

Causes d'exonération ou moyens de défense dans les projets européens

par

Pierre WIDMER
Institut de droit comparé - Berne

I. - Introduction

1. - Le sujet principal de notre séminaire est la causalité. Il conviendra dès lors de parler **en premier lieu des causes d'exonération ou moyens de défense qui se rapportent à la causalité**. Or, nous verrons plus loin qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer exactement entre causes d'exonération liées à la causalité et causes d'exonération relatives à d'autres conditions de la responsabilité, notamment la faute, ainsi que - dans les systèmes où une telle condition existe séparément et à titre autonome - l'illicéité. Cette difficulté s'explique par le fait que la causalité qui nous intéresse n'est pas la simple causalité de fait ou mécanique, mais une « causalité juridique » (pour reprendre l'expression qui figure à l'article 47 de l'Avant-projet suisse de l'an 2000 (AP 2000)¹. La causalité qui compte pour le droit est ce que certains appellent la « causalité adéquate », ce qui ne signifie rien d'autre, en principe, que le lien causal ne doit relier le dommage pas uniquement à un fait ou comportement quelconque² (ce qui serait d'emblée problématique lorsque le comportement en question n'est pas un acte, mais une omission), mais à un fait ou comportement juridiquement pertinent, donc à un risque spécifique, à un état de fait déterminé par la norme ou encore à un comportement fautif ou illicite ou qui même - selon le système en lice - doit satisfaire à l'une et l'autre de ces conditions. Cette **imbrication entre les différentes conditions de la responsabilité civile**³ se reflète tout naturellement dans leur revers que représentent les causes d'exonération.

Ceci pour expliquer pourquoi nous ne nous limiterons pas strictement aux causes d'exonération se référant directement au lien causal, mais jetterons également un coup d'œil sur d'**autres moyens de défenses** aboutissant à une exonération, tels, **notamment, les faits ou motifs « justificatifs »**⁴. Cela s'impose déjà du fait que les deux Projets européens - tant les PETL⁵ que les « Principes d'Osnabrück » (PEL.Liab.Dam. ; identiques avec les règles-

¹ Avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile (AP 2000 ; http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/abgeschlossene_projekte/haftpflicht.html).

² Dans ce sens également : VON BAR (Ch.), Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (PEL Liab.Dam.), 2009, n. 12 ad art. 4:101 PEL.Liab.Dam.; ce volume comprend différentes traductions du texte des « Principes » (*black letter rules*), dont une en français (Text of Articles/French, p. 80 ss.).

³ L'interdépendance et l'interactivité des conditions (tant positives que négatives) de la responsabilité peut s'illustrer par une métaphore bien helvétique : on peut comparer la responsabilité civile à une fondue. Peu importe où l'on plonge son morceaux de pain dans la soupe au fromage - lorsqu'on le retire, il fera des fils dans toute les sens. Ainsi le dommage (réparable) est en même temps une fonction de la protection (juridique) accordée à l'intérêt affecté, donc de l'illicéité de l'atteinte, qui, elle-même, est également tributaire du critère d'imputation et par là de la causalité (adéquate) et vice-versa. Voir aussi la discussion, en droit français, sur « le fondement de l'exonération résultant de la force majeure » entre causalité et faute (VINEY (G.) / JOURDAIN (P.), Les conditions de la responsabilité, 3^e éd. 2006, N. 403).

⁴ Ce sont les expressions utilisées dans l'AP 2000 (supra n. 1 ; art. 46a) d'une part, et dans les PETL de l'autre (Principes de droit européen de la responsabilité civile ; cf. EUROPEAN GROUP ON TORT LAW [éd.], Principles of European Tort Law, Text and Commentary, 2005; traduction française [par Olivier MORÉTEAU], p. 302 ss.

⁵ Supra n. 4.

modèles DCFR)⁶ - semblent accorder presque plus d'attention à cette catégorie de moyens de défense qu'aux classiques causes d'exonération ou « causes étrangères »⁷ en tant que facteurs interruptifs ou réducteurs de la causalité, à savoir : la force majeure (et le cas fortuit), le fait ou la faute de la victime ou le fait ou la faute d'une tierce personne. Par ailleurs, nous verrons plus en avant que, dans certains cas, un moyen de défense participe tant de la justification que de la négation de la causalité juridique⁸.

II. - Causes d'exonération et structure systématique des principes

Commençons par un bref **aperçu de la façon de laquelle le problème des motifs d'exonération est abordé dans les deux Projets européen** : les « Principes de Vienne » et les « Principes d'Osnabrück / DCFR ».

2. - Dans les PETL, on trouve - immédiatement après le Titre III qui traite des « *Fondements de la responsabilité* »⁹ - le Titre IV intitulé, dans la version française, « *Les causes limitatives ou exonératoires de responsabilité* » ; dans la version originale anglaise, on utilise le terme plus large de « *Defences* » (moyens de défense).

Ce Titre IV se divise en deux chapitres, dont le premier, le chapitre 7, porte le titre plutôt vague « *Des causes en général* » (*Defences in general*) et comprend deux articles, l'article 7:101 sur le « *Faits justificatifs* » (*Defences based on Justifications*) ainsi que l'article 7:102 qui parle des « *Causes d'exonération en cas de responsabilité sans faute* » (*Defences Against Strict Liability*). Suit le chapitre 8 « *La contribution de la victime* » (*Contributory Conduct or Activity*) qui, lui, consiste en un seul article, l'article 8:101 « *Activité ou conduite contributive de la victime* » (*Contributory Conduct or Activity of the Victim*). La traduction française de cet intitulé est quelque peu inhabituelle, étant donné que - en langage juridique français - on utilise normalement plutôt l'adjectif « concomitant », en tout cas lorsque l'on parle de « faute concomitante » de la victime. A la réflexion, toutefois, l'adjectif « contributif » paraît rendre plus exactement l'idée que le comportement de la personne lésée n'est pas seulement un aspect secondaire de l'événement dommageable, mais une véritable cause concurrente. Il n'est pas à exclure non plus que le choix de cet adjectif puisse influencer la réponse à la question de savoir dans quelle mesure non seulement la (véritable) « faute » de la victime peut constituer une cause (entièrement ou partiellement) exonératoire, mais aussi - comme semble l'indiquer dans les PETL le titre « conduite ou activité » - son activité (au sens d'une situation ou source de danger objective) ou son simple fait non fautif¹⁰.

3. - Pour ce qui en est des PEL.Liab.Dam. (Principes d'Osnabrück / DCFR), ils comprennent également un Chapitre (5) consacré aux « *Moyens de défense* » (*Defences*) qui, lui, est divisé en 5 sections et comprend 10 articles de 5:101 à 5:501. Par rapport au PETL, l'ordre systématique des causes d'exonération est ici construit assez différemment.

⁶ VON BAR, Non-Contractual Liability (supra n. 2.). Cf. également : http://www.sgecc.net/media/downloads/updatetortlawarticles_copy.doc.

⁷ « Cause étrangère » est le terme normalement utilisé en droit français. Cf. par exemple VINEY (G.) / JOURDAIN (P.), Les conditions de la responsabilité (supra n. 2) N. 383 ss. ; BRUN (Ph.), Responsabilité civile 2^e éd., Manuel LexisNexis Litec 2009, N. 266 ss.

⁸ C'est notamment le cas du « comportement alternatif licite » („*rechtmässiges Alternativverhalten*“) dont il sera question infra sous ch. 12c.

⁹ Cf. notre contribution pour le séminaire de St-Etienne, La responsabilité pour choses et activités dangereuse dans les Projets européens (http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/146/14678_pierrewidmer.pdf), ch.2.

¹⁰ Infra ch. 10b et 11b.

La distinction entre les deux premières sections ne s'opère pas entre faits justificatifs d'une part et causes interrompant ou comprimant le lien de causalité d'autre part¹¹. La section 1 règle en premier les causes d'exonération se situant dans la sphère de la victime: d'abord son consentement (art. 5:101), ensuite sa faute ou (autre) « imputabilité » (concomitante) (art. 5:102) et, comme troisième volet, le cas un peu particulier d'acceptation du risque dans le cadre d'une entreprise criminelle où un des participants cause involontairement un dommage à un de ses complices (art. 5:103). La section 2 adopte la perspective inverse en prenant en compte les « *Intérêts des personnes auxquelles un dommage est imputable ou des tiers* » ; ce sont les classiques faits justificatifs, c'est-à-dire: l'acte justifié par un « *pouvoir conféré par la loi* » (art. 5:201), les cas de légitime défense, de gestion d'affaires et de nécessité (art. 5:202) et l'exercice d'un droit servant à la protection d'un intérêt public (art. 5:203).

Le trois sections suivantes du chapitre 5 des PEL.Liab.Dam. / DCFR vont, au moins en partie, au delà des questions traitées dans le Titre IV des PETL, ou alors elles règlent des hypothèses qui - dans l'autre projet européen - figure sous d'autres rubriques. Ainsi en va-t-il par exemple, dans la section 3, intitulée « *Incapacité de contrôler* », du problème de « *incapacité mentale* » (art. 5:301 PEL.Liab.Dam. / DCFR) dont on parle normalement dans le contexte de la faute et de son élément subjectif¹². Cette disposition précède celle qui parle d'une tout autre impossibilité de contrôle, objective cette fois, qui est celle de la cause étrangère au sens strict, c'est-à-dire : d'un « *événement incontrôlable* » (art. 5:302 PEL.Liab.Dam. / DCFR), équivalant (ou presque) à ce qu'il est convenu d'appeler « force majeure ».

La section 4 s'attache à un moyen de défense particulier dans la mesure où il ne s'agit pas de restrictions intrinsèques de la responsabilité, mais de clauses contractuelles destinées à exclure ou à limiter la responsabilité (art.5:401 PEL.Liab.Dam. / DCFR) ; il est vrai, toutefois, que de telles clauses peuvent aussi s'analyser comme un cas particulier de justification sous forme de consentement de la victime (à l'éventuelle atteinte, respectivement à ne pas être dédommagé si elle se produit) ou de son acceptation du risque (infra ch. 12c).

