



RISQUES, ÉTUDES ET OBSERVATIONS

2022-1

Dossier :

25 ans du Centre Européen de recherche sur le Risque, le Droit des Accidents Collectifs et des Catastrophes.....p. 5

Varia :

Guillemette Wester, *Les principes de la réparation confrontés au dommage corporel*p. 121

Sarah Hias, *Les mineurs non accompagnés admis à l'aide sociale à l'enfance : une prise en charge différenciée*.....p. 130

Charlotte Dauwe, *La place du droit dans le projet de territoire post-nucléaire de Fessenheim*..... p. 137

Un autre regard sur... :

Bruno Chabaud, *Acteurs du nucléaire : quelle perception du risque ?*
.....p. 146

Éditorial

Cher lectorat,

Ce premier numéro 2022 de *Risques, études et observations* décortique les rapports entre les risques et le droit à travers des questionnements relatifs à l'anticipation, la prévention, la sanction ou encore la réalisation des risques pour les personnes.

Il débute par la publication des travaux de nombreux auteurs et autrices mobilisés en 2021 pour célébrer les 25 ans du Centre Européen de recherche sur le Risque, le Droit des Accidents Collectifs et des Catastrophes (CERDACC UR 3992). Deux dossiers permettent de revisiter les thématiques classiques du CERDACC : « accidents collectifs et catastrophes : questions de droit comparé et européen » (C. Lacroix, dir.) et « Risque, effondrement, catastrophisme » (T. Schellenberger, K. Jestin, M. Baubonne et D. Piatek, dir.)

Vous y retrouverez également trois publications inédites dans la rubrique *Varia*, ainsi que la désormais traditionnelle invitation d'un professionnel de terrain à mener une réflexion sur la notion de risque dans son métier. Monsieur Bruno Chabaud se prête ici à l'exercice, en nous offrant son analyse de responsable qualité d'un centre nucléaire de production d'électricité. Nul doute que cet « autre regard » intéressera tant les spécialistes des questions de risque nucléaire que l'ensemble de notre lectorat, en particulier parce que la sombre actualité internationale met ces questions sur le devant de la scène.

Bonne lecture,

Julie Mattiussi
Maîtresse de conférences, Université de Haute-Alsace
CERDACC UR 3992

Sommaire détaillé

PARTIE I : DOSSIER	4
25 ANS DU CENTRE EUROPEEN DE RECHERCHE SUR LE RISQUE, LE DROIT DES ACCIDENTS COLLECTIFS ET DES CATASTROPHES	5
I. Accidents collectifs et catastrophes : questions de droit comparé et européen, Caroline Lacroix (dir.) 6	
Propos introductifs, 25 ans...Claude LIENHARD	7
1. Aspects indemnitaires et catastrophes	9
L'indemnisation des victimes d'accidents collectifs et de catastrophes en France et en Allemagne- Regard d'un civiliste -Jonas KNETSCH	10
Regard d'un administrativiste sur l'indemnisation des catastrophes en France, Christophe GUETTIER.....	22
Les préjudices en cas de catastrophes : l'approche italienne, Denise AMRAM	33
Les préjudices en cas de catastrophes : approche belge, Nicolas ESTIENNE	39
2. Droit pénal et catastrophes	43
25 ans de droit pénal des catastrophes : regards franco-italien- Regard français -Caroline LACROIX.....	44
3. Catastrophes et perspectives d'harmonisation européenne ?	57
Catastrophes et les perspectives d'harmonisation européenne en matière indemnitaires, Vincent BOUHIER	58
II. Risque, effondrement, catastrophisme, Mickaël Baubonne, Kévin Jestin, Dariusz Piatek et Thomas Shellenberger (dir.)	68
1. Droit et vérité.....	69
De la connaissance scientifique à la vérité juridique : la confusion des discours, Roïla MAVROULI	70
Fake news, l'action des Surligneurs, Vincent COURONNE	82
2. Anticipation et résilience	89
Une évolution du droit de l'urbanisme au gré des catastrophes ! , Vincent DOEBELIN	90
Un regard de publiciste sur les plans répondant aux catastrophes, Nicolas LOPEZ.....	97
Une histoire des futurs à Mulhouse un destin collectif en dents de scie, Adrien BIASSIN	105
3. Discours et imaginaires	112
Les discours sur l'imminence d'une crise financière de grande ampleur : quel rôle pour les autorités de régulation ?, Akram EL MEJRI	113
PARTIE II : VARIA	120
Positions de thèse, Les principes de la réparation confrontés au dommage corporel, Guillemette WESTER	121
Les mineurs non accompagnés admis à l'aide sociale à l'enfance : une prise en charge différenciée, Sarah HIAS	130
La place du droit dans le projet de territoire post-nucléaire de Fessenheim, Charlotte DAUWE	137
PARTIE III : UN AUTRE REGARD SUR...	145
Acteurs du nucléaire, quelle perception du risque ?, Bruno CHABAUD.....	146

Mentions légales

Ligne éditoriale :

Risques, Études et Observation (Riséo) est une revue doctrinale universitaire dédiée à la question des risques en droit. Elle publie à un rythme biannuel des articles variés articulés autour de la question du ou des risques. Rattachée au Centre européen de recherche sur les Risques, le Droit des Accidents Collectifs et des Catastrophes (CERDACC) de l'Université de Haute-Alsace, elle est publiée en *open access*, téléchargeable en PDF sur le site www.riseo.cerdacc.uha.fr et diffusée sur la plateforme, Calaméo

La rédaction :

Responsable scientifique : Julie MATTIUSSI
Coordinatrice éditoriale : Nathalie ARBOUSSET
Editeur numérique : Université de Haute-Alsace

Politique de publication :

Titre : Riséo
Sous-titre : Risques, études et observations

ISSN : 2110-5537

Périodicité : bi-annuelle, sous réserve de numéro exceptionnel

Type de support : électronique

Année de création : 2010

Politique des droits d'auteurs et de diffusion :

Publication d'accès ouvert et de réutilisation « lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou créer un lien vers un texte intégral ».

Licence Creative commons

Politique d'évaluation :

Les soumissions sont libres, à l'adresse suivante : cerdacc.riseo@gmail.com

Les auteurs et autrices conservent leurs droits d'auteurs ; les articles ne font en conséquence l'objet d'aucune rémunération.

La sélection et éventuelles demandes de modifications sont opérées par la responsable scientifique. En cas de participation à la rubrique dossier, la sélection et éventuelles demandes de modification sont effectuées par les coordinateurs ou coordinatrices du dossier.

Les articles ne sont pas soumis à contraintes de signes. Il revient toutefois aux auteurs et autrices de respecter la charte graphique : Charte graphique

Un article soumis à la revue ne doit pas être soumis dans le même temps à une autre revue, ni avoir été publié précédemment, y compris dans une autre langue.

Conformément aux règles de la déontologie scientifique, la revue condamne fermement toute pratique de plagiat et de falsification des données.

PARTIE I :
DOSSIER

25 ans du Centre Européen de recherche sur le Risque, le Droit des Accidents Collectifs et des Catastrophes

Les 25 ans du Centre Européen de recherche sur le Risque, le Droit des Accidents Collectifs et des Catastrophes (CERDACC) ont été fêtés en 2021 au rythme de plusieurs tables rondes. Deux de ces événements sont publiés dans les colonnes de *Risques, études et observations* :

I. Accidents collectifs et catastrophes : questions de droit comparé et européen

II. Risque, effondrement, catastrophisme

**I. Accidents collectifs et catastrophes :
questions de droit comparé et européen,
Caroline Lacroix (dir.)**

Propos introductifs

25 ans...

Claude LIENHARD

Professeur émérite, Université de Haute-Alsace

Cofondateur du CERDACC

Nous avons donc raison.

Nous étions dans le vrai.

Nous le savons maintenant.

Nous étions audacieux et presque encore jeunes, il y a 25 ans maintenant.

Déjà....

Nous avons le goût du possible et discernions que la France est un pays du temps long. Nous ne l'avons pas respecté mais nous le connaissions le conseil « *Sutor, ne supra crepidam* »¹. Ainsi, comme le cordonnier qui devrait s'arrêter au bord de la chaussure, l'on ne devrait donc pas parler avec assurance de sujets que l'on ne connaît pas bien.

Bien sûr nous étions partiellement ignorants. Qui ne l'est pas ? Mais, nous étions curieux, méthodiques, surtout pragmatiques et toujours à l'affût modestement et patiemment. Surtout, nous augurions un besoin d'au-delà. L'émergence d'une science autre qui mêlerait le droit dans toutes ses disciplines, la sociologie, les sciences, les techniques, la médecine... bref, l'immense planète pluridisciplinaire.

Nous savions que nos implications collectives feraient notre force et ce, au long court. Nous pressentions aussi que nous pouvions être :

- des architectes des savoirs,
- des médecins diagnostiquant les pathologies des causalités,
- des soignants des brûlures de l'âme.

Et voilà le triptyque qui se dessinait et qui s'est imposé comme une évidence. D'abord le terrain, le terrain et encore le terrain comme les botanistes... Ensuite le laboratoire, la paille du juriste Enfin, le forum, à travers « le JAC » et « Riséo » pour faire savoir et pour faire résonance.

Le rythme a été tenu, de mois en mois ; d'année en année.

Nous avons décidé de quitter sans autorisation tutélaire le cocon rassurant de nos connaissances pour explorer d'autres rivages, ceux de l'hors norme, ceux de l'effroi, ceux d'un certain gigantisme, les contentieux de masse comme les attentats, ceux des puissances industrielles, des assureurs, des réassureurs, de la puissance régaliennne dans ses faiblesses et ceux de la justice complexe et désormais spécialisées des pôles parisien et marseillais.

Les drames qui brisent violemment les anciens mondes engendrent à chaque fois le devoir de proposer un après, un autrement marqué du sceau du « plus jamais cela ».

¹ Locution latine signifiant littéralement « Cordonnier, pas au-delà de la sandale »

Encore plus après la pandémie, toujours présente. La crise sanitaire qui met à mal nos libertés. Nous devons baliser des chemins. Ceux qui mènent des « storytelling » anxiogènes à la résilience individuelle puis collective et à la réparation qui doit rester intégrale et bienveillante.

Tant de chantiers à ordonnancer. Le passage de l'événement collectif au procès collectif doit être tracé et accompagné. La métamorphose du paysage indemnitaire doit être scrutée au microscope.

On y verra entre autres, selon les cas, ici des avancés (le Médiateur 10 ans après) et là, des ressacs d'une gouvernance politique imparfaite du FGTI et un manque de gouvernance des citoyens en son sein, lesquels pourtant payent la gabelle assurantielle...

Toujours observer les mille nuances de la fabrique du droit des catastrophes, lesquelles tournent 24 h sur 24 et 7 jours sur 7, et à l'échelle de la planète. Faut-il harmoniser pas le haut ? par le bas ? question récurrente. Et que faire de la tiédeur des compromis parfois proposés pour assurer la paix sociale et l'acceptabilité des risques ?

Il y a aujourd'hui une communauté de pensées et d'agir qui agrège. C'est notre ADN.

25 ans après nous ne sommes endettés de rien et sommes comptables de tout. Le droit des catastrophes, à l'usage, nous pouvons le dire, est :

- un droit couturé de cicatrices,
- le droit des pathologies évolutives des causalités.

Il y a aussi paradoxalement un génie amer des catastrophes qui sont le creuset des préventions.

Il nous faudra bien encore 25 ans pour tout ausculter. Il y a toujours un horizon en attente d'exploration et la suite ne demande qu'à être écrite.

C'est la nouvelle équipe du CERDACC, à l'origine de notre journée, qui est désormais à la barre du navire !

1. Aspects indemnitaires et catastrophes

L'indemnisation des victimes d'accidents collectifs et de catastrophes en France et en Allemagne

- Regard d'un civiliste -

Jonas KNETSCH

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne
(Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)

Quelles différences existe-t-il entre la France et l'Allemagne s'agissant de l'indemnisation des victimes d'accidents collectifs et de catastrophes ? C'est à cette question que notre contribution cherche à répondre à l'occasion du vingt-cinquième anniversaire du Centre Européen de recherche sur le Risque, le Droit des Accidents Collectifs et des Catastrophes (CERDACC) dont l'ancrage géographique à Colmar invite tout naturellement à un tel regard comparatif.

Le premier constat que l'on peut dresser est celui d'un curieux décalage entre les deux pays pour ce qui est de l'intérêt que les auteurs ont accordé à cette thématique. En France, une réflexion doctrinale autour des dommages de masse et des catastrophes apparaît au milieu des années 1990. Ce sont précisément les travaux menés au CERDACC qui ont permis d'identifier la situation spécifique des victimes de catastrophes et d'élaborer, en lien avec les spécialistes d'autres disciplines, des propositions concrètes en vue d'une amélioration de la situation des victimes de catastrophes¹. À l'époque, le pays connaissait une succession de crises sanitaires d'ampleur inédite (sang contaminé, amiante) auxquelles le législateur a répondu par la mise en place de dispositifs indemnitaires nouveaux. La vague d'attentats terroristes², la survenance de plusieurs accidents ferroviaires et aériens³ ainsi que l'effondrement d'une tribune au stade de Furiani en 1992⁴ a sensibilisé la société aux besoins particuliers des victimes de catastrophes, conduisant les juristes à examiner les potentialités du droit pour apporter des réponses adaptées. Il n'est donc pas un hasard que les années 1990 et 2000 furent marquées, au sein de la doctrine civiliste, par un intérêt accru pour le contexte normatif et juridictionnel dans lequel s'inscrivent les accidents collectifs et leurs victimes⁵.

S'agissant de l'Allemagne, la question de la prise en charge des victimes d'accidents collectifs n'a jamais donné lieu à une telle effervescence doctrinale. La doctrine juridique s'est pourtant

¹ C. Lienhard, « Pour un droit des catastrophes », *D.* 1995, chr. p. 91. V. également M.-F. Steinlé-Feuerbach, « Le droit des catastrophes et la règle des trois unités de temps, de lieu et d'action », *Petites Affiches* 28 juillet 1995, p. 9 et T. Hassler, « Le gauchissement des règles de la responsabilité civile en cas d'accidents collectifs ou de risques majeurs », *Petites Affiches* 8 juin 1994, p. 19.

² Dans les années 1980 et 1990, la France est le théâtre de plusieurs séries d'attentats dont les motivations sont très diverses (terrorisme antisémite, terrorisme palestinien et Hezbollah, terrorisme d'extrême-gauche). Pour une chronologie complète, v. https://fr.wikipedia.org/wiki/Chronologie_des_actes_terroristes_en_France.

³ Citons à titre d'exemple les crashes aériens de Habsheim en 1988 et du Mont Sainte-Odile en 1992 et les accidents ferroviaires de la gare de Lyon en 1988 et de Porte-Sainte-Foy en 1997.

⁴ Sur les suites pénales de cet accident, v. X. Prétot, « La responsabilité pénale des fonctionnaires et agents publics. À propos de l'affaire du Stade de Furiani », *RDJ* 1997, p. 1601.

⁵ V. surtout les deux thèses d'A. Guégan-Lécuyer, *Dommages de masse et responsabilité civile*, th. Paris 1, LGDJ, 2006 et de C. Lacroix, *La réparation des dommages en cas de catastrophes*, th. Mulhouse, LGDJ, 2008. V. également C. Lacroix/M.-F. Steinlé-Feuerbach (sous la dir.), *La judiciarisation des grandes catastrophes*, Dalloz, 2015 ainsi que les actes d'une journée d'études intitulée « Dialogue autour de l'indemnisation des victimes d'accidents collectifs » (*Gaz. Pal.* 22 mars 2014, p. 3 et s.).

intéressée bien plus tôt aux dommages de masse (*Massenschäden*). Dès la fin des années 1970, des auteurs ont tenté de conceptualiser cette notion, mais surtout sous l'angle des dommages environnementaux⁶. Alors que la société allemande prenait conscience du dépérissement dramatique de ses forêts (*Waldsterben*) dans les régions à proximité des zones industrielles de la RDA et de la Tchécoslovaquie, il devenait urgent de trouver des réponses juridiques à la question de la réparation de dommages dits « diffus » ou, du moins, non imputables à des responsables individuels⁷. Depuis lors, les auteurs allemands n'ont guère consacré d'analyses approfondies à la question de la prise en charge de victimes de catastrophes⁸. On cherchera en vain des études allemandes sur un « droit des catastrophes » ; par ailleurs, il n'existe à l'heure actuelle aucun centre de recherche dédié aux questions juridiques liées aux accidents collectifs.

Pourtant, les deux systèmes juridiques se caractérisent par des techniques similaires de prise en charge des victimes, dont l'articulation n'est pas toujours aisée⁹. Berceau des assurances sociales, l'Allemagne dispose d'un système de protection sociale dont le fonctionnement diffère du modèle français, mais qui offre aux victimes d'un dommage corporel une couverture tout à fait comparable des frais de soins et de rééducation¹⁰. S'y ajoutent, pour les dommages imputables à un tiers, les différents régimes du droit de la responsabilité, que l'on peut répartir en deux grandes catégories selon que le défendeur est une personne de droit privé (responsabilité civile ou *zivilrechtliche Haftung*) ou une émanation de l'État (responsabilité administrative ou *Staatshaftung*)¹¹. Quant à l'assurance privée, elle offre une protection complémentaire ou alternative contre le risque d'un dommage corporel : alors qu'en France, elle vient compléter la couverture du régime obligatoire d'assurance maladie, elle constitue en Allemagne, pour certains groupes de la population, l'unique régime de protection sociale¹². Enfin, dans les deux pays, les autorités publiques ont également recours à des mécanismes hybrides se situant à mi-chemin entre assurance privée et protection sociale, tels que des fonds d'indemnisation *ad-hoc* ou des dispositifs d'indemnisation sociale (*soziale Entschädigung*), pour offrir une assistance rapide à certaines catégories de victimes¹³.

Malgré quelques différences, on peut ainsi constater une ressemblance des outils juridiques utilisés pour répondre aux besoins des victimes de dommages corporels. Néanmoins, on peut se demander si l'incidence des accidents collectifs et des catastrophes sur l'évolution de ce cadre législatif et réglementaire a été la même en France et en Allemagne. En dépit de la discrétion de la doctrine juridique allemande sur la question, les évolutions législatives et jurisprudentielles font état d'une prise de conscience progressive dans les deux pays et une

⁶ V. par exemple S. Simitis, « Haftungsprobleme beim Umweltschutz », *Versicherungsrecht (VersR)* 1972, p. 1087. V. aussi déjà H. Westermann, *Welche gesetzliche Maßnahmen zur Luftreinhaltung und zur Verbesserung des Nachbarrechts sind erforderlich?*, Westdeutscher Verlag, 1958, spéc. p. 67 (l'auteur appelle à la création d'un « fonds de responsabilité »).

⁷ Pour différentes propositions, v. not. G. Wagner, *Kollektives Umwelthaftungsrecht auf genossenschaftlicher Grundlage*, Duncker & Humblot, 1990 ainsi que l'excellent ouvrage de J. Schmidt-Salzer, *Internationales Umwelthaftungsrecht II. Individueller und Kollektiver Schadensausgleich*, Carl Heymanns Verlag, 1995.

⁸ Rapp. cependant, sur la question des dommages de masse, le rapport de C. von Bar, *Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahmen zur Bewältigung der Haftung für Massenschäden*, Gutachten A für den 62. Deutschen Juristentag, C.H. Beck, 1998.

⁹ V. par exemple l'ouvrage collectif dirigé par nos soins *Quelle prise en charge des dommages corporels au XXI^e siècle ? Recherches sur l'articulation entre droit de la responsabilité, Sécurité sociale et assurances privées*, éd. EN3S/UJM, 2020.

¹⁰ V. par exemple A. Lafon/A. Montaut, *La place de l'assurance maladie privée dans six pays européens*, Dossiers de la DREES, 2017 (n° 19).

¹¹ Pour une comparaison de la responsabilité administrative en droits français et allemand, v. A. Jacquemet-Gauché, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Allemagne*, th. Grenoble 2, LGDJ, 2013 ainsi que du même auteur « Allemagne », in : A. Antoine/T. Olson (sous la dir.), *La responsabilité de la puissance publique en droit comparé*, Société de Législation Comparée, 2017, p. 39.

¹² V. en particulier M. Zwickel, « Le dualisme du système d'assurance-maladie en droit allemand », in : J. Knetsch (sous la dir.), *Quelle prise en charge des dommages corporels au XXI^e siècle ?*, op. cit., p. 49.

¹³ V. sur ce point notre thèse *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, LGDJ, 2013 ainsi que sa version allemande *Haftungsrecht und Entschädigungsfonds*, Mohr Siebeck, 2012.

influence plus ou moins avouée d'événements catastrophiques, conduisant parfois à des changements de pratique notables. En définitive, les accidents collectifs et d'autres sinistres sériels apparaissent aujourd'hui, aussi bien en France qu'en Allemagne, comme des situations qui appellent une réponse spécifique de la part du législateur et des juridictions.

Afin d'illustrer ce phénomène qui se traduit dans l'ensemble des branches du droit du dommage corporel, nous aborderons les techniques dans lesquelles l'influence se révèle le plus tangible. C'est avant tout sur le terrain du droit de la responsabilité que l'on peut observer une adaptation au contexte catastrophique d'un dommage (I). Celle-ci a été accompagnée, par ailleurs, de mesures législatives originales dans les deux pays, en marge du mécanisme classique de la responsabilité (II).

I) L'adaptation des mécanismes classiques : l'exemple de la responsabilité civile

Rechercher l'incidence des accidents collectifs et des catastrophes sur les évolutions de la responsabilité civile suppose un examen détaillé de leurs causes. Les travaux préparatoires des réformes législatives constituent à cet égard une source d'enseignements très riches et permettent d'identifier l'importance de telle crise sanitaire ou de tel accident massif dans la genèse de nouveaux textes. Du reste, l'étude de la jurisprudence et notamment d'affaires emblématiques ayant fait évoluer le droit positif permettent de confirmer les liens entre la survenance d'une catastrophe et ces mutations. En effet, des évolutions induites par une catastrophe ou un accident collectif peuvent être identifiées aussi bien sur le plan des conditions de la responsabilité civile (A) que sur sa mise en œuvre (B).

A) L'adaptation des conditions de la responsabilité

S'agissant de l'émergence de nouveaux régimes de responsabilité, on pense tout d'abord aux régimes spécifiques qui ont été créés, dans les deux pays, pour les dommages causés par un produit défectueux¹⁴ ainsi que pour les dommages environnementaux¹⁵. On sait que ces régimes sont tous deux issus de directives européennes dont la transposition a eu pour effet d'harmoniser, au sein de l'Union européenne, les règles régissant la responsabilité du fait des produits présentant un défaut de sécurité et du fait des atteintes à l'environnement.

Peut-on considérer que ces deux régimes ont été créés pour adapter le droit aux dommages catastrophiques ? La réponse n'est guère aisée, les autorités européennes ne faisant pas directement référence à des catastrophes spécifiques qui auraient été à l'origine des initiatives législatives. Les directives 85/374 et 2004/35 se présentent davantage comme le fruit d'une évolution de plusieurs décennies et d'une prise de conscience progressive des spécificités des dommages environnementaux et des accidents causés par des produits défectueux que comme des réponses ponctuelles.

Pour autant, à consulter les travaux préparatoires des deux directives européennes, l'on s'aperçoit que la survenance de catastrophes n'a pas été tout à fait étrangère à l'émergence des régimes spécifiques. Aussi peut-on lire, à propos de la responsabilité du fait des produits défectueux, que la production en série des biens de consommation a conduit à l'émergence d'accidents qui « *présentent un caractère catastrophique, touchent à des produits de grande*

¹⁴ En France, ce régime spécial de responsabilité a été introduit par une loi du 19 mai 1998 dans le Code civil (art. 1245 et suivants). En Allemagne, un régime similaire a été mis en place par une loi du 15 décembre 1989 (sur cette loi, v. I. Schwenzer, « L'adaptation de la directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux en Allemagne fédérale », *RID comp.* 1991, p. 57, spéc. p. 60 et s.).

¹⁵ Pour la France, il s'agit de la loi du 1^{er} août 2008 qui a introduit dans le Livre I^{er} du Code de l'environnement un nouveau titre VI portant sur la « prévention et réparation de certains dommages causés à l'environnement ». S'agissant de l'Allemagne, c'est une loi du 10 mai 2007 (*Umweltschadensgesetz*) qui transpose la directive 2004/35.

consommation ou de haute technicité, et entraînant de nombreuses victimes »¹⁶. S'agissant de la responsabilité environnementale, la Commission européenne a insisté, dans sa proposition de directive de 2002, sur le lien avec les catastrophes environnementales qui ont marqué le dernier quart du XX^e siècle : accidents de Seveso de 1976, de l'usine Sandoz de 1986, du complexe minier d'Aznalcollar de 1998 et de Baia Mare de 2000¹⁷.

L'incidence des catastrophes et accidents collectifs est plus évidente encore si l'on se tourne vers l'aménagement de certaines conditions du droit commun de la responsabilité. En droit français, en attendant une éventuelle consécration législative par la réforme annoncée du droit de la responsabilité, ces évolutions sont souvent le fruit de la jurisprudence. On peut ainsi citer les arrêts du 28 février 2002 rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation¹⁸, qui ont considérablement modifié la définition de la faute inexcusable de l'employeur afin de permettre aux travailleurs d'obtenir une majoration de leurs prestations de Sécurité sociale. Or, c'est dans le cadre d'un contentieux de l'amiante, se rattachant ainsi à ce qui a été présenté comme une « *affaire aussi grave que celle du sang contaminé* »¹⁹, que la Cour de cassation a procédé à cette redéfinition, montrant une nouvelle fois que les catastrophes sanitaires peuvent provoquer des changements d'ampleur du droit positif.

On pourrait également penser à la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'appréciation du lien causal entre un produit défectueux et un dommage. Depuis la fin des années 2000, la première chambre civile a procédé à un aménagement de l'objet et de la charge de la preuve en décidant que « *la preuve de l'existence d'un lien de causalité entre le défaut [du produit] et le dommage subi par la victime peut résulter de présomptions graves, précises et concordantes* »²⁰. Validée par la Cour de justice de l'Union européenne²¹, cette évolution s'est opérée à l'occasion d'un litige portant sur le vaccin contre l'hépatite B. S'il ne s'agit pas là d'un événement catastrophique au sens strict, l'affaire du vaccin contre l'hépatite B se présente, à bien des égards, comme un contentieux sériel, qualifié par certains comme « *l'un des plus grands scandales de santé publique du XX^e siècle* »²², par d'autres comme une polémique inutile et sans fondement scientifique²³.

En ce qui concerne le droit allemand, le même phénomène est encore plus visible lorsque l'on étudie les origines de l'assouplissement des règles régissant la réparation des préjudices extrapatrimoniaux. Dans ce domaine où le droit allemand était traditionnellement très en

¹⁶ Y. Markovits, *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, th. Paris 1, LGDJ, 1990, n° 60 (et l'auteur de poursuivre qu'« au caractère collectif de l'acte de consommation répond le caractère collectif de l'accident de la consommation, nécessitant une 'adaptation à la société postindustrielle' »). En ce sens aussi, S. Taylor, *L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux*, th. Paris 1, LGDJ, 1999, n° 1 et 6 (« le public a été sensibilisé par un nombre d'affaires dramatiques impliquant des produits défectueux ») ainsi que J.-S. Borghetti, *La responsabilité du fait des produits. Étude comparée*, th. Paris 1, LGDJ, 2004, n° 12.

¹⁷ Commission européenne, *Proposition de directive sur la responsabilité environnementale en vue de la prévention et de la réparation des dommages environnementaux*, COM(2002) 17 final, p. 2

¹⁸ Soc., 28 février 2002. Sur l'importance de ces arrêts, v. par exemple C. Bergoignan-Esper/P. Sargos, *Les grands arrêts du droit de la santé*, Dalloz, 3^e éd. 2021, p. 665 et s.

¹⁹ Sur la perception de l'affaire de l'amiante dans les médias, v. E. Henry, *Amiante : un scandale improbable. Sociologie d'un problème public*, Presses universitaires de Rennes, 2007, spéc. p. 102.

²⁰ Civ. 1, 9 juillet 2009, 08-11.073. V. également Civ. 1, 29 mai 2013, n° 12-20.903 et 12 novembre 2015, n° 14-18.118.

²¹ CJUE, 21 juin 2017, *W. et autres c. Sanofi Pasteur MSD SNC*, aff. C-621/15, § 43 (« l'article 4 de la directive 85/374 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à un régime probatoire national [...] en vertu duquel [...] le juge du fond peut considérer [...] que, nonobstant la constatation que la recherche médicale n'établit ni n'infirme l'existence d'un lien entre l'administration du vaccin et la survenance de la maladie dont est atteinte la victime, certains éléments de fait invoqués par le demandeur constituent des indices graves, précis et concordants permettant de conclure à l'existence d'un défaut du vaccin et à celle d'un lien de causalité entre ce défaut et ladite maladie »)

²² V. not. L. Foucras, *Le nouveau dossier noir du vaccin contre l'hépatite B*, éd. Marco Pietteur, 2009 et déjà S. Simon/M. Vercoutère, *Vaccin anti-hépatite B : les coulisses d'un scandale*, éd. Marco Pietteur, 1997

²³ V. par exemple H. Jalinière, « Vaccin contre l'hépatite B et sclérose en plaques : une étrange décision de justice », *Sciences et Avenir* 28 juin 2017 (« À l'encontre de toutes les données scientifiques, un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît un lien de causalité entre le vaccin contre l'hépatite B et la survenue d'une sclérose en plaques. »)

retrait par rapport au droit français, le Parlement fédéral est intervenu à deux reprises, d'abord pour admettre les dommages-intérêts pour préjudice moral en matière de responsabilité sans faute, puis pour reconnaître aux proches d'une victime décédée une indemnité pour préjudice d'affection. Dans les deux cas, une catastrophe a donné l'impulsion nécessaire pour l'intervention législative. En 2002, il s'agissait de tirer les conséquences de l'affaire du sang contaminé dans laquelle plusieurs demandeurs n'ont pu obtenir des dommages-intérêts pour les souffrances morales en raison de la nature objective de la responsabilité pharmaceutique²⁴. S'agissant de la seconde réforme, c'est le crash aérien d'un avion Germanwings dans les Alpes en 2015 qui a été le déclencheur, une partie de la doctrine juridique ayant critiqué l'absence de dommages-intérêts pour les proches des victimes²⁵.

Ce premier aperçu laisse penser que les catastrophes et les accidents collectifs sont amenés à jouer, plus souvent que l'on ne pense, un rôle moteur dans l'évolution du droit de la responsabilité. Cela est confirmé par l'analyse de la mise en œuvre des règles de responsabilité.

B) L'adaptation de la mise en œuvre de la responsabilité

La prise de conscience du particularisme des accidents collectifs et des catastrophes a tout d'abord conduit à une adaptation de la mise en œuvre amiable des droits des personnes lésées. L'essor des associations de victimes et d'autres structures de soutien a permis une formalisation progressive des accords transactionnels d'indemnisation, quoique à des degrés divers en France et en Allemagne. Aussi peut-on observer que la mise en place en France d'une politique plus volontariste d'aide aux victimes a entraîné une réflexion plus poussée sur la place des accords d'indemnisation dans la prise en charge des victimes.

Dans les deux pays, on peut observer, dès les années 1970, l'apparition des premières associations de victimes qui ont œuvré pour la reconnaissance des droits de leurs adhérents et la conclusion d'accords transactionnels avec les responsables. L'affaire de la thalidomide en Allemagne est révélatrice de cette évolution²⁶. Un laboratoire pharmaceutique avait commercialisé, entre 1955 et 1957, un somnifère sous le nom de « Contergan » qui avait été présenté comme exempt de risques pour des femmes enceintes. En 1961, après la parution de plusieurs articles de presse faisant état d'un lien entre la prise du médicament pendant une grossesse et des malformations congénitales, le laboratoire a retiré du marché le produit et a dû faire face à des réclamations de la part des parents d'enfants nés handicapés. On considère aujourd'hui qu'environ 5 000 enfants sont nés en Allemagne avec des malformations liées à la thalidomide.

À la suite des révélations sur la nocivité du médicament, une enquête pénale a été ouverte en 1967 par le parquet de la ville d'Aix-la-Chapelle. Les parents de 220 enfants concernés se sont joints à cette procédure en tant que parties civiles, ce qui a poussé le laboratoire à donner son accord au versement d'une indemnité de 100 millions de marks aux familles et,

²⁴ Sur ce point, v. C. Katzenmeier, « Die Neuregelung des Anspruchs auf Schmerzensgeld », *Juristen-Zeitung* 2002, p. 1029 et, surtout, E. Deutsch, « Über die Zukunft des Schmerzensgeldes », *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1998, p. 291, spéc. p. 292 et s.

²⁵ G. Wagner, « Schadensersatz in Todesfällen – Das neue Hinterbliebenengeld », *Neue Juristische Wochenschrift* 2017, p. 2641. V. également H.-P. Schwintowski, « Angehörigenschmerzensgeld – Zeit zum Umdenken! », *Verkehr und Recht* 2016, p. 18 (l'auteur mettait en avant le fait qu'en présence de victimes sans revenu propre [mineurs, étudiants ou chômeurs], les homicides devenaient ainsi « gratuits » [*Töten zum Nulltarif*], le responsable n'étant obligé de verser aucuns dommages-intérêts aux proches des victimes décédées ; il se trouvait que seize des victimes allemandes étaient des lycéens).

²⁶ Pour une présentation très détaillée, v. l'ouvrage de D. Böhm, *Die Entschädigung der Contergan-Kinder*, ouvrage auto-édité, 1973 (l'auteur est lui-même père d'un enfant né handicapé en raison d'une prise de Contergan). En langue française, v. les propos sommaires dans notre thèse *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, th. Paris 2/Cologne, LGDJ, 2013, n° 154.

ultérieurement, au classement sans suite de l'affaire pénale²⁷. L'accord a été principalement négocié par un groupe de trois avocats qui ont fait office de « fiduciaires » (*Treuhänder*) pour les familles de victimes²⁸. S'il ne s'agissait pas à l'époque d'une association de victimes à proprement parler, la mise en place de l'accord préfigure cependant le rôle que joueront les associations dans les décennies à venir dans la défense des droits de victimes. Force est en effet de constater que, dans les deux pays, il existe aujourd'hui des associations, créées pour venir en aide des victimes d'une catastrophe ou d'un accident collectif, qui sont suffisamment bien organisées pour assurer un accompagnement psychologique, juridique et médiatique des victimes²⁹.

Sous l'impulsion des pouvoirs publics, la situation en France se caractérise par ailleurs par l'existence de structures publiques qui viennent en appui des victimes de catastrophes. Ainsi, la création de comités locaux d'aide aux victimes par un décret du 3 août 2016 est venue concrétiser une politique d'aide aux victimes, amorcée dès le début des années 2000 avec la création d'un secrétariat d'État chargé des droits des victimes³⁰. Conçus pour préfigurer un « service public de l'aide aux victimes », ces comités locaux visent à mettre en place un meilleur suivi des victimes et aussi à améliorer les dispositifs d'aide aux victimes³¹. Par ailleurs, la Délégation interministérielle à l'aide aux victimes a élaboré un *Guide méthodologique sur la prise en charge des victimes d'accidents collectifs* pour fluidifier les échanges entre les différents acteurs (administration, assureurs, associations de victimes, familles) et les accompagner, dans la « phase de post-crise », dans l'élaboration d'accords cadre d'indemnisation³².

Sur un autre plan, les législateurs français et allemand ont décidé, dès les années 2010, d'améliorer l'accès à la justice pour les victimes d'accidents sériels par la mise en place d'actions collectives. Le droit français connaît aujourd'hui trois types d'actions de groupe qui ont été institués, entre 2014 et 2016, pour les consommateurs, les victimes de dommages médicaux et environnementaux ainsi que pour les personnes concernées par la violation de règles sur la protection des données et la lutte contre la discrimination³³. Bien que ces dispositifs n'aient pas suscité un grand enthousiasme de la part des avocats de victimes et que les premières (rares) actions intentées soient toujours pendantes ou ont été abandonnées entre-temps, il n'y a pas de doute que ces *class-actions* « à la française » sont le fruit d'une prise de conscience des besoins spécifiques de victimes d'accidents collectifs sériels.

²⁷ Sur cette décision, v. P. Derleder/G. Winter, « Die Entschädigung für Contergan », *Demokratie und Recht* 1976, p. 360, spéc. p. Étant donné que ce montant n'a pas suffi à indemniser l'ensemble des familles, il a été décidé de créer une fondation dédiée dont le budget initial était composé des 100 millions de marks versés par le laboratoire et, surtout, de contributions substantielles de l'État fédéral.

²⁸ D. Böhm, *Die Entschädigung der Contergan-Kinder*, op. cit., p. 16 et s.

²⁹ En Allemagne, on peut citer notamment les associations *Loveparade Selbsthilfe* (qui réunit les victimes d'un mouvement de panique qui s'est créé à un festival de musique électronique le 24 juillet 2010 à Duisbourg) et *Doping-Opfer-Hilfe* (qui vient en aide aux sportifs de haut niveau victimes de dopage forcé en RDA). En France, les associations de victimes semblent plus nombreuses : AVIM (victimes du Mediator), APESAC (victimes de la Dépakine) et AFVT (victimes du terrorisme)...

³⁰ C'est l'avocate Nicole Guedj qui, la première, a rempli ces missions au sein du gouvernement de Jean-Pierre Raffarin (2004-2005). Un secrétariat d'État chargé de l'aide aux victimes a également existé de 2016 à 2017 dans les gouvernements successifs de Manuel Valls et de Bernard Cazeneuve.

³¹ Les comités ont été créés par le décret n° 2017-618 du 25 avril 2017. Sur ce texte, v. I. Sadowski, « La consolidation juridique de l'organisation territoriale de l'aide aux victimes », *JAC* 1^{er} septembre 2018 (n° 178), p. 3. V. aussi le communiqué de presse de la secrétaire d'État chargée de l'aide aux victimes du 26 avril 2017 (<https://www.france-victimes.fr/index.php/docman/grand-public/1814-2017-cp-spav-clav>).

³² Le document est disponible sur le site internet du ministère de la Justice (http://www.justice.gouv.fr/publication/guide_methodo_accidents_collectifs_291117.pdf ; v. en particulier p. 38 et s.).

³³ Pour une présentation récente de ces actions sous l'angle du droit de la responsabilité civile, v. M. Bacache-Gibeili, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 4^e éd. 2021, n°s 409 et s.

Ici encore, la situation en Allemagne se situe quelque peu en retrait par rapport à la France. Si le législateur s'y est également efforcé d'introduire des actions collectives pour améliorer l'accès à la justice d'un groupe de victimes, les dispositifs créés se caractérisent par un champ d'application beaucoup plus réduit. Le Parlement fédéral a adopté en 2018, après bien des débats, une loi autorisant des actions collectives (*Musterfeststellungsklagen*)³⁴, mais celles-ci doivent être portées par des associations de consommateurs et ne peuvent concerner que les différends entre consommateurs et professionnels pour des préjudices liés à l'exécution de contrats standardisés. Bien que les textes de loi soient peu explicites sur le domaine d'application, la doctrine allemande est plutôt réticente à l'idée d'une recevabilité d'actions de groupe de ce type émanant de victimes de dommages corporels³⁵.

Aussi bien en France qu'en Allemagne, les pouvoirs publics se sont également appuyés sur d'autres instruments que le droit de la responsabilité pour améliorer la prise en charge des victimes d'accidents collectifs et de catastrophes.

II) La mise en place de dispositifs alternatifs de prise en charge

Le droit français se différencie du droit allemand par la présence d'un nombre important de fonds d'indemnisation dont certains ont été créés pour répondre à une catastrophe collective. Trente ans après la création du Fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles (FITH), le législateur français envisage à présent ces dispositifs comme un outil indemnitaire performant pour garantir à certaines catégories de victimes une prise en charge rapide en dehors du droit de la responsabilité. Si la technique des fonds d'indemnisation n'est pas inconnue du droit allemand, l'approche du législateur allemand pour réagir aux situations de crise est cependant différente. Au lieu d'instituer des dispositifs *ad hoc*, les autorités publiques s'appuient davantage sur le droit de l'indemnisation sociale (*soziales Entschädigungsrecht*).

Nous envisagerons tour à tour le recours à la technique des fonds d'indemnisation en France (A) et l'importance de l'indemnisation sociale (*soziale Entschädigung*) en Allemagne (B).

A) Le recours à la technique des fonds d'indemnisation en France

Parmi les transformations contemporaines du droit de la responsabilité, le phénomène de la socialisation des risques est celui qui a durablement marqué le droit civil français. L'expansion de l'assurance de responsabilité civile et l'essor des mécanismes de protection sociale ont conduit à un « déclin de la responsabilité individuelle », étudié par Geneviève VINEY dans sa thèse devenue classique³⁶. Depuis les années 1980, intervenant d'abord de manière épisodique, puis à un rythme de plus en plus soutenu, le législateur français a créé des fonds d'indemnisation chargés d'indemniser des victimes qui risqueraient, sans ces dispositifs, de devoir supporter seules certains dommages. Pendant longtemps peu étudiés par la doctrine civiliste, les fonds d'indemnisation forment aujourd'hui, aux côtés des assurances privées et de la Sécurité sociale, le troisième pilier de la socialisation des risques.

Parmi les fonds d'indemnisation, on peut opérer une distinction entre les dispositifs qui, dans une perspective durable, prennent en charge certaines catégories de victimes afin de combler les lacunes du droit de la responsabilité, et ceux qui sont destinés à liquider les dommages de

³⁴ Cette loi généralise des actions collectives qui étaient alors reconnues que dans des domaines plus spécifiques (protection des actionnaires contre la diffusion d'informations inexacts, infractions contre le droit de la concurrence). Sur le contexte de la loi de 2018 et l'influence de l'affaire Volkswagen (*Dieselgate*), v. en langue française S. Guinchard et al., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, 11^e éd. 2021, n° 13 ALL.

³⁵ V. par exemple, pour des litiges entre patients et professionnels et établissements de santé, H.-B. Ziegler/A. Ziegler, « Die Musterfeststellungsklage im Arzthaftungsrecht », *GesundheitsRecht* 2020, p. 205.

³⁶ G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, th. Paris, LGDJ, 1965 (rééd. 2014).

masse survenus dans le passé³⁷. Les interventions législatives de ces dix dernières années ont confirmé l'importance grandissante des fonds d'indemnisation de la seconde catégorie et le rôle singulier que ceux-ci jouent dans la gestion politique d'une catastrophe collective.

L'une des caractéristiques des fonds créés à la suite d'une catastrophe est le contexte politique dans lequel est élaborée la loi d'indemnisation. Les dispositifs les plus récents, mis en place pour indemniser les victimes du benfluorex (affaire du Mediator)³⁸ et du valproate de sodium (affaire de la Dépakine)³⁹, ont été institués dans des circonstances quasiment identiques aux réponses législatives dans les affaires du sang contaminé, de l'amiante ou de l'hormone de croissance⁴⁰. Dans l'ensemble des cas, il s'agissait de faire adopter, dans l'urgence, des lois de circonstance afin de gérer au plus vite les conséquences d'une affaire de santé publique et de répondre aux accusations formulées par la société civile tenant à une implication ou, pour le moins, à une négligence des autorités publiques.

Sur le plan de l'administration des fonds d'indemnisation, il est possible d'observer une volonté de rationalisation des structures. Alors que l'on déplore généralement le foisonnement de fonds de garantie et d'indemnisation, créés au gré des scandales sanitaires et sans réflexion d'ensemble, les autorités publiques semblent avoir engagé une réflexion sur les avantages d'un regroupement des dispositifs catégoriels d'indemnisation afin de créer des sortes de « guichets uniques ». Si le législateur n'a jamais cessé de créer de nouveaux fonds d'indemnisation spécifiques⁴¹, l'on peut tout de même noter une tendance à limiter les structures autonomes.

Ainsi, les missions du Fonds de garantie automobile, créé en 1951, ont été successivement élargies pour viser aujourd'hui les accidents de chasse, les accidents résultant de la circulation sur le sol (mais sans intervention d'un véhicule terrestre à moteur), la défaillance d'une assurance obligatoire de dommages ainsi que les dommages immobiliers d'origine minière, ce qui explique le changement de nom, en 2003. Depuis lors, le fonds porte la dénomination Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO). Les autorités publiques ont également confié au FGAO la charge d'administrer un autre fonds destiné à prendre en charge les victimes d'actes de terrorisme et de certaines infractions pénales de droit commun. Depuis 1991, les statuts du FGTI prévoient en effet une gestion des dossiers par le FGAO, ce qui permet aux deux organismes de présenter leurs missions sous une dénomination unique (« Fonds de garantie des victimes ») et d'orienter le public vers l'un ou l'autre des fonds en fonction de la demande d'indemnisation⁴².

L'objectif de mettre en place un tel « guichet unique » est encore plus visible en matière médicale où l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM), créé en 2002 par la loi « Kouchner », réunit aujourd'hui un nombre important de dispositifs de prise en

³⁷ Pour des développements approfondis sur la distinction entre fonds prospectifs et rétrospectifs, v. notre thèse *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, th. préc., n^{os} 140 et s.

³⁸ Art. L. 1142-24-1 à L. 1142-24-8 C. sant. publ. issus de la loi n^o 2011-900 du 29 juillet 2011 de finances rectificative pour 2011.

³⁹ Art. L. 1142-24-9 à L. 1142-24-17 C. sant. publ. issus de la loi n^o 2016-1917 du 29 décembre 2016 de finances pour 2017. Ces textes sont entrés en vigueur le 1^{er} juillet 2017. Pour une étude de ce dispositif, S. Jouslin de Noray/C. Joseph-Oudin, « Le dispositif spécifique d'instruction des demandes d'indemnisation concernant les préjudices imputables au valproate de sodium (Dépakine et ses dérivés) : une avancée pour les droits des victimes ? », *Rev. Lamy Dr. civil* 2017 (n^o 146), p. 18.

⁴⁰ Pour une présentation détaillée du contexte dans lequel ont été votées les lois d'indemnisation, v. notre étude *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, th. préc., n^o 147 et s.

⁴¹ V. par exemple la création récente d'un Fonds d'indemnisation des victimes des pesticides (FIVP). Pour plus de détails, v. not. F. Arhab-Girardin, « Les limites de la responsabilité civile face aux risques sanitaires liés aux pesticides et l'opportunité de la création d'un fonds d'indemnisation », *Revue juridique de l'environnement* 2020 (n^o spécial), p. 233, spéc. p. 237.

⁴² Sur cette convention, v. la présentation donnée par l'annexe aux comptes annuels du Fonds de garantie des victimes pour l'année 2020 (https://www.fondsdegarantie.fr/wp-content/uploads/2021/07/FGTI_ANNEXE_2020_Certifiee.pdf ; spéc. p. 13).

charge différents. Outre l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux non-fautifs, l'ONIAM traite également des dossiers d'indemnisation en matière d'infections nosocomiales et de dommages liés aux vaccinations obligatoires, aux mesures d'urgence sanitaire, aux médicaments à base de benfluorex (Mediator) et valproate de sodium (Dépakine). S'y ajoute la compétence pour l'indemnisation des victimes de dommages transfusionnels, transférée lors de la dissolution en 2004 du FITH, créé en réponse à l'affaire du sang contaminé en 1992.

Plus récemment, un rapport conjoint de l'Inspection générale des finances et de l'Inspection générale des affaires sociales a préconisé la fusion de l'ONIAM avec le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante dont l'activité devrait décroître dans les années à venir⁴³. L'objectif serait de créer un nouvel établissement à même d'assurer « *une plus grande cohérence et lisibilité de la politique d'indemnisation dans le champ de la santé* »⁴⁴. À en croire les auteurs de ce rapport, il ne s'agirait pas de fusionner l'ensemble des dispositifs pour créer un « fonds général d'indemnisation » pour l'ensemble des dommages corporels, à l'instar de ce qu'une partie préconise depuis longtemps⁴⁵, mais d'administrer une multitude de dispositifs au sein d'un établissement qui concentrerait « *en une seule entité une forte expertise sur une large palette de dispositifs d'indemnisation* »⁴⁶. Une telle option *a minima* est certainement la plus raisonnable si les autorités publiques souhaitent conserver leur marge de manœuvre dans la conception et la mise en place de réponses indemnitaires à des catastrophes collectives⁴⁷.

Compte tenu de l'état du droit positif, la technique des fonds d'indemnisation apparaît moins attrayante en Allemagne où n'existent que quelques rares dispositifs ponctuels. Avec l'indemnisation sociale, les autorités allemandes disposent en revanche d'un autre outil juridique pour répondre au besoin d'indemnisation né d'une catastrophe ou d'un accident collectif.

B) L'importance de l'indemnisation sociale (*soziale Entschädigung*) en Allemagne

À trois reprises, le législateur allemand a créé des fonds d'indemnisation en réponse à des crises sanitaires ou des accidents collectifs. Ainsi, comme cela a déjà été indiqué, l'affaire de la thalidomide a été l'occasion de créer une fondation de droit public pour l'assistance aux victimes, dont le budget initial a été composé de la somme de 100 millions de marks versés à titre gracieux et sans reconnaissance de responsabilité, par le laboratoire pharmaceutique ainsi que des contributions de l'État fédéral⁴⁸. Créée en 1972, la fondation qui porte aujourd'hui le nom de *Conterganstiftung für behinderte Menschen*, prend actuellement en charge 2 500 personnes concernées et leur verse des rentes pouvant atteindre jusqu'à 6 900 euros par mois⁴⁹.

⁴³ IGF/IGAS, *Consolider l'indemnisation publique dans le champ de la santé : enjeux et modalités du rapprochement entre le FIVA et l'ONIAM*, n° 2020-076R, 2021 (le rapport ainsi que ses annexes peuvent être consultés sur le site <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/280596.pdf>). Sur ce rapport, v. l'étude de T. Leleu, « Vers la création d'un géant de l'indemnisation : à propos du rapport IGF/IGAS proposant la fusion de l'ONIAM et du FIVA », *Resp. civ. assur.* 2021, étude 12.

⁴⁴ IGF/IGAS, *Consolider l'indemnisation publique dans le champ de la santé*, rapp. préc., p. 46.

⁴⁵ V. en particulier Ph. le Tourneau (sous la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 12^e éd. 2020, n°s 0124.12 et 0124.16. Pour d'autres propositions de même type, v. les nombreuses références citées dans notre étude *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, th. préc., n°s 624 et s.

⁴⁶ IGF/IGAS, *Consolider l'indemnisation publique dans le champ de la santé*, rapp. préc., p. 46.

⁴⁷ V. notre étude *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, th. préc., n°s 633 et s. En ce sens aussi T. Leleu, *Essai de restructuration de la responsabilité publique. À la recherche de la responsabilité sans fait*, th. Paris 2, LGDJ, 2014, p. 225 et s.

⁴⁸ Le budget de la fondation a été abondé par des versements de l'État fédéral dont le total s'élève à 320 millions d'euros. Depuis 1997, les dépenses de la fondation sont directement prises en charge par le budget général de l'État fédéral (*Bundeshaushalt*).

⁴⁹ Pour une présentation détaillée de l'activité du fonds, v. en particulier le rapport d'activité pour l'année 2020 (disponible sur le site internet <https://www.contergan-infoportal.de/stiftung/dokumente/geschaeftsberichte/>).

Deux autres fonds d'indemnisation ont été mis en place en 1995 et 2002 pour faire face à des catastrophes sanitaires. Il s'agit d'une part de la fondation *Humanitäre Hilfe für durch Blutprodukte HIV-infizierte Personen* (« Aide humanitaire en faveur des victimes de produits sanguins contaminées par le VIH »), instituée en réponse à l'affaire du sang contaminé qui a suscité moins de victimes et, partant, un retentissement médiatique moindre qu'en France. D'autre part, un fonds a été institué en 2002 pour indemniser les sportifs de haut niveau, victimes de pratiques de dopage forcé en RDA. Ce dernier dispositif a été dissous au 1^{er} janvier 2008 après que 500 bénéficiaires eurent reçu les indemnités prévues par la loi.

Malgré son importance limitée en droit positif allemand, la technique des fonds d'indemnisation n'est pas pour autant absente du débat doctrinal. Depuis le début des années 2010, l'on discute ainsi de l'opportunité de créer un fonds d'indemnisation en matière médicale (*Patientenentschädigungsfonds*) pour prendre en charge des dommages liés à une complication inattendue ou à une dégradation subite de l'état de santé qui ne serait pas l'effet d'un comportement fautif du médecin⁵⁰. Il a également été envisagé de mettre en place un fonds d'indemnisation pour les cas où le patient ne parvient pas à prouver la faute médicale dont l'existence est pourtant fortement probable⁵¹. À l'heure actuelle, ces réflexions n'ont pas donné lieu à une réforme législative, le législateur étant pour l'heure réticent à créer des dispositifs alternatifs à la responsabilité médicale.

De manière générale, il est possible d'observer en Allemagne que les appels à la solidarité nationale se font moins nombreux et que les juristes sont moins familiers avec la technique des fonds d'indemnisation qu'en France. Plusieurs facteurs peuvent expliquer ce décalage. Tout d'abord, le droit allemand de la responsabilité se caractérise par une orientation générale beaucoup moins favorable aux victimes⁵². Contrairement à la France où l'essor des responsabilités objectives et la généralisation de l'assurance de responsabilité civile ont fait de l'indemnisation des victimes la finalité première des règles de responsabilité, l'idée même de la responsabilité civile sans faute est encore en Allemagne considérée comme une anomalie au sein du système de droit civil⁵³. Ensuite, la structure fédérale de l'Allemagne dilue les responsabilités des autorités publiques et empêchent ainsi que la société civile émette un appel à la solidarité au niveau de l'État fédéral. S'y ajoute une perception différente de l'État dans l'organisation de la société (économie sociale de marché vs. volontarisme étatique)⁵⁴, ce qui a contribué probablement à une vision moins « socialisante » de la prise en charge de victimes de catastrophes et d'accidents collectifs. Enfin, le droit allemand dispose, avec l'indemnisation sociale (*soziale Entschädigung*), d'un outil juridique qui peut être mobilisé à la suite de tels événements.

En effet, l'essentiel du débat autour de la prise en charge des victimes de catastrophes et d'accidents collectifs se situe sur le terrain de l'indemnisation sociale. Il s'agit là d'une notion qui a vocation à englober tous les régimes de compensation (totale ou partielle) qui

⁵⁰ V. en particulier l'étude de D. Hart/Francke, *Das Modell eines Patientenentschädigungs- und -härtefallfonds (PatEHF) für Schäden durch medizinische Behandlungen*, Rechtsgutachten für die Behörde für Gesundheit und Verbraucherschutz der Freien Hansestadt Hamburg, 2013. V. aussi la réponse de C. Katzenmeier, « Patientenentschädigungsfonds – rechtspolitische Forderungen und rechtsdogmatische Erwägungen », *VersR* 2014, p. 405.

⁵¹ V. en particulier G. Wagner, « Bedarf es eines Härtefallfonds für Behandlungsschäden? », *Zeitschrift für Medizinrecht (MedR)* 2021, p. 101.

⁵² M. Fromont/J. Knetsch, *Droit privé allemand*, Lextenso, 2^e éd. 2017, n° 355 *in fine*.

⁵³ Sur l'illicéité comme fondement principal de la responsabilité civile en droit allemand, v. M. Fromont/J. Knetsch, *Droit privé allemand, op. cit.*, n° 355 ainsi que notre étude « La place de la responsabilité sans faute dans le système de responsabilité civile. Étude de droit comparé », *Rev. contrats* 2019, p. 196.

⁵⁴ Sur ces questions, v. not. en langue française T. Petersen, « Le difficile rapport des Allemands à la liberté », *Regards sur l'économie allemande* 2012 (n° 107), p. 15 ; H. Utterwede, « Politique économique : quelles convergences franco-allemandes ? », *Allemagne d'aujourd'hui* 2018/4, p. 61. V. également P. Rosanvallon, *L'État en France de 1789 à nos jours*, Seuil, 1990.

manifestent une reconnaissance par l'État ou la collectivité d'une situation de détresse considérée comme tragique au sein de la société. L'idée d'ériger l'indemnisation sociale en branche autonome du droit a émergé dans les années 1970 lors de l'élaboration du Code social (*Sozialgesetzbuch*)⁵⁵. Selon le § 5 de la Partie générale de ce code, « *quiconque subit un dommage corporel pour les suites duquel la collectivité nationale se reconnaît une responsabilité au titre d'un sacrifice particulier ou pour d'autres motifs en vertu de principes figurant dans la législation sur l'assistance, a droit aux mesures nécessaires pour conserver, améliorer ou recouvrer sa santé et sa capacité de travail ainsi qu'à une assistance financière appropriée* »⁵⁶.

Selon la conception du législateur, l'indemnisation sociale se veut un outil qui peut être élargi ou rétréci, au gré des évolutions, pour répondre à des besoins de prise en charge très variés. Cependant, à la différence du droit français, il ne s'agit pas d'une réparation de dommages au sens du droit de la responsabilité, mais de prestations sociales, que l'on pourrait rattacher, en droit français, à l'aide sociale. Initialement réservée aux victimes des deux Guerres mondiales, une telle assistance est aujourd'hui ouverte aux victimes d'actes de violence ainsi qu'aux victimes d'accidents vaccinaux ou d'autres actes de prévention⁵⁷.

Loin d'être une législation construite par à-coups comme la réglementation française des fonds d'indemnisation, le droit de l'indemnisation sociale a été l'objet d'une ambitieuse réforme, adoptée le 12 décembre 2019 et entrant en vigueur le 1^{er} janvier 2024. À partir de cette date, une Quatorzième partie du Code social (*Sozialgesetzbuch XIV*) sera entièrement consacrée à cette matière, contenant pas moins de 158 articles dont certains sont directement inspirés de la doctrine juridique. Acclamée comme une « œuvre législative du siècle » (*Jahrhundertgesetz*) y compris dans la presse grand public⁵⁸, cette réforme a opéré une remise à plat totale de la réglementation actuelle ainsi qu'un élargissement significatif du cercle de bénéficiaires de l'indemnisation sociale, notamment aux victimes d'actes de terrorisme et de violence sexuelle.

Pour autant, le législateur a évité soigneusement de créer des régimes par trop spécifiques pour les différentes catégories de victimes. Ainsi, il n'a pas été décidé de créer un dispositif spécial pour les victimes d'actes de terrorisme, mais celles-ci bénéficient des mêmes prestations que les victimes de la criminalité ordinaire. Selon le Gouvernement, « *une restriction à certaines catégories de personnes, en particulier aux victimes d'attentats, serait non conforme au principe d'égalité de l'article 3 de la Loi fondamentale* »⁵⁹. Il est intéressant de voir qu'en Allemagne, l'argument constitutionnel tiré de l'égalité devant la loi fait ainsi

⁵⁵ Ce sont les travaux de Hans Zacher, « père fondateur » du droit de la protection social en Allemagne (1928-2015), qui ont influencé l'écriture du Code social et de sa partie générale. V. en particulier son article « Die Frage nach der Entwicklung eines sozialen Entschädigungsrechts », *Die Öffentliche Verwaltung* 1972, p. 461. V. également en langue française du même auteur « Introduction au droit social allemand », *Rev. fr. aff. soc.* 1983 (n° 1), p. 7, spéc. p. 40 et s. – Pour une présentation d'ensemble de l'évolution du droit de l'indemnisation sociale, v. aussi l'ouvrage récent d'U. Becker, *Soziales Entschädigungsrecht – Bestand, Grundsätze, Neuordnung, Nomos*, 2018, p. 23 (v. notre compte-rendu en français in : *RTD civ.* 2020, p. 725).

⁵⁶ Sur ce texte en langue française, v. P. Köhler, in : O. Kaufmann/F. Kessler/P. Köhler (sous la dir.), *Le droit social en Allemagne*, Lamy 1991, n°s 815 à 829. Comp. la traduction réalisée par le Bureau international du Travail, in : *Bureau international du Travail – Série législative* 1980, All. (R.F.), p. 2.

⁵⁷ A. Tabbara, « Neues Sozialgesetzbuch XIV - Die Reform des Sozialen Entschädigungsrechts », *NZS* 2020, p. 210. V. également le commentaire « article par article » de B. Schmidt (sous la dir.), *SGB IV. Sozialgesetzbuch, Soziale Entschädigung – Kommentar*, C.H. Beck, 2021.

⁵⁸ H. Prantl, « Mehr Fürsorge für Gewaltopfer » *Süddeutsche Zeitung* 30 novembre 2019, p. 5.

⁵⁹ V. l'exposé des motifs du projet de loi du gouvernement fédéral (« Eine Beschränkung auf einzelne Personenkreise, insbesondere auf Terroropfer, wäre innerhalb des OEG mit dem Gleichheitsgebot nach Artikel 3 des GG nicht vereinbar » [p. 275]). Le document peut être téléchargé sur le site du Ministère fédéral du travail et des affaires sociales : <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Regierungsentwuerfe/reg-regelung-soziales-entschaedigungsrecht.pdf>.

obstacle à un droit de l'indemnisation sociale différencié en fonction des circonstances des dommages⁶⁰.

⁶⁰ Sur la question de l'égalité des victimes en droit de l'indemnisation, v. notre étude *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, th. préc., n^{os} 399 et s.

Regard d'un administrativiste sur l'indemnisation des catastrophes en France

Christophe GUETTIER

Professeur de droit public à l'Université du Mans

1. En France, l'indemnisation des victimes de catastrophes (c'est-à-dire d'événements qui causent de graves bouleversements avec des morts et des blessés) s'est organisée au départ, en droit administratif, dans le cadre du droit jurisprudentiel de la responsabilité.

Dès 1895, par exemple, les accidents du travail survenus au sein de l'administration ont été réparés par le Conseil d'Etat sur la base d'un régime inédit à l'époque de droit de la responsabilité sans faute fondé sur le risque¹.

Par la suite, cette théorie de la responsabilité pour risque a connu d'importants prolongements.

D'abord, elle s'est appliquée dans les cas où des activités de l'administration créent un risque spécial, du fait du recours à des installations, activités et armes dangereuses² ou encore de l'emploi de produits dangereux³, mais aussi du fait des accidents médicaux⁴ ainsi que dans les cas où des tiers sont victimes d'accidents de travaux publics⁵. Cette théorie fonde aujourd'hui l'un des principaux régimes de la responsabilité sans faute de l'administration, à côté de celui fondé sur le principe de la rupture de l'égalité devant les charges publiques⁶.

