

LA DIALECTIQUE ENTRE RESPONSABILITÉ ET ASSURANCE

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur à l'université Paris-Dauphine

Directeur de l'Institut de droit économique, fiscal et social

Le débat sur la juridictionnalisation met souvent en avant une volonté de puissance du juge ou un engouement des justiciables. Mais l'accroissement du pouvoir des juges vient aussi du mouvement des règles juridiques de fond, ici l'évolution des principes des responsabilités civile et pénale du fait de la généralisation de l'assurance.

Commençons par les définitions. En droit, elles sont toujours des balises nécessaires. Il faut distinguer ce qu'il est désormais convenu d'appeler la « juridicisation » de la société française et la « judiciarisation ». La première expression désigne la montée en puissance du juridique, donc du droit, la seconde vise la montée en puissance du judiciaire, donc du juge. Sur quel phénomène la société française est-elle aujourd'hui en prise ?

Montées en puissance du juge et du droit

On peut développer deux thèses. Il est usuel de soutenir que c'est la décrépitude d'un droit français naguère modèle des nations et la dégénérescence de l'art législatif qui ont offert par leurs lacunes le pouvoir à des juges, lesquels s'autorisent à créer du droit à tout vent. On évoque l'arbitraire d'un juge illégitime et inconséquent contre une loi jadis souveraine et aujourd'hui défaite. Présenter les choses ainsi, comme beaucoup le font, c'est déjà prendre parti : la conséquence est dans l'exposé. En effet, on ne peut qu'en déduire qu'il faut une

reprise en main du droit par la loi, la judiciarisation équivalant à une défaite du droit, défaite paradoxale puisque le droit (la loi) serait détruit par l'acteur du droit (le juge), mouvement alors désigné comme une sorte de démarche suicidaire du droit français.

Mais l'on peut aussi affirmer que la montée en puissance du juge vient d'une montée en puissance du droit, voire d'un progrès du droit. C'est bien parce que le droit a accru son emprise, notamment par le jeu de lois nouvelles et l'établissement de droits nouveaux des individus, que le juge est devenu si présent. Le juge tient de la loi son pouvoir de statuer sur les causes qu'on lui soumet. Il agit en agent d'effectivité, non seulement des droits des parties en litige, mais encore de la loi elle-même, qui ne devient véritablement positive que par l'application qui en est faite et le rappel de son respect par le juge. Ainsi, la judiciarisation est un mode de juridicisation, voire le moyen pour la société française de devenir une société juridique. En effet, si l'on prend la définition sociologique du droit telle que Jean Carbonnier la propose, ou bien sa définition technique telle que la formule le Conseil constitutionnel dans une décision du 9 avril 1996, une situation est juridique si une personne dont les intérêts sont concernés par celle-ci peut la porter devant un juge. C'est la garantie des droits, des prérogatives juridiques que les personnes détiennent dans les situations particulières, qui

fonde la Constitution française. C'est la « contestabilité » des faits, des actes et des droits qui est le signe du juridique. Dès lors, le juge est le signe du droit, y compris de la loi. Sa montée en puissance est le signe d'une plus grande effectivité du droit. Il convient de la mesurer sous plusieurs angles selon des critères quantitatifs, qualitatifs et politiques, permettant à l'occasion de relativiser certains propos généraux aisément tenus à ce sujet.

Judiciarisation quantitative de la société

Lorsqu'on aborde le thème de la « judiciarisation de la société française », évoquant le plus souvent le spectre de la société américaine, on signale le fait que toute personne saisit un juge pour tout et n'importe quoi, les juges se prêtant à cela pour accroître leur influence. Il est vrai que quantitativement, le contentieux ne cesse de croître et les juridictions françaises sont aujourd'hui au bord de la paralysie à tel point que les justiciables peuvent à ce titre demander réparation à l'État pour dysfonctionnement de son service public. Mais cela tient au fait que les moyens de l'institution juridique, notamment le nombre de magistrats (6 000), n'ont guère évolué depuis le XIX^e siècle. Proportionnellement, il y a trois fois moins de magistrats en France qu'en Allemagne.

