

LE DROIT ET LE RISQUE

Illustration avec le droit de la responsabilité civile

Pour le sens commun, la responsabilité civile évoque l'idée de dommage et de sa réparation, ou encore l'indemnisation des victimes. Elle est couramment définie comme l'obligation mise à la charge d'un responsable de réparer les dommages causés à autrui.

D'après la jurisprudence¹, « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit ».

La sanction est ici restitutive et indemnificatrice. Dans l'ordre juridique, la responsabilité civile se distingue de la responsabilité pénale qui désigne la personne devant répondre des dommages causés, non plus à des individus, mais à la société tout entière. Ces dommages « sociaux » sont érigés par la loi en infractions. Punir le coupable est une chose, indemniser la victime en est une autre : au droit de la responsabilité pénale la première fin, rétributive ; au droit de la responsabilité civile, la seconde, réparatrice. Cela n'exclut pas cependant que la responsabilité civile joue un rôle de régulation et de prévention des comportements antisociaux, notamment par l'exemplarité des condamnations prononcées.

L'un des phénomènes les plus marquants du XIX^e siècle paraît être l'élargissement inexorable du domaine de la responsabilité civile. D'abord subordonnée à la commission d'une faute par le responsable, elle a vu son champ d'application s'élargir quand la jurisprudence et les auteurs l'ont libérée de cette emprise à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle. La multiplication des dommages et leur gravité grandissante,

(1) La jurisprudence civile, représentant l'ensemble des décisions concordantes rendues par les juridictions judiciaires (et particulièrement par la Cour de cassation), joue un rôle très important, puisqu'elle fait évoluer les règles applicables et va même jusqu'à provoquer l'intervention du législateur. La loi du 5 juillet 1985 relative à l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation en est un exemple et, plus récemment, la « jurisprudence Perruche » en est un autre.

alors que la victime éprouvait souvent la difficulté à démontrer la faute qui en serait la cause, ont introduit la notion de risque et sa prise en considération par le droit de la responsabilité civile. C'est la naissance de la responsabilité sans faute.

Cet élargissement tient à plusieurs raisons :

Les raisons tenant à l'évolution des données de fait. L'évolution technique et les risques « technologiques » qu'elle engendre ont fait naître des problèmes nouveaux qu'il a bien fallu prendre en compte. La notion de dommage accidentel (dommage fortuit qui n'est que la réalisation d'un risque né de l'activité humaine) a connu un développement spectaculaire. Elle est aujourd'hui relayée par de nouveaux concepts, tels que les préjudices « sériels » ou « de masse », qui apparaissent lorsque ces dommages touchent un nombre élevé de victimes et prennent parfois par leur ampleur des allures de catastrophes. Le droit se trouve confronté aux difficultés nées du besoin d'indemnisation de ces dommages.

Dans l'environnement de la responsabilité, aujourd'hui plus qu'hier et sans doute moins que demain se trouvent le danger, l'aléa et le risque.

Les raisons tenant à l'évolution des mentalités. En même temps que croissent les activités dangereuses, l'homme accepte moins les coups du destin. La valorisation de la personne humaine se traduit par une moindre résignation des victimes : il n'est plus toléré qu'une d'entre elles reste sans recours ni secours à la réalisation d'un dommage, sous prétexte que son auteur n'a commis aucune faute. Ainsi, au lieu de n'être tenues de réparer que les dommages causés par leur faute, nombre de personnes ou d'institutions sont engagées dès que le dommage s'est produit. On peut dire qu'à l'heure actuelle la réparation des dommages est devenue un objectif tellement primordial du droit de la responsabilité civile que, dans les faits, celui-ci est en train de se muer en un droit de la réparation des dommages accidentels.

Cette évolution s'est traduite par une adaptation des règles du droit commun de la responsabilité civile¹ qui en prennent de plus en plus en considération l'idée de risque. Puis, s'est imposée la nécessité d'affronter les fléaux de notre temps avec des armes appropriées. On a alors assisté au développement aussi inexorable que désordonné des régimes spéciaux de responsabilité ou d'indemnisation².

(1) Le droit commun s'oppose aux dispositions particulières ; ici, aux régimes spéciaux.

(2) Y. Lambert-Faivre parle de « lois circonstancielles » ; *Dommage corporel : de l'hétérogénéité des systèmes de réparation à l'unicité d'une méthodologie de l'indemnisation* ; Mél. Dalcq, Bruxelles 1994, pp. 349 s.

Néanmoins, cette évolution en vue d'améliorer l'indemnisation des victimes a été critiquée. Elle fait craindre une dérive de la responsabilité par une « juridicisation » excessive de notre société, proche de celle qu'on constate aux États-Unis.

Face à l'insuffisance des règles classiques de la responsabilité civile à assurer aux victimes une juste compensation des dommages, les juristes ont imaginé d'autres systèmes, notamment ceux permettant le transfert de l'indemnisation sur la collectivité, c'est-à-dire une socialisation des risques.

Convient-il alors de séparer l'indemnisation de certains dommages accidentels de la responsabilité civile ?

À cet égard, l'application des règles de la responsabilité civile, notamment « adaptées » par la prolifération des régimes spéciaux, semble suffire à réparer le dommage subi, en considération d'un risque avéré, c'est-à-dire d'un risque connu (I). Cependant, ces règles doivent à coup sûr être aménagées, voire dépassées, lorsque le risque n'est que suspecté (II).

I – LA RÉPARATION DU RISQUE AVÉRÉ

La réparation est l'objet de la responsabilité. Seulement, depuis 1804 (date de création du Code civil¹), cet objet n'a cessé de grossir. Pour y faire face, le droit a évolué et se caractérise principalement par une « objectivation » de la responsabilité, qui se réalise soit par l'élimination de la faute comme condition de responsabilité, soit par la canalisation de la responsabilité vers celui qui a créé le risque.

Ainsi, tandis que le droit commun de la responsabilité est dominé par la logique d'appréciation judiciaire des comportements et de la causalité conduisant à imputer la réparation intégrale du dommage à son auteur (§ 1), les régimes législatifs spéciaux esquissent plutôt une logique de prestations indemnitaires consistant à offrir à la victime une indemnité éventuellement limitée mais servie vite et sans discussion (§ 2).

§ 1 – La prise en compte du risque général par l'objectivation du droit commun de la responsabilité civile

Si la responsabilité civile tend à réparer les dommages aux personnes, encore faut-il que cette réparation soit possible (A). Les assouplissements apportés dans ce but, et notamment la considération du risque, ont été consacrés par la jurisprudence, faisant ainsi évoluer le droit (B).

(1) Le Code civil contient les principales dispositions régissant le droit de la responsabilité civile.

A – La finalité de la responsabilité civile : la réparation du dommage

La personne qui a subi un dommage ne peut en obtenir la réparation que si elle parvient à mettre en œuvre la responsabilité civile de son auteur (1). Néanmoins, devant la nécessité d'indemniser les victimes, et notamment en cas de dommage accidentel, les juristes ont envisagé une responsabilité indépendante de la faute (2).

1 – La mise en œuvre de la responsabilité civile

Que la responsabilité soit subjective (c'est-à-dire fondée sur la faute de l'auteur du dommage) ou objective (c'est-à-dire fondée sur le risque), sa mise en œuvre suppose la réunion de plusieurs conditions : un dommage, un fait générateur et un lien de causalité.

Un dommage. Tout commence toujours par un dommage, sans lequel il n'y a pas de responsabilité possible. Le dommage est généralement défini comme la lésion d'un intérêt. En amont du dommage, le trouble (par exemple, une pierre laissée sur la route), en aval, le préjudice (les dégâts engendrés par le heurt avec la pierre), qui concerne les conséquences juridiquement réparables du dommage.

Un fait générateur. Le fait générateur de responsabilité peut d'abord être la faute, car toute faute dommageable engendre nécessairement un droit à réparation pour la victime. Hormis la faute, les dommages accidentels ou fortuits peuvent aussi être source de responsabilité. Le fait générateur est alors celui d'une chose (on retrouve l'exemple de la pierre précitée) ou d'une personne, ou plus généralement un événement : l'accident.