Ensuite, lorsque des régimes forfaitaires d'indemnisation ont été mis en place par le législateur au bénéfice des agents publics, le juge administratif n'a pas hésité à les enrichir en considérant qu'ils ne faisaient pas obstacle à ce que l'agent public qui a enduré, du fait de l'accident, des préjudices patrimoniaux d'une autre nature que ceux réparés forfaitairement ou des préjudices personnels (souffrances physiques ou morales ; préjudices sexuels, esthétiques ou d'agrément), obtienne de la collectivité publique qui l'emploie, même en l'absence de faute de celle-ci, une indemnité complémentaire réparant ces chefs de préjudice, distincts de l'atteinte à l'intégrité physique. Et si jamais la victime n'obtient pas une réparation intégrale des préjudices subis, il lui est alors toujours possible d'engager en outre une action de droit commun dans le cas notamment où l'accident serait imputable à une faute de nature à engager la responsabilité d'une collectivité ou à l'état d'un ouvrage public dont l'entretien

¹ CE, 21 juin 1895, *Cames*, n° 82490 (publié au recueil Lebon). M. Cames était ouvrier à l'arsenal de Tarbes. Il fut gravement blessé à la main par un éclat de métal projeté sous le choc d'un marteau-pilon et ne put continuer à travailler de ce fait. Une indemnité lui fut allouée par le ministre de la guerre mais M. Cames demanda au Conseil d'Etat d'en augmenter le montant. En l'espèce, aucune faute ne pouvait lui être reprochée, non plus qu'à son employeur, c'est-à-dire l'Etat.

En se fondant sur la spécificité du droit administratif de la responsabilité, affirmée par l'arrêt *Blanco* (TC, 8 février 1873, n° 00012), le commissaire du gouvernement Romieu proposa de reconnaître la responsabilité de l'Etat, en considérant qu'il devait garantir ses ouvriers contre le risque résultant des travaux qu'il leur fait exécuter dans le cadre du service public.

Le Conseil d'Etat, suivant le commissaire du gouvernement, admit pour la première fois la possibilité d'une responsabilité sans faute, sur le seul fondement du risque auquel peuvent être exposés les agents de l'Etat. Les juridictions judiciaires et le législateur adoptèrent par la suite la même position. La loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, aujourd'hui remplacée par des dispositions du code de la sécurité sociale, a ainsi étendu le bénéfice de ce système à tous les ouvriers.

La jurisprudence *Cames* ne trouve plus guère à s'appliquer aujourd'hui aux agents permanents du service public car des régimes législatifs de pension organisent dans la plupart des cas les conditions de l'indemnisation en cas d'accident.

² CE, 28 mars 1919, *Regnault-Desrozières*, n° 62273.

³ CE, 9 juillet 2003, *Assistance publique-Hôpitaux de Paris c/ Mme Marzouk*, n° 220437.

⁴ CE, Assemblée, 9 avril 1993, *Bianchi*, n° 69336.

⁵ Voir, par exemple : CE, Assemblée, 28 mai 1971, *Département du Var c. Entreprise Bec Frères*, n° 76216.

⁶ Sur la responsabilité sans faute en droit administratif, voir notamment *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, sous la direction de Philippe le Tourneau, Dalloz, 12^e édition, 2021-2022, p. 385 et s.

incombait à celle-ci⁷. Le système juridique qui en a résulté est passablement complexe car il articule à la fois un régime législatif forfaitaire de réparation et des régimes jurisprudentiels de responsabilité pour faute et sans faute.

En fait, c'est l'intérêt porté de plus en plus aux victimes qui va permettre au juge administratif de faire évoluer les régimes de responsabilité qu'il a construits au départ en prenant en compte surtout l'intérêt de l'administration. En effet, le juge administratif a d'abord pu considérer que le droit de la responsabilité ne devait pas conduire à transformer l'administration en une compagnie d'assurance tous risques. Les deniers publics sont destinés à permettre la construction de routes, d'écoles et d'hôpitaux – c'est-à-dire à satisfaire l'intérêt général. Or, indemniser une victime – alors même que cette réparation peut être aux yeux de tous parfaitement légitime – ne revient-il pas finalement à satisfaire un intérêt particulier plutôt qu'un intérêt général ? Le conflit intérêt général-intérêt particulier s'est ici conclu en faveur du premier, ce qui s'est traduit dans le droit de la responsabilité administrative par l'institution par le juge administratif de diverses « franchises de responsabilité » au profit de l'administration, la pensée dominante étant alors que les collectivités publiques ne sauraient être érigées en assureurs tous risques. On a pu voir là une limite à la possibilité de développer le droit de la responsabilité administrative⁸. En tout cas, force a été de constater que comparativement au droit civil de la responsabilité le droit administratif de la responsabilité a été au départ moins généreux à l'égard des victimes.

Or, à partir des années 1990, on a assisté à un véritable changement de paradigme auquel ont pu contribuer dans des proportions variables en particulier l'intense médiatisation d'un certain nombre de scandales sanitaires d'Etat, mais également un nouveau regard porté sur la responsabilité passée de l'Etat dans certains moments dramatiques de notre Histoire, ou bien encore la volonté du juge administratif de ne pas faire moins bien que le juge judiciaire en matière de réparation. C'est ainsi qu'au Conseil d'Etat de nouvelles politiques jurisprudentielles ont vu le jour faisant davantage de place à l'indemnisation des victimes.

On en donnera trois exemples.

Premier exemple : on a pu noter en jurisprudence administrative le passage d'un régime d'irresponsabilité de l'Etat à un régime de responsabilité pour faute pour les actes et agissements du régime de Vichy commis dans l'accomplissement de sa politique de persécutions antisémites. En effet, en 2002, dans une affaire *Papon*, le Conseil d'Etat a reconnu que ces actes et agissements constituaient une faute de service de nature à engager la responsabilité de l'Etat. Ce faisant, il est revenu sur sa jurisprudence des années cinquante, lorsqu'il jugeait que la responsabilité de l'Etat ne pouvait être engagée à raison d'actes commis en application de textes déclarés « *nuls et de nul effet* » par l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine⁹. Dans la décision *Papon*, l'Assemblée du contentieux a au contraire jugé que « *si l'article 3 de l'ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental constate expressément la nullité de tous les actes de l'autorité de fait se disant "gouvernement de l'Etat français" qui "établissent ou appliquent une discrimination quelconque fondée sur la qualité de juif", ces*

⁷ CE, 5^{ème} et 4^{ème} sous-sections réunies, 16 décembre 2013, *Centre hospitalier de Royan*, n° 353798. Egalement : CE, 7^{ème} - 2^{ème} chambres réunies, 3 mars 2017, n° 401395 : s'agissant du préjudice d'anxiété due au risque de développer une pathologie grave.

⁸ On savait déjà depuis la fameuse décision *Blanco* (TC, 8 février 1983, n° 00012) que « *la responsabilité, qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés.* »

⁹ CE, Assemblée, 4 janvier 1952, *Giraud, Lebon*, p. 14 ; CE, Section, 25 juillet 1952, *Remise, Lebon*, p. 401.

dispositions ne sauraient avoir pour effet de créer un régime d'irresponsabilité de la puissance publique à raison des faits ou agissements commis par l'administration française dans l'application de ces actes, entre le 16 juin 1940 et le rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental ; que, tout au contraire, les dispositions précitées de l'ordonnance ont, en sanctionnant par la nullité l'illégalité manifeste des actes établissant ou appliquant cette discrimination, nécessairement admis que les agissements auxquels ces actes ont donné lieu pouvaient revêtir un caractère fautif »¹⁰. Cinquante années ont été nécessaires pour que le Conseil d'Etat procède à une réinterprétation des textes de référence et leur donne une toute autre signification, cette fois-ci dans un sens favorable aux victimes. Entre temps, il est vrai, le président de la République avait lui-même ouvert la voie au plus haut sommet de l'Etat¹¹.

Deuxième exemple : il concerne cette fois-ci le passage d'un régime de responsabilité pour faute lourde à un régime de responsabilité pour faute simple, comme l'a illustré le contentieux de la responsabilité de la puissance publique dans l'« affaire du sang contaminé ». Dans une décision d'Assemblée rendue le 9 avril 1993, le Conseil d'Etat a jugé qu'eu égard tant à l'étendue des pouvoirs que les dispositions des articles L. 666 et suivants du code de la santé publique et du décret du 16 janvier 1954 modifié pris pour leur application confèrent aux services de l'Etat en ce qui concerne l'organisation générale du service public de la transfusion sanguine, le contrôle des établissements qui sont chargés de son exécution et l'édiction des règles propres à assurer la qualité du sang humain, de son plasma et de ses dérivés, qu'aux buts en vue desquels ces pouvoirs leur ont été attribués, la responsabilité de l'Etat peut être engagée « par toute faute » commise dans l'exercice desdites attributions. En outre, dans le cas où cette responsabilité serait engagée, l'Etat ne pourrait s'en exonérer, compte tenu de l'étroite collaboration et de la répartition des compétences instituées entre ses services et les établissements de transfusion sanguine, en invoquant des fautes commises par lesdits établissements¹².

Ce faisant, le Conseil d'Etat a abandonné en l'espèce l'exigence d'une faute « lourde » au profit d'une faute simple dans un contentieux où la responsabilité de services de l'Etat est recherchée en tant qu'organes de contrôle et non en tant qu'organes d'exécution. Or, à l'époque, la faute « lourde » était exigée lorsque la responsabilité de l'Etat, autorité de tutelle ou de contrôle, est engagée¹³. Mais, constatant que les textes lui avaient reconnu d'importants pouvoirs en matière d'édiction de la réglementation sur les conditions de collecte et de délivrance de produits sanguins, ainsi que de contrôle sur le fonctionnement des établissements publics et privés chargés de l'exécution de ce service public, le Conseil d'Etat n'a pas voulu laisser penser que les autorités d'Etat pouvaient bénéficier de l'écran protecteur de la « faute lourde ». Cette solution était d'autant plus remarquable que le

¹⁰ CE, Assemblée, 12 avril 2002, n° 238689. Ultérieurement, le Conseil d'Etat a rendu un avis contentieux sur les conditions dans lesquelles la responsabilité de l'Etat peut être engagée du fait de la déportation de personnes victimes de persécutions antisémites durant la seconde guerre mondiale et sur le régime de réparation des dommages qui en ont résulté (CE, Assemblée, avis du 16 février 2009, *Mme Hoffman Glemane*, AJDA 2009, p. 589, chronique S.-J. Liéber et D. Botteghi/RFDA 2009, p. 316, concl. F. Lenica), avis dont il ressort en substance que les différentes mesures prises depuis la fin de la seconde guerre mondiale, tant sur le plan indemnitaire que symbolique, ont réparé, autant qu'il est possible, l'ensemble des préjudices. Saisie de plusieurs requêtes, la CEDH a jugé à son tour, à l'instar des juridictions internes, que les mesures mises en place par la France, dans leur ensemble, couvraient le préjudice moral subi par les requérants du fait de la déportation et des atrocités commises à l'encontre de leurs parents (CEDH, 16 décembre 2009, *JH a. c/France*).

¹¹ Le 16 juillet 1995, le président Jacques Chirac s'était rendu au mémorial de la rafle du Vél' d'Hiv', à Paris, et avait reconnu la responsabilité de l'Etat français dans la déportation des Juifs sous Vichy.

¹² CE, Assemblée, 9 avril 1993, n° 138653.

¹³ CE, Assemblée, 29 mars 1946, *Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle c/État*, n° 41916 ; GAJA, 21^e éd., 2017, n° 53. Cette exigence d'une « faute lourde » était justifiée par la volonté notamment d'éviter des glissements de responsabilité du contrôlé vers le contrôleur.

législateur avait institué un dispositif d'indemnisation permettant aux victimes d'obtenir réparation sans avoir à prouver ni la faute ni même le lien de causalité. Mais, précisément, un tel dispositif risquait d'occulter les fautes commises par l'Etat, alors qu'avaient été relevés des carences de l'administration dans l'exercice de sa mission de protection de la santé publique et le retard avec lequel le ministre de la santé avait interdit la distribution de produits sanguins contaminés. Stigmatiser de tels comportements était donc nécessaire et le Conseil d'Etat n'a pas hésité à faire jouer ici un rôle « sanctionnateur » au droit de la responsabilité administrative en abaissant le seuil d'engagement de celle-ci. Là encore, il s'est bien agi de la part de la Haute Juridiction d'abandonner une jurisprudence ancienne qui ne correspondait plus aux attentes nouvelles de l'opinion publique tout particulièrement dans le secteur sensible de la protection de la santé publique où les exigences sont devenues de plus en plus fortes.

Le **troisième exemple** concerne le passage d'un régime de responsabilité pour faute à un régime de responsabilité sans faute. Il est possible de l'illustrer avec le contentieux des dommages causés aux tiers par des mineurs sous la « garde » de l'administration – mineurs en assistance éducative ou mineurs délinquants. Là encore l'intérêt des victimes a été mieux pris en compte grâce à cette évolution jurisprudentielle. C'est ainsi que par une décision de section rendue le 11 février 2005, le Conseil d'Etat a institué un nouveau régime de responsabilité sans faute fondé sur la « garde » du mineur, lorsque celui-ci est placé en assistance éducative (art. 375 et s. du code civil) et cause des dommages à des tiers¹⁴. L'année suivante, il a raisonné selon une grille d'analyse comparable lorsque cette fois-ci les dommages sont causés à des tiers par des mineurs délinquants sous la « garde » de l'administration¹⁵. Dans les deux cas, l'évolution est sensible car auparavant ledit « gardien » était responsable dans le cadre d'un régime de responsabilité pour faute souvent difficile à rapporter pour les victimes. Or, le juge judiciaire n'ayant pas hésité à réparer ces dommages dans le cadre d'un régime de responsabilité de plein droit lorsque le « gardien » est un organisme de droit privé¹⁶, le Conseil d'Etat a fini par s'inspirer de cette jurisprudence judiciaire dans le souci d'éviter un traitement différent des victimes selon l'ordre juridictionnel compétent¹⁷.

¹⁴ CE, Section, 11 février 2005, *Axa courtage*, n° 252169 ; *RFDA* 2005, p. 595, concl. C. Devys, *AJDA* 2005, p. 663, chron. C. Landais et F. Lenica. En l'espèce, il est jugé « que la décision par laquelle le juge des enfants confie la garde d'un mineur, dans le cadre d'une mesure d'assistance éducative prise en vertu des articles 375 et suivants du code civil, à l'une des personnes mentionnées à l'article 375-3 du même code, transfère à la personne qui en est chargée la responsabilité d'organiser, diriger, et contrôler la vie du mineur ; qu'en raison des pouvoirs dont l'Etat se trouve investi lorsque le mineur a été confié à un service ou établissement qui relève de son autorité, sa responsabilité est engagée, même sans faute, pour les dommages causés aux tiers par ce mineur ; que cette responsabilité n'est susceptible d'être atténuée ou supprimée que dans le cas où elle est imputable à un cas de force majeure ou à une faute de la victime ». Dans cette affaire, la « garde » du mineur ayant été confiée à une institution relevant de la protection judiciaire de la jeunesse, l'Etat a vu sa responsabilité sans faute engagée.

¹⁵ CE, Section, 1^{er} février 2006, *Garde des sceaux c. MAIF*, n° 268147 ; *RFDA* 2006, p. 602, concl. M. Guyomar ; *AJDA* 2006, p. 586, chron. C. Landais et F. Lenica. En l'espèce, le Conseil d'Etat a institué un nouveau régime de responsabilité sans faute au bénéfice des tiers victimes de dommages causés par des mineurs délinquants placés sous la « garde de l'administration » qui cumule la « garde » et le « risque spécial » en ces termes : « la décision par laquelle une juridiction des mineurs confie la garde d'un mineur, dans le cadre d'une mesure prise en vertu de l'ordonnance du 2 février 1945, à l'une des personnes mentionnées par cette ordonnance transfère à la personne qui en est chargée la responsabilité d'organiser, diriger et contrôler la vie du mineur ; si, en raison des pouvoirs dont elle se trouve ainsi investie lorsque le mineur lui a été confié, sa responsabilité peut être engagée, même sans faute, pour les dommages causés aux tiers par ce mineur, l'action ainsi ouverte ne fait pas obstacle à ce que soit également recherchée, devant la juridiction administrative, la responsabilité de l'Etat en raison du risque spécial créé pour les tiers du fait de la mise en œuvre d'une des mesures de liberté surveillée prévues par l'ordonnance du 2 février 1945 ». Le « gardien » du mineur est ainsi responsable sans faute, mais l'Etat l'est également sur le terrain du « risque » qu'il fait courir aux tiers du fait de la politique mise en place et qui vise au final à la réinsertion sociale de ces mineurs.

¹⁶ Crim. 10 octobre 1996, n° 95-84.187, *Assoc. Le Foyer Saint-Joseph*, Civ. 2^e, 6 juin 2002, *Bull. civ.* II, n° 120 ; *Gaz. Pal.* 2002.13, note F. Ghilain ; *LPA* 2003, p. 21, note N. Rexand-Pourias.

¹⁷ C. Guettier, « Quel régime de responsabilité administrative en cas de dommages causés aux tiers par un mineur placé au titre de l'assistance éducative ? », *AJDA* 2002, p. 1378

On voit donc à travers ces exemples la capacité du juge administratif à pouvoir faire évoluer sa jurisprudence dans un sens favorable aux victimes, alors qu'à l'origine les règles qu'il avait dégagées dans le contentieux de la responsabilité de la puissance publique tendaient surtout à éviter que le principe désormais établi de la responsabilité de celle-ci ne se traduise par un emballement de la machine à réparer.

2. Toutefois, malgré ces évolutions jurisprudentielles favorables aux victimes, il n'en demeure pas moins que les règles d'engagement de la responsabilité de la puissance publique contribuent à sélectionner celles-ci en constituant des éléments de filtrage de leurs actions en justice. Qu'il s'agisse de la charge de la preuve dans le contentieux de la responsabilité pour faute ou bien encore de la nécessité d'établir un lien de causalité direct et certain entre le dommage et son fait générateur, sans compter la complexité des règles d'imputabilité lorsque plusieurs autorités administratives concourent à la réalisation d'une même action, voire également les délais de jugement qui peuvent s'avérer dissuasifs.

Conscient que l'on est progressivement entré dans une ère nouvelle de « victimisation du droit », c'est-à-dire d'une prise en compte toujours plus large de l'intérêt des victimes par le droit, le législateur s'est rendu compte que le juge – et singulièrement le juge administratif – ne pouvait pleinement satisfaire celles-ci tout particulièrement lorsque se réalisent des risques sériels. Les actions en justice sur le fondement du droit de la responsabilité devant être entreprises de façon individuelle¹⁸, le juge apporte des réponses au cas par cas et dans la limite de ces actions. De plus, il est des situations où la condamnation à réparer pesant sur une institution administrative peut s'avérer contreproductive, comme par exemple lorsqu'un hôpital est condamné à réparer dans le cadre d'un régime de responsabilité sans faute¹⁹ : dans ce cas, la victime se voit certes désigner un débiteur d'indemnité, mais le montant de l'indemnisation due peut alors conduire celui-ci à devoir revoir son offre de soins à la baisse voire en la supprimant partiellement lorsque l'activité à l'origine du dommage s'avère particulièrement risquée. La responsabilité peut parfois tuer la responsabilité.

Il est alors nécessaire de repenser les mécanismes de l'indemnisation. Or si le droit de la responsabilité n'est plus susceptible de fournir un cadre approprié, il convient de concevoir la réparation des dommages dans un cadre autre. Un changement de logiciel s'impose. Le juge ne se sentant pas autorisé dans le cadre de la séparation des pouvoirs pour opérer un tel saut qualitatif, il revient au législateur de le relayer.

Sont ainsi apparus plusieurs régimes d'indemnisation fondés non plus – en tout cas plus seulement – sur le droit de la responsabilité, mais sur celui de la « solidarité ». Ce nouveau fondement a alors permis d'élargir le cercle des victimes « dignes d'intérêt », tout en désignant de nouveaux débiteurs d'indemnité, avec en particulier la multiplication des fonds d'indemnisation. Il est vrai que la notion de « solidarité » est juridiquement suffisamment floue pour autoriser le recours à des montages juridico-financiers les plus variés combinant des solutions d'ingénierie les plus diverses (appel au budget de l'Etat ; contribution de la sécurité sociale ; participation des assureurs ; etc.).

¹⁸ La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXI^e siècle* a toutefois permis la présentation d'actions collectives du type « action de groupe » devant le juge administratif tendant à l'engagement de la responsabilité de l'administration (Articles L. 77-10-1 à L. 77-10-25 et R. 77-10-1 à R. 77-10-22 du code de justice administrative). Outre son champ d'application limité, le bilan de l'action de groupe devant la juridiction administrative est pour l'heure très modeste si l'on se fie au « suivi des actions de groupe » sur le site du Conseil d'Etat.

¹⁹ CE, Assemblée, 9 avril 1993, n° 69336 : lorsqu'un acte médical nécessaire au diagnostic ou au traitement du malade présente un risque dont l'existence est connue mais dont la réalisation est exceptionnelle et dont aucune raison ne permet de penser que le patient y soit particulièrement exposé, la responsabilité du service public hospitalier est engagée si l'exécution de cet acte est la cause directe de dommages sans rapport avec l'état initial du patient comme avec l'évolution prévisible de cet état, et présentant un caractère d'extrême gravité.

Ce passage de la responsabilité à la solidarité a été net par exemple en matière médicale à l'occasion des scandales sanitaires des années 1990 et suivantes : la jurisprudence *Bianchi* (CE, 1993)²⁰ a certes permis aux victimes d'accidents thérapeutiques particulièrement graves (entraînant soit leur décès, soit d'importantes paralysies corporelles) de bénéficier d'un nouveau régime de responsabilité sans faute, mais celui-ci avait l'inconvénient de mettre financièrement à contribution des hôpitaux placés au même moment dans l'obligation de réaliser d'importantes économies de fonctionnement. Plusieurs d'entre eux ont dû alors se résoudre à fermer les services les plus à risques – ce qui a fini par réduire singulièrement leurs plateaux techniques au mépris de leur fonction sociale éminente d'offrir à la population un accès aux soins le plus large possible. C'est cette quadrature du cercle que le législateur a cherché à résoudre en mettant en place au début des années 2000 un régime d'indemnisation des victimes d'accidents thérapeutiques dans le cadre de la solidarité, avec la création de l'office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales (ONIAM)²¹, c'est-à-dire d'un fonds d'indemnisation.

Cette époque marque d'ailleurs non pas l'apparition des fonds d'indemnisation qui existaient déjà dans plusieurs domaines²² mais leur développement : on citera entre autres le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (FIVA) créé en 2000²³ à la suite du scandale de l'amiante et, plus récemment, le fonds d'indemnisation des victimes de pesticides, créé en 2020²⁴.

²⁰ CE, Assemblée, 9 avril 1993, n° 69336, précité.

²¹ Article L. 1142-22 du code de la santé publique. Il s'agit d'un établissement public administratif de l'État, placé sous tutelle du ministre chargé de la santé. Il a été créé par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Il est chargé de l'indemnisation au titre de la solidarité nationale des dommages occasionnés par la survenue d'un accident médical, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale. L'office est également chargé de la réparation des dommages directement imputables à une vaccination obligatoire. Il a compétence encore pour indemniser les victimes de préjudices résultant de la contamination par le virus d'immunodéficience humaine, par le virus de l'hépatite B ou C ou le virus T-lymphotropique humain causée par une transfusion de produits sanguins ou une injection de médicaments dérivés du sang. Il est en outre chargé de la réparation des dommages imputables directement à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins réalisée en application de mesures prises conformément aux articles L. 3131-1 et L. 3134-1 du code de la santé publique (menace d'épidémie). L'office est aussi chargé de faciliter et, s'il y a lieu, de procéder au règlement amiable des litiges relatifs aux dommages causés par le benfluorex (affaire du Médiator). Enfin, les obligations de l'association France-Hypophyse nées de son rôle dans l'organisation du traitement des patients par l'hormone de croissance extractive entre 1973 et 1988 lui ont été transférées. Quant au financement de l'ONIAM, il est alimenté par plusieurs sources constituées d'une dotation des régimes obligatoires d'assurance-maladie, de différents produits (produit des remboursements de frais d'expertise, de pénalités et des recours subrogatoires), et de dotations versées par l'État.

²² Comme en matière d'accidents automobiles : en 1951 a été créé le fonds de garantie automobile pour assurer une mission d'intérêt général consistant à indemniser les victimes d'accidents de la circulation dont les auteurs n'étaient pas assurés, non solvables ou pas identifiés. Au fil des années, ses compétences ont été étendues et il est devenu en 2003 le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO : art. L. 421-1 s. du code des assurances). Financé exclusivement par les assurés et les assureurs, il est placé sous la tutelle du ministre de l'économie.

²³ Loi n° 2000-1257, 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001, art. 53. Établissement public national à caractère administratif placé sous la tutelle des ministres chargés de la sécurité sociale et du budget, il est investi de la mission d'indemniser les victimes de l'amiante. Le FIVA indemnise, selon le principe de la réparation intégrale, toutes les victimes de l'amiante : salariés rattachés aux différents régimes de sécurité sociale, agents de l'État, non-salariés et victimes environnementales, ainsi que leurs ayants droit. Le FIVA est financé par une contribution de l'État dont le montant est fixé chaque année par la loi de finances et par une contribution de la branche « accidents du travail et maladies professionnelles » du régime général de la Sécurité sociale (AT-MP) fixée chaque année par la loi de financement de la sécurité sociale. Pour le détail, voir les rapports d'activité du FIVA qui sont sur son site Internet. Dans son rapport d'activité pour 2018, il est précisé que depuis sa création, plus de cent mille victimes l'ont saisi, et au 31 décembre 2018 le total cumulé des dépenses d'indemnisation s'est élevé à 5,893 milliards d'euros.

²⁴ Le fonds d'indemnisation des victimes de pesticides a été créé par l'article 70 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2020. Sa mise en place répond à une volonté de garantir la réparation forfaitaire des dommages subis par l'ensemble des personnes concernées dont la maladie est liée à une exposition professionnelle aux pesticides. Le fonds est financé pour partie par des contributions des régimes « accidents du travail et maladies professionnelles » et pour partie par une fraction de la taxe sur la vente des produits phytopharmaceutiques.

La mise en place du fonds d'indemnisation des victimes de pesticides répond à plusieurs objectifs : faciliter les démarches de reconnaissance des maladies professionnelles en rendant la procédure plus simple, plus rapide et plus juste ; indemniser plus équitablement, grâce à un complément d'indemnisation, les exploitants agricoles dont l'indemnisation en matière d'accidents du travail-maladies professionnelles est moindre que celle attribuée aux salariés ; prendre en charge les retraités agricoles exposés aux pesticides et qui ont pris leur retraite avant 2002 (ces personnes ne pouvaient prétendre jusqu'à présent à une indemnisation même si leur pathologie était bien liée à une

Mais la solidarité ne chasse pas pour autant la responsabilité. En effet, une étude approfondie du fonctionnement de ces fonds montrerait que les victimes conservent la possibilité de poursuivre la voie de l'indemnisation individuelle dans le cadre des règles de la responsabilité plutôt que celle de l'indemnisation collective dans le cadre des règles de la solidarité. Cette option ménage ainsi des possibilités d'espérer obtenir davantage sur un terrain plutôt que l'autre.

En réalité, dans une société qui a fait de chaque individu un assuré social qui en outre est assujéti à plusieurs régimes d'assurances obligatoires, les victimes cherchent essentiellement des compléments d'indemnisation. Et ce sont éventuellement les tiers débiteurs qui ont intérêt à se retourner contre les responsables des dommages causés aux victimes qu'ils ont désintéressées. On le voit, il s'agit ici de permettre aux victimes de se voir désigner le plus rapidement possible le débiteur d'indemnités vers lequel elles se tourneront sans avoir à se perdre dans les arcanes des procédures contentieuses juridictionnelles.

Ce schéma qui s'est particulièrement développé dans le domaine sanitaire dans les années 1990 et suivantes n'est toutefois pas totalement inédit en France. En effet, face à des catastrophes climatiques ou humaines (terrorisme ; accidents technologiques) le législateur a conçu par le passé des régimes d'indemnisation des victimes qui peuvent se compter en grand nombre. Il faut dire que le texte de la Constitution entrouvrirait une porte en la matière. En effet, l'alinéa 12 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 disposait : « *La Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales* ». Le préambule de l'actuelle Constitution du 4 octobre 1958 y fait indirectement référence, manifestant néanmoins par là-même l'attachement au principe ainsi édicté qui demeure donc toujours en vigueur. Mais dans une décision en date du 29 novembre 1968, le Conseil d'Etat a jugé : « *Le principe posé par le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon lequel "la nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges résultant de calamités nationales" ne peut servir de base, en l'absence de disposition législative précise en assurant l'application, à une action contentieuse en indemnité.* »²⁵ Aussi, le juge administratif ne se considérant pas autorisé à créer de toutes pièces un tel régime d'indemnisation, il a ainsi renvoyé au législateur le soin de le faire.

Plusieurs textes législatifs épars ont vu depuis le jour au gré de situations catastrophiques que la France a traversées. Ces textes ne sont pas sans rapport avec le développement contemporain du phénomène de « victimisation du droit » qui a fait que l'individu isolé est en droit de réclamer une compensation des malheurs qui le frappent sans plus avoir à devoir s'en remettre à la seule fatalité. On citera les régimes suivants :

- le régime des calamités agricoles (1964)²⁶ ;

exposition professionnelle) ; proposer une indemnisation pour les enfants exposés aux pesticides pendant la période prénatale du fait de l'exposition professionnelle de l'un ou des deux parents et qui a provoqué une pathologie chez l'enfant.

Un décret paru au *Journal officiel* du 22 décembre 2021 a prévu que les cancers de la prostate liés à l'exposition au chlordécone, un pesticide largement utilisé pendant des décennies dans les bananeraies aux Antilles, sont désormais reconnus comme maladie professionnelle, ce qui ouvre aux exploitants et aux salariés agricoles concernés l'accès au fonds d'indemnisation des victimes de pesticides (Décret n° 2021-1724 du 20 décembre 2021).

²⁵ CE, 29 novembre 1968, n° 68938.

²⁶ Loi n° 64-706 du 10 juillet 1964 organisant un régime de garantie contre les calamités agricoles. Article L. 361-5 du code rural et de la pêche maritime. Voir : site Internet du ministère de l'agriculture et de l'alimentation : <https://agriculture.gouv.fr/tout-savoir-sur-le-regime-des-calamites-agricoles>.

Estimant que le système actuel d'indemnisation des pertes de récolte résultant d'aléas climatiques est à bout de souffle, le Gouvernement a présenté au Parlement, en décembre 2021, un projet de loi portant réforme des outils de gestion des risques climatiques en agriculture. Selon l'exposé des motifs, « *l'enjeu est aujourd'hui de mettre en place une couverture contre les risques qui soit beaucoup plus accessible aux agriculteurs* ». C'est ainsi que le texte distingue entre « les risques de faible intensité » - qui restent « à l'échelle individuelle de l'exploitation agricole », « les risques d'intensité moyenne » - qui « bénéficient d'une mutualisation entre les territoires et les filières par le biais de

- le régime d'indemnisation des catastrophes naturelles (1982)²⁷ ;
- le régime d'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme (1986)²⁸ ;
- le régime d'assurance des risques de catastrophes technologiques (2003)²⁹.

Les régimes d'indemnisation mis en place dans ces différents cadres juridiques présentent la caractéristique d'être hybrides, c'est-à-dire qu'ils mélangent plusieurs aspects :

- ils mêlent souvent les principes de solidarité et de responsabilité, la solidarité qu'ils promeuvent ne chassant pas la responsabilité ;
- ils articulent mécanismes d'assurances privées et d'indemnisations publiques ;
- l'indemnisation n'est pas systématiquement organisée dans le cadre d'un fonds d'indemnisation (si c'est le cas pour les calamités agricoles³⁰ et le terrorisme³¹, ce n'est pas le cas pour les catastrophes naturelles et technologiques où c'est l'assureur de biens et de personnes qui est mis à contribution) ;
- le contentieux juridictionnel sur lequel peuvent déboucher leur mise en œuvre relève des deux ordres de juridiction (judiciaire et administratif).

Il n'y a donc guère d'unité. Il faut dire qu'à la différence du juge administratif qui a construit progressivement un droit de la responsabilité administrative autour de principes fondamentaux, le législateur a eu plutôt tendance à intervenir en votant ce qu'un auteur a appelé des « lois d'occasion »³², au coup par coup, sans vision d'ensemble. C'est essentiellement l'actualité d'un sujet qui l'a conduit à imaginer une solution d'équité.

Ainsi, par exemple, la loi n° 2010-2 du 5 janvier 2010 relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français, a organisé une procédure d'indemnisation des personnes atteintes de maladies radio-induites provoquées par les essais nucléaires réalisés par la France au Sahara et en Polynésie française entre 1960 et 1996³³. Sont concernées les personnes pouvant certifier avoir séjourné ou résidé dans la zone des essais durant les périodes fixées par la loi, qu'il s'agisse de personnels ayant participé aux essais ou de populations locales, et souffrant d'une maladie figurant sur une liste établie par un décret

l'assurance multirisque climatique dont les primes sont éligibles à subvention », et « les risques dits "catastrophiques" » - lesquels devraient faire l'objet d'un soutien direct de l'État.

²⁷ Loi n° 82-600 du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles. Articles L. 125-1 à L. 125-6 du code des assurances.

Le régime français d'indemnisation des dommages causés par les catastrophes naturelles, ou « régime CatNat », présente une double spécificité : il fournit à toute personne couverte par un contrat multirisque habitation une garantie contre ces risques dits « non assurables » ; de plus, il donne un rôle central à la Caisse centrale de réassurance, société détenue à 100 % par l'État, qui intervient comme assureur en dernier ressort et qui bénéficie, pour le risque catastrophes naturelles, de la garantie illimitée de l'État.

Fin décembre 2021, une proposition de loi visant à réformer le régime d'indemnisation des catastrophes naturelles a été définitivement adoptée. Elle tend à mettre fin à une certaine opacité qui entoure la procédure de reconnaissance des catastrophes naturelles, opacité souvent dénoncée tant par les élus locaux que par les victimes. De plus, les délais de procédure et d'indemnisation ont été également revus et la prise en charge des sinistrés renforcée. Voir : loi n° 2021-1837 du 28 décembre 2021 relative à l'indemnisation des catastrophes naturelles.

²⁸ Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme. Articles L. 422-1 à L. 422-6 du code des assurances (Indemnisation des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions).

²⁹ Loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages. Articles L. 128-1 à L. 128-4 du code des assurances (L'assurance des risques de catastrophes technologiques).

³⁰ Le régime des calamités agricoles est financé par le fonds national de gestion des risques en agriculture (FNGRA). Le FNGRA est alimenté par le produit de taxes acquittées par les exploitants agricoles, conchylicoles et aquacoles, et par des abondements de l'État en cas de besoin.

³¹ Le fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI) a été créé en 1986 pour indemniser les victimes de terrorisme (Article L. 422-1 du code des assurances.). Il a vu ses missions étendues, en 1990, à l'indemnisation des victimes d'infractions de droit commun et, en 2008, à l'aide au recouvrement des dommages et intérêts obtenus par une décision de justice. Doté de la personnalité civile et alimenté par un prélèvement sur les contrats d'assurance de biens, le FGTI est géré par le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO).

³² C. Bréchon-Moulènes, *Les régimes législatifs de responsabilité publique*, LGDJ, 1974.

³³ Dans un avis contentieux du 17 octobre 2016, le Conseil d'Etat a jugé que le dispositif d'indemnisation des victimes des essais nucléaires a été institué par le législateur au titre de la solidarité nationale et ne constitue pas un régime de responsabilité ouvrant un droit aux tiers payeurs (CE, 7^{ème} - 2^{ème} chambres réunies, 17 octobre 2016, n° 400375). Il ne s'agit donc pas de reconnaître que l'Etat aurait la qualité d'auteur responsable des dommages. Ce dernier aspect reste politiquement un point de friction.

en Conseil d'État. L'existence d'un lien entre la maladie déclarée par le demandeur et les essais nucléaires invoqués doit être établie par un comité d'indemnisation principalement composé de médecins et présidé par un magistrat (il s'agit du comité d'indemnisation des victimes des essais nucléaires (CIVEN), qui figure aujourd'hui au nombre des « autorités administratives indépendantes »). Lorsque les conditions sont réunies (nature de la maladie et présence dans une zone concernée), le demandeur bénéficie d'une « présomption de causalité ». Celle-ci est « simple » et peut donc être écartée si la dose de radioactivité absorbée est inférieure à un seuil qui a été ajusté à plusieurs reprises au cours des années qui ont suivi le vote de la loi³⁴. En effet, ce seuil se situant au départ dans une fourchette haute, peu de demandeurs ont pu obtenir satisfaction³⁵. Il en est résulté une profonde déception, non seulement parmi les

³⁴ H. Arbousset, « Indemnisation des conséquences des essais nucléaires français. Note sous CE, 6 novembre 2020, n° 439003 », *Droit administratif*, n° 3, mars 2021, p. 38.

Le sujet n'en finit d'ailleurs pas de faire l'objet d'ajustements à répétition. C'est ainsi que le Conseil constitutionnel, dans une décision du 10 décembre 2021, a déclaré contraire à la Constitution l'article 57 de la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne.

Pour bien comprendre ce dispositif, il convient de rappeler comment le législateur a organisé le régime d'indemnisation des victimes des essais nucléaires.

A l'origine, l'article 1^{er} de la loi n° 2010-2 du 5 janvier 2010 relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français a ouvert la possibilité d'obtenir réparation intégrale de son préjudice à toute personne souffrant de certaines maladies radio-induites résultant d'une exposition à des rayonnements ionisants dus aux essais nucléaires français. L'article 4 de cette même loi prévoyait, dans sa rédaction initiale, que, lorsque la personne a résidé ou séjourné dans certaines zones géographiques au cours de périodes déterminées, elle bénéficie d'une « présomption de causalité » entre l'exposition aux rayonnements ionisants due aux essais nucléaires français et la survenance de sa maladie, « à moins qu'au regard de la nature de la maladie et des conditions de son exposition le risque attribuable aux essais nucléaires puisse être considéré comme négligeable ».

Ultérieurement, parce que le nombre de personnes indemnisées a été très faible du fait que cette dernière condition a été fréquemment établie, le législateur est intervenu avec la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique pour supprimer la possibilité de renverser la présomption de causalité en raison du caractère négligeable du risque attribuable aux essais nucléaires. Selon une jurisprudence constante du Conseil d'État, cette présomption ne pouvait dès lors être renversée que si l'administration établissait que la pathologie de la personne résultait exclusivement d'une « cause étrangère » à cette exposition, en particulier parce qu'elle n'avait subi aucune exposition à de tels rayonnements.

Mais cette fois-ci les vannes de l'indemnisation s'étant largement ouvertes, le législateur a décidé de revenir en arrière et par l'article 232 de la loi n° 2018-1317 du 28 décembre 2018 de finances pour 2019 il a modifié l'article 4 de la loi du 5 janvier 2010 afin de prévoir que la présomption de causalité peut être renversée s'il est établi que la dose annuelle de rayonnements ionisants à laquelle la personne a été exposée est inférieure à un seuil déterminé par la loi.

La question s'étant posée de savoir si ce dernier dispositif législatif s'appliquait désormais à toutes les demandes d'indemnisation, le Conseil d'État a jugé dans des décisions du 27 janvier 2020 (n°s 429574 et 432578) que ces dispositions nouvelles n'étaient applicables qu'aux demandes d'indemnisation déposées après l'entrée en vigueur de la loi du 28 décembre 2018.

Il en est résulté deux régimes d'indemnisation distincts selon que la demande d'indemnisation a été introduite avant ou après l'entrée en vigueur de la loi du 28 décembre 2018.

C'est pour éviter cette dualité que le législateur est de nouveau intervenu avec l'article 57 de la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne. Il en est résulté que les dispositions de l'article 232 de la loi du 28 décembre 2018 sont désormais applicables également aux demandes déposées avant son entrée en vigueur, sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée.

Ces dispositions ont été contestées devant le Conseil constitutionnel dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité qui a conclu à la non-conformité totale de ce dernier dispositif législatif. En effet, l'application rétroactive des règles modifiées par la loi du 28 décembre 2018 aux demandes d'indemnisation déposées avant l'entrée en vigueur de cette loi ont méconnu les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789, dont il résulte, selon le Conseil constitutionnel, « que si le législateur peut modifier rétroactivement une règle de droit ou valider un acte administratif ou de droit privé, c'est à la condition que cette modification ou cette validation respecte tant les décisions de justice ayant force de chose jugée que le principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions et que l'atteinte aux droits des personnes résultant de cette modification ou de cette validation soit justifiée par un motif impérieux d'intérêt général. En outre, l'acte modifié ou validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle, sauf à ce que le motif impérieux d'intérêt général soit lui-même de valeur constitutionnelle. Enfin, la portée de la modification ou de la validation doit être strictement définie. » Or, « d'une part, l'application de ces règles soumet ces demandes à un régime moins favorable d'indemnisation en élargissant la possibilité pour l'administration de renverser la présomption de causalité dont bénéficient les personnes qui remplissent les conditions prévues par la loi » (point n° 11). « D'autre part, la volonté du législateur d'appliquer, conformément à ce qu'aurait été son intention initiale, un même régime à l'ensemble des demandes d'indemnisation, quelle que soit la date de leur dépôt, ne constitue pas un motif impérieux d'intérêt général justifiant l'atteinte ainsi portée au droit des personnes qui avaient engagé une procédure administrative ou contentieuse avant la date d'entrée en vigueur de la loi du 28 décembre 2018 » (point n° 12).

VOIR : Conseil constitutionnel, décision n° 2021-955 QPC du 10 décembre 2021, *Mme Martine B.* [Application rétroactive des nouvelles modalités de renversement de la présomption de causalité dans le cadre de l'indemnisation des victimes d'essais nucléaires] - Non conformité totale.

³⁵ Dans son rapport d'activité 2020, publié en mars 2021, le CIVEN a chiffré à 1747 le nombre total cumulé de dossiers enregistrés entre janvier 2010 et le 31 décembre 2020. La catégorie « militaire » (qui comprend les militaires de carrière et les appelés du contingent) représente la majorité des demandes reçues depuis l'origine (1130 dossiers). Si le nombre de décisions de reconnaissance de la qualité de victime des essais nucléaires français a été très faible jusqu'en 2018 (inférieur à 5%), il est désormais supérieur à 40% depuis la modification

personnels militaires concernés, mais également parmi les populations civiles qui ont subi ces essais, au point qu'aujourd'hui cette question reste une pomme de discorde importante dans les relations de la France avec l'Algérie ainsi qu'avec les populations des régions du Pacifique Sud. L'indemnisation des catastrophes en France peut ainsi prendre un tour géopolitique.

3. Il ressort de cette étude que le regard porté par un administrativiste sur l'indemnisation des catastrophes en France le conduit à faire l'observation suivante sur les sources du droit applicable : d'une part, si le juge administratif a posé des principes fondamentaux, ceux-ci sont restés cantonnés au domaine de la responsabilité individuelle ; d'autre part, lorsque le législateur est intervenu, celui-ci s'est contenté de voter des « lois de circonstance » fondées pour l'essentiel sur l'idée de solidarité collective.

Mais au final, ces angles d'approche font apparaître une certaine complémentarité entre le juge et le législateur qui ont progressivement combiné leurs actions pour tendre vers une couverture de réparation que l'on peut qualifier d'étendue. Au fond, cette convergence ne fait que traduire en termes de politiques juridiques un mouvement en profondeur qui caractérise notre société, à savoir la prise en compte toujours plus poussée de ce phénomène de « victimisation du droit » si caractéristique en France d'une certaine conception de l'Etat-providence.

Il n'est d'ailleurs pas dit que cette tendance forte ait épuisé toutes ses ressources si l'opinion publique en France se montre sensible à certains sujets débattus à l'étranger.

Ainsi, par exemple, aux Etats-Unis, l'économiste et professeur de politiques publiques à l'université Duke (Caroline du Nord), William Darity, plaide pour l'adoption d'un plan de réparation destiné à compenser les inégalités de richesse issues de siècles d'esclavage, de ségrégation et de discriminations³⁶. Selon cet auteur, les Noirs américains descendant de l'esclavage représentent environ 12% de la population, mais possèdent moins de 2% de la richesse nationale. Si l'on fixe comme objectif de mettre la part de richesse des Noirs à égalité avec leur pourcentage dans la population totale, cela coûterait de 11 000 à 12 000 milliards de dollars au minimum (soit environ la moitié du produit intérieur brut annuel des Etats-Unis). Et cet auteur de se demander si cette « justice réparatrice » ne devrait pas s'appliquer aux anciennes colonies, en particulier celles qui ont été des lieux d'esclavage, comme Haïti, la Guadeloupe, la Martinique, et, au-delà, toutes les communautés de la diaspora africaine devraient, selon lui, avoir droit à des réparations : le Congo n'a-t-il pas une créance sur la Belgique, les pays des Caraïbes anglophones sur le Royaume-Uni ?

En France, le Conseil d'Etat n'a pas été insensible récemment aux conditions d'accueil des harkis et de leurs familles rescapées dans des camps³⁷. Et le Parlement, qui a pris le relais, délibère actuellement sur un projet de loi portant reconnaissance de la Nation et réparation des préjudices subis par les harkis, par les autres personnes rapatriées d'Algérie anciennement de statut civil de droit local et par leurs familles du fait des conditions de leur accueil sur le territoire français³⁸.

des règles de calcul. Il est noté page 43 du rapport que « depuis 2018 les décisions favorables émanant du CIVEN sont plus nombreuses que celles émanant de décisions de justice annulant les rejets du CIVEN ». Enfin, on notera qu'entre 2010 et 2020, 506 victimes ont été indemnisées pour un montant total de 37 163 058 €.

³⁶ William Darity et Kirsten Mullen, *From Here to Equality : Reparations for Black Americans in the Twenty-First Century*, University of North Carolina Press, 2020, non traduit.

³⁷ CE, 10^{ème} - 9^{ème} chambres réunies, 3 octobre 2018, n° 410611.

³⁸ A l'heure où nous rédigeons ces lignes, le texte a été adopté en première lecture à l'Assemblée nationale le 18 novembre 2021 et sera soumis au Sénat dans la deuxième quinzaine du mois de janvier 2022. S'il est voté, il s'ajoutera notamment à la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés.

Alors que le législateur se pique parfois de l'envie d'écrire l'Histoire en votant des « lois mémorielles »³⁹, que peut-on attendre d'un tel mouvement à l'œuvre sur le terrain indemnitaire ? La « justice réparatrice » aura-t-elle un avenir dans le droit administratif français de l'indemnisation des victimes de catastrophes humanitaires⁴⁰ ?

³⁹ Voir, par exemple, la loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité. Ces textes, pour la plupart « déclaratifs », divisent à la fois la classe politique et la communauté scientifique.

⁴⁰ Il est clair que les régimes d'indemnisation, quelle que soit leur conception, ne sont qu'une partie de la solution face aux catastrophes de grande ampleur. Ainsi, par exemple, dans le contentieux administratif relatif aux carences de l'Etat dans la lutte contre le réchauffement climatique, on observe actuellement avec intérêt les décisions récentes rendues tant par le tribunal administratif de Paris (TA Paris, 3 février 2021, *Association Oxfam France, Association Notre Affaire à Tous, Fondation pour la Nature et l'Homme et Association Greenpeace France*, n°s 1904967, 1904968, 1904972, 1904976/4-1 : il est ordonné, avant de statuer sur les conclusions des quatre requêtes tendant à ce que le tribunal enjoigne à l'Etat, afin de faire cesser pour l'avenir l'aggravation du préjudice écologique constaté, de prendre toutes les mesures permettant d'atteindre les objectifs que la France s'est fixés en matière de réduction des émissions de gaz à effet de serre, un supplément d'instruction afin de soumettre les observations non communiquées des ministres compétents à l'ensemble des parties, dans un délai de deux mois à compter de la notification du présent jugement) que par le Conseil d'Etat (CE, 6^{ème} - 5^{ème} chambres réunies, 1^{er} juillet 2021, *Commune de Grande-Synthe*, n° 427301 : il est enjoint au Premier ministre de prendre toutes mesures utiles permettant d'infléchir la courbe des émissions de gaz à effet de serre produites sur le territoire national afin d'assurer sa compatibilité avec les objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre fixés à l'article L. 100-4 du code de l'énergie et à l'annexe I du règlement (UE) 2018/842 du 30 mai 2018 avant le 31 mars 2022 ; voir également, voir CE, 6^{ème} - 5^{ème} chambres réunies, 4 août 2021, n° 428409 : condamnation de l'Etat à payer une astreinte de 10 millions d'euros pour le premier semestre de l'année 2021 pour ne pas avoir pris de mesures suffisantes pour réduire les niveaux de pollution de l'air dans plusieurs villes de France) qui montrent comment les règles de la procédure administrative contentieuse peuvent être instrumentalisées afin d'inciter la puissance publique à privilégier les actions « amont » plutôt qu'« aval ». Prévenir plutôt que guérir.

Les préjudices en cas de catastrophes : l'approche italienne

Denise AMRAM

PHD, LIDER Lab, Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa¹

I) Le cadre normatif : la responsabilité civile en Italie face aux catastrophes

Le cadre normatif pour la réparation des dommages en cas de catastrophes s'illustre par l'évolution de l'interprétation des dispositions du code civil et notamment du régime de droit commun.

La disposition générale qui répond aux principes *neminem laedere* et de la réparation intégrale des dommages est l'article 2043 du Code Civil. Il établit que « *toute conduite dolosive ou fautive qui a causé à autrui un dommage injuste oblige celui qui a commis le fait à le réparer* ». Les éléments constitutifs sont donc le fait, la faute ou le dol, le lien de causalité entre le fait et le préjudice².

Au niveau interprétatif, la règle générale connaît des spécificités selon la nature du dommage (économique ou extrapatrimonial), la source de responsabilité (ex : une violation d'une obligation spécifique), ou les rapports entre agent et victime (ex : en famille, en cas de rapport contractuel, ou de travail, etc.).

La complexité du système, toujours en évolution, apparaît à travers le mot « catastrophe » qui peut être utilisé pour décrire deux situations dommageables. D'abord, on parle de préjudice catastrophique « danno catastrofale » pour se référer au préjudice subi par la victime en raison de la souffrance éprouvée en réalisant consciemment l'approche inéluctable de sa propre fin. La jurisprudence italienne reconnaît ainsi le dommage moral d'agonie lucide, dès lors qu'il existe un délai appréciable entre le fait et la mort³. Ensuite, et ce sera l'objet de cette contribution, les catastrophes peuvent être définies comme des événements qui causent de graves bouleversements ou des morts, y compris des accidents jugés graves par les victimes qui en subissent les conséquences. Si le lien avec les concepts de gravité de l'atteinte aux biens protégés et de gravité du préjudice en découlant est évident, ce qui caractérise ce cas est la nature extraordinaire de la circonstance de l'accident, du fait illicite.

On trouve, ici, un dénominateur commun des actions en matière de préjudices causés par catastrophes humaines ou naturelles : l'impact des décisions jurisprudentielles concernant l'interprétation générale des articles 2043 et suivants du Code Civil⁴. En effet, le système de la responsabilité civile en Italie a évolué au travers de grands arrêts, adaptant l'interprétation générale du paradigme aux conditions spécifiques des catastrophes. Ils ont permis de trouver l'équilibre nécessaire entre la réalisation des valeurs constitutionnelles de forme individuelle et la solidarité de la vie sociale⁵.

¹ Projet PON Ricerca e innovazione - "Il danno alla persona e la giustizia predittiva".

² F.D. Busnelli, *Illecito civile*, en *Enciclopedia* giuridica Treccani, Roma, 1991, Vol.XV.

³ Cour de Cassation, ad. Pl., 22.7.2015, n. 15350, en *Foro it.*, 2015, I, c. 2682, noté par A. Palmieri et al.; en *Danno e resp.*, 2015, p. 889, note par V. Carbone et al.; en *Corriere giur.*, 2015, p. 1206, note par F.D. Busnelli.

⁴ V. D. Amram – G. Comandé, *La réparation du dommage. Rapport sur le droit italien*, en *Opinio Juris in Comparatione*, 2016, 1 <https://www.opiniojurisincomparatione.org/>.

⁵ F.D. Busnelli, *Il danno biologico. Dal «diritto vivente» al «diritto vigente»*, Torino, 2001.

II) La jurisprudence et les conséquences sur le système de responsabilité civile

Quelques exemples de catastrophes permettent d'illustrer comment ces événements ont pu particulièrement impacter le système de responsabilité civile en Italie.

A) L'affaire Superga et l'affaire Luigi Meroni

Une première évolution du système liée aux catastrophes concerne la possibilité de réparer le dommage d'un tiers par rapport à la victime, et plus particulièrement l'attribution de dommages-intérêts en cas de lésion causée par un tiers d'un droit au paiement d'une créance.

L'affaire Superga, célèbre en Italie, est une catastrophe aérienne survenue le 4 mai 1949. Un vol spécial transportant l'équipe de football du Torino Football Club s'écrase sur la colline de Superga provoquant la mort des 31 passagers et membres d'équipage. Cette affaire a donné lieu à une décision de la Cour de Cassation rendue en 1953⁶. La société propriétaire du club avait demandé réparation pour la perte de la prestation sportive de ses athlètes. La demande a été rejetée parce qu'il s'agissait d'un droit relatif et non pas d'un droit absolu, « *en excluant ainsi le lien de causalité immédiat et direct entre le dommage allégué par l'association de football de Turin et l'accident survenu à l'avion* ».

En revanche, dans l'affaire Luigi Meroni, où la victime était, là encore un joueur de football du club turinois, mort dans un accident de la route, la Cour de Cassation, cette fois en session plénière⁷, en 1971, a admis la réparation des dommages allégués par la société de football aux termes de l'article 2043 du Code civil. En effet, un fait illicite a rendu l'exécution d'une prestation non fongible de la victime impossible. Il constitue dès lors un préjudice injuste réparable. La Cour de Cassation opère un revirement.

Entre ces deux décisions, on note que la jurisprudence a élargi le champ d'application de l'article 2043 du Code Civil italien aux tiers. Cette évolution a conduit à la possibilité de réparer les dommages à cause d'un fait illicite dans les relations entre les individus, en élargissant le concept traditionnel de « dommage injuste », et y compris pour les prétentions d'indemnisation des citoyens contre les pouvoirs publics (« *interessi legittimi* »)⁸.

B) L'affaire Seveso

L'évolution de la responsabilité civile a aussi affecté les postes de dommages extrapatrimoniaux.

La catastrophe de Seveso concernait la dispersion d'un nuage de dioxine au-dessus de la ville éponyme. Il n'y a pas eu de morts, mais 676 personnes ont été déplacées entre le 26 juillet et le 2 août 1977 pour être provisoirement placées dans des hôtels de la région de Milan. La plupart d'entre elles sont retournées dans leurs habitations à la fin de décembre 1977. Néanmoins, 41 familles n'ont pas pu rentrer chez elles parce que leurs maisons avaient été détruites.

⁶ Cour de Cassation 4.7.1953 n. 2085 in Foro it., 1953, I, c. 1087 noté par F.D. Busnelli.

⁷ Cour de Cassation, Ad. Pl., 26.1.1971, n. 174, in Foro it., 1971, c. 1286 noté par F.D. Busnelli.

⁸ Cour de Cassation, Ad. Pl., 1999, n. 500, in Foro it., 1999, c. 2487.

Presque 25 ans après la catastrophe, la Cour de Cassation a établi qu'en cas de dommage environnemental, le préjudice moral subjectif des victimes peut être réparé même en l'absence d'atteinte à l'intégrité psychophysique. En particulier, ceux qui se trouvent dans une situation particulière (dans la mesure où ils vivent et /ou ils travaillent dans l'environnement pollué) et qui prouvent concrètement qu'ils ont subi une souffrance de nature transitoire par l'exposition à des polluants et qu'ils ont fait face à des limitations dans le cours normal de leur vie, peuvent obtenir réparation indépendamment de la présence d'un dommage corporel. A partir de cet arrêt, la réparation du dommage corporel n'est plus une condition nécessaire pour indemniser un préjudice de nature moral⁹.

Encore une fois, une catastrophe a permis une avancée dans l'interprétation de la clause générale contenue dans l'article 2043 du Code Civil, spécialement si on considère que, seulement un an après de cette décision, la nature du préjudice corporel « danno biologico » a été finalement décrit par la Cassation dans les décisions jumeaux nn. 8827-8828/2003 comme un poste de dommage extrapatrimonial¹⁰.

Dans une perspective systématique, en effet, l'affaire Seveso a ouvert la possibilité d'inscrire au sein de l'article 2059 du Code Civil le dommage extrapatrimonial découlant de la lésion d'un intérêt constitutionnel, inclus le préjudice corporel¹¹.

C) Les affaires Costa Concordia et Pont Morandi

En 2012, le navire de croisière Costa Concordia s'échouait sur un banc de sable près de l'île de Giglio, au sud de la Toscane. Trente-deux personnes ont trouvé la mort.

En décembre 2021, le Tribunal de Gênes a accordé un montant de 77.000 euros de dommages-intérêts à un passager pour le trouble de stress post-traumatique (tel qu'une atteinte à la santé) et dommages résultant d'une expérience stressante (liés aux circonstances particulières dans lesquelles la victime a vécu le naufrage)¹².

La décision admet donc la réparation du préjudice psychique lié à la souffrance subie pendant le naufrage, préjudice extrapatrimonial, et elle prend position à propos du débat sur le dommage moral et les critères d'évaluation à utiliser.

En effet, le débat sur les dommages extrapatrimoniaux aujourd'hui est particulièrement concentré sur la recherche d'un équilibre entre la personnalisation des effets dommageables pour garantir la réparation intégrale des préjudices et la traduction monétaire du préjudice avec des barèmes qui peuvent représenter la dimension de la souffrance dans les différents contextes¹³. Aussi dans ce cas, une catastrophe va stimuler le débat sur les postes des dommages réparables. A la suite de la publication de la décision de Gênes, l'association des consommateurs a annoncé l'exercice d'une action collective pour tous les passagers survivants. Les conséquences sur le système seront très intéressantes à suivre.

⁹ Cour de Cassation, Ad. Pl., 21.2.2002, n. 2515, in *Danno e resp.* 2002, 499, noté par G. Ponzanelli et B. Tassone.

¹⁰ Cour de Cassation, 31.5.2003, nn. 8827 – 8828, in *Foro it.*, 2003, c. 2271 noté par E. Navarretta, en *Danno e responsabilità*, 2003, 819 noté par F.D. Busnelli.

¹¹ G. Ponzanelli, *Il risarcimento integrale senza il danno esistenziale*, Padova, 2007.

¹² Tribunal de Genes, 27.2.2021, inédite.

¹³ G. Ponzanelli, *Il danno morale e la sua valutazione: i corsi e ricorsi della giurisprudenza*, en *Rivista italiana di medicina legale*, 2021, 481; D. Amram, *Pecunia doloris: (ap)prezzare il dolore. Il ruolo delle emozioni e dei sentimenti nella responsabilità civile*, *ibidem*, 491; G. Comandé, *Sofferenza interna, esterna e risarcimento integrale. Breve itinerario tra civil e common law*, *ibidem*, 507.

Une solution différente a été utilisée pour l'effondrement du Pont Morandi sur lequel passait l'autoroute A10. La catastrophe du 14 août 2018 a fait quarante-trois victimes, deux cent cinquante familles sont restées sans habitations et plus de 100 activités isolées.

Dans cette affaire, une stratégie de négociation a été menée. La société autoroute, en effet, a négocié des dommages-intérêts avec les familles des victimes. Seules deux familles ont refusé l'offre pour la perte du conjoint basée sur l'application des barèmes du Tribunal de Milan qui l'estime entre 165.000€ et 330.000€ en tenant compte de variables (âge, typologie de conjoint, etc.).

III) Perspectives à partir de responsabilité civile et la pandémie actuelle ?

Les affaires sur les catastrophes ont contribué à caractériser l'évolution du système de réparation des dommages en Italie pour plusieurs raisons.

En premier lieu, les victimes des catastrophes naturelles ou humaines exposent dans leurs requêtes en réparation un complexe système de valeurs qui va se traduire en postes de préjudices.

En deuxième lieu, le préjudice découlant de la douleur peut être présenté comme un préjudice moral direct, mais aussi comme un préjudice pour la perte du lien familial ou, selon le moment, comme une souffrance qui découle d'un bouleversement dans les activités de la vie quotidienne.

L'enseignement que l'on peut retirer des arrêts illustrés nous conduit à réfléchir sur le rôle que la pandémie peut jouer sur l'évolution du système de responsabilité civile.

En effet, si on considère le nombre de victimes directes et indirectes et la typologie de conséquences économiques et non-économiques, on peut bien analyser *a priori* les possibles conséquences des actions judiciaires qui ont comme scénario la Covid-19 sur le système de réparation des catastrophes.

Un premier scénario se réfère à l'hypothèse d'une responsabilité sanitaire en cas de contamination par la Covid-19 dans une structure sanitaire. Doit-on qualifier la contamination d'infection nosocomiale ou de catastrophe, peut-elle être considérée comme une cause d'exemption de la responsabilité ?

Les secteurs public et privé de la santé se sont retrouvés confronter à la recherche difficile d'un équilibre entre le besoin de garantir un traitement aux patients et la limitation autant que possible de l'accès aux structures.

En considérant la situation créée dans les mois de mars et avril de l'année 2020, la présomption que la contagion s'est produite en interne à l'hôpital est particulièrement forte. En effet, n'avaient pas encore été définis des protocoles de santé adéquats et le traitement des patients infectés par le Covid-19 n'était pas réalisé dans une unité de soin spécifique. Certes, des obligations d'hygiène et de stérilisation étaient déjà présentes dans les structures de santé bien avant l'avènement de pandémie de Covid-19, mais la contagiosité du virus signifiait que les personnels de l'hôpital devaient prendre en plus des initiatives spécifiques concernant le nettoyage de l'environnement¹⁴.

Après la première phase d'urgence, la réponse du système de santé public national et privé est devenue plus ciblée : le relâchement de la pression sur le système hospitalier a permis de

¹⁴ Ministère de Santé disposition n. 5443 du 22 février 2020.

préparer une réponse plus efficace à l'augmentation attendue des cas de contagion. En particulier, les systèmes de tracement des contacts avec les patients et l'utilisation des EPI ont été amplifiés.

