

La place du préjudice en droit de la responsabilité civile

Mustapha MEKKI

« Une justice inspirée par la pitié porte préjudice aux victimes »¹.

- 1. Trop de réparation tue la réparation** – Entre le juste et l'injuste, la réparation du préjudice, à l'instar de toute question juridique, doit trouver son point d'équilibre. Les différentes interventions des participants japonais et français à ce « Work shop » sur la notion de préjudice ont révélé toute la difficulté qu'il y a à trouver ce juste milieu si cher à la philosophie antique : « *ce qui est milieu du point de vue de l'essence est un sommet du point de vue de l'excellence* »². En ce sens, si une acception extensive des préjudices réparables semble, *a priori*, bénéfique aux victimes, il ne faut pas en négliger les effets pervers : qui trop embrasse, mal étreint !
- 2. Le préjudice, à la croisée des chemins** – Le choix opéré par M. le Professeur Katsumi Yoshida et par M. le Professeur Naoki Kanayama de mener une réflexion croisée, franco-japonaise, sur le thème du préjudice est des plus pertinent. Le préjudice est à la

¹ *Les hébreux*, in Le Talmud.

² Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Nouvelle traduction avec introduction, notes et index de J. Tricot, 8^{ème} tirage, Librairie J. Vrin, 1994, II, 6, 1007a. Le juste milieu est la plus grande des vertus entre deux extrêmes, entre deux vices, selon la pensée aristotélicienne. Le juste milieu est le meilleur équilibre afin de neutraliser les extrêmes.

croisée des chemins du droit³, de la sociologie⁴, de la philosophie⁵ et de l'économie⁶.

3. Préjudice, noyau dur du droit de la responsabilité civile – Le préjudice est le nerf de la guerre en matière de responsabilité. Ce n'est pas un hasard si un auteur ose clamer qu'il « *n'est pas illogique de chercher à borner l'étendue de la responsabilité en jouant sur ce qui est désormais son élément premier, tant du point de vue de la genèse du droit à réparation que du point de vue théorique, à savoir le préjudice* »⁷. Selon le Dictionnaire Le Petit Robert, le préjudice désigne « *la perte d'un bien, d'un avantage par le fait d'autrui ; acte*

³ V. not. X. Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, Préf. P. Jourdain, L.G.D.J., 2004 ; C. Calfayon, *Essai sur la notion de préjudice*, Thèse Paris I, 2007.

⁴ E. Lévy, *Responsabilité et contrat*, *Rev. crit.*, 1899, p. 361 ; Descamps, *Catastrophe et responsabilité*, in *Revue française de sociologie*, XIII, 1972, p. 376 et s. ; Fr. Terré, *Propos sur la responsabilité civile*, in *La responsabilité*, A.P.D., 1977, Sirey, p. 37 et s. ; L. Husson, *Les transformations de la responsabilité. Etude sur la pensée juridique*, P.U.F., 1947 ; Fr. Ewald, *L'Etat-providence*. Grasset, 1986.

⁵ P. Ricoeur, *Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique*, in *Le juste*, éditions Esprit, coll. Philosophie, 1995, p. 41 et s. ; L. Engel, *Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine*, *Esprit*, juin 1993 ; J.-M. Domenach, *La responsabilité. Essai sur le fondement du civisme*, éd. Hatier, Optiques philosophie, 1994 ; A. Etchegoyen, *Le temps des responsables*, Pocket, Agora, 1996 ; du même auteur, *La vraie morale se moque de la morale, Etre responsable*, éd. Du Seuil, 1999.

⁶ G. Maître, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, Préf. H. Muir-Watt, L.G.D.J., 2005 ; Calabresi, *The cost of accidents*, 1990 ; B. Deffains, *L'évaluation des règles de droit, un bilan de l'analyse économique de la responsabilité*, *Revue d'économie politique*, novembre-décembre 2000, p. 752 et s. ; Fr. Seuriot, *La théorie économique de la responsabilité et le positivisme juridique*, Droits, 1986, n° 4, p. 137 et s.

⁷ J.-S. Borghetti, *Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle*, in *Etudes G. Viney*, L.G.D.J., 2008, p. 145 et s., spéc. p. 148.

ou événement nuisible aux intérêts de quelqu'un et le plus souvent contraire au droit, à la justice ». Cette définition, qui n'a rien de juridique, a le mérite de mettre le doigt sur le caractère relationnel de la notion de préjudice. Elle ne concerne pas que la victime. Elle est le rapport qui se noue entre l'auteur d'un préjudice et la victime de ce préjudice. Aborder le préjudice suppose de ne pas négliger cet aspect relationnel car toute solution équilibrée suppose de prendre en compte à la fois les intérêts de la victime et ceux de l'auteur actuel ou potentiel du préjudice. Cette définition met également en lumière l'instauration d'un rapport triangulaire entre l'auteur, la victime et une tierce personne qui incarne le droit ou la justice. Ainsi raisonner sur la notion de préjudice suppose aussi de s'interroger sur la fonction du Droit et le rôle de la justice en vue d'une conciliation des intérêts de l'auteur du dommage et de la victime. Ainsi, « *c'est au système juridique de décider si un effet donné (du fait générateur) est un mal ou un bien* »⁸. Dans une acception plus juridique, le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri Capitant propose deux principaux sens au mot préjudice. Dans un premier sens, il est synonyme de dommage : « *le dommage est subi par une personne dans son intégrité physique (préjudice corporel, esthétique), dans ses biens (préjudice patrimonial, pécuniaire, matériel), dans ses sentiments (préjudice moral) qui fait naître, chez la victime, un droit à réparation* ». De nouveau, la définition juridique met en lumière la naissance d'un lien de droit⁹ entre un sujet actif, la victime, et un sujet passif, l'auteur du droit. Cependant, en droit, un deuxième sens est parfois proposé afin de distinguer le dommage du préjudice¹⁰,

⁸ T. Weir, *La notion de dommage en responsabilité civile*, in *Common law, d'un siècle à l'autre*, sous la dir. P. Legrand, Montréal, Blais, 1992, p. 13 et s., spéc. p. 35.

⁹ E. Jeuland, *L'énigme du lien de droit*, R.T.D. civ., 2003, p. 455 et s.

¹⁰ Sur cette distinction, v. C. Bloch, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Préf. R. Bout, Avant-propos Ph. le Tourneau, Dalloz, 2008, spéc. n° 119 et s., p. 125 et s. ; v. égal., S. Rouxel, *Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice en*

comme l'a d'ailleurs rappelé Mathilde Boutonnet lors de son intervention. Le préjudice serait à distinguer « *du dommage dont il serait la conséquence* ». A certains auteurs d'en conclure que « *pour penser rationnellement le droit de la responsabilité civile, il convient de reconstruire ce droit à partir des notions mêmes de dommage et de préjudice qu'il faudrait peut-être approfondir et distinguer là où elles sont traditionnellement considérées comme équivalentes. (...) Une chose est la lésion, l'atteinte, celle des corps (dommage corporel), des choses (dommage matériel), des sentiments (dommage moral) ; autre chose sont les répercussions de la lésion, de l'atteinte, répercussions sur le patrimoine, répercussions sur la personne de la victime, sur ses avoirs (préjudice patrimonial) et sur son être (préjudice extrapatrimonial)* »¹¹. Le dommage serait objectif et le préjudice serait subjectif. Le Rapport de l'avant-projet de réforme de droit des obligations et de la prescription, avant-projet P. Catala, reprend cette distinction puisque les auteurs du rapport expliquent leur volonté de « *donner des sens distincts aux termes « dommage » et « préjudice », le dommage désignant l'atteinte à la personne ou aux biens de la victime et le préjudice, la lésion des intérêts patrimoniaux ou extra-patrimoniaux qui en résulte* »¹². Un autre critère de distinction est parfois proposé. Le dommage relèverait du fait alors que le préjudice relèverait du droit. Le préjudice serait ainsi un dommage juridiquement réparable, l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé¹³, définition d'ailleurs proche de celle que

l'on retrouve dans l'article 709 du Minpo, depuis la révision linguistique de 2004¹⁴. Cette distinction est primordiale afin de comprendre que le droit doit opérer des arbitrages et que certains dommages ne peuvent pas, au regard du droit, être juridiquement réparés¹⁵. On perçoit ici le rapport triangulaire présenté précédemment. Le préjudice est le dommage que le droit accepte de réparer. Les deux définitions ne s'opposent pas mais se complètent et tout n'est en réalité qu'affaire de présentation¹⁶. Souvent, ces deux définitions du dommage et du préjudice sont combinées¹⁷. Il suffit alors de retenir comme définition générale du préjudice la lésion

l'atteinte aux droits subjectifs patrimoniaux ou extra-patrimoniaux qui appellent une réparation dès lors qu'un tiers en est responsable. Le préjudice marque le passage du fait (le dommage) au droit (la réparation). Le « dommage », corporel, matériel ou immatériel, peut rester hors de la sphère juridique, notamment pour le dommage causé à soi-même : il peut y avoir « dommage » sans « préjudice ». En revanche, tout « préjudice » a sa source dans un « dommage » ».

¹⁴ Art. 709 Minpo : « *quiconque a, volontairement ou par faute, porté atteinte au droit d'autrui ou aux intérêts juridiquement protégés est tenu de réparer le dommage qui en résulte* ».

¹⁵ Distinction maintes fois rappelée et illustrée par M. Boutonnet et G. Goffaux-Callebaut lors de leurs exposés.

¹⁶ En ce sens, C. Bloch, *th. préc.*, n° 120, p. 127. L'auteur propose de distinguer la réparation du dommage (en nature ou en valeur) de la réparation du préjudice (en nature ou en valeur). La réparation en nature du dommage serait de remettre le bien en état par exemple. La réparation en valeur du dommage serait d'attribuer une somme d'argent pour remettre le bien en état. La réparation d'un préjudice agirait sur les conséquences subjectives du dommage en compensant, sans pouvoir effacer, le préjudice soit en nature, par la publication d'une décision de justice par exemple, soit en valeur par l'attribution d'une somme d'argent en compensation.

¹⁷ Ce qu'on perçoit à la définition proposée par le rapport dirigé par Y. Lambert-Faivre, précité, v. supra note 13. V. égal., M. Deguegue, *Les préjudices liés à la naissance*, Responsabilité civile et assurances, mai 1998, p. 14, 2^{ème} colonne ; I. Poirot-Mazères, *La notion de préjudice en droit administratif français*, Revue de droit public, 1997, p. 519.

droit civil français, Thèse Grenoble, 1994, p. 11 et s.

¹¹ Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2006-2007, n° 1309. En faveur de cette distinction, v. égal. L. Cadiet, *Les métamorphoses du préjudice*, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Journées René Savatier, P.U.F., 1997, p. 63.

¹² Note subpaginale sous l'article 1343 de l'avant-projet de Code civil.

¹³ En ce sens, Y. Lambert-Faivre (sous la dir.), *Rapport sur l'indemnisation du dommage corporel*, Paris, Ministère de la justice, juin 2003, spéc. p. 7 : « *Le « dommage » relève du fait, de l'événement qui est objectivement constatable, et qui demeure au-delà du droit. (...) Le « préjudice » relève du droit, il exprime*

d'un intérêt légitime juridiquement protégé¹⁸. Noyau dur du droit de la responsabilité civile, le préjudice est étroitement lié aux fonctions qui sont attribuées à ce droit.

4. Préjudice et fonctions de la responsabilité civile : une sanction – Lorsqu'on s'interroge sur la construction du droit de la responsabilité civile, le nombre de travaux scientifiques sur la condition du préjudice est inversement proportionnel à son importance pratique. Le préjudice reste « *la queue de la comète, sinon la voiture-balai du droit de la responsabilité* »¹⁹. Ainsi les fonctions de la responsabilité civile intéressent plus que la notion de préjudice. Pourtant, ce sont ces fonctions qui influent sur la condition du préjudice. La responsabilité civile est une sanction. La sanction est ce trait de temps où la règle pénètre dans la vie réelle. La sanction est ainsi un moyen de s'assurer de l'effectivité de la règle. « *Si la loi peut être impunément violée elle est inutile, et permet seulement le mauvais exemple d'une désobéissance impunie* »²⁰. Une sanction efficace est une sanction qui utilise les moyens les plus adéquats pour atteindre le but que les auteurs de la règle se sont fixés. On revient à cette idée, abordée lors du colloque qui s'est tenu à l'Université de Sapporo, que l'efficacité est l'adéquation des moyens aux fins²¹. Cette effectivité de la règle de droit se situe à la fois dans le passé et dans le futur. Dans le passé, la sanction agit de manière rétrospective sur celui qui a transgressé la règle. Elle est le « tarif » de sa violation²². Dans le passé, encore, la sanction veille au profit de la victime à supprimer le dommage ou à

compenser le préjudice. La sanction se penche également vers le futur car il s'agit à la fois de prévenir des violations futures et de dissuader de telles violations.

5. Les multiples fonctions de la responsabilité civile – La question du préjudice et de sa réparation est directement tributaire des fonctions qui se rapportent à la responsabilité civile. La responsabilité civile est susceptible de remplir quatre fonctions complémentaires. Il s'agit, en premier lieu, d'une fonction indemnitaire ou réparatrice²³. Elle est perçue comme sa fonction première depuis le déclin du fondement de la faute et le mouvement d'objectivation de la responsabilité civile²⁴. Ce mouvement est d'ailleurs moins visible en droit japonais où la faute, même élargie en droit de l'environnement, reste le fondement principal²⁵. Le propre de la responsabilité civile est de rétablir le *statu quo ante* soit en supprimant le dommage, en nature ou en valeur, soit en compensant le préjudice, en nature ou en valeur. La responsabilité civile se tourne alors du côté de la victime. La responsabilité civile remplit également une fonction normative qui englobe l'effet dissuasif et l'effet préventif de la responsabilité. Elle serait ainsi « *un instrument de dissuasion des comportements*

¹⁸ En ce sens égal., J.-S. Borghetti, *op. cit.*, p. 155.