Un lien de causalité. Depuis des siècles, la responsabilité civile suppose un lien de causalité entre le fait générateur et le dommage ; c'est-à-dire que le fait générateur doit avoir été la cause du dommage.

Il arrive que cette relation de cause à effet ne puisse être imputée au responsable désigné. C'est le cas lorsque ce dernier peut invoquer une des causes d'exonération de sa responsabilité. Il s'agit, en pratique, des moyens de défense du responsable désigné.

Dans le cadre d'une responsabilité subjective, celui-ci peut d'abord prouver qu'il n'a pas commis de faute, puisqu'il s'agit d'une condition de cette responsabilité. Dans le cadre, d'une responsabilité objective, on relève principalement la cause étrangère¹, c'est-à-dire, soit la force majeure, soit le fait d'un tiers.

(1) Cette cause d'exonération bénéficie également à celui dont la responsabilité est recherchée sur le fondement de la faute.

La force majeure s'entend d'un événement imprévisible, irrésistible et extérieur pour le présumé responsable ; par exemple, une tempête : par temps de tempête, le toit d'un hangar s'envole et, dans sa chute, crée un dommage matériel ou corporel au voisin de son propriétaire.

Quant au fait du tiers, c'est-à-dire lorsqu'un tiers a participé à la réalisation du dommage, le responsable sera exonéré totalement de sa responsabilité si ce fait présente les caractères de la force majeure, partiellement si ce n'est pas le cas¹.

De la même façon, l'attitude de la victime du dommage peut avoir une influence sur la responsabilité de l'auteur de ce dommage. Soit elle a participé à la réalisation du dommage et l'on applique la même solution que pour la participation d'un tiers ; soit elle a accepté les risques qu'engendraient les circonstances entourant le dommage : par exemple, lors d'une activité sportive relativement dangereuse (sports de combat...), si un joueur se blesse, on va considérer qu'il aura accepté ce risque et ne pourra pas, de ce fait, demander la réparation de son dommage.

Seules ces dernières causes d'exonération peuvent être soulevées dans le cadre d'une responsabilité objective, l'absence de faute y étant sans incidence. Or, la responsabilité civile était, à l'origine, entièrement fondée sur la faute. Ce n'est que par une lente progression que la notion de risque est apparue dans notre droit.

2 – L'évolution du fondement de la responsabilité civile : de la faute au risque

Par fondement, on entend la raison d'ordre juridique qui justifie la mise en œuvre de la responsabilité civile.

Le Code civil a consacré la faute comme fondement privilégié de la responsabilité civile².

En dépit du rôle important qu'elle conserve, elle n'en est plus le seul ni même le principal fondement. La doctrine se réfère souvent au risque pour justifier les cas de plus en plus nombreux de responsabilité sans faute³. Depuis une quinzaine d'années, la théorie du risque (avec son corollaire, l'indemnisation automatique des victimes), apparaît comme un fondement à part entière de la responsabilité civile.

(1) Le partage de responsabilité entre le tiers et le responsable désigné est alors laissé à l'appréciation souveraine des juges.

(2) L'article 1382 (texte de base en matière de responsabilité civile) dispose ainsi que « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à la réparer ».

(3) La doctrine représente la pensée des auteurs.

L'idée de base est que toute activité faisant naître un risque pour autrui rend son auteur responsable du préjudice qu'elle peut causer, sans qu'il y ait à prouver une faute à son origine. Plusieurs considérations justifient une responsabilité fondée sur le risque.

La première justification est celle qui voit dans la responsabilité la contrepartie du profit qu'une personne tire d'une activité qui peut se révéler dangereuse. Par son activité, l'homme peut se procurer un profit et il est juste qu'en contrepartie il répare les dommages qu'elle provoque. Dans le même esprit, il paraît naturel d'imputer la responsabilité à celui qui est à l'origine des risques. Il ne s'agit d'ailleurs pas de « sanctionner » un créateur de risques, car l'esprit d'entreprise n'est pas condamnable ; mais plutôt de poursuivre une politique de prévention des dommages en se fondant sur cette idée que celui qui est à la source des risques est le mieux à même d'en empêcher la réalisation.

La responsabilité pour risque peut encore se révéler comme la contrepartie du pouvoir, de l'autorité ou de la maîtrise dont le responsable dispose sur d'autres personnes ou sur des choses.

C'est cette idée de risque qui justifie, dans certains domaines d'activités générant des dangers, l'indemnisation des dommages accidentels : le dommage est réparable parce qu'il réalise un risque qu'une personne doit prendre en charge.

La jurisprudence a été sensible à ces considérations doctrinales et a contribué à l'avènement de la considération du risque par le droit de la responsabilité civile.

B – L'avènement de la considération du risque

La responsabilité civile est soit délictuelle soit contractuelle. Elle est contractuelle si le dommage causé résulte de l'inexécution d'un contrat liant le responsable et la victime. Elle est délictuelle (ou extra-contractuelle) dans les autres cas.

Le développement de la responsabilité civile par la jurisprudence a consisté, pour l'essentiel, dans la consécration de la responsabilité délictuelle du fait des choses que l'on a sous sa garde ou du fait des personnes dont on doit répondre (1), et dans une responsabilité contractuelle renforcée par des obligations de sécurité impératives (2).

1 – Illustration de la considération du risque en matière de responsabilité délictuelle

Les dommages fortuits, simples réalisations d'un risque, étant de plus en plus fréquents, il s'est avéré nécessaire d'accorder à la victime un droit à réparation fondé sur des éléments objectifs.

L'illustration la plus manifeste de l'avènement de la responsabilité objective a été la découverte par la jurisprudence, à la fin du XIX^e siècle, d'une responsabilité générale du fait des choses fondée sur l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil.

En effet, l'arrêt *Teffaine*¹ admit que le gardien d'une chose était responsable, sur le fondement de l'article précité. L'achèvement de cette construction intervint lorsque la Cour de cassation décida que le gardien ne pouvait pas s'exonérer par son absence de faute².

Ainsi, le gardien d'une chose (c'est-à-dire celui qui a un pouvoir d'usage, de direction et de contrôle sur celle-ci) est responsable de plein droit dès lors que cette chose a eu un rôle causal dans la réalisation du dommage.

Suite à cette « découverte », la jurisprudence a suivi le même mouvement en matière de responsabilité du fait d'autrui, et particulièrement pour celle des père et mère du fait de leur enfant mineur. La responsabilité des parents, fondée sur l'article 1384, alinéa 4 du Code civil, est, quant à elle, la rançon de l'autorité. Ainsi, dès lors que le comportement de l'enfant est la cause du dommage, ils doivent en assumer le risque.

Ce mouvement jurisprudentiel se rencontre également en matière de responsabilité contractuelle.

2 – Illustration de la considération du risque en matière de responsabilité contractuelle

La jurisprudence a progressivement introduit une obligation (accessoire) de sécurité dans les contrats dont l'exécution expose une des parties à un risque (pour sa personne ou pour ses biens).

Cette démarche est particulièrement intéressante en matière de responsabilité médicale.

La responsabilité médicale s'est formée dans la matrice d'une responsabilité pour faute dont l'arrêt *Mercier*³ donnait la formule emblématique. En effet, depuis cette date, il est admis qu'« il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat comportant pour le praticien l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade, [...] du moins de lui donner des soins, non pas quelconques, [...] mais consciencieux, attentifs et, réserves faites de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ». Or, la jurisprudence ajoute à cette obligation « de moyens » une obligation impérative de sécurité qui repose notamment sur une exigence de perfection,

(1) Cass. civ., 16 juin 1896.

(2) Cass. ch. réunies, 13 février 1930, arrêt *Jand'heur*.

(3) Cass. civ., 20 mai 1936

d'absence de tout défaut de tous les produits, médicaments, dispositifs médicaux et choses diverses.

C'est parce que l'exercice d'une médecine plus efficace crée plus de risques d'accidents pour les malades que la jurisprudence inclut dans le contrat médical des obligations de sécurité impératives. C'est dans le même esprit que la Cour de cassation a mis à la charge des centres de transfusion sanguine une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne l'innocuité du sang fourni¹.