Au regard du cadre factuel et réglementaire, pour les cas d'infections au Covid-19 survenues au sein des structures sanitaires, la réparation des dommages sera possible seulement en considérant les éléments constitutifs dans un contexte général adapté à la pandémie¹⁵.

Du point de vue du lien de causalité, les mécanismes de propagation du Covid-19 sont en partie encore aujourd'hui inconnus des spécialistes des maladies infectieuses eux-mêmes, par conséquent établir tout lien de causalité entre l'infection et la conduite sanitaire pourrait s'avérer difficile. La durée de l'incubation de la pathologie est très variable. Ainsi, les positions divergentes dans la communauté scientifique pose des difficultés pour individualiser le lien de causalité, surtout en considérant le rôle des pathologies chroniques dont souffrent certains malades de la Covid.

Il y a une présomption de responsabilité pour la structure sanitaire selon l'article 1228 du Code Civil italien, mais la fourniture de la prestation en situation d'urgence peut constituer une condition d'exemption. Dans ce cas, les éléments subjectifs (la formation et l'habileté du médecin) et objectifs (les capacités de la structure, comme les ressources et nombre de patients) peuvent être analysés par le juge.

Au niveau normatif, selon la loi n° 24/2017 sur la réforme de la responsabilité sanitaire, la structure sanitaire est chargée de démontrer sa conformité à tous les canons de la *lege artis* en matière de désinfection et d'assainissement des environnements sanitaires. Cependant, elle peut invoquer une cause d'extinction de l'obligation en raison de l'impossibilité de réaliser la prestation pour des raisons qui ne lui sont pas imputables. Cette option est justifiée par des articles sur la responsabilité contractuelle (conformément aux dispositions des articles 1218 et 1256 du Code Civil italien). Surtout dans la première période de la pandémie, les facteurs qui peuvent être invoqués pour démontrer cette impossibilité étaient l'absence de protocoles, la pénurie de personnel, de lits, la pénurie de matériels médicaux et des dispositifs EPI. En revanche, à partir de la deuxième phase de l'épidémie, la présence de protocoles, l'actualisation des activités de formation spécifiques pour le personnel sanitaire et la diffusion des indications pour protéger les patients (déclarations de responsabilité avant d'entrer dans les structures, etc.) vont augmenter la possibilité de prévoir le risque de diffusion et donc une plus grande prévisibilité de l'événement nosocomiale. Ces éléments peuvent rendre complexes la possibilité pour la structure sanitaire d'opposer l'exception d'impossibilité de réalisation de la prestation pour causes non imputables.

Une des options explorées conduirait à prévoir un système d'indemnisation standardisé, sur la base de ce qui s'est passé à la suite des dommages causés par la contamination lors de transfusions et par la défektivité de vaccins, mais une intervention législative serait nécessaire¹⁶.

Un deuxième scénario concerne la souffrance du personnel de santé : les rythmes et les conditions du travail dans les structures sanitaires ont dramatiquement changé. L'on pourrait envisager un poste de dommage pour une souffrance de nature transitoire en raison de l'exposition à un stress sur le lieu de travail au cours d'une période. L'INAIL, l'Institute National

¹⁵ L. Cannata, L. Molinari, G. Tomei, *La responsabilità per infezioni nosocomiali*, in Speciale Osservatorio sul danno alla persona (sous la dir. D. Amram), en Danno e responsabilità, 2021, 5, 547.

¹⁶ Loi 25.2.1992, n. 210.

de l'assurance du travail, n'a pas encore été saisi de telles requêtes¹⁷. A ce stade, on peut donc penser que la pandémie, comme catastrophe, qui a bouleversé la vie privée et le travail, n'a pas été perçue comme un fait illicite dans la conscience des travailleurs du secteur sanitaire. Par conséquent, on peut imaginer que la posture de préjudice du *burn out* au travail, qui a été très débattu en Italie, ne sera pas légitimé par le scénario du Covid-19.

¹⁷ D. Amram – M. Gagliardi (dir), *Introduzione al focus. Danno da stress da lavoro correlato e danno alla persona: un approccio interdisciplinare*, en *Rivista italiana di medicina legale*, 2020, 3, 1537.

Les préjudices en cas de catastrophes : approche belge

Nicolas ESTIENNE

Avocat au barreau de Bruxelles

Collaborateur scientifique au Centre de droit privé de l'UCLouvain

Co-directeur de la Revue Générale des Assurances et des Responsabilités

Depuis le début du 21^{ème} siècle, plusieurs accidents collectifs se sont produits en Belgique.

Il s'agit principalement de :

- L'accident ferroviaire survenu à Pécrot le 27 mars 2001 (collision frontale entre deux trains), qui a fait 8 morts et 12 blessés.
- La catastrophe de Ghislenghien survenue le 30 juillet 2004, qui a été provoquée par l'explosion d'une conduite de gaz fragilisée par un engin de chantier au cours de travaux dans un zoning industriel, et qui a fait 27 morts et 132 blessés (principalement brûlés).
- L'accident ferroviaire survenu à Buizingen le 15 février 2010 (collision entre deux trains), qui a fait 19 morts et 125 blessés.
- L'attentat terroriste survenu le 24 mai 2014 au Musée Juif de Bruxelles (fusillade au moyen d'un revolver et d'une kalachnikov), qui a fait 4 morts.
- Les attentats terroristes survenus le 22 mars 2016 à l'aéroport de Zaventem et dans la station de métro bruxelloise Maelbeek (explosions de bombes artisanales), qui ont fait 32 morts et 415 blessés.
- Les inondations provoquées par le débordement de plusieurs cours d'eau à la suite de chutes de pluies exceptionnelles, survenues en juillet 2021 principalement dans les provinces de Liège, de Namur et du Brabant wallon, qui ont causé 39 décès et d'innombrables dommages aux biens (destruction de nombreuses habitations, importants dégâts aux infrastructures, plus de 50.000 véhicules mis hors d'usage, ...).

En revanche, la Belgique n'a pas été confrontée à des scandales sanitaires causés par des produits de la santé défectueux ou à des catastrophes environnementales notoires au cours des dernières années.

Ces différents événements ont conduit à l'adoption ou à des réflexions sur l'adoption de règles destinées à permettre une indemnisation plus rapide (c'est-à-dire sans attendre l'issue d'un éventuel procès pénal), plus facile (c'est-à-dire sans discussion sur les responsabilités) et intégrale des victimes et de leurs ayants droit.

Le régime d'indemnisation automatique des victimes d'accidents de la circulation (article 29*bis* de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs) a ainsi été étendu aux passagers de véhicules circulant sur des voies ferrées, le débiteur de l'indemnisation étant le propriétaire du véhicule sur rails impliqué dans l'accident¹.

¹ Sur cette extension : N. Estienne, L'indemnisation des victimes d'accidents ferroviaires, in *Liber amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve, Anthemis-Bruylant, 2008, spéc. p. 507-513.

Une loi du 13 novembre 2011 relative à l'indemnisation des dommages corporels et moraux découlant d'un accident technologique² a, quant à elle, confié au Fonds Commun de Garantie Belge (organisme financé et géré par l'ensemble des assureurs privés actifs sur le marché belge) la mission d'indemniser, « conformément aux règles du droit commun », les victimes de catastrophes technologiques de grande ampleur.

Pour les victimes d'actes de terrorisme, la Commission d'enquête parlementaire qui a été mise en place à la suite des attentats du 22 mars 2016, a recommandé la création d'un fonds d'indemnisation qui pourra allouer aux victimes « dans les délais les plus brefs, des aides et indemnités, à charge de récupérer ce qui est dû par les compagnies d'assurance »³. L'idée est donc de mettre en place un fonds de garantie public sur le modèle du FGTI français. Le projet n'a toutefois pas encore abouti, avec la conséquence qu'en l'état actuel du droit positif belge, il n'existe toujours aucune règle générale qui consacre un droit à la réparation intégrale de tout dommage corporel causé par un acte de terrorisme⁴.

En revanche, les différents accidents collectifs évoqués ci-dessus n'ont pas conduit à la reconnaissance de préjudices spécifiques tels que le préjudice d'angoisse d'une mort imminente ou le préjudice « d'attente » des proches. Du point de vue théorique, rien ne s'oppose *a priori*, à la reconnaissance et à l'indemnisation de tels préjudices spécifiques, dès lors que le droit belge est fondé sur le principe de la réparation intégrale (article 1382 du Code civil) et que les préjudices réparables ne sont pas figés dans une nomenclature « fermée » et contraignante. Toute atteinte à un intérêt légitime est donc en principe susceptible d'ouvrir un droit à indemnisation.

Le Tableau indicatif des dommages, qui est publié environ tous les 4 ans par des associations de magistrats (le tableau indicatif 2020 vient d'être diffusé et est, pour ainsi dire, un « copier/coller » de la version antérieure de 2016) contient ainsi une liste non exhaustive et simplement « indicative » des postes de préjudices réparables.

En pratique, on constate toutefois que, plutôt que de reconnaître l'existence de nouveaux postes de préjudices propres aux accidents collectifs, les juges belges ont préféré les inclure dans les préjudices existants (plus particulièrement dans le préjudice moral⁵), en majorant les montants habituellement accordés par la jurisprudence pour des accidents de la circulation ou de la vie privée.

² Loi du 13 novembre 2011 relative à l'indemnisation des dommages corporels et moraux découlant d'un accident technologique, publiée le 24 fév. 2012, entrée en vigueur le 1er nov. 2012 ; J.-L. Fagnart, Le nouveau droit des catastrophes technologiques, *Revue Générale des Assurances et des Responsabilités*, 7/2012, n° 14883 ; B. Dubuisson, La loi relative à l'indemnisation des dommages découlant d'un accident technologique, in *Liber amicorum Noël Simar*, Limal, Anthemis, 2013, p. 327 et s. ; C. Lacroix, Installations dangereuses, catastrophes technologiques & indemnisation : un comparatif franco-belge (prétexte pour un plaidoyer européen), RISEO 2013-1 (mars 2013)

³ *Doc. Parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 1752/007, p. 26.

⁴ Il faut savoir que, pour les victimes des attentats du 22 mars 2016, l'indemnisation des victimes est prise en charge par les assureurs privés de l'aéroport de Zaventem et du métro bruxellois sur la base d'une loi du 30 juillet 1979 qui consacre une responsabilité civile objective et une obligation d'assurance dans le chef de l'exploitant d'un lieu ouvert au public, en cas de dommages causés par une explosion. Le bénéfice de cette loi a pu être invoqué parce que les attentats du 22 mars 2016 ont été causés par l'explosion de plusieurs bombes actionnées par des kamikazes dans l'aéroport et dans la station de métro. Tel n'a pas pu être le cas pour les victimes de la fusillade du Musée Juif de Bruxelles qui a, quant à elle, été causée par des tirs d'armes automatiques. Pour une présentation du droit belge de l'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme : B. Dubuisson et N. Estienne, Les attentats terroristes du 22 mars 2016 : responsabilités, indemnisation et assurances, in B. Dubuisson et N. Simar (dir.), *Responsabilité, indemnisation et recours*. Morceaux choisis, coll. CUP, Liège, Anthemis, 2017, pp. 215-268 ; N. Estienne, L'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme en Belgique : entre assurances privées et solidarité nationale, in *Les dommages de masse*, coll. GRERCA, Bruxelles, Bruylant (à paraître en 2022).

⁵ Le préjudice moral vise, en cas de décès, le préjudice d'affection subi par les proches et, en cas de blessures, le préjudice résultant de l'incapacité personnelle de la victime, c'est-à-dire les conséquences non économiquement quantifiables de l'atteinte à son intégrité physique et psychique dans sa vie quotidienne. (L'équivalent français est le DFT/DFP).

Ceci est, en tout cas, vrai pour les proches des victimes décédées.

Le Tableau indicatif, qui propose des montants forfaitaires (mais non contraignants) en fonction du degré de parenté pour indemniser le préjudice moral subi du fait du décès d'un être cher, précise à cet égard : « *Chaque situation étant particulière, les montants peuvent être adaptés compte tenu des circonstances spécifiques* »⁶. Sur cette base, les tribunaux n'ont pas hésité à majorer sensiblement les indemnités pour préjudice moral allouées aux proches d'une victime décédée dans un accident collectif, en mettant en évidence notamment les circonstances extrêmement violentes, brutales et tragiques du décès, la dimension catastrophique et ultramédiatisée de l'événement, l'angoisse engendrée par l'attente de la confirmation du décès, ou encore l'impossibilité de voir le corps de la victime après son décès (ce corps n'étant point présentable en raison de la violence de l'accident ou des mutilations auxquelles il a été soumis).

Ainsi, dans la cadre de l'accident ferroviaire de Pécrot, le tribunal de police de Wavre a condamné la SNCB à verser aux proches des victimes décédées, à titre de réparation du préjudice moral, des montants deux à trois fois supérieurs à ceux qui étaient recommandés à l'époque par le Tableau indicatif⁷.

Dans le cadre des attentats du 22 mars 2016, un jugement du tribunal de première instance francophone de Bruxelles du 11 février 2019⁸ octroie au frère d'une victime décédée à la station de métro Maelbeek à titre de préjudice moral une somme forfaitaire de 10.000,00 €, là où le tableau indicatif (2016) suggérerait un montant de 1.800,00 € en cas de décès d'un frère non cohabitant, soit 5,55 fois plus.

Pour les victimes blessées lors d'un accident collectif ou d'une catastrophe, les séquelles psychiques (syndrome de stress post-traumatique) - dont l'intensité et la gravité sont le plus souvent exacerbées par le caractère collectif de l'événement dommageable⁹ - seront en principe prises en compte sur le plan médical dans les expertises destinées à évaluer les taux d'incapacité (personnelle, professionnelle et ménagère), à titre temporaire et à titre permanent.

Quant aux bases d'indemnisation, elles seront généralement majorées pour les préjudices extrapatrimoniaux.

Ainsi, s'agissant des victimes qui ont été blessées lors de la catastrophe de Ghislenghien, une grille d'évaluation a pu être élaborée entre les avocats des victimes et ceux de la société FLUXYS (dont la responsabilité a été retenue à l'issue de la procédure pénale¹⁰) en vue d'un règlement transactionnel. Cette grille d'évaluation a fixé, pour le calcul des indemnités, des bases sensiblement plus élevées que celles recommandées par le tableau indicatif :

⁶ Indicatieve Tabel 2020. Tableau indicatif 2020, Bruges, la Charte, 2021, p. 27.

⁷ voy. par ex. : Pol. Wavre, 2 avril 2007, Revue Générale des Assurances et des Responsabilités, 2007, n°14327, qui accorde un montant forfaitaire de 25.000,00 € à l'épouse d'un homme décédé, là où la SNCB proposait, par référence au tableau indicatif, un montant de 7.500,00€.

⁸ Civ. Bruxelles, 11 février 2019, Revue Générale des Assurances et des Responsabilités, 2019, n°15600.

⁹ J. De Mol, Répercussions psychiques de la catastrophe de Ghislenghien, Consilio, 2008/4, p. 6.

¹⁰ Mons, 28 juin 2011, Revue Générale des Assurances et des Responsabilités., 2011, n° 14768. Les pourvois formés contre cet arrêt de la cour d'appel de Mons ont été, pour l'essentiel, rejetés (Cass., 14 novembre 2012, Revue Générale des Assurances et des Responsabilités, 2013, n° 15009).

majoration de 9 € par jour d'hospitalisation et de 5 € par jour d'incapacité personnelle à 100% ; capitalisation de l'incapacité personnelle permanente ; indemnisation du préjudice esthétique temporaire¹¹ ; capitalisation du préjudice esthétique permanent sur la base d'un montant journalier de 25,00 € pour un préjudice de 5/7 et de 36,00 € pour un préjudice de 6/7 ; capitalisation du préjudice sexuel permanent sur une base de 15,00 € multipliée par le taux de l'incapacité personnelle permanente ; ...

On notera enfin que, pour les victimes des attentats terroristes du 22 mars 2016, un accord est intervenu le 17 mars 2017 entre le Gouvernement belge et ASSURALIA (Union professionnelle des entreprises d'assurances) en vertu duquel les assureurs se sont engagés à indemniser les dommages moraux :

- À raison du montant du Tableau indicatif (2016), multiplié par 2, pour les ayants droit des victimes décédées ;
- À raison du montant du Tableau indicatif (2016) multiplié par 2, pour les victimes directes blessées dont l'incapacité personnelle permanente est supérieure à 10% ;
- À raison du montant du Tableau indicatif (2016) multiplié par 1,5 pour les blessés dont le taux d'incapacité personnelle permanente se situe entre 1 et 10%.

Ce protocole d'accord lie les assureurs mais pas les victimes, qui conservent bien entendu la possibilité de réclamer des montants supérieurs, le cas échéant devant les tribunaux.

¹¹ En Belgique, le préjudice esthétique n'est, en règle générale, indemnisé qu'à titre permanent.

2. Droit pénal et catastrophes

25 ans de droit pénal des catastrophes : regards franco-italien - Regard français -

Caroline LACROIX

Maître de conférences HDR Université Évry-val d'Essonne – Paris-Saclay

Embrasser l'ensemble des catastrophes et l'ensemble des questions de droit pénal qui leurs sont associées mériterait un colloque en soi, *a fortiori* en intégrant des aspects comparatifs. A s'en tenir à un regard croisé franco-italien avec le professeur Donato Castronuovo, l'on constate une tradition commune de pénalisation des catastrophes, que celles-ci soient d'origine naturelle, technologique, liée aux transports collectifs ou sanitaire¹. Ainsi, par exemple, dans le cadre du naufrage du Costa Concordia survenu en janvier 2012, au large de la Toscane, la compagnie Costa croisière a-t-elle été condamnée à une amende d'un million d'euros, au terme d'une procédure négociée et son commandant condamné à seize ans de prison ferme. Le retentissant procès italien dans le cadre du séisme de l'Aquila², survenu le 6 avril 2009, qui a fait 308 morts et un millier de blessés répond en écho au procès, en France de la tempête Xynthia du 28 février 2010 sur le littoral Atlantique, qui avait tué 29 personnes, la digue destinée à protéger des lotissements situés en zone inondable ayant été submergée³. En matière de drames sanitaires, le scandale de l'amiante sévit des deux côtés des Alpes. En Italie, jugé pour « catastrophe sanitaire et environnementale » (« *disastro ambiente* ») et « infraction aux règles de la sécurité au travail », l'un des principaux actionnaires de la société Eternit, a été condamné par la Cour d'appel de Turin, le 3 juin 2013, à 18 ans de prison (contre 16 ans en 1^{ère} instance), pour la mort de près de 3.000 personnes, ouvriers ou riverains des usines qui fabriquaient de l'amiante⁴. Cinq ans d'enquête ont conduit à ce procès, qui a réuni plus de 6.000 parties civiles (victimes, proches de victimes, syndicats, sécurité sociale italienne...). En France, si les risques engendrés par l'amiante ont donné lieu à de nombreuses plaintes et instructions menées pour blessures ou homicides involontaires résultant d'expositions longues et anciennes à l'amiante, elles ont souvent achoppé sur la difficulté à établir l'existence d'une faute délibérée ou une faute caractérisée et un lien de causalité.

Les catastrophes s'inscrivent systématiquement dans un contexte de judiciarisation pénale et les procès menés s'inscrivent dans l'histoire collective de nos sociétés modernes et sont, en France, abordés comme des procès historiques et partant filmés⁵. Il appartient au juge pénal, devenu le juge des catastrophes, de déterminer, parmi « *le catalogue des comportements*

¹ D. Castronuovo, *JAC*, oct. 2018, interview.

² Tribunale dell' Aquila, 22 oct. 2012, PM c/ Fr. Barberi et a., *JAC* n° 128, Actualité catastrophes, J. Laengy ; *Environnement* n° 2, fév. 2013, alerte 25, « Catastrophes naturelles : le retour du bouc émissaire ? », Focus par P. Billet ; *RDE* 2012-2013. En appel, les six scientifiques ont finalement été relaxés : *Le Monde.fr*, 10.11.2014, Séisme de L'Aquila : volte-face surprise de la justice italienne. Seul le sous-directeur de la Protection civile a été condamné à deux ans de prison.

³ Trib. corr. des Sables d'Olonne, 12 déc. 2014, n° 877/2014, M.-F. Steinlé-Feuerbach, « Xynthia : les responsabilités pénales », *JAC* n° 150, janv. 2015 ; K. Favro, « Culture du risque... Vous avez dit Culture du risque ? », *JAC* n° 150, janv. 2015.

⁴ L. d'Ambrosio, Amiante et droit pénal : quelques réflexions sur l'affaire Eternit de Turin, *Revue de droit du travail* 2014 p.418.

⁵ Ainsi, les archives audiovisuelles de la justice constituées dans le cadre de l'article L. 221-1 du Code du patrimoine contiennent, outre les procès en rapport avec des crimes contre l'humanité ou le terrorisme, les enregistrements sonores du procès des docteurs Garretta, Allain, Netter et Roux dans le cadre de l'affaire du sang contaminé en première instance et en appel (tribunal de grande instance de Paris du 22 juin au 23 octobre 1992 ; 13e chambre de la cour d'appel de Paris, du 3 mai au 13 juillet 1993) ; du procès de l'explosion de l'usine AZF en 1^{ère} instance au tribunal correctionnel de Toulouse du 23 février au 30 juin 2009 (v. C. Lacroix, L'enregistrement du procès AZF présente un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice, obs ss. Crim. 17 fév. 2009, n° 09-80.558, *JAC* n° 92, mars 2009) et devant la cour d'appel de Paris du 24 janvier au 24 mai 2017.

sanctionnés »⁶, les qualifications pénales appropriées et leur adéquation à la prise en compte du particularisme des catastrophes.

Si la démarche est commune aux deux pays, la comparaison révèle des perspectives d'approche différentes. L'étude menée par le CERDACC pour la mission GIP-Droit & Justice en 2014⁷ montrait que, s'agissant du fondement des poursuites, le Code pénal italien présente la particularité de prévoir des incriminations spécifiques en cas de catastrophes en concours avec les infractions d'homicides et de blessures involontaires aggravées par la pluralité de victimes. Ces infractions sont nommées selon le type de risque ou son contexte : incendie, inondation, glissement de terrain, avalanche, naufrage, désastre aérien, désastre ferroviaire etc.⁸. Le législateur, pour éviter des oublis ou des lacunes normatives, a même prévu une disposition, pour reprendre les termes du professeur Donato Castronuovo, « *bonne à tout faire* »⁹ en cas de « désastre inconnu ».

On ne trouve pas l'équivalent en droit pénal français : « *Le Droit pénal, n'est pas [...] conçu pour réprimer des infractions qui font une pluralité de victimes : le code pénal ne permet pas de distinguer l'acte qui fait un mort de celui qui en fait sept mille* »¹⁰. La répression s'exerce dans le cadre des qualifications de droit commun, sans que la pluralité de victimes ne soit prise en compte¹¹, celui-ci se révélant plus adapté à la situation des accidents collectifs que des catastrophes sanitaires¹². Pour ces dernières, il vrai que « *Le droit pénal apparaît démuné* » voire pour un constat plus sévère, ineffectif. Face aux difficultés d'application des incriminations actuelles, la doctrine a pu proposer de « *tirer les leçons de toutes ces affaires de santé publique pour s'interroger sur l'opportunité d'introduire en droit pénal un délit spécifique destiné à sanctionner directement la prise de risque dans le domaine sanitaire* »¹³ ou de passer par une « *reconfiguration du délit d'exposition d'autrui à un risque* »¹⁴.

Une telle idée avait d'ailleurs été (étonnamment) portée par le sénateur Fauchon. L'absence de condamnation dans le cadre de grands scandales sanitaires ou industriels avait conduit ce partisan de la dépénalisation de l'imprudence, à déposer une proposition de loi (avortée) envisageant une modification de l'article 223-1 du Code pénal relatif au délit de risques causés à autrui, afin de poursuivre les événements catastrophiques. L'exposé des motifs du texte révèle explicitement que ses auteurs tentent de répondre au sentiment de déni de justice dans des affaires sanitaires ou industrielles ayant fortement marqué la société française ces dernières années.¹⁵ Plus largement, des études plaidant pour des évolutions du droit pénal à

⁶ M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial- Infractions des et contre les particuliers*, Dalloz, coll. Précis, 5ème éd., 2006, n° 2.

⁷ Dir° C. Lacroix, M.F. Steinlé-Feuerbach, *La judiciarisation des grandes catastrophes - Approche comparée du recours à la justice pour la gestion des grandes catastrophes (de type accidents aériens ou ferroviaires)*, Dalloz, coll. Thème & commentaire, mai 2015.

⁸ Code pénal italien, LIVRE Deux, Titre VI (articles 422-452) Chapitre III - Des crimes intentionnels de danger commun.

⁹ V. l'intervention de D. Castronuovo.,

¹⁰ M.-A. Hermitte, in Le Sang et le Droit, Seuil, 1996, p. 345.

¹¹ C. Lacroix, *La réparation des dommages en cas de catastrophes*, préf. M.F. Steinlé-Feuerbach, avant-propos, D. Houtcieff, LGDJ, 2008, tome 490.

¹² D. Viriot-Barrial, « Le droit pénal face aux grandes catastrophes sanitaires », *RDSS* 2008. 21 ; C. Lacroix, « Le nuage de Tchernobyl s'est arrêté aux frontières du droit pénal français », note sous, cass. crim. 20 nov. 2012, *D.* 2013, p.218.

¹³ *JCP* 2014. 200, note P. Mistretta

¹⁴ F. Rousseau, Essai d'une reconfiguration des infractions pénales contre les personnes à l'aune des « scandales sanitaires », *Dr. pénal* 2013, ét. 11 ; P. Mistretta, « L'affaire de l'hormone de croissance : l'impuissance du droit pénal », *JCP* 2011, 965. Sur l'ensemble de la question, *Les réponses du droit aux crises sanitaires*, dir. F. Rousseau, L'Harmattan, 2016.

¹⁵ C. Lacroix, « La répression de l'imprudence : à hue et à dia Hésitations, inconstances ou incohérences législatives ? », *Petites affiches*, 26 avril 2012 n° 84, P. 5

l'identité « des accidents de masse »¹⁶, tant concernant les incriminations que les sanctions ont pu être menées.

L'appréhension des catastrophes par le droit pénal n'est pas seulement une question de qualification, de droit pénal spécial. C'est aussi et surtout une question de procédure pour répondre aux défis que représente le traitement judiciaire des accidents collectifs : une causalité souvent enchevêtrée et difficile à établir, une identification complexe des auteurs et évidemment une pluralité de victimes. A l'originalité du droit pénal italien répond la créativité du droit pénal français exprimée sous l'angle processuel. Christophe Régnard, ayant exercé les fonctions de juge d'instruction en charge du dossier de l'accident du Concorde, lors de l'anniversaire des 15 ans du CERDACC en 2011, affirmait que « *La gestion judiciaire de ces dossiers est à bien des égards classique ... et vu leur ampleur somme toute plutôt artisanale* ». Tel n'est plus le cas aujourd'hui. Désormais, l'office du juge pénal en matière de catastrophes s'exerce dans le cadre d'un droit processuel dédié¹⁷. Si le code pénal reste silencieux en matière de catastrophe, le code de procédure pénale en est devenu le réceptacle. Le terme « accident collectif » y apparaît ainsi expressément à plusieurs reprises et un titre trente-troisième intitulé « *De la procédure applicable en cas d'accident collectif* » y est inséré¹⁸.

L'adaptation de la procédure pénale aux catastrophes s'est traduite par une spécialisation judiciaire dans le traitement d'affaires collectives complexes (I) avec un aménagement des règles procédurales, aménagement que l'on retrouve également en faveur des victimes de tels évènements (II).

I) La spécialisation judiciaire en réponse aux catastrophes

Parce que la complexité et la technicité de ce type de contentieux justifiaient cette exigence de spécialisation, il était « *indispensable en effet que des magistrats puissent acquérir une spécialisation poussée sans laquelle le travail d'investigation pourrait s'avérer vain* »¹⁹. La nécessité de proportionner la procédure pénale et notamment de redimensionner l'instruction à l'importance des investigations à effectuer à la mesure des catastrophes s'est imposée et est incarnée par la mise en place de pôles, lesquels, mis à l'épreuve de la pratique, peuvent apparaître comme des colosses (A) aux pieds d'argile (B).

A) Les juridictions spécialisées en cas de catastrophes : des colosses à la compétence renforcée

1) Une compétence devenue prioritaire

La création d'institutions et de procédures spécialisées pour traiter du contentieux des catastrophes sanitaires a d'abord été entérinée par la loi du 4 mars 2002²⁰, donnant naissance à deux pôles de santé à compétence interrégionale,²¹ dont la doctrine reconnaît qu'ils « *jouent un rôle moteur dans le traitement de grandes catastrophes sanitaires* »²². Il faudra attendre la loi du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines

¹⁶ E. Calvo, *Accidents de masse et responsabilité pénale*, thèse Bordeaux, déc. 2018. Disponible sur HAL.

¹⁷ C. Lacroix, « Le traitement judiciaire des accidents collectifs : hier, aujourd'hui et demain. Questions de procédure pénale », in *Mélanges en l'honneur du professeur Cl. Lienhard*, Université et prétoire. éd. L'Harmattan, coll. Droit privé et sciences criminelles, 2020, p. 147.

¹⁸ Art. 706-176 à 706-182 du CPP.

¹⁹ P. FAUCHON, avis n° 175 (2001-2002), présenté au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'Administration générale sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, déposé le 16 janvier 2002.

²⁰ Titre XIII Bis du Livre IV du code de procédure pénale, (Articles 706-2 à 706-2-3).

²¹ Décret n° 2002-599 du 22 avril 2002 fixant la liste et le ressort des tribunaux spécialisés en matière sanitaire.

²² D. Viriot-Barrial, « Le droit pénal face aux grandes catastrophes sanitaires », *RDSS* 2008. 21 ; Pascal Gand, « Les pôles de santé publique, une organisation adaptée aux contentieux en matière de sécurité sanitaire ? », *RDSS* 2013 p.813.

procédures juridictionnelles²³ pour que naissent des juridictions spécialisées en matière d'accidents collectifs²⁴. Désormais, le code de procédure pénale permet d'étendre la compétence d'un tribunal judiciaire pour l'enquête, la poursuite, l'instruction à une ou plusieurs cours d'appel. Les tribunaux judiciaires de Paris et Marseille ont été désignés dans les deux cas pour accueillir ces pôles²⁵. Ces deux pôles, santé et accident collectif, en pratique n'en font qu'un : le SPAC « *le pôle santé publique santé publique et accidents collectifs* ». Un tel regroupement fait sens tant la porosité entre ces catégories est toujours possible. L'incendie de l'usine Lubrizol à Rouen, en septembre 2019, le démontre puisque ce drame peut apparaître plutôt comme un accident collectif en raison de sa nature mais que les éventuelles répercussions sur la santé publique ont justifié la saisine du pôle santé publique à Paris. Avec la création, par la loi du 24 décembre 2020²⁶, de pôles régionaux spécialisés en matière d'atteintes à l'environnement, le pôle change de nom, le pôle SPAC devient SPACE (e = environnement). Les catastrophes environnementales ont désormais aussi leurs juridictions spécialisées.

La compétence de ces pôles est articulée de manière similaire. Ils ont vocation à connaître des « *affaires qui comportent une pluralité de victimes et sont ou apparaîtraient d'une grande complexité* » et pour les infractions déterminées limitativement par la loi²⁷. Cette compétence s'étend aux infractions connexes. Afin d'assurer l'efficacité des pôles, la loi les dote en conséquence, de moyens renforcés²⁸ et notamment d'assistants spécialisés.

Si la justice pénale est pourvue de juridictions spécialisées en matière de catastrophe, cette compétence n'a pas été conçue comme une compétence directe et nationale mais comme concurrente de celles des juridictions de droit commun et cela sur toute l'étendue de leur ressort. Ces mêmes catastrophes qui ne sont pas d'une grande complexité restent de la compétence des juridictions ordinaires. Il s'agit d'une compétence complémentaire et subsidiaire. Les pôles ne bénéficient pas d'un droit d'évocation leur permettant de se saisir spontanément et n'ont aucun droit de préemption sur les dossiers. Une procédure de dessaisissement au profit d'une juridiction spécialisée est en conséquence prévue²⁹.

Cependant, la loi du 24 décembre 2020 opère un véritable « *renforcement de la compétence des pôles* »³⁰ en mettant en place une action prioritaire des pôles. Si comme le relève les acteurs concernés « *la saisine du pôle fait fréquemment consensus* »³¹, il est apparu opportun au législateur de fluidifier les relations entre parquets (exposé des motifs de la loi)³². Dans une

²³ L. n° 2011-1862, 13 déc. 2011, JO 14 Déc. 2011 (articles 706-176 et s du code de procédure pénale). A. Gallois, Les juridictions pénales spécialisées en matière d'accidents collectifs, Procédures n° 10, oct. 2011, alerte 46 ; T. Potaskin, La poursuite du processus de spécialisation, D. 2012. 452 ; C. Lacroix, « Des pôles spécialisés pour les accidents collectifs », JAC n° 119, déc. 2011.

²⁴ Concernant l'historique de leur création, v. C. Lacroix, colloque TGI paris, Retour vers le passé : à l'origine de la création des pôles, JSS 23 nov. 2019, n°84, p.3

²⁵ Décret n° 2002-599 du 22 avril 2002 fixant la liste et le ressort des tribunaux spécialisés en matière sanitaire et Décret n° 2014-1634 du 26 décembre 2014 fixant la liste et le ressort des juridictions interrégionales spécialisées en matière d'accidents collectifs, NOR : JUSD1429109D, JO 28 déc. 2014

²⁶ M. Martinelle, « Des pôles régionaux spécialisés en matière d'atteintes à l'environnement de la justice pénale », AJ Pénal 2021 p.71.

²⁷ Art. 706-176 C. pr. Pén.

²⁸ M.-O. Bertella-Geffroy, « Un an de droit pénal de l'environnement », Dr. pén. 2008, chr. 1, mettant en exergue le manque de moyens, financiers et humains, des pôles de santé publique.

²⁹ art. 706-178 à 706-180 C. pr. Pén pour accidents collectifs et 706-2 pour le pôle santé). pour un exemple de dessaisissement du juge d'instruction au profit de la juridiction spécialisée en matière sanitaire: Crim. 21 juill. 2005, n° 05-84.530, D. 2005. IR 2408; JCP 2005. IV. 3139

³⁰ L. Raschel, « Réflexions sur les pôles accidents collectifs », AJ Pénal 2020 p. 222.

³¹ L. Raschel préc.;

³² Cette disposition reprend une proposition formulée par le procureur général près la Cour de cassation, M. François Molins, dans un rapport sur le traitement de la criminalité organisée et financière remis en juillet 2019. Il préconisait alors la mise en place d'un droit d'évocation au bénéfice de l'ensemble des parquets spécialisés.

telle perspective, le mécanisme de désistement est écarté³³. L'exercice prioritaire de compétence est limité dans son application. Il ne peut être mis en œuvre tant que l'action publique n'a pas déjà été mise en mouvement. Dans le cas contraire, la procédure de dessaisissement doit être appliquée.

On soulignera, qu'en pratique, certains *modus operandi* mis en œuvre antérieurement à la création de ces pôles ont été pérennisés au sein de ces derniers. Avant même l'existence des pôles, les juges avaient déjà opportunément exploité les ressources offertes par le code de procédure pénale et mis en place une « instruction collective » pour éviter l'isolement du juge d'instruction. L'article 83-1 du code de procédure pénale prévoit que l'information peut faire l'objet d'une co-saisine, pour des raisons tenant à la gravité ou à la complexité de l'affaire. Le nombre des victimes et/ou l'aspect international des accidents collectifs peut ainsi conduire à renforcer l'instruction.

2) Une compétence internationale facilitée

Compétence personnelle passive & catastrophes extra loci- Qu'une catastrophe se produise à l'étranger n'exclut pas la présence de nombreuses victimes françaises. En témoignent, par exemple, la catastrophe aérienne de *Charm El Cheikh*, le 3 janvier 2004, qui comptait parmi les 148 passagers, 135 français ou encore le crash d'un biréacteur de la Compagnie charter Colombienne *West Caribbean Airways* à Maracaibo au Venezuela, le 6 août 2005, qui a provoqué la mort de 152 passagers Martiniquais, lors du vol retour pour Fort de France. Tel fut aussi le cas de la plus grande catastrophe maritime civile au regard du nombre des victimes qu'elle a provoqué : le naufrage du navire le *Joola*, le 26 septembre 2002, causant la mort d'au moins 1863 personnes dont 19 de nationalité française³⁴. La justice pénale française fut également saisie du crash de *Phuket*³⁵ en 2007 où 90 personnes sont décédées. Dix français se trouvaient à bord et un seul, grièvement blessé, a survécu à l'accident. La localisation internationale d'une catastrophe engendre conflits de juridictions et conflits de lois en toutes matières. Ainsi, le naufrage du navire de croisière *Costa Concordia* a pu mettre en exergue la question du régime applicable à la réparation des dommages subis par des passagers voyageant par mer à l'international, tant concernant l'identification du juge compétent que des règles applicables au fond³⁶.

La nationalité française de la victime, ou d'une seule d'entre elles en cas de pluralité, constitue un critère de rattachement objectif permettant d'admettre la compétence personnelle passive des juridictions pénales françaises. Seule une victime directe de l'infraction, de nationalité française, peut fonder une telle compétence³⁷, à l'exclusion des ayants-droit français d'une victime directe de nationalité étrangère. La chambre criminelle avait eu l'occasion de rappeler, dans le cadre de la catastrophe aérienne de la compagnie Kenya Airways, que les juridictions judiciaires françaises qui, à la suite de l'accident d'un aéronef d'une compagnie étrangère qui s'est abîmé en mer en dehors du territoire français, sont

³³ Nouvel article 43-1 dans le code de procédure pénale ainsi rédigé : « Lorsque le ministère public près le tribunal judiciaire dispose, en application du présent code, d'une compétence spécialisée et concurrente qui s'étend aux ressorts d'autres tribunaux judiciaires, spécialisés ou non, cette compétence s'exerce de façon prioritaire sur celle des parquets près ces tribunaux tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement. Lorsqu'il décide d'exercer sa compétence, les parquets près ces tribunaux se dessaisissent sans délai à son profit. »

³⁴ C. Lacroix, De Charybde en Scylla : le naufrage du *Joola* in « Risque, Accidents et Catastrophes - Liber amicorum en l'honneur de Madame le Professeur M.-F. Steinlé-Feuerbach », éd. L'Harmattan, 2015, p 273.

³⁵ M.-F. Steinlé-Feuerbach, CRASH DE PHUCKET : CONDAMNATION (S) DU DIRIGEANT DE LA COMPAGNIE AÉRIENNE, Observations sous : trib. corr. Paris, 3 septembre 2019 et trib. corr. Paris 12 octobre 2020, JAC n°

³⁶ C. Legros, A propos de l'affaire du *Costa Concordia* : les méandres des sources applicables à la responsabilité civile contractuelle du transporteur de passagers par voie maritime, Rev. crit. DIP 2013. 395.

³⁷ Crim. 31 janv. 2001 ; Crim. 21 janv. 2009 ; Crim. 6 nov. 2013. V. sur ce sujet, D. Brach-Thiel, rép. Pén. V° Compétence internationale.

saisies des plaintes de victimes et familles de victimes, doivent, au regard des prescriptions combinées des articles 113-7 du code pénal et 689 du code de procédure pénale, vérifier que les victimes directes de l'accident étaient, au moment des faits, de nationalité française, pour faire jouer la compétence personnelle passive propre à engager leur compétence³⁸. Les tentatives d'infléchir la position des juges du quai de l'Horloge tant par le recours aux normes internationales et européennes³⁹ que par le biais du mécanisme de la QPC⁴⁰ ont toutes échoué.

Cette première condition relative à la nationalité n'est pourtant pas suffisante à permettre à la justice pénale française de se saisir de faits survenus à l'étranger. Aux termes de l'article 113-8 du code pénal, la compétence des juridictions françaises est soumise, en vertu du droit commun, à l'existence d'une plainte préalable d'une victime française ou des ayants-droits d'une victime française⁴¹. L'affaire de la Kenya Airways avait soulevé la question de la portée du désistement des plaintes et de la combinaison de l'article 113-8 du code pénal, et l'article 6 alinéa 3 du code de procédure pénale relatif à l'extinction de l'action publique en cas de retrait de plainte. Si la chambre de l'instruction avait pu admettre que le désistement de certaines des parties civiles comme équivoque au motif qu'il ne visait pas expressément le réquisitoire supplétif pris du chef d'homicide involontaire, la chambre criminelle⁴² « *Sans le dire ouvertement, (...) semble adhérer à la portée extinctive du désistement des parties civiles sur l'action publique* »⁴³. Elle rejoint ainsi la majorité de la doctrine laquelle estime que le retrait de plainte paralyse l'action publique⁴⁴.

Cette condition est désormais supprimée en matière de catastrophe. La loi du 24 décembre 2020 ne conditionne plus la compétence personnelle passive des pôles à la nécessité d'une plainte de la victime facilitant ainsi leur action. Le nouvel article 113-8-1 du code pénal qui dispose que « *La plainte ou la dénonciation mentionnées à l'article 113-8 ne sont pas nécessaires lorsque la poursuite est exercée devant une juridiction pénale disposant, en application des dispositions du code de procédure pénale, d'une compétence territoriale concurrente et spécialisée s'étendant sur le ressort de plusieurs tribunaux judiciaires ou sur l'ensemble du territoire* »⁴⁵, limite la portée de cette dérogation aux hypothèses où un pôle est saisi, excluant celles où les faits seraient confiés à une juridiction de droit commun. La dimension internationale de la catastrophe, sa survenance à l'étranger constitue en réalité l'une des hypothèses privilégiées de saisine d'un pôle spécialisé. Il en fut ainsi par exemple du crash du Rio-Paris ou lors de la double explosion au port de Beyrouth.

Désormais, dans l'hypothèse d'une catastrophe se déroulant à l'étranger, la compétence des pôles accidents collectifs et santé publique n'est soumise qu'à l'article 113-7 concernant la condition de nationalité française de la victime au moment de l'infraction et à la nécessité requête du ministère public prévue par l'article 113-8. On rappellera néanmoins que cette

³⁸ Crim. 6 nov. 2013, n°13-84.317, Accident aérien à l'étranger : compétence des juridictions françaises et désistement des parties civiles, obs. C. Lacroix, JAC n°139, déc. 2013 ; *Dalloz actualité*, 5 déc. 2013, obs. Le Drevo ; Gaz. Pal. 9-11 févr. 2014, p. 29, obs. Dreyer, RSC 2014 p. 346, obs. Mayaud ; JAC n°139, déc. 2013, obs. C. Lacroix.

³⁹ Crim. 21 janv. 2009, préc. ; Crim. 8 nov. 2016

⁴⁰ Cass. Crim., 12 juin 2018, n° 17-86.640, Victime par ricochet et compétence passive des juridictions françaises : la QPC n'a pas prospéré, AJ pénal sept. 2018, p. 421, obs. C. Lacroix

⁴¹ Crim. 4 janv. 1996, *Bull. crim. n° 4*; 26 mai 2010: *Bull. crim. n° 91*; *AJ pénal 2010. 338*; *Dr. pénal 2010, n° 115*, obs. Véron

⁴² Crim. 6 nov. 2013, préc.

⁴³ Y. Mayaud, RSC 2014. 346.

⁴⁴ Cl. Lombois, *Droit pénal international*, 2^e éd., 1979, n° 303 ; A. Huet et R. Koering-Joulin, *J-CL Intern.*, fasc. 403-20, 1995, n° 31 ; A. Fournier, *Rép. Pén*, V° Compétence internationale, 1996, n° 144. Pour une opinion contraire tendant à admettre « une possible continuation des poursuites malgré un retrait de plainte », D. Brach-Thiel, *Rép. Pén*, V° compétence internationale, n°186 et s.

⁴⁵ C. Lacroix, Accidents collectifs et catastrophes : des avancées procédurales sous le sapin de Noël, janv. 2021, JAC n°203

compétence facilitée n'emportera pas systématique la possibilité d'un jugement des catastrophes *extra loci* en France. L'action des juridictions françaises peut être paralysée et le procès emporté par le jeu de l'immunité de juridiction pénale. Selon la formule du professeur Rebut, « *il s'agit d'un cas exceptionnel où la compétence de la loi pénale française est mise en échec par l'incompétence des juridictions françaises : la loi pénale française est compétente alors que les juridictions pénales françaises ne le sont pas* »⁴⁶. Il en fut ainsi par exemple à l'occasion du naufrage du navire *Erika*⁴⁷ puis du *Joola*⁴⁸.

B) Les juridictions spécialisées en cas de catastrophes : des colosses aux pieds d'argile ?

Si l'on veut bien se souvenir que ce qui a présidé à la création de tels pôles, est l'efficacité de la justice pénale et la possibilité pour celle-ci de mener ces dossiers dans le respect du délai raisonnable, il apparaît légitime de s'interroger sur le fait de savoir si la mise à disposition de moyens exceptionnels de la justice pénale doit se réduire à la mise en place de règles de compétence spéciales ou bien s'étendre aux règles de procédure de fond dérogatoires pour les accidents collectifs et les scandales de santé publique tant les problématiques procédurales sont communes dans ces dossiers et notamment celles tenant à la pluralité de victimes. Certains points obèrent l'efficacité de ces pôles.

Pascal Gand, ancien vice-président chargé de l'instruction au pôle santé du tribunal de grande instance de Paris, soulignait en ce sens « *La difficile application du contradictoire dans les contentieux de masse* » expliquant que « *Son application est malaisée au regard de la taille des dossiers ou de la faiblesse des services d'enquête. En effet, le code de procédure pénale est conçu sur le schéma d'un dossier impliquant un mis en cause au préjudice d'une victime. Aucun dispositif procédural n'a été prévu dans l'hypothèse de procédures concernant par exemple 4000 victimes* »⁴⁹. On notera tout de même que si les outils procéduraux restent ceux du droit commun, des outils de gestion ont été mis à la disposition des magistrats. Ainsi, un logiciel « Procès Hors-Norme » (PHN) qui facilite l'exploitation de la liste des victimes et des avocats en fusionnant les notifications et les convocations est utilisé tant par le parquet, l'instruction et la juridiction de jugement et permet la gestion des parties civiles.

Les magistrats qui officient au sein de ces juridictions appellent en conséquence à « *révolutionner le corpus législatif qui n'est pas adapté à ces procédures* »⁵⁰. L'on pourrait alors songer à donner des outils procéduraux adaptés à ces contentieux partant du principe que le collectif doit imprimer également la procédure pénale. Dans une telle perspective, la modification des règles relatives aux expertises et à leur notification aux parties prévues aux articles 161-1 et 167 du code de procédure pénale devrait être creusée⁵¹. Il apparaît ainsi

⁴⁶ D. Rebut, *Droit pénal international* : Dalloz, Précis, 2012, n° 74.

⁴⁷ Crim. 23 nov. 2004, n° 04-84.265 : Bull. crim. n° 292 ; D. 2005. Pan. 1197, obs. Chanteloup ; *ibid.* 2005. Pan. 1523, obs. Gozzi ; *Gaz. Pal.* 2005. 1. 1160, note Chanut.

⁴⁸ L'immunité de juridiction a successivement justifié l'annulation des mandats d'arrêts délivrés à l'encontre du Premier ministre et du Ministre des Forces armées du Sénégal (Crim. 19 janvier 2010, n° 09-84.818, Bull. crim. no 9 ; *AJ pénal* 2010. 252 ; Y. Mayaud, Quand la compétence française du chef d'atteintes aux personnes se heurte à l'ordre public international, *RSC* 2010 p. 131 ; M. Ndené, Poursuites pénales en France d'autorités étrangères suite au naufrage d'un navire affecté à un service public, *Revue de droit des transports* n° 3, Mars 2010, comm. 67) puis l'incompétence des juridictions françaises pour juger les autres protagonistes, autorités maritimes et publiques sénégalaises (le Ministre des transports, le directeur de la marine marchande, le chef d'état-major de la marine nationale, le chef d'exploitation, et le chef d'état-major de l'air) : *Joola* : compétence des juridictions françaises *bis repetita*, obs. sous Cass. Crim. 20 nov. 2012, JAC n°131 (fév. 2013). et Obs. Cass. Crim., 16 octobre 2018, n° 16-84.436, *Joola* : Un procès échoué sur les récifs de l'immunité de juridiction, *Lexbase pénal*, n°10, 22 nov. 2018, p 39, note C. Lacroix

⁴⁹ P. Gand, « Les pôles de santé publique, une organisation adaptée aux contentieux en matière de sécurité sanitaire ? », *RDSS* 2013. 813

⁵⁰ J.L. Gadaud, « L'instruction spécialisée en matière d'accidents collectifs », *JSS* 23 nov. 2019, n° 84 p. 15 et du même auteur, Le défi d'une réponse judiciaire adaptée aux contentieux pénaux sériels en santé publique, accidents collectifs et environnement lors de l'instruction préparatoire, *Revue Justice Actualités*, n° 25, ENM, juin 2021, p.36

⁵¹ Le traitement judiciaire des accidents collectifs : hier, aujourd'hui et demain- Questions de procédure pénale, *in Mélanges en l'honneur du*

particulièrement anachronique, à l'heure du développement de la justice pénale numérique, de notifier par lettre avec AR. Le coût que cela représente devrait également servir d'aiguillon au législateur. Lors de ma dernière rencontre avec J.L. Gadaud, doyen du pôle SPAC du Tribunal judiciaire de Paris, celui indiquait que le coût des notifications représente 70 000€ par semaine. Pour la seule ordonnance de renvoi dans le cadre du procès Médiateur jugé récemment, il fut de 7000€ ! Si les notifications numériques sont possibles (art. 803-1-II du CPP), les possibilités offertes par le code de procédure pénale restent limitées. L'on se prend à espérer que la réflexion actuelle sur la simplification de la procédure pénale permette d'engager sérieusement la réflexion sur ce sujet.

Un autre aspect apparaît comme source d'asphyxie des dossiers confiés aux pôles et de ralentissement de la procédure : la question des mesures d'expertise médicale des victimes dont parfois la seule finalité est de fonder une action indemnitaire. Un constat similaire à celui opéré dans le cadre du terrorisme peut être posé, tant ces deux types d'évènements présentent des invariants communs. L'un des arguments ayant fondé la déconnexion du procès pénal de l'indemnisation de la victime d'un acte de terrorisme⁵² reposait, selon les termes du Rapport Buissières, sur le fait que « *La procédure d'instruction ne serait plus paralysée par la recherche d'experts médicaux ou psychiatres aux fins d'examiner plusieurs milliers de victimes et par la notification de missions d'expertise et de rapports en autant d'exemplaires. Le juge d'instruction concentrerait ses efforts sur la manifestation de la vérité, réduisant ainsi les délais de procédure* »⁵³. Le président du Tribunal Judiciaire de Paris, Jean-Michel Hayat, soulignait dans le cadre des catastrophes, que les demandes de mesures d'expertise portant sur l'évaluation des préjudices de la victime « *embolise le système* »⁵⁴. La question de la transposition d'un tel schéma procédural aux pôles reste posée⁵⁵.

II) Les aménagement en faveur des victimes

La procédure pénale, soutenue par une politique publique volontariste, est émaillée de nombreuses dispositions facilitant l'accès au procès pénal pour les victimes, spécifiques là encore aux catastrophes.

A) Une politique publique forte

L'attention portée aux victimes de catastrophes par la justice débute en amont du procès, dès la survenance de l'évènement. Une véritable politique publique de prise en charge existe en France face aux évènements collectifs. Le Conseil national de l'aide aux victimes a mené des travaux sur la prise en charge des victimes d'accidents collectifs ayant abouti à la rédaction d'un guide méthodologique publié en 2004 et révisé en 2017⁵⁶.

Commune aux attentats⁵⁷ et aux catastrophes, la politique publique d'aide aux victimes a acquis une ampleur interministérielle, incarnée aujourd'hui par la Délégation

professeur Cl. Lienhard, *Université et prétoire*. éd. L'Harmattan, coll. Droit privé et sciences criminelles, 2020, p. 147.

⁵² Loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, JO 24 mars 2019.

⁵³ C. Buissières, Rapport relatif à « *L'amélioration du dispositif d'indemnisation des victimes de préjudice corporel en matière de terrorisme* », mars 2018, p.39

⁵⁴ Propos tenus lors du colloque « Le traitement judiciaire des accidents collectifs », TGI de Paris, 4 octobre 2019.

⁵⁵ Sur cette question, v. C. Lacroix, Le traitement judiciaire des accidents collectifs : hier, aujourd'hui et demain- Questions de procédure pénale, in *Mélanges en l'honneur du professeur Cl. Lienhard*, préc.

⁵⁶ Guide méthodologique pour la prise en charge des victimes d'accidents collectifs, Ministère de la Justice, 2017. Document en ligne.

⁵⁷ Sur ce thème, C. Lacroix, 12- La prise en charge des victimes de terrorisme « 2.0. » in « *Légalité, légitimité, licéité : regards contemporains - Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-François Seuic* », PUN-Edulor, 2018, p. 537.

Interministérielle à l'Aide aux Victimes (DIAV) placée auprès du garde des Sceaux⁵⁸. Elle est notamment chargée de coordonner l'action des différents ministères en matière de suivi, d'accompagnement et d'indemnisation de toutes victimes d'infractions dont en particulier les accidents collectifs, catastrophes naturelles, sinistres sériels et ou encore le terrorisme. Elle peut proposer des mesures spécifiques pour améliorer le dispositif et notamment la désignation par le Premier ministre d'un coordonnateur national chargé d'assurer le lien entre les victimes et les différents intervenants, mais aussi de veiller au bon fonctionnement des dispositifs dont elles peuvent bénéficier. Dans un souci de proximité, une déclinaison territoriale de la politique publique mise en œuvre par l'État en matière d'aide aux victimes de terrorisme a été instaurée. La coordination des différents intervenants dans le suivi et l'accompagnement des victimes est assuré dans le cadre du Comité local d'aide aux victimes (CLAV). Créé dans le cadre du terrorisme, son champ de compétence a été élargi aux victimes d'accidents collectifs, d'évènements climatiques majeurs en 2017 aux accidents collectifs⁵⁹. Présidé par le préfet de département ou le représentant de l'État dans la collectivité, sa vice-présidence est confiée au procureur de la République, autorité naturelle de l'aide aux victimes, près le tribunal judiciaire situé au chef-lieu du département ou de la collectivité. Le délégué interministériel assure le pilotage, le suivi, la coordination et le soutien de ces comités locaux.

Cette politique publique de prise en charge repose en grande partie sur les associations d'aide aux victimes⁶⁰. En cas d'accident collectif, la fédération France victimes et les associations qu'elle fédère reçoivent leurs missions d'aide aux victimes des autorités publiques qui leur communiquent les identités des victimes. Aux termes de l'article 41 alinéa 9 du code de procédure pénale, le procureur de la République peut recourir à une association d'aide aux victimes agréée par le ministre de la Justice afin qu'il soit porté aide à la victime de l'infraction. Si cette disposition ne distingue pas selon la nature de l'infraction ou l'ampleur de l'évènement, en pratique, sur la base de cette disposition, le parquet requiert lesdites associations de manière systématique en cas d'évènements collectifs, et ce, de la phase d'urgence à celle de jugement. Ainsi, « *Parmi tous les acteurs concernés, le procureur de la République se voit confier un rôle essentiel et des missions qui en font l'acteur principal initial et dans la durée du dispositif de prise en charge des victimes d'accidents collectifs* »⁶¹. Le parquet est la pierre angulaire des droits des victimes et notamment de leurs droits à l'information garantis à l'article préliminaire du code de procédure pénale, à l'accompagnement et à la prise en charge. Cette dernière consiste à offrir aux victimes d'accidents collectifs outre des services, calqués sur ceux habituellement destinés aux victimes de violences ou d'atteintes aux biens (un soutien psychologique, une information sur leurs droits), une aide concernant les démarches propres aux accidents collectifs, qui s'intègrent dès la phase des secours et qui peuvent se prolonger jusqu'au procès éventuel⁶².

François Molins soulignait avec justesse que, parmi les impératifs auxquels doit répondre le procès pénal, il y a celui de l'accompagnement des victimes à l'audience par des dispositifs

⁵⁸ Décret n° 2017-1240 du 7 août 2017 relatif au délégué interministériel à l'aide aux victimes, JO 8 août.

⁵⁹ Décret n° 2017-618 du 25 avril 2017 relatif aux comités locaux d'aide aux victimes, JO 26 avril.

⁶⁰ I. Sadowski, « L'évolution de la prise en charge des victimes d'évènements collectifs par les associations d'aide aux victimes depuis le début des années 1980 », in Mélanges en l'honneur du professeur Cl. Lienhard, Université et prétoire. éd. L'Harmattan, coll. Droit privé et sciences criminelles, 2020, p. 163.

⁶¹ C. Lienhard, « La prise en charge des victimes d'accidents collectifs - Rôle et missions du procureur de la République », *AJ Pénal* 2003 p.99.

⁶² Sur les modalités spécifiques d'interventions des associations d'aide aux victimes en cas de catastrophes, V. Rapport sur la prise en charge des victimes d'accidents collectifs, CNAV, Ministère de la Justice, 2017 et notamment le guide méthodologique, spéc. les fiches n° 5 (La prise en charge sanitaire des victimes), n°6 (La mobilisation des associations d'aide aux victimes).

appropriés⁶³. De fait, la présence des victimes aux grands procès s'accompagne de la mise en place d'un dispositif d'accompagnement « sur mesure », quasi « cousu main » par les juridictions⁶⁴. L'accompagnement des victimes est donc anticipé très en amont par les acteurs judiciaires et mis en œuvre par les associations d'aides aux victimes réparties sur le territoire. Le parquet territorialement compétent saisit l'association locale afin d'élaborer, en fonction des particularismes de chaque procès, le dispositif qui devra être mis en œuvre⁶⁵.

B) L'accès des victimes au procès

Déjà en 2006, à propos de la catastrophe du tunnel du Mont-Blanc, le professeur Claude Lienhard relevait que « *les procès et les jugements de catastrophe procèdent par essence d'une nature différente* » aux « *multiples enjeux* »⁶⁶. Parmi ceux-ci, la place des victimes apparaît singulièrement. Sans doute, dans ces procès plus qu'ailleurs, la place qu'entendent occuper les victimes présente-t-elle une coloration plus vindicative qu'indemnitaire⁶⁷. Deux manifestations en témoignent : en premier lieu, les victimes occupent la scène pénale à la fois individuellement et collectivement. Le législateur a accompagné cette démarche en permettant un accès collectif au procès pénal et en facilitant l'accès à celui-ci pour les victimes. Au-delà, d'autres spécificités textuelles ou issues de la pratique en cas de catastrophes soulignent la réalité d'un droit processuel spécifique en faveur des droits des victimes de catastrophes.

1) Un accès collectif

La loi du 8 février 1995, ultérieurement modifiée par la loi dite « Perben I » du 9 septembre 2002, a introduit un article 2-15 au sein du code de procédure pénale, légitimant et habilitant les associations *ad hoc* de défense des victimes d'accidents collectifs⁶⁸. Premier pas dans la tentative d'élaboration d'une procédure judiciaire spécifique en cas de catastrophes, ce texte fut ensuite complété par loi du 9 mars 2004, qui consacra la présence d'un « *nouveau partenaire* »⁶⁹ auprès des victimes : les fédérations d'associations d'accidents collectifs. Une véritable politique criminelle en matière de catastrophes a ainsi été affirmée⁷⁰. Une telle possibilité est également offerte aux associations agréées qui défendent les intérêts collectifs des usagers du système de santé⁷¹ leur ouvrant ainsi la porte du procès lors de catastrophes sanitaires.

Dès lors qu'elle répond aux conditions énoncées, l'association ou la fédération considérée bénéficie de la possibilité d'exercer les droits reconnus à la partie civile. L'association agréée va ainsi pouvoir participer à la recherche de la vérité, de la procédure d'instruction au jugement, sans pour autant pouvoir mettre en mouvement l'action publique. Il s'agit d'une

⁶³ F. Molins, L'aide aux victimes dans le cadre de la phase judiciaire, in L'aide aux victimes, Livre blanc, La doc. Franç., 2017, p. 97.

⁶⁴ V. Dandonneau, « Accidents collectifs : l'accompagnement des victimes au procès pénal », AJ Pénal 2006, p.114.

⁶⁵ C.Lacroix, « La place des victimes dans les « grands procès » », *Dossier AJ pénal*, janv. 2021, p. 18

⁶⁶ C. Lienhard, « Catastrophe du tunnel du Mont-Blanc (24 mars 1999) », *D.* 2006 p.398.

⁶⁷ Sur cette question de la différence entre la participation de la victime au procès pénal et l'action civile, v. P. Bonfils, « l'action pénale de la victime, une action en justice innommée au régime juridique clairement défini », Institut pour la Justice, études et analyses, n°17, juil. 2012.

⁶⁸ C.Lienhard, « Le droit pour les associations de défense des victimes d'accidents collectifs de se porter partie civile », *D.* 1996, chron., p.312.

⁶⁹ C. Lienhard, « Encore un nouveau partenaire pour le procès pénal: les associations de défense- Le droit pour les fédérations d'association de défense des victimes d'accident collectif de se porter partie civile », *JAC* n°44.

⁷⁰ L'admission de l'action civile de ces associations a été contestée par une partie de la doctrine, qui a pu y voir une habilitation au gré des circonstances, une mesure non inscrite dans le cadre d'une politique criminelle réfléchie. J. PRADEL, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, 5ème éd., 2006, n°12, p.155 ; E. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, thèse, LGDJ, 2002, p.242, n°429.

⁷¹ Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades - art. L1114-2 du Code de la santé publique

constitution de partie civile incidente, qui lui permet seulement d'intervenir lorsque l'action publique a été engagée par le ministère public ou par une victime à titre individuel. L'article 2-15 du code de procédure pénale précise également que « *Les associations et fédérations d'associations prévues par le présent article peuvent demander réparation des frais exposés en lien avec l'accident et qui sont la conséquence directe ou indirecte de l'infraction pour laquelle elles ont exercé les droits reconnus à la partie civile* »⁷².

2) Un accès des parties civiles aux audiences facilité

La loi « relative au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée » a introduit deux dispositions ayant pour finalité commune de faciliter l'accès des parties civiles aux audiences des juridictions spécialisées, lorsque sont impliquées un nombre très important de parties civiles, notamment dans les procès en matière de santé publique, d'accidents collectifs ou encore de terrorisme. La facilitation prend alternativement la forme d'une participation en distanciel ou en présentiel.