¹⁹ Sur cette expression, L. Cadet, *Les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation*, in Mélanges P. Drai, Dalloz, 1999, p. 495.

²⁰ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., n° 128.

²¹ V. M. Mekki, *L'efficacité et le droit. Essai d'une théorie générale*, Colloque à l'Université d'Hokkaido, le 4 juillet 2009.

²² Sur cette notion, v. Ph. Jestaz, *La sanction ou l'inconnue du droit*, D., 1986, Chr., p. 198.

²³ A. Tunc, *La fonction d'indemnisation de la responsabilité civile*, in Mélanges Dorhout Mees, p. 143 et s. La fonction indemnitaire est plus réductrice, pour certains, car elle suppose le versement d'une somme d'argent donc d'une indemnité, v. M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2007, n° 40.

²⁴ Sur ce mouvement, G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Préf. A. Tunc, L.G.D.J., 1965.

²⁵ En ce sens, J.-L. Halperin et N. Kanayama, *Droit japonais et droit français au miroir de la modernité*, Dalloz, Coll. A droit ouvert, 2007, p. 247. Sur les évolutions du droit japonais, v. not. S. Ota, *Traffic Accidents in Japan : Law and Civil Dispute resolution*, in E. Hondius (dir.), *Modern Trends in Tort Law, Dutch and Japanese Law Compared*, The Hague-London-Boston, Kluwer Law International, 1999, p. 80 et s.

anti-sociaux nuisibles à la société »²⁶. Elle inciterait ainsi à respecter la règle de droit. Alors que l'effet préventif fait presque l'unanimité²⁷, son effet punitif est très débattu, voire contesté. Cet effet est mitigé car il se heurte à deux obstacles majeurs : l'existence d'une assurance responsabilité qui atténue l'effet punitif et l'existence du

²⁶ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, 3^{ème} éd., L.G.D.J., 2006, n° 40, p. 87.

²⁷ Sur la place de la fonction préventive dans les principes de droit européen de la responsabilité civile, v. art. 2 :104 : « Les dépenses engagées pour prévenir la menace d'un dommage sont considérées comme préjudice réparable, du moment qu'elles sont raisonnablement engagées » ; art. 4 :103 : « Un devoir d'agir positivement pour protéger autrui d'un dommage peut exister lorsque la loi le prévoit ou lorsque l'auteur crée ou contrôle une situation dangereuse ou lorsque les parties entretiennent des relations particulières ou lorsque le caractère sérieux du dommage d'une part et le fait qu'il eut été aisé de l'éviter d'autre part, induit une telle obligation » ; art. 4 :201 : « (1) La charge de rapporter la preuve d'une faute pourra être renversée à la lumière de la gravité du danger présenté par l'activité. (2) La gravité du danger se détermine en fonction du sérieux d'un dommage potentiel dans de telles circonstances, ainsi que de la probabilité qu'un tel dommage ne survienne effectivement » ; art. 5 :101 : « (1) Toute personne pratiquant une activité anormalement dangereuse est de plein droit responsable des dommages causés, dès lors que ceux-ci sont caractéristiques du risque présenté par l'activité et qu'ils en résultent. (2) Une activité est anormalement dangereuse si : a) Elle crée un risque prévisible et hautement significatif de dommage, encore que cette activité ait été menée avec toute la diligence nécessaire et ; b) si elle n'est pas d'une pratique commune. (3) Le risque de dommage peut être considéré comme significatif eu égard à la gravité ou à la probabilité du dommage. (...) » ; art. 10 :101 : « Les dommages et intérêts consistent en le paiement d'une somme d'argent visant à compenser le préjudice de la victime, c'est-à-dire, à la replacer, pour autant que l'argent y parvienne, dans la position qui aurait été la sienne si l'atteinte dont elle se plaint n'avait pas été commise. Les dommages et intérêts ont accessoirement une fonction préventive ». Ces articles consacrent de manière très large la fonction préventive de la responsabilité civile. V. égal., art. 1344 de l'avant-projet Catala : « Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour éviter son aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable, dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées ».

principe de réparation intégrale qui interdirait de prendre en considération la gravité de la faute commise. Quant à la distinction entre prévention et dissuasion, nombre d'auteurs les assimilent²⁸. Une distinction est pourtant envisageable. Selon C. Bloch, « la prévention renvoie à l'idée d'une action directe en vue d'empêcher ou de faire cesser le cours d'un événement prévisible. Prévenir c'est empêcher par l'action. Au contraire, la dissuasion ne renvoie pas à l'idée d'une action, mais d'une incitation en vue d'empêcher un événement. Dissuader, c'est « détourner par conseil », résume le Littré ; nous dirons plus largement que c'est empêcher par persuasion ou menace »²⁹. Il faut avouer que la nuance est subtile. Quoiqu'il en soit de cette distinction, la fonction normative, prise dans sa totalité, se tourne davantage vers l'auteur du dommage. Une troisième fonction de la responsabilité résiderait dans la protection et la révélation de droits subjectifs. « Lorsqu'il n'existe pas de voie plus spécifique, l'action en responsabilité civile apparaît souvent comme le moyen d'affirmer certaines prérogatives et de les faire respecter »³⁰. Ainsi du droit à l'information des consommateurs, du droit au respect de la vie privée avant que l'article 9 du Code civil ne soit intégré au Code civil ou du droit à un « environnement équilibré et favorable à la santé »³¹. A la fonction réparatrice, tournée vers la victime, à la fonction punitive tournée vers l'auteur et à la fonction créatrice tournée vers le Droit, s'ajouterait une dernière fonction : la cessation de l'illicite. Pour l'auteur de cette théorie, « une distinction

²⁸ Sur cette assimilation, v. par ex., J. Rivero, *Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique*, in Mélanges P. Raynaud, 1985, p. 675 ; A. Tunc, *Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux*, in Mélanges M. Ancel, Tome I, 1975, p. 407.

²⁹ C. Bloch, *th. préc.*, n° 2, p. 2, note 8.

³⁰ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, 3^{ème} éd., L.G.D.J., 2006, n° 43-1, p. 91 ; adde, T. Azzi, *Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs*, RTD civ. 2007, p. 22.

³¹ Sur ce dernier droit, v. G.-J. Martin, *De la responsabilité civile pour faits de pollution au droit à l'environnement*, thèse Nice, 1978.

s'impose naturellement entre les sanctions qui agissent directement sur le fait illicite actuel pour le supprimer, et les sanctions indirectes, qui ne s'attaquent pas au fait illicite mais à ses conséquences – réparation – ou à son auteur – peine (...) Il n'est pas pour autant dans nos intentions de nier que la cessation de l'illicite participe aussi, indirectement, à la fonction réparatrice de la responsabilité civile : d'évidence, il n'est pas meilleur moyen de prévenir les conséquences que de faire cesser l'activité dommageable dans laquelle elles prennent leur source. Mais ce constat n'enlève rien au fait qu'en prenant pour cible le fait illicite plutôt que ses effets, cette sanction ne fait pas que prévenir la réalisation du dommage. Elle met le fait éventuellement dommageable en conformité avec la règle de droit. Ce faisant, elle joue une fonction de rétablissement de licéité qui est étrangère à la réparation du dommage »³². Même si certains ont pu nier le rattachement de cette sanction au droit de la responsabilité civile³³, elle est une mesure séduisante en ce qu'elle ne suppose pas l'établissement d'un préjudice mais d'une condition nouvelle, très à la mode : le trouble. L'auteur le définit comme « la perturbation que le fait illicite est de nature à apporter aux intérêts individuels ou collectifs de celui qui réclame la cessation »³⁴. Toutes ces fonctions conditionnent la notion même de préjudice. Dans le cadre de la fonction indemnitaire, le préjudice est conçu de manière extensive. Dans le cadre de la fonction punitive, le « principe » de réparation intégrale est questionné et l'éventualité des dommages et intérêts punitifs suggérée. Dans la fonction créatrice, le rôle de la jurisprudence comme acteur de régulation du droit de la responsabilité est mis en lumière. Enfin, dans sa fonction de cessation de l'illicite, les actions menées sur les causes du dommage

³² C. Bloch, *th. préc.*, n° 10-1, p. 22 et 23.

³³ V. not. G. Viney, *Introduction...*, *op. cit.*, n° 43-2, p. 86 ; S. Grayot, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages*, Préf. G. Viney, L.G.D.J., 2006.

³⁴ C. Bloch, *th. préc.*, n° 384.

prennent tout leur sens. On perçoit ici les liens inextricables qui unissent le dommage et le préjudice aux fonctions de la responsabilité civile.

- 6. Préjudice et fonctions sociales de la responsabilité civile** – Le sujet choisi par nos collègues japonais est également pertinent car il est la cheville autour de laquelle s'articulent les rapports entre le droit et la société civile. A l'aune de la question apparemment très juridique du préjudice, c'est une certaine conception de la vie en société qui est en jeu. Opérer un choix juridique sur les contours du préjudice, c'est opérer un choix politique sur le type de société auquel on souhaite adhérer³⁵. Cette dialectique des valeurs a été pertinemment mise en exergue par les réflexions Mme Mathilde Boutonnet et par les réactions de M. Naoki Kanayama, lors de cette discussion fructueuse sur l'opportunité de détruire une forêt pour des raisons économiques ou de la conserver pour des raisons écologiques. Faut-il faire prévaloir les impératifs du commerce et de l'emploi ou doit-on protéger, au nom des générations présentes et futures, cet espace naturel ? Doit-on privilégier un système libéral, presque existentialiste plus dominant au Japon, ou un système plus solidariste propre à l'histoire du droit français ? Dans la même optique, Mme Géraldine Goffaux-Callebaut s'est interrogée sur les impératifs contradictoires que le droit de la concurrence doit concilier. Cette multiplicité des intérêts est parfaitement illustrée par le mécanisme du bilan utilisé en droit interne et communautaire. Ainsi le bilan économique et social³⁶, qu'opèrent les autorités de

³⁵ Sur cette idée, v. M. Mekki, *La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile*, in *Etudes G. Viney*, L.G.D.J., 2008, p. 739 et s.

³⁶ En droit communautaire, v. art. 81 § 3 : est validée toute entente qui contribue « à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans : a) Imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ; b) Donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits

concurrence et le juge lui-même, aussi bien en droit interne que communautaire, suppose de prendre en compte les intérêts des entreprises, des consommateurs, mais aussi des petits commerçants³⁷, de l'emploi³⁸ et, maintenant, de l'environnement³⁹. En droit interne, il s'opère, au fondement de l'article L. 420-1 du Code de commerce, un bilan économique et social⁴⁰. Au-delà du droit de l'environnement et du droit de la concurrence, le droit de la responsabilité remplit très certainement une fonction sociale. Comme l'a fait observer, dans son domaine, Mathilde Boutonnet, le préjudice est parfois conçu comme « *civilisationnel* » et varie, par sa contingence, selon le lieu et l'époque. A chaque conception du préjudice et du droit de la responsabilité civile correspond une conception de la société civile.

en cause, d'éliminer la concurrence ». Il faut également citer l'utilisation qui a été faite de l'art. 81 § 1 qui permet une exemption individuelle sans passer par la procédure très lourde du § 3, sur ces deux procédures, v. D. Fasquelle, *Droit américain et droit communautaire des ententes. Etude de la règle de raison*, Préf. H. Gaudemet-Tallon, G.L.N.-Joly éditions, 1993, n° 127 et s., p. 104 et s.

³⁷ V. not., C.J.C.E., 25 octobre 1977, « *Metro c/ Commission* », aff. 26/76, *Rec. C.J.C.E.*, 1977, 1875, considérant 21.

³⁸ V. not., C.J.C.E., 13 décembre 1974, « *B.M.W.* », *J.O.C.E.*, L. 29 du 3 février 1975, p. 1, considérant 24.

³⁹ V. affaire « *Metro c/ Commission* », *préc.* Plus récemment, v. Déc. 29 avril 1994, « *Stichting Backsteen* », *J.O.C.E.*, L. 131, 26 mai 1994. Sur le lien entre environnement et marché, v. D. Briand-Meledo, *Responsabilité environnementale, régulation et droit du marché*, in *La responsabilité environnementale, prévention, imputation, réparation*, sous la dir. Ch. Cans, Dalloz, *Thèmes et commentaires*, 2009, p. 365.

⁴⁰ Aux termes de l'article L. 420-4, I, 2° (⁴⁰), échappent à l'article L. 420-1 C. com. (anc. Art. 7 ord. 1^{er} déc. 1986) les pratiques « *dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause (...)* ». Par le biais de l'article L. 420-4, I, 2°, les autorités peuvent valider non seulement une entente mais aussi, et à la différence du droit communautaire, des cas d'abus de position dominante.

Chaque fonction correspond à une tendance sociétale. A la fonction indemnitaire répond la société assurantielle, à la fonction punitive la résurgence sociale de l'accusation et à la fonction préventive une société sécuritaire⁴¹. Dans une société assurantielle, l'indemnisation des victimes devient la préoccupation première⁴². Reste à savoir s'il faut privilégier une assurance directe souscrite par les victimes ou une assurance responsabilité souscrite par les acteurs créateurs de risques. A suivre, les partisans de l'analyse économique, le système d'assurance responsabilité serait le plus souhaitable car il réduirait les coûts par son effet préventif⁴³. Dans une société où s'observe une résurgence sociale de l'accusation, l'aspect punitif de la responsabilité prend le dessus et les dommages et intérêt punitifs deviennent une réalité⁴⁴. Cependant, cette résurgence est souvent le signe d'une société qui se porte mal. Dans une société sécuritaire, la prévention du préjudice laisse sa place à la précaution. Il faut non

⁴¹ M. Mekki, *La cohérence...*, *op. cit.*, spéc. n° 13 et s., p. 751 et s.