Néanmoins, certaines voix se sont élevées à l'encontre de la contractualisation de l'obligation de sécurité. Pour ces auteurs, l'obligation de sécurité s'apparente davantage à un devoir de portée générale qu'à une obligation strictement contractuelle.

La notion classique de responsabilité paraissant insuffisante à assurer une indemnisation certaine, le législateur a dû intervenir en mettant en place des régimes spéciaux dits de réparation ou d'indemnisation, fondés sur le risque. Le changement de vocabulaire n'est pas anodin : on ne parle plus toujours de responsabilité car, dans ces régimes, c'est l'indemnisation de la victime qui est le point de mire plutôt que la recherche, toujours assez aléatoire, d'un responsable.

§ 2 – La prise en compte de risques particuliers par l'élaboration de régimes spéciaux de réparation

Toute une série de lois, de la fin du XIX^e siècle jusqu'à nos jours, ont ainsi créé des régimes spéciaux dans des domaines où les risques d'accidents sont élevés.

Le droit des accidents du travail (loi du 9 avril 1898), puis celui des accidents de la circulation (loi du 5 juillet 1985), sont les meilleures illustrations de cet interventionnisme législatif tendant à pallier l'insuffisance des règles du Code civil pour assouvir le besoin social de réparation, aiguisé par la montée des accidents nés de « situations à risques ».

La litanie des régimes spéciaux s'est sensiblement allongée ces dernières années. Elle touche à la fois les secteurs les plus actifs de la vie sociale, notamment les produits défectueux mis sur le marché et les accidents de la circulation, et les plus sensibles socialement, comme la contamination par le virus du SIDA ou les pollutions (A).

Néanmoins, tout comme le droit commun, la « mosaïque de ces lois disparates » a révélé ses limites quant à l'indemnisation de certains risques (B).

(1) Cass. civ. 1^{ère}, 12 avril 1995.

A – L’opportunité des régimes spéciaux

Ces régimes, privilégient une véritable collectivisation de la réparation par le biais d’une indemnisation automatique des victimes d’accidents. Également fondés sur le risque, ces régimes se distinguent du droit commun de la responsabilité par leur nature (1), ainsi que par leurs effets (2).

1 – Les différentes catégories de régimes spéciaux

On peut répertorier ces régimes en trois catégories qui s’éloignent plus ou moins du droit commun de la responsabilité civile.

Les régimes de responsabilité. Ils désignent à proprement parler un responsable. Ils ont pour but de décharger la victime du fardeau de la preuve d’une faute du défendeur. Ainsi, la loi du 19 mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux¹ retient le principe d’une responsabilité sans faute des producteurs et distributeurs. Dès lors qu’un produit mis en circulation présente un défaut de sécurité, son producteur doit en assumer le risque à l’égard de l’acheteur et à l’égard des tiers. Il s’agit donc d’une responsabilité objective inhérente aux risques créés par la technologie moderne et par la production de masse.

Les régimes de garantie. Reposant sur le principe de la socialisation des risques, ils désignent un payeur. Or, ce dernier est totalement étranger à la situation dommageable. Ainsi, la Sécurité sociale indemnise les accidents du travail². L’État indemnise, à titre complémentaire et subsidiaire, les dommages causés par l’énergie nucléaire³. Enfin, les divers fonds de garantie institués au fil des ans par le législateur participent également à cette socialisation des risques⁴ : le fonds d’indemnisation des transfusés et hémophiles, pour les contaminations post-transfusionnelles par le VIH⁵ ; le fonds d’indemnisation des victimes de l’amiante⁶ ; le FIPOL qui indemnise à titre complémentaire et subsidiaire les dommages de pollution résultant de rejets d’hydrocarbures⁷.

Les régimes mixtes. Ils désignent un répondant, figure intermédiaire entre le responsable et le payeur. L’archétype est sans doute le régime

(1) Transposant (tardivement) dans notre droit les dispositions d’une directive communautaire du 25 juillet 1985. Cette loi est insérée dans le Code civil aux articles 1386-1 et suivants.

(2) Article L. 411-1 et suivants du Code de la Sécurité sociale.

(3) Article L. 2216-3 du Code général des collectivités territoriales, issu de la loi du 7 janvier 1983.

(4) Compte tenu de la situation particulière de certains risques, le législateur a estimé injuste de laisser la victime sans recours lorsque le responsable est insolvable ou non assuré ; aussi a-t-il créé, dans certains domaines spécifiques, des « fonds de garantie » permettant à la victime d’obtenir une réparation à la charge de la collectivité.

(5) Article 3122-1 du Code de la santé publique.

(6) Article 53 de la loi du 23 décembre 2000.

(7) Convention internationale du 20 novembre 1992.

d'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation mis en place par la loi du 5 juillet 1985. Cette loi est emblématique, en ce qu'elle part de la victime et non plus du responsable. Elle permet « aux victimes d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur » d'être indemnisées (intégralement et systématiquement) des dommages à leur personne, sans que puisse leur être opposés la force majeure ou le fait d'un tiers. Il en est de même pour leur faute, sauf si elle est inexcusable ou qu'elle est la cause exclusive de l'accident.

Mais il n'y a pas que les conducteurs ou gardiens de véhicules terrestres à moteur qui soient soumis à ce type de régime d'indemnisation ; il faut y ajouter l'exploitant d'une installation ou d'un navire nucléaire¹ ; le propriétaire d'un navire pétrolier, en cas de pollution des mers par les hydrocarbures²...

2 – L'originalité des régimes spéciaux

Pour faciliter l'indemnisation des victimes, certains procédés originaux sont mis en place :

La canalisation juridique. Ce premier procédé consiste à orienter l'action des victimes vers un répondant prédéterminé, notamment en considération de son aptitude à l'assurance. Si l'on prend en considération le risque né d'une mise en circulation, ce procédé est, par exemple, utilisé vis-à-vis des conducteurs d'automobile qui doivent assumer la réparation des dommages individuels liés à la circulation routière. Or, cette canalisation apparaît d'autant plus justifiée qu'indirectement c'est à la collectivité des propriétaires d'automobiles assurés qu'incombe cette réparation (par le biais de l'assurance obligatoire).

De la même façon, les fabricants d'un produit défectueux doivent garantir *erga omnes* les préjudices causés par les produits qu'ils ont pris le risque de mettre en circulation.

La réduction des cas d'exonération. Ce procédé apparaît dans les régimes de garantie et dans les régimes mixtes et a pour objectif de renforcer le droit à indemnisation des victimes.

Tantôt le débiteur de la dette de réparation peut se libérer en prouvant son absence de faute.

Tantôt il doit établir une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure.

(1) Lois du 30 octobre 1968 et du 12 novembre 1965.

(2) Convention de Bruxelles du 29 novembre 1969, modifiée par le Protocole de Londres du 27 novembre 1992 – article L. 218-1 et suivants du Code de l'environnement.

Tantôt le législateur dresse une liste limitative des cas d'exonération. Ce procédé est utilisé tant dans des régimes de responsabilité (ex. : produits défectueux), que dans des régimes mixtes (accidents nucléaires, pollution des mers par les hydrocarbures...). À cet égard, une cause d'exonération, prévue par la loi du 19 mai 1998, a suscité une polémique : il s'agit du risque de développement. Celui-ci s'entend « du défaut d'un produit qui pouvait être considéré comme irréprochable dans l'état de la science et de la technologie au moment où il a été mis en circulation, et dont le caractère défectueux s'est révélé ultérieurement, avec l'évolution des connaissances¹ ». Or, en droit commun, le risque de développement n'est pas une cause d'exonération. C'est sans doute la raison pour laquelle la victime bénéficie d'une faculté d'option entre ce régime spécial et le droit commun de la responsabilité civile².

Tantôt seule une faute de la victime peut lui faire perdre le bénéfice de l'indemnisation.