Le distanciel d'abord. Parmi les difficultés d'organisation des procès de catastrophe, celle de la détermination de leur localisation est prégnante. Le nombre important de participants – les victimes et leurs familles, les mis en cause, les avocats, le public, la presse – peut se révéler incompatible avec les capacités d'accueil des tribunaux. Plusieurs solutions sont alors envisageables : soit réaliser des aménagements au sein même de la juridiction, soit délocaliser le procès à l'extérieur de la juridiction⁷³. Ces deux possibilités ont déjà été mises en œuvre par le passé. Lors du procès l'avalanche des Orres par exemple, le choix a été fait d'aménager l'audience dans la salle des Pas Perdus avec la mise en place d'un système de vidéo transmission entre la salle d'audience et des salles annexes, accueillant une partie du public et la presse. Pour le procès de la catastrophe de Banyoles à Gérone en Espagne⁷⁴, le choix des magistrats espagnols s'est porté sur le palais des congrès, aménagé suivant un cahier des charges strict. Le procès de Banyoles a fait l'objet d'un traitement spécial par la justice française et espagnole qui ont organisé pour les familles des victimes françaises une liaison directe avec le Tribunal de Gérone dans trois palais de justice en France⁷⁵. Le procès de la catastrophe du tunnel du Mont-Blanc est un autre exemple de délocalisation à l'extérieur du palais de justice⁷⁶.

Au-delà de ces solutions pragmatiques, la loi permet désormais la possibilité d'une retransmission sonore des débats (article 802-3 du code de procédure pénale)⁷⁷. Ces

⁷² Sur un exemple sur l'application distributive de l'article 2-15, v. tribunal correctionnel de Nanterre, 28 août 2019, 16ème chambre correctionnelle A BIS, n° minute : 021/2019, n° parquet : 10245045150, JAC n°, 128 nov.2019, L'affaire des « cousins d'Amérique » : Interrogations sur La définition de l'accident collectif, M-F. Steinlé-Feuerbach.

⁷³ Quelle que soit la solution retenue, la tenue de tels procès suppose une mobilisation de toute l'institution judiciaire. Le rapport du CNAV en 2003 révisé en 2017 préconise la constitution d'un comité de préparation réunissant les chefs des juridictions concernées (Tribunal judiciaire et Cour d'Appel) et les services de la Chancellerie (Direction des Services Judiciaires, Direction des Affaires Criminelles et des Grâces, Service de l'Accès au Droit et à la Justice et de la Politique de la Ville), Rapport 2017, p.48.

⁷⁴ Le 8 octobre 1998, un catamaran de promenade avec 141 personnes à bord chavirait sur le lac de Banyoles en Espagne. La catastrophe a provoqué la mort de 21 retraités français et 31 personnes furent grièvement blessées.

⁷⁵ Pour une description des modalités d'organisation de ce procès : JAC n°32, interview du mois.

⁷⁶ Trib. corr. Bonneville, 27 juillet 2005, inédit

⁷⁷ « *en cas de procès relevant d'une juridiction pénale disposant, en application des dispositions du présent code, d'une compétence territoriale concurrente et spécialisée s'étendant sur le ressort de plusieurs tribunaux judiciaires ou sur l'ensemble du territoire, le premier président de la cour d'appel peut décider, dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, en raison de la disproportion entre d'une part les capacités d'accueil physique de la juridiction et, d'autre part, le nombre des parties civiles, que le déroulement de l'audience fera l'objet, selon des modalités précisées par arrêté du ministre de la Justice, d'une captation sonore permettant sa diffusion en différé, par un moyen de télécommunication garantissant la confidentialité de la transmission, aux parties civiles qui en ont fait la demande. Le président de la juridiction pénale peut toutefois ordonner l'interdiction de la diffusion de tout ou partie des débats, afin de garantir leur sérénité ou de prévenir un trouble à l'ordre public* ».

modifications, qui répondent à des demandes de chefs de la cour d'appel de Paris et du tribunal judiciaire de Paris, permettront, au regard de l'importance du nombre de parties civiles, notamment, dans des procès en matière de santé publique ou de terrorisme, d'une éventuelle retransmission sonore du procès aux parties civiles, en différé mais dans un bref délai, ne pouvant excéder quelques heures, par un système de code d'accès. Les victimes disposeraient ainsi d'un accès personnalisé aux audiences, sans devoir, tout au long d'un procès pouvant durer plusieurs semaines ou plusieurs mois, se déplacer dans les salles d'audience⁷⁸. La participation aux audiences par le biais d'un moyen de télécommunication reste à la discrétion des victimes. Écouter un enregistrement sonore diffusé, en léger différé, ne peut être imposé aux parties civiles. Cette nécessité de l'accord des parties civiles fait écho au débat sur le recours à la visioconférence et à l'inconstitutionnalité des dispositions prises pendant la période de l'état d'urgence sanitaire prononcée par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 15 janvier 2021, en matière correctionnelle, sans l'accord des parties⁷⁹.

En présentiel ensuite. La loi facilite l'accès des victimes françaises lors des grands procès à l'étranger par le biais d'une aide financière. Le texte propose ainsi d'intégrer un article 706-14-2 au sein du code de procédure pénale⁸⁰ disposant que l'octroi de cette aide financière s'appliquera aux victimes d'actes de terrorisme, de crimes contre l'humanité ou d'infractions en matière de santé publique ou d'accidents collectifs. Elle permettra, dans les cas où ces faits seraient jugés par une juridiction étrangère, à la victime, qui serait tenue de se déplacer à l'étranger pour pouvoir assister au procès d'obtenir du fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions une aide financière au titre des frais de voyage, de l'indemnité de comparution et de l'indemnité journalière de séjour, de la même façon que si le procès s'était tenu en France⁸¹.

3) Des droit spécifiques

Les droits octroyés aux victimes au cours d'une procédure pénale, relatifs au droit de déclencher les poursuites ou de s'y associer ainsi qu'au droit d'agir sont applicables quelle que soit la situation, individuelle ou collective. Cependant dans le cadre du premier de ces droits, le droit de savoir, un particularisme en cas de catastrophes se développe peu à peu.

L'article préliminaire du code de procédure pénale, issu de la loi du 15 juin 2000 qui dispose que «*II. –l'autorité judiciaire veille à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale* », consacre un droit général à l'information qui se décline à travers plusieurs dispositions du code de procédure pénale. Le particularisme en cas de catastrophe tient à la mise en œuvre d'une *information collective qui « présentent l'avantage de rassembler au même instant et en un lieu unique l'ensemble des parties civiles du dossier, afin de pouvoir répondre à leurs questions »*⁸². Dès le début de la procédure, celle-ci bénéficie à l'ensemble des victimes par l'intermédiaire du procureur de la République. Dans la durée,

⁷⁸ Signalons que le fait d'enregistrer cette captation ou de la diffuser à des tiers est puni d'un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende.

⁷⁹ Déc. N°2020-872 QPC 15 janvier 2021.

⁸⁰ «*Toute personne physique ayant subi un préjudice résultant de faits volontaires ou non, commis à l'étranger, susceptibles de relever de la compétence d'une juridiction pénale disposant, en application des dispositions du présent code, d'une compétence territoriale concurrente et spécialisée s'étendant sur le ressort de plusieurs tribunaux judiciaires ou sur l'ensemble du territoire, peut, lorsque ces faits présentent le caractère matériel d'une infraction et répondent aux conditions prévues à l'article 706-3 du présent code ou à l'article L. 126-1 du code des assurances, obtenir du fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions une aide financière au titre des frais de voyage, de l'indemnité de comparution et de l'indemnité journalière de séjour pour répondre à une convocation à l'audience de jugement d'un procès pénal tenu à l'étranger, selon des modalités et conditions prévues par voie réglementaire* ».

⁸¹ Concernant les indemnités pouvant être allouées aux victimes qui se sont constituées parties civiles et qui assistent à l'audience ; Art 422, R.123 à R.138 c. proc. Pén.

⁸² Rapport sur la prise en charge des victimes d'accidents collectifs, CNAV, Ministère de la Justice, 2017, p. 33.

cette information collective à destination des parties civiles est à la charge du juge d'instruction.

S'agissant des réunions de victimes et de leurs familles organisées à l'initiative du parquet, elles n'ont pas pour objet d'aborder les questions de fond relatives au déroulement de l'accident et à ses causes mais d'apporter des informations sur le déroulement de la procédure judiciaire, sur ses acteurs, sur les droits des victimes, sur la durée des identifications ou des expertises, ainsi que sur les services ou associations qui peuvent les aider. Cette spécificité se prolonge dans le cadre de l'obligation d'information des parties civiles pendant l'instruction. Au cours de l'instruction, suivant l'article 90-1 du code de procédure pénale, le juge d'instruction doit tenir la partie civile informée de l'état d'avancement du dossier. Si le législateur a précisé les modalités de l'information, le contenu de celle-ci a cependant été laissé à l'appréciation du juge d'instruction. Le magistrat peut indiquer la nature des actes en cours ou les derniers actes accomplis, ou encore éventuellement les actes à intervenir ainsi que les perspectives de règlement de la procédure. Les modalités et le moment de ces réunions sont désormais cadrés par le guide méthodologique pour la prise en charge des victimes d'accidents collectifs révisé dans le cadre d'un groupe de travail copiloté par le secrétariat d'État chargé de l'aide aux victimes et le ministère de la Justice en 2017⁸³.

Dans le cadre de cette obligation d'information, la loi dite « Perben II » a renforcé la spécificité du droit processuel des catastrophes. Dès lors qu'une association de défense des victimes d'accident collectif existe, le législateur permet ainsi une information collective par le biais de cette dernière. Ainsi, suivant l'alinéa 3 de l'article 90-1 du code de procédure pénale « *lorsqu'une association regroupant plusieurs victimes s'est constituée partie civile en application des dispositions de l'article 2-15, l'avis est donné à cette seule association, à charge pour elle d'en informer les victimes regroupées en son sein, sauf si ces victimes se sont également constituées parties civiles à titre individuel* ». L'utilité et la pertinence de cette disposition est sujette à caution tant il apparaît peu vraisemblable que les victimes ne se soient constituées individuellement.

Conclusion

En 1995, Claude Lienhard constatait l'émergence d'un droit des catastrophes⁸⁴. 25 ans plus tard, l'on ne peut que constater, en matière pénale, son existence. Un véritable droit processuel s'est construit de manière empirique afin de redimensionner la justice pénale à la hauteur des catastrophes. Sans doute celui-ci n'a-t-il pas encore atteint sa maturité. Le droit pénal des catastrophes peut encore grandir et alimenter les travaux du CERDACC pour les futures années.

⁸³ Guide méthodologique pour la prise en charge des victimes d'accidents collectifs, Ministère de la Justice, 2017, préc.

⁸⁴ C. Lienhard, « Pour un droit des catastrophes », *D.* 1995, p.91.

3. Catastrophes et perspectives d'harmonisation européenne ?

Catastrophes et les perspectives d'harmonisation européenne en matière indemnitaire

Vincent BOUHIER

Doyen de la Faculté de droit d'Évry

Maître de conférences HDR en droit public, CRLD

La mémoire collective est marquée par l'image de nombreuses catastrophes, notamment françaises, sans doute par tropisme. Il suffit de citer l'explosion de l'usine AZF à Toulouse (2001), l'accident de train de Brétigny (2013), la tempête dans les vallées de Tende et de la Roya (2020), et celle d'Alex (2020). Les catastrophes dépassent bien évidemment le territoire national, d'autres pays européens ont été touchés par des incendies (Portugal, Espagne), par des séismes, mais également par des catastrophes industrielles, dont les boues rouges en Hongrie en 2000 et plus loin Seveso en 1976. Au-delà des conséquences humaines et économiques, les catastrophes ont été appréhendées par le droit, dont le droit de l'Union. Certaines législations ont conservé l'appellation de certaines catastrophes, comme les directives dites « Seveso ».

La notion de catastrophe a été définie en droit de l'Union européenne dans le cadre de la décision relative au mécanisme de protection civile de l'Union de 2013. La définition retenue est qu'une catastrophe est « toute situation qui a ou peut avoir des effets graves sur les personnes, l'environnement ou les biens, y compris le patrimoine culturel »¹. Cette définition est liée à une approche spécifique celle de l'instauration d'une protection civile, dont l'objet est d'encadrer à la fois des actions de prévention et les conditions d'une intervention en cas de catastrophes. Dans cette approche, les enjeux juridiques sont écartés, ignorant la question des poursuites et des indemnisations. Souhaitant intégrer ces derniers éléments pour cette étude, les catastrophes sont appréhendées en comprenant à la fois les accidents collectifs, mais également les risques sériels, ainsi que les catastrophes naturelles, permettant de considérer tous les événements réunissant à la fois une multiplicité de victimes et une causalité complexe. L'étude se positionne ainsi pleinement dans le champ des recherches du CERDACC.

L'Union européenne n'a pas longtemps ignoré les catastrophes. C'est ainsi qu'elle s'est progressivement dotée de réglementations, parfois parallèlement aux législations internationales et étatiques². Il serait impossible de faire une liste exhaustive, mais peuvent être cités différentes directives sectorielles : dans le domaine industriel, les directives dite Seveso 1³, Seveso 2⁴ et Seveso 3, dans le domaine des transports aériens pour la prévention des accidents⁵, mais aussi ferroviaires⁶, dans le domaine des exploitations gazières et

¹Article 4, paragraphe 1 de la décision n°1313/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relative au mécanisme de protection civile de l'Union, *JOUE* n° L 347, 20 décembre 2013, p. 924.

²Par exemple, voir C. Lacroix, « Sécurité : Catastrophes et accidents collectifs », in *La sécurité : mutations et incertitudes*, M. Afroukh, C. Maubernard et C. Vial (dir.), Ed. Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques & Essais, 2019, p. 109.

³Directive 82/501/CEE du Conseil, du 24 juin 1982, concernant les risques d'accidents majeurs de certaines activités industrielles, *JOCE* n° L 230, 5 août 1982, p. 2.

⁴ Directive 96/82/CE du Conseil du 9 décembre 1996 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, *JOCE* n° L 10, 14 janvier 1997, p. 13.

⁵Règlements UE n° 996/2010 du 20 octobre 2010 du Parlement européen et du Conseil du 20 octobre 2010 sur les enquêtes et la prévention des accidents et des incidents dans l'aviation civile et abrogeant la directive 94/56/CE, *JOUE* L 295, 12 novembre 2010, p. 35.

⁶Directive 2004/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant la sécurité des chemins de fer communautaires et modifiant la directive 95/18/CE du Conseil concernant les licences des entreprises ferroviaires, ainsi que la directive 2001/14/CE concernant

pétrolières⁷. La catastrophe du tunnel du Mont-Blanc de 1999 a également donné naissance à une directive renforçant la sécurité de ces infrastructures⁸. Peuvent être également visés des textes avec un champ d'application plus large, dont l'objet est par exemple de saisir les dommages environnementaux, indépendamment du secteur d'activité⁹.

Les premières réglementations ont été adoptées pour faire face à « *la disparité des dispositions déjà applicables ou en cours de préparation dans les différents États membres en ce qui concerne les mesures de prévention des accidents majeurs et de limitation de leurs conséquences pour l'homme et l'environnement* »¹⁰. En effet, il avait été considéré que la diversité des législations créait « *des conditions de concurrence inégales et avoir, de ce fait, une incidence directe sur le fonctionnement du marché commun* »¹¹. L'approche peut sembler particulièrement mercantile. En réalité, elle ne l'est pas totalement. L'enjeu est réellement de parvenir à une meilleure protection des populations, mais l'absence de base juridique explicite, sur la protection des populations, dans les traités, oblige à contourner la difficulté en s'appuyant sur les règles du marché intérieur. Ce n'est pas le seul domaine où cette stratégie a été retenue, puisque les premières législations environnementales sont fondées sur la même construction. Progressivement, le terme même de catastrophe est apparu dans le traité. Il figure ainsi aux articles 122 TFUE dans le cadre du recours à une assistance financière, 196 TFUE, consacré à la protection civile, 214 TFUE sur l'aide humanitaire et 222 TFUE, ce dernier article instaurant une clause de solidarité. Dans les trois derniers articles sont visées tant les catastrophes naturelles que celles d'origine humaine.

A l'origine le positionnement européen est spécifique en matière de catastrophes, puisqu'il ne vise qu'à prévenir celles-ci. C'est ensuite que les textes ont progressivement envisagé les moyens d'intervention une fois celles-ci réalisées. Tout d'abord, l'Union européenne cherche en priorité à éviter celle-ci. Elle crée, de manière complémentaire, les conditions d'un soutien aux États membres, mais également aux États tiers. Très clairement, les premières législations sont orientées en faveur de la prévention des risques et de la maîtrise des dangers vis-à-vis des activités humaines¹². Le choix est aussi d'anticiper la survenance des catastrophes naturelles. Sur la prévention, la directive Seveso 1 vise, notamment, à déterminer les risques, à imposer la notification des substances, des produits et à informer sur les installations¹³. Les exigences ont été renforcées au fur à mesure par les textes. La même exigence de prévention se retrouve pour les opérations pétrolières et gazières qui fixent des exigences minimales dans le cadre des opérations en mer¹⁴.

Cette prévention va ensuite se doubler d'une capacité d'intervention avec l'insertion de l'article 196 TFUE dédié à la protection civile, mais également de l'article 222 TFUE, relative à la clause de solidarité. Dans ces deux dispositions, l'objet n'est plus seulement de prévenir, mais aussi de protéger. La clause de solidarité, souhaitée par les États membres et les institutions européennes, au moment de la négociation du traité établissant une constitution

la répartition des capacités d'infrastructure ferroviaire, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité, JOUE n° L 42, 30 avril 2004, p.44.

⁷Directive 2013/30/UE du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relative à la sécurité des opérations pétrolières et gazières en mer et modifiant la directive 2004/35/CE, JOUE n° L 178, 28 juin 2013, p. 66.

⁸Directive 2004/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 concernant les exigences de sécurité minimales applicables aux tunnels du réseau routier transeuropéen, JOUE n° L 167 du 30.4.2004, p. 39

⁹Directive 2004/35 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, JOCE n° L 143, 30 avril 2004, p. 56.

¹⁰Considérant de la directive 82/501/CEE, *op. cit.*, p. 2.

¹¹*Ibidem*.

¹²En ce sens, C. Lacroix et M. Steinlé-Feuerbach (dir.), La judiciarisation des grandes catastrophes. Approche comparée du recours à la justice pour la gestion des grandes catastrophes (de type accidents aériens ou ferroviaires), *Dalloz*, 2015, p. 74 et s.

¹³Directive 82/501/CEE, *op. cit.*

¹⁴Directive 2013/30/UE, *op. cit.*

pour l'Europe, met en place une assistance. De même, l'article 196 TFUE vise notamment dans son paragraphe 1, b) « à promouvoir une coopération opérationnelle rapide et efficace à l'intérieur de l'Union entre les services de protection civile nationaux ».

L'approche retenue reste cependant emprise d'une dimension nationale forte quant à la phase de protection effective. La clause de solidarité n'est actionnable qu'à la demande de l'État concerné, liant textuellement la catastrophe à une dimension territoriale nationale. La catastrophe n'est pas envisagée dans la rédaction comme à dimension transfrontalière. L'article 196 TFUE fait référence également à l'action nationale des États membres au niveau national, régional ou local. Là encore, aucune référence à une dimension transfrontalière. La phase de prévention est davantage articulée autour d'une coopération obligatoire entre les autorités nationales et d'un partage d'information¹⁵. En effet, il est certain, comme le précise le considérant 6 de la directive Seveso 3 que « les accidents majeurs peuvent avoir des conséquences au-delà des frontières »¹⁶.

En réalité, la dimension transfrontalière des catastrophes s'impose nécessairement sous deux angles. Le premier est lié à la réalisation de la catastrophe elle-même, qui peut aller au-delà du territoire d'un État membre. Ainsi, pour les activités humaines, le fait générateur, bien que situé dans un seul État membre, peut impliquer plusieurs États. Cette situation peut-être celle d'une catastrophe industrielle, en raison par exemple d'un site à proximité d'une frontière ou encore du déroulement d'une catastrophe qui s'opère au travers d'un fleuve (boue rouge dans le Danube, 2010). Les catastrophes naturelles ne connaissent pas davantage de frontières si nous visons les tempêtes ou encore les inondations comme celles qui ont touché le sud de la France et l'Italie en 2020. Le second angle est celui de la nationalité des victimes d'une catastrophe. La mobilité facilitée au sein de l'espace Schengen pour les citoyens et la libre circulation des travailleurs notamment amplifient la possibilité de victimes, ressortissantes d'autres États membres. C'est également l'hypothèse de l'utilisation de dispositifs médicaux, comme dans l'affaire des prothèses PIP, où les victimes sont françaises, mais aussi européennes et d'autres pays tiers. La dimension transnationale n'est en conséquence pas une simple hypothèse, mais une réalité qui a pu être vérifiée. Cette situation a poussé d'ailleurs le législateur européen à envisager la période postérieure à la catastrophe principalement sous l'angle de l'enquête technique par opposition à l'enquête judiciaire¹⁷. Le recours au règlement s'est d'ailleurs imposé parfois dans une logique d'uniformisation, l'harmonisation apparaissant inadaptée par rapport aux objectifs fixés. Des directives ont pu néanmoins être retenues dans d'autres domaines comme le transport ferroviaire¹⁸. Cette appréhension de la phase de l'enquête constitue indéniablement un progrès pour renforcer les obligations en matière de prévention et sur l'effectivité des enquêtes. Il résulte de cet état des lieux un silence à l'égard de la phase judiciaire et de la question de l'indemnisation. La phase de l'indemnisation doit être envisagée sérieusement au regard de la dimension transfrontalière qui conduit nécessairement à traiter différemment des victimes d'une même catastrophe en raison de l'existence de divergences des législations nationales¹⁹. Ce

¹⁵Par exemple article 27 de la directive 2013/30, *op. cit.*, p. 85 ; Egalement article 14, paragraphe 3 de la Directive 2012/18/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, modifiant puis abrogeant la directive 96/82/CE du Conseil, *JOUE* n° L 197 du 24 juillet 2012, p. 11.

¹⁶*Ibid.*, point 6.

¹⁷Règlements UE n° 996/2010, *op. cit.* ; Règlement UE n° 1286/2011 du 9 décembre 2011 portant adoption d'une procédure commune pour enquêter sur les accidents et incidents de mer conformément à l'article 5, paragraphe 4, de la directive 2009/18/CE du Parlement européen et du Conseil, *JOUE* n° L 328 du 10 décembre 2011, p. 36.

¹⁸Directive 2004/49/CE, *op. cit.*

¹⁹ En ce sens, C. Lacroix, « Installations dangereuses, catastrophes technologiques et indemnisation : un comparatif franco-belge (prétexte pour un plaidoyer européen) », *RISEO*, 2013-1, Etude n°2.

traitement différencié ne doit pas laisser insensible et implique de se poser la question d'une éventuelle harmonisation. Cette harmonisation est-elle tout d'abord possible au regard des compétences actuelles de l'UE et si elle est envisageable quelle peut être l'étendue de cette harmonisation ?

L'examen des dispositions juridiques renvoie *a priori* à un éclatement des bases juridiques pour envisager une indemnisation des catastrophes par le droit de l'Union (I). Si l'harmonisation peut être envisagée, ne semblant toutefois pas attendue, elle sera nécessairement différenciée selon la nature de la catastrophe (II).

I) Un éclatement des bases juridiques en faveur d'une indemnisation des catastrophes par le droit de l'Union européenne

Le droit de l'Union européenne entend prendre en considération les catastrophes puisque le droit primaire renvoie à plusieurs reprises à celles-ci. Toutefois si la prévention et la protection sont expressément visées, la réparation, l'indemnisation ne sont pas énoncées. Cette situation empêche-t-elle d'envisager une harmonisation par le droit de l'Union ? L'intervention de l'Union est liée à la reconnaissance d'une compétence, identifiée par l'existence d'une base juridique. Rechercher la possibilité d'une harmonisation suppose de s'appuyer sur une base juridique réelle. Or, l'étude des traités ne permet pas d'identifier une base juridique manifeste ou incontestable pour toutes les catastrophes (A). En revanche une approche sectorielle n'est pas à exclure (B).

A) L'absence de base juridique incontestable

Le raisonnement peut être construit par étape. La première consiste à solliciter en priorité, comme base juridique, les dispositions du TFUE qui font référence aux catastrophes. Si cette hypothèse s'avère être une impasse, la deuxième étape peut être celle de s'appuyer sur l'article 114 TFUE sur le rapprochement des législations nationales. Si cette solution est à son tour non pertinente, le recours à l'article 352 TFUE, dite clause de flexibilité, pourra être étudié.

Parmi les articles du TFUE, faisant référence aux catastrophes, un seul mérite d'être envisagé étant donné que les autres renvoient à de l'assistance financière ou à une autre phase de la gestion de la catastrophe (les articles 122, 214 et 222 TFUE). L'article 196 TFUE relatif à la protection civile peut sembler alors le plus approprié. En effet, son objet vise la protection des populations face aux catastrophes et cette protection, dans une approche étendue, comprend la prise en compte des dommages, c'est-à-dire l'indemnisation. Dans une telle approche, la protection serait complète, intégrant une grande partie des dimensions des catastrophes, à l'exception de la phase judiciaire. Cependant, cette voie est en réalité une impasse pour plusieurs raisons. La première est que l'article est circonscrit dans son objet à la prévention et à l'intervention opérationnelle. Les conséquences des catastrophes ne sont pas envisagées. La seconde raison est liée au contenu de l'article qui exclut toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres. Si des mesures peuvent être adoptées, elles ne peuvent être là que pour « *soutenir et compléter* » les actions des États membres. Cette formulation signifie que la protection civile est un champ d'intervention très restreint, puisqu'elle fait partie de la catégorie des compétences où l'Union peut mener des actions uniquement pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres. La

compétence n'a pas été transférée à l'Union, cette dernière a uniquement la possibilité d'intervenir à la demande des États membres pour renforcer leur action. Cette action ne peut viser que la prévention et les aspects opérationnels.

La deuxième possibilité est d'envisager de recourir à l'article 114 TFUE sur le rapprochement des législations. Cet article sert de base juridique pour la réalisation du marché intérieur, dans une dimension principalement économique. Cet article permet, entre autres, de gommer les disparités des législations nationales lorsqu'elles créent une concurrence inégale entre les opérateurs économiques ou qu'elles ont des incidences sur le fonctionnement du marché intérieur. Il serait nécessaire d'établir un lien entre la survenance d'une catastrophe naturelle ou humaine et l'existence d'incidences sur le fonctionnement du marché intérieur. Ce lien n'apparaît que peu évident pour les catastrophes naturelles dès lors que le fait générateur n'est pas lié aux opérateurs économiques et que l'indemnisation n'est pas à leur charge. Pour les catastrophes humaines, la question peut être davantage évoquée si on considère que l'indemnisation des dommages est portée par les opérateurs économiques et qu'il crée une distorsion de concurrence. En réalité ce raisonnement vaut pour tout dommage, sans que cela n'ait engendré jusqu'à présent de règles d'harmonisation sous cet angle. Si des règles ont été adoptées comme pour les produits défectueux sur ce fondement, c'est pour apporter une égale protection aux consommateurs et que ce dernier ne se soucie pas du lieu d'implantation de l'opérateur au moment de l'acte d'achat. L'approche est clairement différente et elle n'est pas transposable pour toutes les catastrophes en l'absence de lien contractuel. Seul le secteur transport pourrait être concerné, sachant que les victimes ne sont pas nécessairement des clients et qu'ils disposent d'un titre spécifique. L'article 114 TFUE ne peut en conséquence être un support général et unique.

La troisième possibilité est la clause de flexibilité, présente à l'article 352 TFUE. L'usage de cette clause répond à des conditions strictes. Elle est envisageable pour réaliser un objectif de l'UE visé dans les traités, dans le cadre des politiques définies par les traités. Il faut enfin que l'action soit nécessaire. Tous ces éléments doivent être examinés par rapport à l'instauration d'un régime d'indemnisation. Les conditions, au regard de la jurisprudence, ne sont pas aisées à réunir. La CJUE a en effet une approche stricte depuis les années 1990, limitant fortement le recours à cet article. Si l'objectif de la protection des populations peut s'entendre, dans une appréhension large de l'article 3 TUE, il est plus compliqué de trouver des politiques, visant dans les traités la prise en compte des conséquences des catastrophes, hormis sous l'angle des aides d'État. Cet objectif pourrait éventuellement être rattaché à la politique de cohésion économique, sociale et territoriale (article 174 TFUE), mais en réalité il s'agit d'une politique publique utilisant des fonds européens pour lutter contre les déséquilibres de développement structurel. La survenance même d'une catastrophe ne peut entraîner la mobilisation de cette politique à des fins d'indemnisation. L'absence de véritable politique dédiée à la gestion des conséquences des catastrophes rend compliquée la sollicitation de cet article. En outre, cet article est difficile à mettre en œuvre étant donné qu'il faut l'unanimité des États membres. Les divergences d'appréhension sur un sujet peuvent être un obstacle rédhibitoire. Il faudrait ainsi, si les conditions de fond sont réunies, qu'un consensus se dégage pour une harmonisation visant une indemnisation de toutes les catastrophes. Il est sans doute raisonnable d'en douter.

Face à ces impasses successives, il est sans doute préférable de rechercher une approche plus sectorielle.

B) Le recours à des bases juridiques sectorielles

L'approche sectorielle conduit à un champ plus réduit, si l'objectif est d'envisager une harmonisation des conditions d'indemnisation. En effet, l'approche sectorielle conduit à distinguer les catastrophes naturelles, des catastrophes ayant une origine humaine. Si les catastrophes d'origine humaine peuvent être reliées à un secteur économique relevant des compétences de l'Union européenne, l'analyse des dispositions laisse potentiellement entrevoir une compétence visant à encadrer l'indemnisation. Pour les catastrophes naturelles, il manque une base juridique plus générale.

En se concentrant sur les catastrophes d'origine humaine, plusieurs dispositions peuvent être mobilisées, indépendamment du contenu de l'harmonisation qui serait retenu.

La première compétence pouvant être envisagée est celle en matière d'environnement (article 191 TFUE), politique qui est transversale et qui doit être prise en compte dans toutes les autres politiques de l'Union. Ce fondement juridique a d'ailleurs été utilisé pour l'adoption de la directive 2004/35 sur la responsabilité environnementale²⁰. Dans cette directive, seuls les dommages environnementaux sont appréhendés. La directive 2013/30 a été également cette même base juridique et évoque la question de la responsabilité et donc de l'indemnisation dans son article 39 pour les activités pétrolières et gazières²¹. Dès lors, cette disposition pourrait être envisagée pour les catastrophes industrielles, en s'appuyant sur le principe du pollueur-payeur entre autres, comme pour la directive précédemment citée. Certes, l'indemnisation ne pourrait être envisagée que sous l'angle des dommages environnementaux, mais se poserait la question d'une extension de l'indemnisation à d'autres aspects de la catastrophe, que sont la dimension sanitaire (effets nocifs sur la santé), et les victimes blessées ou décédées. La politique de l'environnement poursuit un objectif de protection de la santé des personnes, un rattachement semble envisageable sur ce fondement pour les conséquences sanitaires. Le traitement des blessés et des morts apparaît en revanche hors champ, sauf à considérer que les risques liés à l'activité doivent être pris globalement. Il ne s'agit plus cependant de la dimension environnementale. Dès lors, il apparaît que cette harmonisation va être très vite confrontée à un éclatement de son contenu selon la nature de la catastrophe et les dommages identifiés.

La seconde compétence est celle en matière de transports. Les catastrophes dans le secteur de transport sont aujourd'hui appréhendées de la prévention jusqu'aux conditions de l'enquête de sécurité et sur la base juridique de l'article 100 TFUE relevant du titre VI consacré aux transports. L'article 91 TFUE définit les champs d'intervention, le paragraphe 1, d) renvoyant à « *toutes autres dispositions utiles* ». Cette formulation ouverte constitue un support possible, dès lors que l'indemnisation liée aux catastrophes est un élément de la réalisation de la politique commune des transports.

La troisième disposition mobilisable est particulière, en ce qu'elle figure dans le traité Euratom sur les activités nucléaires. L'article 98 de ce traité envisage expressément la conclusion de contrats d'assurance relatifs à la couverture du risque atomique. Le Conseil de l'UE peut arrêter des directives concernant les modalités d'application de cette disposition.

²⁰Directive 2004/35, *op. cit.*, p. 56.

²¹Article 39 de la directive 2013/30/UE, *op. cit.*, p. 88.

L'habilitation est expresse et permet d'envisager éventuellement des dispositions complémentaires en plus des conventions internationales²².

Le domaine des risques sériels sanitaires est moins évident dès lors qu'en matière de santé publique, l'Union européenne dispose là encore d'une compétence d'appui à l'article 168 TFUE. La santé publique n'est appréhendée comme une compétence partagée qu'au travers de la réalisation du marché intérieur en tant que libre prestation de services pour les actes médicaux et, dans certains cas, sous l'angle de l'application des règles de concurrence. La question de l'indemnisation n'est pas prévue et ne semble dès lors pas entrer dans le champ d'intervention de l'Union, alors même que ces risques ne s'arrêtent pas une frontière. Une nouvelle fois, l'affaire des prothèses PIP constitue un exemple de cette difficulté avec des victimes notamment française et européenne. Dans ce scandale sanitaire, le droit mobilisable a été celui du droit international privé²³, c'est-à-dire le recours à des règles plus générales et non spécifiques mettant en évidence le manque de règles spécifiques fondées directement sur la santé publique.

Il existe dès lors des possibilités d'envisager l'adoption de textes pour encadrer l'indemnisation de catastrophes. Cependant, poser l'hypothèse d'une initiative de l'Union européenne implique une autre question celle du contenu, qui sera nécessairement à différencier selon la nature de la catastrophe retenue.

II) Une harmonisation complexe et nécessairement différenciée selon la nature de la catastrophe

La réflexion autour de l'harmonisation de l'indemnisation nécessite de s'interroger sur le degré de celle-ci, mais également sur son financement éventuel au niveau européen (A). Les conséquences financières de certaines catastrophes impliquent de réfléchir à un abondement allant au-delà des seuls opérateurs économiques supportant les risques (B).

A) Le degré d'harmonisation envisageable

Avant d'envisager les éléments liés au contenu de l'harmonisation (2), il est nécessaire de revenir sur l'adhésion éventuelle à une telle perspective (1).

1) L'adhésion des États membres à une harmonisation européenne

Il est possible de se projeter sur la construction d'un régime d'indemnisation au niveau européen, cette perspective ayant été envisagée dans le cas précis des activités pétrolières et gazières en mer. Ainsi, la directive 2013/30 prévoit dans son article 39 que la Commission soumet au Parlement européen et au Conseil un rapport avant le 19 juillet 2015 sur l'efficacité des régimes de responsabilité²⁴. Il est expressément prévu que ce rapport évalue s'il est approprié d'étendre les dispositions en matière de responsabilité. La question du périmètre de l'indemnisation était clairement posée pour le seul secteur pétrolier et gazier. Le rapport a

²²La Convention sur la Responsabilité Civile dans le domaine de l'Energie Nucléaire (Convention de Paris) a été adoptée le 29 juillet 1960 ; La Convention de Vienne sur la responsabilité civile en cas d'accident nucléaire a été adoptée le 21 mai 1963 ;

²³C. Jourdain-Fortier, « L'affaire PIP ou la difficile réparation en Europe des dommages corporels de masse causés par un dispositif médical défectueux », *Revue internationale de droit économique*, 2015, n°1, p. 5.

²⁴Article 39 de la directive 2013/30/UE, *op. cit.*, p. 88.

été rendu le 14 septembre 2015²⁵. La Commission y établit qu'il existe deux mécanismes d'indemnisation spécifiques et susceptibles de couvrir réellement une grande partie des dommages, celui de la Norvège et celui d'OPOL²⁶. Ce dernier organise un système de garantie mutuelle avec un plafond à 125 millions de dollars. Dans la suite du rapport, la Commission admet qu'il existe des divergences dans le traitement des demandes selon les États membres et que les procédures sont hétérogènes, considérant que la gestion des sinistres de masse devrait être encore rationalisée²⁷. Cependant, la Commission n'en tire pas de conséquences immédiates. Elle n'effectue aucune proposition. Sur la dimension transfrontalière, la Commission renvoie à l'application des règles de droit international privé et notamment au règlement de Bruxelles I (22 décembre 2000)²⁸ et la Convention de Lugano (21 décembre 2007)²⁹. La démarche manque dès lors d'ambition et ne constitue pas un précédent sur lequel il est possible de s'appuyer.

Plus largement, il est fort probable que ce sujet de l'indemnisation ne soit pas encore à maturité. La gestion des conséquences financières d'une catastrophe se perçoit différemment en fonction de la richesse des États membres de l'Union et de la capacité de l'État à mobiliser des fonds. Sous cet angle, les capacités financières des États au sein de l'Union sont inégales, plus particulièrement pour certains États d'Europe de l'Est. Dès lors, s'ils doivent supporter directement la charge ou si celle-ci revient sur leurs propres opérateurs économiques, l'opposition à ce type de proposition sera vraisemblable. Cette cartographie doit être également rapprochée des avantages que pourraient tirer certains États, dans le cadre de l'implantation d'activités industrielles à risque, de leurs législations moins exigeantes en termes d'indemnisation. Une harmonisation pourrait leur faire perdre cet avantage comparatif. Au-delà, la définition du contenu n'est pas aisée.

2) Les interrogations autour du contenu de l'harmonisation

Si l'obstacle d'une opposition est levé, d'autres éléments, liés à l'élaboration du contenu, sont à envisager comme pouvant constituer un frein à une harmonisation. Le premier découle de l'application du principe de proportionnalité, qui est PGD à l'origine et qui figure aujourd'hui à l'article 5 TUE. Au regard de cet article, le principe implique que « *le contenu et la forme de l'action n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités* ». Ainsi les institutions ne doivent pas dépasser les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché³⁰. Dans l'hypothèse où plusieurs mesures sont envisageables, les institutions doivent retenir la moins contraignante. L'élaboration de règles est-elle alors indispensable pour parvenir à une indemnisation des victimes et jusqu'à quel degré de contraintes ? Cette question devra être résolue, au-delà d'une prise en charge des victimes de manière équivalente, l'objet d'une harmonisation serait d'identifier et de combler des carences nationales. Le second élément à considérer est l'autonomie procédurale des États membres, renvoyant aux principes d'effectivité et d'équivalence. En effet, le droit de l'Union européenne renvoie à l'ordre juridique interne des États membres le soin de régler les

²⁵COM (2015) 422 final

²⁶OPOL : Offshore Pollution Liability Association

²⁷COM (2015) 422 final

²⁸Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE n° L 012, 16 janvier 2001, p. 1.

²⁹Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE n° L 339, 21 décembre 2007, p. 3.

³⁰CJCE, 17 mai 1984, *Denkavit Nederland*, aff 15/83, ECLI:EU:C:1984:183

modalités procédurales des actions administratives et des voies de recours pour garantir l'effet utile des dispositions du droit de l'Union. Ce principe est essentiel lorsqu'on s'interroge sur les actions en indemnisation, étant donné que de telles dispositions auront nécessairement pour conséquence de bousculer le droit interne existant. D'ailleurs, ce principe est repris implicitement à l'article 13 de la directive 2004/35 encadrant les règles sur la responsabilité environnementale³¹ et explicitement à l'article 4 de la directive 2014/104 concernant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions au droit de la concurrence³². L'autonomie procédurale apparaît corrélée à l'encadrement de toute règle relative à l'indemnisation, démontrant que l'élaboration du contenu d'un tel texte ne peut être totalement autonome. Concernant la directive sur l'indemnisation des infractions en matière de concurrence, elle reflète un équilibre subtil se limitant à définir un noyau dur de règles permettant de garantir l'indemnisation, notamment liées au régime de la preuve ou du délai de prescription.

L'indemnisation des catastrophes n'est pas totalement assimilable à ce précédent texte, mais elle implique de traiter des questions semblables sur ce qui devrait faire l'objet d'une harmonisation. Dit autrement, l'indemnisation constitue-t-elle juste une détermination des dommages ouvrant droit à indemnisation ou impliquent-elles le régime juridique lié aux faits générateurs, au régime de la présomption ou non, au régime de la preuve, à la durée de la procédure ? Plus largement, dans le cadre d'une harmonisation, sans doute devra être intégré à la réflexion le fait de savoir si le texte communautaire doit comporter des dispositions relatives aux parties recevables à agir, à l'accès aux documents, à la production des preuves, au régime des présomptions, et à la définition des dommages pouvant faire l'objet d'une réparation. Il s'agit également de déterminer les éléments de la coopération entre les différentes autorités nationales et les juridictions.

La directive 2014/104/UE peut sans doute être une source d'inspiration, mais il est certain que des objectifs communs devront être préalablement déterminés, avant d'envisager un texte, dont il est perceptible qu'il impliquera des questionnements majeurs et des divergences. De plus, parvenir à un degré d'harmonisation sur un socle minimal de principes ou de règles peut-il être pertinent, si la nature des dommages et les modalités de calcul des indemnisations ne sont pas appréhendées. Ces éléments doivent être aussi considérés.

Sans doute, ces questions trouveront tels quelques débuts de réponses si le financement peut reposer pour partie sur la constitution d'un fonds européen.

B) La constitution d'un fonds européen

L'indemnisation des catastrophes implique un coût élevé financièrement à la charge des opérateurs économiques pour les catastrophes nées des activités humaines. Pour vaincre d'éventuelles résistances et parvenir également à une réelle indemnisation, la création d'un fonds européen dédié pourrait constituer une solution. S'il existe des fonds européens, ils sont spécifiques et interviennent comme instruments financiers en faveur de la cohésion économique, sociale et territoriale, conformément à l'article 175 TFUE. Ces fonds s'appuient expressément sur le droit primaire et l'éventualité d'un fonds lié aux catastrophes ne peut reposer que sur une autre logique, celle de la création d'un financement propre pour couvrir

³¹Directive 2004/35/CE, *op. cit.*, p. 64.

³²Directive 2014/104 du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, *JOUE* n° L 349 du 5 décembre 2014, p. 1.

les dommages. Cette approche revient à examiner la compétence fiscale de l'Union européenne³³. Au-delà du consentement par les citoyens à l'instauration d'un tel impôt, la base juridique fait sans doute défaut. Seul l'article 113 TFUE permet d'envisager une « *harmonisation des législations relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires, aux droits d'accises et autres impôts indirects* ». Cet article ouvre la voie à une harmonisation d'un impôt ou d'une taxe existante, mais en aucun cas à la création d'un nouveau prélèvement. Dès lors, il serait nécessaire de partir d'une taxe préexistante et qui pourrait être réorientée vers un fonds à destination de l'indemnisation des catastrophes. Sans doute la taxation liée aux contrats d'assurance pourrait constituer un premier point d'ancrage. En effet, en France, une première loi de 1982 relative aux catastrophes naturelles³⁴ a institué ce type de mécanisme. Il a été repris par une seconde loi en 2003³⁵ instaurant un système de garantie pour les victimes de catastrophes technologiques. Ce système pourrait prendre la forme d'un prélèvement systématique sur tout contrat d'assurance souscrit dans un État membre afin d'abonder un fonds qui pourrait ensuite couvrir les dommages dans les différents États membres à concurrence d'un certain montant. Une solidarité serait ainsi directement créée au profit des populations, sans se limiter nécessairement aux catastrophes technologiques. Les obstacles à une telle solution sont encore nombreux, ne serait-ce que sur la définition du montant de ce prélèvement ou les contrats concernés. De plus, le recours à l'article 113 TFUE exige que le Conseil de l'Union se prononce à l'unanimité, ce qui est redoutable.

En conclusion, l'objectif de parvenir à une éventuelle harmonisation est semé d'obstacles, en raison de la dimension très nationale de cette étape de la gestion des catastrophes. S'il semblait évident de s'attaquer à la prévention de celles-ci pour le bon fonctionnement du marché intérieur et à la protection de l'environnement, les autres aspects du traitement des catastrophes n'apparaissent pas comme une évidence. Si une phase opérationnelle a été progressivement constituée, c'est en raison d'une dimension politique très forte, du symbole lié à la solidarité entre États membres, mais qui dépasse honnêtement la situation des seules catastrophes. En effet, cette solidarité s'étend à la dimension de la lutte contre terroriste. En outre, la protection civile n'apparaît pas une compétence reconnue à l'Union, mais uniquement comme une action de complément, marquant une nouvelle fois l'approche nationale, et constituant un frein à une réglementation plus ambitieuse. Parallèlement, l'étape de l'indemnisation ne semble pas encore perçue comme une exigence relevant de l'échelon européen, alors que les institutions, Parlement européen et Commission, ont manifestement conscience des disparités législatives. Sans doute la gestion indemnitaires des catastrophes est moins visible et les attentes des citoyens européens sont moins grandes, sauf lorsque les personnes y sont directement confrontées. Dans ces conditions, l'évolution sera nécessairement lente et fractionnée, à moins qu'une catastrophe survienne avec une médiatisation suffisamment forte, tout en posant le problème de la dimension transnationale. Après tout ce droit est à réaction, la création du CERDACC en est même un témoignage.

³³Plus largement sur cette question, A. Maïtrot de la Motte, L'impôt européen, Revue de l'OFCE, 2014, n°3, p. 149-160.

³⁴ Loi n° 82-600 du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles, JORF, 14 juillet 1982.

³⁵La loi n°2003-699 du 30 juillet 2003, relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages, JORF n°175, 31 juillet 2003.

**II. Risque, effondrement, catastrophisme,
Mickaël Baubonne, Kévin Jestin, Dariusz
Piatek et Thomas Shellenberger (dir.)**

1. Droit et vérité

De la connaissance scientifique à la vérité juridique : la confusion des discours

Roïla MAVROULI

Docteure en droit, Université Paris Nanterre
ATER Université Paris 3 Sorbonne Nouvelle

Si le débat s'ouvre à une prétendue distinction entre connaissance du droit et vérité juridique, c'est parce que nous nous interrogeons actuellement sur le rôle du droit dans une société ébranlée. Cet article se propose de faire le bilan de la distinction entre science du droit et dogmatique juridique, entre droit et son objet-droit afin d'analyser les rapports entre droit, connaissance scientifique et vérité juridique. Le droit peut-il s'effondrer et se reconstruire, imposer une vérité ou protéger le mensonge ? La vérité juridique suppose une connaissance du droit, ce qui n'est pas sans obstacles. Ceci est dû à deux éléments. Tout d'abord, le premier élément concerne les acteurs qui produisent le savoir juridique, tels que le législateur, le juge et, pour certains, la doctrine en tant que source complémentaire du droit en dialogue constant avec le juge. Or, la production de ce savoir juridique ne donne pas accès à la connaissance. Ensuite, le deuxième élément renvoie à la distinction entre science du droit et dogmatique juridique, la première seule donnant accès à la connaissance, la deuxième ne s'intéressant qu'à l'« objet-droit », c'est-à-dire à l'objet de la science du droit.

La théorie générale du droit¹ cherche à clarifier le langage doctrinal tout en comprenant une dimension épistémologique qui décide de la nature scientifique ou non du langage ainsi qu'une dimension conceptuelle fournissant les outils intellectuels nécessaires à ce langage pour permettre la connaissance. La théorie générale du droit est la seule à pouvoir proposer une méthode de la connaissance². Ainsi, il faut distinguer la théorie générale du droit de la méthodologie juridique et de la théorie de la justice qui proposent plutôt une méthode de l'action, un volet idéologique de la philosophie du droit ou même un moyen de résolution des conflits entre règles de droit (par exemple les méthodes d'interprétation des énoncés normatifs). La théorie générale du droit inspirée des travaux de Jeremy Bentham et de John Austin fut concrétisée par Hans Kelsen dans la *Théorie pure du droit*, puis s'est développée avec les progrès de la philosophie analytique.

Une théorie générale positiviste du droit est, tout d'abord, une théorie de la science du droit comme ensemble de propositions descriptives. Or, l'affirmation de la possibilité d'une science du droit donnant accès à la connaissance objective se heurte à plusieurs oppositions. Pour certains, la connaissance objective n'est pas possible, car elle ne peut être approchée qu'au moyen d'un savoir-faire pratique tel que l'art du bon et du juste ou l'art de la rhétorique. Pour d'autres, une démarche scientifique sur l'objet-droit priverait les autres sciences comme la sociologie ou l'anthropologie d'avoir une connaissance sur le droit. D'autres encore, tout en acceptant la démarche scientifique, s'interrogent sur le point de savoir si c'est le droit qui est

¹Voir É. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006, p. 2. Elle est générale car, d'un côté, elle ne concerne pas le langage portant sur tel système juridique déterminé, et de l'autre, elle ne s'intéresse pas aux théories concernant une question particulière du droit.

²*Ibidem*.

une science prescriptive – la science de la bonne législation – ou si le droit est l’objet d’une science qui le décrit – la science du droit³.

Ce sont plutôt les juristes positivistes qui acceptent cette dernière vision d’une science du droit ayant comme objet le droit lui-même, s’apparentant au modèle des sciences de la nature. Selon cette approche, l’accès à la connaissance et donc à la vérité est possible selon une méthode déterminée. Or, bien que cette posture ait ses mérites, elle n’est pas sans réserve au niveau d’un vrai accès tant à la connaissance qu’à la nature du droit. Le théoricien du droit (juriste-savant) obtient un objet d’étude scientifique, à savoir le droit, distinct de tous les autres objets du monde, selon des critères neutres et impartiaux. De telle manière, décrire l’objet-droit devient un « discours sur le droit », qui peut être celui de l’exclusive connaissance parce qu’il relève de la science du droit.

Si la science du droit se réserve le monopole du discours cognitif sur le droit, la doctrine ne peut jamais se prononcer valablement sur le droit⁴. Pourtant qu’est-ce qui distingue un discours savant de la doctrine d’un discours scientifique ? Ainsi, nous verrons dans un premier temps la distinction entre science du droit et dogmatique juridique susceptible de créer une connaissance scientifique du droit (I). Dans un deuxième temps, nous examinerons le rapport entre positivisme juridique et neutralité axiologique (II).

I) La distinction entre science du droit et dogmatique juridique : une condition d’accès à la connaissance

La science du droit renvoie à la seule description du droit en vigueur, laissant de côté toute proposition relevant du devoir-être. La dogmatique juridique ou doctrine ne se réfère pas forcément à un corps professionnalisé universitaire, mais désigne un ensemble d’opinions ayant le droit pour objet, quel que soit ce que l’on entendra par droit, et quel que soit le statut de celui qui les émet⁵. Tout d’abord, si la théorie juridique peut être scientifique, elle se présente comme une « science constructive et conceptuelle ». Ainsi, il nous paraît pertinent d’opérer tout d’abord une distinction entre science du droit et dogmatique juridique. Il s’agit d’apporter une réflexion sur la science du droit comme seule activité de connaissance en dehors du droit suivant les courants réalistes et normativistes (A). Ensuite, nous mettrons en avant la confusion entre doctrine savante et connaissance du droit (B).

A) La science du droit comme seule activité de connaissance en dehors du droit

Si le droit est un objet d’étude en partie constitué par ceux qui l’étudient⁶, nous ne le présentons pas comme une réflexion de la réalité, mais comme une grille de lecture, comme tout un système de fictions créées par les universitaires pour maîtriser la vie réelle⁷. Selon une distinction faite entre science du droit et dogmatique juridique, Michel Troper affirme que la science du droit est une activité cognitive, neutre et objective visant la connaissance, alors que la dogmatique juridique consiste en une activité normative prescriptive, ayant une fonction normative, de source complémentaire du droit. Selon le même auteur, la science du

³*ibid*, p. 9.

⁴É. PICARD, « Science du droit ou doctrine juridique », in *L’unité du droit*, Mélanges Drago, Economica, 1996, p. 143.

⁵É. MILLARD, *op. cit.*, p. 1.

⁶É. PICARD, *loc. cit.*

⁷Voir B. EDELMAN, *Quand les juristes inventent le réel : la fabulation juridique*, Hermann Éditeurs, 2007.

droit décrit les normes en vigueur de sorte que ses propositions peuvent être vérifiées comme vraies ou fausses, tandis que la dogmatique juridique cherche à établir quelles sont les normes applicables, se livrant à un travail d'évaluation des normes qui ne sont pas encore appliquées. L'approche troperienne tient à Hans Kelsen selon qui il revient aux juristes d'émettre des « propositions de droit », y compris des « *jugements hypothétiques qui énoncent qu'au regard d'un certain ordre juridique [...] donné à la connaissance, si certaines conditions définies par cet ordre sont réalisées, certaines conséquences qu'il détermine doivent avoir lieu* »⁸. Selon la théorie réaliste, du moins dans sa version la plus répandue en France, l'interprétation d'un texte est toujours un acte de volonté et non de connaissance. Par conséquent, l'interprétation d'un texte revient notamment à l'autorité authentique, notamment au juge, qui peut faire dire au texte rigoureusement tout ce qu'il veut. Pourtant, pour le réalisme de l'école de Nanterre, un texte ne peut pas se vêtir de toutes les significations, seules quelques significations sont possibles.

Jacques Chevallier propose une distinction qui s'inscrit plus ou moins dans le même registre. Pour lui, la doctrine est partie prenante au processus de production du droit : elle se situe *dans le droit* et intervient *en droit*. Par contraste, la science juridique se situe *en dehors du droit*⁹. Cette distinction conduit à une véritable différence entre science juridique et doctrine en ce que la science juridique ne relève pas du champ juridique, mais de celui des sciences sociales. Ainsi, son objectif est la connaissance du droit et non pas la création du droit¹⁰. Une vision similaire à celle de Jacques Chevallier a été adoptée par Étienne Picard qui situe également la science juridique à l'extérieur du droit, ses démarches cognitives relevant de la science politique, de la linguistique, de la sociologie, mais pas du droit¹¹.

Pourtant, on voit bien qu'une confusion est toujours possible lorsque Kelsen parle d'un ordre extérieur à l'ordre juridique qui peut être scientifique ou, plus justement, académique. Dans cette perspective, est-ce que cet ordre extérieur à l'ordre juridique est purement académique ? Et, dans l'affirmative, en quoi le discours académique sur le droit ne pourrait-il pas produire une doctrine de systématisation du droit marquée par les valeurs sous-jacentes de la société en question ? Jacques Chevallier précise que, dans la pratique de la recherche et de l'enseignement, les deux – doctrine et science du droit – sont indissociables : la distinction n'est opérée ni sur le plan épistémologique ni au niveau didactique, car « *faire œuvre de doctrine, c'est apporter du même coup une contribution à la science juridique et l'analyse scientifique du phénomène juridique conduit à la formulation de 'théories' qui prendront le nom de 'doctrines'* ». Kelsen lui-même parle de la « doctrine » du droit naturel ou de la « doctrine » positiviste, les « doctrines » n'étant que l'autre nom des « théories » de la science du droit.

Les choses se compliquent lorsque l'on pose le problème de la science du droit du point de vue de la distinction entre l'être et le devoir être. Autrement dit, lorsqu'on se demande si la

⁸H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., tr. C. Eisenmann, Bruylant/L.G.D.J., 1999, p. 79.

⁹J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Lextenso éditions/L.G.D.J., 2002, pp. 103-119.

¹⁰*Ibidem*.

¹¹É. PICARD, *op. cit.*, p. 119 ; S. CIMAMONTI, « Doctrine juridique », in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 1993, p. 186 ; A. AARNIO, « Dogmatique juridique », in A.-J. ARNAUD (dir.), *op. cit.*, p. 188.

science du droit, dans la mesure où elle est une science, est une science normative¹². Norberto Bobbio précise que considérer la science du droit comme une science normative signifie deux choses différentes qui ne sont pas forcément liées. D'un côté, cela veut dire que la science du droit s'occupe ou traite des normes. De l'autre côté, qu'elle pose, propose ou impose franchement des normes. La science du droit, à la différence des autres sciences sociales qui ne peuvent être dites normatives qu'au second sens, peut être dite normative à double titre. Or, Kelsen emploie le mot « normatif » dans la théorie normative du droit en un sens qui ne correspond à aucun des deux mentionnés plus haut. À cet égard, Norberto Bobbio note que l'utilisation du mot normatif chez Kelsen renvoie à quelque chose de plus qu'une recherche sur les règles et à quelque chose de moins que le fait de poser ou imposer des règles¹³.

Par conséquent, Kelsen n'a jamais pu se passer de la catégorie du normatif pour distinguer la science du droit des sciences sociales ; il a toujours dû conjurer le danger de l'usage de la catégorie du normatif qui conduit à attribuer à la science du droit une fonction prescriptive qui ne lui appartient pas. Kelsen conçoit la science du droit comme normative dans la méthode et non dans la fonction, il la conçoit à la fois comme normative et descriptive. C'est cette approche qui a été contestée comme on l'a vu plus haut, d'un côté, par les courants réalistes et sociologiques et, de l'autre, par les courants jusnaturalistes et antipositivistes. Pour les courants réalistes et sociologiques, la science du droit est une science explicative qui utilise les méthodes des sciences naturelles. Pour les courants jusnaturalistes ou plus généralement antipositivistes, la science du droit possède une fonction prescriptive similaire à celle du juge ou du législateur malgré le différent degré d'autorité¹⁴.

Pour Kelsen, alors que la détermination du sens des énoncés juridiques ressort toujours, en dernière instance, de la pure volonté des seuls organes étatiques, la signification juridique des énonciations ayant donné lieu à ces mêmes énoncés dépend de la pure pensée du seul juriste-savant¹⁵. Il semblerait que, comme le note Olivier Cayla, le normativisme kelsenien soit confronté à une théorie de la signification *bancale* et *hétérogène* puisque « *le sens des normes juridiques relève en effet d'une compétence interprétative située à l'intérieur de l'ordre juridique lui-même, mais la signification même de norme juridique ne se comprend, de son côté, qu'à l'extérieur de cet ordre, autrement dit à l'intérieur d'un autre ordre, qu'on peut appeler scientifique, voire, peut-être plus justement, académique* »¹⁶. En ce sens, le juriste-savant obtient un objet d'étude scientifique, à savoir le *droit*, distingué de tous les autres objets du monde selon des critères neutres et impartiaux, de sorte qu'il devient un « professeur de droit » et non pas un doctrinaire ou un idéologue, simple fonctionnaire de l'État¹⁷. De telle manière, *décrire l'objet-droit* devient un discours sur le droit, qui peut être celui de l'exclusive connaissance¹⁸.

¹²Voir la question vieille et usée selon N. Bobbio de la science du droit du point de vue de la distinction entre l'être et le devoir être : N. BOBBIO, « Être et devoir être dans la science du droit », in *Essais de théorie du droit*, tr. M. GUERET et C. AGOSTINI, Bruylant/L.G.D.J., 1998, p. 185-206 ; du même auteur, *Scienza e tecnica del diritto*, Giappichelli, 1934.

¹³*Ibid*, p. 186.

¹⁴*Ibid*, p. 188.

¹⁵O. CAYLA, *La notion de signification en droit. Contribution à une théorie du droit naturel de la communication*, thèse, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 1992, p. XV.

¹⁶*Ibid*, p. XVI.

¹⁷*Ibidem*.

¹⁸O. Cayla souligne à propos de la norme fondamentale de Kelsen en quoi elle sert d'outil pour faire connaître scientifiquement l'objet-droit. Elle n'est nullement destinée à procurer au citoyen, sujet de l'ordre normatif, les moyens de comprendre la juridicité des normes qui s'adressent à lui, afin de le convaincre qu'il est tenu d'y obéir.

B) La confusion entre doctrine savante et connaissance du droit

La difficulté de la science du droit d'obtenir un regard complètement externe sur son objet-droit et d'être à la fois normative et descriptive a conduit les auteurs à la distinguer de la doctrine ou dogmatique juridique. Pourtant, il existe également une pluralité de définitions du mot « doctrine », ce qui crée de nouveau une confusion entre savoir juridique et connaissance. Pierre Bourdieu a déjà critiqué le travail cumulatif de systématisation du droit en disant que tant la cohérence du système du droit que la cumulativité n'est pas celle de la science ; la connaissance critique externe à la famille large des juristes est le résultat du sens de l'illusion des juristes, victimes de leur propre création juridique. En ce sens, la posture d'un point de vue externe relevant de la science se heurte à l'opposition, d'un côté, entre un droit pur et autonome, exercé par des juristes manifestant leur distance vis-à-vis des réalités temporelles et politiques, et, de l'autre, un droit impur, discrédité ou même dépendant de l'économie et de la position de la clientèle correspondante dans l'espace social¹⁹. Pourtant, les juristes opèrent la distinction entre science du droit et doctrine juridique. Tandis que la doctrine juridique est une connaissance « intéressée » qui apporte une contribution au fonctionnement de l'ordre juridique, qui intervient dans les processus de production du droit et de la normativité, la science du droit est une connaissance « désintéressée » en ce qu'elle se contente d'analyser le phénomène juridique²⁰.

La pluralité de définitions du mot « doctrine » repose sur la correspondance de son concept à trois réalités. Selon Philippe Jestaz et Christophe Jamin, la doctrine peut être un droit savant fondé sur une science construite et la recherche collective²¹, une source indirecte et informelle du droit²² et une entité²³. L'importance de la doctrine en droit français s'explique par le fait que l'usage de l'expression « la doctrine » désigne une espèce d'entité personnifiée et donne l'impression d'une opinion commune et autoritaire sur la vérité juridique, à l'instar du *communis opinio doctorum* des jurisconsultes romains²⁴. Tandis que le rôle de la doctrine française en tant que constructeur confirmé du système juridique est admis, il n'en va pas de même pour son homologue anglais. Dans le système juridique anglais, la doctrine apparaît davantage comme un spectateur engagé²⁵ qu'un juriste savant impliqué activement dans la formation du droit anglais. Selon une approche, l'absence d'une tradition universitaire au sein du droit anglais peut être synonyme de sa nature antiscientifique dont résulte sa réticence à s'exprimer sous forme de code²⁶.

Ainsi, pour Christophe Jamin, dans les pays de *common law*, « le professeur s'efface derrière le juge », de telle manière que ce sont les juges et les avocats qui jouent le rôle principal dans la construction du droit savant²⁷. Dans cette perspective, dans les pays de *common law*, le savoir juridique est le produit du juge créateur qui se substituerait au rôle de la doctrine

¹⁹P. BOURDIEU, « Les juristes gardiens de l'hypocrisie collective », in F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, L.G.D.J., Droit et Société, 1991, p. 95-99, du même auteur, *Homo academicus*, Minuit, 1984.