⁴² L. Engel, *Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine*, *Esprit*, juin 1993, spéc. p. 16, qui décrit le passage d'une gestion individuelle de la faute à une « gestion socialisée du risque » ; M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 27 : « *De la responsabilité à la solidarité c'est toute une manière de penser le droit qui se trouve ainsi perturbée car la limite entre le légal et l'illégal s'efface en même temps que la place de la faute s'affaiblit* ».

⁴³ En ce sens, Ch. Russo, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe. Contribution à l'étude d'une mutation de la couverture des risques*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2001, spéc. n° 531, 713 et 742. Adde, J.-S. Borghetti, *La responsabilité du fait des produits. Etude de droit comparé*, L.G.D.J., 2005, spéc. n° 627 et s.

⁴⁴ P. Ricoeur, *Le concept de responsabilité...*, *op. cit.*, spéc. p. 59. Pour une vue d'ensemble, S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Préf. G. Viney, L.G.D.J., 1995. L'avant-projet P. Catala propose notamment d'intégrer au sein du Code civil les dommages et intérêts punitifs en prenant notamment en considération les fautes lucratives (art. 1371 C. civ.), v. P. Jourdain, *Présentation des dispositions de l'avant-projet sur les effets de la responsabilité*, in *R.D.C.*, 2007-1, p. 141 et s., spéc. n° 15 et s., p. 145 et s.

seulement réparer le simple risque de trouble, même incertain, mais il faut également interdire toute activité pour laquelle le danger n'a pu être écarté avec certitude⁴⁵.

7. **Préjudice, capteur sensible** – Enfin, le préjudice est un capteur sensible des évolutions qui traversent les sociétés contemporaines. Il est un révélateur au sens photographique du terme. De nombreux mouvements amènent à repenser la notion de préjudice dans le droit de la responsabilité civile et dans notre société en général. Le premier de ces phénomènes est celui de la globalisation. La « *globalisation est un mouvement général d'ouverture et de compénétration de systèmes qui se manifeste au niveau mondial, mais aussi à d'autres niveaux* », c'est-à-dire au sein même des systèmes juridiques internes⁴⁶. La globalisation est économique, sociale, culturelle. La globalisation est aussi un processus. On assiste à une déterritorialisation des activités économiques et sociales⁴⁷ et à une désétatisation des sociétés. Elle entraîne une déstructuration des droits étatiques qui ne peuvent plus s'accommoder de dichotomie dogmatique telle que la séparation entre la sphère publique et la sphère privée⁴⁸. Ce processus entraîne également un accroissement

⁴⁵ P. Lascoumes, *La précaution comme anticipation des risques résiduels et hybridation de la responsabilité*, *Année sociologique*, 1996, p. 359 et s. ; C. Thibierge, *Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir*, D., 2004, Chr., p. 577 et s. *Contra*, M. Fabre-Magnan, *Les obligations*, P.U.F., coll. Thémis, 2004, n° 251, p. 684 et s. et les nombreuses références citées.

⁴⁶ J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Montchrestien, Coll. Clefs politique, 2003, p. 11.

⁴⁷ B. Badie, *La fin des territoires*, Fayard, 1995.

⁴⁸ Ce que M. Boutonnet a clairement mis en exergue à travers la loi du 1^{er} août 2008 octroyant une place plus importante au Préfet dans la protection de l'environnement et la « réparation » du préjudice écologique pur, sur cette loi, v. Ch. Cans (dir.), *La responsabilité environnementale, prévention, imputation, réparation*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009. Sur les évolutions parallèles du droit de la responsabilité administrative et du droit de la responsabilité civile au Japon, v. J.-L. Halperin et N. Kanayama, *op. cit.*, p. 247.

des mécanismes transnationaux, source de nouveaux conflits, notamment entre les acteurs économiques et les acteurs écologiques⁴⁹. Cette globalisation amène à repenser la place du préjudice en droit de la responsabilité. Le droit de la responsabilité doit être pensé au-delà des frontières d'un Etat. Si l'Etat se retire, il faut alors penser à un système de prise en charge privée des préjudices⁵⁰. Si l'Etat se retire c'est aussi pour accorder une place plus importante aux particuliers, individus et associations, dans la défense de leur environnement. Si l'Etat se retire, on préférera inciter à la transaction plutôt qu'encourager une action en justice⁵¹, essentiellement pour une raison de coûts⁵². Où l'on perçoit le lien entre globalisation et collectivisation du droit⁵³. La société civile prend une part plus active par des mécanismes de solidarité et par une place plus importante accordée aux associations défendant des

⁴⁹ Sur cette dialectique, M. Delmas-Marty, *La mondialisation du droit : chances et risques*, D., 1999, p. 2 et s.

⁵⁰ Assurance (directe ou de responsabilité) ou système de fonds d'indemnisation alimentés par les assurés, sur ce système de gestion des risques, v. Ch. Russo, *th. préc.*, *passim* ; Fr. Ewald, *La société assurantielle*, Risques, n° 1, 1990.

⁵¹ Chr. Boillot, *La transaction et le juge*, Préf. P. Le Cannu, P.U. de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2003, n° 4, p. 6 et s. Il est vrai que le contentieux de la responsabilité est facteur d'engorgement des tribunaux. Au Japon, près d'une dixième des actions en justice engagées au civil devant une juridiction de première instance concerne le droit de la responsabilité, v. sur ces chiffres, J.-L. Halperin et N. Kanayama, *Droit japonais et droit français au miroir de la modernité*, Dalloz, Coll. A droit ouvert, 2007, p. 243, note 1.

⁵² Cette explication, au départ culturelle, s'impose également de plus en plus dans les esprits en droit japonais, v. T. Tanase, *The Management of Disputes : Automobile Accident Compensation in Japan*, *Law and Society Review*, vol. 24/3, 1990, p. 651 et s.

⁵³ Sur ce phénomène, L. Boy, *L'intérêt collectif en droit français (réflexions sur la collectivisation du droit)*, Thèse Nice, 2 tomes, Dactyl., 1979 ; L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, Préf. G. Viney, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, Tome 278, 1997.

intérêts collectifs⁵⁴. Cette collectivisation entraîne elle-même une dépersonnalisation du droit de la responsabilité. A dire vrai, moins qu'à un retrait de l'Etat on assiste à une mutation de son rôle. L'œuvre magistrale sur « *L'Etat-providence* » de M. François Ewald suffit pour s'en convaincre. Elle relie l'évolution de la responsabilité civile à celle de la place de l'Etat dans notre société⁵⁵. L'auteur démontre les implications politiques d'un choix technique se rapportant au droit de la responsabilité. L'Etat-providence irait ainsi de pair avec l'idéologie de la réparation. L'essor des arrangements amiables et de la technique de la transaction, arme privilégiée des fonds d'indemnisation et des assurances, donne ainsi une autre image de l'Etat⁵⁶. A l'Etat-providence en recul s'adjoint l'Etat modeste, réflexif, d'entremise, négociateur⁵⁷. A cela se rapporte également le mouvement de fondamentalisation du droit⁵⁸. Les droits

fondamentaux viennent perturber le visage de la responsabilité civile⁵⁹. Les dommages corporels passent au premier plan⁶⁰. Emerge ainsi, selon certains, un véritable « *droit à la sécurité* »⁶¹. L'instauration de systèmes d'indemnisation est là pour couvrir les dommages corporels les plus insupportables. Quant aux victimes, elles revendiquent la réparation de préjudices toujours plus nombreux : le droit à un environnement sain par exemple. Le progrès technologique agit aussi sur les techniques juridiques et sur la mentalité des sujets de droit⁶². En effet, paradoxalement, plus l'homme maîtrise la nature, plus les victimes n'acceptent plus leur

⁵⁴ G. Goffaux-Callebaut a mis en lumière le débat qui partageait actuellement les auteurs spécialistes du droit de la concurrence : faut-il laisser une place aux class action ? M. Boutonnet elle-même a insisté sur la place plus importante que les juridictions judiciaires, civiles en particulier, réservaient à ces actions. S'en est d'ailleurs suivi un échange entre le professeur Kanayama, Yoshida, Amrani-Mekki et Bollée.

⁵⁵ Fr. Ewald, *L'Etat-providence, passim*.

⁵⁶ Chr. Boillot, La transaction et le juge, Préf. P. Le Cannu, P.U. de la Faculté de droit de Clermont-Ferrand, 2003, qui définit la transaction par ses fonctions : instrument de pacification des rapports sociaux et outil de gestion du contentieux (n° 2 et s., p. 2 et s.). La transaction continue néanmoins d'entretenir des liens avec l'Etat. Il s'agit d'une mutation plus que d'une éviction de l'Etat (n° n° 11, p. 14).

⁵⁷ *L'Etat propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'Etat*, Préf. Ch.-A. Morand, Publisud, 1991, v. not. H. Willke, *Trois types de structures juridiques : programmes conditionnels, programmes finalisés, programmes relationnels*, in *L'Etat propulsif*, p. 65 et s. Sur ce phénomène, J. Commaille et B. Jobert (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, L.G.D.J., Coll. Droit et société, 1999 ; J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, L.G.D.J., Coll. Droit et société, 1998.

⁵⁸ Sur cette fondamentalisation du droit français, v. M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*,

L.G.D.J., 2004, n° 395 et s., p. 240 et s. ; J. Rochfeld, *Du statut du droit contractuel « de protection de partie faible » : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme*, in Etudes G. Viney, L.G.D.J., 2008, p. 835. Adde, M. Mekki, *L'intérêt général et les droits fondamentaux*, *Hokkaido Journal of New Global Law and Policy*, 2009, vol. 1, p. 229 et s.

⁵⁹ Sur l'impact de la Convention européenne des droits de l'homme, v. F. Marchadier, *La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme*, R.T.D. civ. 2009, p. 245 et s. qui souligne l'effet perturbateur de la Convention européenne des droits de l'homme sur la cohérence du droit de la responsabilité civile. Pour une vue d'ensemble, v. G. Viney, *Introduction...*, *op. cit.*, n° 56-2, p. 122, qui se pose la question suivante : « *la protection des droits subjectifs, nouveau fondement de la responsabilité ?* ». Adde, O. Lucas, *La Convention européenne des droits de l'homme et les fondements de la responsabilité civile*, J.C.P. (G), 2002, I, 111 : auteur plus optimiste qui y voit un progrès pour les victimes, mais dont les apports sont encore virtuels.

⁶⁰ J.-C. Monier, *Personne humaine et responsabilité civile*, in *Métamorphoses de la responsabilité, Droit et Cultures*, n° 31, 1996, p. 51 et s.

⁶¹ En ce sens, Chr. Radé, *Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile*, D. 1999, Chr., p. 313 et s. et p. 324 et s. ; v. déjà, B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947.

⁶² La responsabilité est une réponse au progrès des techniques, au machinisme, à l'automobile, sur cette présentation, J. Carbonnier, *Droit civil, Tome 4, Les obligations*, P.U.F., n° 199 et s., p. 321 et s.

sort et demandent à ce que cet événement, fruit du hasard parfois, soit imputé à celui qui n'a pas su prendre les mesures nécessaires pour le maîtriser. Dans chaque accident, il y aurait en quelque sorte une main invisible de l'homme !⁶³ Cet aspect psycho-sociologique explique probablement que, pendant longtemps, au Japon les catastrophes naturelles, plus fréquentes, n'aient pas tout de suite suscité une explosion du contentieux⁶⁴. Dans le même esprit, les mentalités ont évolué et la place des médias a rapproché les individus. Une souffrance à distance⁶⁵ s'instaure et on s'identifie, par le biais des médias, plus facilement aux victimes. La pression de l'opinion publique se fait plus forte. On le voit, les organisateurs ont été très inspirés lorsqu'ils ont demandé aux chercheurs français de réfléchir avec eux sur les contours du préjudice.

8. La réparation du préjudice, entre l'utile et le juste – La problématique qui a servi de fil conducteur à l'ensemble des réflexions nippo-françaises a été de savoir quel serait le système le plus « efficace » de réparation des préjudices conciliant au mieux les différents intérêts en présence : santé, environnement, personne humaine, marché, commerce. Cette pondération des intérêts en matière de responsabilité est directement inspirée des travaux de R. von Jhering⁶⁶ dont s'est inspiré Ph. Heck⁶⁷. Cette méthode est

⁶³ En ce sens, v. Descamps, *Catastrophe et responsabilité*, in *Revue française de sociologie*, XIII, 1972, p. 376 et s.

⁶⁴ Alors qu'en Europe, la main invisible de l'homme permet de lui imputer la responsabilité, au Japon, pour l'instant du moins, cette main invisible à qui il faut imputer le devoir de réparer est l'Etat, sur cette idée, J.-L. Halperin et N. Kanayama, *op. cit.*, spéc. p. 271.

⁶⁵ L. Boltanski, *La souffrance à distance. Morale humanitaire, médias et politique*, Paris, Métailié, 1993.

⁶⁶ Selon cet auteur, le droit accorde sa protection à certains intérêts particuliers par référence aux objectifs poursuivis, notamment en vue de la protection de certaines valeurs ou certains principes, R. von Jhering, *Der Zweck im Recht* (le But dans le droit, dont le titre français est « *L'évolution du droit*, Traduit sur la

d'ailleurs appliquée par le droit allemand lorsqu'il est amené à raisonner sur certaines questions de droit de la responsabilité⁶⁸ et n'est pas très éloignée du contrôle de proportionnalité qu'utilise le droit français pour appliquer l'article 1382 lorsque deux libertés de même valeur sont en conflits⁶⁹. Cette question récurrente de l'adéquation des moyens aux fins a également pour toile de fond le choix entre deux cultures qui proposent parfois deux manières de concevoir le système. Doit-on privilégier une approche anglo-saxonne empreinte d'une forte méthode économique et privilégiant les intérêts privés sur les intérêts publics ? Ce système serait celui des dommages et intérêts punitifs, des class action, de la transaction et de l'assurance privée. En choisissant cette acculturation, les droits

3^{ème} édition allemande par O. de Meulenaere, Paris, Librairie A. Marecq, 1901), Bd. I, 3^e Breitkopf & Härtel ; Leipzig, 1893.