Les modalités de la réparation. Les régimes spéciaux organisent parfois une indemnisation originale du préjudice :

Le règlement accéléré de la réparation

Le législateur privilégie le règlement amiable et instaure des délais pour le versement effectif de l'indemnité. Ce souci de rapidité conduit, en contrepartie, à raccourcir fréquemment le délai imparti à la victime elle-même pour introduire son action en réparation.

La limitation de la réparation

L'idée de limiter la réparation allouée à la victime sur la base des considérations proprement économiques est une originalité du droit spécial de la réparation des dommages (puisque, en droit commun, la réparation du préjudice doit être intégrale).

La réparation allouée à la victime est, selon les régimes, tantôt intégrale, tantôt limitée dans son montant (réparation forfaitaire ou plafonnée). Par exemple, en matière de réparation du préjudice spécifique de contamination transfusionnelle par le SIDA, les juges, tout en évaluant immédiatement l'intégralité de ce dommage, décident de subordonner la réparation de la part du préjudice liée à la déclaration de la maladie (correspondant au quart) à la constatation médicale de celle-ci.

(1) Y. Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel*, Précis Dalloz, 3^e éd., n° 666. Néanmoins, le producteur ne peut invoquer cette cause d'exonération « lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci » (article 1386-12, alinéa 1^{er} du Code civil).

(2) Article 1386-18.

Nous l'avons vu, ces régimes spéciaux ont le souci d'une meilleure indemnisation des victimes de certains risques. Cependant, ils présentent certaines lacunes qu'il convient de mettre en lumière.

B – Les limites des régimes spéciaux

L'adaptation des règles de la responsabilité civile (en vue d'une meilleure indemnisation des victimes) par l'élaboration de régimes spéciaux présente certains inconvénients tant par les lacunes du système (1) que par ses conséquences indirectes (2).

1 – Un système hétérogène et incomplet

La méthode adoptée jusqu'à présent, insérant dans notre arsenal juridique un nouveau régime spécifique pour telle ou telle cause de dommage, ne paraît pas satisfaisante. Elle participe à une certaine confusion du droit de la responsabilité civile. S'il existe une crise de la responsabilité civile, elle résulte largement de cette multiplication de régimes, conduisant à un droit en miettes, et de l'interférence entre la responsabilité et les procédés de socialisation des risques.

Il en résulte tout d'abord une inégalité entre les victimes, les unes pouvant se prévaloir d'un régime d'indemnisation favorable alors que les autres devront se contenter du droit commun. Ainsi, par exemple, la loi du 19 mai 1998, exonérant le fabricant pour risque de développement¹, ne sera d'aucun secours pour les risques sériels créés par des produits défectueux de grande diffusion. En outre, en cas de dommage causé par un produit alimentaire, comment la victime de la vache folle (porteuse du virus de l'ESB) pourrait-elle, des années après et en dépit de la traçabilité, identifier la pièce de viande qui a causé son préjudice et le producteur qui l'avait mise sur le marché ? Comment le consommateur pourrait-il prouver que la maladie qu'il développe est due à l'absorption antérieure de tel aliment contenant des OGM mis en circulation par tel producteur ?

Aucun dispositif spécial n'existe non plus en faveur des victimes d'autres formes de pollution industrielle que la pollution nucléaire ou celle des mers par les hydrocarbures. Or, quelle réponse apporter à la question générale des dommages environnementaux ?

En outre, on peut craindre, pour l'avenir, une prolifération anarchique de régimes spéciaux (eux encore sectoriels) compte tenu du décalage qui existe entre l'objectif d'amélioration du sort des victimes poursuivi par le législateur et son mode d'intervention au coup par coup.

(1) Voir *supra*, nos remarques sur la réduction des cas d'exonération par les régimes spéciaux (I, §2, A, 2)

Enfin, le droit législatif spécial peut être à l'origine d'une « déformation » du droit commun. En effet, en l'absence de réponse législative à un besoin social de réparation, la jurisprudence prend les devants, en faisant évoluer le droit commun, jusqu'à le déformer : aujourd'hui, c'est le développement désordonné de la responsabilité médicale.

Cette « déformation » du droit commun de la responsabilité civile par le dispositif législatif spécial prend également un autre aspect, à travers le développement de l'assurance de responsabilité auquel il participe.

2 – Un système participant au développement du phénomène assurantiel

Si l'attention se porte aujourd'hui bien plus qu'autrefois sur les victimes, c'est non seulement parce que les dommages sont plus graves, mais aussi et surtout parce que, dans tous les cas ou presque, le responsable avait la possibilité ou même l'obligation de s'assurer. En effet, ce sont ceux dont l'activité est source de risques ou qui ont la maîtrise ou le contrôle d'une activité de ce type qui sont les mieux placés pour contracter une assurance.

Or, si cette combinaison avec l'assurance a permis à la responsabilité civile de se développer, elle a aussi considérablement perturbé son fonctionnement.

D'un côté, c'est l'assurance de responsabilité qui a rendu socialement acceptable et économiquement faisable l'extension de la responsabilité civile (notamment quant aux activités à risques). Mais, d'un autre côté, l'assurance de responsabilité enlève en quelque sorte au système de la responsabilité sa justification majeure, c'est-à-dire sa valeur préventive.

En premier lieu, l'évolution objective de la responsabilité civile, qui vient d'être décrite, ne fut possible qu'en raison du développement de l'assurance de responsabilité. En effet, le droit de la responsabilité ne suffit pas à atteindre le but d'indemnisation qu'il s'est fixé, car les patrimoines individuels se montrent bien trop étroits pour garantir effectivement la réparation de tous les dommages dont chacun peut être déclaré responsable indépendamment de sa faute.

La responsabilité de plein droit de l'auteur du dommage s'est donc vue complétée par l'aptitude particulière à l'assurance, qui est devenue aujourd'hui un des fondements essentiels de la désignation du responsable, les tribunaux n'hésitant plus à condamner quelqu'un à réparation sachant, qu'en définitive il n'en supportera pas le poids. Par conséquent, on peut dire que l'assurance a été, et est, à la fois cause et effet de l'extension de la responsabilité.

Mais, comme par un effet boomerang, l'assurance a stérilisé la responsabilité et conduit à une dénaturation de ses concepts. En effet, lorsque le responsable est assuré, ce n'est pas lui le vrai débiteur de l'indemnité, mais son assureur. La fonction préventive de la responsabilité s'en voit donc altérée. Il en résulte une certaine « déresponsabilisation » de l'assuré : déchargé des conséquences pécuniaires de sa responsabilité, pourquoi éviterait-il la réalisation du dommage ? On constate alors que la responsabilité, en tant que simple relais de l'assurance, tend à devenir une simple technique de gestion des risques.

Néanmoins, l'assureur n'accepte de garantir que des risques évaluable dont le coût total est prévisible et supportable au regard de la faculté contributive des assurés à la mutualité. Ainsi, la mutualisation peut être contrariée notamment par l'ampleur catastrophique du risque potentiel. De ce point de vue, le risque de développement échappe à la prévisibilité quantitative et à l'analyse statistique ; si bien que son « assurabilité » se heurtera à un plafond économique, qui se traduira, au mieux, par des limitations dans la police, au pire par une exclusion de ce risque.

L'assurance étant inopérante, du moins celle de responsabilité, l'indemnisation devra aller puiser à d'autres sources. En effet, l'affaire déjà ancienne de la Thalidomide¹, celle des transfusions contaminées, en particulier en France, celle de l'amiante et bien d'autres encore ont mis l'accent sur les limites de la responsabilité civile et la nécessité d'aller au-delà pour indemniser efficacement les victimes. Il est vrai que la responsabilité, fût-elle fondée sur le risque, ne constitue une réponse appropriée qu'à la condition que celui-ci soit réparable.

La question se pose aujourd'hui de savoir comment réagir face à des risques qui, une fois réalisés, s'avèrent irréparables. Il apparaît donc nécessaire de dépasser les frontières de la responsabilité et même sa finalité (la réparation des dommages déjà subis) pour envisager le risque en amont et non plus en aval.

II – L'INDEMNISATION DU RISQUE SUSPECTÉ

Depuis toujours, le droit de la responsabilité civile a poursuivi un double but : l'indemnisation de la victime, mais aussi la prévention des accidents.