²⁰J. CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 104.

²¹P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 4.

²²*Ibid*, p. 5-6.

²³P. JESTAZ et C. JAMIN, « L'entité doctrinale française », *D.*, chroniques 167, 1997, p. 172.

²⁴E. DUNN, « Point de vue sur la spécificité des universitaires dans les Facultés de droit : comparaisons franco-anglaises », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2009, n° 1, vol. 62, p. 33-90.

²⁵A cet égard, voir E. DUNN, *loc. cit.* ; P. ATIYAH, *Pragmatism and Theory in English Law*, Stevens & Sons, 1987, p. 38.

²⁶E. DUNN, *loc. cit.*

²⁷P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, *op. cit.*, p. 11.

française. Ce qui montre que l'absence de doctrine est bien concevable dans ces pays sans pour autant créer un besoin pour une science normative savante autre que le savoir juridique du juge. Pourtant Portalis, dans le *Discours préliminaire*, qualifie la jurisprudence comme la science du droit dans le sens large d'un savoir rationnellement organisé. Dans cette perspective, la science est une « suite de vérités ou de règles liées les unes aux autres, déduites des premiers principes, réunies en un corps de doctrine et de système, sur quelque une des branches principales de nos connaissances »²⁸. Ce qui fait qu'en *common law*, la distinction entre science du droit et doctrine n'est pas si marquée, la scientificité n'étant pas au cœur de la systématisation du droit par les juristes savants universitaires²⁹.

Pourtant en France, la doctrine est souvent synonyme d'une connaissance savante sans pour autant pouvoir parler sans réserve d'une connaissance scientifique. Pour François Ost et Michel van de Kerchove, la doctrine s'inscrit indissociablement dans l'ordre de la connaissance et de l'action. Contrairement à l'approche suivie par d'autres professeurs, les deux auteurs considèrent, d'un côté, que la doctrine de *lege lata* est située sur le même pied que la science du droit, à savoir un rang théorique d'un « faire savoir » ; de l'autre côté, que la doctrine de *lege ferenda* ainsi que la technologie juridique appliquée relèvent de l'ordre pratique, y compris du « savoir-faire ». La doctrine ne se limitant pas à une activité de connaissance de son objet, elle interprète et systématise le droit dans son rôle créateur de source complémentaire du droit en dialogue constant avec la jurisprudence et le législateur. Ceci dit, la doctrine entendue comme « technique » qui contribue à créer du droit n'est pas totalement libre dans ce travail étant donné qu'elle suppose une adhésion aux finalités inhérentes à l'ordre juridique étudié. Pourtant, comme nous l'avons noté plus haut, pour Michel Troper, la distinction entre science du droit et dogmatique juridique est cruciale, car la dogmatique juridique n'est pas et ne peut pas être neutre. Par conséquent, elle ne peut pas produire une connaissance scientifique.

II) Le rapport entre positivisme juridique et neutralité axiologique : le problème entre discours savant et discours scientifique

La doctrine, érigée au début du XX^e siècle comme source du droit, propose une façon systémique de penser le droit. Or, la doctrine en tant qu'activité de compréhension, d'explication, de création et de critique du droit, même si elle est savante, se distingue de la connaissance du droit positif. Mais parfois, par crainte qu'une vision sociologique du droit ne prive celui-ci de toute prévisibilité, la doctrine se replie sur elle-même en fondant sa « science » et, par conséquent, prétend à une connaissance de son objet-droit. Si le positivisme comme méthode s'attache à bâtir la science du droit sur le modèle des sciences de la nature, toute autre approche des études juridiques se trouve marginalisée, voire condamnée dans le non-droit. Ainsi, si la démarche épistémologique considère le positivisme comme la seule méthode scientifique acceptable, toute autre méthode serait antiscientifique ou « pseudo-scientifique ». Par conséquent, le débat bascule d'un point de vue scientifique à un débat de méthodologie et d'épistémologie de science. Ainsi, nous examinerons le travail de systématisation de la doctrine positiviste comme un avatar d'une fausse neutralité du

²⁸J.-G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, t. 1, TREUTTEL et WÜRTZ, 1827, p. 343 cité par J.-P. CHAZAL, *op. cit.*, p. 21.

²⁹Sur la science du droit en *common law* voir F. COWNIE, *Legal Academics : Culture and Identities*, Hart Publishing, 2004 ; W. TWINING, *Blackstone's Tower: The English Law School*, Sweet & Maxwell, 1994.

juriste (A), avant d'élucider la controverse sur le savoir juridique pris au piège du positivisme (B).

A) Le travail de systématisation de la doctrine positiviste : un avatar de la fausse neutralité du juriste

Tant la systématisation de la doctrine que la description du phénomène juridique se servent d'une méthodologie de type positiviste comme outil. Le positivisme considère les normes juridiques comme de simples faits et non comme des valeurs. Ainsi, la connaissance d'une norme juridique ne vaut ni son acceptation ni son approbation comme guide de comportement. L'obéissance aux normes juridiques est la suite logique de leur acceptation. Norberto Bobbio écrit qu'il n'existe pas de normes déjà données dans la nature, mais qu'elles sont des entités qui ne peuvent être produites que par des actes de langage normatifs. Autrement dit, les normes juridiques sont produites par des actes de volonté du juge ou du législateur³⁰. Or, la prétention du droit à la qualité de science expérimentale et, par conséquent, de science qui étudie objectivement les lois existantes, et qui s'est intensifiée au XIX^e siècle, entend le mot science comme « *un enchaînement de vérités fondées sur des principes évidents par eux-mêmes ou sur des démonstrations, une collection de vérités d'une même espèce, rangées dans un ordre méthodique* »³¹. L'idée d'une véritable connaissance scientifique découlerait de l'observation des faits perceptibles, toute autre connaissance étant dépourvue de valeur³². Ainsi, le savoir dépend de cette méthode scientifique de démonstration.

Cette thèse est appuyée par Kelsen dont l'une des motivations est de s'opposer à la philosophie du droit, considérée comme inséparable des thèses jusnaturalistes. D'où l'objectif de Kelsen de construire une théorie du droit exempte de toute idéologie politique qui s'élève d'emblée au rang d'une véritable science³³. Les outils de mise en œuvre de cet objectif sont, d'un côté, le dogme de la neutralité axiologique et, de l'autre, l'empirisme descriptif. Le droit, ayant exclu la politique juridique, les théories de la justice et les jugements de valeur, devient un ensemble de règles positives susceptibles d'un exposé descriptif.³⁴ Si la question de la neutralité axiologique était déjà présente au XVII^e siècle chez les auteurs du droit naturel moderne, celle-ci était bâtie sur des valeurs prétendument immuables et universelles. Pourtant, la notion de valeur étant inséparable de la subjectivité, elle ne peut pas donner accès à la connaissance³⁵. Le rejet de la métaphysique et de la morale corrobore l'idée que seule la réalité est accessible à la connaissance humaine³⁶.

Dans cette perspective, la finalité du positivisme logique est de ne considérer comme scientifique que ce qui peut être objet de vérification. Le positivisme logique, qui a érigé la

³⁰N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 7.

³¹C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, A. WAHLEN, 3^e éd., t. 1, n° 1, 1820.

³²J.-P. CHAZAL, *loc. cit.*

³³H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, *loc. cit.*

³⁴Selon J.-P. Chazal, la théorie du droit qui déclare assumer cette fonction purement descriptive est un contrecoup de la séparation du droit et de la philosophie.

³⁵La philosophie positive d'Auguste Comte pour qui la connaissance vraie ne peut se fonder que sur l'étude du monde extérieur, « *considérant comme absolument inaccessible et vide de sens [...] la recherche de ce qu'on appelle les causes soit premières, soit finales* ». A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, Rouen Frères, libraires éditeurs, t. I, 1830, p. 16.

³⁶P. FOULQUIÉ, « V^o Scientisme », *Dictionnaire de la langue philosophique*, P.U.F., 1962, p. 552. Pour Aristote, au contraire, la philosophie a pour objet l'étude des causes premières et des principes des êtres. Aristote, *Métaphysique*, Le Grand livre du mois, 1997.

vérité des propositions en postulat suprême de la science³⁷, a certainement inspiré Kelsen, considérant que toute thèse métaphysique est dénuée de sens puisqu'elle ne peut pas être vérifiée empiriquement ou formellement. Tandis que cette théorie a plusieurs conséquences pour la science juridique, pour ce qui est de la problématique de cet article, nous en retiendrons une seule : le travail de la doctrine positiviste fondé sur la neutralité axiologique lié au rôle du droit qui n'est plus une fin ou une science du juste, mais un moyen instrumentalisé, une technique d'organisation sociale. Ainsi, si le passage par la neutralité du droit-objet n'est pas, en théorie, nécessaire pour parvenir à la neutralité de la science du droit, il est, en pratique, déterminant. Contrairement à la philosophie du droit, la théorie du droit a la prétention de constituer une science positive du droit, c'est-à-dire neutre sur le plan axiologique et fondée sur la méthode empirique et descriptive. Mais ainsi conçue, cette science n'est qu'une chimère dont la réalité n'est guère différente. Dans la réalité, les valeurs sont inhérentes au droit et donc à la science qui le choisit pour objet³⁸. Ce qui fait que la science du droit peut ne pas traduire la réalité et passer « *de la théorie pure du droit à la théorie d'un droit pur* » comme le critique Paul Amselek³⁹.

Michel Troper a mis en lumière le paradoxe intrinsèque du système kelsénien en ce que ce dernier aurait adopté une conception hylétique des normes selon laquelle la norme est une prescription et non un fait empirique⁴⁰. Or, si tel est le cas, aucune science des normes n'est possible, car selon Emmanuel Kant, la normativité est une idée de la raison inaccessible à la raison pure pratique. Ainsi, si la norme n'est qu'une entité idéale et non un fait, le principe de « vérité-correspondance » ne s'applique pas, car « *la rationalité du normatif ne se laisse pas connaître mais seulement penser* »⁴¹. Selon Kelsen, une proposition de droit est vraie si elle est conforme à la norme qu'elle décrit⁴². Néanmoins, pour pouvoir dire qu'une norme exprime tel ou tel contenu, nous devons l'interpréter et la comprendre, ce qui ne semble pas compatible avec la démarche scientifique qui postule la neutralité scientifique. Pour sortir de l'impasse kelsénienne, Michel Troper propose de distinguer deux types d'énoncés : les énoncés sur les normes en vigueur et ceux sur la norme applicable⁴³. Les premiers sont l'objet de la science du droit qui décrit les normes déjà interprétées, alors que les seconds sont toujours en attente d'interprétation et font donc l'objet du travail de la dogmatique juridique ou doctrine.

Pourtant, cette approche se heurte à une difficulté parmi d'autres concernant l'impossible neutralité axiologique. Les critiques doutent de la clarté et de la précision de la norme une fois interprétée par le juge. Même si la chaîne interprétative semble être interrompue par la seule interprétation authentique, la pluralité de significations est susceptible de persister⁴⁴. De

³⁷V. PETEV, « Hans Kelsen et le Cercle de Vienne », in P. AMSELEK (dir.) *Théorie du droit et science*, P.U.F., coll. Léviathan, 1994, p. 234.

³⁸J.-P. CHAZAL, *loc. cit.*

³⁹P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, L.G.D.J., 1964, p. 184 ; du même auteur, « Réflexions critiques autour de la conception kelsénienne de l'ordre juridique », *RDP*, 1978, n° 1, p. 6 ; du même auteur, « Kelsen et les contradictions du positivisme juridique », *Arch. phil. Droit*, 1983, p. 280.

⁴⁰M. TROPER, « Entre science et dogmatique, la voie de la neutralité », in P. Amselek (dir.), *Théorie du droit et science, op. cit.*, p. 310.

⁴¹S. GOYARD-FABRE, « De l'idée de norme à la science des normes : Kant et Kelsen », in P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science, op. cit.*, p. 223. Pour E. Kant, la connaissance n'accède qu'aux objets sensibles. Sur ce point, Kelsen semble rompre avec la philosophie kantienne en prétendant élaborer une science des normes dont l'ambition est de connaître son objet, c'est-à-dire les normes.

⁴²H. KELSEN, *loc. cit.*

⁴³M. TROPER, « Entre science et dogmatique, la voie de la neutralité », *op. cit.*, p. 314 ; A. ROSS, *On Law and Justice*, Stevens & Sons, 1958 ; du même auteur, *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, 1968. Voir aussi la distinction entre énoncé législatif et norme, celle-ci désignant le sens attribué par un interprète à un énoncé législatif, R. GUASTINI, « Interprétation et description des normes », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995, p. 94.

⁴⁴J.-P. CHAZAL, *loc. cit.*, p. 221-222. Pourtant si on se tourne vers le réalisme scandinave, les normes ressortissent au domaine du fait et considèrent la science juridique comme purement empirique. Par conséquent, elles épurent les incohérences de la théorie du droit de Kelsen

même, pour Norberto Bobbio, la neutralité descriptive de la science du droit n'est pas acquise ; il faut construire une réflexion critique sur la science du droit, c'est-à-dire se placer au niveau de la méta-science du droit⁴⁵. Car en affirmant que la science du droit est neutre et descriptive, nous affirmons en réalité non pas ce qui est, mais ce que la science du droit doit être selon un modèle de référence⁴⁶.

B) Le savoir juridique pris au piège du positivisme

Le débat portant sur la science du droit neutre et descriptive se trouve ravivé par la controverse entre Michel Troper et Danièle Lochak relative à la doctrine juridique sous le régime de Vichy. Le cœur de la controverse se positionne autour d'un postulat opposé consistant soit à reconnaître que la matière juridique est par essence axiologique⁴⁷ soit d'imposer la neutralité axiologique du droit compatible avec le monde du droit tel qu'il existe. Une posture tranchée s'avère fondamentale afin de préciser que par contraste avec les sciences naturelles et sociales, l'objet d'étude du droit n'est pas la réalité naturelle ou sociale, mais le droit lui-même. Ainsi, il n'existe pas de réalité juridique objective par rapport à laquelle la connaissance juridique peut être vérifiée⁴⁸. Ceci dit, la vérité du discours juridique procède de la place depuis laquelle elle est énoncée.

L'intérêt de la théorie du droit se trouve dans la recherche d'une possible réalité du droit tandis que la philosophie recherche une impossible vérité du droit, en particulier la vérité de ses fins⁴⁹. La théorie du droit contribue pourtant à recueillir une « *masse de connaissances rendues plus ou moins disponibles par leur enregistrement dans le savoir juridique* »⁵⁰. Christian Atias précise que ce savoir juridique est en France considéré comme un savoir « scientifique » réservé à la seule connaissance universitaire⁵¹. De manière similaire, comme le notent Jacques Lenoble et François Ost, « *dans le cycle de production de la vérité juridique, c'est la loi qui fournit la matière première qui sera ensuite "mâchée" par l'Université avant d'être "digérée" par le juge* »⁵².

Néanmoins, commenter la loi sur un ton neutre indépendamment de son contenu moral comme conséquence d'un travail de systématisation risque de confondre et de perturber les limites entre science du droit, savoir juridique, description et prescription. L'exemple le plus frappant qui a fait l'objet d'ailleurs du débat entre Michel Troper et Danièle Lochak fut celui des lois raciales et de leur légitimation sous le régime de Vichy. La doctrine ayant systématisé et codifié la législation antisémite a été critiquée pour avoir transformé la logique antisémite en logique juridique⁵³. À cet égard, Michel Troper critique la doctrine juridique sous Vichy

en partant du principe qu'il est impossible de décrire un *sollen*, en ravalant le droit au rang du *sein*. Seul le fait est susceptible de connaissance, les valeurs ne peuvent pas être connues. Voir à ce sujet les travaux d'Axel Hagerstrom, de Karl Olivecrona et d'Alf Ross.

⁴⁵N. BOBBIO, *op. cit.*, p. 185.

⁴⁶J.-P. CHAZAL, *loc. cit.*, p. 223.

⁴⁷Voir P. DUBOUCHET, *Trois essais pour une théorie générale du droit*, L'Hermès, 1998, p. 27 ; W. SABETE, « La théorie du droit et le problème de la scientificité », *Arch. phil. Droit*, 1999, n° 43, p. 303.

⁴⁸Voir K. POPPER, *The logic of scientific discovery*, 2^e éd., Routledge, 2002.

⁴⁹G. Gurvitch écrit que la philosophie est l'étude des valeurs et des idées au point de vue de leur véracité. Or, cette véracité est nécessairement subjective et idéologisée car qui aborde la question philosophique doit admettre *ab initio* l'impossibilité de parvenir à une quelconque vérité. Voir G. GURVITCH, *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Pedone, 1935, p. 84 ; du même auteur, « Droit naturel ou droit positif intuitif ? », *Arch. Phil. Droit.*, 1933, n° 3-4, p. 55-90.

⁵⁰C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, 2002, p. 119.

⁵¹*Ibidem*.

⁵²P. LEGENDRE, *L'amour du censeur : essai sur l'ordre dogmatique*, 2^e éd., Seuil, 2005, p. 114.

⁵³D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP, P.U.F., 1989, p. 255.

comme n'étant pas positiviste, alors que Danièle Lochak critique justement la posture positiviste de la doctrine sous Vichy et, plus spécifiquement, le passage de la doctrine de *lege lata* à la doctrine de *lege ferenda*. La question que l'on se pose est la suivante : quel est le savoir juridique, voire la vérité juridique de la législation sous Vichy ? Le travail de systématisation et d'interprétation effectué par la doctrine sur les lois raciales relève sans doute d'un savoir juridique et d'une codification de connaissances juridiques produite par le travail du juge, du législateur et de la doctrine. Cette dernière, ayant commenté les lois antisémites sur un ton neutre, a fait preuve d'une posture positiviste se cantonnant à décrire le droit en vigueur, c'est-à-dire le droit positif antisémite sans pour autant émettre des jugements de valeur sur le mode de production de ce droit.

Or, le vieux modèle de la science selon lequel la connaissance s'acquiert par la construction de conclusions logiques à partir de principes élémentaires donnant de la légitimité à la connaissance du droit⁵⁴ a perturbé la légitimité même du droit sous le régime de Vichy. Si le chemin vers la vraie connaissance passe par l'abstraction plutôt que par l'expérience, la croyance aveugle en la cohérence, la rationalité et la scientificité du droit relève de l'ordre de la doctrine qui transforme l'idéologie politique en vérité juridique. Pourtant, la systématisation de ce savoir juridique antisémite montre bien que le rôle de la doctrine ou des universitaires n'est pas seulement de connaître le droit, mais de le maîtriser⁵⁵. Jacques Lenoble et François Ost notent que les universitaires sont à la fois dépositaires d'un savoir et détenteurs d'un pouvoir, d'une autorité⁵⁶. Pourtant, tandis que l'autorité relève de la compétence scientifique de leur qualité de « savants », la possession du savoir juridique n'a pas sa source dans le droit positif.

Selon certaines critiques du positivisme, la doctrine juridique n'est pas neutre et donc pas scientifique parce qu'elle produit un certain nombre d'effets sociaux. Ainsi, elle n'est pas une vérité absolue, mais une vérité produite par le droit. L'exemple de la doctrine juridique sous Vichy dévoile la production des effets de banalisation du droit antisémite et de légitimation de sa politique. Michel Troper écrit que les juristes de la période Vichy ne sont pas des positivistes. Danièle Lochak, au contraire, critique ces juristes et leurs propositions de droit prétendument neutres et prétendument savantes en disant que le positivisme a été pris au piège. Le rôle du juriste-savant face à des lois non simplement critiquables, mais moralement inacceptables comme celles des lois raciales consiste non seulement à produire un savoir juridique par rapport à cette politique, mais aussi à maîtriser ce savoir juridique. À cet égard, Danièle Lochak rappelle que les effets néfastes de la neutralité du juriste sont la banalisation du droit et la légitimation d'une politique abjecte. Encore une fois capturé dans le même débat sur le positivisme, Michel Troper signale qu'il ne faut pas incriminer le positivisme, mais l'incapacité de la doctrine à s'en tenir aux stricts préceptes d'une science du droit positive. Or cette approche a été critiquée par Danièle Lochak qui souligne qu'au nom d'une certaine idée de l'ordre juridique en vigueur, la doctrine passe facilement d'un discours de *lege lata* à un discours de *lege ferenda*. Ce qui signifie que la doctrine « *a également bien du mal, en dépit de ses professions de foi positivistes, à se défaire d'un jusnaturalisme latent* ».

⁵⁴A. BERNARD et Y. POIRMEUR, « Doctrine civiliste et production normative », in Y. POIRMEUR et A. BERNARD (dir.), *La doctrine juridique*, P.U.F., 1993, p. 131.

⁵⁵J. LENOBLE et F. OST, *Droit, mythe et raison : essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980, p. 247.

⁵⁶*Ibidem*.

Plus particulièrement, Danièle Lochak invente un concept négatif de la neutralité marqué par l'absence ou la lacune. Dans le régime de Vichy, la « légitimation » d'une politique abjecte a eu lieu à travers les écrits juridiques apparus comme légitimes aux yeux de leurs lecteurs. En d'autres termes, même si les auteurs de ces écrits juridiques n'expriment pas de jugement de valeur, leurs textes produisent des effets pratiques sur leurs lecteurs, de sorte qu'ils peuvent penser que la législation décrite et produite par des juristes professionnels n'est pas un simple rapport de forces passager, mais qu'elle est « le droit » et donc un savoir juridique. Selon Philippe Jestaz et Christophe Jamin, la fonction de légitimation est un phénomène général qui se constate bien au-delà des périodes exceptionnelles, puisque « *la doctrine ne peut commenter une loi sans lui donner au moins une apparence de quitus moral et politique* »⁵⁷. À partir du moment où la doctrine accepte de commenter une loi, elle traite la loi comme un texte de droit positif, quitte à faire une réflexion sur la moralité de la loi ou la politique abjecte qu'elle entérine. De ce point de vue, la loi est déjà – presque paradoxalement – vêtue d'une légitimation d'ordre politique et produit sa propre vérité légitime ; les auteurs insistent sur le fait que le traitement doctrinal dépolitise la loi et la rend partie intégrante du système juridique d'ensemble.

Pour ce qui est du positivisme et de sa critique par Danièle Lochak, Michel Troper répond à celle-ci, non en prétendant que la seule attitude juste de l'homme dans le monde est de donner une description scientifique ni en interdisant de porter des jugements moraux sur le droit positif ; il se cantonne à expliquer que de tels jugements ne peuvent être portés au nom de la science, y compris caractériser un discours comme scientifique. Le positivisme dans le cadre d'une théorie générale du droit assigne à la science du droit la seule description du droit positif. Le « positivisme juridique » se réfère à une approche du droit fondée sur une thèse épistémologique de type positiviste. Cette approche postule que la connaissance en droit ne peut être vraie que si elle se fonde sur des faits (physiques ou psychologiques) qui existent objectivement dans la réalité extérieure, de sorte que l'on peut, en principe, les observer, les décrire ou les expliquer tels qu'ils sont, sans faire intervenir nos préjugés, nos valeurs ou notre vision du monde, métaphysique ou théologique. Le positivisme qui décrit l'ensemble des règles voulues par une autorité humaine n'affirmerait jamais que ces valeurs sont uniques ou incontestables selon Michel Troper. Néanmoins, Danièle Lochak répond que très facilement, les juristes peuvent passer à côté de cette distinction entre science du droit et dogmatique juridique, en tentant de passer subrepticement de la science du droit à la doctrine.

Selon Danièle Lochak, « [pour] *le juriste universitaire [qui] est soumis dans l'exercice de son métier à des contraintes spécifiques liées au positivisme formellement dominant dans les facultés de droit, qui lui imposent de décrire, commenter et interpréter le droit en vigueur sans faire prévaloir ses propres opinions philosophiques ou politiques. De sorte que, la plupart du temps, les partis pris idéologiques sont moins apparents : les juristes ne taisent pas leurs opinions, mais ils les camouflent sous une argumentation formellement juridique* ». L'auteure donne l'exemple du débat Perruche qui a divisé les juristes français en deux camps se réclamant tous deux de la science du droit. L'auteure note que, malgré la conceptualisation juridique de notions techniques, le camouflage des considérations philosophiques sous-jacentes était incontestable. De ce point de vue, les universitaires ayant accusé la Cour de cassation d'avoir violé le droit « *visaient en réalité sous ce dernier vocable non pas le droit positif [...], mais un "droit naturel" ou "idéal"* ». Ainsi, le positivisme a été pris au piège sous le

⁵⁷P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, op. cit., p. 250.

régime de Vichy, car il n'est pas possible de concevoir un discours neutre à propos d'un objet qui ne l'est pas. Cette difficulté est inhérente à l'interprétation du droit, puisque les jugements de valeur peuvent être cachés ; de même, un texte pourrait être interprété comme comportant ou ne comportant pas de jugements de valeur. Par ailleurs, si nous devons évincer tout ce qui contredit une théorie pure du droit afin de préserver son caractère pur, le sacrifice de toute notion insusceptible d'examen cognitif finirait par donner à la science du droit une signification procédurale et technique⁵⁸ et aboutirait parfois à des impasses comme l'exemple des juristes sous le régime Vichy.

⁵⁸W. SABETE, *op. cit.*, p. 303-326.

Fake news, l'action des Surligneurs

Vincent COURONNE

Co-fondateur et directeur des Surligneurs

Chercheur associé au centre de recherches VIP, Université Paris-Saclay

Avant toute chose, il faut préciser qu'il y a beaucoup d'incertitudes sur les caractères de la démarche des *Surligneurs*¹. Cette présentation est donc nécessairement inaboutie et est le fruit d'une expérience menée depuis cinq ans. Les incertitudes sont de deux ordres. Tout d'abord, nous doutons encore de l'approche que Les Surligneurs retiennent de la vérité en droit. Par ailleurs, nous doutons sur la forme qu'a pris le « *legal-checking* » tel que nous l'avons développé à partir de janvier 2017. Ces doutes se reflètent dans la pratique qui évolue au fil des articles publiés et des discussions avec des chercheurs de toutes disciplines – droit, science politique et sociologie, philosophie de la connaissance, informatique (et j'aimerais plus discuter aussi avec des linguistes). La pratique évolue aussi au fil de la confrontation avec nos lecteurs et bien sûr avec les personnalités politiques que nous visons, que nous « surlignons », comme nous le disons dans notre jargon.

Parler de la lutte contre la désinformation en droit nécessite tout d'abord quelques définitions. Ce qu'on appelle dans le langage commun les *fake news* – fausses informations – recouvrent en réalité plusieurs situations diverses, conceptualisées en 2017 par Claire Wardle et Hossein Derakhshan dans *Les désordres de l'information*², une conceptualisation qui est largement reprise aujourd'hui par les spécialistes du sujet. Les auteurs distinguent trois désordres de l'information :

- La mésinformation, qui est une information fausse mais dont la diffusion n'est pas destinée à nuire ;
- La désinformation, qui est une information fausse délibérément diffusée pour nuire ;
- L'information malveillante, qui est une information authentique diffusée dans le but de nuire, souvent en rendant publique des informations destinées à rester privées.

On parle aussi de pollution informationnelle³, une pollution contre laquelle *Les Surligneurs* tentent de lutter. Nés en janvier 2017 du constat que la diffusion massive et à l'influence de plus en plus grande de la désinformation pouvait porter atteinte à l'État de droit, *Les Surligneurs* ont aussi voulu combler un angle mort de la vérification des faits effectuée par les principaux médias⁴ : jusqu'au début de l'année 2017, aucun des médias pratiquant la vérification des faits ne proposait de vérification en droit du discours politique. En pleine campagne présidentielle américaine où les partisans de Donald Trump multipliaient les

¹<https://lessurligneurs.eu>

²C. Wardle et H. Derakhshan, *Les désordres de l'information. Vers un cadre interdisciplinaire pour la recherche et l'élaboration des politiques*, Rapport du Conseil de l'Europe, DGI, n°9, 2017, disponible à l'adresse <https://rm.coe.int/rapport-les-desordres-de-l-information-1680935bd4> (consulté le 12 janvier 2022).

³Voir par exemple M. Bassoni, « Les sociétés contemporaines au défi des "fake news" : vers le chaos ou la résilience ? », *Les Jeudis du CNRS*, Marseille, 9 janvier 2020, pp. 1 et 5 ; C. Wardle et H. Derakhshan, *op. cit.*, pp. 11, 58, 73, 97, 98.

⁴Dans son ouvrage *Fact-checking vs Fake news : vérifier pour mieux informer*, INA, 2019, 168 p., le chercheur en sciences de l'information Laurent Bigot recense plusieurs médias qui pratiquent le fact-checking, parmi lesquels, sans être exhaustif, Le Monde (« Les Décodeurs »), Libération (« Check News »), AFP (« Factuel »), France 24 (« Les observateurs »), ou encore France info (« Vrai ou Fake ») et, plus récemment, LCI (« Les Vérificateurs »). Il faut y ajouter des médias spécialisés dont la vérification des faits est la ligne éditoriale principale, comme par exemple Hoaxbuster.

contre-vérités, et après le vote britannique en faveur du Brexit après une campagne où les deux camps ont aussi utilisé la désinformation pour convaincre, un déclencheur a fait germer l'idée de créer un média de *legal-checking*, de vérification en droit du discours politique. Lors d'une intervention en date du 3 juillet 2016, Manuel Valls, alors Premier ministre, avait proposé, pour montrer son opposition à certaines dispositions de la directive du Parlement européen et du Conseil sur le travail détaché, de ne plus appliquer cette directive⁵. Or tout juriste sait que le propos n'a pas de sens et que la promesse risque de ne pouvoir trouver aucune efficacité : une fois une loi adoptée pour abroger celle qui, en 2014, a transposé cette directive⁶, les dispositions de la directive pourraient toujours être invoquées par les justiciables devant le juge, qui pourrait engager la responsabilité de l'État pour violation du droit de l'Union et le condamner à payer des dommages et intérêts. La Commission européenne ne manquerait pas non plus d'initier un recours en manquement avec les conséquences financières prévues à l'article 260 TFUE⁷.

Pour lutter contre ces propos juridiquement contestables, il fallait pouvoir disposer d'un outil accessible à tous et qui puisse emporter la conviction des lecteurs. Le site internet Les Surligneurs ont l'ambition de répondre à ces critères, grâce à des textes courts et rédigés dans un langage le plus accessible possible sans sacrifier à la rigueur juridique. Grâce aussi à la mise en avant du caractère universitaire de la démarche, à la fois sur la page d'accueil mais aussi dans la signature, qui comporte systématiquement la fonction des auteurs, et dans la méthode, décrite sur le site, qui consiste à faire relire chaque publication par plusieurs chercheurs pour dégager un consensus. Ainsi, c'est un peu de la méthode scientifique qui est mise à la portée du lecteur non-juriste. Il a fallu, cependant, sortir de l'université pour créer le site internet, et afin de pouvoir bénéficier de l'expertise du design, notamment du design juridique, ou « *legal design* »⁸. Tout cela s'est fait, dès le départ, avec le soutien du centre de recherches Versailles Institutions Publiques de l'Université Paris-Saclay et du professeur Jean-Paul Markus, devenu rapidement le directeur de la rédaction du média.

Aujourd'hui, *Les Surligneurs* réunit une quarantaine d'enseignants-chercheurs en droit et d'avocats ainsi que plus de 150 mastérants en droit, parfois grâce à des partenariats avec des universités. Tous ces bénévoles ont rédigé depuis 2017 plus de 800 articles publiés sur le site <https://www.lessurligneurs.eu/> Et la question qui se pose est de savoir ce que cette pratique dit de la définition du droit et de la place du chercheur dans la société. Les développements qui suivent n'ont pas de prétention théorique mais décrivent seulement une pratique qui amène à réfléchir sur ces questions. Car lutter contre la désinformation juridique nécessite avant tout, cela paraît une évidence, de définir ce qu'est la désinformation juridique (I), une pratique qui oblige à s'interroger sur le rôle du chercheur lorsqu'il s'adresse au grand public, sur la place du chercheur en droit (II).

⁵Directive 2014/65 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) no 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur («règlement IMI»), JOUE L 173/349, 12 juin 2014.

⁶Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, JORF n°0159, 11 juillet 2014.

⁷Vincent Couronne, « Manuel Valls sur les travailleurs détachés : "il faudra dire que la France n'applique plus cette directive" », *Les Surligneurs*, 3 janvier 2017, disponible à <https://lessurligneurs.eu/manuel-valls-sur-les-travailleurs-detaches-il-faudra-dire-que-la-france-napplique-plus-cette-directive/> (consulté le 17 janvier 2022).

⁸Ainsi, le designer Joachim Savin est co-fondateur des Surligneurs. Il y aurait tant à dire sur la nécessité de démarrer un projet innovant avec l'aide d'un designer, mais ce n'est pas, il nous semble, l'objet de cette contribution.

I) La lutte contre la désinformation juridique

Lutter contre la désinformation dans le domaine du droit nécessite d'abord de tenter de s'entendre sur ce qu'il s'agit d'appeler la vérité juridique (A). Cette première étape méthodologique permet, une fois franchie, d'expliquer en quoi consiste la vérification en droit du discours politique (B), que nous appelons *legal-checking*, terme choisi en anglais pour faire écho à la pratique de *fact-checking*.

A) La nécessité d'une vérité juridique

Postuler l'existence d'une vérité juridique reviendrait à dire qu'il y a un droit incontestable, une interprétation de la règle qui va au-delà du seul consensus, voire au-delà du « consensus par recoupement » cher à John Rawls, c'est-à-dire un consensus durable et profond au sein d'une société⁹.

Si on se place du point de vue de la science juridique, alors il faut admettre qu'il y a des vérités scientifiques, à distinguer de la recherche ou de la dogmatique, qui admet des doutes, des divergences, des *disputatio* doctrinales. De la même manière, il faut pouvoir distinguer entre une vérité scientifique – la terre est ronde – et recherche scientifique – les débats sur les vaccins montrent les confusions qu'il peut y avoir entre vérité scientifique et doute de la recherche scientifique. Or confondre les deux reviendrait à dire qu'il faudrait douter de la science. Pour éviter cette confusion, il faut distinguer le droit considéré comme vrai de la doctrine juridique.

Dans un État de droit, le droit considéré comme vrai ne peut être, à notre avis – mais voilà un point sur lequel nous nous permettons encore parfois de douter – que positiviste, car il est le seul à fournir des énoncés juridiques donnant lieu à interprétation¹⁰. C'est aussi le positivisme qui peut permettre d'accéder à des vérités juridiques qui se rapprochent le plus de l'objectivité. Sur ce point, nous renvoyons à la présentation de Roïla Mavrouli¹¹.

Or déterminer des vérités juridiques objectives est ce qu'il y a de plus essentiel pour le travail des *Surligneurs*. D'abord parce que c'est une nécessité en démocratie : pour reprendre Jacques Bouveresse, là où il n'y a pas de vérité objective il n'y a pas de liberté réelle – une position que ne renierait pas George Orwell dans *1984* –, car là où la vérité est subjective, elle est l'apanage des puissants et devient donc contingente. Une société dans laquelle la vérité est contingente ne peut être une société libre, puisque l'appréciation des faits auxquels on applique la loi ne dépend pas des faits eux-mêmes mais de l'interprétation que le pouvoir en donnera. C'est ce qu'on peut retenir notamment du cours que la philosophe de la connaissance Claudine Tiercelin a donné en 2017 au Collège de France, intitulé *Connaissance, vérité et démocratie*¹².

C'est à partir de ces constatations objectives que ce qui relève de la pollution informationnelle peut être identifié et qu'une entreprise de *legal-checking* peut être entreprise.

B) En quoi consiste le *legal-checking* ?

Le *legal-checking* consiste en la vérification de l'adéquation entre le discours public et la norme juridique. Il s'agit de comparer deux paramètres : un propos et une norme. Il convient

⁹J. Rawls, *Justice et Démocratie*, Seuil, 2000, pp. 133-172.

¹⁰M. Paksy, « Normativisme Kelsénien et défi néoréaliste : comparaison et mise en perspective philosophique des théories de l'interprétation », *Droits*, 2017, n° 65, pp. 215-233.

¹¹R. Mavrouli, « De la connaissance scientifique à la vérité juridique : la confusion des discours », *Risques, études et observations 2022-1* (ce numéro), v. *supra*.

¹²C. Tiercelin, « La démocratie ou l'espace des raisons », *Connaissance, vérité et démocratie*, Collège de France, 1er mars 2017

ensuite de mesurer l'écart entre les deux. Cela permet alors de déterminer les propos qui peuvent faire l'objet d'une publication, un « surlignage », en gardant à l'esprit que ces règles ont évolué, puisqu'elles sont le fruit d'une discussion permanente avec le directeur de la rédaction Jean-Paul Markus, mais aussi avec des chercheurs et les lecteurs. Voici les quelques grandes catégories de propos qui peuvent être saisies par le *legal-checking*.

Il y a tout d'abord ce qui est juridiquement faux. On peut illustrer cette catégorie avec le débat qu'il y a eu autour de la présence d'une candidate portant un niqab sur une affiche de campagne pour les élections régionales à Montpellier en mai 2021. Le délégué général du parti La République en Marche, Stanislas Guérini, avait alors menacé d'écarter la candidate. La députée Naïma Moutchou, membre du groupe La République en Marche, avait alors répondu qu'écarter cette candidate au motif qu'elle portait un voile serait une discrimination. Or comme l'expliquent Pascal Caillaud, chargé de recherches au CNRS en droit social au centre Droit et changement social, ainsi que le professeur Jean-Paul Markus, ni le droit du travail sur l'interdiction des discriminations, ni le droit électoral imposant la neutralité religieuse aux administrations organisatrices de l'élection, ne s'appliquent aux candidats à une élection¹³. Le propos de la députée est ici juridiquement faux. On dit bien juridiquement, car il peut être considéré comme juste d'un point de vue philosophique.

Il y a ensuite les propos « à nuancer ». Par exemple, dans le contexte de la crise sanitaire due à l'épidémie de Covid-19, l'ancienne ministre Cécile Duflot avait déclaré que les vaccins devaient être un bien commun et qu'il fallait donc exclure toute indemnisation en cas d'ouverture des brevets. Or comme l'explique le juriste Karim Tadriss, en droit français, l'indemnisation est obligatoire, et en droit international, il faudrait suspendre les Accords sur les aspects des droits de propriété intellectuelle. De plus, on ne sait pas trop ce qu'en dirait le Conseil constitutionnel au regard du droit de propriété. Pour ces raisons, nous ne pouvons pas affirmer que le propos de Cécile Duflot est juridiquement faux, mais nous pouvons affirmer en revanche que la mise en œuvre de sa proposition allait devoir franchir quelques obstacles, dont certaines pourraient la remettre en cause¹⁴.

Il y a encore des propositions juridiquement inutiles, comme ce qu'avait suggéré François Bayrou au cœur de l'affaire Sarah Halimi, dans laquelle l'auteur du meurtre à caractère antisémite avait été déclaré pénalement irresponsable par la justice. L'ancien ministre de la Justice et président du Mouvement démocrate avait alors réclamé qu'une personne ne puisse être déclarée irresponsable sans qu'il y ait un débat contradictoire ou un procès. Dans leur article, l'avocate Léa Blouet et la professeure de droit Audrey Darsonville expliquent que depuis la loi du 25 février 2008, la possibilité d'une audience publique et d'un débat contradictoire devant la chambre de l'instruction devant la cour d'appel a été introduite. Cette possibilité avait d'ailleurs été utilisée dans l'affaire Sarah Halimi¹⁵.

¹³P. Caillaud et J.-P. Markus, « Naïma Moutchou (députée LREM) : écarter une candidate au motif qu'elle est voilée "serait une discrimination" », *Les Surligneurs*, 12 mai 2021, disponible à <https://lessurligneurs.eu/naima-moutchou-deputee-lrem-ecarter-une-candidate-au-motif-quelle-est-voilee-serait-une-discrimination/> (consulté le 17 janvier 2022).

¹⁴K. Tadriss, « Pour Cécile Duflot, les brevets sur les vaccins sont "un bien commun qui doit appartenir à l'ensemble de la planète", ce qui exclut toute indemnisation des laboratoires », *Les Surligneurs*, 12 mai 2021, disponible à <https://lessurligneurs.eu/pour-cecile-duflot-les-brevets-sur-les-vaccins-sont-un-bien-commun-qui-doit-appartenir-a-l-ensemble-de-la-planete-ce-qui-exclut-toute-indemnisation-des-laboratoires/> (consulté le 17 janvier 2022).

¹⁵L. Blouet et A. Darsonville, « François Bayrou : une "personne ayant commis des actes de barbarie ne doit pas pouvoir être déclarée irresponsable sans procès ni débat contradictoire" », *Les Surligneurs*, 4 mai 2021, disponible à <https://lessurligneurs.eu/francois-bayrou-une-personne-ayant-commis-des-actes-de-barbarie-ne-doit-pas-pouvoir-etre-declaree-irresponsable-sans-proces-ni-debat-contradictoire/> (consulté le 17 janvier 2022).

Enfin, une catégorie très largement utilisée englobe les propos ou promesses considérés comme juridiquement problématiques. C'est l'exemple du président de la région Hauts-de-France, Xavier Bertrand, qui proposait une peine de 50 ans pour tous les détenus condamnés pour terrorisme. L'analyse de la professeure Audrey Darsonville est la suivante : s'il veut une peine automatique, ce n'est pas possible ; s'il veut une peine plancher, c'est possible mais dans les limites posées par le Conseil constitutionnel. Il faut aussi rappeler qu'il existe une peine de perpétuité en matière de terrorisme¹⁶. En clair, la proposition de Xavier Bertrand est politiquement séduisante pour son électorat, mais juridiquement, il y a beaucoup à dire.

Catégoriser ainsi les propos tenus par les responsables politiques induit nécessairement une réflexion sur la place du juriste, et plus spécifiquement du chercheur en droit, dans la société.

II) Une réflexion sur la place du chercheur en droit

Les Surligneurs, dès leur création, ont été pensés comme un projet universitaire, une démarche fondamentale pour pouvoir atteindre les objectifs fixés (A), mais cette pratique n'est pas sans danger, le public pouvant la considérer comme démontrant la rigidité du droit. L'écueil du discours contre le droit doit ainsi être évité (B).

A) Une démarche universitaire

La démarche des *Surligneurs* est avant tout une démarche universitaire. Nés au sein du centre de recherches Versailles Institutions Publiques, *Les Surligneurs* réunissent une quarantaine de chercheurs en droit mais aussi quelques avocats. L'investissement des chercheurs en droit est nécessaire, parce qu'il faut disposer d'un recul théorique sur notre propre pratique, afin de la faire évoluer. De la même manière, le chercheur en droit est selon nous le mieux à même de réfléchir à la place du juriste dans l'espace public et de comprendre l'impact de son positionnement sur les lecteurs et la société.

Le projet est aussi motivé par le souci d'améliorer la place des chercheurs de l'université dans le débat public. Ce n'est pas ici une réaction corporatiste, l'auteur de ces lignes n'étant pas lui-même titulaire de l'enseignement supérieur, et n'ayant pas vocation à l'être.

Il nous semble néanmoins – et cette réflexion doit être poussée plus loin – que notre État de droit a grandement à gagner à un investissement plus important des chercheurs en droit dans le débat public. C'est aussi la position de chercheurs au sein du Séminaire interdisciplinaire d'études juridique de l'Université Saint-Louis de Bruxelles, qui lancent fin 2021 *Les Surligneurs* en Belgique.

La démarche est aussi universitaire par l'implication des étudiants en droit, pour la plupart au stade du Master. La pratique des *Surligneurs* a en effet très rapidement évolué vers une association des étudiants en droit. Un peu partout en France des « modules » *Les Surligneurs* permettent à des étudiants en Master de rédiger des articles qu'ils signent de leur nom aux côtés d'un chercheur. Cette démarche pédagogique peut s'apparenter à une forme de clinique juridique, dont la mission serait l'analyse juridique du discours politique.

¹⁶R. Tribqueneaux et A. Darsonville, « Xavier Bertrand propose "une peine de 50 ans pour tous les détenus condamnés pour terrorisme" », *Les Surligneurs*, 5 mai 2021, disponible à <https://lessurligneurs.eu/xavier-bertrand-propose-une-peine-de-50-ans-pour-tous-les-detenus-condamnes-pour-terrorisme/> (consulté le 17 janvier 2022).

C'est une pratique que nous avons souhaitée dès le départ, car il nous semble que pour faire prendre conscience du rôle du juriste dans la société, il faut former les étudiants à cette analyse juridique du discours politique, en leur apprenant à repérer des contenus juridiques, ou encore à identifier les éventuels biais qu'ils auraient dans leur analyse. En leur apprenant à écrire sur le lien entre droit et politique, les étudiants apprennent sur leur rôle dans la société en tant que futurs praticiens ou chercheurs.

B) L'écueil : le discours contre le droit

Aux *Surligneurs*, nous considérons que le droit est un rempart contre l'arbitraire. Le projet a d'ailleurs émergé à un moment où on voyait de plus en plus des contestations de l'État de droit, venant sans doute plus des mouvements populistes, mais des contestations qui imprègnent de plus en plus l'ensemble de la classe politique. Pour jouer ce rôle de rempart contre l'arbitraire, le droit doit être une contrainte pour les gouvernants.

Et comme l'écrit François Brunet dans la revue *Pouvoirs*, cette contrainte du droit n'est possible que si le droit jouit d'une considération suffisante : « *encore faut-il que les gouvernants eux-mêmes n'entretiennent pas une défiance envers le droit, perçu comme une entrave, un empêchement de tourner en rond* »¹⁷.

La difficulté est donc, pour un propos éloigné de la vérité juridique, de fournir une explication de ce que dit véritablement le droit, tout en sachant que cette mise au point sera perçue comme une entrave par le politique, et qu'elle pourrait alimenter la défiance à l'égard du droit, un effet totalement opposé à l'intention de départ.

Donnons un exemple. Michel Barnier avait déclaré le 9 mai 2021 sur la radio RTL qu'il faut « stopper les regroupements familiaux ». Quelle est le degré de vérité juridique de cette promesse politique ? Le regroupement familial est un droit constitutionnellement garanti depuis la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993, loi relative à la maîtrise de l'immigration, tiré de l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946¹⁸. Le droit au regroupement familial est aussi prévu par la directive du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial¹⁹. Il faut ajouter à cela l'article 8 Convention européenne des droits de l'homme protégeant le droit à une vie familiale normale et qui inclut le droit au regroupement familial.

Juridiquement, si on voulait suspendre en France le regroupement familial, il faudrait donc réviser l'ensemble de ces textes. Pour la Convention européenne des droits de l'homme, il faudrait plutôt la dénoncer. La tâche serait extrêmement difficile, si bien que nous avons écrit que c'était pratiquement impossible de suspendre le regroupement familial. Le député *Les Républicains* Julien Aubert nous a alors reproché d'empêcher le politique d'agir, en déclarant notamment : « *La suffisance des juristes m'étonnera toujours. Leurs prédécesseurs devaient aussi estimer qu'abolir la monarchie était impossible puisque Dieu avait choisi le roi !* »²⁰. Ce qui est assez intéressant dans cette remarque, c'est qu'on nous compare à des jusnaturalistes, alors que nous sommes parfaitement positivistes, à tendance normativiste. Quoi qu'il en soit,

¹⁷F. Brunet, « La contrainte du droit », *Pouvoirs*, n°2, 2021.

¹⁸Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*.

¹⁹Directive n° 2003/86 du Parlement européen et du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, *JOUE* L 251/12, 3 octobre 2003.

²⁰Compte Twitter @JulienAubert84, 17 mai 2021.

certaines de nos articles suscitent des réactions comparables, certains appelant par exemple à contourner le droit en passant par le référendum au prétexte que c'est le peuple qui décide.

Il nous arrive assez régulièrement d'être effectivement des empêcheurs de tourner en rond. Notre inquiétude est donc que *Les Surligneurs*, en voulant expliquer le droit, servent à leur insu les intérêts de ceux qui voudraient s'affranchir du droit. Nous précisons donc, à chaque fois que nous le pouvons, les conséquences juridiques des propositions politiques. Quitter ou violer la Convention européenne des droits de l'homme pour stopper le regroupement familial en vaut-il la peine ? Ce travail de réalisme juridique, nous le faisons encore trop peu. Mais il se pourrait qu'on le fasse de façon plus approfondie à l'avenir afin de pallier l'écueil du discours contre le droit.

2. Anticipation et résilience

Une évolution du droit de l'urbanisme au gré des catastrophes !

Vincent DOEBELIN

Doctorant et ATER en droit public à l'Université de Haute-Alsace. Centre Européen de recherche sur le Risque, le Droit des Accidents Collectifs et des Catastrophes (CERDACC – UR 3992)

Le Président du Conseil Edgar Faure expliquait, à l'occasion d'un débat législatif devant l'Assemblée nationale : « *Si les lois de circonstance étaient contraires à la Constitution, le législateur ne serait certainement pas très occupé. En revanche, le Conseil constitutionnel serait débordé (...)* À peu près toutes les lois sont de circonstance »¹. D'aucuns critiquent légitimement l'émotion dans laquelle certains textes de lois sont adoptés, mais il y a dans cette affirmation gouvernementale bien des vérités. S'il peut, en effet, exister un danger à faire évoluer la législation en fonction des événements et de l'émotion croissante qu'ils suscitent², cette évolution peut aussi – dans certaines situations – s'avérer intéressante et nécessaire. Nos dirigeants se montrent ainsi particulièrement sensibles et réceptifs aux « catastrophes », qu'elles soient le résultat de faits naturels, parfois criminels ou encore technologiques. Leurs conséquences humaines et matérielles souvent dévastatrices ne manquent pas d'engendrer une certaine émotion collective. En 1938, le Président du Conseil Édouard Daladier assista ainsi avec effroi à l'incendie des Nouvelles-Galeries de Marseille³. À plusieurs reprises, le Général de Gaulle témoigna, quant à lui, de la rupture marquante du barrage de Malpasset au début de sa présidence en 1959⁴. Au-delà même de nos frontières, l'action – dans un premier temps très retenue – de la reine d'Angleterre Élisabeth II face au dramatique bilan de la catastrophe d'Aberfan aux Pays de Galles⁵, fera considérablement évoluer la place du monarque face à des événements aussi tragiques.

Les événements graves entraînent une modification assez large de la réglementation en matière de prévention des risques, d'organisation des secours et de la réponse publique, de normes de construction etc. Les exemples nationaux précédemment cités sont particulièrement parlants. L'incendie des Nouvelles-Galeries coïncidera avec l'apparition des premières réglementations sur la sécurité et les secours au sein des établissements recevant du public (ERP)⁶. Il faut aussi relever la possibilité du mariage posthume apparue pour

¹ *JO Débat AN*, 11 juin 1980, p. 1757.

² C'est surtout le cas pour ce qui est du droit pénal. On peut évoquer, par exemple, des sujets sensibles tels que la récente affaire Sarah Halimi ou le contexte des attentats terroristes. Sur l'affaire Halimi, certains auteurs ou politiques demandent une évolution de la législation : N. Molfessis, « Affaire Sarah Halimi : l'évidence du droit ne fait pas la justice des hommes », *Le Monde*, 3 mai 2021.

³ P. Dalmaç, *Enfer sur la Canebière*, Marseille, Éd. Jeanne Laffitte, 2000.

⁴ Sur le sujet : P. Neyron, *Le drame de Malpasset*, Éd. du Scorpion, 1961 ; Sur le témoignage du Général, v. : G.-M. Benamou, *Le Général a disparu*, Grasset, 2019, p. 15.

⁵ En octobre 1966, le glissement d'un pan entier d'un terril de la mine d'Aberfan provoque la destruction de plusieurs maisons et de l'école de la ville avec plus d'une centaine d'enfants tués. Sur le sujet : G. Madgwick, *Aberfan : A Story of Survival, Love and Community in One of Britain's Worst Disasters*, Ed. Lolfa, 2019 ; M. Galy-Ramounot, « La catastrophe d'Aberfan, le plus grand regret du règne d'Elizabeth II », *Madame Figaro*, 17 novembre 2019.

⁶ Décret-loi du 12 novembre 1938 sur les mesures de protection contre l'incendie et l'organisation et l'inspection des corps des sapeurs-pompiers (*JORF* du 15 novembre 1938, p. 12971) ; Décret du 7 février 1941 relatif à la protection contre l'incendie des bâtiments ou locaux recevant du public : théâtres et établissements de spectacles et d'audition, grands magasins et autres établissements ouverts au public, installations électriques et mesures d'exécution et de police (*JOEF* du 24 mars 1941, p. 107 a). Des textes qui ont encore largement évolués et une réglementation aujourd'hui codifiée notamment au sein du Code de la construction et de l'habitation (CCH).

résoudre, avec humanisme, des situations particulièrement difficiles touchant les victimes de Malpasset⁷. Au-delà de ces quelques exemples marquants, le droit de l'urbanisme ne fait pas exception face aux catastrophes, même si son évolution demeure assez récente. La question de l'urbanisme apparaît aujourd'hui comme l'un des enjeux essentiels en matière de risques, les sinistres naturels et technologiques causant davantage de dégâts et de victimes dans les zones urbanisées. L'extension de l'urbanisation sur notre territoire, vaste sujet d'étude depuis plusieurs décennies et parfois même d'affrontements, le dérèglement climatique qui entraîne la multiplication des calamités, mais aussi le développement des industries, ont tous largement contribué à l'évolution du droit de l'urbanisme. D'une manière générale, dès la fin des années 1980, ces questions sont appréhendées notamment à travers l'instauration de servitudes d'utilité publique (SUP) qui visent à empêcher les constructions dans les zones à risques⁸. Mais cet outil ne peut suffire à lui seul et le législateur a dû prendre en compte la multiplication de catastrophes naturelles majeures en faisant évoluer le droit applicable (I). Le droit de l'urbanisme a également évolué face aux catastrophes liées à des activités humaines notamment industrielles (II) pour progresser et aller vers des règles toujours plus protectrices.

I) Une évolution du droit de l'urbanisme face aux catastrophes naturelles : une prise en compte renforcée par le dérèglement climatique.

Les préoccupations en matière environnementale, plus particulièrement sur le plan du dérèglement climatique, apparaissent comme un enjeu majeur depuis une trentaine d'années. L'évolution de nos politiques publiques et du droit de l'environnement en témoigne clairement⁹. L'appréhension scientifique de ce phénomène ne manque pas d'évoquer la multiplication des catastrophes naturelles ou des événements météorologiques extrêmes : inondations, sécheresses, cyclones, tempêtes etc... Un récent rapport de l'ONU évoque plus de 7 300 désastres naturels dans le monde, depuis le début du siècle, avec plus de 1,2 million de personnes tuées et des dégâts matériels coûteux¹⁰.

En France, le législateur s'est saisi de cette problématique à travers la loi « Barnier » du 2 février 1995¹¹ qui a mis en place un outil aujourd'hui essentiel aux politiques publiques de préventions des risques : les plans de prévention des risques naturels prévisibles (PPRNP). À l'occasion des débats parlementaires, Michel Barnier – alors ministre de l'Environnement – évoque d'ailleurs les raisons qui ont conduit à la création de ce nouvel outil de planification : « *Prévenir les risques naturels : c'est une des leçons que nous tirons de la vague d'inondations de l'automne 1993. (...) Nous répondons aussi à des situations qui, jusqu'à présent, n'étaient pas prises en compte, celles où des catastrophes naturelles majeures imminentes mettent en cause, dans certains endroits de France, la vie de nos compatriotes* »¹². L'évolution de la législation en la matière est donc bien le fait d'un certain nombre de catastrophes naturelles difficilement vécues par les populations sur notre territoire et auxquelles les pouvoirs publics ont été poussés à répondre concrètement. Comme le précise aujourd'hui le Code de

⁷ Loi n° 59-1583 du 31 décembre 1959 relative aux mesures d'aide immédiate prises par l'État à l'occasion de la rupture du barrage de Malpasset (JORF du 8 janvier 1960). Sur le sujet : I. Corpart, « Mariage post-mortem de la victime d'un attentat meurtrier », *JAC (en ligne)*, 30 juin 2017, www.jac.cerdacc.uha.fr

⁸ Loi n° 87-565 du 22 juillet 1987 relative à l'organisation de la sécurité civile, à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques majeurs (JORF du 23 juillet 1987).

⁹ Sur le sujet, v. notamment : V. Doebelin, « L'État d'urgence climatique : une simple déclaration d'intention municipale », *JCP A* 2020, 453 ; « La protection de l'environnement dans la Constitution : la tentation présidentielle d'un référendum contesté », *JCP A* 2021, act. 1-1.

¹⁰ Rapport du Bureau des Nations unies pour la réduction des risques de catastrophe (UNSDIR), octobre 2020.

¹¹ Loi n° 95-101 du 2 février 1995, relative au renforcement de la protection de l'environnement (JORF du 3 février 1995, p. 1840).

¹² Compte-rendu intégral de la séance du 19 janvier 1995, *Assemblée nationale*, p. 7.

l'environnement, le PPRN édicté par les services de l'État a pour objet de délimiter des zones de dangers, où les constructions sont interdites, et des zones de précaution où des mesures d'interdictions ou des prescriptions peuvent être prévues compte-tenu de l'aggravation des risques que pourraient provoquer ces édifices¹³. Les plans approuvés valent servitude d'utilité publique : ils sont ainsi opposables en ce qui concerne les demandes d'autorisation d'urbanisme et doivent être annexés aux plans locaux d'urbanisme (PLU) concernés¹⁴. Il apparaît évident que la délimitation des différents zonages, dans chaque PPRN, se construit en partie sur le fondement des données « historiques » que possède l'administration en matière de catastrophes naturelles. Les volets inondations (PPRI) des plans de prévention des risques naturels ne manquent ainsi pas, par exemple, de mentionner les crues historiques et plus récentes d'un fleuve ou d'une rivière. Le juge administratif est d'ailleurs sensible à ces relevés, dans le cadre du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation qu'il effectue. La jurisprudence reconnaît ainsi que le préfet du Tarn a pu légalement se fonder sur les données d'une crue historique datant de mars 1930 pour adopter certaines dispositions contestées du plan de prévention des risques d'inondations de ce territoire¹⁵. La loi Bachelot de 2003¹⁶ a également octroyé au maire le rôle de procéder « à l'inventaire des repères de crues existant sur le territoire communal et établit les repères correspondants aux crues historiques, aux nouvelles crues exceptionnelles ou aux submersions marines »¹⁷, marquant l'importance de l'usage de telles données. Là encore et selon les mots de la Ministre, les adaptations menées par ce texte résultent de « l'analyse des dernières catastrophes naturelles survenues en France : avalanches et coulées de lave torrentielles dans les départements alpins, mouvements de terrain en Seine-Maritime et, surtout, inondations du nord et de l'ouest de la France en 1995, inondations torrentielles de 1999 dans l'Aude ou de 2002 dans le Gard, l'Hérault et le Vaucluse. Reviennent alors en mémoire le drame de Vaison-la-Romaine, en 1992, et celui de Nîmes, en 1988 »¹⁸. Face à la multiplication de ces phénomènes, différents textes de loi sont venus mettre en œuvre et enrichir la liste des situations dans lesquelles l'expropriation pour risques devenait possible¹⁹. Enfin, la directive européenne du 23 octobre 2007²⁰ s'appuie aussi sur la multiplication des catastrophes ces dernières années pour demander une évolution de notre droit interne en matière d'évaluation et de gestion du risque d'inondations.

Évoquer l'adaptation du droit de l'urbanisme au gré des catastrophes naturelles ne va pas sans mentionner les problématiques de submersions marines et d'érosion du littoral. Dans ce domaine, le droit français a largement évolué depuis le début des années 1980, particulièrement avec l'adoption de la loi « Littoral »²¹. Cette dernière met en œuvre un certain nombre d'outils (urbanisation en continuité de l'existant²², urbanisation interdite dans une bande littoral de 100 mètres²³ etc). Si cette évolution est largement due à une hausse de

¹³ C. Envir., art. L. 562-1 et s.

¹⁴ C. Envir., art. L. 562-4 ; C. Urb., art. L. 153-60.

¹⁵ CAA Bordeaux, 4 juillet 2005, *Association de protection des habitants de la rive gauche du Tarn*, n° 02BX01095.

¹⁶ Loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages (*JORF* du 31 juillet 2003, p. 13 021).

¹⁷ C. Envir., art. L. 563-3.

¹⁸ Compte-rendu intégral, séance du 4 mars 2003, *Assemblée nationale*, p. 1 537.

¹⁹ C. Envir., art. L. 561-1 ; F. Nicoud, « De l'obligation de recourir à une procédure trop souvent méconnue : l'expropriation pour risque naturel prévisible », *AJDA* 2010, p. 393.

²⁰ Directive n° 2007/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relative à l'évaluation et à la gestion des risques d'inondations (*JOUE* du 6 novembre 2007).

²¹ Loi n° 86-2 du 3 janvier 1986 relative à l'aménagement, la protection et la mise en valeur du littoral (*JORF* du 4 janvier 1986, p. 200) ; Sur le sujet, v. : P. Soler-Couteaux et E. Carpentier, *Droit de l'urbanisme*, Coll. Hypercours, Dalloz, 7^e Ed., p. 37 et s. ; « *La lutte contre l'érosion* » est notamment mentionnée à l'article 1^{er} de la loi du 3 janvier 1986.

²² C. Urb., art. L. 121-8.

²³ C. Urb., art. L. 121-16 et s.

l'urbanisation du littoral notamment méditerranéen²⁴, et aux problématiques d'érosion, une catastrophe naturelle de grande ampleur aura sans doute mis en avant les limites du texte. En effet, la tempête Xynthia a démontré que l'évolution du droit de l'urbanisme étant là, c'est aussi finalement la « pratique » – c'est-à-dire l'application et la mise en œuvre du droit existant – qui fait défaut²⁵. Les différents rapports parlementaires sur le sujet évoquent ainsi « *la conjonction d'un phénomène météorologique exceptionnel et de graves défaillances* »²⁶ notamment des collectivités territoriales dans le domaine de l'urbanisme. Ils appellent assez unanimement à des évolutions législatives importantes pour tirer les leçons d'un bilan désastreux.