Le paradoxe de l'accroissement quantitatif

Reproche doit donc en être fait à l'État et à ses choix budgétaires. Car ce constat peut conduire à une critique : plus on va donner le droit aux personnes de saisir le juge, plus on va éloigner la perspective concrète d'un jugement, du fait de la paralysie

engendrée par le nombre d'actions. Ainsi, l'accès au juge conduirait à l'exclusion du droit ; la judiciarisation rendrait le juge impuissant, et de fait, inaccessible. Mais l'on ne peut en rester à l'expression de ce grief. Cela ouvre en effet des perspectives : ou l'on accroît l'efficacité de la machine juridique en augmentant les moyens et en les utilisant de meilleure façon, ou l'on met en place des modes alternatifs de règlement des litiges. Les assureurs ont alors leur rôle à jouer. Ainsi, la loi du 5 juillet 1985 sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation a-t-elle institué des procédures d'indemnisation quasiment internes au secteur de l'assurance afin que les victimes ne subissent pas les lenteurs et les aléas du judiciaire. Ce type de régulation devrait se développer.

L'assurance, condition de cet accroissement

De même, autre forme de quantitatif, on affirme souvent que les juges attribuent facilement des dommages et intérêts du fait que les responsables désignés sont assurés. En cela, la responsabilité civile est, dans un mouvement amorcé en 1945, un processus social de mutualisation des risques. L'assurance, ou plutôt la capacité financière des assureurs, aurait donc dénaturé la responsabilité, laquelle, par nature, n'aurait pas dû être autre chose que la sanction personnelle d'une faute avérée. D'où le lien entre montée en puissance de la responsabilité objective, qui ne requiert donc pas la démonstration d'une faute et accroît de ce seul fait le nombre de personnes condamnées, et l'observation que les personnes concernées sont, de fait ou de droit, assurées. Ainsi, de droit, les propriétaires de voiture sont assurés, ce qui a conduit à un engagement automatique d'indemniser l'accident. De même, les parents sont assurés pour les dommages causés par leurs enfants, ce qui explique qu'en 1997 la Cour de cassation ait décidé qu'une responsabilité sans faute pesait désormais sur eux.

De fait, les médecins et les cliniques sont assurés, ce qui a permis, en 1999, d'affirmer que les infections nosocomiales impliquent réparation sans qu'une faute médicale doive être démontrée.

Dès lors, non seulement le phénomène de l'assurance aurait engendré l'accroissement quantitatif des condamnations, la perspective de celles-ci excitant le recours au juge, mais encore cela se serait traduit par une dégénérescence qualitative d'une responsabilité perdant son lien naturel avec la faute. Là aussi, il convient de relativiser l'affirmation en reprenant la distinction entre la cause et la condition. En effet, il est exact que la présence de contrats d'assurance et la puissance financière de l'assureur ont permis cette évolution de la responsabilité civile. En cela, l'assurance en fut et en demeure la condition. Mais cela n'en est pas nécessairement la cause.

Ainsi, dès 1960, André Tunc montrait que les victimes des accidents de la route doivent par nature être indemnisées. D'une façon plus générale, la responsabilité civile peut être pensée à partir de la victime et non nécessairement à partir du responsable, ce qui conduit à indemniser une victime même si l'auteur du dommage est un enfant en bas âge. Plus encore, lorsqu'on affirme que la victime d'une infection nosocomiale n'a pas à supporter qu'on exige la preuve d'une faute particulière, cela s'explique par le fait qu'une structure de soins ne doit pas, par nature, rendre malade. Ce sont plusieurs conceptions de la responsabilité civile qui s'opposent, évoquant chacune la nature des choses. L'assurance a permis aux nouvelles théories d'être concrétisées par la jurisprudence mais sous le mode de la simple condition favorable.

