II. Médiation et action civile

Le premier objet de la médiation est la réparation du dommage de la victime. Toutefois, l'originalité des nouvelles procédures négociées de réparation du dommage conduit à s'interroger sur leur portée. Quelle est l'incidence du consentement de la victime à participer à une médiation ? Quelle est la valeur de l'accord de médiation ? La médiation est-elle un nouveau mode de traitement de l'action civile ?

Il convient de distinguer suivant les formes que revêtent les deux types de médiation : médiation pénale de droit commun et médiation propre au droit des mineurs. L'une et l'autre ne sont pas de manière équivalente un substitut à l'action civile. La médiation de droit commun revêt le caractère d'une transaction (A). La médiation des mineurs peut avoir ce caractère ; mais relève plutôt d'une pédagogie de la réparation (B).

A. La réparation par transaction

Dans la médiation pénale de droit commun, l'accord est équivalent à une transaction sur les intérêts civils. Mais deux étapes doivent être clairement distinguées : l'accord de la victime à participer à une médiation, et l'accord de médiation.

1. Le consentement à participer à une médiation

L'acceptation de la victime de participer à la médiation, nécessaire à la mise en œuvre du processus n'est jamais définitif. Il n'implique aucun renoncement à l'exercice de ses droits à agir en justice. Il est par essence essentiellement révocable, dans une procédure totalement consensuelle.

2. L'accord de médiation

Au contraire, l'accord de médiation a un caractère définitif. En signant cet accord sur la réparation du dommage, la victime est partie à une transaction sur les intérêts civils. La médiation réalise bien ce « contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître » (article 2044 du Code civil). La reconnaissance légale de cet objet de la transaction est bien antérieure à l'introduction des dispositions sur la médiation pénale dans les textes de procédure pénale. L'article 2046 du Code civil dispose en effet qu'on peut « transiger sur l'intérêt civil qui résulte d'un délit », l'alinéa 2 du même texte précisant que la « transaction n'empêche pas la poursuite du ministère public ». La médiation aboutit donc à un accord de réparation qui met fin au litige. L'article 2052 du Code civil prévoit que la « transaction a entre les parties autorité de la chose jugée en dernier ressort ».

L'adhésion à l'accord de réparation négocié lors de la médiation constitue donc un substitut à l'exercice de l'action civile. Cette qualification de transaction soulève toutefois deux questions liées au domaine et aux modalités propres à la médiation pénale : le problème de l'évaluation du dommage, et celui de l'exécution de l'accord de réparation.

a) L'évaluation du préjudice

Bien entendu, par essence, la médiation s'inscrit dans une logique d'appréciation par la victime des conséquences de l'infraction et des concessions acceptables quant au mode et à l'étendue de la réparation. Mais le consentement de la victime doit être suffisamment éclairé sur l'étendue de son droit à réparation ; ceci implique une compétence du médiateur préparant l'accord de médiation, un délai suffisant de mise en œuvre de la procédure, la possibilité de consulter un avocat sur l'évaluation du préjudice. Si l'information de la victime a été suffisante avant la signature de la transaction, les modalités de l'accord de réparation qu'elle a acceptées doivent être considérées comme définitives. L'acceptation d'une indemnisation minorée peut être compensée par d'autres engagements considérés comme satisfaisants pour la victime, tels que des réparations en nature, des restitutions d'objets, voire des réparations de substitution au profit de tiers. Ces modalités originales de réparation traduisent concrètement la logique de négociation du conflit mise en œuvre dans la procédure de médiation. Bien qu'ils créent souvent des formes très novatrices de réparation, sous contrôle du juge comme du médiateur, on ne peut nier la valeur juridique de ces accords. Ils ne peuvent donc par la suite être remis en cause par la victime pour une erreur d'évaluation de l'indemnisation, mais seulement pour une erreur sur la nature du dommage. Le droit commun de la transaction prévaut en effet qu'elle ne peut être attaquée pour « cause d'erreur de droit ni pour cause de lésion » (article 2052 du Code civil). La transaction ne peut être rescindée que pour erreur dans la personne ou sur l'objet de la contestation, en

application de l'article 2053 du Code civil. L'erreur d'appréciation de l'importance du préjudice ne constitue certainement pas une erreur sur l'objet de la contestation. L'erreur sur l'objet pourrait être invoquée si le préjudice s'aggravait de manière qui n'était pas prévisible lors de l'accord de médiation et qu'apparaissaient de nouveaux éléments du dommage non déterminés lors de la transaction. De la même manière, comme tout contrat, la transaction demeurerait dépourvue d'effet juridique si elle avait été conclue par l'effet d'une manœuvre frauduleuse ou d'une contrainte violente (article 2053 du Code civil).

b) L'exécution de l'accord de médiation

L'absence d'action publique résultant de la médiation est naturellement sans incidence sur l'accord de médiation. Le droit à réparation de la victime a pour cause le dommage dont l'auteur de la transaction reconnaît devoir réparation ; il n'est en rien lié à la constatation de l'infraction par la juridiction pénale (1).