Finalement, la 5^e et dernière section (art. 5:501) sert à écarter tout doute sur le fait que, en cas de dommage-ricochet (notamment de pertes souffertes par les proches d'une victime décédée ou gravement atteinte dans son intégrité corporelle selon l'art. 2:202 PEL.Liab.Dam. / DCFR), les moyens de défense qui peuvent ou pouvaient être opposés à la prétention en réparation de la victime immédiate, le peuvent aussi à l'égard des personnes qui bénéficient d'un droit à réparation dérivé¹³.

III. - Les causes d'exonération « organiques » ou « implicites »

4. - Toutefois, tant dans les « Principes de Vienne » que dans ceux de « Osnabrück / DCFR », le titre, respectivement le chapitre consacré aux « défenses » n'épuise pas entièrement le problème de l'exonération.

¹¹ Comme l'explique le commentaire VON BAR (supra n. 2 ; N. 1 ad art. 5:101), le chapitre 5 des PEL.Liab.Dam. / DCFR n'est pas structuré selon des catégories dogmatiques, mais en fonction « d'aspects essentiellement factuels ». La raison en est - toujours selon de commentaire VON BAR - que « *la catégorie des motifs justificatifs suppose la reconnaissance de l'illicéité comme condition de la responsabilité, ce qui n'est pas le cas dans les présentes règles-modèles* ». Néanmoins, ces normes existent aussi dans les PEL.Liab.Dam. / DCFR (art. 5:101 et 5:201 à 5:203).

¹² Dans les PETL, c'est la question de « *l'ajustement du standard de conduite requis* » en raison de l'âge, du « *handicap mental ou physique* », telle qu'elle apparaît à l'art. 4:102, 2^e alinéa.

¹³ Infra ch. 11d.

A ce point, il y aurait lieu de dissenter un instant sur la question de savoir, si - oui ou non et, le cas échéant, dans quelle mesure - la preuve, apportée par le défendeur que, contrairement aux affirmations du demandeur, une ou plusieurs conditions générales ou éléments spécifiques de sa responsabilité ne sont en réalité pas remplies (ou ne le sont pas entièrement), fait également partie des causes étrangères ou causes d'exonération. Dans son commentaire au Titre IV des PETL, B. KOCH, dans ses explications introductives sur la « terminologie », adopte le point de vue qu'on ne peut parler de « moyens de défense » au sens propre qu'une fois que le demandeur a établi les bases ou conditions générales de la responsabilité, ou - comme s'exprime textuellement le commentateur : *"The points collected under this Title come into play when the ball is already within de defendant's field"*¹⁴. On retrouve une conception similaire, mais encore plus pointue, pour le droit français chez Ph. BRUN¹⁵, pour qui la cause étrangère n'entre en jeu que lorsqu'il s'agit d'écarter une présomption de responsabilité en faveur de la personne lésée, comme c'est notamment le cas en matière de responsabilité objective (par exemple du fait des choses) ; ceci expliquerait aussi pourquoi la cause étrangère, resp. les motifs d'exonération seraient pratiquement sans objet dans le cadre de la responsabilité fondée sur la faute.

A notre avis - comme c'est souvent le cas de discussions terminologiques - il s'agit d'un faux débat. Il est vrai que les causes d'exonération jouent un rôle moins évident dans la responsabilité dite « subjective » où, en principe, toutes les circonstances peuvent d'emblée être prises en considération pour décider sur l'existence et la gravité de la faute. Mais il se peut très bien que, après réexamen du déroulement de l'acte dommageable ainsi que des éléments objectif (diligence requise) et subjectif (capacité de discernement) - un réexamen, qui aura peut-être été provoqué par certaines objections du défendeur -, le juge se ravise et arrive à une conclusion différente sur la faute. Ce phénomène est encore bien plus visible et fréquent en ce qui concerne l'illicéité (dans les systèmes qui en font une condition autonome de la responsabilité) : très souvent la sphère de protection d'un bien juridique, tel que p. ex. la personnalité ou même la propriété, n'est pas clairement définie dès le départ; ce n'est que lors d'un deuxième examen et après une nouvelle pondération plus différenciée des intérêts défendus par le demandeur, d'une part, et des motifs justificatifs allégués par le défendeur de l'autre, que l'on arrive à en déterminer l'étendue et les limites. Il n'en va d'ailleurs pas autrement de la causalité, où il se peut fort bien que la causalité « factuelle » soit contredite par la causalité juridique ou adéquate.

Aussi nous paraît-il opportun de signaler que certains motifs spécifiques d'exonération figurent directement dans les dispositions concernées ou peuvent en être déduits. Nous les appellerons les causes d'exonération « organiques » ou « implicites ».

5. - Sans insister plus longuement sur les cas de responsabilité du fait personnel, où il est évidemment possible de démontrer que la personne ayant causé le dommage était affecté d'une incapacité due à son âge ou à un handicap physique ou psychique (art. 4:102, al.2 PETL/art. 3:104 et 5:301 PEL.Liab.Dam. / DCFR) où que - contrairement à une première apparence - elle a satisfait au standard de diligence requis, relevons que certains motifs spécifiques d'exonération peuvent aussi être dégagés dans les dispositions des PETL qui établissent des hypothèses particulières de responsabilité fondée sur la faute. Il s'agit notamment des **cas de responsabilité qui restent basés sur la faute, mais dont la singularité réside dans le fait que le fardeau de la preuve concernant le respect du «**

¹⁴ KOCH (B.), commentaire du Titre IV des PETL (supra n. 4), Introduction, N. 3.

¹⁵ BRUN (Ph.), Responsabilité civile (supra n. 7), N. 268 ss.

standard de conduite requis » est renversé. Il s'agit notamment des deux hypothèses prévues par la section 2 du chapitre 4 des PETL (art. 4:201 et 4:201), à savoir :

- la responsabilité pour les dommages résultant d'une **activité ou situation présentant un danger accru** (mais n'atteignant pas le niveau de l'« activité anormalement dangereuse » exigé pour l'application de la responsabilité purement objective de l'art. 5:101 PETL), et
- la responsabilité dite « **du fait de l'entreprise** », qui se présente comme une variété un peu particulière de la responsabilité pour danger accru, reposant elle-même sur une espèce de présomption que l'activité entrepreneuriale comprend comme telle des risques plus élevés, comparés à ceux de la vie « normale ».¹⁶

Implicitement, ces deux cas de responsabilité contiennent la possibilité d'une exonération qui revient à démontrer, dans le cas du danger accru, que l'on s'est conformé au « standard de conduite requis », ajusté selon le risque plus élevé de l'activité en question, respectivement qu'il n'y avait de « défaillance » ni dans l'organisation de l'entreprise ni dans sa production¹⁷. Dans le cas de la responsabilité « du fait de l'entreprise », cette preuve est même mentionnée explicitement à l'art. 4:202, al.1, phrase finale (« *à moins qu'elle [la personne poursuivant une activité durable dans un but économique ou professionnel et utilisant des préposés ou un équipement technique] ne prouve qu'elle s'est conformée au standard de conduite requis* »).

Dans cette même catégorie de responsabilités rendues semi-objectives par renversement du fardeau de la preuve de diligence, il faut ranger les hypothèses qui règlent la **responsabilité des personnes ayant la charge d'un mineur ou d'une personne handicapée**. Dans les PETL, ce type de responsabilité figure (conjointement avec la responsabilité des employeurs et commettant qui est d'une nature totalement différente) dans le chapitre 6, consacré à la « *responsabilité du fait d'autrui* » (art. 6:101 PETL). Dans les PEL.Liab.Dam. / DCFR, en revanche, la responsabilité pour les dommages « *causés par des enfants ou des personnes sous surveillance* » (art. 3:104) est intégrée dans la section 1 du chapitre 3, intitulée « *Intention et négligence* ». Mais la structure est en principe la même dans les deux projets: les deux dispositions permettent à la personne (présumée) responsable de fournir la preuve (contraire) « *de s'être conformée au standard de conduite requis dans sa supervision* » (art. 6:101 PETL), respectivement « *qu'il n'y a eu aucun défaut de surveillance [de son auteur]* » (art. 3:104 PEL.Liab.Dam. / DCFR, al.3).

Dans tous ces cas, nous nous trouvons donc bien face à une espèce de présomption, d'abord de faute (relative au défaut de surveillance, resp. au non-respect du standard de diligence requis pour la surveillance) puis, par conséquent, également de causalité (entre ce défaut et le dommage), et finalement de responsabilité ; situation typique dans laquelle - selon Ph. BRUN¹⁸ - peut intervenir une cause d'exonération.

6. - On rencontre une situation similaire dans **certaines hypothèses de responsabilité prétendument « stricte » ou objective**, dont les structures ne sont, en fin de compte, pas si différentes de celles que nous venons d'esquisser. Il en va ainsi de plusieurs

¹⁶ Pour plus de détails, cf. WIDMER (P.), La responsabilité pour choses et activités dangereuse dans les Projets européens (supra n. 9), ch. 5a et b.

¹⁷ Commentaire KOCH (B.) (supra n. 4), N. 5/6 ad art. 4:202 PETL.

¹⁸ Supra n. 14.

responsabilités spéciales prévues dans la section 2 du chapitre 3 des PEL.Liab.Dam. / DCFR, consacrée à « *L'imputabilité sans comportement intentionnel ou négligence* », plus particulièrement :

- la responsabilité du propriétaire, gardien ou détenteur d'un immeuble, respectivement de « celui qui exerce de façon indépendante un contrôle sur cet immeuble » (art. 3:202 PEL.Liab.Dam. / DCFR),
- la responsabilité du fait de produits défectueux (art. 3:204 PEL.Liab.Dam. / DCFR), et
- la responsabilité pour les dommages causés par des substances ou émissions dangereuses (art. 3:206 PEL.Liab.Dam. / DCFR).

a) La **responsabilité pour le dommage causé par l'insécurité d'un immeuble** (art. 3:202 PEL.Liab.Dam. / DCFR) n'est - comme nous l'avons expliqué lors du séminaire de St-Etienne¹⁹ - qu'une responsabilité prétendument objective, puisqu'elle suppose que l'immeuble (ou l'installation immobilière) en question présente un défaut, de telle façon qu'il « *n'assure pas la sécurité qu'une personne à l'intérieur ou à proximité de celui-ci [i.e. l'immeuble] est en droit d'attendre* ».