⁶⁷ Sur cet auteur à l'origine de *l'interressenjurisprudenz*, v. Fr. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, Tome II, L.G.D.J., 1919, n° 205 et ss., pp. 330 et ss.; M. Buergisser et J.-F. Perrin, *Interessenjurisprudenz. Statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement*, in *Droit et intérêt, volume 1 : approche interdisciplinaire*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, sous la direction de Ph. Gérard, Fr. Ost et M. van de Kerchove, 1990, p. 327.

⁶⁸ V. sur cette question, O. Berg, *L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française*, R.T.D. civ., 2006, p. 53, spéc. n° 17 et 18.

⁶⁹ Cass. 2^{ème} civ., 19 octobre 2006, pourvoi n° 05-13.489, P+B+I ; M. Mekki, *La parodie d'une marque de cigarette au nom de la lutte contre le tabac : quand la concurrence des idées l'emporte sur celle des produits*, R.L.D. civ., février 2007, p. 16 : Au visa des articles 1382 du Code civil et 10 de la Conv.E.D.H., l'arrêt de la cour d'appel a été censuré aux motifs qu'« *en utilisant des éléments du décor des paquets de cigarettes de marque « Camel », à titre d'illustration, sur un mode humoristique, dans des affiches et des timbres diffusés à l'occasion d'une campagne générale de prévention à destination des adolescents, dénonçant les dangers de la consommation du tabac, produit nocif pour la santé, le CNMRT, agissant, conformément à son objet, dans un but de santé publique, par des moyens proportionnés à son objet, n'avait pas abusé de son droit de libre expression* ». Adde, Cass. 1^{re} civ., 8 avril 2008, pourvoi n° 07-11.251 assoc. Greenpeace France e. a. c/ SA SPCEA Areva.

français et japonais ne risquent-ils pas de devenir les victimes d'une américanisation⁷⁰ ? Doit-on, au contraire, être guidé par la Justice sociale et privilégier les victimes contre ceux qui créent les risques en accordant une place centrale au juge et en maintenant un rôle fondamental à l'Etat ? Ce système serait celui de la réparation intégrale, des intérêts publics défendus par le ministère public et d'un filtrage des actions collectives. Comme toute vérité, un juste milieu doit être trouvé entre ces deux extrêmes, juste milieu qu'on a essayé de nous exposer Mathilde Boutonnet et G. Goffaux-Callebaut, système, quoi qu'il en soit, emprunterait plus au *civil law* qu'à la *common law*⁷¹.

9. **De l'accueil à l'écueil** – Si un juste équilibre se dégage des discussions suscitées par le sujet, il s'articule autour de deux idées relativement simples à comprendre mais difficiles à mettre en œuvre. Si la réparation extensive des préjudices est appréciable, il faut cependant avoir égard aux effets pervers d'un système aveuglé par l'idéologie de la réparation⁷². Cette synthèse n'est pas l'occasion d'apporter des réponses mais de mettre en lumière toutes les questions que ce « work shop » a pu mettre en exergue. Ainsi après avoir exposé l'accueil qu'il faut réserver à une réparation extensive

⁷⁰ Sur cette question, S. Schiller, *Hypothèse de l'américanisation du droit de la responsabilité*, in *L'américanisation du droit*, *Archives de philosophie du droit*, Tome 45, 2001, p. 177, qui relativise cette influence mais observe une similitude dans la multiplication des régimes spéciaux et le système des torts ; dans le même sens, L. Cadiet, *Le spectre de la société contentieuse*, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique*, Ecrits en hommage à G. Cornu, P.U.F., 1994, p. 29 et s.

⁷¹ Sur le même ton, M. K. Yoshida critique les excès du système de common law et doute des bienfaits d'une américanisation.

⁷² V. L. Cadiet, *Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation*, in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges P. Drai, Dalloz, 2000, p. 495 et s. ; D. Mazeaud, *Famille et responsabilité (réflexions sur quelques aspects de l'« idéologie de la réparation »)*, in *Etudes P. Catala, Litec*, 2001, p. 569 et s.

des préjudices (I), il conviendra de mettre en lumière l'écueil d'une réparation excessive des préjudices (II).

I. L'accueil d'une réparation extensive des préjudices

10. Les participants au « Work shop » ont mis en évidence deux phénomènes qui traversent aujourd'hui la question du préjudice, spécialement en droit français. Il s'opère, d'une part, une dilution des préjudices réparables (A) et, d'autre part, une diversification des remèdes (B).

A. La dilution des préjudices réparables

11. Le droit de la responsabilité civile est instrumentalisé au service d'une politique économique et/ou environnementale⁷³. Telle est la conclusion qui s'impose à l'analyse des réflexions des professeurs français et japonais. Cette instrumentalisation perturbe la notion même de préjudice qui subit des torsions au service d'un droit de la responsabilité civile censé être plus efficace⁷⁴. Au-delà d'une multiplication des types de préjudice, les interventions ont fait observer une dilatation des préjudices individuels (1) et une déviation des préjudices dits collectifs (2).

1. La dilatation du préjudice individuel

12. **La recherche d'un équilibre entre fonction indemnitaire et fonction normative** – Quel serait le système de réparation le plus efficace ? Celui qui concilierait au mieux le juste et l'utile. Le juste

⁷³ Sur l'instrumentalisation du droit, v. not. M. Mekki, *L'efficacité et le droit. Essai d'une théorie générale*, *op. cit.*, spéc. n° 6, p. 3 et s.

⁷⁴ Sur l'instrumentalisation du droit de la responsabilité qui expliquerait son incohérence générale en droit positif, v. M. Mekki, *La cohérence sociologique...*, *op. cit.*, spéc. n° 4, p. 744.

renverrait à une réparation intégrale du préjudice causé aux victimes. L'utile supposerait d'instaurer un système de réparation capable de réguler les comportements et d'atteindre ainsi les objectifs politiques que le droit de la responsabilité est censé satisfaire⁷⁵. En d'autres termes, il faut trouver un équilibre entre la fonction indemnitaire et la fonction normative de la responsabilité civile. Or, lors des échanges entre professeurs japonais et français, il s'est avéré que l'entreprise était complexe. Trouver un équilibre entre les fonctions de la responsabilité suppose de franchir plusieurs obstacles, dont certains ont été exposés de manière éclairante par les différents intervenants.

13. De la certitude du préjudice au risque incertain de dommage –

Tout d'abord, se pose souvent un problème de délimitation du préjudice réparable⁷⁶. Ce préjudice est censé être certain. Un préjudice certain est un préjudice qui, tout simplement, doit exister et être prouvé par le demandeur. Parfois cette certitude est toute relative. Plus spécialement, en droit de l'environnement, Mathilde Boutonnet a attiré l'attention sur les virtualités de la notion de préjudice. Sans revenir sur les développements de l'auteur, l'essentiel réside dans la question de savoir si une différence existe entre le préjudice et le trouble ou s'il convient de les assimiler. En outre et surtout, un risque de trouble peut-il justifier un droit à

réparation⁷⁷ ? Allons plus loin encore, un risque incertain de trouble, telle l'affaire des antennes de téléphonie mobile suffit-il à justifier une indemnisation⁷⁸ ? Il faut être prudent, dans cette hypothèse, car à pousser trop loin la couverture du risque même incertain, c'est la liberté d'entreprise et l'activité économique qui peuvent être menacées. Malgré cela, cette approche préventive du dommage est appréciable. Comme l'affirme M. F.-G. Trébulle, « *la responsabilité peut – et doit – conduire à appréhender non pas un dommage qui*

⁷⁷ Le risque de voir un lac débordé en raison du niveau trop haut de ce lac dû à la négligence de son propriétaire est un trouble réparable, Cass. 2^{ème} civ., 18 décembre 2003, R.T.D. civ. 2004, p. 94. Le risque pour le propriétaire d'une maison se trouvant à proximité d'un parcours de golf de recevoir une balle est un risque de dommage constituant un trouble anormal du voisinage, Cass. 2^{ème} civ., 10 juin 2004, Bull. civ. II, n° 291 ; D., 2005, Pan., p. 186, obs. D. Mazeaud ; R.T.D. civ., 2004, p. 738, obs. P. Jourdain. Le risque que de la paille entreposée à proximité d'une maison contiguë à la propriété voisine prenne feu et cause un dommage à la maison du voisin est un trouble anormal du voisinage, Cass. 2^{ème} civ., 24 février 2005, Bull. civ. II, n° 50 ; J.C.P. (G), 2005, II, 10100, note F.-G. Trébulle ; J.C.P. (G), 2005, I, 149, n° 10, obs. G. Viney : « *compte-tenu du risque indéniable qu'elle faisait courir à l'immeuble des époux X..., la proximité immédiate du stockage de paille de Mme Y... constituait pour ceux-ci un trouble anormal de voisinage, auquel il devait être remédié* ». Une série de sondes cardiaques défectueuses qui inquiète les utilisateurs qui en sont porteurs est un risque de dommage indemnizable, Cass. 1^{re} civ., 19 décembre 2006, R.T.D. civ. 2007, p. 352. Pour une étude d'ensemble, v. J.-V. Borel, *La responsabilité pour troubles anormaux de voisinage : de la réparation à la prévention*, R.D.I., 2007, p. 313.

⁷⁸ Répondant par l'affirmative, v. T.G.I. Nanterre, 18 septembre 2008, n° 07-02173, Environnement 2008, comm. 160, note M. Le Prat et L. Verdier ; D., 2009, p. 819, note M. Boutonnet : « *si les troubles de santé constatés chez certains, soupçonnés chez d'autres, constituent un préjudice dont le lien avec la proximité des antennes relais reste à démontrer, le risque de troubles, à distinguer des troubles eux-mêmes, est lui certain puisqu'il n'est pas contesté que les autorités compétentes en la matière, tant internationales que nationales, préconisent de faire application d'un principe de précaution* » ; confirmé par C.A. Versailles, 4 février 2009, R.T.D. civ. 2009, p. 327.

⁷⁵ Une protection efficace de l'environnement, une régulation efficace du marché concurrentiel, une conciliation idéale entre les droits des consommateurs et la liberté des entreprises...

⁷⁶ Sur les caractères du préjudice, v. not. G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions..., op. cit.*, n° 248 et s., p. 13 et s., spéc. n° 248, p. 13 : « *Le libéralisme de la jurisprudence relativement à la constatation du dommage est remarquable* ». Sur cette délimitation problématique, v. L. Cadet, *Les métamorphoses..., op. cit. et loc. cit.* ; P. Jourdain, *Le préjudice et la jurisprudence, in La responsabilité à l'aube du XXI^e siècle. Bilan prospectif*, Resp. civ. et assur., 2001, n° spéc. 6 bis, p. 45 et s.

n'existe pas encore, mais le dommage dans sa dimension dynamique et, à chaque fois que cela est possible, elle doit permettre d'obtenir que le dommage soit empêché et que les conséquences de l'existence du risque soient prises en compte »⁷⁹.

14. De la certitude scientifique à la certitude juridique – Ensuite, se pose le problème de la détermination d'un préjudice direct. Le lien de causalité entre un produit défectueux, par exemple, et un éventuel dommage doit être établi⁸⁰. Or, de nouveau, l'appréhension du préjudice réparable varie selon la notion de vérité à laquelle on adhère. Si la vérité est scientifique, les hypothèses d'indemnisation se feront plus rares. C'est ainsi par exemple qu'en matière de vaccination contre l'Hépatite B et les cas de sclérose en plaques qui se sont par la suite manifestés, la première Chambre civile de la Cour de cassation a au départ refusé, dans un arrêt du 23 septembre 2003, toute indemnisation au motif qu'aucun lien scientifique n'a pu être établi entre l'injection du vaccin et le développement d'une sclérose en plaques, pas plus que la défectuosité du vaccin⁸¹. En revanche, si la vérité juridique diffère de la vérité scientifique, il devient, par un choix purement politique, possible d'envisager l'indemnisation d'un tel préjudice au fondement de simples présomptions ou indices graves, précis et concordants. C'est désormais ainsi que la Cour de cassation juge depuis un arrêt du 22 mai 2008 qui opère un revirement de jurisprudence⁸². Même si les

cas sont encore rares en pratique⁸³, le principe a été plusieurs fois confirmé⁸⁴. On perçoit ici le choix politique qui a été fait par la jurisprudence. N'oublions pas qu'il n'y a pas de préjudice *ab initio* en dehors du droit. Il n'y a de préjudice que lorsqu'il est jugé qu'il s'agit d'un intérêt « légitime »⁸⁵, juridiquement protégé ! Il ne paraissait pas, en l'occurrence, « équitable » de laisser sans indemnisation ces personnes développant une sclérose en plaques. Mais est-ce au droit de la responsabilité civile de répondre à tous les maux ? Cette démarche ne risque-t-elle pas, de nouveau, de nuire au progrès scientifique au nom d'un droit à réparation de victimes qui n'ont pu scientifiquement établir de lien entre le vaccin et le

Jourdain ; D. 2008, p. 1544, note I. Gallmeister ; J.C.P. (G), 2008, II, 10131 : « *si l'action en responsabilité du fait d'un produit défectueux exige la preuve du dommage, du défaut et du lien de causalité entre le défaut et le dommage, une telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes* ».