L'accord de médiation, comme tout contrat, doit être respecté. Le refus de l'auteur du dommage d'exécuter l'accord de médiation ouvre normalement la possibilité à la victime d'en exiger l'exécution, tel que le versement des dommages-intérêts promis. Mais l'exécution forcée convient très mal pour des engagements qui impliquent au-delà de l'indemnisation une obligation de faire : le respect général de l'accord de médiation. Plus logiquement, l'inexécution entraîne la résolution et libère donc la victime de ses propres engagements. Elle lui ouvre à nouveau la voie de l'exercice de l'action civile. En pratique, la question du délai d'exécution de l'accord doit donc être clairement examinée dans les accords de médiation.

Très distincte de la médiation pénale, la médiation délinquant-victime du droit des mineurs, est davantage conçue comme une méthode d'éducation du mineur que comme un mode d'indemnisation de la victime.

B. La pédagogie de la réparation

En dépit du terme couramment utilisé pour désigner cette nouvelle mesure du droit des mineurs, la médiation-réparation est davantage destinée à favoriser un processus de responsabilisation du mineur qu'à indemniser sa victime. La « mesure ou activité d'aide ou de réparation » qui peut désormais être demandée au mineur est organisée comme un procédé éducatif fondé sur la prise de conscience par le mineur du dommage causé à la victime ou à la collectivité. En effet, la mesure peut prendre deux formes : une activité d'aide ou de réparation à l'égard de la victime ou dans l'intérêt de la collectivité.

Plus qu'une nouvelle modalité de réparation par voie de négociation entre le délinquant et la victime, c'est une pratique éducative fondée sur une pédagogie de la réparation. Cette analyse apparaît qu'il s'agisse de la réparation directe du dommage causé à la victime ou d'une réparation indirecte, par une activité d'intérêt collectif.

1. La réparation directe du dommage causé à la victime

Cette activité de réparation s'effectue à l'égard de la victime directe de l'infraction et a pour but de réparer le préjudice résultant de l'acte délictueux. C'est pourquoi elle suppose l'accord de la victime sur les modalités de la réparation de son dommage. La mise en œuvre de la réparation est préparée par les services éducatifs désignés par le magistrat qui sont chargés d'ébaucher avec le mineur une proposition de réparation.

S'agissant de la réparation d'un dommage, la prestation ne peut évidemment excéder le montant du préjudice. En fait, elle risque surtout, en raison de l'impécuniosité des mineurs concernés, de le réparer très partiellement ou de manière symbolique ; par exemple, en pratique le mineur adresse ou vient remettre une lettre d'excuses circonstanciées à la victime.

C'est pourquoi cette forme de réparation peut difficilement être assimilée à une transaction sur les intérêts civils. La circulaire d'application du 11 mars 1993 considère que « la mise

(1) Voir en ce sens Cass. civ. 1^{re}, 8 décembre 1987, Bull. civ. I, n° 345, Defrénois 1988, p. 921, obs. Vermelle, à propos d'une transaction antérieure à une décision de relaxe.

en œuvre de la réparation ne fait pas obstacle à une éventuelle action de recouvrement en dommages civils, intentée par la victime ». Cette action en réparation reste naturellement ouverte si la victime revient sur son accord à participer à la médiation ou refuse la prestation de réparation. Elle semble également possible, si la prestation proposée n'est pas compensatoire du dommage. Il est donc indispensable lors de la mise en œuvre de « l'activité de réparation » d'informer la victime de ses droits à réparation, si modiques soient-ils. De même, il est nécessaire lors de l'accord de réparation d'établir si la victime estime ou non avoir obtenu réparation et avoir accepté une transaction.

La même question de l'appréciation du caractère compensatoire de l'activité de réparation se pose aussi dans le cas où la réparation est indirecte.