Au lendemain de cette tempête, qui a frappé particulièrement le littoral atlantique et engendré 53 morts, des dizaines de blessés et d'innombrables dégâts matériels, le droit souple²⁷ – loin des tumultes du temps parlementaire – est le premier à tenter de remédier à cette situation en mobilisant principalement les outils juridiques existants²⁸. Le gouvernement, à travers la circulaire du 7 avril 2010, précise que « *les événements dramatiques récents survenus le 28 février 2010, qui ont affecté une partie très importante de la façade atlantique, de la Manche et de la mer du Nord, imposent de prendre dès maintenant des mesures de sauvegarde en anticipant les processus d'évaluation, de concertation et de planification qui seront mis en œuvre à plus long terme* »²⁹. Le texte insiste particulièrement sur la nécessité d'améliorer rapidement – mission en est d'ailleurs donnée aux Préfets de départements – le recensement des zones les plus touchées par l'évènement, celui des campings situés dans des zones à risques, mais aussi de veiller avec attention aux problématiques d'urbanisation notamment dans le cadre du contrôle de légalité sur les autorisations d'urbanisme³⁰, de mettre à jour les PPRN et de limiter le droit à la reconstruction après sinistre dans le respect de la jurisprudence administrative. Dans les années qui ont suivi cette catastrophe, les parlementaires ont veillé à l'évolution des politiques publiques et du droit en la matière³¹. Nul doute que la condamnation pénale du maire de La Faute-sur-Mer³² aura également fait évoluer l'appréhension des risques et catastrophes par les collectivités territoriales et les élus lors de la confection des documents d'urbanisme, de l'instruction des demandes et de la délivrance des permis de construire. Le temps qui passe ne doit effectivement pas faire oublier les enseignements des différentes catastrophes qu'a pu connaître notre pays ces dernières années et c'est aussi pour cette raison que le fléchissement, adopté par la loi ELAN³³, vers plus de souplesse dans l'urbanisation du littoral a suscité l'inquiétude de certains parlementaires et de la doctrine. En ce qui concerne l'érosion

²⁴ Cette problématique est déjà évoquée par les parlementaires à l'occasion du débat sur la loi de finances de 1983 : « *Entre 1975 et 1980, la couverture photographique systématique du littoral méditerranéen a permis de montrer que les surfaces urbanisées s'étaient accrues de 1% par an durant cette période, aux dépens, pour les trois quarts, des zones naturelles et humides* » (v. Compte-rendu séance du 15 novembre 1982, Assemblée nationale, p. 7 208).

²⁵ P. Le Louarn, « La tempête Xynthia, révélateur des insuffisances du droit ? », *JCP G*, 2011, doct. 565.

²⁶ A. Anziani, Rapport d'information n° 554 sur les conséquences de la tempête Xynthia, *Sénat*, 10 juin 2010, p. 11.

²⁷ Aussi appelé « *Soft Law* » ou « *droit mou* ».

²⁸ V. Mulot, « Le droit à l'épreuve de la tempête Xynthia », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement [En ligne]*, avril 2015.

²⁹ Circulaire du 7 avril 2010 relative aux mesures à prendre suite à la tempête Xynthia du 28 février 2010 (NOR : IOCK1005597J – Ministère de l'Écologie).

³⁰ Sur le fondement des dispositions du Règlement national d'urbanisme (notamment : C. Urb., art. R. 111-2).

³¹ F. Calvet et C. Manable, Rapport d'information n° 536, Xynthia 5 ans après : pour une véritable culture du risque dans les territoires, *Sénat*, 18 juin 2015.

³² Poitiers, 4 avr. 2016, n° 16/00199, *AIDA* 2016, 1296 ; Sur la responsabilité pénale des élus, plus généralement, v. : M. Pochard, *Fasc. 813 : Responsabilité pénale des élus*, JCl. Adm. 2019. V. Doebelin, « La responsabilité des décideurs locaux dans la tourmente de la crise sanitaire du Covid-19 », *JCP A* 2020, 272.

³³ P. Cornille et M. Cornille, « Réforme de la loi Littoral par la loi ELAN », *Constr.-Urb.*, janvier 2019, étude 1.

du littoral, le droit de l'urbanisme est amené à évoluer encore vers des règles plus protectrices dans les années qui viennent. Une proposition de loi souhaitant en renforcer la préservation³⁴ et les dispositions de la récente loi Climat et Résilience en témoignent d'ailleurs³⁵.

Si l'évolution du droit de l'urbanisme est très présente face aux risques et phénomènes climatiques, elle est également réelle face aux sinistres d'origines industriels ou technologiques, avec un tournant majeur faisant suite à l'explosion de l'usine AZF de Toulouse.

II) Une évolution du droit de l'urbanisme face aux catastrophes technologiques : le tournant « AZF ».

Ces dernières décennies, la rareté des catastrophes industrielles de grande ampleur dans notre pays permet une plus grande stabilité législative dans l'appréhension de ces problématiques par le droit de l'urbanisme. Le décret du 15 octobre 1810³⁶, est la première réglementation importante qui prend en compte le voisinage des installations industrielles. La loi du 22 juillet 1987³⁷ prévoyait également un certain nombre de mesures permettant au droit de l'urbanisme d'appréhender les risques technologiques, mais ses dispositions n'étaient amenées à s'appliquer qu'aux nouvelles installations dangereuses. Intervenant dix jours après les attentats du 11 septembre 2001, l'explosion de l'Usine AZF de Toulouse³⁸ aura suscité un immense émoi dans le pays et de multiples questionnements sur les causes de cet accident. Le lourd bilan humain et les conséquences sur les constructions situées à proximité ont démontré les limites de la réglementation alors applicable. Comme ont pu l'expliquer de nombreux auteurs, « *analyser la catastrophe implique de se pencher sur 75 ans d'histoire de l'agglomération toulousaine, pendant lesquels la plate-forme chimique s'est développée en même temps que croissait la ville. C'est la question générale des rapports entre l'industrie et la ville qui est crûment posée, celle aussi de la régulation bancaire des processus d'urbanisation dans les zones à risque. Par ailleurs, la catastrophe de Toulouse est une leçon de géographie sociale, une illustration de la cohabitation entre industrie lourde et quartiers d'habitation populaires* »³⁹.

L'impuissance des pouvoirs publics, à la fois de l'État et des collectivités territoriales, à restreindre les constructions sur des territoires pourtant touchés par les risques technologiques est largement mise en avant par cet événement dramatique. Pour y répondre, la loi « Bachelot » du 30 juillet 2003 va mettre en œuvre des règles nouvelles concernant l'urbanisation aux alentours des sites industriels dangereux, avec notamment la création du plan de prévention des risques technologiques (PPRT)⁴⁰. Roselyne Bachelot, alors ministre de l'Environnement, expliquait clairement aux parlementaires que les dispositions relatives aux

³⁴ E. Maquet, Proposition de loi n° 1996 portant adaptation des zones menacées par l'érosion du trait de côté, *Assemblée nationale*, 5 juin 2019.

³⁵ Loi n° 2021-1104, 22 août 2021 (*JORF* du 24 août 2021) ; E. Carpentier, « Loi Climat, documents d'urbanisme et recul du trait de côte », *JCP N* 2021, étude 1 317.

³⁶ Décret impérial du 15 octobre 1810, relatif aux manufactures et ateliers qui répandent une odeur insalubre ou incommode.

³⁷ Loi n°87-565 du 22 juillet 1987 relative à l'organisation de la sécurité civile, à la protection de la forêt contre l'incendie et à la prévention des risques majeurs (*JORF* du 23 juillet 1987).

³⁸ L'usine classée Seveso travaille notamment sur des produits chimiques fertilisants. Sur le sujet, v. notamment : R. Imbach et R. Aubert, « AZF, vingt ans après : où en est le risque industriel en France ? », *Le Monde*, 21 septembre 2021.

³⁹ L. Brevard, G. Capron, F. Desbordes, P. Dugot, D. Eckert (dir.). « L'explosion de l'usine AZF à Toulouse : une catastrophe inscrite dans la ville », *M@ppemonde, Maison de la géographie*, 2002, p. 23.

⁴⁰ C. Envir., art. L. 515-15 et s.

risques industriels de ce texte était le résultat « *du retour de l'expérience de la catastrophe de Toulouse du 21 septembre 2001* »⁴¹. Si la Ministre évoque les entretiens nombreux avec des élus de territoires marqués « *dans leur chair par des sinistres industriels* »⁴², elle prend le soin d'expliquer que « *ce texte n'est pas un texte de circonstance. Ses dispositions ont été mûrement réfléchies et sont souvent le fruit d'années d'expérience (...) Ce projet ne constitue pas une réaction sous le coup de l'émotion.* »⁴³. S'il est vrai que le projet de loi a été préparé pendant de longs mois, l'influence de cette catastrophe majeure sur le droit – créant un véritable tournant, notamment en droit de l'urbanisme – apparaît toutefois indéniable. En la matière, les évolutions sont effectivement importantes et largement inspirées par les conséquences dramatiques de l'explosion, mais aussi par les insuffisances juridiques constatées du fait de l'urbanisation de secteurs industriels. En effet, avant la naissance de ce plan, on pouvait assister d'une manière générale à une urbanisation légale et en progression constante tout autour de sites dangereux, comme ce fut le cas à Toulouse. Désormais, un PPRT – qui est établi par les services de l'État autour d'un site industriel à risques⁴⁴ – prévoit la mise en œuvre de servitudes d'utilité publique que l'instruction des autorisations d'urbanisme ne doit pas manquer de prendre en compte. Il contient, en fonction des risques et de leur gravité, des zones de maîtrise de l'urbanisation future, des zones de prescriptions pour l'urbanisation existante, mais aussi des secteurs de délaissement et d'expropriation pour les risques les plus importants⁴⁵.

Plusieurs objectifs sont, encore une fois, largement inspirés par l'explosion de l'usine AZF : il convient d'évacuer les populations les plus proches des sites dangereux et donc les plus menacées (risque mortel notamment), d'empêcher une urbanisation nouvelle autour du site et de renforcer les mesures de protection des habitations existantes qui sont construites suffisamment loin pour ne pas être évacuées, mais sont suffisamment proches pour qu'un accident produise des effets potentiellement dangereux à l'encontre de populations qui y vivent. Parmi ces dernières, on retrouve notamment la mise en place de films anti-débris sur les fenêtres et vitrages ou encore le renforcement de certaines fondations du bâti. Plus récemment, c'est l'ordonnance du 22 octobre 2015⁴⁶ qui est venue enrichir la réglementation en matière de PPRT en prévoyant notamment une simplification dans la procédure de modification d'un tel plan, afin de pouvoir en adapter rapidement le contenu. Pour l'avocat Arnaud Gossement, depuis la catastrophe AZF, « *il y a eu des progrès dans la prise de conscience des industriels* »⁴⁷, mais les enjeux économiques liés à l'implantation des industries et les difficultés longtemps rencontrées par les populations ont souvent considérablement freiné la mise en œuvre des PPRT aux quatre coins de la France. Une instruction du gouvernement, publiée en 2016, s'inquiétait d'ailleurs du retard pris dans la finalisation de certains PPRT⁴⁸. Sans doute la catastrophe AZF, et quelques accidents ou incidents de moindre envergure, auront amené également le juge administratif à appréhender plus positivement encore le recours aux dispositions sur la sécurité publique du règlement national d'urbanisme,

⁴¹ Compte-rendu intégral, séance du 4 mars 2003, *Assemblée nationale*, p. 1 537.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ C. Envir., art. L. 515-36: il s'agit principalement d'installations classées « *dans lesquelles des substances, préparations ou mélanges dangereux sont présents dans des quantités telles qu'ils engendrent des dangers particulièrement importants pour la sécurité et la santé des populations voisines et pour l'environnement* ».

⁴⁵ C. Envir., art. L. 515-16.

⁴⁶ Ordonnance n° 2015-1324 du 22 octobre 2015 (*JORF* du 23 octobre 2015, p. 19 701).

⁴⁷ J. Cossardeaux, « Risques industriels : les leçons de la catastrophe AZF ont été trop longues à tirer », *Les Échos*, 1 novembre 2017.

⁴⁸ Instruction du gouvernement du 31 mars 2016 relative à l'accélération de la mise en œuvre des plans de prévention des risques technologiques (NOR : DEVP1529667J ; *BO* 2016-07, 25 avril 2016).

y compris en l'absence de PPRT mis en œuvre à proximité d'une industrie à risques. Comme pour les risques naturels, il est effectivement admis de fonder le refus de délivrer un permis de construire ou d'en contester l'octroi sur le fondement de l'article R 111-2 du Code de l'urbanisme⁴⁹. En 2011, le juge administratif a fait droit, par exemple, aux arguments du préfet de l'Isère qui contestait sur ce fondement la construction d'une cantine scolaire à proximité d'un complexe chimique de la région grenobloise, alors même qu'aucune servitude d'utilité publique ne s'imposait alors selon la commune⁵⁰.

Si les catastrophes de toute nature marquent indéniablement l'esprit collectif et ont largement participé ces dernières années à faire évoluer le droit, mais aussi la pratique de l'urbanisme en France et le regard des différents acteurs qui y concourent, nul doute que la multiplication de certains phénomènes (climatiques en particulier) et la prégnance de certains enjeux (demandes d'urbanisation forte dans certains secteurs, attrait économique de l'installation d'industries etc.) amèneront encore à des évolutions au gré de catastrophes futures qui démontreront alors l'insuffisance des efforts législatifs adoptés en d'autres temps.

⁴⁹ C. Urb., art. R. 111-2 : « Le projet peut être refusé ou n'être accepté que sous réserve de l'observation de prescriptions spéciales s'il est de nature à porter atteinte à la salubrité ou à la sécurité publique du fait de sa situation, de ses caractéristiques, de son importance ou de son implantation à proximité d'autres installations ».

⁵⁰ CAA Lyon, 27 septembre 2011, *Cne de Champ-sur-Drac*, n° 10LY02100.

Un regard de publiciste sur les plans répondant aux catastrophes

Nicolas LOPEZ

Docteur en droit public

La survenue d'une catastrophe entraîne systématiquement des modifications plus ou moins profondes du droit positif, dont résulte généralement un progrès en matière de prévention des risques. C'est qu'en effet la catastrophe opère inévitablement le renversement d'opinions tenues pour certaines, de situations considérées comme acquises. Si toute crise n'est pas catastrophique, de toute catastrophe découle une crise, à la fois comme période d'urgence et de jugement *ex post*. La crise ouvre une fenêtre d'opportunité pour adopter un ensemble de textes ou mesures susceptibles, d'une part, d'atténuer les conséquences d'une nouvelle catastrophe et, d'autre part, de réduire l'apparition de facteurs ou bien l'aléa générant la survenue de celle-ci.

Cet aléa pouvant être traduit ici par l'expression de « risque catastrophique », il se définit, dans le Code des assurances, comme un empêchement d'exécuter une obligation « *par suite d'un cataclysme tel que cyclone, inondation, raz de marée, tremblement de terre, éruption volcanique* ». Le Code des assurances précise encore que la catastrophe naturelle trouve sa cause déterminante dans l'intensité anormale d'un agent naturel. L'état de catastrophe naturelle est constaté par arrêté interministériel. L'administration centrale est à ce titre dotée d'un pouvoir d'appréciation de ce qui relève, ou non, de la dimension catastrophique.

Au demeurant, le risque catastrophique ne se limite pas aux éléments naturels. Il peut également être réalisé lorsqu'un dommage conséquent résulte d'une activité humaine, en particulier industrielle : un arrêté de catastrophe technologique peut alors être pris pour déclencher l'indemnisation des victimes.

Élaborée le plus souvent par les services préfectoraux, la réponse préventive aux catastrophes, matérialisée essentiellement par des plans, revêt un caractère administratif et appartient *ipso facto* au champ du droit public.

L'enjeu de prévention des risques est monté en puissance depuis 1995 avec l'adoption de la loi dite Barnier. La codification de la législation environnementale se produit ensuite en 2000. La loi « Risques », de 2003, suit la catastrophe de l'usine AZF dans le pays toulousain en 2001. Cette montée en puissance se poursuit en 2004 avec la révision constitutionnelle introduisant la Charte de l'environnement. La loi de modernisation de la sécurité civile est adoptée cette même année. Des décrets de 2005, toujours en vigueur, régissent différents dispositifs, à l'image des plans de prévention des risques technologiques (PPRT).

La grande variété des documents produits témoigne de ce que l'administration a assimilé la notion de risque catastrophique, et l'a considérablement étendue. Appréhendé à part, le risque nucléaire demeure singulier car il reste le seul à faire l'objet d'une planification nationale, en sus des différents plans territorialisés.

Le contexte de crise sanitaire globale ne peut manifestement pas être ignoré : il a entraîné l'adoption *en catastrophe* d'une doctrine de réponse au risque catastrophique pandémique. En lien par ailleurs avec le principe de précaution, la liberté d'aller et venir, le droit de propriété, notamment, se sont vu opposer de nouvelles restrictions, à l'image de certaines servitudes d'utilité publique. Le dérèglement climatique s'accroissant, il apparaît plausible, d'abord, que ces plans continuent à se multiplier et, ensuite, que la notion de risque catastrophique soit vouée à évoluer davantage.

Dans le même temps que l'on expose les outils juridiques de planification répondant aux catastrophes, on peut alors s'interroger sur le point de savoir si l'action administrative n'est pas à l'origine d'une assimilation extravagante, d'une dénaturation de la notion de risque catastrophique.

En raison de sa spécificité, le risque nucléaire constitue le premier axe de développement de cette communication (I). Au regard de l'ampleur des conséquences de ce risque technologique, la terminologie de la catastrophe peut être reprise sans difficulté apparente. D'une nature plus diffuse ou en phase de devenir courants, les risques banals ou en cours de banalisation sont régis et traités par une législation intervenue *a posteriori* (II).

I) La réponse spécifique et singulière au risque catastrophique d'origine nucléaire

Cette réponse s'avère spécifique en ce qu'elle fait l'objet d'une planification nationale et singulière compte tenu des mesures de diffusion de l'information dont ce risque fait l'objet. On se propose d'analyser d'abord les dispositifs d'endiguement du risque en question (A) puis la diversification des responsabilités au sein d'un système transparent (B).

A) Des dispositifs de planification à double échelle, nationale et territoriale

Le dispositif national possède une vocation essentiellement informative (1) quand les dispositifs territoriaux, bien que publics, ont une portée très opérationnelle (2).

1) La vocation essentiellement informative du dispositif de planification nationale

Le plan national de réponse à un accident nucléaire ou radiologique majeur constitue le principal volet de réponse porté à la connaissance du public. En la matière, l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN) doit assister le Gouvernement : son principal objet réside dans la prévention de la réunion des facteurs qui conduiraient à la réalisation du risque. En ce sens, l'ASN dispose d'une compétence réglementaire au regard de sujets techniques ; elle donne aussi son avis au Gouvernement quant à l'édiction de décrets et d'arrêtés. Elle doit concomitamment contrôler les activités des exploitants des sites à risque ; elle informe le public à intervalles réguliers.

Ce plan national est mis en œuvre dès l'apparition des premiers signes faisant naître une suspicion. L'appropriation du plan national par les acteurs institutionnels (collectivités, administrations déconcentrées) et privés (exploitants, associations et citoyens) participe très logiquement d'une prévention qui se veut graduellement efficace. Dans sa version à jour de 2014, le plan définit les situations de risque nucléaire ou radiologique sur une échelle de 1 à 7, de l'anomalie à l'accident majeur.

Si le format de cette communication ne permet pas d'entrer plus avant dans le contenu de ce plan, celui-ci dénote accessoirement une portée communicationnelle non négligeable. Il assure finalement la mise en œuvre du droit à l'information en même temps qu'il illustre le principe de prévention, tous deux inscrits dans la Charte de l'environnement.

2) La vocation opérationnelle des dispositifs territoriaux

En parallèle d'une planification nationale, fondant la singularité du risque nucléaire, on retrouve cela dit une chaîne de réponse assez classique, construite sur une logique « verticale-ascendante ». On décèle au demeurant un principe général de rationalisation de l'action de pouvoirs publics, tant politique qu'administrative, dit de subsidiarité.

L'exploitant, en l'occurrence EDF pour les 19 sites français, d'un centre nucléaire de production d'électricité (CNPE) demeure le premier maillon responsable du niveau de réponse apportée, et de sa qualité. L'exploitant a ainsi l'obligation d'établir un plan d'opération interne (POI) qui organise les moyens, prévoit différents équipements dédiés à la mission de secours. Le POI vise à ce que les effets de l'anomalie, de l'incident ou de l'accident ne dépassent pas le périmètre de l'établissement d'exploitation.

Aux alentours immédiats du site à risque, un périmètre d'éloignement (PE) est fixé administrativement en amont de l'apparition du danger, à la suite duquel il est alors interdit d'y pénétrer. Une zone de protection des populations (ZPP) est également définie, au sein de laquelle des mesures sont prévues afin de réduire le risque d'exposition à la radioactivité. Une zone de surveillance renforcée des territoires (ZST) doit encore circonscrire une aire géographique où il devient prohibé de consommer des produits alimentaires susceptibles d'avoir été contaminés.

L'administration doit aussi élaborer des plans d'urgence territorialisés, dénommés plans particuliers d'intervention (PPI) : ceux-ci ont pour objet de décliner le plan national et sont complétés de dispositions départementales ou zonales spécifiques. Le PPI s'intègre dans le dispositif Organisation de la réponse de sécurité civile (ORSEC) départemental, sur lequel on reviendra au fond. Il est à ce stade opportun de mentionner le plan ORSEC-Iode, qui organise la distribution de comprimés à la population en cas de risque d'irradiation, le plan ORSEC-Transports de matières radioactives (TMR) ou aussi les plans blancs, éventuellement élargis, qui peuvent être activés dans l'hypothèse d'émissions radioactives. Dans un tel contexte, Météo-France a pour mission d'anticiper la dispersion atmosphérique des éléments contaminants. Lorsque le risque se réalise, des centres d'accueil et d'information du public (CAI) doivent être installés et renvoyer vers des centres d'accueil et de regroupement (CARE), compris dans le dispositif ORSEC mis en place par les préfetures.

L'ensemble de ces plans ou dispositifs relèvent de la responsabilité du préfet : il est en effet l'acteur essentiel à l'échelon déconcentré de prévention ou de limitation des catastrophes, quelle que soit leur nature ou ampleur.

B) Un système de responsabilité partagée conçu à l'aune du principe de transparence

L'administration et le politique se partagent, de façon articulée, l'action et la supervision des opérations (1). En principe informée et préparée, la société civile constitue une partie prenante de la gestion de la crise (2).

1) Deux niveaux de réponse fondés sur l'articulation entre action et supervision

Conformément toujours à une logique verticale-ascendante, le préfet de département mène les opérations de résolution de crise à l'échelon territorial : il active alors le centre opérationnel départemental (COD) qui est en lien avec le centre opérationnel de zone COZ (si plusieurs départements sont concernés ou si la catastrophe est d'ampleur régionale), qui est lui-même en relation avec le ministère de l'Intérieur via le centre opérationnel de gestion interministérielle des crises (COGIC). Loin d'être redondants dans leur action, ces centres d'opérations assurent une adéquate réactivité, une appréhension des enjeux à différentes échelles ainsi que la cohésion des mesures opérationnelles adoptées.

Simultanément, le Premier ministre et les ministres intéressés supervisent, en liaison avec le Président de la République, la conduite des opérations en cellule interministérielle de crise (CIC). Selon l'ampleur du phénomène, le chef du Gouvernement peut réunir un comité interministériel aux crises nucléaires ou radiologiques (CICNR). Le ministre en charge de l'agriculture est l'interlocuteur du Comité permanent de la chaîne alimentaire et de la santé animale (CPCASA). Le ministre chargé de l'économie peut activer une Cellule de continuité économique (CCE), comme cela a été le cas en mars 2020 à raison de la crise sanitaire liée au coronavirus. À l'exception du CICNR, l'ensemble de ces différents dispositifs sont activables, précisons-le, par-delà le seul risque nucléaire.

Le Gouvernement est responsable de son action devant le Parlement et, en dernier ressort, l'opinion publique. De surcroît, la société civile est envisagée telle une partie prenante de la réponse à la crise.

2) La sensibilisation et la préparation de la société civile.

C'est en effet l'ensemble des administrations, des collectivités et des sociétés du secteur médical ou bancaire qui doivent ou, pour le reste des entreprises, peuvent élaborer un plan de continuité d'activité (PCA). Celui-ci ne concerne pas non plus que le risque nucléaire, mais la globalité des risques pouvant ralentir le train de marche d'une entité donnée, en raison de l'absence de ses personnels. Toutefois, cette volonté politique d'implication des opérateurs économiques semble, à première vue, concrètement peu suivie d'effet. Cela peut du même pas illustrer la faible appréhension du grand public eu égard au risque nucléaire, en contrepoint de la réponse spécifique et singulière qui lui est apportée. La question de la sensibilisation des populations, au travers de mécanismes à concevoir, semble être posée.

Pour impliquer, orienter la société civile (dont entreprises, associations, citoyens) et lui apporter des recommandations dans la gestion de la crise nucléaire, il existe encore dans le plan national sus-évoqué une stratégie de communication visant à délivrer une information de qualité sur des canaux prévus à cet effet. Il existe ainsi une obligation de transparence, de

transmission accessible, pédagogique des informations et de rectification des informations fausses ou des rumeurs. Contrairement à certaines puissances étrangères qui y ont procédé à l'occasion de la crise sanitaire, il n'est pas envisagé en France de bloquer l'accès aux réseaux sociaux ou bien de brouiller les émissions des chaînes d'information en continu en cas de catastrophe nucléaire. Le Code de la défense fixe, en effet, le principe selon lequel les libertés continuent de s'exercer dans la limite de ce qui est nécessaire pour préserver les intérêts fondamentaux de la Nation.

Si le risque nucléaire, à part, mérite qu'on lui consacre une place importante dans l'analyse des réponses au risque catastrophique, il n'en demeure pas moins que certains plans et dispositifs sont susceptibles d'être activés en ce qui concerne d'autres types de risques courants, banals. C'est la réponse à l'égard de ces derniers que l'on se propose de traiter à présent.

II) Le traitement *a posteriori* des risques courants ou en cours de banalisation

Pour autant catastrophiques, certains risques deviennent banals. Leur réalisation ou leur imminence implique par expérience l'intervention *a posteriori* du législateur. À l'heure actuelle, les dispositifs concernant les risques naturels ou technologiques sont consolidés (A). Alors qu'il a surpris, et même sidéré, le risque sanitaire, comprenant le risque catastrophique pandémique, apparaît en cours de banalisation (B).

A) Des dispositifs consolidés propres aux risques naturels et technologiques

Fondée sur un régime législatif éprouvé, la planification de la réponse à ces risques se veut exhaustive en dépit d'une accessibilité parfois limitée (1). Les outils de réponse au risque naturel ou technologique sont pilotés par un système départemental de protection des populations (2).

1) Une planification exhaustive des risques toutefois peu accessible au public

Créés par la loi dite Barnier du 2 février 1995 au cours de l'affaire des ruines de Séchillienne et de l'Île le Falcon, les plans de prévention des risques naturels (PPRN), comprenant ceux relatifs aux inondations (PPRI) ou aux mouvements de terrain (PPRMT), constituent des servitudes d'utilités publiques, qui portent atteinte à la liberté d'aller et venir et au droit de propriété. La première application de la nouvelle loi a d'ailleurs concerné l'expropriation de la totalité de l'Île Falcon.

De façon générale, le préfet ordonne la préparation du PPRN dans un délai de trois ans ; il peut ensuite être révisé en cas de besoin. Le PPRN est annexé au plan local d'urbanisme (PLU), qui est le principal document d'urbanisme à l'échelon communal. On observe de nouveau la déconcentration de l'analyse et de la planification en réponse à l'aléa ainsi, à cet égard précis, que la tendance du législateur à répondre à l'imminence du risque ou bien à sa réalisation, à défaut d'une autre attitude, qui consisterait à l'anticiper au moyen d'un travail de fond conséquent et qui permettrait de disposer de textes non rédigés à la hâte.

À la suite de l'accident AZF survenu le 21 septembre 2001, la loi dite *Risques* du 30 juillet 2003 a fixé le régime des plans de prévention des risques technologiques (PPRT). Ils concernent en particulier les établissements catégorisés « Seveso », définis par le droit européen. Le statut SEVESO des installations classées de protection de l'environnement (ICPE) est désormais régi par la directive n° 2012/18/UE du 4 juillet 2012 dite « SEVESO 3 », en vigueur depuis le 1^{er} juin 2015. Après approbation préfectorale, le PPRT vaut de la même manière servitude d'utilité publique et se trouve lui aussi annexé au PLU. Concrètement, le PPRT procède par zonages : il comprend une zone grisée, celle de la potentielle réalisation du risque, une zone R (pour zonage règlementaire) avec des interdictions de construire ou, au contraire, des travaux à effectuer obligatoirement. Ces éléments tiennent compte de la « cinétique », c'est-à-dire de la propagation de la fuite de matières dangereuses et, en tout état de cause, l'expansion *lato sensu* envisagée de la catastrophe. On y décèle encore une carte satellitaire, une note de présentation, un règlement type de PPRT, qui ressemble concrètement à un formulaire dont les cadres sont remplis ou laissés vides compte tenu du contexte local.

Il existe en outre un site gouvernemental à partir duquel on peut télécharger les dossiers de PPRN et PPRT après avoir effectué une recherche par département. Cependant, l'accessibilité d'autres types de ressources en matière de risque aux populations n'est pas assurée de façon optimale. Plutôt que de figurer sur une plateforme unique, il faut en réalité parcourir les principaux sites ministériels concernés, éviter les « liens morts » et, surtout, visiter chacun des sites de préfecture de départements, qui sont pour certains plus alimentés en contenus que d'autres. La diffusion peut donc progresser et se trouver harmonisée, notamment quant à la disponibilité au public des dispositifs ORSEC, certes à vocation opérationnelle. Cependant, on accède à partir des sites préfectoraux au Dossier Départemental des Risques majeurs (DDRM), retraçant l'ensemble des risques présents en son sein et construit dans le cadre de l'information préventive.

2) Des outils pilotés au sein d'un système départemental de protection des populations

Régie par le décret n° 2005-1157 du 13 septembre 2005 pris en application de la loi du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile, l'Organisation de la Réponse de Sécurité civile (ORSEC) constitue le programme d'organisation des secours à l'échelon départemental. Ce document peut être diffusé en ligne ou bien est consultable en préfecture. Il est établi sous l'égide du Service Interministériel de Défense et de Protection Civile puis validé par le préfet. Les plans ORSEC territoriaux sont révisés en principe tous les cinq ans : ils ont pour but de recenser tous les moyens publics et privés qui peuvent être sollicités pour contenir les effets de la catastrophe et soulager les populations. Sont adjoints au dispositif ORSEC, les PPRN et les plans particuliers d'intervention (PPI) spécifiques au risque technologique. Les services déconcentrés, dont la Direction Départementale de Protection des Populations (DDPP) et la Direction Départementale des Territoires (DDT), veillent à l'adéquate combinaison des PPI et PPRT.

Le dispositif ORSEC est aussi dit « de zone » s'il concerne au moins deux départements. On trouve encore des plans ORSEC « de mer » qui ont un volet POLMAR (pour pollution maritime), comportant à la fois des dispositions « POLMAR-MER » s'adressant au préfet maritime et « POLMAR-TERRE », ces dernières étant propres aux franges côtières et mises en œuvre par le préfet. Il convient à ce stade de retenir que la principale mission de l'administration

départementale consiste à établir des zonages et à recenser les outils et effectifs, c'est-à-dire les ressources à mobiliser. C'est également le cas des schémas d'analyse et de couverture des risques, prévus par l'article L. 1424-7 du CGCT, établis pour une période quinquennale par l'administration préfectorale en concertation avec le Service départemental d'incendie et de secours (Sdis).

Ces différents éléments d'information sont parfois condensés dans un document d'information communal sur les risques majeurs (DICRIM). Un plan communal de sauvegarde, organisant les moyens concrets de réponse adaptés aux circonstances locales, est obligatoire lorsqu'un PPR ou un PPI touche le territoire de la commune. Globalement très peu connus, y compris des personnes initiées aux sujets liés au risque, on constate alors l'effort de diffusion de ces informations et de transmission de la culture du risque à entreprendre auprès du public.

S'il ne s'agit pas de vivre dans la crainte de l'aléa, une sensibilisation accrue du public au risque catastrophique aurait, sait-on jamais, permis une appréhension différente de l'inévitable assimilation du risque pandémique par le risque catastrophique.

B) La surprise d'un risque sanitaire désormais en cours de banalisation

Cette surprise se perçoit à l'aune d'une certaine incrédulité, désormais passée, des pouvoirs publics face au risque catastrophique pandémique (1). Devenu banal en raison de sa durée plus que par sa répétition, le risque sanitaire, pandémique doit désormais être analysé comme une part intégrante du risque catastrophique (2).

1) L'incrédulité des pouvoirs publics face au risque catastrophique pandémique

On doit remarquer d'emblée que la documentation officielle liée au risque sanitaire est dans l'ensemble quelque peu datée. Outre le « Plan Ebola », subdivisé en un volet de réponse et un second de communication, remontant à 2014, on peut aussi consulter sur les plateformes officielles un « Guide pratique de diagnostic et de prévention des épizooties » de 2010, un « Plan national de prévention et de lutte "Pandémie grippale" » d'octobre 2011, suivant la crise liée à la grippe A H1N1.

D'un point de vue opérationnel, la loi du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique crée le « plan blanc », révisé annuellement, visant à répondre à un afflux exceptionnel et soudain de patients. Le Plan stratégique national de santé 2009-2013 a obligé les établissements de soins à adopter un plan local de gestion d'une épidémie en conformité avec le plan blanc. En dernier lieu, le plan blanc dit élargi, intégré au dispositif ORSEC, est activé par le préfet de département dans le but de répondre à des circonstances où l'organisation sanitaire locale, compte tenu de ses capacités, pourrait ou peut être dépassée.

Sans s'insérer dans un débat, ici peu pertinent, ayant trait aux contraintes budgétaires, deux éléments sont généralement admis. D'une part, les outils de réponse sanitaire ont été mis à rude épreuve durant l'année 2020 au point que d'impensables confinements de la population, à géométrie variable, ont dû être décidés par le Président de la République. D'autre part, la législation alors en vigueur a dû être réformée en urgence de telle sorte que les pouvoirs

publics n'envisageaient manifestement pas qu'un risque pandémique, d'ampleur catastrophique, puisse survenir.

C'est bien en effet par la force des choses que le risque pandémique doit désormais intégrer la catégorie des risques catastrophiques. La dimension mondiale de la crise sanitaire générée par le coronavirus forme une circonstance spatiale intéressante, à défaut de pouvoir constituer en soi un critère. C'est plutôt au regard d'indicateurs sanitaires (« R-0 », nombre impressionnant de cas et décès, taux d'occupation des lits de réanimation, etc.) qu'il convient de prêter attention, aussi bien qu'aux mesures législatives et administratives adoptées (dont l'état d'urgence sanitaire, le confinement, l'auto-attestation, le port du masque, la fermeture des frontières à certaines nationalités, des hôtels et lieux de restauration ou récréatifs, des commerces dits non essentiels, les couvre-feux) et aux conséquences matérielles sur le tissu économique et social (notamment une récession sans précédent depuis 1945, le chômage dit partiel et la « nationalisation » des salaires, des exonérations fiscales et prêts garantis par l'État). On retrouve, autrement dit, le critère d'impact systémique, inhérent à la catastrophe, que celle-ci soit localisée ou mondiale.

2) Une inévitable assimilation du risque pandémique au risque catastrophique

Lié originellement aux agents naturels, le risque catastrophique a assimilé le risque technologique en raison d'un certain degré de développement de l'activité humaine. Depuis 2020, on observe en France une résurgence de la nécessité, que l'on pouvait croire révolue de longue date d'un point de vue extérieur ou général, de l'assimilation du risque pandémique par le risque catastrophique, accomplie au travers même de l'action des pouvoirs publics. En effet, les pouvoirs publics ont mis en œuvre ce que la situation quelque peu sidérante, intuitivement, imposait. C'est d'ailleurs ce qui définit matériellement l'état d'exception selon le P^r François Saint-Bonnet. En pratique, la réalisation de ce risque catastrophique a conduit à l'adoption d'une nouvelle législation d'exception.

À ce stade, de deux choses l'une : d'abord, un large consensus scientifique existe autour du constat selon lequel le scénario pandémique catastrophique, dû à la raréfaction des espaces habitables disponibles aux espèces sauvages ainsi qu'au contact avec la population humaine, peut vraisemblablement se répéter épisodiquement au cours du siècle ; ensuite, la multiplication ou les durcissements successifs des normes exceptionnelles ne semblent, par principe, pas éminemment souhaitables en lien avec les libertés publiques. C'est pourquoi il peut apparaître dès à présent opportun de légiférer en droit commun, à la suite d'une réflexion mûre et globale, eu égard au risque catastrophique de nature pandémique, comme on a pu le faire, de façon assez unique, au travers de la loi du 13 juin 2006 relative à la transparence et à la sécurité en matière nucléaire (TSN). Raisonnablement, une réflexion de ce type ne pourra pas omettre de poser la question d'une évolution du droit et de l'économie du secteur assurantiel.

Arrivant au terme du propos ici exposé, on semble avoir constaté que l'action des pouvoirs publics ne dénature pas le risque catastrophique au gré d'une artificialisation ou d'un dévoiement de la notion. C'est au contraire le risque catastrophique qui évolue en se diversifiant, devient chronique, alors que la planète est entrée dans l'ère géologique de l'Anthropocène.

Une histoire des futurs à Mulhouse un destin collectif en dents de scie

Adrien BIASSIN

Docteur en histoire contemporaine de l'Université de Haute-Alsace et de l'Université de Strasbourg, co-fondateur du Centre européen de recherche, d'accompagnement, et de formation à la Transition (CERAFT).

S'il y a bien une constante historique à Mulhouse, cette ancienne république indépendante jusqu'en 1798¹, de l'après-guerre à nos jours, c'est le couple crise et espoir. La ville n'a cessé d'avancer sur cet antagonisme, comme un funambule sur une crête glissante entre des incertitudes compromettantes d'un côté et des futurs possibles et souhaitables de l'autre. Pour faire face à ces risques, la ville de Mulhouse a très rapidement développé des principes fondamentaux pour y faire face : voir loin, voir large, analyser en profondeur, prendre des risques et penser à l'homme. C'est précisément la définition de la prospective proposée par le philosophe Gaston Berger en 1959². Mulhouse a cultivé tout au long des décennies des aptitudes collectives qui ont produit un élan collectif de transformation territoriale, tantôt radical tantôt partiel, qui reste unique en France.

I) Vers une aventure radieuse des futurs à Mulhouse

Contrairement à l'image d'Épinal des Trente Glorieuses, les années d'après-guerre sont à Mulhouse difficiles et très marquées par la crise des années 1930. La crise industrielle est structurelle entre 1950 et 1962, à cela se rajoutent la crise des valeurs, les nouvelles mutations de la société de consommation et la réorientation des commerces avec une Europe communautaire, synonyme de plus de concurrences. À la Société Industrielle Mulhousienne³ (SIM), les décideurs choisissent de s'unir pour apporter des solutions aux problèmes du moment, puisqu'il s'agit selon eux de question « *de vie et de mort* »⁴. De nouveaux points de rupture émergent. L'élite locale décide de prendre ses responsabilités et de saisir les opportunités dans la nouvelle course au progrès scientifique et technique sous peine de risquer la « *ruine* »⁵.

¹ Mulhouse devient une république en 1347, puis une alliée des cantons suisses en 1515 avant de devenir une république protestante en 1529 enclavée au sein du royaume de France dès 1648. La réunion (selon la terminologie mulhousienne) intervient en période trouble de la Révolution française en 1798 alors que la ville connaissait déjà une expansion considérable de son industrie grâce à l'indiennage, apparu en 1746 avec Jean-Henri Dollfus (24 ans), Jean-Jacques Schmalzer (25 ans), Samuel Kœchlin (27 ans) et Jean-Jacques Feer.

² Les membres de l'Association internationale Futuribles (centre français indépendant d'études et de réflexions prospectives sur le monde contemporain créé en 1967 par Bertrand de Jouvenel [1903-1987], diplomate, journaliste, économiste, juriste, professeur dans de nombreuses universités françaises et étrangères) ont notamment milité depuis les années 1970 pour y ajouter trois caractéristiques : *voir autrement* (se méfier des idées reçues), *voir ensemble* (appropriation), et *utiliser des méthodes aussi rigoureuses et participatives que possible* pour réduire les inévitables incohérences collectives.

³ Quelques années après la réunion de Mulhouse à la France, la Société Industrielle de Mulhouse (SIM) est créée en 1826 pour rassembler les élites économiques locales qui n'auront cessé de façonner Mulhouse, mais aussi la France dans une certaine mesure. La SIM, qui a joué le rôle de laboratoire d'idées comme ce qu'on appelle aujourd'hui les « *Think Tank* », a été un élément clé du développement du modèle mulhousien, appuyé sur une éthique issue du milieu protestant et libéral de la ville. L'objectif des 22 membres fondateurs était d'œuvrer à la convergence unique entre la recherche, l'enseignement et l'industrie, qui a largement profité à l'industrie mulhousienne autant d'un point de vue technique que commercial, mais aussi social avec des idées à l'avant-garde pour le milieu ouvrier.

⁴ « *La préoccupation de tous les moments, car elle peut devenir une question de vie et de mort* » *Bulletin de la société industrielle de Mulhouse*, « L'industrie et ses problèmes actuels : cycle annuel d'information 1956-1957 » du Groupe « Echanges », Bulletin trimestriel numéro 2 (687), 1957, p. 86.

⁵ Jacques-Henry Gros, un grand industriel alsacien, sans même être contesté lors de ces journées thématiques, semble vouloir tirer la sonnette d'alarme de la situation économique de la ville avec un brin de nostalgie intellectuelle et morale en rappelant les faits : « *sinon, de*

Dans cette perspective peu réjouissante de son futur, l'élite locale organise, avec le concours de sachants et d'experts, plusieurs journées thématiques de la fin des années 1950 au début des années 1960. L'objectif est d'ouvrir un nouveau champ des possibles ici et maintenant grâce aux thématiques essentiellement tournées autour du progrès économique et social : textile, mécanique, urbanisme, scientifique, tourisme. Pierre Sudreau, ministre de la Construction, invité à participer, souligne que la ville « *donne une leçon que nous [la France] devons suivre et qui est avant tout une leçon de modestie* »⁶, un autre responsable estime que Mulhouse laisse une devise à la France « *prévoir pour ne jamais subir* »⁷. Cette fulgurance est tellement énergétique et impétueuse qu'un journal de la ville de Bâle se demandait en 1960 « *si un nouveau Texas n'allait pas surgir sur les bords du Rhin* »⁸.

Gaston Berger, père fondateur de la prospective en France, participe à ces journées mulhousiennes comme directeur général de l'enseignement supérieur, poste qu'il doit notamment à ses années de résistance durant la guerre. À la conclusion générale des journées scientifiques, il évoquera un avenir du monde qui « *vaille la peine de vivre* » en observant le cas mulhousien. Il occupe encore les esprits des étudiants puisque le plus grand amphithéâtre de l'Université de Haute-Alsace porte son nom en son honneur.

La foi en l'avenir supplante alors l'angoisse devant les accélérations des mutations. Décider de l'avenir dans l'incertitude et sans garde-fou semble un pari risqué que l'élite mulhousienne cherche à sécuriser en incluant au mieux tous les acteurs du territoire pour que chacun puisse être « *animé d'une inquiétude créatrice et féconde* »⁹ pour citer la formule de Jacques-Henry Gros, un grand patron alsacien. Par acteurs du territoire, Mulhouse s'active autour de la mairie, de la SIM, du département et de quelques experts et sachants. La gestion des crises est une affaire d'homme, blanc et bourgeois, à l'image de la République de Mulhouse.

Mulhouse se détache alors de la vision planifiée, étatique du développement et de l'aménagement en s'engouffrant par elle-même dans les possibilités, porteuses d'émerveillements, de l'avenir sans pour autant sauter dans « l'inconnu ». Les résultats deviennent mesurables, quantifiables et séquentiels. Les transformations instaurent un ordre politique, l'« entente communale » (qui dure une vingtaine d'années), ce qui permet une gouvernance redoutable à l'échelle locale pour réussir la concrétisation des projets imaginés, aussi bien dans l'enseignement supérieur (création de l'Université de Haute-Alsace) que dans l'aménagement du territoire (restructuration de la ville, création de la ZUP, campus de l'Illberg, transformation du paysage urbain et territorial, création de la zone industrielle au bord du Rhin, structuration politique d'une agglomération mulhousienne, et multiples réalisations communautaires).

ne rester que deux solutions : la ruine ou l'étatisation dans la limite ou une telle mesure pourrait intéresser l'Etat ». *Bulletin de la société industrielle de Mulhouse*, op. cit., p. 64.

⁶ *Bulletin de la société industrielle de Mulhouse*, numéro spécial journée mulhousienne de l'urbanisme, 12 mai 1959, p. 63.

⁷ M. Pozzi au Ministre Pierre Sudreau : « *Je voudrais qu'à la fin de cette Journée, vous emportiez la certitude que Mulhouse saura dans ces deux domaines, aller au-devant de ses destinées et prévoir pour ne jamais subir (...) que vous emportiez également la certitude qu'il existe ici un faisceau de volontés pour lesquelles entreprendre, oser, organiser, est une tradition* ». *Ibid.*, p. 15.

⁸ P. MEYER, « Le nouvel essor de Mulhouse » dans *L'Alsace dans dix ans* en 1962, deuxième édition, Revue trimestrielle, Saison d'Alsace, 1992, p. 76.

⁹ J.-H. Gros, vice-président de la Sim à ce moment-là et président des journées textiles : « *Rien ne se fera sans la mobilisation de toutes les énergies, vous l'avez dit récemment, Monsieur le Ministre, il faut que chacun soit animé d'une inquiétude créatrice et féconde ; nous espérons vous montrer qu'un tel esprit existe en cette région et qu'il est juste qu'elle s'en trouve vivifiée* ». *Bulletin de la société industrielle de Mulhouse*, Journées Textiles de Mulhouse, Bulletin trimestriel n°3 (704), 1961, p. 11.

Face aux risques de déclin économique, une véritable prospective territoriale se met en place, c'est un processus d'action au service de l'aménagement du territoire mulhousien qui est en œuvre. Le territoire peut maintenant rêver de devenir un centre industriel modernisé, une ville de services et un carrefour logistique multimodal. Malgré les deux angles morts (les questions environnementales et la ségrégation sociale sont complètement passées sous silence), l'élite locale apporte une attention aux nouveaux modes de vie comme le sport, les loisirs et le bien-être matériel. Ils s'articulent autour de l'habitat, du travail, de la culture et de la circulation.

Les « réalisations communautaires », c'est-à-dire les écoles, l'hôpital, le réseau de tout-à-l'égout complet, l'établissement de bains modèle, les jardins publics, et le réseau de transports urbains étendu marquent une pratique sociale par l'aménagement de l'espace. Un supplément des *Dernières Nouvelles* éclaire justement cette radicalité : « *En 1967-68, un Mulhousien, de retour d'un très grand voyage qui lui aurait demandé une dizaine d'années, ne reconnaîtra plus sa ville. C'est la rançon de la croissance démographique, de l'essor urbain et du modernisme* »¹⁰. Il n'y a certainement pas d'autres exemples en France de cas d'application aussi rapide de la prospective imaginée par Gaston Berger à l'échelle d'un territoire.

La course au progrès compose avec l'attitude de l'élite locale dans l'engagement par « amour » de la ville, par un certain sens de l'intérêt général et du civisme, comme une forme de « progrès-sagesse », et par le remplacement du « je » au profit du « nous ». Cet engagement vers le futur a permis de reconfigurer une métamorphose de Mulhouse pour en faire une ville de création collective, de transformer la société, et c'est la définition même du « municipalisme » que donne l'historien et philosophe Murray Bookchin¹¹. Aussi étrange que cela puisse paraître, l'élite locale bourgeoise a donc mis en application les prémisses d'une pensée anarchiste libertaire.

II) La deuxième vague : du déclin à des promesses d'avenir en porte-à-faux

L'âge d'or des capacités endogènes de changement décline et sombre dans les abysses à partir des années 1970 jusqu'à la fin des années 1980. Le contexte socio-économique national, régional et local contribue à son essoufflement. D'autres aléas, comme la montée en puissance du néolibéralisme, la fin des dynasties industrielles régionales et locales ou encore l'entrée de « technostructures » avec de nouveaux acteurs comme la DATAR et la région Alsace vont, à leur tour, éteindre définitivement toute velléité de création locale pour faire face aux chocs.

Le sursaut mulhousien, au tournant des années 1990, s'inscrit dans un contexte géopolitique d'unification européenne, de décentralisation nationale et de désagrégation locale, quand certains ne parlent pas tout simplement d'effondrement mulhousien.

¹⁰ « *Mulhouse demain* », *Dernières Nouvelles* du Haut-Rhin, octobre 1964, p. 5.

¹¹ Le municipalisme a été théorisé par l'historien et philosophe Murray Bookchin pour qui le projet d'organisation sociale d'une ville, ou de son modèle, dépend de sa capacité à faire vivre la Cité, à gérer en son sein les rapports entre la ville et la campagne et l'utilisation des technologies. Le philosophe Michel Onfray a repris ce courant de pensée et considère le municipalisme comme capable de mener des projets initiant une transformation sociale radicale. Plus récemment, le philosophe Jonathan Durand Folco définit le municipalisme comme la théorie et la pratique qui fait de la municipalité le cœur d'une transformation démocratique de la vie sociale, économique et politique et qui plonge ses racines dans les ligues de villes de l'époque médiévale, comme la Décapole dans notre cas.

La ville entend utiliser une nouvelle fois l’imaginaire collectif pour retrouver une autorité ébranlée dans cette nouvelle crise socio-économique afin de légitimer sa position à l’échelle régionale. De l’automne 1987 à l’automne 1988, le premier programme de prospective est conduit à Mulhouse¹². Des groupes de réflexion¹³ sont lancés au courant des années 1990 avec parfois une participation directe des citoyens dans les projets concrets d’avenir. La cité du Bollwerk mobilise ses compétences pour rassembler l’ensemble de la population mulhousienne, de la ville et de l’agglomération, de telle sorte que cette opération est considérée par les protagonistes comme une expérience « *unique en France dans le domaine de la concertation* »¹⁴. C’est l’une des premières pratiques en France. La « reconquête » économique, comme ils la nomment, va de pair avec l’émergence nouvelle des problématiques environnementales dans le débat public.

L’émergence de cet imaginaire collectif n’est plus tournée exclusivement vers le « progrès », comme ce fut le cas lors de la première aventure, mais vers cette idée floue du « développement durable », cet oxymore et ce pléonasme, pour essayer de réconcilier ce qui ne peut l’être que très difficilement : l’économie et l’écologie¹⁵. Il y a une véritable envie de rupture et de transformation autour de ce concept.

La ville devient néanmoins en 1992 la première en France à signer avec l’État une charte de l’écologie urbaine et de la qualité de vie, et la mairie se dote au même moment d’une mission interservices pour le respect de l’environnement en prise directe avec le maire et le secrétariat général. Vingt-cinq ans plus tard, la désillusion est grande. Mulhouse est inexistante dans les classements nationaux sur ces thématiques. L’échec s’explique plus par une conduite de réassurance, comme refondation de l’être et l’agir collectif, que par une réelle volonté d’aventure¹⁶. Le développement durable a servi de prétexte à Mulhouse pour réunir les acteurs engagés et divisés, pour affirmer son identité, son récit politique et son marketing territorial, pour se démarquer de la région, à l’image, encore une fois, de l’indépendance de la République de Mulhouse. Cet épisode fastidieux a laborieusement permis de mettre en

¹² En réalité, une première ébauche de la prospective s’est déroulée à Mulhouse en novembre 1986 sur la préfiguration d’un futur réseau câblé de vidéocommunications. De nombreuses personnalités de la communication ainsi que des élus et des chefs d’entreprise sont accueillis lors de ces Journées de la communication. Cette amorce constitue selon le maire Joseph Klifa un atout considérable pour la vie économique locale, ainsi l’utilisation du câble permet de « *préparer le terrain pour l’an 2000* ». Toutefois, il s’agit plus d’une opération de communication et de vente que d’un travail collectif de prospectif. C’est pour cette raison que nous avons choisi de ne pas retenir cette date comme première expérience de la prospective après les longues années d’absence à Mulhouse.

¹³ Il y eut successivement « *COM’88* » en 1988, « *Mulhouse : la reconquête* » en 1991, « *le Projet urbain mulhousien* » en 1993 puis « *Mulhouse au Futur* » en 1998. Cette réflexion coorganisée par la SIM et la Ville de Mulhouse pour le Bicentenaire de la Réunion à la France est d’ailleurs la toute dernière expérience de prospective pilotée par la ville à ce jour.

¹⁴ La mobilisation est certaine pour cette première expérience de la prospective mulhousienne après une longue éclipse. Des milliers d’heures de travail, des centaines de réunions regroupant des personnes toutes étiquettes politiques confondues pour réfléchir sur le présent et l’avenir de la ville en proposant au final des propositions concrètes et précises : « *Une opération unique en France dans le domaine de la concertation, et qui se poursuivra au niveau des idées et des projets dans les années à venir, étant bien entendu que toute initiative n’a d’intérêt que dans sa concrétisation à court, moyen et long terme* ». Ville de Mulhouse, *COM’88*, livre blanc, p. 3.

¹⁵ Selon le philosophe Serge Latouche, le développement durable est un pléonasme puisque le développement est déjà une *self-sustaining growth* (croissance durable par elle-même) et un oxymore puisque le développement n’est ni durable ni soutenable. Il estime que la croissance n’est une affaire rentable qu’à la condition d’en faire porter le poids et le prix sur la nature, sur les générations futures, sur la santé des consommateurs, sur les conditions de travail des salariés, et sur les pays du Sud.

¹⁶ À Mulhouse, les diagnostics historiques lors des démarches de prospective se sont rarement aventurés sur les signes avant-coureurs ou encore sur des possibles « ruptures », mais ont été au contraire concentrés sur les forces et faiblesses sans concilier pour autant les analyses exogènes et endogènes au territoire. Cette tendance historique à mener un diagnostic « autocentré » sans élargir pour autant les analyses peut être considérée comme un repli sur soi. L’idée du développement durable développée à Mulhouse lors du rebond de la prospective semblerait marquer une rupture dans la prise en compte des éléments exogènes, mais ce récit prospectif de l’écologie urbaine a surtout permis à la ville de mener une conduite de réassurance pour gagner en légitimité face à la complexité des jeux d’acteurs en affirmant ainsi son positionnement, son récit politique, et son marketing territorial. Ces diagnostics historiques ont été réalisés de manière statique et non dynamique.

place le tram¹⁷ et la structure politique et administrative de l'agglomération qui fut l'une des dernières en France à se constituer avec Marseille.

III) La troisième vague : des risques d'effondrement systémique à la résilience du territoire ?

Pour remédier à cet élan collectif partiellement réussi des années 1990, et pour mieux m'immerger mentalement et psychologiquement dans ces travaux historiques sur la prospective mulhousienne dans la perspective des risques, j'ai alors entrepris dans le cadre de ma thèse de doctorat¹⁸ une troisième aventure, en 2015 et 2017, en incluant une centaine d'acteurs locaux de toutes les représentations socio-professionnelles par l'intermédiaire d'une démarche universitaire, portée par des méthodes scientifiques.

La méthode d'analyse morphologique comme la démarche décentralisée et autonome par rapport aux acteurs traditionnels est, *a priori*, une première européenne¹⁹. Quarante-deux variables endogènes et exogènes au territoire ont été prises en compte pour analyser le Sud Alsace à l'horizon 2040, pour anticiper les risques émergents et les trajectoires possibles même si certaines ne sont pas souhaitables. En tout, c'est plus de cinq-cents hypothèses qui ont été passées au crible agencé selon six thèmes²⁰ : l'environnement, l'espace, la gouvernance, les structures économiques, l'identité et la cohésion sociale, la culture et l'éducation.

À l'horizon 2040, les résultats sont sans appel pour le sud Alsace²¹ : l'espace sud alsacien tend vers des risques d'effondrement systémique. Pour faire simple, la dégradation biogéophysique du système Terre (le climat, les ressources, l'énergie, les limites planétaires, la sixième extinction de masse qui décrit la perte récente de biodiversité due aux activités humaines) et les lourds enjeux socio-économiques de la ville ne font pas bon ménage. Le couple est toxique. Actuellement, les deux scénarios les moins souhaitables sont les deux plus probables, et les deux scénarios les plus souhaitables sont les moins probables. Systématiquement, le Sud Alsace tend vers des risques d'effondrement systémique.

Il n'a pas été simple de « découvrir » par soi-même et par ses propres méthodes de prospective des risques d'effondrement à l'échelle locale à un horizon vingt ans, surtout lorsqu'on vit sur ce territoire. Encore moins lorsqu'on ne connaissait pas à l'époque le concept de l'anthropocène ni les travaux des scientifiques à ce sujet, comme ceux du Club de Rome, pourtant éloignés, *a priori*, des travaux d'histoire sur une ville comme Mulhouse. Malgré moi, j'ai soutenu la première thèse française sur les risques d'effondrement à l'échelle locale, ce

¹⁷ Et pourtant, le projet du Tram-Train n'est pas le fruit direct d'une réflexion prospective collective puisqu'il n'y a presque pas de trace dans les ateliers. Il émane directement des envies du maire de l'époque, Jean-Marie Bockel. Le maire n'a cessé de rapprocher ce projet des réflexions d'avenir portées tout au long de ses interventions. Finalement, ce colloque a été pour lui l'occasion, voire une opportunité sans contrainte, d'introduire politiquement et médiatiquement dans le débat public mulhousien la mise en place du Tram-Train, exercice acrobatique au pays de l'automobile.

¹⁸ A. BIASSIN *La prospective en Sud Alsace dans tous ses états : de son histoire à son renouvellement*, Université de Haute-Alsace et Université de Strasbourg, CRESAT, ED 519 SHS-PE, thèse soutenue en décembre 2019.

¹⁹ Nous n'avons pas trouvé à ce jour des cas similaires de cette méthode pratiquée collectivement et de manière décentralisée en Europe.

²⁰ Cette méthode balise le champ des possibles par des scénarios contrastés, en se basant sur la formulation de questions y compris dérangerantes, puis d'hypothèses qui y répondent. Une méthode qui prend en compte l'évolution de la tendance actuelle basée sur des statistiques et des prévisions mathématiques, mais anticipe également les potentielles ruptures et changements, majeurs ou mineurs, pouvant survenir. « *Quel avenir pour le Sud Alsace ?* », *Dernières Nouvelles d'Alsace*, édition Mulhouse-Thann, 9 janvier 2019.

²¹ « *Quel avenir pour le Sud Alsace ? Lorsque les habitants anticipent les futurs de leur territoire à 20 ans* », *Sud Alsace Transition*, novembre 2018, p. 62.

qui n'a pas été sans difficulté dans le bousculement des lignes d'une vieille institution comme l'Université.

Les différents chocs émotionnels vécus à la suite des résultats de ce détour intellectuel, qui avait pour but de mieux analyser une histoire en « lévitation », celle présentée précédemment, m'ont paradoxalement fourni la clef principale de compréhension de l'action collective menée durant les deux périodes historiques de prospective à Mulhouse : La prospective agit comme un dispositif de gouvernance efficace du territoire sur un mode libéral et municipaliste, qui permet au pouvoir de créer une action publique collective afin de se matérialiser autour de projets pour anticiper les risques et passer à l'action, ici et maintenant.

Avec ces récents résultats de prospective, la proposition émergente face à ces nouveaux risques est d'engager un nouveau dispositif²² efficace de gouvernance avec un regard résilient, c'est-à-dire en intégrant dès aujourd'hui les risques d'effondrement en Sud Alsace pour « fabriquer » collectivement des systèmes résilients afin d'absorber au mieux les chocs et les crises à venir, grâce à cette nouvelle philosophie de l'action publique à l'œuvre parmi les acteurs présents, et non plus celle du « développement durable ». Celle-ci a échoué dans les années 1990 à Mulhouse et n'a jamais fait preuve à ce jour de son efficacité et utilité au-delà des opérations de communication.

Hélas, le temps corrobore les scénarios envisagés lors de l'étude scientifique réalisée en 2017. La réalité dépasse désormais les hypothèses émises il y a cinq ans. Non seulement elles se confirment les unes après les autres, mais on observe également une accélération de leurs mises en œuvre²³.

Est-ce que les acteurs locaux traditionnels (la SIM, la mairie) ont réagi face à ces études solides qui leur ont été présentées ? Non. Est-ce qu'ils ont mis en place une commission, un groupe de réflexion, un audit pour approfondir cette problématique ? Non. Est-ce qu'ils ont intégré ces risques pour mieux gérer les crises ? Non. Comment les journalistes des quotidiens régionaux ont-ils réagi ? Par la censure²⁴. Comment les acteurs institutionnels ont-ils réagi ? Par le silence.

Ce constat a démontré une première historique à Mulhouse depuis l'après-guerre : les responsables publics ont rompu avec la culture locale de l'anticipation, de l'appropriation et

²² Selon le philosophe Giorgio Agamben, un dispositif s'articule autour de trois points : 1) il s'agit d'un ensemble hétérogène qui inclut virtuellement chaque chose, qu'elle soit linguistique ou non : discours, institutions, édifices, lois, mesures de police, propositions philosophiques. Le dispositif pris en lui-même est le réseau qui s'établit entre ces éléments. 2) Le dispositif a toujours une fonction stratégique concrète et s'inscrit toujours dans une relation de pouvoir. 3) Comme tel, il résulte du croisement des relations de pouvoir et des relations de savoir. « *Théorie des dispositifs* », *Poésie* 115, n°1 (2006), pp 25-33.

²³ Un rapport sera publié en 2022 pour faire l'état des lieux des trajectoires des scénarios envisagés en Sud Alsace dans l'étude de prospective de 2017. Des publications sont envisagées tous les cinq ans pour observer l'évolution sur l'ensemble de sa durée (20 ans), à l'image du fameux rapport *The Limits to Growth* connu en France sous le nom de « Rapport Meadow » du nom de ses principaux auteurs. Il s'agit d'un rapport appuyé par le Club de Rome et publié en 1972 aujourd'hui utilisé dans les débats pour souligner les liens entre les conséquences écologiques de la croissance économique, de la limitation des ressources et de l'évolution démographique. Il ne prend pas en compte, à son époque, du dérèglement climatique et de la biodiversité.