⁸³ Sur des présomptions écartées, v. par ex., Cas. 1^{re} civ., 22 janvier 2009, R.T.D. civ. 2009, p. 329, obs. P. Jourdain ; J.C.P. (G), 2009, II, 10031, obs. P. Sargos ; Responsabilité civile et assurance, comm. 58, obs. Chr. Radé.

⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2009 (cas de sclérose), pourvoi n° 08-11073 : « *Mais attendu qu'ayant relevé, d'abord, que si les études scientifiques versées aux débats par la société Sanofi Pasteur MSD n'ont pas permis de mettre en évidence une augmentation statistiquement significative du risque relatif de sclérose en plaque ou de démyélinisation après vaccination contre l'hépatite B, elles n'excluent pas, pour autant, un lien possible entre cette vaccination et la survenance d'une démyélinisation de type sclérose en plaque ; qu'ayant, ensuite, relevé que les premières manifestations de la sclérose en plaque avaient eu lieu moins de deux mois après la dernière injection du produit ; que ni Mme X... ni aucun membre de sa famille n'avaient souffert d'antécédents neurologiques, et que dès lors aucune autre cause ne pouvait expliquer cette maladie, dont le lien avec la vaccination relevait de l'évidence selon le médecin traitant de Mme X..., la cour d'appel, qui a souverainement estimé que ces faits constituaient des présomptions graves, précises et concordantes, a pu en déduire un lien causal entre la vaccination de Mme X..., et le préjudice subi par elle* » ; Cass. 1^{re} civ., 25 juin 2009 (affection), pourvoi n° 08-12632 08-14197 08-20706.

⁸⁵ G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions...*, op. cit., n° 271 et s., p. 73 et s.

⁷⁹ F.-G. Trébulle, *Les fonctions de la responsabilité environnementale : réparer, prévenir, punir*, in *La responsabilité...*, op. cit., p. 37.

⁸⁰ Sur ce lien de causalité, v. not. G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions...*, op. cit., n° 332 et s., p. 179 et s.

⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 23 septembre 2003, R.T.D. civ., 2004, p. 101, obs. P. Jourdain : « *en l'état des connaissances scientifiques actuelles, le risque lié à la vaccination contre l'Hépatite B n'est pas avéré* » ; dans le même sens, Cass. 1^{re} civ., 27 février 2007, Responsabilité civile et assurance, 2007, comm. 165, obs. A. Gouttenoire et Chr. Radé ; D. 2007, somm., 2899, obs. Ph. Brun.

⁸² Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2008 (4 arrêts), R.T.D. civ., 2008, p. 492, obs. P.

« préjudice » ? Cette causalité n'est pas propre au contentieux du médicament. Mathilde Boutonnet a souligné la difficulté qu'il y a parfois à reconstruire la chaîne causale des préjudices de masse. G. Goffaux-Callebaut a observé également la difficulté probatoire qui domine le contentieux de la concurrence qui doit en permanence se demander s'il vaut mieux faire prévaloir un système d'efficacité probatoire ou au contraire ne pas négliger les bienfaits d'une loyauté probatoire⁸⁶ ?

Cette dilatation du préjudice individuel s'accompagne d'une déviation du préjudice collectif.

2. La déviation du préjudice collectif

15. La confusion entre intérêt général et intérêt collectif – La collectivisation du droit est particulièrement visible en droit de la responsabilité civile. Elle invite à s'interroger sur la place des groupements collectifs dans un système qui prétend concilier fonction indemnitaire et fonction normative de la responsabilité civile. Souvent ces groupements permettent d'agir plus efficacement dans des domaines où l'inégalité économique fausse les règles du jeu. Comment des individus pourraient-ils en effet lutter contre une multinationale telle que de grandes compagnies pétrolières qui parfois dictent leurs lois aux Etats ? Comment un petit

⁸⁶ Malgré les difficultés probatoires, la Cour de cassation vient d'opérer un revirement de jurisprudence et exige désormais, à l'instar du contentieux civil, que les preuves aient été obtenues de manière loyale, Cass. com., 3 juin 2008, n° 07-17.147 et n° 07-17.196, FS-P+B, Sony France et Philips France c/ Min. Éco. ; C.C.E., oct. 2008, comm. 114, « La preuve sera loyale ou elle ne sera pas ! », obs. M. Chagny), revenant ainsi sur la solution contraire consacrée auparavant par le conseil de la concurrence (Cons. conc. 5 déc. 2005, RTD com. 2006, p. 325, obs. E. Claudel) et la cour d'appel de Paris (CA Paris, 1re ch., sect. H, 19 juin 2007, SAS Philips France : JurisData n° 2007-336831 ; Comm. com. élect. 2007, comm. 244, obs. M. Malaurie-Vignal).

consommateur, pour un préjudice individuellement minime mais collectivement colossal, peut-il sérieusement envisager une action contre un grand groupe de la téléphonie mobile ? L'intervention des groupements collectifs, principalement les associations, permet de rétablir cet équilibre. Cependant, la place de ces associations est à l'origine de confusions portant atteinte à la cohérence du droit de la responsabilité et est susceptible de produire des effets pervers. La première confusion est celle qui s'opère entre l'intérêt collectif défendu par les associations et l'intérêt général, question brillamment exposée par Mathilde Boutonnet et particulièrement éclairée par les réflexions de M. N. Kanayama et de M. K. Yoshida. Cette confusion s'est accélérée ces dernières années. En effet, à l'origine, en droit civil comme en droit pénal, une association n'était pas susceptible d'agir en justice pour défendre un intérêt collectif, en dehors d'une habilitation législative⁸⁷. Si le principe se maintient en droit pénal, même si les habilitations sont si nombreuses que certains demandent une remise en cause du principe de prohibition⁸⁸, les juridictions civiles n'ont cessé d'ouvrir plus grand les portes du tribunal. Tout d'abord, la Cour de cassation s'est montrée favorable aux actions des comités de défense. Jusqu'ici aucun risque pour l'intérêt général car, dans cette hypothèse, il s'agit moins d'un intérêt collectif distinct de ses membres que d'une somme d'intérêt individuels⁸⁹. Par exemple en droit de l'environnement, des voisins peuvent entre eux constituer une association, un comité de défense, pour défendre en justice la somme de leurs intérêts individuels. La Cour de cassation est cependant allée plus loin. Par deux arrêts de la première Chambre civile du 2 mai 2001⁹⁰ et de la deuxième

⁸⁷ V. not., J. Héron et T. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, 3e éd., Montchrestien, coll. Domat droit privé, 2006, n° 82, p. 78.

⁸⁸ V. art. 2-1 et suivants du Code de procédure pénale.

⁸⁹ V. par ex., Cass. civ., 23 juill. 1918 : S. 1921, 1, p. 289, obs. N. Chavegrin.

⁹⁰ Cass. 1re civ., 2 mai 2001, n° 99-10.709 : JurisData n° 2001-009336 ; JCP G 2008, II, 10020, note B. Parance ; D. 2001, p. 1973, note J.-P. Gridel

Chambre civile du 27 mai 2004⁹¹, concernant des associations de protection de l'environnement, elle a jugé que leurs actions dans la défense d'un intérêt collectif sont recevables dès lors qu'elle entre dans leur objet social. Un arrêt du 18 septembre 2008, rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation, a même précisé que cela était implicitement inclus dans les statuts sauf clause contraire et ajoute qu'il n'est pas nécessaire qu'une infraction pénale soit au préalable constatée⁹². Ainsi, selon cet arrêt, « *même hors habilitation législative, et en l'absence de prévision statutaire expresse quant à l'emprunt des voies judiciaires, une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social* ». Dont acte ! Mais, au-delà des dangers d'une telle ouverture⁹³, on s'interroge sur la distinction qu'il est encore possible d'opérer entre la protection de l'intérêt général, qui devrait être l'exclusivité de l'Etat et en particulier du ministère public, et l'intérêt collectif environnemental ? La même question se pose lorsque des associations défendent contre certaines entreprises l'intérêt des consommateurs. Quelle différence peut-on faire entre la protection des consommateurs, ce que chacun d'entre nous est en puissance, et l'intérêt collectif défendu par ces associations⁹⁴. Il

⁹¹ Cass. 2e civ., 27 mai 2004, n° 02-15.700 : JurisData n° 2004-023895 ; Bull. civ. 2004, II, n° 239 ; JCP G 2004, IV, 2467 ; D. 2004, p. 2931, obs. E. Lamazerolles

⁹² Cass. 1^{re} civ., 18 septembre 2008, J.C.P. (G), 2008, II 10200, note N. Dupont

⁹³ V. infra, deuxième partie.

⁹⁴ L'intérêt des consommateurs se présente comme l'objectif du droit de la concurrence et du droit de la consommation, v. en ce sens, D. Ferrier, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, J.C.P., Cah. dr. entr., 2000, n° 3, pp. 36-39, spéc. p. 36 ; adde, Y. Picod, *Rapport introductif, in Droit du marché et droit commun des obligations*, op. cit., spéc. p. 1. L'intérêt des consommateurs n'est pas celui d'une catégorie homogène de personnes. Il s'agit simplement de l'intérêt des citoyens, des sujets de droit, celui de tous, v. en ce sens, M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Préf. M.-A. Frison-Roche, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2001, spéc. n° 22, p. 35. Adde, A. Bienaimé, *La problématique du sujet*, in Ateliers de la concurrence, Rev. conc.

faudrait alors admettre l'intervention de « procureurs aux petits pieds » qui viendraient appuyer l'action de l'Etat pour protéger l'intérêt général. Certes, cette tendance confirme que l'intérêt général n'est pas réellement distinct des intérêts particuliers, mais est-il de bon aloi de conférer autant de pouvoir à des intérêts particuliers à l'encontre d'autres intérêts particuliers ? Il y a un risque d'attiser le conflit qui ne doit pas être négligé. Même si M. Sagawa a souligné la discrétion au Japon des associations habilitées qui sont actuellement au nombre de sept, il a observé le dynamisme de ces organismes et l'avenir laisse présager une augmentation de leur nombre. Alors la question du rôle dévolu à l'Etat se posera-t-elle aussi au Japon.

- 16. La confusion entre intérêt procédural et intérêt substantiel** – Enfin, dans le cadre d'une action destinée à protéger un intérêt collectif, une confusion s'opère entre l'intérêt procédural de celui qui agit et l'intérêt substantiel protégé. En effet, l'association de protection de l'environnement n'agit pas pour elle-même, pour un préjudice personnel, mais pour protéger l'intérêt de l'environnement. Il existe souvent dans ce cas une « *responsabilité sans victime* »⁹⁵. A-t-on alors affaire à un contentieux objectif, de légalité des actes, ou est-ce encore un contentieux subjectif ? Le contentieux objectif a pour seul objet de protéger le droit objectif, la légalité objective et impersonnelle, alors que le contentieux subjectif a pour objet le respect des intérêts propres au demandeur ou requérant qui défend son droit subjectif⁹⁶. Dans le même esprit, lorsque la violations de

cons., mars-avril 1996, n° 90, pp. 9-30, spéc. p. 13 : « *l'intérêt du consommateur donne en quelque sorte une représentation approchée de l'intérêt général* ».

⁹⁵ Sur cette expression, D. Mazeaud, *Responsabilité civile et précaution*, in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle*, Actes du colloque des 7 et 8 décembre 2000, Responsabilité civile et assurances, juin 2001, n° 6bis, p. 75.

⁹⁶ Cette distinction, venant à l'origine du droit public, a été depuis lors transposée en droit civil, v. par ex. B. Savelli, *L'exercice illicite d'une activité professionnelle. Etude des sanctions de droit privé*, Préf. J. Mestre, P.U.A.M.,

règles de la concurrence est dénoncée par certaines entreprises ou des associations de consommateurs, défendent-elles leur propre intérêt ou celui du marché ? Se pose alors la question de savoir si l'environnement comme le marché sont des personnes juridiques. Souvent en matière d'environnement il s'agit de protéger les générations présentes mais aussi les générations futures⁹⁷. Difficile de personnifier l'environnement. Ainsi s'interroge M. P. Rosanvallon dans un autre contexte : « *Comment représenter des absents, des êtres à venir, surtout si l'on réalise qu'ils se confondent presque avec des problèmes, ceux du milieu naturel dans lequel ils évolueront ?* »⁹⁸. De même, en droit de la concurrence, la défense du marché ne revient pas à protéger une personne mais une activité qui doit rester concurrentiel. Il persiste cependant une différence entre la protection de l'environnement et celle du marché. En droit français comme en droit communautaire, le marché concurrentiel n'est qu'un moyen pour atteindre des fins qui vont au-delà. La concurrence-fin du droit américain s'oppose ici à la concurrence-moyen du droit français⁹⁹. En revanche, l'environnement est une fin en soi, ce qui justifie probablement la reconnaissance d'un préjudice écologique pur, clairement présenté par M. Boutonnet. Dans ce contexte, l'Etat, lui-même fruit d'une construction intellectuelle, se présente comme le plus apte à protéger ces « intérêts sans personne » que sont l'environnement et le marché¹⁰⁰. Il ne s'agit pas de nier les intérêts

1995, spéc. n° 92, p. 91. L'auteur voit dans l'action en cessation de l'illicite une action relevant du contentieux objectif alors que M. C. Bloch y voit un contentieux qui reste nature subjective, *th. préc.*, n° 165 et s., p. 176 et s.

⁹⁷ V. P. Rosanvallon, *La légitimité démocratique. Impartialité, réflexivité, proximité*, Seuil, 2008, spéc. p. 235 et s.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 235.

⁹⁹ Sur cette distinction, P. BONASSIES, *Les fondements du droit communautaire de la concurrence : la théorie de la concurrence-moyen*, in Etudes dédiés à A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 51.