La sécurité requise se détermine selon certains critères énumérés à l'alinéa 1^{er}, lettres a-c, de la disposition, critères qui - implicitement - contiennent ou cachent des moyens de défense. Ainsi, la « nature de l'immeuble » ou « l'accès à l'immeuble » peuvent être tels qu'ils interdisent d'emblée à des personnes non admises de compter sur une sécurité « ordinaire », par exemple s'il s'agit d'un bâtiment en construction ou d'une ruine²⁰ ; il est évident que cette objection peut se recouper avec celle d'une faute concomitante de la personne lésée ou avec un motif justificatif tiré de l'« acceptation du risque »²¹. Un problème particulier est posé par le troisième critère, d'après lequel la « *sécurité qu'on est en droit d'attendre* » peut aussi dépendre du coût de prévention ; le propriétaire ou détenteur ou occupant de l'immeuble pourrait donc tenter de s'exonérer en démontrant qu'il aurait été trop coûteux d'ériger une clôture autour du fossé dans lequel un passant est tombé²². Que cet exemple soit polémique ou non²³, il met en évidence que la responsabilité du propriétaire / détenteur d'un immeuble n'est en aucun cas une responsabilité objective de pure souche.

¹⁹ Cf. WIDMER (P.), La responsabilité pour choses et activités dangereuse dans les Projets européens (supra n. 9), ch. 7c.

²⁰ Dans le commentaire VON BAR (supra n. 2, N. 14 ad art. 3:202 PEL.Liab.Dam. / DCFR), l'exemple donné est assez étrange puisqu'il est dit que évidemment le promeneur dans un parc public peut s'attendre à un autre degré de sécurité que le collectionneur de champignons qui rôde dans la forêt; doit-on en conclure qu'une parcelle de forêt serait normalement considérée comme un « immeuble » ?

²¹ Infra ch. 12c.

²² La relation entre coûts de prévention et coûts de la réparation est d'ailleurs érigée en principe général dans l'analyse économique du droit de la responsabilité civile (POSNER (R.)) à la suite de la fameuse formule du juge américain LEARNED HAND (cf. par exemple : FAURE (M.), Economic Analysis of Fault, in: WIDMER (P.) [éd.], Unification of Tort Law: Fault [2005], p. 311 ss. n. 11 ss. ; BRÜGGEMEIER (G.), Haftungsrecht - Strukturen, Prinzipien, Schutzbereich [2006], p. 63 ss.).

²³ Le commentateur VON BAR (supra n. 2, N. 16 ad art. 3:202) souligne en fait expressément que, lorsqu'une fosse est ouverte dans le cadre d'un chantier, il ne suffit pas d'afficher un avertissement ; il faut la clôturer et l'illuminer pendant la nuit. Il déclare cependant également que, dans certain cas, l'apposition d'une pancarte de mise en garde peut être considérée comme suffisante.

Ce que ce type de responsabilité hybride illustre avant tout, c'est la difficulté de définir les causes d'exonération et leur champ d'application, lorsque le critère d'imputation - dont ces causes ne représentent rien d'autre que la négation - n'est lui-même pas clairement identifiable. Par rapport à quel risque²⁴ ou quelle faute, peut-on parler de cause étrangère ? Quelle est la base pour vérifier si une influence extérieure revêt un caractère de force « majeure »? Jusqu'où la responsabilité du propriétaire / détenteur de l'immeuble (défectueux) est-elle adéquate, à partir d'où devient-elle inadéquate ?

b) La conception est essentiellement la même en ce qui concerne la **responsabilité du fait des produits défectueux** prévue par l'article 3:204 des « Principes PEL.Liab.Dam. / DCFR. Ceci n'a rien d'étonnant puisque - comme l'affirme également le commentaire²⁵ - la responsabilité « du fait des immeubles en état de sécurité précaire » est calquée sur le modèle de celle « du fait des produits défectueux » qui n'est, elle-même, qu'une transposition fidèle de la Directive européenne sur le même sujet²⁶.

Ainsi, nous retrouvons à l'alinéa 3 de l'article 3:204 PEL.Liab.Dam. / DCFR les motifs d'exonération prévus par l'article 7 de la Directive 85/374. Nous avons eu l'occasion, dans un autre contexte²⁷, de montrer que ces motifs coïncident dans une large mesure avec les trois causes classiques d'exonération. Lorsque, par exemple, le producteur tente de prouver qu'il n'a pas mis le produit en circulation (Art. 3:204 al.4 let. a PEL.Liab.Dam. / DCFR, resp. art. 7 let. a de la Directive), cela reviendra dans la majorité des cas à démontrer que le produit a dû être mis en circulation par une tierce personne, voire que la victime elle-même se l'est approprié. De même, montrer que le produit n'était pas défectueux au moment de sa mise en circulation (Art. 3:204 al.4 let. b PEL.Liab.Dam. / DCFR, resp. art. 7 let. b de la Directive), signifie établir qu'il a dû être frelaté ou vicié par un tiers ou par une influence extérieure. Le fait ou la faute d'un tiers est également à la base du motif d'exonération prévu en faveur du producteur d'un « partie composante » (Art. 3:204 al.4 let. f PEL.Liab.Dam. / DCFR, resp. art. 7 let. f de la Directive), qui peut se décharger en établissant que la faute est celle du producteur du produit final qui l'a mal conçu ou donnée des instructions inappropriées.

Mais on peut aussi imaginer que le producteur pourrait vouloir démontrer que - contrairement à l'affirmation de la personne lésée et contrairement à la présomption de fait que tout produit impliqué dans un événement dommageable est défectueux²⁸ - son produit n'était pas défectueux du tout. Cela serait une cause d'exonération spécifique et organique dans le cadre de ce type de responsabilité qui, simultanément, équivaut à dire qu'aucune faute ne peut lui être reprochée, ni dans la conception ni dans la production et la commercialisation de l'objet en

²⁴ Dans le commentaire de VON BAR (supra n. 2) relatif à l'art. 3:202 PEL.Liab.Dam. / DCFR, un des sous-titres (précédant la N. 9) évoque expressément « *le risque appréhendé par la responsabilité [du fait des immeubles]* ».

²⁵ Commentaire VON BAR (supra n. 2) N.2 et 13 ad art. 3:202 PEL.Liab.Dam. / DCFR.

²⁶ Directive 85/374/CEE en matière de responsabilité du fait des produits défectueux ; cf. notre contribution pour le séminaire de St-Etienne (supra n.9,) ch. 7a i.f.

²⁷ WIDMER (P.), Responsabilité du fait des produits et responsabilité du fait de l'organisation, in : Mélanges en l'honneur de Jacques-Michel GROSSEN (1992), p. 349 ss. (en part. 355 s.).

²⁸ WIDMER (P.), Mélanges GROSSEN (supra n.27), p. 356.

question. Il est vrai que, très souvent, dans un tel cas de figure, on aboutira également à admettre une faute concomitante (exclusive) de la victime²⁹.

Une objection propre à la responsabilité du producteur est aussi celle que prévoit l'art. 3:204 al. 4 let. c PEL.Liab.Dam. / DCFR, resp. l'art. 7 let. c de la Directive). Le présumé responsable peut faire valoir que son produit n'a pas été fabriqué dans un but économiques ou professionnel. En réalité, il s'agit là simplement d'une manière particulière - par le biais d'un motif d'exonération - de définir le champ d'application de la responsabilité du fait des produits, qui est conçue comme une responsabilité rendue nécessaire par la production industrielle en masse et qui dès lors est imposée aux entreprises et non pas aux personnes privées.

Pour finir, nous mentionnerons simplement, sans en approfondir l'étude, que les causes d'exonérations relatives à la conformité du produit avec des règles impératives émanant des pouvoirs publics (PEL. Liab.Dam. /DCFR art. 3:204 al. 4 let. d, resp. Directive art. 7 let. d) ainsi qu'au « risque de développement » (PEL.Liab.Dam. / DCFR art. 3:204 al. 4 let. e, resp. art. 7 let. e Directive) ne sont en définitive que des preuves d'absence de faute, la première comprenant en même temps un élément de justification proche de celui du « *pouvoir conféré par la loi* » (art. 5:201 PEL. Liab.Dam. / DCFR, resp. art. 7 :101 let. e PETL)³⁰.

c) La troisième hypothèse de responsabilité soi-disant « objective », qui contient des éléments d'une responsabilité fondée sur la faute, est celle qui est prévue à l'article 3:206 des PEL.Liab.Dam. / DCFR et qui constitue quelque chose comme une petite clause générale de la **responsabilité en cas de dommages causés par des substances ou des émissions dangereuses**. Nous avons déjà montré, en présentant les responsabilités (dites) « objectives » pour choses et activités dangereuses dans les projets européens lors du séminaire de St-Etienne³¹, qu'ici encore, les rédacteurs des « Principes d'Osnabrück » et ceux du « DCFR » n'étaient pas aller jusqu'au bout de la logique de la responsabilité sans faute. Ils ont en effet - et malgré la restriction du champ d'application aux entreprises - laissé subsister des éléments de responsabilité individuelle qui font que la responsabilité des gardiens de substances et des exploitants d'installations dangereuses revêt une nature hybride. Cette nature équivoque n'est pas visible à première vue, tant qu'on s'en tient à la description des faits de rattachement au 1^{er} alinéa ; mais elle se révèle par la suite sous deux aspects :

Le premier est celui de la définition de la « dangerosité » de l'émission ou de la substances qui dépend, selon la lettre a de l'alinéa 1, du « *défaut d'un contrôle adéquat* ». Cette restriction est difficilement compréhensible puisque, précisément, le passage de la responsabilité fondée sur la faute à la responsabilité objective est justifié par le fait que l'activité (ou la substance ou installation) en question comporte des risques qui ne peuvent être entièrement maîtrisés par

²⁹ Par exemple, lorsque celle-ci veut rendre le producteur responsable d'une coupure qu'elle s'est infligée avec un couteau qui avait expressément été commercialisé et vanté comme « hyper-tranchant ».