²⁴ Nous avons présenté les résultats de l'étude en avant-première le 22 novembre 2017 lors d'une soirée organisée par une radio locale (MNE) et le 2 décembre 2017 à la Société Industrielle de Mulhouse (SIM) lors d'une matinale de l'Agence de l'Urbanisme de Mulhouse (AURM) consacrée à leur 25^e anniversaire. Les élus ont rapidement quitté la salle tandis que les journalistes présents n'ont pas jugé nécessaires de communiquer sur cette matinale, contrairement à la pratique couramment admise. Il a fallu attendre la publication du rapport un an plus tard pour obtenir un modeste article dans un quotidien régional. Le procédé du déni, bien connu en psychologie, mériterait un approfondissement dans un article ultérieur.

de l'action face à des risques. Ce qui était une fierté locale, dans l'ADN de la ville, est aujourd'hui un souvenir qui commence à s'effacer, en attendant un éventuel sursaut ? Mulhouse parviendra-t-elle à susciter, une nouvelle fois, une communauté de destin pour mettre en place des actions radicales de résilience territoriale, afin de mieux supporter les chocs et les crises en cours et à venir tout en respectant la devise qu'elle a laissée à la France « *prévoir pour ne jamais subir* », ou bien la ville continuera inexorablement d'oublier sa propre culture ?

Ce sont pourtant les défis que la cité du Bollwerk devra affronter pour le demi-siècle à venir. Qu'elle le veuille ou non.

3. Discours et imaginaires

Les discours sur l'imminence d'une crise financière de grande ampleur : quel rôle pour les autorités de régulation ?

Akram EL MEJRI

Maître de conférences à l'Université Paris Nanterre

Membre du Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique
(CEDCACE)

1. Le retour du cataclysme financier ? Depuis la crise des *subprimes* de 2007-2008, de nombreux discours diffusés dans les médias ou sur internet prédisent une catastrophe financière, ou distillent des informations faisant craindre un tel évènement. L'entrée, dans les moteurs de recherche, de l'expression « *crise financière imminente* », donne à voir beaucoup de résultats inquiétants. Parmi une multitude d'exemples, un site « *or.fr* » publie une projection au ton inquiétant : le « marché actions » va s'effondrer de 90 % très prochainement¹. Pour un autre site, l'année 2021 sera assurément celle du « *Grand Krach* »².

2. *Rumeurs et fausses informations*. Les marchés financiers se nourrissant de l'information³, ils ont toujours été le théâtre de rumeurs, plus ou moins fondées, voire de mensonges purs et simples diffusés par des malveillants, lesquels n'hésitent pas, parfois, à exploiter un contexte de crise⁴. *L'existence de « fake news » dans la finance n'est, au reste, pas récente*. Dans *L'Argent*, Zola narre l'histoire du rachat par un spéculateur d'un journal renommé, *La Cote financière*, dans lequel ce dernier publie de fausses informations dans le but de faire monter les cours de l'Universelle, dont il est à la fois actionnaire et dirigeant. Ces manifestations ne sont, évidemment, pas cantonnées à la fiction. Les fausses annonces de la mort de Napoléon en 1814 à la *London Stock Exchange* avaient précisément pour objectif de faire croître la valeur des bons du Trésor anglais⁵.

Le diffuseur du mensonge ne vise pas toujours à en retirer un gain financier. En 2010, un groupe d'activistes américains en faveur de l'environnement a accusé, à l'appui d'une campagne publicitaire détournée, le géant américain Chevron d'être responsable de plusieurs catastrophes environnementales, faisant s'effondrer le cours de son action.

3. Réseaux sociaux. Les réseaux sociaux ont donné une tout autre dimension au phénomène. Les marchés peuvent surréagir par l'effet d'un simple *tweet* annonçant un évènement traumatique, en raison des nouvelles techniques de *trading* algorithmique : des ordres de bourse automatisés peuvent alors être lancés par milliers. En 2013, un faux *tweet* de Barak Obama annonçant des explosions à la Maison Blanche a produit une chute immédiate de 1 % de la valorisation boursière aux États-Unis, soit l'équivalent d'environ 130 milliards de dollars.

¹ « L'effondrement du système financier est imminent », [<https://or.fr/actualites/chute-systeme-financier-est-imminente-1787>].

² « 2021, année du Grand Krach ? », [<https://la-chronique- agora.com/2021-annee-du-grand-krach/>].

³ M. COMBE, « Sanction par l'AMF de deux bloggeurs pour information inexacte sur l'endettement de la Société Générale », *RD banc. fin.*, mai-juin 2014, n° 14, n° 7.

⁴ À titre d'exemple, peut être citée la pratique dite de la « bouilloire ». Elle consiste à approcher, le plus souvent par téléphone, des particuliers afin de les inciter à acquérir des titres dont la valeur s'approprierait à croître de manière importante. Ces acquisitions massives sont alors censées faire grimper le cours de l'action de façon artificielle : les auteurs de la fraude en profiteront alors pour céder leurs propres actions en engrangeant au passage une forte plus-value. La bulle éclatera une fois l'opération achevée. V. à sujet : « L'AMF met la main sur la fraude dite "pratique de la bouilloire" », *La Tribune*, 24 juillet 2020, [<https://www.latribune.fr/entreprises-finance/banques-finance/industrie-financiere/l-amf-met-la-main-sur-la-fraude-dite-pratique-de-la-bouilloire-853493.html>].

⁵ A. NEYRET, *La cybercriminalité boursière, définition, cas et perspectives (Rapport de l'AMF)*, octobre 2019, p. 36.

Heureusement, le démenti ferme et rapide a mis un terme aux inquiétudes. La régulation est, en tout état de cause, rendue difficile par l'anonymat qui règne sur ces réseaux, les malhonnêtes n'hésitant pas à user d'un VPN et des cryptomonnaies.

4. Bonne foi. En dehors du cas particulier des « *fake news* » relevant d'une intention maligne, la complexité des activités financières explique sans doute le nombre important de publications catastrophistes⁶. Cette complexité suscite légitimement la suspicion : il est souvent difficile de maîtriser les conséquences potentielles de tel ou tel produit financier ou comportement spéculatif. Il est donc inévitable qu'il y ait des prises de position, plus ou moins autorisées, cherchant à en saisir et en extrapoler les implications.

5. Enjeux. La tendance est préoccupante, justement, en raison de l'importance cruciale, pour les marchés financiers, de l'information et de la transparence. Le public doit pouvoir disposer d'une information à la fois large et pertinente, à même de lui permettre d'orienter ses décisions d'investissement. Cet impératif est censé garantir une formation normale du cours des instruments financiers qui se négocient sur les marchés⁷.

Or, l'expression d'un propos annonçant une catastrophe peut susciter une réaction brutale, parfois irrationnelle, des marchés : chute des cours, désaffection des épargnants... À l'image d'une prophétie autoréalisatrice, un enchaînement malheureux peut même faire survenir la déflagration financière elle-même. Il faut se souvenir de l'erreur commise par l'agence de notation Standard and Poors en 2011, qui annonça, à tort, que la note de crédit de la France (AAA) s'apprêtait à être baissée. En l'absence de démenti, une nouvelle crise des dettes souveraines aurait pu éclater en Europe.

6. Réponses juridiques. Le traitement du problème suppose de trouver le juste équilibre entre, d'un côté, la nécessité d'assurer une information fiable, et de l'autre, la liberté d'expression. La diffusion de fausses informations constitue un abus de marché. Mais l'application que fait l'AMF de ce manquement mérite d'être questionnée (I). L'Autorité dispose, au vrai, d'un autre levier, qui peut s'avérer plus opportun : c'est la « contre-information » (II). De son côté, le diffuseur de l'information douteuse peut-il bénéficier de la protection accordée aux lanceurs d'alerte (III) ?

I) Les abus de marché

7. Le manquement de diffusion de fausses informations. Comme en toute matière, la liberté d'expression n'est pas absolue sur les marchés financiers. Le droit financier sanctionne donc la diffusion d'informations fausses ou trompeuses.

L'instrument peut théoriquement être mobilisé à l'encontre de certains discours prédisant une crise financière. Les publications sur les réseaux sociaux ou sur des blogs peuvent tout à fait être saisies puisque le champ d'action de l'AMF est large, le média utilisé ou le lieu d'émission du discours important peu⁸.

⁶ Th. BONNEAU, « Suspicion et complexité, dans le secteur financier et ailleurs », *BJB*, 2015, p. 301.

⁷ A. COURET, H. LE NABASQUE, M.-L. COQUELET et *alii*, *Droit financier*, 2019, Dalloz, 3^{ème} éd., n° 1776, p. 1406.

⁸ L'autorité est compétente pour tout abus de marché, même commis à l'étranger, qui concerne un instrument financier négocié sur une plateforme de négociation située en France. Symétriquement, l'AMF est compétente lorsque le manquement s'opère sur le territoire français, concernant un instrument financier négocié à l'étranger ou dans l'espace économique européen.

Les contours de la définition du manquement⁹, fixés par le « Règlement abus de marché » (dit « MAR »), en son article 12-1, c)¹⁰, permettent de faire un tri entre ce type de publications. Pour faire l'objet d'une sanction, le propos doit être assis sur des informations « *qui donnent ou sont susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses en ce qui concerne l'offre, la demande ou le cours d'un instrument financier [...] ou fixent ou sont susceptibles de fixer à un niveau anormal ou artificiel le cours d'un ou de plusieurs instruments financiers* ». Autrement dit, il importe que le discours soit fondé sur des éléments ou postulats qui ne sont pas en mesure d'être prouvés. Devraient aussi être visés les propos ambigus de nature à tromper les épargnants et investisseurs¹¹.

8. Illustrations. Des auteurs ont pris l'exemple d'une fausse rumeur d'attentat qui pourrait faire plonger les marchés¹². De même, aurait pu faire l'objet d'une sanction la fausse annonce en 2017 sur internet, avec photo à l'appui, d'un crash d'hélicoptère causant la mort de Vitalik Buterin, créateur de la cryptomonnaie Ethereum. Les conséquences financières furent particulièrement violentes¹³.

9. Absence de sanction pour les projections réalisées de bonne foi. *A contrario*, un commentateur qui prédit l'éclatement d'une crise financière en extrapolant son analyse à partir d'éléments vérifiables ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'une sanction, même si la publication risque de faire chuter le cours de nombreux instruments financiers¹⁴. À la condition, naturellement, qu'il ait été de bonne foi ou, à tout le moins, normalement diligent.

9. Difficultés de mise en œuvre : l'affaire Société Générale. L'interprétation réalisée par l'AMF du manquement de diffusion de fausses informations à l'occasion des rumeurs de faillite de la Société Générale suscite, à certains égards, la perplexité.

Dans le contexte de la crise des dettes souveraines de 2011, les banques françaises, exposées au risque de défaut grec, se trouvaient dans une situation très délicate. Le cas de la Société Générale va en particulier attirer l'attention du public, des rumeurs faisant état d'une très prochaine faillite en raison de sa forte exposition. Un blogueur, professeur de finance, va se faire l'écho de ces rumeurs, mais se voudra plus précis. Au moment où la Société Générale publie ses comptes, il diffusera sa propre analyse, selon laquelle ces derniers ne donnaient pas une image parfaitement réaliste de la situation de la banque¹⁵. L'AMF se saisira de l'affaire sur le fondement de l'article 632-1 de son Règlement général, et la Commission des sanctions prononcera une condamnation.

⁹ Il s'agit aussi d'un délit, relevant des juridictions répressives. Ce qui pose d'ailleurs la question récurrente du respect du principe *non bis in idem*, qui est en passe d'être résolue avec la mise en place de l'aiguillage. V. à ce sujet : J. Chacornac, « La diffusion de fausses informations à l'épreuve du principe de nécessité des peines : rétrospective et prospective autour d'une jurisprudence mal née », *BJB* 2016, p. 509.

¹⁰ Règlement (UE) n° 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché (règlement relatif aux abus de marché) et abrogeant la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil et les directives 2003/124/CE, 2003/125/CE et 2004/72/CE de la Commission, *JOUE* n° L 173/1, 12 juin 2014.

¹¹ A. COURET, H. LE NABASQUE, M.-L. COQUELET et *alii*, *op. cit.*, n° 1805, p. 1448

¹² *Ibid.*, n° 1804, p. 1447

¹³ A. NEYRET, *op. cit.*, p. 36.

¹⁴ L'existence d'un effet sur les cours n'est pas une condition requise pour caractériser le manquement, mais est prise en compte, notamment, pour évaluer le *quantum* de la condamnation. V. à ce sujet : D. MARTIN et M. FRANÇON, « Rumeurs sur la Société Générale, montagne et souris », *JCP E*, 2014, 1092, n° 8, p. 43.

¹⁵ En suivant l'angle d'analyse du blogueur, les rapports entre les capitaux propres et les dettes de la banque seraient de 1 à 50, contrairement à la présentation faite par ses dirigeants d'un ratio de 1 à 10. Par voie de conséquence, ceci impliquerait par ailleurs que son état financier ne soit pas conforme aux normes prudentielles dites « Bâle II ».

10. Critiques. La sanction apparaît disproportionnée. Il était d'abord douteux que la diffusion ait pu avoir des répercussions importantes sur la capitalisation de la Société Générale et plus généralement sur le secteur bancaire¹⁶. Surtout, l'analyse du blogueur ne reposait pas sur de fausses informations, mais sur une lecture critique des comptes publiés par la banque¹⁷. Il considérait que les titres hybrides (TSDI et TSSDI) auraient dû être considérés comme des instruments de dettes¹⁸. Or, les accords de Bâle II autorisaient leur comptabilisation en tant que capitaux propres, méthode qu'avait justement suivie la Société Générale. Au fond, l'auteur contestait l'approche comptable prônée par ces accords, lesquels sont dépourvus, il faut le souligner, de valeur normative. Il est vrai que l'auteur se présentant comme « antisystème », son analyse, subjective et sévère, était empreinte d'un parti-pris évident. Pour autant, étions-nous véritablement en présence d'une fausse information ?

L'autre critique qu'il est possible d'émettre tient au rôle de l'AMF. L'autorité s'est exclusivement intéressée aux titres d'un émetteur particulier, alors que l'affaire s'inscrivait dans un contexte plus général de crise du secteur bancaire. Un auteur s'interroge : « *On peut se demander si l'AMF est tout à fait dans son rôle de protection du bon fonctionnement du marché financier. Si le comportement léger, voire biaisé du blogueur a porté préjudice à la Société Générale, c'est au juge judiciaire à travers la responsabilité civile d'en connaître mais pas à l'AMF.* »¹⁹

11. Traitement de faveur des journalistes. L'affaire Société Générale est aussi éclairante quant au traitement favorable réservé aux journalistes. Un quotidien britannique avait, à la même période, diffusé des rumeurs de faillite de la Société Générale, et Le Point s'en était fait le relais en France. Pourtant, aucune procédure de sanction ne sera initiée.

L'article 21 du règlement MAR dispose en effet que « *lorsque des informations sont divulguées ou diffusées [...] à des fins journalistiques* », il convient de tenir « *compte des règles régissant la liberté de la presse et la liberté d'expression [et] des règles ou codes régissant la profession de journaliste* »²⁰. Le journaliste qui publie une information sujette à caution et de nature à causer d'importantes turbulences sur les marchés ne sera sanctionné qu'en cas de violation de la déontologie journalistique. La difficulté est qu'il n'existe pas de réglementation d'ensemble de la profession²¹. Est-ce à dire qu'aucune sanction n'est envisageable ? Cette protection a vocation à céder dans deux hypothèses. D'une part, lorsque le journaliste tire directement ou indirectement profit de cette divulgation (cas d'un journaliste qui révélerait un fait à même de faire croître, au contraire, le cours d'un titre qu'il détient). D'autre part, lorsqu'il a eu l'intention d'induire le marché en erreur quant à l'offre, à la demande ou au cours d'instruments financiers ; au fond, lorsqu'il a agi de mauvaise foi.

12. Affaire Bloomberg. Les publications journalistiques ne peuvent donc être sanctionnées que dans des circonstances assez exceptionnelles, ainsi que l'enseigne l'affaire Bloomberg. L'antenne française de cette célèbre agence de presse avait relayé un faux communiqué faisant état de graves difficultés du groupe Vinci. L'information ayant été par la suite diffusée

¹⁶ Les difficultés de la Société Générale, et les rumeurs étaient antérieures aux publications litigieuses. Il est donc pour le moins hasardeux de trouver un rapport de causalité entre ces publications et la chute du cours de l'action de la banque.

¹⁷ M. COMBE, art. préc., n° 14, n° 32.

¹⁸ Ph. DIDIER, « Blog financier, rumeurs et crise. Décision de la commission des sanctions à l'égard de MM. Jean-Pierre Chevallier et Mike Shedlock », *Rev. soc.* 2014, p. 263.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ À lire les textes, cette protection ne vaut pas en matière pénale. Pour autant, l'on imagine difficilement une action répressive à l'encontre d'une publication prédisant, même avec une grande légèreté, une catastrophe financière.

²¹ D. MARTIN et M. FRANÇON, art. préc., p. 44.

par d'autres canaux, le cours Vinci chuta brutalement, jusqu'à la publication de démentis officiels²². L'AMF finira par sanctionner l'agence, sur le fondement des articles 12 et 15 du règlement MAR.

Les éléments du manquement étaient caractérisés : pour l'élément matériel, il s'agissait d'un faux communiqué susceptible d'affecter négativement le cours des titres Vinci ; pour ce qui est de l'élément moral, l'agence était censée savoir qu'il s'agissait d'un faux, à tout le moins, des vérifications minimales lui auraient permis de s'en apercevoir. Pour autant, encore fallait-il déterminer si l'agence avait eu un comportement conforme à la déontologie journalistique²³. Ce n'était manifestement pas le cas en l'espèce, les journalistes s'étant empressés de relayer l'information sans procéder à des vérifications sérieuses.

13. Contraste entre journalistes et non-journalistes. La différence de traitement entre journalistes et non-journalistes saute aux yeux lorsque l'on songe de nouveau à l'affaire Société Générale. Si un professionnel de l'information avait adopté le même comportement que le blogueur, en publiant une étude très critique, à « contre-courant » du cadre d'analyse communément admis, mais fondée sur une recherche approfondie, il n'aurait encouru aucune sanction, à défaut de violation de la déontologie journalistique. L'appréhension du problème au prisme des abus de marché peut donc parfois s'avérer inadéquate. Un autre levier, sans doute plus pertinent dans ce type de situation, est utilisé par l'AMF.

II) La contre-information par l'AMF

14. Autre remède : blocage des négociations. Au-delà des abus de marché, lesquels ont le « défaut » d'intervenir *ex post*, l'AMF dispose d'autres moyens d'action. Elle peut ainsi bloquer momentanément, avec le concours d'Euronext par exemple, les négociations sur un titre faisant l'objet d'une *fake news*, pour éviter une chute brutale du cours ou plus largement tout mouvement irrationnel²⁴. Ce type d'action n'est cependant pas un remède miracle, et s'avère presque impossible à mettre en œuvre lorsque la rumeur frappe de nombreux titres²⁵.

14. « *Fact checking* ». L'AMF dispose d'un autre outil, qui s'avère particulièrement essentiel. C'est l'information ou, plus exactement, la « contre-information ». À l'instar des « *fact checkers* », l'AMF peut en effet publier des communiqués sur son site internet – bien qu'elle n'hésite pas à les diffuser sur les réseaux sociaux –, afin d'apporter un démenti, un éclairage, voire une mise en garde contre des informations trompeuses risquant de susciter la panique sur les marchés.

15. Intérêts. La démarche est opportune, car en définitive, et au-delà de la condamnation des diffuseurs, il s'agit de garantir, en permanence, l'intégrité de l'information. Notons que les deux actions (curative et informationnelle) sont tout à fait complémentaires : avant même d'initier la procédure relative à la diffusion d'informations inquiétantes sur l'état des finances

²² E. ROGEY, « Les « fake news » à l'ère de MAR : l'AMF sanctionne une agence de presse pour diffusion de fausses informations », *RD banc. fin.*, mai 2020, étude 9, n° 2.

²³ Les autres cas de figure permettant de mettre à l'écart la protection des journalistes, à savoir le fait de tirer un profit de l'information fautive, ou la volonté d'induire intentionnellement le marché en erreur, n'étaient pas démontrés.

²⁴ « Affaire Vinci: l'AMF cherche comment mieux protéger la Bourse des fausses infos », *L'Express*, 23 février 2017, [https://lexpansion.lexpress.fr/entreprises/affaire-vinci-l-amf-cherche-comment-mieux-protger-la-bourse-des-fausses-infos_1882335.html]

²⁵ A. NEYRET, *op. cit.*, p. 41.

de la Société Générale, l'AMF avait rapidement publié plusieurs communiqués afin de démentir les rumeurs. Du reste, l'AMF a aussi rendu publique sa décision de condamnation²⁶. Ce vecteur présente surtout l'avantage de pouvoir être mobilisé en dehors du spectre des abus de marché. Certes, le rôle de l'AMF ne doit pas consister à prendre position de manière systématique. Il s'agit plutôt d'éclairer le public en apportant des éléments objectifs, à même d'atténuer, si nécessaire, le ton excessif de certaines publications, même lorsqu'elles ne sont pas justiciables du manquement de diffusion de fausses informations. La vertu de ce *modus operandi* est de permettre de ménager la liberté d'expression, en échappant à la tentation de faire entrer dans le giron des abus de marché toutes les publications alarmistes ou critiques.

III) La question de l'octroi du statut de lanceur d'alerte

16. Essor du *whistleblowing* en matière financière. Le secteur financier représente, depuis plusieurs années déjà, un champ important pour le développement du *whistleblowing*. Certains grands scandales, comme celui d'Enron, ont révélé la nécessité de favoriser la divulgation au public et aux autorités de régulation des faits les plus préoccupants. La crainte du risque financier systémique, attisée par la crise des *subprimes*²⁷ et l'affaire Madoff, a conduit de nombreux États, dont la France, à consacrer des mécanismes protecteurs pour les lanceurs d'alerte²⁸. Mais une personne qui prédit une catastrophe ou révèle un fait de nature à perturber gravement le marché peut-elle revendiquer le statut de lanceur d'alerte, qui la mettrait à l'abri contre toute mesure de rétorsion, et ce, même si l'information se révèle en définitive inexacte ?

17. Définition du lanceur d'alerte. La loi Sapin 2²⁹ représente le droit commun du statut de lanceur d'alerte. Son article 6 le définit comme « *une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international [...] ou une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance* ». En matière financière, la loi protège plus particulièrement les personnes qui révèlent des abus de marché ou toute autre violation du droit financier.

18. Protection du lanceur d'alerte. Le lanceur d'alerte ne peut pas faire l'objet d'une sanction de la part, notamment, de son employeur³⁰, et la confidentialité lui est assurée. Afin d'offrir de solides garanties aux lanceurs d'alerte, l'article L. 634-1 du code monétaire et financier impose en outre à l'AMF et à l'ACPR de mettre en œuvre des procédures permettant de recevoir et de traiter les signalements des infractions à la réglementation bancaire et financière. Le dispositif de l'AMF est, par exemple, régi aux articles 145-1 et suivants de son règlement général³¹. De leur côté, et dans une logique de « *compliance* », les entreprises relevant de ces deux autorités ont l'obligation d'instaurer des procédures internes pour faciliter le traitement de l'alerte et assurer la protection des lanceurs d'alerte.

²⁶ L'AMF peut publier une condamnation dès lors qu'elle n'identifie pas de risque de perturbation des marchés.

²⁷ J.-B. POULLE et S. KAHN, « Le *whistleblowing* : réflexions sur les derniers développements en matière financière », *RD banc. fin.*, novembre 2015, étude 21.

²⁸ M.-E. BOURSIER, « L'irrésistible ascension du *whistleblowing* en droit financier s'étend aux abus de marché », *BJB*, 2016, p. 382 et s., spéc. n° 10.

²⁹ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF* n° 0287, 10 décembre 2016.

³⁰ C. mon. fin., art. L. 634-3. Sont aussi protégées les personnes mises en cause par un signalement émis par un lanceur d'alerte, puisque rien ne démontre encore, au stade de la révélation des faits, leur véracité (C. mon. fin., art. L. 634-4).

³¹ M.-E. BOURSIER, art. préc., n° 55.

19. Difficulté d'invoquer le statut de lanceur d'alerte. Le statut de lanceur d'alerte ne pourra toutefois bénéficier qu'à un nombre restreint de personnes. En premier lieu, l'intéressé doit avoir eu personnellement connaissance d'une information préoccupante à l'occasion de ses fonctions dans l'entreprise³². Ainsi, une simple projection, reposant sur une analyse personnelle et subjective, ne devrait pas être concernée. Par ailleurs, le lanceur d'alerte doit agir de façon désintéressée et de bonne foi, ce qui exclut évidemment les propagateurs volontaires de *fake news*, ainsi que certains hérauts de l'« Apocalypse financière ».

³² *Ibid.*, n° 5.

PARTIE II
VARIA

Positions de thèse

Les principes de la réparation confrontés au dommage corporel

Guillemette WESTER

Docteure en droit, Université Lyon III

Équipe Louis Josserand

ATER à l'Université de Tours

Les positions de thèse ici développées sont celles de la thèse « Les principes de la réparation confrontés au dommage corporel », réalisée sous la direction de la Professeure Stéphanie Porchy-Simon et soutenue à l'Université Lyon III le 29 novembre 2021, en présence du jury composé des Professeurs Mireille Bacache (présidente), Jonas Knetsch (rapporteur), Fabrice Leduc (rapporteur), Olivier Gout (examineur) et Stéphanie Porchy-Simon (directrice).

Le sujet paraît familier à première lecture. Pourtant les principes de la réparation ne constituent pas une catégorie connue de principes. L'on devine que l'étude évoque la réparation intégrale ainsi que l'appréciation au jour du jugement, le principe de libre utilisation des dommages-intérêts... mais les règles gouvernant les effets de la responsabilité ne sont pas arrêtées et classées comme les types de fautes ou les natures de dommages. Une étude était donc utile pour clarifier et définir les grands principes mettant en œuvre la fonction indemnitaire. Ils ont été confrontés au dommage corporel car il est idéal pour mettre en valeur leurs forces et leurs faiblesses : la jurisprudence est importante, parfois hésitante, et les controverses autour de leur sens et de limites. Le dommage corporel bénéficie également de cette confrontation qui permet de vérifier si les principes lui sont correctement appliqués.

Les principes de la réparation ont, dans un premier temps, été identifiés (I). Une fois confrontés au dommage corporel, un affaiblissement de leur garantie a été constaté en droit positif (II), justifiant la formulation de proposition afin de les renforcer en droit prospectif (III).

I) L'identification des principes de la réparation

Les juristes lui attribuent classiquement deux caractéristiques au principe : il est général et découvert par le juge dans un texte de loi¹. Ces critères ont été éprouvés par la doctrine contemporaine² et le sont une nouvelle fois au sein de cette étude car les principes sont parfois techniques, précis, et parfois créés de toute pièce par le juge qui ne disposait d'aucune directive en matière de réparation. Le principe de la réparation intégrale, hégémonique en droit de la responsabilité civile, n'est pas le seul principe de la réparation ; ses corollaires peuvent en effet prétendre à la qualification de principe autonome. Partant de ce constat, six principes de la réparation ont été identifiés et classés au sein de trois catégories.

¹ J. Boulanger, « Principes généraux du droit et droit positif », in *Études offertes à G. Ripert*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 51.

² P. Morvan, *Le principe de droit privé*, LGDJ, éditions Panthéon Assas, 1999.

Les principes directeurs de la réparation – Ils définissent les grandes orientations de la fonction indemnitaire sans fournir de méthode précise et claire au juge pour déterminer et évaluer les préjudices réparables. Deux principes de la réparation entrent dans cette catégorie. Le premier est double : il s’agit des principes de généralité et d’équivalence, peu connus mais qui ont discrètement irrigué le droit français de la réparation. Applicables à la fois au dommage et au préjudice, ils disposent que toute atteinte doit être *a priori* qualifiée de réparable, sans discrimination de nature ni hiérarchie³. Ces principes sont emblématiques de la culture juridique française : le droit allemand, par exemple, connaît des principes rigoureusement contraires de spécialité et de hiérarchie des intérêts protégés⁴. Le second est, bien entendu, le célèbre principe de la réparation intégrale, qui commande replacer la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si le dommage n’était jamais survenu. Incontournable, l’étude comparée du principe révèle que son appréhension diffère en fonction des systèmes juridiques : certains droits s’accommodent de barèmes impératifs, d’une obligation de minimiser le dommage tout en affirmant qu’ils réparent intégralement le préjudice subi par la victime. En droit français, l’évaluateur est tenu de réparer « *tout le préjudice, rien que le préjudice* », « *sans perte ni profit pour aucune des parties* ».

Les principes dérivés de la réparation – Ces principes sont plus techniques, plus précis et participent à la mise en œuvre concrète des principes directeurs. Ils sont également au nombre de deux : l’appréciation au jour du jugement d’une part et l’appréciation *in concreto* d’autre part. La date d’appréciation a fait l’objet de quelques hésitations en jurisprudence, la Cour de cassation ayant un temps apprécié les préjudices réparables au jour de la survenance du dommage⁵. Ce décalage au jour où le juge statue présente toutefois un double avantage pour mettre en œuvre le principe de la réparation intégrale : il permet de prendre en compte les évolutions du dommage ainsi que les variations monétaires. S’agissant de l’appréciation *in concreto*, elle oblige l’évaluateur à statuer en fonction des particularités de la victime qui a subi le dommage, et non en fonction d’une personne raisonnable.

Les principes assurant la liberté de la victime – Ces principes ne mettent pas directement en œuvre les principes directeurs de la réparation ; ils démontrent plutôt l’expression d’une faveur à l’endroit de la victime en lui octroyant une certaine liberté dans la gestion de son dommage et de ses indemnités. Le premier est le principe d’absence d’obligation de minimiser ou de ne pas aggraver le dommage. Figure du droit anglais⁶, la Cour de cassation refuse de consacrer cette obligation en droit français⁷, estimant que « *l’auteur d’un accident doit en*

³ Cass. Crim., 20 février 1863, *Caderousse-Gramont c. Dillon*, S. 1863, 1, 321, rapp. Nouguier ; D. P. 1864. 1. 102 : « l’article 1382 [ancien], en ordonnant *en termes absolus* la réparation de tout fait quelconque de l’homme qui cause à autrui un dommage, *ne limite en rien ni la nature du fait dommageable, ni la nature du dommage éprouvé, ni la nature du lien* qui doit unir, au cas de décès, la victime du fait avec celui de ses ayants droit qui en demanderait la réparation » ; Cass. Civ., 13 février 1923, *Lejars c. consorts Templier*, S. 1926. I. p. 325 ; D. P. 1923. 1. 52, note Lalou ; GAJC, n° 186 : « l’article 1382 [ancien] du Code civil d’après lequel quiconque, par sa faute, cause à autrui un dommage est obligé de le réparer, s’applique par *la généralité de ses termes aussi bien au dommage moral qu’au dommage matériel* »

⁴ § 823 du BGB ; v. notamment sur ce point : F. Leduc, « Synthèse des travaux du GRECA », in *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d’harmonisation*, sous la dir. de GRECA, Bibliothèque de l’Institut de recherche juridique de la Sorbonne - André Tunc, t. 36, IRJS éditions, 2012, p. 899 et s., spéc. p. 900.

⁵ V. notamment : Cass. Civ., 30 juillet 1877, D. P. 1878. I. 24.

⁶ L’obligation a été explicitement consacrée en 1912 : *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd. v. Underground Railways Co. of London Ltd* [1912] A. C. 673. Des prémisses de l’obligation se décelaient dès 1830 à l’occasion de l’arrêt *Staniford c. Lyall* [1830] ou encore au sein de l’opinion du juge James L. J. dans l’arrêt *Dunkirk Colliery Co. v. Lever* [1878], 9 Ch. D. 20, p. 25. V. sur ce point : S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, 2002, nos 28 et s.

⁷ La Cour de cassation a un temps sanctionné le refus de la victime de se soumettre à un acte bénin pour réduire son droit à réparation (v. notamment : Cass. Req., 15 février 1910, DP. 1911 p. 303 ; Cass. 2^e civ., 13 janvier 1966, *Gaz. Pal.*, 1966, I, 375 ; *RTD Civ.*, 1966 p. 806 note J. Chevallier ; Cass. Crim., 30 octobre 1974, n° 73-93.381, *JCP G. I.* 18038, obs. L. Mourgeon ; D. 1975, p. 178 note R. Savatier). Cette sanction pouvait s’apparenter à une volonté de consacrer l’obligation de minimiser le dommage.

*réparer toutes les conséquences dommageables ; la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable »*⁸. Le second est le principe de libre utilisation des indemnités qui, au nom du droit de propriété et du droit au respect de la vie privée, interdit au juge d'affecter les dommages-intérêts et de contrôler l'utilisation faite par la victime⁹.

Une fois identifiés et étudiés, les principes de la réparation ont ensuite été confrontés au dommage corporel. Nous avons alors constaté un net affaiblissement de leur portée une fois confrontés à cette nature de dommage.

II) L'affaiblissement des principes de la réparation en droit positif

L'étude du droit positif a permis de mettre en avant une application inégale des principes de la réparation au dommage corporel (A), ainsi que des obstacles liés à l'utilisation des outils de détermination et de chiffrage des préjudices réparables (B).

A) L'application inégale des principes de la réparation au dommage corporel

Le sens de la réparation du dommage corporel en question – D'abord, la portée des principes directeurs de la réparation est restreinte. S'agissant du principe de la réparation intégrale, le dommage corporel est bien souvent qualifié de dommage irréparable, limitant ainsi les ambitions du principe. Ainsi, les préjudices extrapatrimoniaux ne semblent pas parfaitement compensables, justifiant que la victime ne soit que satisfaite et non réparée. L'objectif de réparation intégrale peut pourtant être poursuivi en la matière : un sentiment d'intégralité peut ainsi être recherché par l'évaluateur, sentiment qui passe par la dénomination des préjudices réparables (le phénomène est exacerbé depuis la généralisation de l'usage de la nomenclature Dintilhac) et par l'allocation de dommages-intérêts correspondant en une conciliation entre la demande de la victime (qui correspond à *son* sentiment d'intégralité), la proposition du débiteur et les données de chiffrage habituellement pratiquées par les juridictions. S'agissant des principes de généralité et d'équivalence, leur respect est compromis par le filtrage du caractère légitime du préjudice réparable, dont l'importance est sous-estimée à l'heure actuelle. Si aucune discussion ne survient sur l'admission de la réparation d'un préjudice patrimonial – correspondant à une diminution objective du patrimoine –, les discussions sur la légitimité des préjudices extrapatrimoniaux sont fréquentes. En témoignent les débats sur les nouveaux postes de préjudices (préjudices d'angoisse de mort, religieux, d'avilissement...) qu'il paraît peu légitime d'indemniser au risque de « trop » réparer¹⁰. Une ébauche de hiérarchie entre les préjudices patrimoniaux et les préjudices extrapatrimoniaux se dessine ainsi dans la réparation du dommage corporel.

Les atteintes aux principes dérivés de la réparation – Ensuite, les principes dérivés de la réparation sont garantis de manière très inégale. L'appréciation au jour du jugement est complexifiée par la notion de consolidation, qui occupe une place trop importante dans le

⁸ Cass. 2^e civ., 19 juin 2003, n° 00-22.302 et n° 01-13.289, *D.* 2003, p. 2326 note J.-P. Chazal ; *RTD Civ.* 2003, p. 717, obs. P. Jourdain ; *JCP G.* 2004. I. 101, obs. G. Viney.

⁹ V. notamment : Cass. Crim., 22 février 1995, n° 94-82.991, *Bull. crim.*, n° 77, *JCP G.* 1995, I, 3893 obs. G. Viney, *RTD Civ.* 1996, p. 402, note P. Jourdain.

¹⁰ V. notamment : J. Knetsch, « La désintégration du préjudice moral », *D.* 2015, p. 443 ; N. MOLFESSIS, « La psychologisation du dommage », in *Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, sous la dir. Y. Lequette et N. Molfessis, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2015, p. 39 et s.

travail de détermination et d'évaluation des préjudices réparables¹¹. De même, ce seul principe ne suffit pas à réparer intégralement le dommage corporel dans le temps car ce dommage est évolutif, susceptible de s'aggraver ou de s'améliorer. Si l'action en amélioration ne peut être intentée de par l'autorité de chose jugée attachée à la décision indemnitaire, le préjudice aggravé est un préjudice réparable. Le principe d'appréciation *in concreto* connaît également certaines limites : on cherche à rationaliser la réparation du dommage corporel à travers des échelles de gravité, des pourcentages, des nomenclatures, des fourchettes. Ce travail d'objectivisation est indispensable mais difficilement compatible avec l'appréciation *in concreto* qui nécessite de ne pas se référer à la personne raisonnable.

Les risques de remise en cause des principes assurant la liberté de la victime – La victime de dommage corporel est particulièrement protégée : elle n'est ainsi jamais tenue de minimiser son dommage dans l'intérêt du responsable ; l'évaluateur ne peut donc lui reprocher de ne pas avoir subi un acte médical ou de prendre toutes sortes de mesures susceptibles d'améliorer sa condition – suivre une formation pour pouvoir occuper un emploi compatible avec son handicap, déménager dans un logement adapté, etc. De même, cette dernière ne peut être contrainte d'affecter les dommages-intérêts qu'elle perçoit à la réparation du préjudice subi. Cette faveur faite à la victime est parfois critiquée mais elle est indispensable pour assurer ses droits et libertés. Toutefois, la mise en place, en pratique, du projet de vie¹² et de la hiérarchie des aides¹³ risque de compromettre les principes en autorisant une immixtion toujours plus grande de l'évaluateur ou du débiteur dans les choix de la victime.

B) Les obstacles liés aux outils de la réparation du dommage corporel

À ces difficultés liées au manque d'adaptabilité des principes au dommage corporel s'ajoutent celles imputables à l'usage des outils de détermination et de chiffrage des préjudices réparables. Indispensable aux acteurs de la réparation pour harmoniser les méthodes, ils ne permettent pas toujours de mettre en œuvre les principes de la réparation.

L'expertise médicale – Ces difficultés sont connues et se rencontrent malheureusement à chaque étape de la fonction indemnitaire. Au stade de l'expertise médicale, les médecins et les juristes n'ont pas la même approche de certains postes : le déficit fonctionnel, par exemple, est apprécié de manière strictement fonctionnelle par le médecin quand le juriste y intègre d'autres dimensions comme la perte de qualité de vie ou les troubles dans les conditions d'existence. Enfin, les missions et barèmes médicaux utilisés sont désuets et non harmonisés, entraînant ainsi des différences de traitement importantes et surtout une garantie des principes à géométrie variable.

Les difficultés liées à l'application de la nomenclature Dintilhac – S'agissant de la détermination juridique des préjudices, la nomenclature Dintilhac a eu, il est vrai, de très grandes vertus dans le travail d'indemnisation du dommage corporel en harmonisant les

¹¹ Les difficultés ont notamment été relevées par : V. notamment : P. JOURDAIN, « Conclusion prospective », *Gaz. Pal.*, 27 décembre 2014, p. 36 ; S. Porchy-Simon, « Quelles améliorations pour la nomenclature Dintilhac ? Le point de vue de l'universitaire », *Gaz. Pal.*, 24 décembre 2011, p. 19.

¹² P.-Y. Thiriez, « De la légitimité de l'assureur à participer au projet de vie de la victime », *Gaz. Pal.*, 30 juillet 2011, p. 3 et s.

¹³ Association pour l'étude de la réparation du dommage corporel (AREDOC), *Mission droit commun, spécifique aux handicaps graves, générant une perte d'autonomie, qu'elle soit d'origine locomotrice, neurologique, neurocognitive ou sensorielle*, Journal d'information de l'AREDOC et du centre de documentation, décembre 2014, p. 4.

pratiques et en créant un langage commun¹⁴. L'outil n'est cependant pas parfait et ne permet pas de respecter scrupuleusement le principe de la réparation intégrale. Les difficultés ont été relevées par de nombreux auteurs¹⁵ : hybridité des postes, omissions et incohérences de structure entre phase temporaire et phase permanente, redondances dans la définition de certains préjudices... ces défauts sont susceptibles d'entraîner des pertes ou des profits pour la victime directe. De plus, les préjudices des victimes indirectes ont été sous-estimés au point que le principe de la réparation intégrale de leurs préjudices ne leur soit pas garanti.

Ces entraves n'ont pas toujours été anticipées par les auteurs qui, au vrai, ne bénéficiaient d'aucun recul sur l'usage d'une nomenclature. Elles ont émergé dans la pratique de la réparation et certaines auraient certainement pu être corrigées par la Cour de cassation. Son interprétation très stricte provoque néanmoins deux travers. Elle tend, d'une part, à faire de l'outil une liste exhaustive des postes de préjudices en refusant d'ajouter ou de corriger les postes. Se dessine, d'autre part, une hiérarchie de traitement entre les préjudices nommés et les préjudices innommés : ces derniers, originaux et atypiques puisqu'ils ne figurent pas dans la nomenclature, ne bénéficient pas d'une présomption de réparabilité à titre autonome. On se contente de réparer les postes de préjudice habituels ou normaux, invoquant l'existence de dérives victimaires du droit français dès qu'un nouveau poste est demandé. Lorsqu'ils sont admis, ces préjudices sont réparés au sein de postes préexistants qui ne sont pas toujours adaptés – on pense, par exemple, au préjudice religieux parfois indemnisé au titre du préjudice d'agrément¹⁶. Les principes de la réparation ne sont ainsi pas garantis par ce traitement différencié des préjudices réparables.

Les défauts des outils de chiffrage – Enfin, les difficultés d'application des principes de la réparation sont patentes au stade de l'évaluation des préjudices réparables. L'usage des référentiels – des fourchettes indicatives de valeur d'un préjudice – s'est généralisé pour chiffrer les postes de préjudices extrapatrimoniaux. Ils sont pourtant très contestés par de nombreux acteurs de la réparation qui les jugent incapables de respecter les principes de la réparation intégrale et d'appréciation *in concreto*. Les critiques sont fondées à l'étude de la jurisprudence : malgré les révisions très régulières, les fourchettes tendent à se figer et les juges se contentent généralement d'appliquer les valeurs du référentiel. De plus, il existe de multiples outils de chiffrage dont les fourchettes varient parfois du simple au double, laissant penser que le principe de la réparation intégrale est appliqué à géométrie variable. Néanmoins, aucun outil de chiffrage alternatif ne permet de concilier pleinement le respect des principes avec les impératifs de célérité et d'égalité de traitement des justiciables. L'usage des bases de données est souvent laborieux et les logiciels de justice prédictive ne sont pour le moment pas suffisamment efficaces. Au-delà du chiffrage des préjudices extrapatrimoniaux, les barèmes de capitalisation et les indices d'indexation des rentes ne permettent pas d'assurer à la victime une réparation intégrale de ses préjudices.

L'affaiblissement des principes ayant été constaté, des propositions ont été formulées afin de renforcer pour mieux réparer le dommage corporel.

¹⁴ V. notamment : O. Gout, S. Porchy-Simon, « Plaidoyer pour la défense des nomenclatures dans le droit du dommage corporel », *D.* 2015 p. 1499.

¹⁵ V. notamment : S. Porchy-Simon, « Quelles améliorations pour la nomenclature Dintilhac ? Le point de vue de l'universitaire », *Gaz. Pal.*, 24 décembre 2011, p. 19.

¹⁶ V. notamment CA Angers, ch. soc, 21 février 2012, n° 09/01482 : « [les experts] ont retenu comme constituant un préjudice permanent exceptionnel l'impossibilité pour M. X. de pratiquer sa religion et notamment les rituels nécessitant d'adopter une posture agenouillée mais ce préjudice, d'ordre culturel, est compris dans le préjudice d'agrément et a été pris en compte à ce titre ».

III) Le renforcement des principes de la réparation en droit prospectif

Ce renforcement passe par certaines adaptations pour mieux déterminer et chiffrer les préjudices réparables (A). Il peut également être mis en œuvre, dans une certaine mesure, par d'autres formes de réparation que par l'allocation de dommages-intérêts (B).

A) Les adaptations nécessaires

Les principes doivent d'abord être rétablis pour mieux réparer le dommage corporel (1). Les outils gagneraient aussi à être réformés (2).

1) Le rétablissement des principes de la réparation

Renforcer les principes directeurs – La méthodologie suivie est différente pour les deux principes. S'agissant d'abord des principes de généralité et d'équivalence, leur renforcement nécessite une réforme extrinsèque : celle des caractères du préjudice réparable. Le caractère légitime devrait être borné au seul contrôle de la licéité afin d'éviter les jugements de valeur sur la demande de la victime et les discriminations contraires aux principes de généralité et d'équivalence. Cette réforme ne conduira pas à accéder à toutes les demandes de préjudices réparables : les caractères certain et direct du préjudice doivent être renforcés afin d'inciter la victime à apporter la preuve tangible et convaincante de son préjudice et du lien de causalité avec le fait générateur. Ces filtres sont plus efficaces et moins sujets à la controverse que l'appel à la morale de l'évaluateur. S'agissant ensuite du principe de la réparation intégrale, la réforme suggérée est intrinsèque et invite à redéfinir les objectifs concrets du principe pour réparer le dommage corporel, en distinguant les préjudices patrimoniaux des préjudices extrapatrimoniaux. Pour les premiers, la réparation intégrale « *au sens mathématique du terme* »¹⁷ est atteignable. Toutes les pertes patrimoniales de la victime peuvent être compensées. Pour les seconds, dont l'appréciation est plus subjective, nous proposons plutôt de fixer à la réparation intégrale un objectif de « personnalisation » : à la confluence de la satisfaction et de la compensation, la réparation serait intégrale dès lors que sont prises en compte les particularités de la victime, de ses demandes et que toutes celles qui réunissent les caractères du préjudice réparable sont réparées. La personnalisation exigerait notamment d'accepter de réparer de nouveaux postes autonomes, quand bien même ils ne figureraient pas au sein de la nomenclature Dintilhac.

Renforcer les principes dérivés – Les principes dérivés de la réparation ont également été renforcés : l'appréciation au jour du jugement doit occuper une place plus importante dans le processus indemnitaire. La consolidation ne doit être mobilisée que lorsqu'elle est nécessaire, c'est-à-dire pour l'appréciation médicale des préjudices strictement corporels comme le déficit fonctionnel ou le préjudice esthétique. L'appréciation *in concreto* devrait être affinée en tenant compte de l'ensemble des particularités de la victime et en adaptant le processus indemnitaire au besoin, notamment en fonction de son âge de la victime et de ses caractéristiques sociales.

¹⁷ J. Bourdoiseau, « Les principes de la responsabilité civile et la réparation du dommage corporel », in *Des spécificités de l'indemnisation du dommage corporel*, sous la dir. C. Quézel-Ambrunaz, L. Clerc-Renaud, P. Brun, Larcier, 2017, p. 63 et s., spéc. p. 65.

Sanctuariser les principes assurant la liberté de la victime – Enfin, les principes de la réparation assurant la liberté de la victime doivent être sanctuarisés. L'absence d'obligation de minimiser le dommage devrait demeurer inapplicable et la victime doit rester libre d'utiliser ses indemnités comme elle le souhaite. Les tentatives de standardisation du comportement de la victime déraisonnable sont séduisantes, mais elles conduisent invariablement à entraver ses droits et libertés. Les bénéfices escomptés en termes de réduction de la charge indemnitaire sont de plus hypothétiques : le débiteur devrait apporter la preuve de l'inexécution de l'obligation de ne pas aggraver le dommage ou d'affectation des dommages-intérêts. Cette preuve serait non seulement difficile à apporter, mais elle serait aussi coûteuse en temps et en argent. La remise en cause de ces principes de la réparation n'est donc pas opportune.

2) La réforme des outils de la réparation

Ces propositions théoriques doivent s'accompagner de mesures concrètes et pratiques pour garantir l'application des principes au sein du processus indemnitaire. En effet, dans le quotidien de la réparation du dommage corporel, les acteurs de la réparation ne se préoccupent pas des grandes directives fournies par les principes de la réparation ; ils se fient uniquement aux outils de détermination et de chiffrage des préjudices réparables. Ces derniers doivent donc être conçus comme des vecteurs d'application et de garantie des principes de la réparation.

Une nouvelle nomenclature – Des postes plus souples et plus adaptables aux particularités de la victime ont été élaborés et répartis au sein d'axes réformés. La dichotomie entre préjudices patrimoniaux et préjudices extrapatrimoniaux a été affinée pour proposer une triple distinction entre les préjudices matériels – les atteintes aux biens – les préjudices physiques – les atteintes au corps – et les préjudices moraux – les atteintes à l'esprit. Nous espérons, de cette manière, résoudre certaines difficultés liées à la détermination médicale des préjudices en cantonnant le rôle du médecin à l'évaluation des atteintes fonctionnelles pour lesquelles son expertise est indispensable au juriste. Nous espérons également, à travers cette distinction, revaloriser la réparation des préjudices extrapatrimoniaux purement moraux qui sont souvent sous-estimés et évalués à travers l'atteinte fonctionnelle. En scindant les préjudices, l'évaluateur sera nécessairement amené à s'interroger davantage sur l'existence et l'importance de ces postes. Par exemple, le déficit fonctionnel, un préjudice physique, est cantonné à l'atteinte fonctionnelle ; les autres composantes du poste sont des préjudices moraux indemnisés au sein du poste « troubles dans les conditions d'existence ».

Par ailleurs, des postes plus souples et plus globalisants ont été créés afin de mieux tenir compte des particularités de la victime et de pérenniser l'outil dans le temps. Ainsi, le préjudice d'agrément, en l'état strictement limité aux activités sportives et de loisirs extérieurs, conduit à sous-estimer l'importance des moments de détente journaliers ou quotidiens – lire, faire la cuisine, du jardinage, des promenades en forêt, etc. En le remplaçant par un poste « trouble dans les conditions d'existence » autonome, l'on s'assure ainsi de mieux tenir compte des atteintes personnellement ressenties par la victime et d'adapter le poste à des activités diverses, sans hiérarchie aucune. De même, la création d'un préjudice moral spécial remplaçant le préjudice permanent exceptionnel permettra de réparer de manière cohérente des atteintes particulièrement graves ressenties par la victime, comme le

préjudice d'acte intrafamilial ou le préjudice d'avilissement. La définition « stéréotypée »¹⁸ de certains postes a également été corrigée : certaines victimes n'ont peut-être jamais souhaité vivre en couple et fonder une famille, préférant une autre forme d'établissement – une vie de nomade, de dévotion aux autres... ces modes de vie sont tout à fait *légitimes* et devraient être éligibles à une réparation au titre du préjudice d'établissement.

Enfin, la nomenclature est principalement organisée autour de l'appréciation au jour du jugement et non de la consolidation, cette dernière n'étant mobilisée que pour les préjudices physiques dont l'expertise médicale est indispensable. Pour apprécier les postes matériels et moraux, le juge estime donc l'importance des préjudices avant jugement, puis après jugement.

En parallèle, les préjudices de la victime indirecte ont été revalorisés, en conservant toutefois la dichotomie préjudices matériels/moraux (cette victime ne souffrant pas de dommage au corps). L'incidence professionnelle du proche aidant a été incluse au sein de la nomenclature, de même que le préjudice sexuel indirect ou encore le préjudice d'établissement indirect. Les proches bénéficieraient ainsi de la correcte application des principes de la réparation.

L'adoption d'outils de chiffrage harmonisés – Malgré leurs imperfections, ces outils permettront d'assurer une réparation plus exacte des préjudices, en tenant mieux compte des particularités de la victime. Le référentiel, malgré ses défauts, constitue en l'état le meilleur outil pour concilier les principes de la réparation avec les impératifs de célérité, de transparence et d'égalité de traitement, objectifs tout aussi louables et importants que le respect des principes de la réparation pour les victimes de dommage corporel. L'adoption d'un référentiel unique est prévue par les différents projets de réforme du droit de la responsabilité civile ; il importe néanmoins de souligner que l'outil doit être réactualisé régulièrement en étudiant scrupuleusement la jurisprudence des juges judiciaires et administratifs. De la même manière, l'harmonisation des barèmes de capitalisation est indispensable. Le barème de la Gazette du Palais semble à ce titre pertinent pour assurer la réparation intégrale. L'indice d'indexation en cas de versement d'une rente peut également varier en fonction du préjudice réparé, certains indices étant plus fiables que d'autres pour garantir la réparation intégrale de certains postes. En toute hypothèse, ces outils doivent également être corrigés et réactualisés annuellement.

B) La mise en œuvre des principes à travers les nouvelles formes de la réparation

L'allocation de dommages-intérêts est souvent considérée comme la seule forme possible de réparation. D'autres modes d'indemnisation sont toutefois suggérées et assurent la mise en œuvre des principes sous certaines réserves et dans certaines limites. La réparation en nature (1) et les autres formes de réparation non monétaires (2) ont ainsi été envisagées.

¹⁸ L. Carayon, M. Dugué, J. Mattiussi, « Réflexions autour du préjudice sexuel, analyse de jurisprudence sous l'angle du genre », *D.* 2017 p. 2257.

1) La réparation en nature du dommage corporel

Une réparation à encadrer – La réparation en nature du dommage corporel est de plus en plus promue par les assureurs¹⁹ qui proposent de financer directement la réparation : les frais d'adaptation du logement, la tierce personne, l'aide à la recherche d'un nouvel emploi, le financement du matériel médical et paramédical. En théorie, la réparation en nature n'entrave en rien les principes de la réparation. Le principe de libre utilisation des indemnités est contourné puisqu'il n'est applicable qu'à la réparation pécuniaire, lorsque la créance d'indemnité intègre directement le patrimoine de la victime. L'appréciation *in concreto* et le principe de la réparation intégrale pourrait même être mieux garantis. En effet, la réparation serait personnalisée en fonction d'un projet de vie, élaborée en considération des besoins et des souhaits de la victime. De plus, la réparation en nature permet d'éviter les problématiques liées à la capitalisation et à l'indexation des rentes : le débiteur s'acquitte directement des frais à déboursier et assume donc l'inflation ou la déflation. Cependant, en pratique, les risques d'entrave aux droits et libertés de la victime ne doivent pas être négligés. Si nous n'excluons pas pleinement la réparation en nature du dommage corporel – qui présente des avantages pour la victime qui n'a pas la force ou l'envie de faire appel à des artisans ou à des associations pour réaliser différents devis – celle-ci doit être bornée à quelques postes de préjudices. Les préjudices extrapatrimoniaux – ou physiques et moraux – ne peuvent qu'être systématiquement exclus. En revanche la tierce personne et les frais de biens matériels adaptés peuvent être pris en charge par le biais d'un financement direct. Nous recommandons de renforcer l'obligation d'information du débiteur, voire de rendre obligatoire la présence d'un avocat en exigeant la conclusion d'un acte sous signature privée contresigné par avocat lorsqu'une mesure de réparation en nature est proposée. Ces mesures de protection permettraient de s'assurer du consentement éclairé de la victime.

2) La réparation non monétaire du dommage corporel

Une réparation complémentaire et non alternative – En parallèle à cette réparation liée à l'exercice de l'action en responsabilité civile, une réparation non indemnitaire se développe, consistant principalement en des mesures de réparation symbolique – comme la condamnation du responsable à présenter ses excuses ou à publier la décision de justice ou la réparation « sociétale » à travers les commémorations et les hommages – ou de justice restaurative. Ces mesures n'ambitionnent pas de compenser les préjudices réparables, mais certaines d'entre elles présentent des vertus réparatrices en satisfaisant le besoin de reconnaissance de la victime. Si les mesures de réparation symbolique ne semblent pas efficaces sur le plan juridique, la justice restaurative pourrait constituer un moyen de réduire la gravité de certains préjudices réparables en atténuant le traumatisme de la victime. Elle permet en effet de rétablir un dialogue entre victimes et auteurs pour que chacun puisse se reconstruire après le fait dommageable. Cette libération de la parole pourrait donc avoir un effet indirect mais efficace sur la réparation juridique en réduisant le traumatisme de la victime, et donc ses préjudices. Il faudrait toutefois accorder davantage de moyens financiers et humains pour les développer et les généraliser. Sans remplacer l'indemnisation, elles complètent de manière utile le système indemnitaire et contribuent indirectement à mettre en œuvre les objectifs des principes de la réparation.

¹⁹ Fédération française de l'assurance, *Livre blanc, dommages corporels : pour un meilleur accompagnement de l'indemnisation des victimes*, 2018, p. 21 et s.

Les mineurs non accompagnés admis à l'aide sociale à l'enfance : une prise en charge différenciée

Sarah HIAS

Doctorante en Droit privé et sciences criminelles à l'Université de Nantes

La minorité ne manque pas de définitions tant sur le plan national qu'international. La Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) en son article premier dispose « *qu'un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans* », lorsque l'article 388 du Code civil préfère ces termes : « *le mineur est un individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis* ». Les mineurs non accompagnés (MNA) remplissent cette condition d'âge, mais ils ont la particularité d'être isolés, puisque sans représentants légaux¹ sur le territoire français. Ils se retrouvent dès lors au croisement de deux législations : celle relative à la protection de l'enfance et celle spécifique au droit des étrangers. Si la protection de l'enfance a pour objectif de favoriser leur insertion sur le territoire, il n'en va pas de même pour le droit des étrangers, favorable à l'expulsion des sujets en situation irrégulière sur le territoire français. Relevant de la compétence étatique², la détermination du statut juridique d'un étranger revient aux préfetures. Celles-ci pourront recevoir le sujet et les documents justifiant son arrivée en France. Le système juridique français réserve un statut ambigu aux MNA, favorisant inévitablement les questionnements liés à la légalité de leur présence sur le territoire³.

Une première réponse réside aujourd'hui dans l'évaluation de leur minorité, et pour ce faire, la France, comme d'autres pays européens, a recours à l'expertise osseuse. Le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité opposant l'expertise osseuse à l'intérêt supérieur de l'enfant, a validé cet examen⁴. Manquant parfois de fiabilité⁵, c'est pourtant leur résultat qui conditionne la qualification de MNA et qui génère leur mise sous protection auprès des services de l'aide sociale à l'enfance (ASE). Leur minorité confirmée par l'expertise osseuse ne leur garantit toutefois pas le droit à une installation durable sur le territoire. Une fois passés ses dix-huit ans, le sujet devra obtenir un titre de séjour pour espérer rester en France ; sans ce document, il sera invité à regagner son pays d'origine. Cependant, l'expertise osseuse peut révéler la majorité du sujet se revendiquant mineur. Dans une telle situation, le droit migratoire commun trouverait à s'appliquer et le sujet recevrait un non-lieu à l'assistance éducative, entraînant *de facto* la fin de sa mise à l'abri. Quand bien même persisteraient les déclarations du sujet contestant le résultat de l'expertise, les autorités sont habilitées à lui délivrer une obligation de quitter le territoire français. Le test osseux prévaut d'ailleurs sur les documents officiels au soutien de la minorité du sujet, envoyés par son pays d'origine⁶.

¹ M. JACOB, « La question des mineurs non accompagnés pour la protection de l'enfance et le risque déontologique de l'ASE », *Revue de l'enfance et l'adolescence*, n° 96, 2017.

² *Ibid.*

³ R. PETROUCHINE, B. KONARE et H. ZEROUG-VIAL, « Les mineurs isolés étrangers. De l'assignation paradoxale à l'épreuve de la professionnalité », *Revue Enfance et Psy*, n° 67, 2015.

⁴ Cons. const., QPC du 21 mars 2019, DC n° 2018-768.

⁵ Défenseur des droits, Décision n° 2018-296, p. 4.

⁶ R. PETROUCHINE, B. KONARE, H. ZEROUG-VIAL, *op. cit.*

Les adolescents dont la minorité a été confirmée sont, quant à eux, reconnus MNA par l'État français et intègrent « *de plein droit les dispositifs des lois de protection de l'enfance* »⁷.

Depuis les lois de décentralisation datant du 2 mars 1982 et du 26 janvier 1984, la protection de l'enfance relève de la compétence des conseils départementaux. En ce sens, l'article L331-2 du Code de l'action sociale et des familles dispose que « *le département organise sur une base territoriale les moyens nécessaires à l'accueil et à l'hébergement des enfants confiés au service de l'aide sociale à l'enfance* ». Repose alors sur les départements la lourde mission de protection des mineurs en danger. En vertu de l'article 375 du Code civil, il s'agira notamment de leur apporter un soutien matériel, éducatif et psychologique. Pourtant, les MNA, par leur vécu et leur histoire demandent une prise en considération particulière. Les problématiques qu'ils rencontrent sont différentes de celles connues par les mineurs de nationalité française admis à l'ASE. Il apparaît donc indispensable qu'ils puissent bénéficier d'une prise en charge personnalisée, en considération des difficultés propres à leur situation. Cependant, beaucoup de départements ne parviennent plus à répondre à ces besoins. Sont alors perceptibles des disparités entre les conseils départementaux, notamment concernant les solutions d'hébergement qu'ils proposent aux MNA (I). De tels déséquilibres sont alors catalyseurs d'une réelle différenciation de traitement entre les mineurs pris en charge par l'ASE (II).

I) La disparité des solutions d'hébergements des MNA selon les départements

Par la mise en œuvre d'une répartition géographique dans l'accueil des MNA, il était espéré une réelle péréquation entre les départements pour leur prise en charge (A). Cependant le suivi de ces mineurs varie en fonction des territoires et des moyens dont ils disposent (B).

A) La recherche d'une péréquation entre départements dans la prise en charge des MNA

Compte tenu de l'augmentation du nombre MNA sur le territoire national, les conseils départementaux ont, depuis quelques années, adaptés leur mission de protection. Pour illustration, étaient recensés en 2010, 4000 MNA pris en charge par les services de l'ASE ; ils étaient près de 15 000 en 2017⁸. À l'image des autres flux migratoires, le périple des jeunes migrants était par avance déterminé et certains départements demeuraient plus concernés par leur arrivée. La capitale et les agglomérations proches des frontières qu'elles soient maritimes ou terrestres, s'imposaient comme des destinations privilégiées⁹. Par conséquent, une concentration des arrivées dans certains départements a engendré un déséquilibre territorial dans l'accueil et la prise en charge des MNA. L'absence de ressources financières et le manque d'infrastructures adaptées aux problématiques inhérentes aux MNA ont conduit ces départements à ne plus pouvoir assurer convenablement leur mission. La présence de ces mineurs sur le territoire est venue confirmer les limites de la position de « chef de file » endossée par les départements en matière de protection de l'enfance¹⁰.