Enfin, pour aborder un dernier aspect du quantitatif, il faut préciser que les sommes allouées sont relativement modestes en France et ne connaissent pas l'inflation américaine. Mais cet exemple manque lui aussi de pertinence, car si les dommages et intérêts paraissent faramineux, notamment lorsqu'il s'agit d'obliger les fabricants de cigarettes à verser des millions de dollars aux consommateurs cancéreux ou à contraindre les constructeurs automobiles à indemniser dans de

semblables proportions les victimes de l'explosion du réservoir d'essence, il ne s'agit que de décisions de première instance, rendues par des jurys civils, les montants étant considérablement rabaissés en appel, les cours étant alors exclusivement composées de juges professionnels.

Judiciarisation qualitative de la société

La judiciarisation qualitative désigne le fait que toutes sortes de situations puissent être soumises au juge et que rien ni personne n'échapperait au juge. En cela, la judiciarisation réduirait les espaces de libertés et traduirait une sorte de folie judiciaire, rompant la fraternité sociale, dressant les personnes les unes contre les autres.

L'événement, de la fatalité à l'action

Lorsque l'on veut présenter le mouvement d'une façon quelque peu effrayante, on prend comme exemple la mère de l'enfant non voulu, qui demande réparation de l'échec de l'opération médicale qui devait interrompre la grossesse, ou la femme légitime qui demande des dommages et intérêts à la maîtresse de son mari pour le chagrin que cela lui cause. Mais l'on remarquera que dans ces deux cas, les actions ont été rejetées.

Le plus souvent, le juge engage la responsabilité de personnes fautives ayant causé un dommage avéré. Simplement, il est vrai qu'il n'existe plus de cercle de protection – ce « non-droit » évoqué par Jean Carbonnier. Ainsi, les agissements les plus intimes, notamment les pratiques sexuelles, comme les actes les plus publics, liés notamment à la politique, peuvent conduire devant le juge. On

peut critiquer le mouvement au nom du respect de la vie privée, par exemple, ou bien parce que celui qui prend des risques – le médecin, le chef d'entreprise – ne doit pas répondre de l'échec puisqu'il a côtoyé la victime. On peut y voir aussi une réaffirmation du principe classique d'égalité, puisque cette intervention du juge, grâce à la règle générale de la responsabilité civile, vise à protéger les faibles contre les puissants. En quelque sorte, les personnes en situation de pouvoir ont la puissance et ceux qui sont l'objet de cette puissance, qui peut par ailleurs être parfaitement légitime, ont le droit et les juges pour les protéger. En cela, la judiciarisation est liée à ce que l'on présente comme le principe d'équité, c'est-à-dire le rééquilibrage des rapports de pouvoir, quel que soit le lieu de leur épanouissement : famille, entreprise, marché.

L'accès au droit par l'accès au juge

Ainsi est-il simplement posé que toute personne doit avoir effectivement accès au droit, ce qui peut passer par un accès au juge. Ce principe présente deux aspects : en premier lieu, chacun doit avoir le pouvoir effectif d'obtenir un jugement ; en second lieu, nul ne doit pouvoir échapper à la perspective d'un éventuel jugement à son encontre. Par cette règle unique, l'on pourrait définir l'État de droit. Dans un cas comme dans l'autre, le phénomène n'en est pas moins nouveau, et là aussi, l'assurance interfère et permet une évolution.

En effet, du côté de l'accès au juge pour celui qui réclame, le coût des procès constitue un premier obstacle. La gratuité institutionnelle de la justice ne concerne pas les frais d'avocats, et l'aide juridique qui transfère ce coût sur l'État ne profite qu'à une partie de la population française. Ainsi, de fait, les individus insuffisamment nécessiteux pour accéder à l'aide et trop peu riches pour supporter seuls ces débours en sont exclus. C'est à cette grave

défaillance du système que le mécanisme de l'assurance juridique doit répondre et l'on peut s'étonner de son faible développement en France. Il n'y aura judiciarisation que si l'on propage et favorise ce type d'assurance. Suivant qu'on approuve ou non cette régulation des rapports sociaux par le juge, le législateur et les professions pourraient choisir de l'entraver ou de l'accroître par la faveur accordée ou non à l'assurance juridique.