(1) La Thalidomide était un tranquillisant de synthèse, diffusé à partir de 1957 dans de nombreux pays occidentaux. En 1961, on établit un rapport entre le nombre croissant des malformations très graves chez les nouveaux-nés et l'usage du produit par la mère enceinte. Les victimes se chiffrent par milliers.

Avant d'envisager une indemnisation appropriée de ces risques majeurs technologiques une fois qu'ils se sont produits (ce qui malheureusement arrive de plus en plus fréquemment) (§ 2), il convient de déterminer les moyens juridiques qui permettraient d'éviter la survenance de ces risques : ne peut-on pas prévenir ces risques dès lors qu'ils sont suspectés (§ 1) ?

§ 1 – La prise en compte du risque suspecté par une responsabilité prophylactique

C'est une nouvelle image qu'il faut donner à la responsabilité afin de tenter de conjurer les nouveaux risques. L'originalité de ces risques gravissimes qui menacent aujourd'hui notre santé, notre sécurité et notre environnement suscite bien des interrogations (A). L'intérêt de plus en plus flagrant (des juristes entre autres) pour le principe de précaution illustre d'ailleurs parfaitement l'angoisse de notre société face à ces interrogations (B).

A – L'originalité des « risques nouveaux ».

Il s'agit de risques qui se caractérisent par une irréductible incertitude scientifique. Deux types de risques sont particulièrement concernés : les risques médicaux (1) et les risques industriels (2).

1 – Les risques médicaux

Les progrès de la médecine s'accompagnent d'un accroissement des risques créés par des techniques médicales très prometteuses, mais qui sont parfois encore mal maîtrisées.

L'« accident médical » n'est autre que la réalisation de ces risques liés à l'activité médicale. Néanmoins, ces risques ne doivent pas être confondus avec l'irréductible aléa médical qui justifie l'obligation de moyens du médecin quant aux soins prodigués¹.

Lorsqu'un patient décède à la suite d'une opération bénigne ou sort définitivement handicapé d'un examen banal, on est bien loin d'un simple échec des soins. Il en va de même en cas de contamination mortelle provoquée par une transfusion sanguine. Tous ces dommages, qui n'ont aucun lien avec la pathologie préexistante, sont totalement étrangers à l'objet de la prestation médicale de soins.

Pour résumer, relèveraient de l'accident médical, les faits, fautifs ou non, séparables de l'acte médical. Tel serait, par exemple, le cas des dommages causés par la défectuosité des instruments, appareils ou pro-

(1) Cf. l'arrêt *Mercier*, évoqué *supra* (I, §1, B, 2)

duits utilisés par le praticien ou des infections dues à un défaut d'hygiène.

Dans ce contexte d'accident médical, c'est la question particulière de l'aléa thérapeutique qui suscite le plus de controverses. Rappelons que l'aléa thérapeutique se présente comme la réalisation, en dehors de toute faute du praticien, d'un risque accidentel inhérent à l'acte médical et qui ne pouvait être maîtrisé en l'état des données acquises de la science à la date des soins.

Une jurisprudence récente a parfaitement illustré les incertitudes qui entourent le risque thérapeutique : l'arrêt *Perruche*¹ et ses « suites ».

En l'espèce, une femme enceinte, craignant d'être atteinte de rubéole, avait en conséquence fait procéder par l'intermédiaire de son médecin à des analyses de laboratoire, étant entendu que si elles s'avéraient concluantes, elle se ferait avorter, plutôt que de donner naissance à un enfant handicapé. Les résultats livrés par le médecin sont rassurants, de sorte qu'elle poursuit sa grossesse jusqu'à son terme ; malheureusement, le laboratoire s'était trompé : l'enfant naîtra lourdement handicapé, sourd, à moitié aveugle, souffrant de troubles cérébraux. Pour indemniser l'enfant, la Cour a rattaché ce handicap à la faute de diagnostic du médecin. Pour beaucoup, ce rattachement est très critiquable, dans la mesure où le handicap résulte directement de la rubéole contractée par la mère pendant sa grossesse et non du comportement fautif du praticien.

Nous sommes bien dans le domaine de l'aléa thérapeutique, tel que défini précédemment, puisqu'en l'état actuel de la médecine aucun traitement *in utero* n'aurait été possible afin d'éviter la naissance handicapée (c'est-à-dire la réalisation du risque).

Les risques médicaux ne sont pas les seuls pour lesquels il est nécessaire d'adapter le droit de la responsabilité civile.

2 – Les risques industriels

Il est également préférable d'appréhender les risques qui procèdent de la contamination de viandes bovines, de l'utilisation d'organismes génétiquement modifiés, du rejet dans l'air ou en mer de telle ou telle substance... de façon préventive.

Les hypothèses relatives au « risque de développement² » sont elles aussi révélatrices.

(1) Rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 17 novembre 2000.

(2) C'est-à-dire le vice que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit ne permettait pas de déceler et qui s'est révélé ensuite, par expérience et en raison de l'évolution de ces connaissances.

L'apparition des risques dits « sériels¹ » a donné un relief particulier à ces situations dans lesquelles à l'origine le vice n'était pas connu et a fait des ravages avant que l'évolution des connaissances scientifiques ne le révèle. Or, dans des hypothèses de ce genre, dont le renouvellement devient de plus en plus vraisemblable en raison de la sophistication croissante des techniques de production et de l'accélération du progrès scientifique, il paraît particulièrement injuste de laisser sans réparation les premières victimes qui ont fait les frais de l'insuffisance des tests initiaux.

Enfin, le « préjudice écologique pur » (destruction d'une espèce animale ou végétale, détérioration de la qualité de l'air, perturbation d'un écosystème...) qui affecte non pas une personne mais le milieu naturel nécessite également un traitement particulier comprenant une approche prophylactique, de par sa dimension collective et son caractère « grave et irréversible ».

Or, pour appréhender ce genre de risques et éviter qu'ils ne se réalisent, les juristes et notamment les civilistes s'intéressent de plus en plus au principe de précaution.

B – L'évitement des risques par leur anticipation

Inévitable en matière de politique environnementale, de sécurité alimentaire, voire de santé, le principe de précaution doit-il pour autant devenir un élément de la responsabilité civile ?

On passerait alors à une responsabilité préventive. Néanmoins, les contours de ce principe restent à définir (1) et les règles de la responsabilité civile, telles qu'elles apparaissent aujourd'hui se verraient, dans une certaine mesure, modifiées (2).

1 – Un principe de précaution à définir

La loi Barnier du 2 février 1995 a incorporé dans notre Code rural l'article L. 200-1 qui présente le principe de précaution comme celui « selon lequel l'absence de certitude, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles de l'environnement à un coût économique acceptable ».

La majorité des auteurs pense qu'il doit s'appliquer, non seulement aux personnes publiques mais aussi à toutes les personnes privées dont l'activité engendre des risques de dommages susceptibles de porter atteinte à l'avenir de notre civilisation.

(1) Par exemple, l'affaire de la Thalidomide ou celle de l'amiante.

Les risques concernés par le principe sont les risques encore incertains mais pouvant être raisonnablement soupçonnés, ce qui conduit à en exclure les risques avérés.

Le but du principe de précaution est ainsi d'obliger quiconque le peut à déployer tous les moyens pour enrayer par avance ce genre de risques. Cette obligation n'est subordonnée qu'à deux conditions : l'importance des dommages (« graves et irréversibles ») qui pourraient découler de la réalisation du risque ; le caractère raisonnable (« économiquement acceptable ») du coût des mesures susceptibles de prévenir la réalisation de ce risque.

Pour Monsieur D. Mazeaud : « Ce qui est prôné à travers l'exigence de précaution, ce n'est pas le risque zéro, synonyme d'une société figée et promise à la régression, mais l'indifférence zéro face aux risques qui menacent les générations futures¹. »

Le principe serait alors un instrument de gestion des risques susceptibles. La responsabilité se verrait ainsi confier une mission nouvelle d'anticipation, d'évitement.

Concrètement, cette « réorientation » se traduirait par une densification des devoirs imposés aux professionnels dont les activités et les produits sont potentiellement risqués pour la santé, la sécurité et l'environnement.

