

La caméra de Carol Reed monte, en 1949, sur la grande roue placée au centre d'une ville de Vienne ravagée par la guerre.

Harry Lime, le criminel sublime campé par Orson Welles, dirige le regard de son ami Martins vers la masse anonyme qui fourmille en contrebas.

« Regarde en bas, est-ce que ça te remplirait de pitié si un de ces petits points s'arrêtait de remuer ?

Si je t'offrais une grosse somme pour chacune de ces vies, songerais-tu seulement à faire du sentiment ? ».

Cette scène du troisième homme nous place dans le regard cynique du malfaiteur contemplant l'insignifiance de ses victimes.

Sa cause est plus grande que leur peine : voilà l'intime conviction de tous ceux qui violent sciemment la loi.

Toute à la lumière du sourire enjôleur d'Orson Welles, la caméra peine à distinguer les fourmis qui s'éparpillent.

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil de l'Ordre, Madame et Messieurs les secrétaires, Mesdames et Messieurs,

Vous renverserez la perspective.

Il est un lieu où les caméras changent d'angle, font le point sur la victime, et laissent le responsable en arrière-plan.

Un moment où c'est sa peine seule que l'on scrute.

C'est ici, et maintenant, en matière de responsabilité civile.

Les faits vous ont été rappelés.

Un propriétaire érige un immeuble excédant, de 70 centimètres, la hauteur maximale autorisée par son permis de construire.

Cet excès prive sa voisine de sa vue sur le littoral, de l'ensoleillement de sa maison.

Celle qui est à l'ombre agit contre celui qui s'accapare le soleil, exige la cessation de ce trouble.

Ce dernier se prévaut du coût disproportionné de la mise en conformité de l'ouvrage.

Il se tient sur son fait accompli.

La cour d'appel a ordonné la mise aux normes de l'édifice.

Le pourvoi vous demande si le juge du fond, statuant en matière extracontractuelle, peut apprécier la réparation due à la victime au regard du caractère disproportionné de son coût pour le responsable du dommage.

C'est par la négative, que vous répondrez.

Car vous poserez sur la matière les yeux d'Aristote, qui recèle en germe tout le sens de la responsabilité délictuelle.

Vous reconnaîtrez la nécessité d'une justice commutative, d'abord, vous écarterez la justice distributive, ensuite.

I. La nécessité d'une justice commutative

En physique, « l'action est toujours égale à la réaction » c'est la troisième loi de Newton.

En droit de la responsabilité délictuelle, l'indemnisation est toujours égale au dommage, c'est le principe de la réparation intégrale.

Le maintien de l'équilibre par le rétablissement de l'égalité préexistante à la faute : c'est l'objet de la justice commutative.

Réparer, d'abord, rétablir, ensuite.

A. Réparer

C'est au berceau que le juriste apprend que le principe de la réparation intégrale impose de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage en remplaçant la victime dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée s'il n'avait pas eu lieu.

Aristote aurait pu rédiger cet attendu de principe.

Il oriente l'office du juge de la responsabilité civile.

Il exclut, d'emblée, toute fonction rétributive.

Il exclut, donc, tout contrôle de proportionnalité qui résulte de l'appréciation de la nécessité d'une sanction.

Celui qui s'applique en matière disciplinaire, en matière pénale, en matière de responsabilité pour insuffisance d'actifs, bref,

selon les termes du Conseil Constitutionnel, « *à toute sanction ayant le caractère d'une punition* ».

La rigueur de la réparation intégrale distingue encore le juge de la responsabilité délictuelle et le juge du contrat.

Ce dernier applique les exigences de bonne foi et de loyauté qui imprègnent les mécanismes contractuels et qui justifient traditionnellement un contrôle de la proportionnalité de l'exercice des prérogatives des parties.

L'article 1221 du code civil l'invite par exemple à contrôler la proportionnalité de la demande d'exécution forcée d'un contrat.

Vous avez certes récemment étendu ce contrôle au cas où il était saisi d'une demande de dommages-intérêts d'un montant égal au coût de la démolition – reconstruction d'un ouvrage.

Mais cette solution n'est justifiée que par les principes de prévisibilité, de bonne foi, et de loyauté qui présidaient aux relations des parties, liées par un contrat.

Elle illustre ce que l'on sait depuis Philippe Rémy : les dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat ne sont qu'un mode de paiement forcé de l'obligation, une exécution par équivalent.

Le contrôle de proportionnalité ne résulte ici que des termes de l'article 1221 du code civil.

Rien de tel en matière délictuelle.