³⁰ Infra ch. 12d.

³¹ Cf. notre contribution pour le séminaire de St-Etienne, « La responsabilité pour choses et activités dangereuse dans les Projets européens » (supra n. 9), ch. 7f.

l'adoption de mesures de sécurité appropriées, respectivement par un contrôle adéquat et raisonnable. Il semble donc bien que l'on retombe dans la vieille erreur de prendre la responsabilité objective pour rien d'autre qu'une responsabilité pour faute un peu plus sévère. Il n'en reste pas moins que, contrairement aux apparences de la position systématique du principe dans la section intitulée « *imputabilité sans comportement intentionnel ou négligence* », on doit admettre que - théoriquement du moins - la personne en principe responsable devrait pouvoir s'exonérer en prouvant que le contrôle adéquat était assuré. Dans la réalité pratique, elle ne réussira cependant jamais à apporter une telle preuve ; le juge lui objectera en toute bonne logique que si ce contrôle avait existé et s'il avait été adéquat, le dommage ne serait pas survenu. En fait, on a donc affaire à une responsabilité qui repose sur une présomption de faute pratiquement irréfragable - ce qui, dans les résultats, équivaut à une responsabilité objective

Ce qui ressort déjà de cette analyse de la définition du « risque » se confirme à la lecture de l'alinéa 5 de la même disposition, qui prévoit précisément des moyens de défense : d'une part, à nouveau, le but non économique ou professionnel de l'entreprise dans le cadre de laquelle la substance est utilisée ou l'émission causée, d'autre part la possibilité de prouver qu'il n'y avait « *aucun manquement aux normes légales de contrôle de la substance ou installation* ». C'est dire que la responsabilité du gardien / exploitant ne sera pas engagée, s'il réussit à démontrer qu'il a respecté toutes les prescriptions de droit administratif réglant l'utilisation, le stockage ou le transport des substances en question, les valeurs limites, la maintenance et les mesures de sécurité à observer lors du fonctionnement de l'installation. Or, cette preuve de ne pas avoir contrevenu à des normes réglementaires n'est en fait rien d'autre qu'une preuve d'absence de faute, étant donné que - à l'art. 3:102 let. b, PEL.Liab.Dam. / DCFR - la faute commise par négligence est justement définie comme un comportement « *qui ne répond pas au degré particulier de diligence prescrit par une disposition légale visant à protéger la victime* »³². De surplus, cette possibilité d'exonération est contraire à un principe généralement admis et selon lequel il ne suffit justement pas, pour échapper à la responsabilité civile, d'avoir respecté des normes, demandé et obtenu des permissions ou concessions, passé des inspections ou contrôles officiels etc..., lorsque les circonstances et les risques spécifiques de l'activité exigent des mesures supplémentaires de prévention³³. Il n'est d'ailleurs pas surprenant que - dans ce contexte également - le commentaire aux PEL.Liab.Dam. / DCFR fasse référence à la responsabilité du fait des produits, en expliquant que « *comme c'est le cas dans la responsabilité du fait des produits, on tient compte uniquement du contrôle ou de la gestion objectivement défectueuse* »³⁴.

Pour terminer l'analyse de l'article 3:206 PEL.Liab.Dam. / DCFR sous l'aspect des causes d'exonérations organiques, il convient de mentionner encore celle qui se déduit de la définition du champ d'application matériel à l'alinéa 1 de cette disposition: la lettre b précise expressément que la responsabilité (prétendument objective) pour les dommages causés par des substances ou émissions dangereuses s'applique uniquement en tant que « *ce dommage résulte*

³² Cf. CARVAL (S.), Rôle et notion de la faute dans les projets européens », contribution au séminaire de St-Etienne (2009 ; http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/153/153022_suzannecarval.pdf), ch. I/B 2.

³³ Cf. notre contribution au séminaire de St-Etienne (supra n. 9) ch. 7*f*i.f.

³⁴ Commentaire VON BAR (supra n. 2), n. 17 ad art. 3:206 PEL.Lib.Dam.

de ce danger ». Vu sous l'aspect négatif de l'exonération, cela signifie que la responsabilité spéciale, indépendante d'une faute de la personne responsable, ne s'appliquera pas si et dans la mesure où un dommage n'est pas dû au risque spécifique des substances ou installations impliquées. L'idée qui préside à ce motif d'exonération et simultanément à la délimitation du champ d'application de la règle, peut être illustrée par un exemple un peu farfelu, mais qui montre bien ce dont il s'agit: lorsqu'un ouvrier, dans une usine de production d'explosifs, laisse tomber un caisson avec 100 kilos de dynamite sur le pied d'un collègue, ce sera la responsabilité de droit commun (de l'employeur) qui s'appliquera, et non pas la responsabilité de fait des activités ou substances ou installations dangereuses ; en effet, le dommage résultant de la lésion corporelle que subit le collègue est dû (à part à la maladresse du porteur de dynamite) à la simple gravitation et au poids du caisson plutôt qu'au risque spécifique et immanent qui caractérise la production et l'emploi d'explosifs. Dans les PETL, tout comme dans l'Avant-Projet suisse³⁵, cette « canalisation » de la responsabilité objective sur les dommages causés par le risque typique d'une activité est clairement mis en évidence dans l'énoncé des dispositions respectives :

Selon l'article 5:101 al. 1 PETL, la responsabilité de plein droit à la charge de l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse naît « *dès lors que ceux-ci [i.e. les dommages causés par l'activité en question] sont caractéristiques du risque présenté par l'activité et qu'ils en résulte* »³⁶.

Dans le même sens, l'article 50 AP 2000 suisse dispose dans son premier alinéa que l'exploitant de l'activité spécifiquement dangereuse est tenu de réparer « *le dommage dû à la réalisation du risque caractérisé que celle-ci comporte ...* »³⁷.

En dernière analyse, cette exigence et limitation de la responsabilité pour activités ou objets dangereux au risque typique ou « caractérisé » rejoint la question de la causalité et donc des causes d'exonération proprement dites : ce risque caractéristique constitue le facteur déterminant pour décider si et dans quelle mesure il existe, entre l'activité constituant le fait de rattachement et le dommage, un lien de causalité typique qui justifie la mise en œuvre de cette responsabilité particulière. Et c'est sur la base de la même réflexion - et non pas d'une faute quelconque, si objective ou « objectivée » soit-elle - que doit être jugée la question de savoir si une cause étrangère (force majeure ou cas fortuit, faute ou fait d'un tiers ou de la victime elle-même) présente des qualités d'extériorité et une intensité suffisantes pour justifier une exonération totale ou partielle de la personne présumée responsable.

d) Pour terminer ce tour des causes d'exonération qui se dégagent de manière « organique » des éléments spécifiques d'un type déterminé de responsabilité et, partant, du critère d'imputation propre à ce genre de responsabilité, nous insisterons une fois encore sur l'importance de circonscrire de manière aussi claire que possible les faits auxquels la responsabilité se rattache et d'éviter tout équivoque sur le critère d'imputation ou « principe » qui est censé la régir. Si ce

³⁵ Supra n. 1

³⁶ Cf. Commentaire KOCH (B.) (supra n. 4), n. 5 ad art. 5:101 PETL.

³⁷ Voir aussi Rapport explicatif du Projet AP 2000 (supra n. 1), ch. 2.4.4.3.

n'est plus le critère subjectif propre à la faute, cela devra être un critère objectif qui permet d'attribuer la charge de la responsabilité à la personne (physique ou morale) dont la « proximité » par rapport au dommage apparaît plus plausible que celle des personnes lésées. Selon toute vraisemblance, cette « proximité » sera d'ordre économique et sera caractérisée par le fait que la personne que la loi rend responsable, tire avantage de ce que l'ordre juridique lui concède une expansion de sa sphère de risque au dépens des personnes qui y sont exposées et qui en subissent accidentellement les conséquences lorsque le risque accru se réalise.

Si - comme cela nous semble être le cas - ces différents critères d'imputation, fondés l'un sur le reproche d'avoir violé un devoir (de diligence), l'autre sur la compensation d'un privilège et de l'avantage économique qui s'ensuit, sont en principe incommensurables, il est difficile de concevoir des hypothèses de responsabilité qui seraient ancrés dans les deux « principes » à la fois, ou qui se situeraient pour ainsi dire à cheval entre l'un et l'autre. La difficulté d'une telle conception hybride se manifeste le plus nettement dans l'optique négative qui est celle des causes d'exonération, ou lorsqu'il s'agit de répartir les quotas de responsabilité entre plusieurs responsables selon leurs apports causaux respectifs. Le problème réside dans le fait que ce sont deux catégories d'« adéquité » totalement différentes qui devraient être prises en considération et qu'il n'existe pas de voie logique qui permettrait de résoudre ce dilemme.

IV. - Causes d'exonération et moyens de défense à vocation générale

A. - Remarques préliminaires

7. - Nous allons maintenant examiner plus particulièrement les causes d'exonération ou moyens de défense expressément déclarés comme tels et censés s'appliquer à toutes les hypothèses de responsabilité. Cette portée générale ressort d'ailleurs de la collocation systématique des titres ou chapitres respectifs (Titre IV des PETL ; Chapitre 5 des PEL.Liab.Dam. / DCFR). Dans les deux projets européens, ils font immédiatement suite aux titre et chapitre consacrés aux « fondements de la responsabilité » (PETL), respectivement à l'« imputabilité »³⁸ : après avoir décrit les faits de rattachement et les critères d'imputation, on passe aux faits - imputables à une personne ou non - qui peuvent remettre en question une responsabilité dont les conditions générales et particulières semblaient réunies et qui paraissait donc acquise selon les titres et chapitres précédents.