D'une part, en vertu d'une obligation de vigie ou de veille, les professionnels, créateurs de risques suspectables, seraient d'abord tenus de « tenter de détecter tout ce qui peut alerter sur un danger, non encore établi, ni même probable, mais déjà potentiel ». Pour ce faire, il leur faudrait donc s'informer eux-mêmes sur les dangers potentiels inhérents à leurs activités. Enfin, dans l'hypothèse où ils apprendraient l'existence potentielle d'un risque grave pour la santé, la sécurité de l'homme ou son environnement, ils seraient alors tenus, par une obligation d'alerte, de prévenir les pouvoirs publics pour que ceux-ci puissent diligenter les mesures appropriées pour neutraliser ce risque potentiel.

D'autre part, ces professionnels seraient astreints à une très rigoureuse obligation d'information et de mise en garde sur ces simples risques suspectables à l'égard des contractants ou des tiers qui y sont exposés. C'est, ensuite, une obligation de suivi qui s'imposerait aux créateurs de tels risques et qui les obligerait à suivre avec la plus grande attention l'évolution des connaissances scientifiques et techniques relatives au risque potentiel, par le biais de procédures de contrôle perma-

(1) Colloque de Chambéry (décembre 2000) : « La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle. Bilan prospectif ».

nentes et d'expertises régulières, pour anticiper les conséquences dommageables. Enfin, prolongement du devoir précité, une obligation de retrait des produits d'ores et déjà commercialisés s'imposerait lorsque l'éventualité du risque se préciserait.

L'application du principe de précaution conduirait donc à sanctionner une faute de précaution¹ qui constituerait un instrument juridique nouveau, spécifique et particulièrement approprié à l'indemnisation des risques sériels d'ores et déjà subis.

Quelles seraient alors les conséquences de ce télescopage entre la responsabilité civile et le principe de précaution ?

2 – Un principe de précaution imposant le dépassement des conditions traditionnelles de la responsabilité civile

Le principe de précaution, dans son acception d'anticipation et de prévision de l'incertain à potentiel nocif, introduit dans le droit judiciaire de la responsabilité une nouvelle dimension.

En ce qui concerne par exemple le préjudice écologique, l'apport du principe de précaution permettrait de surmonter l'obstacle, *a priori* insurmontable dans la perspective de la responsabilité traditionnelle, d'absence de victime « déterminée » d'une telle atteinte.

Le préjudice écologique pur pourrait être alors appréhendé comme un dommage collectif procédant de l'atteinte au patrimoine commun de l'humanité².

En outre, nous avons vu que, sans dommage, il n'y a pas de responsabilité³.

Or, admettre la mise en jeu d'une responsabilité en cas de simple risque de dommage, quelle que soit sa gravité potentielle reviendrait purement et simplement à consacrer une responsabilité sans préjudice, ce qui semble, à première vue, impossible dans la conception traditionnelle de la responsabilité.

Par ailleurs, concernant les causes d'exonération et plus précisément la force majeure, il serait certainement extrêmement difficile, d'invoquer l'imprévisibilité de la réalisation du risque, puisque l'exigence de précaution contraint précisément à prendre en compte les risques qui sont simplement suspectables, c'est-à-dire ceux dont la réalité est suspectée par des éléments scientifiques qui demeurent incertains. En somme,

(1) Proche de celle visée à l'article 1383 du Code civil en tant qu'il édicte d'adopter des comportements prudents et prévoyants.

(2) Une action en indemnisation pourrait donc être accordée aux personnes morales qui ont pour objet la défense de notre environnement.

(3) Voir *supra*, I, §1, A, 1.

puisque commet une faute de précaution celui qui, en fait, n'est pas allé dans sa démarche de prudence au-delà des seuls risques prévisibles, la part de l'imprévisibilité semble, dans ce contexte, quasi inexistante.

D'autre part, puisque la précaution procéderait de la violation « du devoir de ne pas créer des dangers encore inconnus », la faute de précaution pourrait consister « à ne pas avoir suffisamment cherché à écarter le risque de développement¹ ». Tant et si bien que, dès qu'un risque suspectable aura été signalé à l'attention du producteur avant la mise en circulation du produit sur le marché, il lui sera impossible de s'abriter derrière le risque de développement pour échapper à sa responsabilité.

Enfin, puisque l'esprit qui anime le principe de précaution tend à éviter la réalisation des dommages graves et irréversibles, les mesures qui seraient susceptibles d'être prononcées par le juge à la suite d'une action en responsabilité devraient permettre de réaliser cet objectif. À cet égard, pour Madame Viney et Monsieur Kourilsky, « il faudrait reconnaître largement au juge civil [...] le pouvoir de prononcer, en cas de simple menace de dommage grave pour la santé, la sécurité ou l'environnement, les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour prévenir ce dommage² ».

En revanche, si le dommage s'est produit, on retiendra, à l'encontre de celui qui n'a pas su se montrer à la hauteur des circonstances et a, par sa passivité, gravement mis en danger l'intégrité d'autrui, une faute de précaution, et la sanction ne se restreindra pas à une simple obligation de réparation. Il s'agit en réalité d'une authentique punition : il se voit refuser l'exonération (pour risque de développement).

En conclusion, la faute de précaution n'engendrerait point une régression de notre droit de la responsabilité civile mais se solderait par sa relative rénovation.

Nous l'avons vu, les dommages d'origine accidentelle, statistiquement inévitables, ouvrent un champ d'application nouveau à l'indemnisation indépendante de la responsabilité. Une réponse globale apparaît nécessaire et il convient de réfléchir à la mise en place d'un système qui améliore l'indemnisation des victimes concernées, par des mécanismes collectifs d'indemnisation.

(1) Auquel, rappelons-le, la loi du 19 mai 1998 confère une vertu exonératoire.

(2) Rapport sur la précaution, remis au premier ministre.

§ 2 – L'indemnisation de la réalisation du risque par un système de socialisation

En matière d'indemnisation, un système de solidarité nationale généralisée se révèle infiniment plus efficace puisque la prise en charge des dommages est admise indépendamment de toute recherche de responsabilité. Il s'agit alors de définir un domaine dans lequel la société indemniserait. Les dommages sont ici conçus comme la réalisation de « risques sociaux » dont il convient d'assurer une répartition entre les citoyens.

Sur quels critères l'indemnisation des dommages graves et irréversibles pourrait-elle se faire (A) ? Qui devra assumer cette indemnisation (B) ?

A – Le fondement de l'indemnisation

On pourrait retenir la dangerosité de l'activité créatrice de risques (1). Néanmoins, cette proposition nous paraît relativement limitée et nous préférons envisager une démarche plus globale allant vers la reconnaissance d'un droit des accidents (2).

1 - L'instauration d'un régime fondé sur la notion de mise en danger¹

Cette proposition consiste plus précisément à créer un régime d'indemnisation des dommages se rattachant à l'exploitation d'une activité spécifiquement dangereuse, ce qui s'appliquerait en marge des régimes spéciaux existants. Selon l'auteur, une activité spécifiquement dangereuse s'entend d'une activité génératrice d'un risque caractérisé, lequel se manifeste par deux traits : l'impossibilité d'éliminer le danger par des mesures de précaution raisonnables, d'une part ; la probabilité élevée d'engendrer un dommage de grande intensité, d'autre part. Qui-conque se livre, à titre professionnel ou non, à une telle activité dangereuse serait tenu de réparer les atteintes à l'intégrité physique ou à l'environnement rattachables au risque caractérisé qu'il a créé. Quant aux causes d'exonération, elles devraient être énumérées limitativement par le législateur.

Cette proposition comporte deux importantes limites. D'abord, elle prévoit un régime de présomption de responsabilité, puisque l'exploitant peut être exonéré s'il prouve que le dommage n'est pas rattaché à son activité. Ensuite, la nouvelle règle cherche davantage à combler les lacunes du droit et à s'appliquer aux nouvelles mises en danger qu'à suppléer la législation existante. Il résulte de cela que, non seulement

(1) Ce système a été suggéré par Mme Schamps *in La Mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé* – Bruylant LGDJ, Bibl. fac. Droit de l'Université catholique de Louvain, t. XXVIII, 1998.

le droit de la responsabilité conserverait une grande complexité, mais encore que la victime d'un dommage corporel, ne serait pas certaine d'obtenir une réparation.