Aucun texte ne diminue les droits de la victime par égard pour le responsable.

L'étendue de la réparation se mesure à l'aune exclusive des préjudices.

Vous jugez donc sans incidence la gravité de la faute ou la situation de fortune du responsable.

Votre regard est rivé sur la victime, braqué sur son dommage.

En un mot, vous réparez. Dans une perspective : rétablir.

B. Rétablir

C'est tout l'enjeu d'une justice commutative.

Réparer, autant que faire se peut, remettre en état, chaque fois que cela est possible.

En présence d'un écrit injurieux ou diffamatoire, c'est la suppression de la publication.

En droit des marques, c'est la suppression d'une enseigne ou d'un nom commercial similaire.

En présence d'un empiètement, ou lorsqu'un ouvrage érigé en méconnaissance des règles d'urbanisme cause un préjudice à des tiers, c'est la démolition de l'immeuble.

La cessation du trouble illicite est la plus exacte des réparations.

« Ote toi de mon soleil. »

Ce sont les mots que Diogène, pauvre hère vivant dans un tonneau, ose adresser à Alexandre le Grand qui lui proposait l'aumône.

Ils expriment avec autant d'impertinence que de légitimité ce désir fondamental de reprendre l'objet même qui nous a été injustement arraché.

J'avais le lumière et la chaleur de ses rayons, je ne veux ni ton or ni tes joyaux.

Le droit reconnaît la légitimité de ce désir naturel de rétablissement.

Il la reconnaît même avec empressement puisque le juge des référés est compétent pour faire cesser, au plus vite, le trouble manifestement illicite.

En matière de responsabilité civile, la cessation du trouble est un idéal de réparation intégrale.

Faute de mieux, le juge compense mais il doit ordonner la cessation de l'illicite dès lors qu'elle est demandée, et qu'elle est possible.

La réparation par équivalent lui est, par nature, inférieure.

Comment évaluer la valeur de la lumière, comment comptabiliser le dommage causé par sa perte ?

Et elle devient intolérable lorsqu'elle est diminuée au regard des capacités financières du responsable

Accorder une réparation diminuée, c'est toujours condamner la victime à prendre en charge une partie du dommage causé par un tiers.

L'immeuble est construit en méconnaissance des règles d'urbanisme censées vous protéger, il vous cause un préjudice certain, mais le juge n'aurait rien à y redire ?

Ad vitam eternam son insolente toiture étendra chez vous son illicite ombrage.

Bref, prends ton chèque, et marche à l'ombre.

Statuer ainsi, c'est se faire le complice du cynique qui, à l'autorité de la loi, oppose l'autorité du fait accompli.

Est-ce le fait de la victime si le responsable a engagé des travaux aussi coûteux qu'illicites ?

Est-ce à elle d'en supporter, ne serait-ce que partiellement, le coût ?

Non.

Seule la cessation de l'illicite rétablit parfaitement l'égalité préexistante au dommage.

Vous ne l'écarterez pas au regard de son coût pour le responsable.

Vous résisterez au chant des sirènes de la justice distributive.

II. Le refus d'une justice distributive

Celle qui attribue à chacun selon son mérite et fait la part belle à une idée : la proportionnalité.

Rarement principe n'a fait couler tant d'encre sur tant de papier.

Dans les colonnes érudites d'un émoi partagé

On s'étonne, on s'extasie, on s'inquiète.

Plus de bras que Shiva, plus de visages que l'Hydre

La proportion s'infiltrerait-elle dans tous les domaines du droit ?

Le contrôle de proportionnalité, certes, mais où, quand et surtout pourquoi, telles sont les lignes qu'il vous incombe de tracer.

Deux enjeux : délimiter le contrôle, d'abord, fonder le contrôle, ensuite.

A.Délimiter le contrôle

« Les contestations et les plaintes naissent quand, étant égales, les personnes se voient attribuer des parts non égales ».

C'est le postulat de la justice distributive.

Son domaine est celui de la répartition proportionnelle des biens.

Ainsi entre les associés d'une société, à proportion de leur apport.

Ainsi encore la répartition du domaine ou du bien public. Depuis l'arrêt Benjamin, le juge administratif contrôle la proportionnalité des mesures de police administrative.

Ainsi enfin la répartition des ressources naturelles. Il contrôle la proportionnalité des mesures concernant la gestion équilibrée de la ressource en eau.

On voit bien que la justice distributive, justice de proportion, a trait au partage équitable d'un bien.

Mais la répartition des biens n'est pas la réparation des torts.