2. La réparation indirecte : l'activité de réparation dans l'intérêt de la collectivité

Cette mesure est envisagée comme le support d'une action éducative par une prestation d'activité au profit d'une collectivité. Cette prestation d'intérêt collectif peut prendre la forme d'une participation à des services de type communautaire dépendant d'organismes publics ou d'associations. Cette activité d'aide ou de réparation indirecte du dommage a pour but de matérialiser une forme d'intégration sociale du mineur. C'est une mesure éducative, qui ne suppose pas l'accord de la victime directe du dommage. Elle s'apparente par ses modalités, à savoir la prestation d'activité, au travail d'intérêt général.

Mais cette activité peut être demandée au mineur à la suite de toute infraction. Elle n'est pas réservée par les textes aux atteintes à l'ordre public n'ayant pas entraîné de dommage ou à la réparation des dommages causés à une collectivité publique. Elle n'est donc pas réservée aux cas où la réparation à l'égard de la victime n'est pas possible faute de victime ou d'accord de la victime.

Bien qu'ayant un objet essentiellement éducatif et non indemnitaire, cette forme de

réparation peut donc être associée, par le juge, à des formes directes de réparation à l'égard de la victime. Il faut, dès lors, là encore établir clairement si la victime considère cette mesure comme une modalité satisfaisante de réparation indirecte, en s'engageant par exemple à retirer sa plainte, ou si la mesure, telle la peine, est totalement laissée hors de la décision de la victime.

Conclusion

Cette nouvelle forme de réparation démontre plus que tout autre, les imbrications très étroites établies entre peine et réparation du dommage : la réparation du dommage se substitue à la peine jugée inutile par le juge, la peine se substitue à la réparation du dommage jugée superflue par la victime.

La nouveauté qu'apporte le droit de la médiation tient à l'apparition de nouvelles interférences entre action publique et action civile. L'équivalence de la réparation à l'action publique en est la forme la plus novatrice : apparue en droit pénal français en 1975 au stade du jugement, elle s'affirme désormais au stade de l'exercice des poursuites. L'équivalence de l'action publique à la réparation est une modalité plus ancienne : depuis une trentaine d'années, la jurisprudence admet que la victime se désintéresse de la réparation mais demeure concernée par la sanction. La nouveauté en ce domaine consiste en ce nouveau rôle confié à la victime : au-delà du seul pouvoir de déclencher les poursuites, lui est accordée une certaine maîtrise de la sanction, au prononcé de laquelle elle est, en fait, associée.

Marie-Clet DESDEVISES

*Maître de conférences
Faculté de droit de Nantes*

REVUE DES REVUES

J.-F. BARBIÈRI : « Représentation d'une S.A.R.L. et apparence : la présomption de pouvoir du gérant ne dispense pas les tiers d'un minimum de vérification préalable » (Cass. com., 26 novembre 1996), *Rev. Sociétés (Daloz)* n° 1, 1997.

P. MAYNIAL : « Le droit du côté de la vie. Réflexions sur la fonction juridique de l'Etat », *La Documentation Française (Coll. rapports officiels)*, 1997.

J.-L. VALLENS : « Redressement judiciaire : application aux professions libérales en Alsace-Moselle » (Colmar, 17 décembre 1996), *Petites Affiches* n° 53 du 2 mai 1997.

I. DAUGAREILH : « Les prestations sociales non contributives et les étrangers non communautaires », *Rev. de dr. sanit. et soc. (Sirey)*, n° 1, 1997.

C. HÉRON : « Le devoir d'information de l'intermédiaire financier en matière de produits dérivés sur les marchés réglementés », *Banque & droit* n° 52, mars/avril 1997.

J. SIMON : « Les nouvelles orientations du droit de la concurrence : la lutte contre les pratiques déloyales (loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996) », *Daloz affaires* n° 21, 29 mai 1997.

M. BEHAR-TOUCHAIS : « Pratiques anticoncurrentielles résultant de contrats entre des éditeurs et l'O.F.U.P. », *Sem. Jurid. (J.C.P. - Entrepr.)* n° 21, 22 mai 1997.

P. CASSON : « La responsabilité décennale s'applique au simple particulier qui vend un ouvrage qu'il a fait construire pour son compte », *Petites Affiches* n° 54 du 5 mai 1997.

A. BONNET : « Régime du prélèvement libératoire de 50 % (ancien article 235 quinquies du Code général des impôts). Imputation des moins-values sur le revenu global des associés de S.C.I. de construction-vente » (Cour adm. appel Lyon, 12 mars 1997), *Droit fiscal (Juris-Clas.)* n° 23, 4 juin 1997.