C'est l'une des raisons pour lesquelles une action fondée sur un « droit des accidents » nous paraît plus pertinente.

2 – La préférence pour un droit des accidents

Le phénomène accidentel étant statistiquement inévitable, il paraît justifié que son indemnisation fasse l'objet d'un traitement particulier. Ainsi, on pourrait penser à soustraire l'ensemble des dommages accidentels à l'empire du droit commun de la responsabilité.

Plus spécialement, le professeur Tunc a, en 1966, proposé d'instituer un système d'indemnisation de plein droit des dommages anormaux causés par l'activité médicale.

En d'autres termes, ce système aurait pour fonctions d'assister et de secourir la victime d'un accident résultant de l'aléa thérapeutique. En effet, celui-ci, inhérent à la pratique de la médecine et consistant en la réalisation des risques de dommages statistiquement inévitables liés à la nature de l'activité, ne peut être indemnisé sur le fondement de la responsabilité du médecin. L'obligation de sécurité, accessoire au contrat médical, n'englobe pas l'« aléa thérapeutique¹ ».

D'ailleurs, la Cour de cassation, par un arrêt du 8 novembre 2000, s'est prononcée dans ce sens, demeurant donc en retrait par rapport à la jurisprudence administrative de l'arrêt *Bianchi*².

Par conséquent, à la question de la responsabilité pour manquement aux obligations contractuelles, doit se substituer une problématique de l'indemnisation des victimes d'accidents. Or, le droit de la responsabilité civile semble évoluer vers cette solution.

Depuis une quinzaine d'années, ont été mises en place des techniques d'indemnisation collectivisées qui profitent aux victimes de certains accidents sériels (comme les victimes de contamination transfusionnelle par le virus du SIDA). Par ce mouvement, à la vision individualiste de départ, s'est ajoutée, voire substituée, une vision de masse. Néanmoins, les règles issues de ces systèmes ne s'appliquent pas aux autres contaminations transfusionnelles comme les contaminations par le virus de l'hépatite C, ni à celles résultant de l'administration thérapeutique de substances d'origine humaine autres que le sang, comme c'est

(1) Sur cette distinction, voir *supra*, nos développements sur l'originalité du risque thérapeutique (II, §1, A, 1).

(2) Le Conseil d'État a accepté, le 9 avril 1993, de consacrer la notion de risque médical et par conséquent l'indemnisation de certains accidents graves sans exiger la preuve d'une faute.

le cas pour les victimes de la maladie de Kreutzfeld-Jacob (résultant de l'administration d'hormones de croissance « extractives », fabriquées à partir d'hypophyses).

Or, il n'y a pas de raison pour que les victimes de ces contaminations et des accidents médicaux en général soient laissées à l'écart de ce mouvement général et ceci d'autant plus que le nombre des accidents paraît assez limité, ce qui rend le risque maîtrisable pour un coût relativement modeste.

En outre, la prise en charge d'un autre risque thérapeutique provoque la polémique à l'heure actuelle : le risque de naître handicapé.

Sans entrer dans des considérations éthiques, ce risque, s'il se réalise, entraîne sans aucun doute une vie préjudiciable, au sens où elle sera mutilée et assistée. Pour autant, s'agit-il vraiment d'un préjudice réparable, selon les critères de la responsabilité civile telle que nous la connaissons aujourd'hui ?

En réalité, l'arrêt *Perruche* constitue vraisemblablement une ultime tentative d'adaptation de notre système de responsabilité à la spécificité et à la complexité des accidents thérapeutiques. En effet, il pose, en filigrane, le problème de leur indemnisation équitable, laquelle ne pourra être réalisée effectivement que par une intervention du législateur. Celle-ci est d'ailleurs en train de se profiler : au moment où nous écrivons, une proposition de J.-F. Mattéi et un amendement gouvernemental destinés à mettre fin à la jurisprudence *Perruche* ont été examinés par l'Assemblée Nationale¹. Il en ressort que désormais « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ». Seule exception à ce principe : « La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap, l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures pour l'atténuer. »

On semble bien s'écarter de la responsabilité médicale (de plein droit), pour s'orienter vers une prise en charge des enfants nés handicapés par la solidarité nationale. C'est sans aucun doute ce qu'ont voulu provoquer les juges de l'assemblée plénière de la Cour de cassation en rendant l'arrêt *Perruche*.

En allant plus loin, c'est un système général d'indemnisation de tous les accidents médicaux qui apporterait la réponse la plus adéquate en terme d'indemnisation. Il faudrait qu'une loi (annoncée depuis si longtemps) mette en place un régime général, simple et efficace, d'indem-

(1) Le texte, dans sa version définitive, sera présenté à la fin du mois de janvier 2002 au Sénat.

nisation des victimes d'aléas thérapeutiques, en mutualisant ces risques et leurs incidences financières.

Par ailleurs, la même question se pose en matière de dommages environnementaux, spécialement s'agissant des pollutions les plus diverses non visées par les régimes spéciaux sectoriels. On peut y apporter la même réponse et envisager l'institution d'un régime unique d'indemnisation de tous les types d'accidents, comme le suggèrent d'éminents auteurs¹.

La réparation des accidents, du moins ceux causés par des choses dangereuses et par l'aléa thérapeutique serait fondée sur la solidarité, car ils constituent « des risques de société ».

On aboutirait donc à une déconnexion totale de la responsabilité et de l'indemnisation des risques sociaux. Avec ce régime, tous les dommages corporels, quelle qu'en soit l'origine, seraient réparés, forfaitairement mais de plein droit (et eux seuls), par solidarité sociale. L'indemnisation forfaitaire pourrait évidemment être complétée par une assurance personnelle².

L'élaboration d'un tel système n'est d'ailleurs pas sans précédent si l'on se réfère à l'exemple des pays scandinaves qui, depuis plusieurs années déjà, connaissent un système d'indemnisation automatique par l'assurance des accidents médicaux, celui-ci fonctionnant à la satisfaction générale. Cependant, la loi instituant un tel système devra également prévoir les modalités de financement de l'indemnisation. Dans cette « socialisation des risques », quelle place accorder à l'assurance et/ou à la solidarité nationale ?

B – Les modalités de l'indemnisation

Le droit actuel donne une impression de profond désordre quant aux modalités de prise en charge de l'indemnisation. En raison de la proportion des risques « nouveaux », l'indemnisation des victimes ne peut pas être le seul fait de l'auteur responsable, sa solvabilité étant forcément limitée.

La mise en place d'assurances obligatoires (1) ou la création d'un fonds de garantie (2) paraissent être des réponses opportunes.

1 – L'assurance directe

L'assurance, dans ses structures et dans son financement actuels, ne peut certainement pas faire face à l'ampleur de l'indemnisation intégrale et automatique des dommages qui résulteraient de ces risques.

(1) Par exemple, Ph. Le Tourneau et L. Cadiet.

(2) Voir *infra*, nos développements sur l'assurance directe (*in* Les modalités de l'indemnisation).

Rappelons que pour les activités médicales à risque les cotisations annuelles d'assurance de responsabilité atteignent déjà plusieurs dizaines de milliers de francs : on observe généralement qu'un chirurgien paie chaque année pour couvrir sa responsabilité civile professionnelle une cotisation égale au coût total des cotisations payées par un médecin généraliste au cours de sa carrière. Si le prix de l'assurance n'est pas économiquement supportable, le responsable ne peut plus s'assurer et le problème de l'indemnisation effective de la victime reste entier.