La proportion doit s'effacer lorsqu'est en cause la réparation d'une perte illégitime.

L'introduction d'un contrôle de proportionnalité en responsabilité délictuelle écarterait la victime pour placer le responsable au centre des attentions du juge.

Ce contrôle emprunterait les réflexes qui sont ceux du juge examinant la proportionnalité d'une sanction, ou le mérite de l'attributaire d'un bien.

La gravité de la faute, le coût pour le responsable, sa situation familiale peut être, financière surement, son âge, son emploi, le nombre de ses enfants, la fortune de ses parents ...

Autant d'éléments que la victime d'un dommage ne devrait pas avoir connaître, ne devrait pas avoir à débattre, ne devrait pas avoir à craindre.

Selon que vous soyez victime d'un homme puissant ou misérable, les tribunaux vous rendront-ils blanc ou noir ?

Heureux, alors, ceux qui seront bousculés par un riche, la réparation intégrale est à eux seuls.

L'égalité entre les justiciables, la prévisibilité de la règle, tout s'oppose au contrôle de la proportionnalité de la mesure qui tend à réparer un tort.

A l'heure de la généralisation de l'assurance de responsabilité civile, rien ne vous invite à abandonner les mérites séculaires de la justice commutative pour braquer le regard des juges du fond sur le responsable, ses biens et ses mérites.

Au fond, ce que le pourvoi vous demande de consacrer c'est la théorie anglo-saxonne de *l'effective breach*, que même vos homologues de Londres ont eu la sagesse de limiter à la matière contractuelle.

J'ai tout intérêt à méconnaître mes obligations, quitte à payer des dommages et intérêts mesurés, pour atteindre mon objectif.

A construire un immeuble excédant de 70 centimètres la hauteur autorisée par les normes d'urbanisme.

A compter sur un juge raisonnable qui ne m'imposera pas la démolition-reconstruction du dernier étage de l'immeuble, pour une malheureuse perte d'ensoleillement ?

Me voilà prêt à consentir un prix mesuré, sans doute la perte de la valeur vénale de l'immeuble des rares voisins qui auront l'inspiration d'agir contre moi, pour obtenir cet avantage *contra legem*.

Vous voyez immédiatement que ce qui est concevable en matière contractuelle est intolérable, est dangereux en matière délictuelle.

A cette inopportunité morale s'ajoute une objection technique. C'est le fondement du contrôle.

B. Fonder le contrôle

Le pourvoi reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si le coût de la réparation en nature n'était pas disproportionné.

Quelle base légale devait servir de fondement à une telle recherche ?

Le principe de proportionnalité a parfois un fondement textuel explicite.

C'est le cas, on l'a vu, en matière de sanction et en matière contractuelle.

Ce n'est pas le cas en matière délictuelle.

Le fondement légal du principe de proportionnalité peut encore résulter de la confrontation de deux normes de même valeur.

Ainsi lorsque la liberté d'expression de l'un heurte la vie privée de l'autre.

Dans ce cas le principe de proportionnalité est l'outil de sélection de la norme qui doit s'imposer.

Il joue un rôle analogue à celui du principe selon lequel le droit spécial déroge au droit général.

Le mouvement des plaques tectoniques qu'a dessiné la convention européenne des droits de l'homme a donné lieu à l'explosion de ce rôle d'arbitre confié à la proportionnalité.

Mais hors de ces cas, le principe de proportionnalité n'a pas de fondement.

Le pourvoi est fondé sur l'autonomie abstraite et supra législative de ce principe. C'est un effet d'optique.

Or aucune norme ne s'oppose au droit non contesté de la victime du dommage.

Il ne suffit pas d'invoquer le droit de propriété du responsable.

Car ce qui limite son droit de propriété, ce n'est pas le droit de la victime, c'est le code de l'urbanisme.

Dès lors que le maître de l'ouvrage a violé les règles d'urbanisme, il est sorti du cadre de son droit de propriété tel qu'il est ainsi restreint.

Il ne peut donc pas l'opposer au droit des tiers.

Il ne subsiste rien qui donne un quelconque fondement juridique au contrôle de proportionnalité que l'on reproche à la cour d'appel de ne pas avoir exercé.

Ni conflit, ni texte pour faire obstacle au droit de la victime d'obtenir la cessation de l'illicite qui lui cause un dommage.

La perspective d'Orson Welles est renversée. Au premier plan, la victime et son préjudice. L'auteur, au second plan.

C'est un film en noir et blanc.

Un dommage : l'ombre ; un remède : la lumière.

Vous rejetterez.