¹⁰⁰ Sur la notion originale de « centres d'intérêts », v. G. Farjat, *Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche,*

privés en encensant un Etat qui s'est parfois montré passif et inactif. Mais il s'agit de prendre conscience que la solution, comme l'ont souligné les intervenants à ce colloque, réside dans une conciliation des intérêts publics et des intérêts privés. L'Etat et les associations ne doivent pas s'exclure mais collaborer.

Devant la complexité croissante du système et la dilution des préjudices, il faut encourager une diversification des remèdes.

B. La diversification des remèdes

17. Les échanges entre professeurs français et japonais ont également révélé l'importance qu'il y avait à ne pas réduire le préjudice à une question de réparation mais d'aborder la question de manière plus large en faisant appel à des mesures que nous pouvons qualifier de remèdes. Le remède est, au sens médical, « *la substance, opération, appareil qui est employé au traitement d'une maladie* ». Au sens figuré, le mot renvoie à « *ce qui est employé pour atténuer ou guérir une souffrance morale, un mal, pour résoudre une difficulté* »¹⁰¹. La notion s'adapte idéalement à la question des préjudices. Ces remèdes peuvent s'adapter à la diversité des situations et en cela ils contribuent à renforcer l'efficacité du système de prise en charge des préjudices en droit de la responsabilité civile. Les réflexions de M. Katsumi Yoshida, de Mme Mathilde Boutonnet et de Mme G. Goffaux-Callebaut ont permis de prendre conscience de l'importance qu'il y a à diversifier les remèdes afin de concilier au mieux la réparation du préjudice et la dissuasion des comportements déviants. A l'écoute des différentes interventions, trois principaux remèdes ont pu être envisagés : les actions en réparation, d'une part, les actions punitives, d'autre part et les actions en cessation de l'illicite, enfin¹⁰².

R.T.D. civ., 2002, p. 221.

¹⁰¹ Sur ces définitions, *Le Petit Robert, V° Remède*, p. 2154.

¹⁰² Comp. F.-G. Trébulle, *Les fonctions de la responsabilité environnementale :*

1. La réparation

18. Une hiérarchisation des modes de réparation – La fonction première du droit de la responsabilité est de réparer, « *de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu* »¹⁰³. Les modes de réparation imposés renvoient à un ensemble de techniques permettant non seulement de réparer de la manière la plus adéquate le préjudice causé, mais en même temps de dissuader les auteurs futurs d'adopter un tel type de comportement. Mathilde Boutonnet a mis en relief l'importance, tout d'abord, qu'il peut y avoir à rationaliser les modes de réparation, spécialement en droit de l'environnement où la réparation classique, telle que définie précédemment, est souvent « *incomplète et impossible* »¹⁰⁴. En effet, il a été souligné l'effet pervers que pourrait être une action en justice engagée par une association afin d'en tirer un profit personnel. L'auteur a également mis en avant les dangers d'une responsabilité par trop préventive qui pourrait être une entrave au progrès économique et au progrès scientifique. Cette rationalisation des modes de réparation peut passer par leur hiérarchisation. Cette hiérarchisation évite ainsi les actions malveillantes et a le mérite de remédier directement au mal. Cette hiérarchie des modes de réparation est perceptible au sein même de la loi du 1^{er} août 2008 telle qu'elle nous a été présentée par Mme Boutonnet. Concernant le préjudice écologique pur, la réparation primaire doit être privilégiée (art. L. 162-9 C. envir.). Il s'agit en priorité de rétablir le *statu quo ante*, par une remise en état du site par exemple. Le deuxième mode de réparation est une réparation complémentaire qui consiste, si la

réparer, prévenir, punir, in La responsabilité environnementale. Prévention, imputation, réparation, sous la dir. Ch. Cans, Dalloz, 2009, p. 17 et s.

¹⁰³ Cass. 2^{ème} civ., 28 octobre 1954, J.C.P. (G), 1955, II, 8765, note R. Savatier.

¹⁰⁴ Sur ce constat, F.-G. Trébulle, *Les fonctions...*, p. 21.

remise en état est impossible ou insuffisante, « *à fournir un niveau de ressources naturelles ou de services comparables à celui qui aurait été fourni si le site avait été rétabli dans son état initial* », en réintroduisant par exemple des espèces identiques à celles qui ont disparu. Enfin, mesure ultime, une réparation compensatoire est envisageable lorsque les deux premières solutions s'avèrent insuffisantes qui sont des « *mesures qui doivent compenser les pertes intermédiaires de ressources naturelles ou de services survenant entre le dommage et la date à laquelle la réparation primaire ou complémentaire a produit son effet. Elles peuvent être mises en œuvre sur un autre site et ne peuvent se traduire par une compensation financière* » (art. L. 162-9 C. envir.). Notons l'absence de compensation pécuniaire quelle que soit l'hypothèse. Au-delà de ces mesures accompagnant une véritable police administrative, lorsque, dans le contentieux judiciaire, des dommages et intérêts sont octroyés aux associations, il convient de veiller à ce que les sommes ne viennent pas enrichir indûment les caisses des associations à l'origine de la procédure. La rationalisation repose donc aussi sur la détermination des bénéficiaires de cette réparation d'un préjudice collectif. Mme Boutonnet s'est ainsi montrée plutôt enthousiaste face au système proposé par les Etats-Unis qui consiste à reverser les sommes à une sorte de fonds destiné à protéger l'environnement.

2. La punition

19. L'opportunité des dommages et intérêts punitifs – Si un thème a suscité de nombreuses discussions entre les participants à ce colloque c'est bien celui de peine privée et d'introduction en droit français et japonais des dommages et intérêts punitifs¹⁰⁵. La question

¹⁰⁵ Nous n'abordons pas la fonction punitive des sanctions pénales très présentes tant en droit de la concurrence qu'en droit de l'environnement. V. not. au sein de la loi du 1^{er} août 2008, les articles L. 163-4 et suivants du Code de l'environnement. On peut cependant remarquer que le droit pénal se tourne,

intéresse tant le droit de l'environnement que le droit de la concurrence¹⁰⁶. Dans ces deux hypothèses, il n'est pas rare que les entreprises se livrent à un calcul coût-avantages qui ne les inciterait pas à prendre les mesures nécessaires pour prévenir des atteintes. Il y aurait des « *fautes lucratives* » !¹⁰⁷ En vertu du principe de réparation intégrale¹⁰⁸, une victime ne peut obtenir une indemnité supérieure au préjudice effectivement causé. De même, la gravité de la faute de l'auteur ne devrait pas être prise en compte pour l'évaluation du préjudice réparable. Il est vrai cependant, au moins officieusement, que l'idée de peine privée et de fonction punitive de la responsabilité civile n'est pas absente du droit français¹⁰⁹. Que l'on songe à la réparation du préjudice moral impossible à évaluer réellement¹¹⁰, à

actuellement, plus vers la réparation au moment où le droit civil se tourne davantage vers la punition, sur cet aspect du droit pénal français, P. Salvage, *Les peines de peine*, Droit pénal, 2008, n° 6, Etude 9 ; M. Giacomelli, *Libres propos sur la sanction-réparation*, D., 2007, Chr., p. 1551.

¹⁰⁶ V. not. Ch. Lapoyade-Deschamps, *Quelle(s) réparation(s) ? in La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle, Bilan prospectif*: colloque Chambéry, 7 et 8 déc. 2000 : Resp. civ. et assur. 2001, n° spéc. 6 bis, p. 62 ; S. Piedelièvre, *Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir*, colloque Chambéry préc., p. 68, spéc. p. 69, n° 6. V. les doutes exprimés par Ph. Brun, colloque Chambéry préc., *Rapport introductif*, p. 4, spéc. p. 8, n° 35 ; Adde R. Saint-Esteben, *Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs*, in *Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*: colloque université de Paris I, 29 avr. 2004 : LPA 20 janv. 2005, p. 53. Plutôt dubitatif, v. A. Bénabent, *Droit de la concurrence. La mise en jeu de la responsabilité civile*, Petites Affiches, 20 janvier 2005, n° 14, p. 31.

¹⁰⁷ Sur cette notion, D. Fasquelle, *L'existence de fautes lucratives en droit français*, Petites Affiches, 20 novembre 2002, n° 232, p. 27.

¹⁰⁸ Sur ce principe, C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, Préf. F. Pollaud-Dulian, P.U.A.M., 2002 ; G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 2001, n° 57 et s.

¹⁰⁹ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Préf. G. Viney, L.G.D.J., 1995 ; A. Jault, *La notion de peine privée*, Préf. Fr. Chabas, L.G.D.J., 2005.

¹¹⁰ V. par ex., J. Dupichot, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à*

l'action en concurrence déloyale sans preuve d'un préjudice¹¹¹ ou à la réparation octroyée à certaines associations dans la protection d'un intérêt collectif¹¹². Nombreux sont ceux qui en défendent la pertinence en droit de la concurrence¹¹³. Inspirés notamment par le droit américain, ces auteurs vantent les mérites de dommages et intérêts punitifs qui permettraient de réguler plus facilement le marché et rendraient plus efficaces les mesures de protection de l'environnement¹¹⁴. L'avant-projet Catala propose en ce sens un article 1371 qui serait rédigé de la manière suivante : « *L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être*

l'intégrité corporelle, Thèse Paris, 1969, spéc. n° 173 et s. ; S. Carval, *th. préc.*, spéc. n° 21 et s. ; C. Grare, *th. préc.*, n° 243.

¹¹¹ S. Carval, *th. préc.*, n° 127 et 128 ; M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Préf. J. Ghestin, Dalloz, Bibliothèque de Thèses, 2004, n° 531 et s.

¹¹² Comme l'ont souligné M. Boutonnet et G. Goffaux-Callebaut.

¹¹³ M.-A. Frison-Roche, *Les principes originels du droit de la concurrence déloyale et du parasitisme* : RJDA 1994, p. 483, spéc. p. 485 et 486, n° 19-21 ; D. Fasquelle, *Amendes civiles ou « dommages punitifs » ? in Conquête de la clientèle et droit de la concurrence*, Actualités et perspectives françaises, allemandes, communautaires et américaines : colloque 6 déc. 2000, organisé par le Creda de la CCI de Paris : Gaz. Pal. 9-10 nov. 2001, p. 50, spéc. p. 56 ; M. Chagny, *La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, J.C.P. (G), 2006, I, 149. Contra, S. Piedelièvre, *op. cit.* note (6), p. 72, n° 22.

¹¹⁴ Sur l'environnement, v. les propositions du Rapport Lepage qui souhaite sanctionner par des dommages et intérêts punitifs les professionnels et les personnes morales qui commettraient une « *faute intentionnelle entraînant un dommage à l'environnement* ». En faveur d'une réception des dommages et intérêts punitifs en droit de l'environnement, v. not. F.-G. Trébulle, *Les fonctions..., op. cit.*, p. 41.

spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables »¹¹⁵. La réparation intégrale ne serait d'ailleurs pas un obstacle dirimant¹¹⁶. Principe « *illusoire* », il ne serait pas de « *l'essence de la responsabilité* »¹¹⁷. Reste alors à s'interroger sur celui qui devra récupérer ces dommages et intérêts punitifs qui ne peut être la victime elle-même au risque de remplacer un déséquilibre par un autre, un enrichissement injuste par un autre. Finalement, la commission des lois du Sénat s'est dernièrement manifestée et a affirmé qu'elle était favorable à une réforme des règles de la responsabilité civile en publiant 28 recommandations dont trois très novatrices : permettre des actions collectives en responsabilité en cas de fautes lucratives commises à l'encontre d'une pluralité de victimes et générant des dommages individuels de faible montant ; autoriser les dommages et intérêts punitifs en cas de fautes lucratives dans certains contentieux spécialisés tels que celui des médias et du droit de la concurrence ; responsabiliser les victimes par la réception de l'obligation de minimiser son dommage¹¹⁸. Cependant, l'instauration de dommages et intérêts punitifs créerait de nouveaux inconvénients. Le système ainsi conçu s'exposerait au spectre de la société contentieuse¹¹⁹ et à la recherche

¹¹⁵ Sur cette disposition, v. M. Chagny, *La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations*, J.C.P. (G), 2006, I, 149.

¹¹⁶ Pour ceux qui en contestent la pertinence, v. C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Préf. Y. Lequette, Dalloz, 2005, n° 271 et s. ; A. Tunc, *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd., Economica, 1989, p. 176 ; J.-S. Borghetti, *op. cit.*, p. 154.

¹¹⁷ En ce sens G. Viney, *Introduction...*, *op. cit.*, spéc. n° 36, p. 78.

¹¹⁸ V. Sénat, 16 juillet 2009, communiqué, J.C.P. (G), n° 31, 27 juillet 2009, p. 160.

¹¹⁹ L. Cadiet, *Le spectre de la société contentieuse*, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique*, Ecrits en hommage à G. Cornu, P.U.F., 1994, p. 29 et s.

de profit des victimes ou de leurs avocats. Souvent, les entreprises se contentent de répercuter la peine sur les prix. Ce sont alors les consommateurs qui supportent le poids de la dette. Enfin, il peut se poser un problème d'imputabilité de la punition lorsque les dirigeants des entreprises sanctionnées ne sont pas les dirigeants fautifs qui ont depuis lors changé. Enfin, c'est faire la part belle aux victimes sans prendre en compte le risque d'une disparition de l'entreprise à laquelle des sanctions trop lourdes auraient été infligées au préjudice de l'économie en général et de l'emploi en particulier. Une autre solution moins radicale a été suggérée par M. K. Yoshida et Mme M. Boutonnet qui serait la cessation de l'illicite faisant une place plus importante, à côté du préjudice au sens strict, à la notion de trouble.