Pour cet examen, nous allons choisir une approche qui s'inspire plus de celle des « Principes de Vienne » et qui distingue nettement entre, d'un côté, les causes d'exonération proprement dites, *i.e.* celles qui mettent en cause le lien d'imputation - décliné en termes de causalité juridique ou « adéquate » -, et, de l'autre côté, les motifs ou causes de justification qui, elles, questionnent l'illicéité d'un comportement ou de l'atteinte à un bien juridique protégé et peuvent en faire apparaître la légitimité ou « licéité ». Comme nous l'avons déjà fait observer (supra ch. 2 et 3), le parallélisme entre les deux projets européens n'est que partiel. Il existe plus ou moins entre les dispositions qui traitent :

- du consentement et/ou de la contribution de la victime (art. 7:101 al. 1, let. d et art. 8:101 PETL / art. 5:101 et 5:102 PEL.Liab.Dam. / DCFR), y compris

³⁸ Cf. à cet égard notre contribution au séminaire de St-Etienne (supra n. 9) ch. 2.

les règles qui étendent l'opposabilité d'une faute concomitante aux prétentions des proches de la victime (art.8:101 al.2 PETL/art. 5:501 PEL.Liab.Dam. / DCFR), respectivement aux faits imputables à des personnes dont la victime est responsable (art. 8:101 al. 3 PETL / art. 5:102 al. 3 et 4 PEL.Liab.Dam. / DFCR),

- de la justification fondée sur un intérêt public (art. 7:101 let. e PETL / art. 5:201 et 5:203 PEL.Liab.Dam. / DCFR) et
- de la justification en cas de légitime défense, de nécessité, de défense personnelle ou de gestion d'affaires (art. 7:101 let. a-c PETL / art. 5:202 PEL.Liab.Dam. / DCFR),
- celles qui prévoient une exonération dans le cadre des responsabilités objectives (art. 7:102 PETL / art. 5:302 PEL.Liab.Dam. / DCFR).

Il n'y a en revanche pas de correspondances directes, dans les « Principes de Vienne », avec les motifs d'exonération particuliers prévus dans les « Principes d'Osnabrück / DCFR » pour :

- les dommages que peuvent mutuellement se causer des complices lors d'une entreprise criminelle (art. 5:103 PEL.Liab.Dam. / DCFR),
- l'exonération (mi figue, mi-raisin) en cas d'incapacité mentale (art. 5:301 PEL.Liab.Dam./DCFR) et
- l'exonération par clause contractuelle (art. 5:401 PEL.Liab.Dam. / DCFR).

Ainsi que cela s'impose dans le cadre d'un colloque consacré à la causalité, nous allons d'abord nous occuper des classiques causes d'exonération.

8. - A notre avis, aucun des deux projets européens ne met correctement en évidence l'importance fondamentale, la vocation générale ainsi que la connexité et la cohérence qui devraient relier les trois causes d'exonération classiques. Elles agissent toutes de la même manière, c'est-à-dire en « interrompant » ou en « desserrant » le lien de causalité et d'imputation entre le dommage et le ou les faits de rattachement attribuables à la personne présumée responsable. Ces causes sont: la force majeure, la faute ou le fait de la victime ainsi que la faute ou le fait d'un tiers. Avant de les examiner une par une, quelques remarques générales semblent indiquées.

a) **Dans les PETL**, la force majeure et le fait d'un tiers sont mentionnés à l'article 7:102, c'est-à-dire séparément du fait de la victime qui fait l'objet d'un chapitre et d'un article propres (art. 8:101). Cette séparation est encore renforcée par le fait que l'article 7:102 PETL porte le titre « *Causes d'exonération en cas de responsabilité sans faute* » ce qui prête doublement à confusion. D'une part, parce que l'on pourrait en déduire que la faute concomitante de la personne lésé est inopérante dans le cadre de la responsabilité objective ce qui est évidemment faux ; d'autre part, parce que cet aménagement systématique pourrait faire naître l'impression que la force majeure et le fait d'un tiers peuvent être invoqués uniquement lorsque la responsabilité ne se fonde pas sur la faute³⁹. Il conviendrait

³⁹ C'est d'ailleurs ce que suggère également le commentaire VON BAR (supra n. 2) des PEL.Liab.Dam. / DCFR où il est dit (N. 1 ad art. 5:302 PEL.Liab.Dam. / DCFR.) que « *sous le régime des présentes règles-modèles, celui-ci [l'événement incontrôlable] n'a d'importance que pour le droit de la responsabilité sans comportement intentionnel ou négligence* ». « *Il en est ainsi* », poursuit le commentateur, « *parce que lorsque le dommage est causé par un événement incontrôlable, il est d'emblée certain que, dans cette mesure, la personne ne peut avoir*

dès lors, à notre avis de regrouper les trois causes d'exonération et de mieux faire ressortir qu'elle s'appliquent en principe à toutes les formes de responsabilités, avec les nuances et adaptations correspondant à chacune d'elles et aux différents critères d'imputation.

b) Les « **Principes PEL.Liab.Dam. / DCFR** » pèchent, quant à eux, également par éclatement et par dissimulation. Force majeure (ou « *événement incontrôlable* ») et faute ou fait de la victime sont traités sans rapport entre l'un et l'autre et dans des sections différentes. Le fait d'un tiers n'apparaît pas du tout ; il se cache derrière la notion indéterminée d'« *événement incontrôlable* » de l'article 5:302 PEL.Liab.Dam. / DCFR, qui est aussi censé couvrir la force majeure au sens traditionnel, à savoir comme phénomène naturel, non imputable à une personne⁴⁰. Cette synchronisation de la force majeure et du fait d'un tiers laisse supposer que les deux motifs ne sont pris en considération qu'en tant que causes d'exonération totale, et non pas - tel que c'est en revanche expressément prévu à l'article 5:102, al. 1 PEL.Liab.Dam. / DCFR pour la faute concomitante - comme cause de réduction de la réparation⁴¹. En ce qui concerne l'intervention d'un tiers, cela peut s'expliquer par le fait que, lorsque la contribution causale du tiers n'est pas exclusive et n'atteint donc pas l'intensité de la force majeure, le principe de la solidarité (art. 6:105 PEL.Liab.Dam. / DCFR ; art. 9:101 PETL) s'oppose en principe à une exonération partielle⁴².

c) Une question qui est également traitée de façon différente dans les deux projets et à laquelle les PETL répondent de manière plus convaincante, est celle de **la gradation de l'exonération** qui peut en principe aller de 100 à 0. Comme nous venons de le voir, l'article 5:302 PEL.Liab.Dam. / DCFR ne semble envisager que l'exonération totale, c'est-à-dire le cas où la cause étrangère relègue complètement à l'arrière-plan la cause primaire, celle qui - à première vue - paraissait justifier une responsabilité à la charge de telle ou telle personne. Pour la faute concomitante, l'approche est (ou semble être) un peu plus nuancée dans la mesure où l'article 5:102 al.1 PEL.Liab.Dam. / DCFR envisage une contribution de la victime « *à la réalisation ou à l'étendue du dommage* » et où il prévoit que « *la réparation doit être réduite en fonction du degré de sa faute* ». De leur côté, les PETL utilisent un langage sans équivoque en prévoyant que « *la responsabilité peut être écartée si et dans la mesure où...* » (art. 7:101 al.1 PETL), « *la responsabilité... peut être écartée ou réduite...* » (art. 7:102 al. 1 PETL) ou encore « *la responsabilité peut être exclue ou réduite dans des proportions considérées comme justes....* » (art. 8:101 al. 1, 2 et 3 PETL).

agi avec négligence ». Nous reviendrons sur ce problème en discutant plus particulièrement l'exonération fondée sur la force majeure (infra ch. 9d).

⁴⁰ Cf. commentaire VON BAR (supra n. 2) N. 4 ad art. 5:302 PEL.Liab.Dam. / DCFR ; de façon assez surprenante, ce commentaire mentionne comme forme éventuelle d'événement incontrôlable également le comportement de la victime; il y a donc double emploi avec l'art. 5:102 PEL.Liab.Dam. / DCFR., ce qui est confirmé par la déclaration, dans le même commentaire (N. 11 ad art. 5:102 PEL.Liab.Dam. / DCFR) que « *le cas échéant - où la faute concomitante est écrasante - la réduction de la prétention peut même signifier un complet déni de réparation* ».

⁴¹ Sur le problème de l'exonération totale et partielle, respectivement la réduction graduelle de la réparation, cf. infra ch. 8c.

⁴² Cf. également la disposition expresse de l'art. 7:102 al.3 PETL et nos explications infra ch. 10a.

L'expression selon laquelle la responsabilité « *peut être exclue ou réduite dans les proportions considérées comme justes* » montre d'ailleurs bien comme - contrairement à une opinion qui semble prévaloir en doctrine suisse⁴³ - la « causalité adéquate » n'obéit pas au principe du « tout ou rien » ou celui « du noir ou blanc », que l'on corrigerait ensuite un peu n'importe comment *ex aequo et bono* en adaptant le montant de la réparation aux conditions du cas concret, telles que gravité ou légèreté de la faute de part et d'autre, influences extérieures ou autre circonstances. Nous sommes d'avis que les deux projets européens - les PETL de manière plus claire que les « Principes d'Osnabrück / DCFR » - adoptent une conception dans laquelle la gradation de la responsabilité où, inversement, celle de l'exonération, correspondent à l'idée d'une causalité juridique « à réglage continu », impliquant un jugement de valeur et qui permet de proportionner la responsabilité (ou les responsabilités réciproques ou concurrentes) en fonction du poids et de l'intensité des critères d'imputation entrés en action, respectivement en interaction. Très souvent, la responsabilité « adéquate » des uns et des autres (présupposé responsable principale, tiers et victime) ne sera ni blanche ni noire, mais teintée d'une nuance de gris plus ou moins foncée ou claire⁴⁴. Les Principes de Vienne (PETL) consacrent expressément cette manière de voir les choses dans le 2^e alinéa de l'article 7:102 qui dispose :

Pour exclure ou réduire la responsabilité..., et, dans ce dernier cas, dans quelle proportion, il sera tenu compte du poids des influences extérieures d'une part et de l'étendue de la responsabilité (Article 3:201) d'autre part.