Du côté de celui qui va subir le jugement, il est aujourd'hui posé que nul ne peut échapper à cette éventualité : l'immunité n'a pas de place dans le système juridique. Cette aptitude à répondre est elle aussi assise sur la possibilité d'assurance. C'est ici que la distinction entre responsabilité civile et responsabilité pénale trouve sa pertinence. La différence essentielle entre ces deux régimes tient désormais au fait que le premier est assurable et l'autre non. On remarquera cependant la tendance de la jurisprudence à déclarer assurables des processus privés ou administratifs de pénalités. Cela s'explique par le fait que la répression elle-même s'éloignant du critère unique de l'intention de mal faire, la distinction des peines s'impose avec moins de force.

Il convient en conséquence de réserver la responsabilité pénale aux situations dans lesquelles le responsable doit être privé du moyen financier de payer quelqu'un pour payer à sa place. Il est certain que le droit français ne respecte pas toujours cette limite entre la sanction des immoralités graves, auxquelles le pénal doit être cantonné, et la sanction des manquements objectifs aux lois. Voilà pourquoi, à travers le thème de la judiciarisation, c'est la critique de la pénalisation de la société française que l'on dresse. Mais quel est le rôle du juge dans ce mouvement ? C'est le législateur qui multiplie les incriminations qu'il faut mettre en cause et non le juge qui les applique. Plus encore, si l'on prend l'exemple du droit pénal économique, les statistiques montrent que le ministère public ne poursuit que sur le fondement d'une dizaine d'infractions, dont l'abus de biens sociaux est le cœur, et laisse en latence des centaines d'autres incriminations.

Judiciarisation politique de la société

On en arrive alors à ce qui peut s'exprimer comme la judiciarisation politique de la société française. Elle prend, d'une part, la forme d'un principe général pour l'action personnelle et, d'autre part, exprime une vision d'ensemble de la vie en société.

La responsabilité du décisionnaire

En premier lieu, en ce qui concerne l'action personnelle, les responsabilités civile et pénale ont mis au jour un nouveau principe, aisé à exprimer : celui qui exerce un pouvoir qu'on lui a conféré pour une certaine fin doit rendre des comptes sur la façon dont il en a usé, au regard de cette fin. La règle est simple mais elle tranche sur le système précédent. En effet, dans le droit classique, le juge se voyait confier l'office de contrôler si celui qui exerçait un pouvoir le tenait d'une source légitime. Dans cette optique, la responsabilité d'une personne était engagée *si* et seulement *si* son comportement avait eu pour source ou pour cause une intention malveillante. La référence à la faute s'imposait. Dans ce système, par exemple, le médecin qui ne commet pas de faute ou le dirigeant social qui n'a pas l'intention de détourner à son profit le bien d'autrui ne sont pas responsables.

Mais prenons le nouveau raisonnement. Le médecin a du pouvoir, celui de disposer du corps d'autrui – parce qu'il a pour mission de soigner. Le pouvoir est une charge. Le dirigeant social a du pouvoir – celui de décider pour les actionnaires et les salariés de l'évolution de l'entreprise, parce qu'il a pour mission de faire prospérer celle-ci. Le pouvoir doit être considéré comme un moyen vers

une fin. Dès lors, toute personne qui fait usage de son pouvoir doit justifier qu'il a tenu vers le but assigné. La question de savoir si la source du pouvoir est bonne ou non devient secondaire. C'est devant le juge que les comptes seront rendus. Ce sont les individus soumis au pouvoir qui saisiront le juge à cette fin.

Il ne s'agit plus nécessairement d'une responsabilité pour faute, mais cela reste une responsabilité personnelle, attachée à une situation de pouvoir, impliquant la liberté de choisir pour autrui, reflétant ainsi la très classique trilogie : liberté-pouvoir-responsabilité. Dès lors, les principes d'action des différents titulaires de pouvoir sur autrui changent radicalement. Dans le système juridique antérieur, celui qui a un pouvoir légitime par la source en dispose comme il l'entend, dès l'instant qu'il n'use pas du pouvoir dont il est formellement privé. Ainsi, les parents dûment titulaires de l'autorité parentale élèvent leurs enfants comme ils l'entendent ; le dirigeant de société correctement désigné par la loi de la majorité gouverne l'entreprise selon un « intérêt social » qu'il définit lui-même ; d'une façon plus générale, celui qui a un droit en use librement, parce qu'il en a le droit.