3. La cessation de l'illicite

20. La cessation de l'illicite se distingue de la réparation – La rationalisation des modes de réparation suppose, enfin, une distinction plus subtile entre réparation en nature, réparation en valeur et cessation de l'illicite¹²⁰. La réparation, qu'elle soit en nature ou en valeur, agit sur les conséquences d'un fait illicite. La réparation d'un dommage est une suppression des conséquences causées par le fait illicite. Cette suppression peut intervenir en nature, lorsque l'auteur remet lui-même en état, ou en valeur lorsqu'il finance la victime afin qu'elle opère elle-même cette remise en état. Face à un préjudice, la réparation est une simple compensation, et non une suppression, des effets subjectifs du dommage, soit en nature par la publication d'une décision de justice par exemple, soit en valeur par l'octroi de dommages-intérêts venant compenser le préjudice causé. En revanche, la cessation de l'illicite, parfois

¹²⁰ Nous laisserons de côté le détail de l'arsenal procédural qui accompagne la cessation de l'illicite, notamment l'utilisation fréquente des procédures d'urgence.

confondue avec la réparation en nature¹²¹, agit sur le fait illicite. S'opère une suppression de la cause du dommage et non une suppression du dommage lui-même. Il s'agit de faire cesser pour l'avenir les effets d'un fait illicite. Alors que la réparation est rétrospective, la cessation de l'illicite serait prospective. Selon M. C. Bloch, « *Faire cesser le fait générateur, c'est empêcher à plus forte raison qu'il ne fasse naître, pour l'avenir, de nouveaux dommages. Il n'en reste pas moins qu'il ne s'agit plus simplement de réparer le dommage mais de faire cesser le fait dans lequel il prend sa source* »¹²². Cette précision est fondamentale en droit de l'environnement puisqu'elle est se détache de toute exigence d'un préjudice et est uniquement motivée par la régulation des comportements futurs et de leurs effets. Cette technique est ainsi un moyen plus efficace de lutter contre certains types de comportements notamment en droit de l'environnement et en droit de la concurrence où les notions mêmes de préjudice sont parfois difficiles à cerner. Le trouble a l'avantage de n'être qu'une « *potentialité de dommage* »¹²³. Ainsi d'un propriétaire qui laisse le niveau d'eau de son lac trop élevé. Lui demander de financer un barrage pour protéger son voisin exposé relèverait de la réparation. Lui demander de réduire à l'avenir son niveau d'eau est une action en cessation de l'illicite¹²⁴.

¹²¹ V. par ex. sur cette confusion art. 1369-1 al. 1^{er} de l'avant-projet Catala : « *lorsque le dommage est susceptible de s'aggraver, de se renouveler ou de se perpétuer, le juge peut ordonner, à la demande de la victime, toute mesure propre à éviter ces conséquences, y compris au besoin la cessation de l'activité dommageable* ».

¹²² C. Bloch, *th. préc.*, n° 127, p. 133.

¹²³ *Ibid.*, n° 388, p. 458. L'auteur ajoute une autre différence majeure : la cessation de l'illicite suppose un fait illicite, ce qui n'est pas toujours le cas en matière de réparation. Le champ d'application n'est donc pas le même, *Ibid.*, n° 276 et s., p. 316 et s. L'auteur insiste sur le fait que la cessation de l'illicite remplit aussi une fonction réparatrice à laquelle elle ne saurait cependant être réduite, *Ibid.*, n° 130, p. 140.

¹²⁴ Sur cet exemple, C. Bloch, *th. préc.*, n° 128, p. 137.

21. La cessation de l'illicite se distingue de la répression – En outre, la cessation de l'illicite n'est pas une forme de répression¹²⁵. Ce n'est pas une peine privée¹²⁶. Comment ne pas être séduit par cette technique qui revient en définitive à restaurer la règle de droit, à mettre un comportement en conformité avec la règle juridique ? Cette mesure combine à elle seule l'avantage d'une réparation en nature, d'une dissuasion des comportements à l'avenir et d'une efficacité plus importante car elle ne repose pas sur la condition d'un préjudice au sens strict mais sur celle plus large de trouble. Les risques certains de dommages seraient ainsi mieux appréhender sous l'angle de la cessation de l'illicite que sous celui de la réparation qui doit se limiter à l'existence d'un dommage présent et certain¹²⁷. Cette cessation de l'illicite est mieux adaptée à la singularité du contentieux environnemental où souvent le risque est certain sans que le préjudice ne soit encore né. L'action en cessation de l'illicite permet de ne pas intégrer cette action dans le domaine de la réparation en faisant ainsi perdre à cette notion toute cohérence. Cette action est également adaptée au droit de la concurrence. Comme l'a exactement affirmé G. Goffaux-Callebaut, répondant à l'interrogation pertinente de K. Yoshida, en droit de la concurrence la réparation se fait souvent en valeur. Cependant, lorsque les autorités de concurrence ou le juge enjoignent de modifier un contrat qui porte atteinte à la concurrence ou lorsqu'ils exigent la cessation d'une activité illicite, on peut déceler dans ces mesures une forme de réparation en nature. Cette qualification peut être défendue car on supprime par ce biais les effets préjudiciables de ce comportement. Mais une autre qualification serait plus pertinente. En effet, cette

¹²⁵ C. Bloch, *th. préc.*, n° 30 et s., p. 41 et s.

¹²⁶ Sur cette confusion, P. Jourdain, obs. sous cass. 1^{re} civ., 19 novembre 1996, R.T.D. civ. 1997, p. 438 ; A. Sourdat, *Traité général de la responsabilité ou de l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats*, tome I, 5^{ème} éd., 1902, spéc. n° 134, p. 148.

¹²⁷ C. Bloch, *th. préc.*, n° 390-2, p. 461.

mesure a principalement pour objectif de supprimer un comportement préjudiciable pour l'avenir en agissant sur la cause du dommage et du préjudice. En ce sens, il serait plus question d'une action en cessation de l'illicite que d'une action en réparation¹²⁸. C'est d'ailleurs probablement ce qui explique qu'une action en concurrence déloyale ne suppose pas la preuve d'un préjudice car il n'est pas question de réparer mais de faire cesser un comportement illicite¹²⁹. Les injonctions ordonnées par une autorité ou un juge peuvent être assimilées à une cessation de l'illicite¹³⁰. C'est particulièrement vrai du Conseil de la concurrence (art. L. 464-2, I, al. 1^{er} C. com.). La procédure dite d'engagement est en ce sens. Cette procédure prévue par l'article L. 462-, I, al. 1^{er} C. com., permet à l'autorité de concurrence de clore une procédure sans statuer sur le caractère anticoncurrentiel des pratiques et sans prononcer de sanction pécuniaire, en contrepartie d'engagements crédibles et vérifiables des entreprises à cesser leurs pratiques illicites. Quelle belle illustration de l'efficacité et de la modernité de la cessation de l'illicite !

22. Ce colloque révèle que la construction d'un droit de la responsabilité efficace se trouve dans la diversité en combinant les notions de préjudices, de trouble et de risques au moyen de remèdes aussi variés que la réparation, la punition et la cessation de l'illicite. Cependant, cette quête d'un monde meilleur articulé autour de la notion de préjudice n'est pas sans produire certains effets pervers. Il

¹²⁸ Pour une série d'exemples, v. C. Bloch, *th. préc.*, n° 172, p. 185 et s.

¹²⁹ V. sur cette question, G. Ripert et R. Roblot, par L. Vogel, *Traité de droit commercial*, Tome I, vol. 1, L.G.D.J., 18^{ème} éd., n° 731. Comp. C. Bloch, *th. préc.*, n° 92, p. 101 et s. et n° 356-1, p. 427 qui est plus modéré.

¹³⁰ N. Decoopman, *Le pouvoir d'injonction des autorités administratives indépendantes*, J.C.P. (G), 1987, I, 3303, spéc. n° 13 : « L'injonction est un ordre donné par une autorité. Sa fonction n'est pas de réprimer, ni de réparer, mais de corriger, de rétablir une situation, de remettre en quelque sorte les intéressés dans le chemin juridique, économique ».

faut ainsi raison gardée car la réparation excessive peut être elle-même préjudiciable.

II. L'écueil d'une réparation excessive des préjudices

23. Il n'est pas bon de faire preuve de trop d'angélisme. La réparation extensive a un coût, que même ceux qui n'adhèrent pas à l'analyse économique ne sauraient ignorer. En faisant de la fonction indemnitaire l'objectif principal de la responsabilité, l'équilibre qui symbolise l'article 1382 du Code civil a été rompu. Cette disposition, que M. Ph. Rémy qualifie de petit « *catéchisme juridique* » du Code civil, avait réussi sur le fondement de la faute à mettre sur un pied d'égalité la nécessité de réparer le dommage causé et la nécessité de réguler les comportements fautifs. Comme l'affirmait Henri Mazeaud, « *le principe énoncé par l'article 1382 du code civil est l'une de ces grandes règles d'équité qui peuvent, à elles seules, résumer le droit tout entier. Le droit ayant pour but de permettre à chacun d'exercer son activité sans nuire à la sphère d'activité de ses voisins, il va de soi qu'un législateur paresseux pourrait se contenter de rédiger un code dont l'article unique serait ainsi conçu : « Chacun doit réparer le dommage qu'il cause, par sa faute, à autrui »* »¹³¹. Que les progrès des transports, l'industrialisation et le machinisme aient justifié une évolution des fondements de la responsabilité est une chose. Mais négliger, au nom d'une idéologie débordante de la réparation, tous les effets pervers d'une telle entreprise en est une autre. Il convient ainsi de revenir sur les maux d'une réparation excessive des préjudices (A) avant d'en proposer quelques remèdes en nous inspirant du contenu des débats tenus lors du colloque (B).

¹³¹ H. Mazeaud, *L'« absorption » des règles juridiques par le principe de responsabilité civile*, D. 1935, p. 5, spéc. p. 7 s.

A. Les maux

24. Les dérives de l'action collective – La discussion entre les membres du « work shop » a, tout d'abord, mis en exergue la confusion des sphères privées et publiques qui ne peut être considérée comme une situation saine. En effet, lorsqu'on invite les particuliers à défendre l'intérêt général, il ne faut pas s'étonner que certains, derrière le doux manteau de l'intérêt général, ne protègent en réalité que leurs intérêts privés égoïstes. Ainsi des associations qui, au nom d'un prétendu intérêt collectif, en sont amenées à défendre leurs seuls intérêts. Cette instrumentalisation de l'action collective dans un intérêt particulier égoïste est ainsi le reproche qui peut être fait à certaines associations telles que les comités de défense. Aux Etats-Unis, les NIMBY (*Not In My Back Yard*), qui sont des groupements qui se constituent pour la défense de riverains contre des projets d'infrastructures gênantes¹³², ont cette triste réputation d'être des groupements qui se constituent pour un temps très bref pour défendre en formant un collectif leurs intérêts de voisins. Ils constituent ce qu'on appelle chez les sociologues des *single issue groups* (groupes spécialisés sur une seule cause)¹³³. Rien de collectif en réalité dans cette démarche. Il s'agit d'une somme d'intérêts individuels et non d'un intérêt collectif transcendant. En outre, à force d'encourager l'expression des groupes d'intérêts, on expose les décideurs publics et en particulier le législateur¹³⁴ et le

¹³² "Nimbys are people who live near enough to corporate or governments projects and are upset enough about them to work to stop, stall, or shrink them. [...] They fight fiercely and then, win or lose, they vanish", William Glaberson, "Coping in the Age of Nimby", *New York Times*, 19 June 1988, sec.3, 1., cité par Gregory McAvoy, *Controlling Democracy, Citizen Rationality and The Nimby Syndrome*, Washington, DC, Georgetown University Press, 1999.

¹³³ Ce que J. Ion appelle de « l'engagement post-it », J. Ion, *La fin des militants*, L'Atelier, 1997.

¹³⁴ M. Mekki, *La force et l'influence normatives des groupes d'intérêt, Rapport général*, avec le soutien du GIP « Droit et Justice », 2009, p. 99 et s., à paraître.

juge¹³⁵ à la pression du lobbying. Les groupes de pression n'ont pourtant rien de démocratique si leur action n'est pas encadrée. En effet, le plus fort aura raison¹³⁶. Quant au législateur, il instrumentalise à son tour l'action des groupes d'intérêt. Le discours officiel consiste ainsi à médiatiser l'appel qui est fait à la consultation des groupes d'intérêt pour renforcer la légitimité des politiques publiques censées n'être que le résultat de la discussion menée avec les membres de la société civile. Or, l'expérience des « Grenelle » en France¹³⁷ a démontré que sous couvert d'un événement, le « Grenelle », censé symboliser un débat collectif entre l'Etat et la société civile, c'est souvent une simple mascarade qui a eu lieu¹³⁸. On le voit, l'émergence d'un préjudice collectif suppose une place plus importante des groupes d'intérêt dans la construction d'un Droit de la réparation qui peut recéler les signes d'une démocratie en crise.

25. L'instrumentalisation du droit de la responsabilité civile – De surcroît, il n'est pas bon d'instrumentaliser à outrance le droit de la responsabilité. La responsabilité n'est pas là pour remédier à tous les maux de la société. Elle ne peut couvrir l'ensemble des risques. On

¹³⁵ Pour une étude d'ensemble, J. Lapousterle, *Le juge et les groupes de pression, in La force et l'influence normatives des groupes d'intérêt*, sous la direction de M. Mekki, avec le soutien du GIP « Droit et Justice », 2009, p. 46 et s.

¹³⁶ Sur cet encadrement en droit communautaire, v. http://ec.europa.eu/transparency/index_fr.htm; sur le droit français, v. M. Mekki, *La force et l'influence normatives des groupes d'intérêt, Rapport général*, op. cit., p. 99 et s., spéc. p. 167 et s. V. égal. le 6 juillet 2009, le bureau de l'Assemblée nationale vient de réglementer l'accès des groupes de pression à l'assemblée, v. blogs. lexpress.fr/cuisines-assemblee/2009/07/encadrement-du-lobbying-a-lass.php

¹³⁷ Le « Grenelle de l'environnement » en est une illustration récente. V. égal., plus récemment, le « Grenelle de la téléphonie mobile », v. *Le Journal De l'Environnement* du 27 février 2009.