Ces mêmes « Principes de Vienne » (art. 7:101 al. 3 PETL) relativisent malheureusement cette position claire et logique dans le contexte de l'exonération par justification (où une gradation peut en principe tout aussi bien être envisagée⁴⁵) en présentant la simple réduction de la responsabilité - en cas de justification partielle - comme cas exceptionnel ; cette affirmation est en nette contradiction avec la teneur de la phrase introductive de l'alinéa 1 de la même disposition qui prévoit de façon générale une exonération « *si et dans la mesure* » où l'auteur peut se prévaloir d'un fait justificatifs⁴⁶.

d) Enfin, il convient de dire un mot sur **la relativité des causes d'exonération**. Cette relativité se manifeste sous un double aspect. D'abord, comme nous venons de le voir, l'étendue de l'exonération peut varier selon le poids ou l'intensité de la cause qui apparaît comme étrangère par rapport à celle qui est ou qui était à la base de la responsabilité présumée. Dans ce sens, on peut parler d'une relativité « endogène », inhérente à la cause d'exonération elle-même. Mais il existe aussi une

⁴³ BREHM (R.), Commentaire bernois, Code des Obligations vol. VI/1 (3^{ème} éd. 2006), N. 52b et 53/54 ad art. 43 CO/ OFTINGER (K.) / STARK (E.-W.), Schweizerisches Haftpflichtrecht, vol. I (5^{ème} éd., 1995) § 3 N. 24 ss. et § 7 N. 45. Ces auteurs estiment, en bref, que les articles 43 et 44 du Code suisse des obligations (CO) n'ont rien affaire avec la question de la causalité adéquate qui - selon eux et à l'image de la causalité naturelle - ne pourrait que exister en entier ou ne pas exister du tout. Cette opinion est pourtant clairement contredite par le libellé de l'art. 44 al.1 CO qui précise expressément que « *Le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer...* », tandis que l'art. 43 CO prévoit que « *Le juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation, d'après les circonstances et la gravité de la faute* », sans poser un plancher ou plafond à l'exercice de cette compétence.

⁴⁴ Sur ce questions, cf. WIDMER (P.), Détermination et réduction de la réparation de droit suisse, in : SPIER (J.) (éd.), The Limits of Liability - Keeping the Floodgates Shut, Unification of Tort Law vol. 11996, p.137 ss. (ch. 8, p. 149 s.)

⁴⁵ Infra ch. 12e.

⁴⁶ Le malaise du rapporteur est encore profond lorsqu'il lit dans le commentaire KOCH (B.) (supra n. 4), N. 5/6 ad art. 7:101 PETL que l'alinéa 3 de l'art. 7:101 PETL s'inspire des articles 52 et 44 du CO suisse.

relativité exogène de la cause d'exonération qui, elle, se définit par rapport au fondement de la responsabilité qu'elle est censée repousser. Plus la faute imputable à la personne présumée responsable est grave ou le risque dont elle doit répondre élevé, plus la cause étrangère devra atteindre elle aussi un degré de gravité ou d'intensité susceptible de la faire apparaître suffisante pour compenser partiellement ou même supplanter entièrement la cause « primaire ». Ceci est particulièrement évident dans le terme de « force majeure » qui contient expressément ce comparatif : la force doit être « majeure », comparée au critère d'imputation en question. C'est la raison pour laquelle, en matière de responsabilité nucléaire, une telle exonération n'est pas prévue ; on considère que - sauf une faute intentionnelle de la victime - aucun événement (naturel ou provoqué par l'homme) peut atteindre une intensité supérieure à celle du risque nucléaire. Il en va de même dans certaines lois nationales qui règlent la responsabilité en matière d'aviation civile pour les dommages causés sur la terre par des aéronefs⁴⁷. Mais le même problème de la « relativité comparative » se pose de manière générale chaque fois qu'une exonération entre en ligne de compte ; à chaque fois, il s'agit de peser la cause étrangère en la mettant en relation avec la cause qui détermine la responsabilité présumée. Vu sous cet angle, l'article 7:102 al. 2 PETL est une disposition à portée tout à fait générale.

B. - Les trois classiques causes d'exonération

9. - a) Prenons d'abord le cas de la cause étrangère qui ne peut être imputée ni à la victime elle-même, ni à une personne ou une situation faisant partie de sa sphère de risque. Ce sont avant tout des phénomènes naturels qui peuvent jouer ce rôle, à la rigueur des phénomènes déclenchés par des êtres humains, mais qui échappent à tout contrôle, tels des événements belliqueux, des émeutes ou insurrections qui sont souvent mentionnés simultanément avec la **force majeure**. Autrefois on parlait aussi des « faits de Dieu » (*Act of God*) et des « faits du prince » pour désigner des interférences d'ordre (sur-)naturel ou émanant d'une autorité inattaquable pour cause d'immunité politique. C'est dans ce sens de « **force de la nature** » que les « Principes de Vienne (art. 7:102, al. 1 let.a PETL) » conçoivent la « force majeure » dont le terme technique en langue française est repris entre parenthèses dans la version originale anglaise⁴⁸.

b) Dans les Principes PEL.Liab.Dam. / DCFR, l'« **événement incontrôlable** » a un sens manifestement plus large. Il embrasse n'importe quel « *événement anormal, qui ne peut être évité par aucune mesure raisonnable et qui ne doit pas être considéré comme un risque à sa charge [celle de la personne présumée responsable]* ». Cette définition couvre également - comme nous l'avons déjà signalé⁴⁹ - l'intervention (prépondérante) d'un tiers ainsi que - malgré la disposition spéciale de l'article 5:102 PEL.Liab.Dam. / DCFR - celle de la victime elle-même. D'ailleurs, selon le commentaire, la notion d'« événement incontrôlable », telle qu'elle est ici conçue pour le domaine de la responsabilité extra-contractuelle suit, dans la mesure du possible, les modèles proposés en droit des contrats par la Convention de Vienne (CISG ; art. 79 al.1 « *empêchement indépendant de sa volonté* »)⁵⁰, respectivement

⁴⁷ WIDMER (P.), Détermination et réduction... (supra n. 44), ch. 6.1. p. 144 s. La loi Badinter (art. 2) va jusqu'à exclure la force majeure même dans le cadre de la circulation motorisée.

⁴⁸ Commentaire KOCH (B.) (supra n. 4), N. 5/6 ad art. 7:102 PETL.

⁴⁹ Supra ch. 8b et n.40.

⁵⁰ Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980).

par le III^e Livre du DCFR (art. 3:104 « *empêchement hors contrôle du débiteur* »), ce qui est un indice de plus pour le sens très large que l'on a entendu donner à ce concept⁵¹.

Mais le terme même rappelle aussi un concept („*unabwendbares Ereignis*“ = « *événement inévitable* ») qui existait notamment en droit allemand de la circulation jusqu'à la réforme de 2002 et qui réapparaît dans le projet de réforme autrichien de 2005⁵² où il est défini comme une cause du dommage qui intervient « *en dépit de l'absence de défaut et du respect de la diligence maximale* ». On semble donc revenir à une conception proche de la responsabilité subjective. Le commentaire des PEL.Liab.Dam. / DCFR ne prend pas clairement position sur la signification exacte du terme choisi ; il déclare simplement que les auteurs des principes n'ont pas voulu s'encombrer de la distinction entre « *force majeure* » et « *événement inévitable* », d'autant plus que cette distinction n'a cours que dans un nombre limité d'États-membres et que, là où elle existe, il est fait appel à des critères divergents pour la tracer. Ce que le commentaire dit en revanche clairement, c'est que le moyen de défense de l'événement incontrôlable ne dépend pas de savoir « *si la cause effective du dommage est une occurrence naturelle ou un comportement humain* », mais que ce qui est déterminant c'est que « *le fait en question n'aurait pas pu être prévenu, même en prenant les soins et en exerçant la diligence les plus extraordinaires* »⁵³. Il ne fait pas l'ombre d'un doute que, avec une telle définition, on se rapproche à nouveau de cette figure hybride de l'« *événement inévitable* » que le droit allemand avait abandonnée pour de bonnes raisons il y a quelques années. Cela aussi ne fait que renforcer l'impression que toute la partie du DCFR consacrée à la responsabilité extra-contractuelle est empreinte de cette conception hybride qui transparaît aussi dans plusieurs des hypothèses de responsabilité dite « objective »⁵⁴ ; et, en toute dernière analyse, on est amené à penser que les auteurs n'ont pas réussi à s'affranchir entièrement de l'idée que la faute est un élément indispensable de la responsabilité civile et que les cas de responsabilité dite « sans faute » ne sont en vérité que des espèces d'excroissances où cette faute a atteint un degré sublime de sévérité en se débarrassant de tout élément subjectif⁵⁵.

c) Un concept qui n'apparaît dans aucun des deux projets européens et qui, pourtant, est proche de celui de « *force majeure* » ou d'« *événement incontrôlable* » est celui du « **cas fortuit** ». Le cas fortuit est pour ainsi dire une « *force majeure mineure* », c'est-à-dire un événement imprévisible et imprévu qui n'atteint pas l'intensité nécessaire pour balayer entièrement le lien causal entre le fait de rattachement principal et le dommage⁵⁶. Il nous semble cependant logique - tant dans la responsabilité fondée sur la faute que dans la responsabilité objective à risque « moyennement élevé » - d'envisager la possibilité d'une exonération partielle lorsqu'un cas fortuit (non imputable à un tiers ni à la victime) a contribué de manière substantielle, mais non prépondérante, à la réalisation du dommage. Il conviendrait donc à la rigueur de le mentionner parmi les causes d'exonération qui peuvent mener à une réduction de la réparation. On rendrait ainsi plus visible la cohérence du système

⁵¹ Commentaire VON BAR (supra n. 2) N. 3 ad art. 5:302 PEL.Liab.Dam.