⁷ ONPE, *Mineurs non accompagnés - Quels besoins et quelles réponses*, février 2017.

⁸ G. DAMBUYANT, « Accueil et accompagnement socio-éducatif des mineurs non accompagnés au foyer de l'enfance, bouleversement des prises en charge, adaptation des pratiques et complexité des mesures de protection », *Revue EMPAN*, n° 116, 2019.

⁹ S. PRZYBYL, « Où accueillir les mineurs non accompagnés en France ? Enjeux de la construction d'un territoire de protection », *Revue Echogéo*, octobre 2017.

¹⁰ R. LAFORE, « La décentralisation de l'action sociale. L'irrésistible ascension du "département providence" », *Revue française des affaires sociales*, n° 4, pp. 17-34, 2004.

L'intervention de l'État avec la circulaire en date du 31 mai 2013 érige en problématique nationale l'absence de péréquation entre les départements quant à l'accueil des MNA. Par son immixtion, l'État renoue avec l'une de ses plus anciennes compétences : celle de régulateur et de garant du bon équilibre territorial¹¹. En effet, c'est à l'occasion de cette circulaire que fut créé un dispositif de répartition géographique des mineurs placés sous la protection des services de l'ASE. L'objectif était alors de soulager les départements les plus concernés par l'arrivée des MNA. Concrètement, l'effectivité du système repose sur la création d'une cellule nationale que les autorités compétentes¹² sont invitées à consulter lorsqu'un mineur est confié au service de l'ASE. Grâce à cette cellule, sont répertoriées et actualisées les diverses places d'hébergement selon les territoires. La loi du 14 mars 2016 consacra ce système en lui donnant une base législative mais, soucieux d'améliorer l'efficacité du protocole, le gouvernement intervint une nouvelle fois par le décret du 19 décembre 2019 pour modifier le calcul de répartition géographique des MNA¹³. Si cette répartition géographique s'est avérée propice pour les territoires dont les capacités d'accueil étaient en permanence dépassées, les autres conseils départementaux, moins sollicités avant cette réforme, ont rapidement dû s'adapter pour trouver des solutions d'hébergements pour les mineurs leur étant confiés. Ces départements, insuffisamment préparés à la mise en œuvre de la réforme, se sont finalement retrouvés dans une situation similaire à celle rencontrée par des départements initialement les plus concernés par l'arrivée des MNA¹⁴. D'autre part, il n'est pas anodin de constater que la solution adoptée par l'État fut pensée pour satisfaire les intérêts des départements, non celui des mineurs. Concrètement, le système de répartition géographique ne tient pas compte de l'intérêt des MNA à se retrouver dans tel ou tel département, notamment au regard du manque de moyens dont font preuve plusieurs d'entre eux¹⁵. Le Conseil d'État est néanmoins venu contrebalancer une telle présentation à l'occasion d'une décision rendue le 30 janvier 2015¹⁶ : les parquets sont incités à s'assurer des conditions d'accueil satisfaisantes pour apprécier la capacité des départements à accueillir les MNA. En pratique, la répartition géographique des MNA continue d'illustrer l'introduction d'une logique gestionnaire dans les principes de la protection de l'enfance. La variable des places disponibles entre les territoires reste le premier critère pour y placer un mineur¹⁷.

La répartition géographique des MNA sur le territoire n'a pas engendré à leur égard une protection plus efficace. Sans aides financières suffisantes, les départements restent incapables d'assurer équitablement leur prise en charge.

B) La persistance d'une prise en charge aléatoire selon les départements

Malgré la mise en œuvre d'un système favorisant la répartition équitable des MNA sur le territoire, un déséquilibre persiste entre les départements dans leur capacité à proposer des hébergements qualitatifs à ces mineurs. L'afflux des MNA intervint dans une conjoncture de baisse globale des moyens alloués aux départements. En raison de la crise économique, de

¹¹ S. PRZYBYL, *op. cit.*

¹² V. en ce sens, Parquet, juges et conseils départementaux, Rapport annuel d'activité mission mineurs non accompagnés, CNAPE, 2019, p. 6.

¹³ La clé de répartition repose sur deux éléments : la proportion de la population totale du département rapportée à la population totale de l'ensemble des départements, puis la différence entre le nombre de MNA que ce département aurait dû accueillir au 31 décembre de l'année précédente et le nombre de MNA effectivement pris en charge par le département à cette date.

¹⁴ S. PRZYBYL, *op. cit.*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ CE, 30 janvier 2015, *Département des Hauts-de-Seine*, n° 371415.

¹⁷ S. PRZYBYL, *op. cit.*

l'augmentation du chômage et d'une précarité croissante de la classe moyenne, la situation financière des conseils départementaux a connu une dégradation dès la fin des années 1990¹⁸. La prise en charge des MNA implique pourtant que soient mises en œuvre des mesures personnalisées, orientées vers un accompagnement social mais également thérapeutique, impliquant dès lors pour les départements des dépenses supplémentaires¹⁹. De ce fait, la disparité dans l'accueil des MNA perdure et s'illustre par la diversité des infrastructures sollicitées pour leur prise en charge. Est par exemple privilégié par certains départements l'hébergement hôtelier pour les mineurs les plus âgés²⁰. Bien que très coûteux²¹ pour les conseils départementaux, il s'impose comme la solution de dernier recours en l'absence de places disponibles au sein des structures relevant de l'ASE²². S'indignant que ce type de placement soit devenu ordinaire²³, le Défenseur des droits demande aux départements de le proscrire²⁴. Trop souvent insalubres²⁵, les chambres d'hôtel réquisitionnées par l'ASE n'incitent pas les mineurs à rester sous la protection de l'institution. En outre, les éducateurs inégalement présents sur les lieux et la proximité des hôtels avec les réseaux délinquants pour lesquels les MNA sont des proies faciles, constituent des obstacles au travail d'accompagnement²⁶. Souhaitant mettre un terme à cette pratique, c'est finalement le secrétaire d'État chargé de la protection de l'enfance qui s'est engagé à interdire leur recours pour tous mineurs admis à l'ASE²⁷. Il est pour autant illusoire de croire qu'une nouvelle intervention étatique suffira à faire évoluer la situation si la loi n'est pas assortie de moyens humains et matériels au profit des services de la protection de l'enfance.

Au-delà des hébergements en hôtels, des problèmes relatifs au placement des MNA au sein des maisons à caractère sociale (MECS) sont observables. L'intégration des MNA dans des structures de droit commun rend compliquée la mise en place d'une prise en charge adaptée à leurs besoins. Les barrières de la langue et les différences de culture sont autant de freins à l'efficacité de leur protection au sein de ces établissements. Il est ainsi récurrent qu'il soit nécessaire de faire appel à un interprète pour faciliter les échanges verbaux. La vie en collectivité implique la participation des mineurs aux tâches ménagères or, « *certaines jeunes garçons étrangers* » ne le conçoivent dans la mesure où culturellement cette activité est « *pour eux réservée aux filles*²⁸ ». En outre, les programmes d'accueil y étant proposés montrent leurs limites lorsqu'il s'agit d'assurer l'accompagnement juridique des MNA afin de leur garantir à plus long terme, le droit de séjourner en France. En effet, il est fréquent que les éducateurs intervenant au sein des MECS reconnaissent ne pas avoir les compétences pour

¹⁸ M. JACOB, *op. cit.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ J.-L. RONGÉ, « Les mineurs isolés (MIE) deviennent les mineurs non accompagnés (MNA)- Que tout change pour que rien ne change ! », *Revue Journal du droit des jeunes*, n° 358-359-360, 2016.

²¹ Inspection générale des affaires sociales, *L'accueil des mineurs protégés dans des structures non autorisées ou habilitées au titre de l'aide sociale à l'enfance*, A. DENIEUL, T. LECONTE et F. SCHECHTER, novembre 2020, p. 3. V. également Sénat, Rapport d'information n° 598, E. DOISNEAU et J.-P. GODEFROY, 28 juin 2017, p. 79.

²² V. en ce sens, Inspection générale des affaires sociales, *L'accueil des mineurs protégés dans des structures non autorisées ou habilitées au titre de l'aide sociale à l'enfance*, A. DENIEUL, T. LECONTE et F. SCHECHTER, novembre 2020, p. 5.

²³ V. en ce sens, Sénat, Rapport d'information n° 858 fait au nom de la commission des affaires sociales et de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur les mineurs non accompagnés, Par MM. H. BOURGI, L. BURGOA, X. IACOVELLI et H. LEROY sénateurs, 29 septembre 2021, p. 111 : 95% des mineurs hébergés à l'hôtel seraient des MNA, 28% des MNA admis à l'ASE serait pris en charge à l'hôtel.

²⁴ Défenseur des droits, Décision n° 2021-070, p. 2.

²⁵ H. CORNIÈRE, « Les jeunes à l'hôtel : innovation ou hérésie », *Revue Journal Droit des jeunes*, n° 333, 2014.

²⁶ Inspection générale des affaires sociales, *L'accueil des mineurs protégés dans des structures non autorisées ou habilitées au titre de l'aide sociale à l'enfance*, *op. cit.*, p.5.

²⁷ Projet de loi Sénat n° 75, relatif à la protection des enfants, travaux de la commission, audition M. Adrien Taquet, secrétaire d'État auprès du ministre des solidarités et de la santé, chargé de l'enfance et des familles, mercredi 29 septembre 2021.

²⁸ J.-L. RONGÉ, *op. cit.*

agir efficacement dans le suivi de la régularisation des MNA²⁹. Enfin, est régulièrement mise en avant l'autonomie de ces mineurs, rendant parfois inadéquates les contraintes et obligations issues des règlements de l'ASE³⁰. Dès lors, il paraît indéniable que l'accueil des MNA vient bouleverser les habitudes des professionnels³¹. Les éducateurs recrutés dans les MECS se déclarent souvent incompétents pour travailler avec ce public en mettant en avant leur manque de formation³².

Le système de répartition territoriale n'a pas tenu ses promesses quant à la prise en charge qualitative des MNA. C'est ainsi que les mineurs en danger soumis aux dispositifs de l'ASE ne se voient pas appliquer le même traitement selon qu'ils sont de nationalité française ou étrangère.

II) La prise en charge différenciée entre mineurs non accompagnés et mineurs de nationalité française

Puisque l'ASE ne parvient pas à répondre aux besoins de protection des MNA, des collectifs citoyens et bénévoles se sont investis pour assurer leur prise en charge (A). Il n'en demeure pas moins que ces engagements entraînent parfois une atteinte au respect des droits fondamentaux de ces mineurs (B).

A) L'émergence d'une protection en marge de l'aide sociale à l'enfance

Dès la fin des années 1990, en dehors du circuit traditionnel de la protection de l'enfance, se sont organisés plusieurs bénévoles, leur objectif étant celui de soutenir les MNA dans leurs démarches d'insertion sur le territoire. Dans le sud de la France, l'association « Jeune Errants » s'est inscrite dans cette dynamique en proposant un accompagnement des mineurs en provenance des pays du Maghreb. En s'inspirant de ce modèle, le réseau associatif parisien s'est également mobilisé. En 2001, l'association « Soutien » ou encore « La Cimade » se sont ainsi engagées dans l'orientation des MNA vers des structures de protection³³. Au Nord-Pas-de-Calais, le même constat s'opère puisque l'association « La maison des jeunes réfugiés » installée à Saint-Omer, propose quant à elle, d'assurer le suivi éducatif et professionnels des MNA³⁴. Au côté des structures de l'ASE, sont alors apparus plusieurs foyers spécialisés dans l'accueil des MNA. Les associations et les collectifs de citoyens très présents sur certains territoires ont su prendre le relais de l'institution afin d'assurer leur protection. Initialement inexpérimentées, ces organisations citoyennes ont, au fil du temps, développé des ressources pour pallier les carences des conseils départementaux³⁵. En devenant partenaires de l'ASE, leur est aujourd'hui reconnue une expertise dans la prise en charge des MNA. La thématique de l'insertion en est une illustration dans la mesure où ces réseaux parviennent parfois à de meilleurs résultats que les professionnels de l'ASE pour ce qui est de l'intégration des MNA

²⁹ C. DEMARCHE, G. LE GUERN, « L'interdisciplinarité dans l'accompagnement des MNA : une modalité étayant les éducateurs et les adolescents », *Revue de l'enfance et l'adolescence*, n° 96, 2017. V. également, Défenseur des droits, « Les droits fondamentaux des étrangers en France », *Revue Journal du droit des jeunes*, n° 358-359-360 mai 2016.

³⁰ G. DABUYANT- WARGNY, « Les MNA placés aux foyers de l'aide sociale à l'enfance : de l'accès à l'éducation au projet de réussite éducative », *Revue Spécificités*, n° 15, 2021.

³¹ *Ibid.*

³² M. JACOB, *op. cit.*

³³ S. PRZYBIL, *op. cit.*

³⁴ J.-L. RONGÉ, *op. cit.*

³⁵ M. JACOB, *op. cit.*

dans une formation scolaire ou professionnelle³⁶. Pour autant, une vigilance doit être gardée sur l'investissement de ces organisations citoyennes. Il est nécessaire d'accorder une attention particulière à l'égard des motivations des hébergeurs accueillant les MNA³⁷ puisque bien souvent, ils ne possèdent pas d'agrément.

C'est donc par son inadaptation aux difficultés inhérentes aux MNA que l'ASE s'est petit à petit décrédibilisée dans sa capacité à assumer leur protection. En laissant les organisations citoyennes et les associations s'impliquer autant dans l'accompagnement de ces mineurs, l'ASE vient entretenir un dispositif de prise en charge à deux vitesses³⁸. Les mineurs en danger de nationalité française demeurent orientés vers les dispositifs de droit commun, tandis que les MNA sont généralement dirigés vers d'autres structures dont la gestion est déléguée aux associations ou au secteur privé. Cependant, il n'est pas toujours établi que les dispositifs dérogatoires soient en mesure de leur apporter un suivi plus qualitatif que le droit commun³⁹. C'est par exemple le cas des mineurs les plus âgés qui dans plusieurs structures ne bénéficient que d'un suivi administratif sans accompagnement éducatif⁴⁰. *In fine*, les moyens devant être déployés restent conséquents et les établissements spécialisés ne parviennent pas forcément à couvrir l'ensemble des besoins sollicités par les MNA.

La différenciation de la prise en charge des mineurs en danger n'est guère sans poser de difficultés au regard du respect des droits fondamentaux des MNA. En ce sens, leur accès à l'éducation ainsi qu'aux services de santé n'est pas toujours assuré.

B) Une prise en charge insuffisante au regard des droits fondamentaux

Symbole d'un jeu de négociation permanent entre l'État et les départements⁴¹, l'intérêt des MNA n'est pas pris en compte dans le dispositif réservé à leur accueil et leur prise en charge. Pourtant, la France est signataire depuis 1990 de la CIDE, au sein de laquelle la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est développée. Au sein de l'article 3 de la convention il est fait mention de la considération primordiale qui doit être allouée à l'intérêt de l'enfant et cela, dans toutes décisions le concernant, « *qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs* ». Or, à bien des égards, ce principe fondamental n'est pas appliqué. Qu'il s'agisse du système de répartition des MNA sur le territoire ou du respect des droits leurs étant reconnus, l'intérêt supérieur de l'enfant ne trouve pas toujours d'écho dans les politiques de protection de l'enfance exécutées par les départements. Plus particulièrement, les décisions portant sur l'éducation des MNA peuvent susciter des interrogations quant à la prise en considération de leurs intérêts. Consacré à l'article L131-1 du code de l'éducation, le droit à l'éducation des mineurs en danger s'insère pleinement dans les compétences de l'ASE. Repris par la circulaire du 20 mars 2002, l'application de ce droit impose qu'il ne soit pas fait de différence de traitement selon la nationalité des mineurs⁴². Néanmoins, il n'est pas rare d'observer une distinction entre MNA et mineurs de nationalité française. En ce sens, selon le département

³⁶ J.-L. RONGÉ, *op. cit.*

³⁷ M. JACOB, *op. cit.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ J.-L. RONGÉ, *op. cit.*

⁴⁰ Défenseur des droits, *op.cit.*

⁴¹ S. PZYRBYL, *op. cit.*

⁴² C. BISSON, M. TESTEMALE et R. MENARD INGILTHERRA, « Après un an d'application, la CNCDH fustige le dispositif de la circulaire "Taubira" relative aux mineurs isolés étrangers », *Revue des Droits de l'Homme*, 2014.

où ils se trouvent, les MNA ne font pas toujours l'objet d'une scolarisation. Parfois, bien qu'ils n'aient pas plus de 16 ans leur inscription dans un établissement scolaire ou professionnels ne sera pas effectuée⁴³. L'explication peut en partie résider dans la confusion entre le droit à l'éducation et l'obligation scolaire⁴⁴ : dans la mesure où le droit national impose cette dernière jusqu'à l'âge de 16 ans alors qu'il reconnaît le droit à l'éducation jusqu'à la majorité du sujet. Le juge administratif de Poitiers, saisi de cette difficulté, a ainsi invalidé la décision des services de l'ASE du département, consistant à ne pas inscrire les mineurs de plus de 16 ans dans un établissement scolaire⁴⁵. Par ailleurs, pour être scolarisés les MNA doivent recueillir la signature de leurs parents pour finaliser leur dossier d'inscription. Seulement, en étant éloignés géographiquement de leur famille, ils se retrouvent sans tuteurs légaux sur le territoire. Bien que le Code de l'éducation apporte une solution par son article L131-4 en donnant une « responsabilité en ce domaine » aux services de l'ASE, la délégation de l'autorité parentale demeure une compétence du juge des enfants. Il est ainsi fréquent que l'ASE se retrouve dans l'attente de cette délégation ce qui *de facto*, ralentit l'inscription des MNA dans un établissement scolaire⁴⁶.

Au-delà de l'accès à l'éducation, le droit à la santé garanti par l'article 11 du préambule de la Constitution de 1946 n'est pas effectif pour l'ensemble des MNA. En effet, les services de l'ASE étant les seuls compétents pour transmettre les demandes d'affiliation à la sécurité sociale, les démarches relatives à l'obtention d'une couverture médicale s'avèrent *a fortiori* moins évidentes pour les structures spécialisées accueillant les MNA, lorsqu'elles sont gérées par le secteur privé ou par une association⁴⁷. De plus, bénéficier des services de droit commun n'est pas suffisant pour ces mineurs dont le parcours a occasionné des traumatismes. Par conséquent, un suivi psychologique est régulièrement imposé ; or, dans le cadre d'une mise sous protection, les consultations organisées seront peu honorées en raison du manque de personnel éducatif ou bénévole pour les accompagner⁴⁸.

⁴³ H. GARRIGUES et P. LECORNE, « Mineurs étrangers non accompagnés, La France en porte à faux par rapport à ses engagements européens », *Revue Vie sociale et traitements*, n° 130, 2016.

⁴⁴ M.-F. VALETTE, « Le droit à l'éducation à l'épreuve des migrations en France », *Revue des Droits de l'Homme*, n° 4, 2018.

⁴⁵ TA de Poitiers, Ordonnance du 12 juillet 2016, n° 1601537.

⁴⁶ L. CARAYON, J. MATTIUSI et A. VUATTOUX, « Sans famille sans patrie au travail ? Stratégie institutionnelle d'orientation scolaire et professionnelle des MNA au tournant de la majorité », *Revue jeunes et mineurs en mobilité*, n° 6, 2021, p. 68.

⁴⁷ J. CORTY, C. DEROSIER et C. DOUAY, « Mineurs isolés : état de santé », *Revue Journal droit des jeunes*, n°338- 339, 2014.

⁴⁸ V. en ce sens, situations cliniques p. 112, in V. BALLIEN PALLET, S. MINASSIAN, P. LEBFEVRE, T. BAUBET, « Mettre des mots sur les maux, la consultation de médecine de l'adolescence pour les mineurs non accompagnés : entre besoins de santé réelle et difficultés de suivi », *Revue de l'enfance et l'adolescence*, n° 96, 2017.

La place du droit dans le projet de territoire post-nucléaire de Fessenheim

Charlotte DAUWE

Juriste en droit de l'environnement, des territoires et des risques
Stagiaire de recherche juridique au CRESAT (UR 3436) et au CERDACC (UR 3992)

Cet article présente un aspect - l'aspect juridique - du projet NuclearScale, financé par le programme « Nucléaire : énergie, environnement, déchets, société » (NEEDS) porté par le CNRS. Partant du constat d'un besoin de caractériser les relations entre espace et nucléaire, NuclearScale propose une méthodologie interdisciplinaire à la rencontre du droit, de la géographie et des sciences économiques afin d'objectiver les déterminants de la construction « d'échelles optimales » par le politique pour la reconversion des territoires.

Introduction

Suite à la décision de fermer la Centrale Nucléaire de Production d'Électricité (CNPE) de Fessenheim en 2019, la majorité des acteurs impliqués par cette clôture a conjointement élaboré un projet pour l'avenir du territoire de Fessenheim¹. La finalité d'une telle concertation était de limiter les conséquences socio-économiques de la fermeture de l'installation nucléaire sur son territoire.

La particularité de cette planification territoriale est, d'une part, qu'elle est franco-allemande en raison de la localisation transfrontalière de la centrale, et d'autre part qu'elle assigne des périmètres spatiaux à des domaines d'action et à des objectifs de reconversion. Par exemple, une échelle géographique intercommunale est délimitée pour dynamiser l'économie du territoire, avec la création d'une zone industrielle dénommée « EcoRhéna ». De même, un périmètre départemental est fixé pour dynamiser l'innovation du territoire en concordance avec les impératifs énergétiques. Alors que de telles planifications territoriales post-nucléaires ne sont envisagées ni en Allemagne, ni en Suisse, la logique géographique se cachant derrière le projet de territoire est questionnable.

Bien que les facteurs de création du projet d'avenir soient pluridisciplinaires et multifactoriels (politique, géographique, social, économique), l'intérêt de cet article est de repérer l'existence d'une cohérence juridique dans le projet de territoire.

Tout d'abord, un état des lieux du cadre juridique du projet post-Fessenheim sur le plan environnemental et territorial permet de constater que ce projet n'a pas été construit à partir d'outils normatifs existants. Il convient de noter également que les auteurs du projet d'avenir de Fessenheim n'ont pas souhaité donner de portée normative à cette planification qui, constitue seulement un document de communication résultant d'une co-construction politique et stratégique des acteurs du territoire autour de Fessenheim.

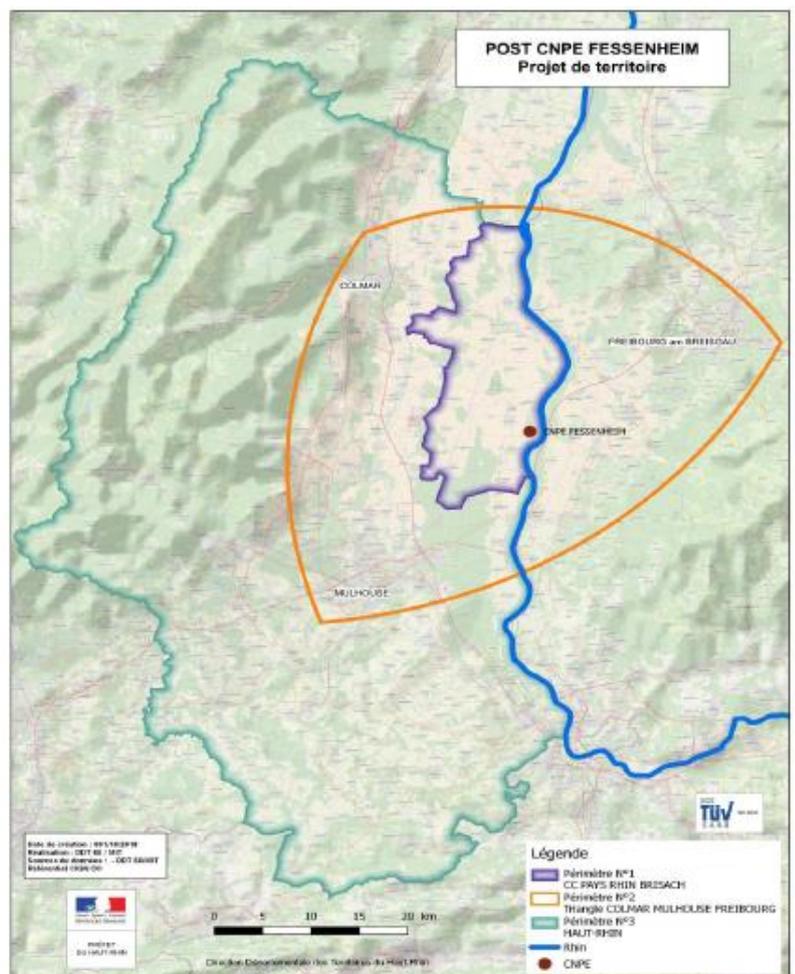
¹Projet de territoire, notre ambition commune pour l'avenir du territoire de Fessenheim (1er février 2019, Volgelsheim).

Toutefois, le projet d'avenir pour Fessenheim n'est pas extérieur à tout cadre juridique. Effectivement, le Traité d'Aix-la Chapelle sur la coopération transfrontalière franco-allemande dicte l'élaboration d'un projet transfrontalier pour l'avenir de Fessenheim qui soit doté de règles communes². Quant aux outils normatifs nationaux, telle que la Programmation Pluriannuelle de l'Énergie par exemple³, elle demande une transition énergétique et une sortie du nucléaire progressive : deux éléments à forts enjeux que la planification de l'après-Fessenheim encadre. Finalement, les schémas de la Région Grand-Est relatifs au développement économique et à l'environnement sont étroitement liés aux enjeux et objectifs soulevés dans le projet post-nucléaire.

La cohérence juridique semble plus difficile à établir au niveau des périmètres d'actions que le projet de territoire délimite. Dans un premier temps, l'objectif de cet article est d'interroger l'existence d'une logique normative des échelles du projet d'avenir. Dans un second temps, l'article propose des échelles plus cohérentes avec les outils juridiques actuels. En effet, des alternatives juridiquement plus pertinentes aux échelles élaborées existent et méritent d'être analysées.

I) La cohérence partielle de l'inscription des échelles du projet de territoire dans le cadre juridique en vigueur

La ligne directrice du projet d'avenir consiste à fixer trois échelles et à les associer à un domaine d'action prioritaire pour reconvertir le territoire autour de Fessenheim. Ainsi, le premier périmètre de la communauté de communes Pays Rhin-Brisach (CCPRB) aborde les défis de reconversion économique, le deuxième périmètre du Triangle binational Colmar – Mulhouse – Fribourg aborde les défis de mobilité et le troisième périmètre du territoire du Haut-Rhin aborde les défis de transition énergétique et d'innovation. Bien que l'élaboration de cette spatialisation soit principalement issue d'un processus politique et stratégique commun, elle trouve une correspondance juridique qui est toutefois confuse.



²Ministère de l'Europe et des Affaires Étrangères, *Traité d'Aix-la-Chapelle sur la coopération et l'intégration franco-allemandes* entre la république fédérale d'Allemagne et la république française, datant du 22 janvier 2019.

³Décret n° 2020-456 du 21 avril 2020 relatif à la programmation pluriannuelle de l'énergie (PPE).

A) L'échelon territorial juridiquement cohérent : la communauté de communes

L'échelle choisie pour la reconversion économique du territoire après la fermeture de la centrale nucléaire, celle de la Communauté de communes Pays Rhin-Brisach (CCPRB), est celle qui semble être la plus compréhensible juridiquement.

Effectivement, à l'échelon local il existe divers outils normatifs encadrant les enjeux liés à l'urbanisme, l'aménagement du territoire et l'environnement au sens large : le Schéma de Cohérence Territoriale (SCOT), le Plan Local d'Urbanisme intercommunal (PLUi), le Projet d'Aménagement et de Développement Durable (PADD), ainsi que le Plan Climat, Air, Énergie et Territorial (PCAET). Ces outils ont l'obligation d'intégrer les documents de planification supérieurs tels que les règles et objectifs du Schéma régional d'aménagement, du développement durable et de l'égalité des territoires (SRADDET), ce qui a pour avantage de pouvoir adapter les objectifs régionaux aux spécificités intercommunales. Quant aux documents d'urbanisme locaux, ils permettent une prise en compte des exigences environnementales.

Ensuite, l'intercommunalité peut exercer de plein droit les compétences dans les domaines de l'aménagement de l'espace, d'actions de développement économique, de l'eau, du tourisme, et de collecte et traitement des déchets (CGCT., art. L5214-1). De manière accessoire, la CCPRB est aussi compétente dans le domaine des logements et de la protection de l'environnement. Ainsi, l'intercommunalité dispose des compétences de base pour élaborer un plan d'aménagement et de reconversion économique territorial tel que le projet d'avenir pour Fessenheim.

En somme, les compétences légales attribuées aux intercommunalités et les documents juridiques existants à cet échelon permettent de conclure que la communauté de communes est un périmètre juridiquement pertinent pour intégrer les enjeux territoriaux et économiques post-nucléaires comme prévu par le projet d'avenir. Cet échelon permet aussi d'agir sur les questions liées à l'aménagement du territoire et l'environnement.

B) Les incohérences normatives relatives aux périmètres du projet d'avenir de Fessenheim

L'échelon départemental (Haut-Rhin) et celui constitué par un triangle entre Mulhouse, Colmar et Fribourg sont deux périmètres qui semblent être à plusieurs égards en décalage avec les objectifs de reconversion du territoire qui leur ont été assignés.

Concernant le périmètre du département, sa logique semble partielle. Tout d'abord, aucun outil normatif n'encadre la transition énergétique et écologique au niveau départemental. Le département, en tant que collectivité territoriale, est principalement compétent dans le domaine de l'action sociale, et accessoirement en gestion des collèges et en précarité énergétique⁴. Or les domaines d'ambitions départementaux du projet d'avenir de Fessenheim concernent principalement la transition énergétique et l'innovation. Ainsi, le département du Haut-Rhin n'est pas un échelon qui permet *a priori* d'intégrer pleinement les exigences énergétiques, de développement durable et d'innovation du projet de Fessenheim. Ce décalage issu de la répartition des compétences et dû à l'absence de document légal

⁴Vie Publique, *Quelles sont les compétences des départements ?* (fiche thématique accessible sur : <https://www.vie-publique.fr>)

départemental est de nature à soulever des difficultés dans la mise en œuvre concrète de la stratégie de reconversion du territoire.

Pourtant, le conseil départemental est aussi garant de la solidarité territoriale, c'est-à-dire qu'il mène des actions pour soutenir et revitaliser les territoires défavorisés,⁵ ce qui est le cas pour le territoire du Haut-Rhin qui fait face à une fermeture d'installation nucléaire et en subit les conséquences. Cette collectivité territoriale a ainsi un moyen d'action sur le plan de la transition énergétique avec une compétence en précarité énergétique et en rénovation énergétique des collèges. Bien que le département occupe une place secondaire dans la mise en œuvre du dispositif territorial post-Fessenheim, des compétences lui sont toutefois conférées.

S'agissant maintenant du périmètre triangulaire, il constitue l'échelle d'action du projet de Fessenheim en matière de développement de la mobilité franco-allemande. Ce triangle ne correspond à aucune échelle administrative ou a aucun document juridique existant. Les villes peuvent avoir leur rôle localement dans la mobilité en tant qu'intercommunalité par le biais de Plan de Déplacement Urbain (PDU) ou de documents d'urbanisme pour aménager la mobilité urbaine, mais cela ne signifie pas qu'elles sont elles-mêmes les actrices principales de ce domaine. La délimitation de ce périmètre trouve un sens qui est plus politique et stratégique, que juridique.

II) Des outils juridiques négligés permettant pourtant une cohérence renforcée des échelles du projet de territoire post-Fessenheim

Le constat de certaines discordances juridiques dans la planification territoriale post-Fessenheim amène à proposer des échelons plus cohérents pour envisager une reconversion territoriale post-nucléaire spécifique à Fessenheim : la Région et des espaces transfrontaliers.

A) La Région comme instance et échelle incontournable

Tout d'abord, la Région Grand-Est semble être un acteur dans le domaine du post-nucléaire à privilégier puisqu'il permet à la fois de stimuler l'économie et l'emploi, dynamiser le territoire, accroître la mobilité et créer un pôle d'avenir en matière d'innovation énergétique et écologique. Le Grand-Est a montré son ambition de participer à la transition du territoire autour de Fessenheim en rédigeant en 2018 un projet intitulé « *POUR UN GRAND EST À ÉNERGIE POSITIVE ET DÉCARBONÉ À HORIZON 2050, # Post-Fessenheim* ». La Région, lors d'un entretien, affirme d'ailleurs que le projet régional a influencé de façon majeure le projet de territoire pour l'avenir de Fessenheim, et que les orientations générales de la Région « *vers une transition énergétique, écologique et une innovation industrielle* » ont constitué le fondement pour les échanges dans la construction du projet⁶.

Ensuite sur le plan juridique, la Région est presque exclusivement compétente de droit dans les domaines du développement économique et de l'environnement au sens large.⁷ De

⁵B. Faure, *Droit des collectivités territoriales* (Dalloz précis, 6^{ème} ed., janvier 2021) p. 622-623.

⁶Entretiens avec des fonctionnaires de la Région Grand-Est (Septembre 2021, Strasbourg).

⁷*L'environnement au sens large inclut l'aménagement du territoire, le développement durable, la protection de la biodiversité, le climat, la qualité de l'air, l'énergie et le transport*, Ministère de la Cohésion des territoires et des Relations avec les collectivités territoriales, « Compétences des collectivités locales ».

nombreuses compétences lui sont attribuées lui permettant d'élaborer des outils de planification à valeur normative. Effectivement, à travers le *Schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation* (SRDEII), et surtout le *Schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires* (SRADDET) : l'échelon régional prévoit un cadre normatif intimement lié aux enjeux de reconversion du territoire de Fessenheim. Plus précisément, le SRADDET prévoit des dispositions relatives à la transition énergétique, à la transition écologique et à la mobilité : ces trois aspects se retrouvent dans la planification post-Fessenheim.

Ensuite, la valeur juridique obligatoire, intégratrice et prescriptive de ce schéma relève d'une haute importance puisque cela signifie qu'il peut s'imposer à des échelons locaux inférieurs. La valeur normative du schéma régional demeure importante puisqu'elle permet une compatibilité et une prise en compte sectorielle locale autour de Fessenheim des enjeux traités au niveau régional. Mais sa valeur obligatoire demeure assez faible lorsque le respect des propositions et mesures d'accompagnement du SRADDET n'est pas assuré puisque ces dernières ne sont que facultatives⁸. D'autant plus que les collectivités infrarégionales restent maîtresses quant aux moyens de mise en œuvre des règles régionales employées.

Ainsi, il apparaît que les outils de planification régionaux sont omniprésents dans les domaines concernés par le projet d'avenir de Fessenheim, ils sont intégrés de manière transversale mais parfois timidement et indirectement. On compte alors sur la valeur prescriptive du SRADDET pour que ses règles s'appliquent dans la mise en œuvre des projets pour l'avenir de Fessenheim⁹. Au regard de ce large panel normatif régional, la Région constitue une échelle imbriquée dans le projet de reconversion territoriale. Cette collectivité aurait pu être plus directement mise en avant par le projet territorial post-Fessenheim qui ne s'appuie que très marginalement sur cet échelon régional. Par exemple, un tel projet de reconversion du territoire devrait indiquer précisément, pour chaque échelle locale utilisée, la manière dont celle-ci s'appuie sur la Région pour mettre en œuvre la stratégie de reconversion qui lui est affectée.

Pour aller plus loin, les compétences et les outils juridiques prescriptifs de la Région qui se déclinent localement, peuvent lui permettre d'avoir les capacités de piloter un projet de territoire tel que celui de Fessenheim. Selon M. Baubonne, docteur en droit public, le plus important n'est pas la recherche d'une échelle pertinente mais : « *ce qui manque est un pilote dans l'avion, c'est-à-dire un outil juridique relevant d'un seul acteur : la Région. La Région devrait fixer les objectifs, qui sont déclinables à plusieurs échelles inférieures. Cependant le contraire, fixer un objectif à une échelle précise, n'est pas pertinent pour envisager un tel projet de territoire efficace* »¹⁰. Cette proposition peut être nuancée par l'argument selon lequel une échelle régionale est beaucoup trop large et elle ne permet pas de traiter les enjeux locaux à

⁸ D'autant plus que pour chacun de ses objectifs, le SRADDET contient des objectifs chiffrés et datés, basés sur les normes nationales supérieures, notamment pour atteindre une région bas carbone et à énergie positive. Pour la mise en œuvre de cette stratégie, le SRADDET pousse à ajuster les politiques publiques à différents échelons pour intégrer ses objectifs. Quant aux règles qu'elle établit, elles contiennent des indicateurs de suivi et d'évaluation, et des mesures d'accompagnement pour permettre l'application du SRADDET. Il est cependant regrettable que ces dernières n'ont pas de caractère contraignant. Grand-Est Territoires, « *Diagnostic territorial du Grand Est : Synthèse du diagnostic général du SRADDET* » (22 Novembre 2019) p.3 ; Rapport du SRADDET-Stratégie Axe1 « *Changer de modèle pour un développement vertueux de nos territoires* » (22 novembre 2019), p.11-17 et p.84.

⁹ *ibidem*.

¹⁰ Avis porté par Michaël Baubonne, Maître de conférences en droit public et droit des collectivités territoriales à l'Université de Haute-Alsace, jury lors de la soutenance de Charlotte Dauwe sur son rapport de stage de recherche « *Analyse juridique de la cohérence des échelles territoriales du projet d'avenir du territoire de Fessenheim* », (Septembre 2021), portée dans le cadre du Master 2 DETR de l'Université de Strasbourg.

Fessenheim. Pourtant, la Région Grand-Est compte d'autres centrales nucléaires sur son territoire (Nogent-sur-Seine, Cattenom, Chooz),¹¹ et pourrait utiliser cela pour planifier une transition régionale post-nucléaire qui ne se focalise pas uniquement sur une planification relative à Fessenheim.

B) Des structures institutionnelles transfrontalières plus opérationnelles

La protection de la nature est primordiale aujourd'hui dans tout projet de reconversion industrielle du fait des enjeux d'artificialisation des terres, de pollution des sols, du changement climatique, de perte de biodiversité : la liste des enjeux est longue. Ces enjeux environnementaux ne doivent pas être traités de manière isolés. Ils doivent obtenir une réponse coordonnée des deux côtés de la frontière.

La gouvernance instaurée autour du projet de territoire demeure relativement franco-centrée, excluant à plusieurs reprises les acteurs allemands des groupes de travail et des prises de décisions. Par exemple, actuellement la construction d'une zone industrielle post-Fessenheim (zone « Ecorhéna ») est encadrée par une Société d'Économie Mixte Locale franco-allemande (Novarhéna). Pourtant, les SEML « *ne sont jamais apparues comme des instruments adaptés à la conservation de la nature, tant par leur finalité qui est essentiellement économique, que par leur personnalité juridique qui est purement française et de nature privée* »¹², ce qui exclut l'acteur primordial en matière environnementale qu'est l'État. Cette société s'avère assez faible pour favoriser une coopération transfrontalière effective surtout en matière de protection environnementale, qui est une dimension non négligeable pour une transition écologique et énergétique d'un territoire.

Toutefois, des structures binationales à fort potentiel de coopération existent et n'ont pas été considérées dans la mise en place du projet de territoire post-nucléaire. Deux structures méritent d'être citées.

Tout d'abord, les Groupements Locaux de Coopération Transfrontalière (GLCT) sont des organismes de coopération transfrontalière créés par l'accord international de Karlsruhe entre l'Allemagne, la France, le Luxembourg et la Suisse¹³. C'est donc une structure de coopération qui peut être soumise au choix, à l'un des systèmes juridiques de chaque pays signataire. L'objet du GLCT *Pays des Deux Brisach* de 2013 indique que cette structure de coopération est apte à agir dans le domaine de la protection de l'environnement le long du Rhin. D'ailleurs, son périmètre englobe les intercommunalités locales les plus impactées par la fermeture de l'installation nucléaire. De plus, ses champs d'intervention prioritaires sont des actions contribuant au développement durable et à un aménagement du territoire concerté et cohérent de part et d'autre de la frontière. Il est donc regrettable que si peu de considération ait été donnée au GLCT *Pays des Deux Brisach* qui a pourtant un objet tout à fait compatible avec certains projets pour l'avenir de Fessenheim.

Quant au Groupement Européen de Coopération Transfrontalière (GECT), c'est un instrument de droit public directement applicable à toute coopération transfrontalière. Selon Simon

¹¹CCI Grand-Est, « *Une région prête pour la transition énergétique* », accessible sur : <https://www.grandest.cci.fr/economie/energie/>.

¹²S. Jolivet, Maître de conférences en droit public à l'Université de Poitiers (entretien).

¹³Article 11 (1) de l'accord de Karlsruhe entre les collectivités territoriales et organismes publics locaux (AKCT) du 23 janvier 1996.

Jolivet, « *le GECT est l’outil de coopération européen le plus adaptable et ambitieux à la conservation de la nature* »¹⁴. L’atout de cet outil est le libre choix quant au droit applicable, et pour toutes les questions qui ne sont pas réglées par la convention du GECT, le droit subsidiaire est le droit européen, qui est un droit commun pour ces deux États membres de l’Union Européenne. Cela réglerait la question d’égalité entre les deux pays sur un projet commun. En plus de prendre en compte tous les acteurs publics, un groupement européen peut aussi générer des fonds européens, ce qui permet d’acquérir une certaine capacité financière pour mener des projets.

Le GECT qui nous intéresse est nommé *Eurodistrict Region Freiburg – Centre et Sud Alsace* qui géographiquement place Fessenheim en son centre¹⁵. Bien qu’indirectement, l’énergie, la mobilité, la culture et le tourisme sont des domaines du GECT liés à l’aménagement du territoire, même si les statuts excluent les thématiques de préservation de la biodiversité et de l’écologie. Globalement, la protection environnementale étant marginalisée dans cette convention, cet outil institutionnel se prête peu à la coopération environnementale transfrontalière. Néanmoins, les domaines d’action prévus par la convention du présent GECT sont des défis abordés par le projet d’avenir de Fessenheim. Ce groupement pourrait ainsi constituer un outil de mise en œuvre des divers projets post-nucléaires. Le GECT est une structure pouvant permettre au projet d’avenir de reposer sur une structure franco-allemande intégrant les deux États de manière égalitaire, ce qui est d’ailleurs un argument soutenu par le Traité d’Aix la Chapelle du 22 janvier 2019. Il convient de relever que si cette structure avait été renforcée, c’est-à-dire si les moyens humains, techniques et financiers lui avaient été accordés dès sa création, et que les statuts avaient été redéfinis pour inclure la reconversion territoriale de Fessenheim dans le secteur de l’économie, la mobilité, l’innovation dans le secteur de la transition énergétique et écologique, alors ce GECT aurait pu être une véritable structure pour reconvertir le post-Fessenheim. Par ailleurs, les périmètres du GECT *Eurodistrict Fribourg-Alsace*, inscrivant Fessenheim au centre, auraient pu constituer des échelles pertinentes pour une reconversion territoriale plus vertueuse et plus coopérative, notamment avec une gouvernance plus équitable et équilibrée des deux côtés de la frontière. Cette structure juridique peut prendre davantage en compte la participation de l’Allemagne dans les projets, ce qui n’est pas le cas avec la gouvernance actuelle du projet d’avenir de Fessenheim.

Conclusion

A la genèse du projet, l’idée d’une spatialisation autour de Fessenheim avait pour finalité de faciliter et simplifier la mise en œuvre de la reconversion territoriale après la fermeture de Fessenheim, tout en s’appuyant sur les compétences des acteurs du territoire. Toutefois, le droit est un outil permettant aussi de faciliter ce type de projets et semble avoir été volontairement mis de côté, pour laisser place aux jeux et aux stratégies politiques des acteurs.

La difficulté dans la recherche d’une pertinence juridique du projet de territoire pour l’avenir de Fessenheim, réside dans le fait que cette planification n’est pas par essence contraignante

¹⁴S. Jolivet, Maître de conférences en droit public à l’Université de Poitiers (entretien).

¹⁵Convention relative à la création du groupement européen de coopération territoriale (GECT) « *Eurodistrict Region Freiburg – Centre et Sud Alsace* » de mai 2020.

ou pensée juridiquement. Comme cela est le cas pour de nombreux projets de territoire post-industriels, notamment ceux suivant la fermeture de centrales à charbon, une certaine mise à l'écart du droit est notable. Bien que les reconversions d'industries à charbon soient aussi un minimum spatialisées, leur logique est plus souvent d'ordre économique, sociologique et politique que juridique¹⁶. Cela rend le travail du juriste difficile, en ce qui concerne la recherche d'une cohérence légale, puisqu'à l'origine, celle-ci n'a pas été réfléchie. Effectivement, les périmètres territoriaux ne sont pas établis sur des fondements normatifs, mais plutôt sur des facteurs stratégiques et politiques issus des discussions entre les collectivités territoriales. Le rôle du juriste se retrouve marginalisé alors que la connaissance des outils juridiques pourrait contribuer à faciliter la mise en œuvre de projets de reconversion territoriaux.

¹⁶F. Vallerand, Note de synthèse « Les reconversions industrielles menées par l'Etat : échelles et justifications utilisées » (CERDACC UHA, 3 mars 2021).

PARTIE III
UN AUTRE REGARD SUR...

Acteurs du nucléaire, quelle perception du risque ?

Bruno CHABAUD

Responsable qualité d'un Centre Nucléaire de Production d'Electricité

Je travaille depuis maintenant près de 10 ans au contact du personnel en charge de la mise en service de l'EPR de Flamanville et j'ai pu, durant cette période, développer des compétences particulières dans le domaine de la sûreté nucléaire.

Le milieu du nucléaire pose question et comme nombre de mes collègues, je suis régulièrement interrogé à son sujet. Parmi les questions récurrentes, je peux citer :

- N'as-tu pas peur de l'accident, toi qui travailles sur la centrale ?
- Comment es-tu certain de ne pas être exposé à des radiations sans le savoir ?
- Mais est-ce que l'on nous dit vraiment tout sur ce qui se passe dans la centrale ?

Ces questions, posées dans la sphère privée, émanent de personnes n'évoluant pas dans le milieu du nucléaire. A l'image d'un passager prenant l'avion pour la première fois, elles traduisent une forme de crainte issue à la fois d'une méconnaissance de cette industrie et des messages (aussi bien positifs que négatifs) véhiculés par les médias. Mais qu'en est-il de l'intérieur ? Les employés du nucléaire ont-ils une perception spécifique de ce risque ? Comment est-il pris en compte et maîtrisé ? Est-il au centre de l'attention de tous les corps de métier qui participent à la construction, à la maintenance ou à l'exploitation des centrales nucléaires ?

I) La sûreté, une notion propre aux centrales nucléaires

Les centrales nucléaires actuellement en fonctionnement sur le territoire français s'appuient toutes sur la même base technique : la technologie du réacteur à eau pressurisée. Son principe repose sur la réaction de fission de l'uranium 235, qui, en contact de l'eau située dans la cuve va transmettre son énergie permettant ainsi la production de vapeur dans un circuit secondaire via de gros échangeurs de chaleur. Cette vapeur va entraîner une turbine, elle-même connectée à un alternateur créant ainsi de l'électricité. Cette technologie, sur le papier, reste simple à appréhender et demeure très proche des moyens de productions à base de fioul ou de charbon, si ce n'est qu'on utilise de l'uranium comme combustible. Et c'est finalement cela qui change tout !

En fonctionnement normal, la réaction de fission dégage une quantité importante d'énergie que l'on doit stopper au plus vite en cas d'aléa. J'entends par aléa toute situation imprévue nécessitant de mettre en sécurité le réacteur à l'image d'une excursion non maîtrisée des paramètres thermo-hydrauliques (pression et température de fonctionnement) ou bien tout simplement la survenue d'un séisme. Ainsi, toute centrale nucléaire doit pouvoir compter sur la fonction d'arrêt automatique du réacteur qui permet d'immédiatement mettre fin à la réaction en chaîne.

La spécificité de cette technologie, et ce qui fait sa potentielle dangerosité, est ce que l'on appelle la « puissance résiduelle ». Celle-ci peut être comparée à des braises incandescentes qui, se consumant, génèrent de l'énergie alors que le feu est éteint. C'est la même chose dans le cœur d'un réacteur : bien que la réaction de fission soit stoppée, le combustible émet toujours de l'énergie, qu'il faut être capable d'extraire. Sans cela, la température augmente sans cesse, pouvant laisser craindre une fonte du combustible à l'image de ce qui s'est passé lors de l'accident de *Three Mile Island* en 1979.

En raison d'une pression élevée dans les tuyauteries, très supérieure à la pression atmosphérique, une fuite au sein des circuits sensibles pourrait présenter des risques qu'il faut être capable de gérer. Il est donc impératif de garantir le bon niveau d'étanchéité des circuits et des bâtiments permettant d'éviter toute contamination extérieure au site en cas d'accident.

Pour résumer, les bases de la sûreté nucléaire s'articulent autour de ces trois notions :

- La maîtrise de la réaction en chaîne *via*, notamment, la disponibilité de la fonction d'arrêt du réacteur,
- La disponibilité pleine et entière de tous les dispositifs de refroidissement pour évacuer la puissance résiduelle,
- La maîtrise du confinement de la centrale en cas d'aléa consécutif à la perte d'intégrité des circuits ou de bâtiments susceptibles de recueillir des fluides ou gaz radioactifs.

La mitigation du risque nucléaire passe donc par le bon fonctionnement de l'ensemble des dispositifs répondant à ces objectifs. Leur gestion est cadrée règlementairement par un ensemble de documents qui définissent précisément les exigences de maintenance et d'essai nécessaires à la disponibilité de ces matériels. Aussi, une organisation de crise spécifique peut être déployée si besoin afin de gérer une potentielle crise sur site.

Lors des formations que j'anime sur la thématique de la sûreté, je compare souvent une centrale nucléaire à une automobile ; un moteur, des roues et un volant peuvent suffire pour avancer mais cela se complexifie lorsque l'on introduit la notion de sécurité : les ingénieurs ajouteront au véhicule les dispositifs d'airbags, d'ABS, ou d'ESP afin de limiter les conséquences d'un accident. La démarche est identique au sein de nos centrales nucléaires. De nombreux matériels sont présents pour gérer de potentiels incidents prévus à la conception et la sûreté nucléaire consiste à garantir qu'ils sont à tout moment aptes à accomplir leur fonction.

Le risque nucléaire est une donnée qui peut être établie dès la conception des réacteurs. En France, le parc nucléaire actuellement en fonctionnement a été dimensionné avec une probabilité d'accident grave de 10^{-5} /an et par réacteur. Cet objectif est régulièrement évalué et l'EPR, prochain réacteur en exploitation, a vu cette cible passer à 10^{-6} /an. Au sein de l'entreprise, la notion de risque se traduit comme une exposition à un danger ; tout l'enjeu est de peser la distance qui l'en sépare. Un sentier ne présente que peu de risque s'il est situé à bonne distance d'une falaise qui, elle, revêt un danger important. Nous abordons par cet exemple la notion de marge. La sûreté nucléaire consiste à constamment maintenir nos marges pour minimiser le risque. Nous devons nous assurer que nous exploitons nos centrales telles qu'elles ont été prévues à la conception, sans rogner sur les marges. Et Fukushima alors,

qu'en est-il ? Un tsunami présente un danger potentiel important, qui, s'il est bien pris en compte à la conception, ne présente que peu de risques. Une digue suffisamment bien dimensionnée doit pouvoir écarter définitivement le risque. Cela n'a pas été le cas au Japon où la hauteur de la digue était bien inférieure à celle du tsunami, générant la perte de toutes les alimentations électriques et donc un accident de manque de tension généralisée sur site. Ce type de risque est-il le même en France ? Les initiateurs de type agression externe tels que les séismes ou la houle sont étudiés sur la base de données historiques fortement majorées. A Flamanville, le site est situé à une hauteur de 5m au-dessus de la houle millénale cumulée à la plus forte marée, à laquelle est encore ajouté un coefficient. Toutefois, en cas de survenue d'une inondation, des dispositifs empêchant l'eau d'entrer dans les bâtiments sont également présents et régulièrement vérifiés. J'aborde par cet exemple la notion de défense en profondeur qui est une démarche indissociable de notre industrie. Si une ligne de défense venait à faillir, d'autres prennent le relai afin d'éviter le pire. Ceci minimise encore le risque.

II) Une sûreté évolutive et cadrée par la loi

La sûreté de nos réacteurs nucléaires, et notamment celle prévue à la conception, n'est pas une donnée figée dans le temps. Notre parc nucléaire évolue sans cesse, que ce soit sous l'angle technique (ajout de nouveaux dispositifs sur l'installation) ou bien sous l'angle organisationnel et humain avec la mise en œuvre de nouvelles démarches visant à sécuriser les interventions.

Les réexamens de sûreté, réalisés lors des visites décennales, ont pour objectif de faire évoluer la tranche au regard de l'analyse du retour d'expérience (REX) français et international. La thématique des agressions externes suite au REX Fukushima, entre autres, a donné lieu à des modifications importantes sur les tranches du parc, quand bien même la probabilité de survenue d'un accident similaire soit faible. De nouveaux groupes électrogènes ont été installés en hauteur sur les différents sites, et les bâtiments d'accueil des équipes de crise ont été renforcés. L'agression grand chaud a été prise en compte dès la conception sur l'EPR et largement renforcée sur les sites 900 et 1300 Méga Watt suite à l'épisode caniculaire de 2003 et plus largement vis-à-vis du réchauffement climatique.

Depuis la parution de l'arrêté du 7 février 2012 relatif aux Installations Nucléaires de Base (INB), la démarche de sûreté revêt un caractère réglementaire et les principes de prise en compte des agressions, de l'approche par ligne de défense et d'analyse du retour d'expérience sont des notions qui sont dorénavant inscrites dans la loi. EdF peut donc être poursuivi réglementairement en cas de manquements à ces principes (v. *infra*, paragraphe V).

III) Les humains et l'organisation au service de la sûreté

L'exploitation d'un réacteur nucléaire nécessite environ 300 personnes appartenant principalement au groupe EdF. Ce chiffre peut tripler lors des périodes d'arrêt du réacteur qui consistent à réaliser des opérations de maintenance et de remise à niveau de l'installation. Pour ce faire, EdF fait appel à des entreprises partenaires possédant les compétences techniques nécessaires à la bonne réalisation de ces interventions. Ces salariés, que je côtoie régulièrement sur le chantier de l'EPR, sont des experts techniques dans leurs domaines tels que le soudage ou la robinetterie. La démarche de sûreté présentée précédemment ne leur

est toutefois pas familière et finalement assez peu utile dans le cadre de leurs activités quotidiennes.

Il en est de même pour le personnel EDF. Parmi les 300 personnes exploitant un réacteur nucléaire au quotidien, environ la moitié en maîtrise les concepts de sûreté et la base technique sur laquelle repose la centrale. L'autre moitié est composée de fonctions supports ou tertiaires à l'image du personnel en charge de la sécurité ou de l'informatique, dont les missions principales restent relativement éloignées du fonctionnement du réacteur.

Le respect de l'organisation déployée au sein d'une centrale nucléaire doit permettre de produire de l'électricité en toute sûreté. Chaque salarié est missionné sur un périmètre particulier qui constitue l'un des maillons d'une chaîne complexe. L'exploitation d'une centrale repose donc à la fois sur la compétence des agents sur leur poste ainsi que sur le respect de l'organisation définie. On a même tendance à dire en interne que l'organisation prime sur les hommes ; personne ne doit se rendre indispensable ! Tout ceci pour affirmer que sur l'ensemble du personnel travaillant en centrale nucléaire, il n'y a que peu « d'experts techniques » maîtrisant l'ensemble des principes de sûreté et le fonctionnement technique détaillé d'une centrale.

L'Agence Internationale de l'Energie Atomique (AIEA) a introduit une notion propre au nucléaire, mais dont les leviers peuvent être reproduits dans les autres industries : la culture de sûreté. Il s'agit d'un ensemble de valeurs comportementales dont doivent s'inspirer les travailleurs du nucléaire. Elle repose sur des postures individuelles et collectives telles que l'attitude rigoureuse et prudente et la communication entre salariés. Ces concepts sont très souvent rappelés dans les formations dispensées à l'ensemble des travailleurs y compris à ceux n'intervenant pas directement pour le compte d'EDF. La culture de sûreté est donc complémentaire à la sûreté et contribue également à la diminution du risque nucléaire.

IV) La perception du risque

De manière assez certaine, je peux affirmer que les employés ne craignent pas l'accident nucléaire. Personne ne vient sur site la boule au ventre par crainte d'un Fukushima français qui pourrait survenir dans la journée. Je fais ce constat auprès de l'ensemble des salariés, qu'ils soient experts techniques, sachants, intervenants tertiaires ou annexes.

Le salarié au profil technique dont je fais partie, de par ses connaissances, s'est forgé lui-même la conviction qu'une centrale reste un dispositif sûr. Il en maîtrise les marges de conception, il a la connaissance des différents accidents qui ont été étudiés et la probabilité de leur survenue. Et quand bien même ces accidents devaient survenir, il sait que la centrale dispose des moyens techniques, organisationnels et humains pour les gérer.

Le salarié prestataire ou aux fonctions tertiaires, de la même manière, ou à de très rares exceptions, émet peu de doutes sur la sûreté des installations. Tout le monde a en tête l'image de l'hôtesse tout sourire durant un épisode de turbulence où la plupart des passagers sont mortifiés dans leur siège. Qu'est-ce qui l'explique ? Trois choses à mon sens : l'habitude, sa formation particulière à la gestion des passagers en situation de crise, mais aussi le fait de côtoyer quotidiennement les sachants (en l'occurrence, le pilote et co-pilote) qui ont les

connaissances techniques et sont capables d'accompagner et de vulgariser ce qui est en train de se passer : « à 1000 km/h, un avion se comporte comme une voiture sur une route, l'air constituant le bitume. Les turbulences sont des petits nids de poule ... ». Ces principes s'appliquent à mon sens également aux salariés du nucléaire et plus largement au personnel de toute industrie à risque.

Y a-t-il alors un risque de banaliser ce risque ?

Les enjeux actuels reposent sur notre capacité à percevoir le risque malgré les marges importantes qui nous séparent du véritable accident. Notre attention doit se porter vers les « points faibles », là où les lignes de défense sont les moins nombreuses. C'est une difficulté à ce jour ; il est parfois complexe d'estimer précisément l'impact d'une anomalie vis-à-vis d'une autre dans la mesure où, à nouveau, de multiples scénarios peuvent mener à un accident. Et c'est sur ce constat que les études probabilistes menées en interne peuvent aider ; elles sont capables d'évaluer précisément le risque en fonction de l'anomalie rencontrée. Cet éclairage nous oriente, nous permet de prioriser, voire de corriger notre stratégie d'exploitation.

Il est primordial à mon sens d'apporter du relief. Si en tant que responsable qualité, je tiens un discours auprès d'un intervenant où tout ce qu'on lui demande de faire, sans exception, est important, cela revient à finalement tout mettre au même niveau et il sera difficile pour un travailleur d'appréhender les véritables enjeux de son activité. Alors comment éviter la banalisation ? Expliciter, accompagner, rappeler les essentiels et surtout développer l'amélioration continue en mesurant l'efficacité des actions mises en œuvre. Ce point est encore trop délaissé et nous avons dans ce milieu hyper cadré une propension à mettre en place de nouveaux outils, de nouvelles organisations et processus, sans en mesurer réellement les bénéfices sur la sûreté. On parle en interne de mille-feuille d'exigences générées par un empilement de mesures n'étant pas toujours bien accompagnées.

La ligne hiérarchique doit porter les messages adaptés et challenger sans cesse ses collaborateurs afin d'éviter de tomber dans une routine généralement néfaste.

V) Quelle perception de l'aspect juridique par les salariés ?

De l'intérieur, nous sommes assez peu formés sur l'aspect juridique et peu conscients de ses enjeux, en particulier lorsqu'il s'agit de risque nucléaire. Les sensibilisations au juridique dispensées aux managers sont fortement liées à la sécurité des collaborateurs au sens intégrité physique pour laquelle la responsabilité du manager peut être engagée en cas d'accident. L'aspect environnemental est également mis en avant et le site de Flamanville a d'ailleurs déjà été poursuivi pour des manquements à la réglementation environnementale. Sur ce type de problématique, le directeur de la centrale engage sa responsabilité et peut, en fonction des conséquences, être convoqué devant les autorités. Néanmoins, un sujet émerge depuis maintenant trois ans et nous rappelle que nous pouvons être directement convoqués par la justice en tant que travailleurs du nucléaire : la thématique fraude. Celle-ci est issue de plusieurs affaires constatées chez des entreprises fournisseurs ou en interne EdF. La fraude (qui ne peut être qualifiée comme telle que par la justice) est catégorisée en trois domaines :

- La fraude dans le domaine des achats / contrats et l'équité entre fournisseurs

- La fraude « éthique et conformité », en lien avec les règles internes de l'entreprise
- La fraude « Arrêté INB du 7 février 2012 » en lien avec les exigences de sûreté reprises dans la réglementation

Les agents sont fortement sensibilisés à cette thématique et le message qui leur est délivré les rappelle à leur responsabilité individuelle.

Une centrale nucléaire reste toutefois très régulièrement inspectée par l'Autorité de Sûreté Nucléaire (ASN), mandatée par le gouvernement qui s'appuie sur la réglementation (Code de l'environnement et Arrêté INB du 7 février 2012 principalement) pour dresser des procès-verbaux en cas de non-respect flagrant. C'est probablement par ce prisme que le risque juridique est le plus perceptible parmi la population des travailleurs, bien que la responsabilité, in fine, repose sur le directeur de la centrale. Plusieurs dizaines d'inspections sont réalisées chaque année sur les sites et les lettres de suite sont d'ailleurs disponibles sur le site internet de l'ASN et consultables par tous.

La production d'électricité d'origine nucléaire reste une industrie à risque et il est primordial qu'elle soit perçue ainsi par l'ensemble des intervenants y jouant un rôle. L'organisation en charge de l'exploitation, et en particulier son management, doivent maintenir la sûreté au centre des attentions. Une centrale nucléaire reste une structure évolutive, qui doit sans cesse apprendre des différents retours d'expérience, sous l'angle technique mais également sous l'angle comportemental. Un travailleur du nucléaire responsable est attendu bien sûr sur les compétences liées à son poste, mais également sur sa posture : l'attitude interrogative et la démarche rigoureuse et prudente restent des préceptes indissociables de notre industrie.