¹³⁸ P. Deumier, *Qu'est-ce qu'« un Grenelle » ? (la source d'un New Deal)*, *R.T.D. civ.*, 2008, p. 63 et s., spéc. p. 66.

sait, par exemple, combien l'idée d'une responsabilité préventive est séduisante dans la place qu'elle accorde à la personne humaine et au souci de prendre en charge les dommages les plus graves. Simplement, cette responsabilité préventive doit être pensée avec précaution car elle pourrait être une entrave importante, non seulement au progrès économique mais aussi au progrès scientifique. Le risque zéro n'existe pas. Même s'il était possible, serait-il pour autant si bénéfique à une société qui ne raisonnerait plus en termes de progrès mais de protection ? L'affaire « Perruche » a été une triste illustration des dérives possibles¹³⁹. On peut admettre qu'un enfant né handicapé mènera une vie plus difficile ne serait-ce qu'en raison des besoins d'aménagement de son quotidien, de son lieu de vie, de son lieu de travail et de ses moyens de transport. Mais est-ce au droit de la responsabilité de prendre en charge ce « mal » qui atteint cet enfant ? Lorsque la Cour de cassation, le 17 novembre 2000, a établi un lien, plus qu'illusoire, entre la naissance d'un enfant handicapé, considérée comme un préjudice, et l'erreur de diagnostic du médecin, beaucoup se sont manifestés pour souligner les dangers d'une telle torsion des notions juridiques¹⁴⁰. Certains auteurs ont été qualifiés de positivistes parce qu'ils pensaient que le droit devait respecter une certaine logique et qu'on ne pouvait poursuivre le juste en tordant la technique. Il n'est pas question de positivisme ou de jusnaturalisme. Le droit doit poursuivre le juste. Cependant, encore faut-il qu'il s'agisse de droit. Dire qu'il y a un préjudice lorsque seule la naissance a été « causée » par le médecin et contester cette solution, ce n'est pas être positiviste, c'est admettre qu'on ne peut priver le droit de toute cohérence au risque de menacer sa légitimité.

¹³⁹ Cass. ass. plén., 17 novembre 2000, Bull. ass. plén., n° 9 ; D. 2001, p. 332, notes D. Mazeaud et P. Jourdain ; J.C.P. (G), 2001, II, 10438, concl. J. Sainte-Rose et note Fr. Chabas.

¹⁴⁰ Sur ce débat, l'exposé très complet de G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions...*, *op. cit.*, n° 249-6 et s., p. 22 et s.

Comment faire alors pour améliorer la situation des victimes sans menacer l'équilibre général du système juridique ?

B. Les remèdes

26. L'objectif n'est pas de proposer un système clés en main afin d'améliorer le droit à réparation mais de rendre compte des principaux axes de réflexion dégagés lors du débat qui a eu lieu à l'occasion du « work shop ». Ce dernier a été l'occasion d'un foisonnement d'idées. Trois axes se sont dégagés de la discussion. Le premier consiste à privilégier en matière de responsabilité l'instauration de principes. Ensuite, l'unanimité s'est faite sur la nécessité d'agir sur les règles de preuve. Enfin, une collaboration entre les personnes privées et les personnes publiques s'impose avec force.

27. **L'instauration de principes** – Tant le droit communautaire que le droit français abordent le droit de la responsabilité en termes de principes. Il faut guider les législateurs des différents pays plutôt que d'imposer un droit substantiel niant le phénomène de globalisation. En effet, on ne cesse de découvrir de nouvelles sources de risques, liées paradoxalement au progrès technologique. En outre, un droit fait de règles trop précises, trop techniques, serait inadapté au phénomène de globalisation. Le droit de la concurrence et le droit de l'environnement¹⁴¹, qui ont servi d'illustrations, en sont les exemples topiques. Construire un droit de la réparation dans ces différentes matières suppose de faire le choix d'un droit reposant principalement sur un ensemble de principes susceptibles d'être appliqués dans un

¹⁴¹ M. Kanto, *Les nouveaux principes du droit international de l'environnement*, R.J.E. 1993, p. 12 ; M. Boutonnet, *L'accueil des principes environnementaux en droit de la responsabilité civile*, in *La responsabilité environnementale*, *op. cit.*, p. 69.

grand nombre de systèmes juridiques¹⁴². C'est notamment le choix qui a été fait en droit français de l'environnement, comme nous l'a rappelé Mathilde Boutonnet au moyen de principes tels que le principe de prévention, le principe de précaution, ou encore le principe « pollueur-payeur »¹⁴³. Ainsi ce dernier repose sur l'idée d'une taxation des activités nocives permettant la création en quelque sorte d'une « responsabilité sociale ». Ce principe posé en matière environnementale, par la loi du 2 février 1995 et l'article L. 110-1 C. envir., pourrait être généralisé à toutes les activités (tabac, alcool...)¹⁴⁴. Le principe de précaution va plus loin encore. Ce principe a été consacré par la loi du 2 février 1995 et consiste à imposer à l'ensemble des décideurs, principalement publics, de prendre en compte dans leurs décisions l'éventualité de risques qui pourraient causer des dommages graves et irréversibles même si ce risque n'a pour l'instant pas été scientifiquement établi¹⁴⁵. Ce principe a été finalement sacralisé par l'article 5 de la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 et les juridictions, tant judiciaires qu'administratives, l'invoquent plus ou moins formellement à l'appui de leurs décisions¹⁴⁶. Même si l'idée d'en faire le fondement

d'une « action préventive et collective en responsabilité »¹⁴⁷ a été critiquée, l'idée ambitieuse a permis d'enclencher le dialogue. Aussi est-ce finalement une situation intermédiaire que l'on consacrerait à reconnaître un principe de prévention. Ce principe pourrait même satisfaire les tenants de l'analyse économique qui, selon M. G. Maître, auteur d'une thèse sur *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique*, soutiennent que « l'impulsion première du système de responsabilité civile réside dans sa constante recherche d'une minimisation des dommages causés à autrui, c'est-à-dire d'une prévention des faits dommageables »¹⁴⁸. L'efficacité du droit de la responsabilité civile résiderait dans sa capacité à prévenir les dommages. Le principe de précaution, sans être ici un principe autonome, viendrait renforcer l'intensité du devoir de prévention car il exigerait un devoir de vigilance, à l'égard de risques mêmes incertains, plus fort. Un simple risque soupçonné pourrait, au nom du devoir de vigilance, justifier la réparation des dommages causés par un comportement fautif¹⁴⁹. Au regard de la notion même de préjudice, ce principe de prévention permettrait d'intégrer dans la catégorie des dommages réparables ceux qui constituent une simple menace sérieuse¹⁵⁰.

La démarche est identique en droit de la concurrence, comme l'a observé Géraldine Goffaux. Le Livre vert de 2001 et le Livre blanc de 2008 privilégient, par nécessité en droit communautaire, un droit des principes. Le Livre blanc de 2008 préconise ainsi de prendre en compte trois principes essentiels : veiller à assurer une réparation intégrale ; encourager les actions civiles qui ne doivent cependant

¹⁴² V. Les principes du droit européen de la responsabilité civile.

¹⁴³ E. de Sabran-Pontevès, *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, Préf. J.-Y. Chérot, P.U.A.M., 2007 ; R. Lecomte, *La place du principe « pollueur-payeur » appliqué à la remise en état*, J.C.P. (G), 2007, I, 112.

¹⁴⁴ V. en ce sens, Fr. Caballero, *La notion juridique de nuisance*, Préf. M. Rivero, L.G.D.J., 1981 ; G. Viney, *Introduction...*, op. cit., n° 66-1, p. 152.

¹⁴⁵ Sur ce principe, v. not. M. Boutonnet, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, Préf. C. Thibierge, L.G.D.J., 2005 ; F. Ewald, *L'Etat de précaution*, Rapport public du Conseil d'Etat, 2005, Etudes et documents, n° 56, p. 359 ; O. Godard, *Le principe de précaution et la proportionnalité face à l'incertitude scientifique*, Rapport public du Conseil d'Etat 2005, Etudes et documents, n° 56, p. 377 ; P. Kourilsky et G. Viney, *Rapport au premier ministre*, éditions O ? Jacob, La documentation française, 2000.

¹⁴⁶ V. l'exposé de M. Boutonnet.

¹⁴⁷ En ce sens M. Boutonnet, *th. préc.*, *passim*.

¹⁴⁸ G. Maître, *th. préc.*, n° 113.

¹⁴⁹ V. en ce sens, à propos du distilbène, Cass. 1^{re} civ., 7 mars 2006, Bull. civ. I, n° 143 : « la littérature faisait état dès les années 1952-1953, de la survenance de cancers divers » et « des expérimentations animales démontraient que le risque carcinogène était connu » et a jugé ces éléments suffisants pour en conclure que le fabricant avait « manqué à son obligation de vigilance ».

¹⁵⁰ V. *supra* les solutions citées.

être que des compléments à l'action publique et non des substituts ; enfin, améliorer le système de réparation par des mesures équilibrées et enracinées dans la tradition européenne. Ce dernier principe renvoie directement au rejet des systèmes de *common law*, à savoir principalement les *class action* et les *punitive damages*.

28. L'assouplissement des règles de preuve – Aussi bien en droit japonais qu'en droit français, la réparation du préjudice pose plus souvent une question de droit processuel que de droit substantiel. En effet, les actions collectives ou la notion d'intérêt juridiquement protégé sont des notions mi-processuelles mi-substantielles. Il n'est donc pas étonnant que le nerf de la guerre soit une question de preuve. En France, ces difficultés de preuve sont parfois résolues par l'usage de procédés facilitant l'indemnisation des victimes. Par exemple, dans certaines matières, telles que le harcèlement moral, le harcèlement sexuel, les discriminations¹⁵¹ et surtout les contaminations par l'Hépatite C suite à des transfusions sanguines¹⁵², une répartition originale du fardeau de la preuve est opérée. La prétendue victime doit seulement alléguer des faits laissant présumer qu'elle est victime d'un préjudice causé par une des hypothèses

¹⁵¹ Pour une vue d'ensemble, v. B. Teyssié, *La preuve en droit du travail*, in *La preuve*, Economica, coll. Etudes juridiques, Tome 19, 2004, p. 73 et s.

¹⁵² Certaines victimes peuvent bénéficier d'un régime de faveur. C'est le cas, par exemple, de l'article 102 de la loi du 4 mars 2002 qui, en matière de contamination par le virus de l'hépatite C, dispose qu'« en cas de contestation relative à l'imputabilité d'une contamination par le virus de l'hépatite C antérieure à la date d'entrée en vigueur de la présente loi, le demandeur apporte des éléments qui permettent de présumer que cette contamination a pour origine une transfusion de produits sanguins labiles ou une injection de médicaments dérivés du sang. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que cette transfusion ou cette injection n'est pas à l'origine de la contamination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Le doute profite au demandeur »

précitées. Il appartient alors au défendeur d'apporter la preuve contraire. En cas de doute, c'est l'originalité du système, le défendeur doit supporter les risques de la preuve et succomber au procès. Ce système, qui ne doit être encouragé que dans les hypothèses où des difficultés majeures de preuve peuvent se poser, permet au juge et au législateur d'opérer une répartition des risques en amont afin que ceux qui créent le risque de dommage soient moins bien traités sur le plan probatoire au plus grand profit des victimes. Ainsi observe-t-on que le risque de la preuve est un moyen de réaliser des choix politiques au service d'une meilleure indemnisation de certaines victimes. « *La charge de la preuve obéit (...) à une politique juridique visant à protéger les intérêts de parties placées en position d'infériorité* »¹⁵³. Cette amélioration des règles de preuve est d'ailleurs un des axes majeurs des institutions communautaires en droit de la concurrence. Enfin, si l'assouplissement des règles de preuve est appréciable, c'est à la condition qu'il soit accompagné d'une meilleure motivation des décisions de justice par souci de légitimité et de prévisibilité. G. Goffaux-Callebaut a d'ailleurs insisté sur cette nécessité d'une motivation rigoureuse des autorités de la concurrence et du juge afin que s'opère un meilleur échange des informations et une meilleure compréhension, donc adhésion, aux décisions.

29. La collaboration du public et du privé – Pour achever cette histoire sans fin, s'il y a une idée centrale partagée par l'ensemble des participants à cette conférence, c'est la nécessité de ne pas évincer le rôle de l'Etat mais d'encourager au contraire une

¹⁵³ Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale*, Defrénois, 2004, n° 172, p. 127 et 128 : « *La charge de la preuve obéit aussi à une politique juridique visant à protéger les intérêts de parties placées en position d'infériorité (ex. : locataire, assuré, salarié, patient ou client d'un professionnel tenu à un devoir d'information...)* ou, à l'inverse, les intérêts du commerce. Ces considérations de fond brouillent la cohérence du droit de la preuve ».

meilleure collaboration entre les personnes privées et les personnes publiques. Comme l'ont souligné MM. Segawa et Yoshida, l'Etat continue, au Japon, de jouer un rôle important en matière de responsabilité. En France, on assiste depuis de nombreuses années à un mouvement de retrait de l'Etat. A dire vrai, l'Etat joue un nouveau rôle au sein du droit de la responsabilité et celui-ci est même de retour, comme on a pu l'observer lors de ce « work shop », en droit de l'environnement et en droit de la concurrence.

- 30.** Le droit de la réparation vient ainsi confirmer que l'avenir n'est pas dans une substitution des intérêts privés aux intérêts publics, mais dans une conciliation toujours plus complexe des intérêts privés et des intérêts publics. Mais n'est-ce pas finalement la définition même de ce qu'est l'intérêt général ?