⁵² Projet autrichien (GRISS (I.) / KATHREIN (G.) / KOZIOL (H.) [éds.], Entwurf eines österreichischen Schadenersatzrechts, (2005), § 1302 al.3.

⁵³ Commentaire VON BAR (supra n. 2) N. 4 ad art. :302 PEL.Liab.Dam.

⁵⁴ Supra ch. 6a-c.

⁵⁵ WIDMER (P.), Fonction et évolution de la responsabilité pour risque, RDS (Revue de droit suisse) 96 [1977] vol. I, 417 ss. (424/425.) ; IDEM, Le visage actuel de la responsabilité civile en droit suisse, in : GUILLOD (O.) (éd.), Colloque : Développements récents du droit de la responsabilité civile (1991) 7 ss. (part. 12 ss.).

⁵⁶ Cf. VINEY (G.) / JOURDAIN (P.), Les conditions de la responsabilité (supra n.3) N. 389, 398 ; WERRO (F.), La responsabilité civile (2005), N. 226 et 1220 ; IDEM, Commentaire romand, Code des obligations I (2003), N. 36 ss. ad art.43 CO.

dans lequel toutes les causes étrangères sont susceptibles de justifier une exonération plus ou moins importante, pouvant aller d'une légère réduction de la responsabilité jusqu'à la décharge totale.

d) Terminons cette esquisse de l'exonération en raison d'un événement extraordinaire, imprévisible et irrésistible, en réaffirmant que, en principe, la « *force majeure* » peut intervenir pour libérer une personne de sa responsabilité sous n'importe quel régime de responsabilité. L'apparente rareté de cas où la force majeure joue un rôle dans le cadre de la responsabilité subjective vient simplement du fait que, le plus souvent, elle est d'emblée prise en compte lors de l'évaluation de la faute de la personne responsable et qu'un réexamen successif de la causalité entre faute et dommage n'est plus nécessaire. Il est cependant tout à fait concevable que, dans certains cas particuliers, l'appréciation du lien de causalité en deux étapes puisse aussi être appliquée dans le cadre de la responsabilité fondée sur la violation d'un devoir de diligence, par exemple si cette faute - après réexamen - apparaît comme très légère (*culpa levissima*), compte tenu d'une influence extérieure difficilement prévisible. En matière de responsabilité objective, en revanche, l'approche en deux pas successifs est pratique courante, puisque le premier constat se limite normalement à l'existence du lien de causalité factuelle entre le fait de rattachement (risque spécifique) et le dommage et que ce n'est que lors d'une vérification postérieure qu'apparaît l'influence de la cause étrangère.

10. - a) La seconde cause étrangère ou cause d'exonération classique est celle de **l'intervention d'une tierce personne**. Par tiers ou tierce personne, on entend un individu extérieur à la sphère d'influence et de risque de la personne responsable, de telle façon que celle-ci n'avait aucune possibilité de le contrôler et d'assumer pour lui une quelconque responsabilité. Comme c'est le cas des autres causes d'exonération, le fait ou la faute d'un tiers peut effacer entièrement la responsabilité primaire de la personne visée, s'il intervient avec une intensité telle que le fondement de cette responsabilité primaire s'effondre, donc avec un impact équivalent à celui d'une force « majeure ».

En principe, on peut aussi imaginer que l'intervention du tiers soit de moindre intensité et n'engendre de ce fait qu'une simple réduction de la responsabilité primaire. Or, c'est ici que la logique de la causalité adéquate est déjouée par un autre principe qui, lui, relève plus d'un aspect de politique juridique dans l'attribution du risque d'insolvabilité parmi les personnes intéressées, dans une constellation où plusieurs personnes répondent d'un même dommage envers le lésé : **le principe de la solidarité**. Ceci ressort très nettement de l'article 7:102 PETL dont l'alinéa 1 lettre b pose le principe de l'exonération par le fait d'un tiers en prévoyant expressément que, en raison de cette cause étrangère, « *la responsabilité... peut être écartée ou réduite* ». Cette affirmation est confirmée par l'alinéa 2 qui parle également d'exclusion ou de réduction de la responsabilité. Toutefois, le 3^e alinéa corrige ensuite le tir en disposant que :

Lorsqu'elle est réduite en application du paragraphe (1)(b), la responsabilité [primaire] et la responsabilité d'un tiers sont solidaires en application de l'article 9:101 (1)(b).

Ainsi que nous l'avons mentionné plus haut⁵⁷, les « Principes d'Osnabrück / DCFR » poussent, quant à eux, la primauté du principe de solidarité sur celui de la causalité adéquate

⁵⁷ Supra ch. 8b.

jusqu'à juguler complètement ce dernier en cas de concurrence de responsabilité ; en effet, le « fait d'un tiers » n'est pas du tout contenu dans la liste des moyens de défense du chapitre 5 et n'est donc pris en considération que dans sa forme « interruptive » en tant que « événement incontrôlable ».

b) En ce qui concerne les conditions que l'intervention d'un tiers doit remplir pour être pris en considération comme cause libératoire ou limitative de responsabilité, il va de soi - puisque nous parlons d'exonération sous l'aspect de la causalité - que cette intervention doit être en rapport causal avec le dommage. Le texte de l'article 7:102, alinéa 1, PETL dit expressément que la responsabilité (primaire) peut être écartée ou réduite « si le dommage est dû ... au fait d'un tiers ». La question qui pourrait cependant se poser est celle de savoir **si le simple « fait » du tiers suffit où si il doit en plus lui être imputable**, soit subjectivement, soit en raison d'un risque spécifique sont elle est responsable. Le même problème va d'ailleurs surgir avec encore plus de poids pour l'exonération fondée sur la faute ou sur le fait de la victime et nous allons y revenir dans ce contexte (infra ch. 11b). Pour ce qui en est de l'intervention d'un tiers, le commentaire des « Principes de Vienne » y répond de manière un peu évasive en retenant que peut constituer une cause d'exonération « *l'influence d'une tierce personne sur la chaîne des événements (influence qui ne doit pas nécessairement être illicite)* »⁵⁸. Nous tenons toutefois à indiquer, d'ores et déjà, qu'à notre avis l'imputabilité subjective du comportement ou de l'activité du tiers est en principe sans importance, dans la mesure où le simple fait que ce comportement ou cette activité soit « étranger » à la sphère de risque de la personne présumée responsable, doit suffire à exonérer celle-ci. C'est du moins la conclusion qui s'impose tant que l'on part de l'idée que le lésé doit en principe lui-même supporter le dommage, pour autant qu'il n'existe pas de motif particulier permettant de le répercuter sur une autre personne (*casum sentit dominus*). C'est donc la personne lésée (et non pas la personne dont la responsabilité primaire ou concurrente est en jeu) qui doit assumer le risque de subir un dommage causé par un tiers irresponsable ; dans ce cas, l'intervention du tiers est assimilable à une force majeure ou un cas fortuit « naturel » qui ne peut être imputer à personne⁵⁹.

c) Il va de soi, cependant que le intervention du tiers peut également être due à une activité engendrant une responsabilité indépendante de toute faute, c'est-à-dire : objective. Cela ne ressort pas très clairement du libellé de l'article 7:102 PETL, contrairement à ce qui est le cas dans l'article 8:101 PETL où il est toujours précisé, que s'est « *la conduite ou l'activité de la victime* » qui a une effet exonératoire. Il peut donc y avoir des cas où une responsabilité primaire fondée sur la faute ou objective serait écartée ou réduite (dans les rapports internes entre co-responsables solidaires) par l'intervention d'un risque spécifique imputable à un tiers. Cette situation est expressément envisagée dans l'AP 2000 suisse⁶⁰, tant à l'article 47a qui traite d'exonération totale.

Une personne est exonérée de toute responsabilité si un fait qui ne lui est pas imputable a contribué de manière manifestement prépondérante à la survenance du dommage ou à son aggravation, notamment une force majeure, un comportement ou un risque caractérisé imputables à un tiers ou à la personne lésée.

⁵⁸ Commentaire KOCH (B.) (supra n. 4), n. 7 ad art. 7:102 PETL.

⁵⁹ WIDMER (P.), Détermination et réduction de la réparation... (supra n. 44), ch. 6.3.

⁶⁰ Supra ch. 1.

qu'à l'article 53c, alinéa 1, où l'on règle la question de la répartition interne de la réparation entre plusieurs responsable solidaires.

Entre personnes coresponsables, la réparation sera répartie en fonction de toutes les circonstances, notamment *de la gravité de la faute et de l'intensité du risque caractérisé qui sont imputables à chacune d'elles*.

11. - a) La cause d'exonération de loin la plus importante en pratique est certainement celle de **la faute ou du fait de la victime**, respectivement de la personne pouvant prétendre à réparation. On parle en général de faute concomitante ou contributive⁶¹.

Tant les « Principes de Vienne » que ceux d'« Osnabrück / DCFR » font de ce motif d'exonération un cas particulier, en le dissociant systématiquement des autres causes exonératoires et motifs justificatifs. Son importance pratique et théorique - nonobstant certaines tendances visant à en amoindrir la portée⁶² - est aussi soulignée par le fait que le groupe EGTL qui a élaboré les « Principes de Vienne » a consacré un volume spécial d'analyse comparée au droit de la « *Contributory Negligence* »⁶³. Aussi a-t-il déjà été question de la faute de la victime dans le cadre de nos discussions antérieures de St-Etienne sur la faute et la responsabilité objective⁶⁴.