Dans la nouvelle logique mise en place par le droit de la responsabilité, le point de contrôle réside dans l'usage du pouvoir. Ainsi, les actionnaires minoritaires pourront engager la responsabilité du dirigeant pour abus de pouvoir, de crédit ou de majorité ; quant à l'éducation des enfants, elle est aujourd'hui sous le contrôle virtuel des juges.

Qu'est-ce que cela change dans les pratiques professionnelles ? Tout simplement, cette litigiosité latente et toujours disponible à celui qui subit l'exercice d'un pouvoir, implique que le titulaire de celle-ci agisse de sorte qu'il puisse toujours se justifier. Cela le conduit à des procédés de préconstitution de preuve de bon usage du pouvoir, à des attitudes de consultation des personnes intéressées, voire à une soumission à la règle de la transparence. Ainsi, la judiciarisation de la société française a mené ceux qui exercent un pouvoir sur autrui à faire par avance la preuve de leur bon usage. Plus encore, cela les conduit à rechercher par avance

l'assentiment de ceux sur qui ils exercent leur pouvoir, afin d'éviter que ceux-ci se pourvoient en justice contre eux. Le lien se noue alors entre juridictionnalisation et contractualisation des rapports sociaux.

Le droit : mode de gestion des systèmes à risques ?

Il faut enfin souligner que le droit de la responsabilité civile est aujourd'hui utilisé par le juge non plus seulement comme un moyen de régler des comptes entre des personnes mais pour réguler des rapports sociaux saisis d'une façon générale. En cela, la responsabilité civile, surtout lorsqu'elle touche à des contentieux de masse, présente une forte analogie avec la fiscalité, en ce qu'elle opère des déplacements de charges financières sur tel ou tel groupe. C'est pourquoi le phénomène est proprement politique, puisqu'il y a à sa base un choix d'opérer une justice sociale distributive. Ainsi, le mouvement qui consiste désormais à assigner aux fabricants ou aux importateurs la charge d'assumer les conséquences du caractère dangereux ou défectueux des produits illustre-t-il une position politique de la jurisprudence, reprise par une directive communautaire de 1985 puis par la loi française du 19 mai 1998.

Plus encore, un choix de société, propre à l'Occident, consiste à ne plus supporter les conséquences des risques attachés à des systèmes – qu'il s'agisse du système climatique, financier ou de la circulation routière. Dès lors, le droit est sollicité

en amont pour prévenir le risque notamment à travers le nouveau principe de précaution son but étant de soustraire la personne à l'éventualité du dommage, par la multiplication des obligations d'abstention, d'action, de consultation et de transparence. À chaque défaillance de l'une d'elles, la responsabilité vient rappeler à la personne chargée de la sécurité du système qu'elle est un agent qui doit suivre ces règles. En aval, lorsque la tempête a eu lieu, lorsqu'un cours s'est effondré en Bourse, lorsque l'épidémie s'est déclarée, le système fournira un responsable. Il sera responsable objectivement, parce qu'il avait le rôle de préserver des risques l'individu livré au système : ce sera l'État, l'entreprise, la structure hospitalière. C'est à partir de là que se sont développées les responsabilités collectives, notamment celle de l'État, y compris pénale depuis le Code pénal de 1993.

Dès lors, il y a non seulement mutualisation des risques par l'intervention du juge, mais également prescription de comportements généraux en creux des engagements de responsabilité, qu'il s'agisse de l'action des personnes privées ou de l'action publique. Ici, non seulement l'assurance est une condition mais elle devient le cœur logique d'un processus de mise en masse des responsabilités. Si l'on devait porter une dernière appréciation sur ce mouvement entamé il y a des décennies, on pourrait dire que l'assurance a incité le juge à organiser, à travers des litiges particuliers, une organisation sociale collective. En cela, le juge a soumis l'État à une logique de responsabilité, mais encore aujourd'hui il assure la fonction politique par excellence, à savoir la détermination du bien commun et de la part qui revient à chacun dans une société.