Une loi unique rendant obligatoire l'assurance individuelle contre tous les accidents corporels permettrait de pallier l'insuffisance de l'assurance de responsabilité. Elle pourrait s'inspirer de l'assurance « garantie des accidents de la vie » qui est aujourd'hui facultative. Ce n'est plus d'assurance de responsabilité qu'il s'agit, mais d'assurance de personne, parfois appelée « assurance directe ». Il faut savoir que l'assurance garantit : les accidents médicaux causés à l'occasion d'actes chirurgicaux, de prévention, de diagnostic, d'exploration, de traitements pratiqués par des médecins et auxiliaires médicaux (les infections nosocomiales sont garanties) ; les autres accidents de la vie privée à la suite d'événements soudains et imprévus, individuels ou collectifs dus à des causes extérieures.

Plutôt que de vouloir une indemnisation mutualisée entre des responsables peu nombreux, ici on a une mutualisation entre les personnes exposées au risque d'accident.

Néanmoins, cette simplification apparaît, dans l'immédiat, irréalisable. En effet, « l'opinion publique n'est pas mûre pour se voir imposer une assurance obligatoire de personne¹ ». Elle comprendrait mal que le législateur impose aux victimes de supporter le coût de la garantie des dommages résultant de la réalisation de risques auxquels elles sont exposées sans les avoir pour autant créés. Il y aurait en effet une étrange inversion de la théorie du risque-profit, qui glisserait du risque-profit au risque-subî.

S'il n'est guère envisageable de rendre obligatoire la souscription par les victimes potentielles d'une assurance contre les accidents corporels, il est, en revanche, loisible d'en encourager la souscription volontaire. Néanmoins, *quid* des victimes les plus démunies qui n'auront pas souscrit une telle assurance ?

L'assurance directe contre les accidents de la vie pourrait cependant être rendue obligatoire dans certains domaines où les risques sont éle-

(1) F. Leduc, dans le colloque de Chambéry précité.

vés. Leur multiplication observée dans le cadre d'activités d'origine contractuelle (crédit, sports, voyages, location, consommation...) tend progressivement à réaliser sa mise en œuvre. On pourrait aussi songer à l'intégrer à l'assurance « multirisques-habitation » qui est actuellement généralisée à presque toute la population.

M. Fredericq¹, quant à lui, préconise de recourir à l'assurance directe pour le compte des victimes. L'idée consiste à mettre à la charge des créateurs de risques la souscription d'une assurance contre les accidents corporels à caractère indemnitaire pour le compte des victimes potentielles. Cette assurance directe, qui serait couplée à l'assurance de responsabilité, pourrait être rendue obligatoire par le législateur, à qui il incomberait alors de dresser la liste des exploitants d'activités dangereuses concernés².

Ce modèle de l'assurance-patient est inspiré des droits scandinaves, en particulier de la Suède³.

2 - Le fonds de garantie

Si le responsable est inconnu, non-assuré ou insolvable, une autre forme de socialisation des risques entre en jeu : l'intervention d'un des fonds de garantie organisés par la loi.

Il existe dans plusieurs domaines des fonds d'indemnisation alimentés soit par des prélèvements opérés sur les assureurs qui les répercutent sur les primes payées par leurs assurés, soit par des deniers publics prélevés sur le budget de l'État. On eut ainsi la création du fond d'indemnisation des transfusés contaminés par le VIH⁴ et pour les victimes de l'amiante⁵. On y viendra sans doute pour l'hépatite C, et pourquoi pas la maladie de Kreutzfeld-Jacob. D'autres créations de ce genre sont réclamées pour des risques existant déjà certes, mais doués de permanence future, et pour lesquels l'assurance de responsabilité risque d'être défaillante ; notamment, pour les accidents médicaux⁶.

(1) *Risques modernes et indemnisation des victimes de lésions corporelles. Une alternative à l'extension de la responsabilité civile : l'assurance contre les accidents à caractère indemnitaire* – Bruylant, 1990.

(2) M. Fredericq envisage, quant à lui, les accidents de la circulation, les accidents du travail, les accidents de transport, les accidents dus au défaut de sécurité des produits, les accidents de pollution, les accidents médicaux, les incendies dans les lieux accessibles au public, les accidents dans les stades.

(3) Il s'agit d'une assurance obligatoire qui doit être prise par les donneurs de soins et dont la charge financière pèse donc sur les services sanitaires et médicaux, personnes publiques et personnes privées, qui prodiguent les soins.

(4) Article 47 de la loi du 31 décembre 1991.

(5) Loi du 23 décembre 2000.

(6) Cf. deux propositions de lois, relatives à l'aléa thérapeutique, du 21 janvier et 6 février 1998. Également, un rapport de l'Inspection générale des affaires sociales de septembre 1999 préconisait la création d'un fonds de garantie des accidents médicaux. Plus récemment, le ministère des Affaires sociales est l'auteur d'un projet de loi d'orientation sur la santé dont le titre III est intitulé « Réparation des risques sanitaires ». Il prévoit la création d'un fonds dont l'alimentation serait réalisée notamment par une dotation de l'assurance maladie... et une nouvelle taxe sur les contrats d'assurance.

Si la priorité est d'assurer l'indemnisation des victimes de tous les accidents technologiques, la création d'un fonds d'indemnisation unique apporte une solution globale pour les raisons suivantes :

D'une part, pour cause d'absence de responsabilité (exemple de l'aléa thérapeutique). En effet, pour certaines victimes (transfusions, amiante), l'indemnisation n'est pas subordonnée à l'existence d'une responsabilité, puisqu'il suffit qu'elles établissent avoir été placées dans une situation déterminée (par exemple exposition à l'amiante), et l'influence de celle-ci sur leur état.

D'autre part, pour cause d'excès de responsabilité, comme c'est le cas lorsqu'un produit défectueux entraîne des « dommages en série ». Le plafond du contrat d'assurance du producteur risque alors d'être vite dépassé.

La loi mettant en place ce fonds de garantie devra organiser son financement. Le fonds d'indemnisation pourra être financé par les apports professionnels (créateurs de risques), des compagnies d'assurance, des collectivités locales, de l'État ou des États concernés¹. L'intervention de l'État doit être le recours ultime.

Les victimes devraient s'adresser directement au fonds de garantie pour obtenir réparation.

Elles se verraient alors verser par le fonds de garantie, dans un bref délai, des indemnités (en dehors de tout contentieux judiciaire), dès lors que les éléments permettant de caractériser l'accident et le préjudice indemnisable auraient été fournis par le demandeur.

De plus, l'acceptation de l'offre d'indemnisation du fonds rendrait irrecevable toute autre action juridictionnelle future en réparation du même préjudice. En effet, l'indemnisation par un fonds épuise définitivement les droits de la victime, sauf si le coût économique de cette réparation collective conduit à des indemnisations seulement partielles².

Enfin, le fonds serait subrogé dans les droits de la victime contre le responsable.

(1) Lorsque le dommage est international. Par exemple, en matière de dommage environnemental, la catastrophe de Tchernobyl.

(2) Ceci, en vertu du principe de réparation intégrale du préjudice, auquel le droit français reste très attaché.

CONCLUSION

Le droit de la responsabilité civile, toujours instable, a vocation à une perpétuelle métamorphose.

Faute autrefois et encore aujourd'hui ; risque à partir de la fin du XIX^e siècle ; garantie à mi-parcours du XX^e siècle ; plus récemment encore précaution et prévention. La confrontation de ces fondements révèle les incarnations successives d'un unique idéal : la justice.

Les besoins de sécurité et d'adaptation, d'ordre et de progrès, demandent à être conciliés. Là où la justice commutative de la responsabilité se montre inadaptée pour lutter contre les méfaits du malheur, la justice distributive de la solidarité doit venir la remplacer.

Néanmoins, la « socialisation des risques » peut faire craindre au déclin de la responsabilité civile (à tout le moins, dans sa dimension individuelle) et donc à une certaine « déresponsabilisation » des créateurs de risques.

Pour l'heure, cependant, l'élaboration d'un droit des accidents, qui ne saurait être que le fait de la loi, demeure surtout un vœu doctrinal.

Pourtant, l'indemnisation des risques civils indépendante de la responsabilité est un concept d'avenir. Le débat sur un éventuel abandon d'un système de responsabilité et son remplacement par un régime d'assurance ou de fonds d'indemnisation ne fait que débiter.

Rozenn Bellayer-Le Coquil