Comme les autres causes d'exonération, la faute ou le fait de la victime est pris en considération comme un facteur causal qui - suivant son intensité ou sa gravité - rend la responsabilité primaire et présumée d'une personne déterminée entièrement ou partiellement inadéquate : une personne ayant subi un dommage et qui en demande réparation à une autre, peut faire valoir une telle prétention seulement dans la mesure où ce dommage est effectivement imputable à cette autre personne, et elle ne peut en tout cas pas le faire supporter à quelqu'un d'autre (sauf à un assureur direct) lorsqu'elle l'a elle-même provoqué ou qu'il est dû à une circonstance ou un fait qui rentre dans sa propre sphère d'intérêt et de risque et qui constitue dès lors un « *casus* » au sens de l'adage « *casum sentit dominus* ».

A ce motif, tiré de la répartition fondamentale des risques et de la causalité juridique, s'en ajoute cependant une autre qui découle du **principe général de la bonne foi** et de l'interdiction de l'abus de droit. Il paraîtrait en effet abusif de s'arroger un droit à réparation d'un dommage dont on est soi-même l'auteur (fauteur ou non) ou qui fait partie des risques existentiels que chacune et chacun est censé assumer soi-même⁶⁵. C'est d'ailleurs du même devoir général de loyauté que se déduit l'incombance à la charge de la personne lésée

⁶¹ Supra ch. 2. Sur la signification de la distinction entre « *contributory* » et « *comparative* » *negligence* en common law, cf. Commentaire KOCH (B.) (supra n. 4), N. 6 ad art. 8:101 PETL.

⁶² Par exemple dans la Loi Badinter (art. 3) et dans le Avant-projet français de réforme du droit des obligations de 2005 (art. 1351). Cf. également les indications relatives aux systèmes nordiques ainsi qu'au droit israélien in : MAGNUS (U.) / MARTIN-CASALS (M.) (éds.), *Unification of Tort Law: Contributory Negligence*, vol 8 (2004), *Comparative Conclusions* N. 77.

⁶³ MAGNUS (U.) / MARTIN-CASALS (M.), *Contributory Negligence* (supra n. 62).

⁶⁴ Notamment CARVAL (S.) (supra n. 32) ch. II/B,1, et BOURDOISEAU (J.) (http://grecsa.univ-rennes1.fr/digitalAssets/153/153025_bourdoiseau.pdf) ch. I/B,2.

⁶⁵ WIDMER (P.), *Détermination et réduction ...* (supra n. 44), ch. 10, p. 152 s.) ; IDEM, *Contributory Negligence under Swiss Law*, in : MAGNUS (U.) / MARTIN-CASALS (M.) (éds.), *Contributory Negligence* (supra n. 62), N. 4; ibidem, MAGNUS (U.) / MARTIN-CASALS (M.), *Comparative Conclusions*, N.6/7.

de prendre toutes les mesures raisonnables pour diminuer le dommage une fois qu'il s'est produit, respectivement pour éviter qu'il ne s'aggrave⁶⁶.

b) En comparant les deux dispositions consacrées à la contribution de la victime à la réalisation ou à l'aggravation du dommage dans les deux projets européens, on notera quelques nuances assez symptomatiques. D'abord, dans les titres, où les « Principes de Vienne » (art. 8:101 PETL) adoptent volontairement une terminologie inédite en introduisant le terme de « *conduite ou activité contributive* » de la victime. Par contraste, les PEL.Liab.Dam. / DCFR parlent de « *faute de la victime* ». Pourtant, les auteurs et commentateurs de uns et des autres principes s'accordent pour admettre qu'il est impropre de parler de faute ou de négligence de la victime, étant donné qu'il n'existe pas, à proprement parler, de devoir de prendre soin de ses propres biens juridiques dont la violation pourrait constituer une faute⁶⁷. En revanche, malgré ces divergences terminologiques, et de façon - à notre avis - pas vraiment conséquente, les commentateurs partent les deux de l'idée que seul une « véritable » faute qui peut être reprochée à la victime, peut avoir un effet exonératoire pour le responsable présumée. Dans la mesure où la notion de faute est de toute façon largement objectivée, cette conception de la faute concomitante n'a guère de conséquences pratiques - si ce n'est qu'elle joue en défaveur (aussi) de la victime⁶⁸. Or, selon cette conception la contribution d'un enfant en bas âge ou d'un handicapé mental ne pourrait donc pas être invoquée comme défense⁶⁹. Nous avons déjà expliqué (supra ch. 10b) pourquoi nous pensons que ces questions d'imputabilité ne devraient pas avoir d'influence dans la mesure où l'acte de la victime (ou d'un tiers) interfère dans le déroulement causal de l'événement dommageable en supplantant le lien causal primaire ou en concourant avec lui, de manière à rendre, dans cette mesure, la responsabilité primaire inadéquate. Ceci signifie également que le **principe dit « du miroir »**⁷⁰, selon lequel - pour reprendre le texte des « Principes de Vienne » (art. 8:101 al. 1 PETL) - « *la responsabilité peut être exclue ou réduite.... eu égard à la faute contributive de la victime et tout autre élément qui permettrait d'établir ou de réduire la responsabilité de la victime si elle avait été l'auteur du dommage* », ne peut pas être maintenu jusqu'au bout et dans toutes ses conséquences. Formulé de façon succincte : l'exonération du responsable primaire n'est pas fonction de la capacité de discernement de la victime dont le comportement déjoue (entièrement ou partiellement) celui du (co-) auteur externe du dommage ; dans cette même proportion, la responsabilité primaire devient simplement « inadéquate », faute de critère d'imputation. En revanche, la norme des PETL inclut d'emblée non seulement la faute contributive de la personne lésée, mais également ses activités et les risques (objectifs) dont elle répondrait envers des tiers et qui lui sont également imputés dans la mesure où ils se retournent contre elle en tant que victime.

⁶⁶ Commentaire MARTIN-CASALS (M.), in Principles of European Tort Law (supra n. 4), N. 9 ad art. 8:101 PETL ; Commentaire VON BAR (supra n. 2) N. 3 ad art. 5:102 PEL.Liab.Dam. / DCFR.

⁶⁷ Commentaire MARTIN-CASALS (M.) (supra n. 4), N. 5 ad art. 8:101 PETL ; Commentaire VON BAR (supra n. 2) N. 6/7 ad art. 8:102 PEL.Liab.Dam. / DCFR.

⁶⁸ BOURDOISEAU (J.) (supra n. 64) ch. I/B, 2.

⁶⁹ Commentaire MARTIN-CASALS (M.) (supra n. 4), N. 11 ss. ad art. 8:101 PETL ; Commentaire VON BAR (supra n. 2) N.8 et 10 ad art. 8:102 PEL.Liab.Dam. / DCFR. En droit suisse, il est proposé de résoudre ce genre de cas en appliquant par analogie la responsabilité des incapables fondée sur l'équité (art. 54 CO ; cf. à ce sujet WIDMER (P.), Détermination et réduction de la réparation [supra n. 44] ch. 6.3) ; une solution semblable serait à la rigueur envisageable dans le cadre des Principes PEL.Liab.Dam. / DCFR, où l'article 3:102 al.3 let.b instaure également une responsabilité basée sur la loyauté et l'équité (*fairness and equity*), mais il n'en est pas question dans le commentaire VON BAR.

⁷⁰ MARTIN-CASALS (M.) (supra n. 4), N. 3 ad art. 8:101 PETL ; Commentaire VON BAR (supra n. 2) N. 5 ad art. 8:102 PEL.Liab.Dam. / DCFR.

Les « Principes d'Osnabrück / DCFR » prévoient encore d'**autres exceptions au « principe du miroir »** (que les PETL ne mentionnent pas expressément). Selon les lettres a - c de l'alinéa 2 de l'article 5:102 PEL.Liab.Dam. / DCFR, dans certaines constellations, la contribution de la victime à son propre dommage n'est pas prise en considération pour l'exonération de la personne responsable à premier titre. C'est le cas d'une part lorsque la **faute de la victime est insignifiante** (lettre a), d'autre part quand **l'apport causal de la faute ou d'un autre chef de responsabilité est insignifiant** (lettre b). Il n'est pas très clair quelle est la différence entre ces deux cas de figure, étant donné que - comme nous l'avons fait observer plus haut (ch. 1) - la causalité (juridique) est toujours une fonction du critère d'imputation; il est donc difficile d'imaginer qu'une faute grave ou un risque de grande intensité ne puisse avoir qu'une influence insignifiante sur l'enchaînement causal ayant mené au dommage⁷¹.

La troisième exception (lettre c) est celle qui se rapporte au **dommage corporel qu'une personne subit lors d'un accident de la circulation**: seul un « *manquement grave à la diligence requise* » dans ces circonstances particulières (de participation au trafic) peut justifier une exonération partielle ou totale. Selon le commentateur von BAR, les auteurs des « Principes d'Osnabrück / DCFR » ont ainsi suivi une voie moyenne entre les tendances qui privilégient les victimes d'accidents de la circulation comme étant la « partie faible » et les systèmes qui font pleinement jouer la défense de la faute ou du fait de la victime comme cause d'exonération⁷² ; peut-être se sont-ils aussi tout simplement inspirés de la « *faute inexcusable* » du droit français (loi Badinter, art. 3).

c) Un problème particulier qui peut être discuté sous l'aspect de la « contribution » de la victime, respectivement du risque existentiel qu'elle doit assumer elle-même et qui, de ce fait et dans cette mesure pourrait exonérer un présumé responsable, est celui de la « **prédisposition constitutionnelle** », c'est-à-dire du cas où la victime, déjà avant la survenance de l'événement dommageable, était affectée d'une maladie ou d'une infirmité, susceptible de provoquer des lésions plus ou moins graves même à la suite d'une atteinte minimale, ou d'aggraver (de façon disproportionnée) les conséquences d'une atteinte qui, normalement, auraient été modestes. La question est une nouvelle illustration de l'enchevêtrement des conditions de la responsabilité, puisqu'elle peut se poser sous deux aspects : D'abord sous celui du **calcul du dommage**. La fameuse théorie de la différence, qui est encore largement admise comme base de ce calcul⁷³, se fonde sur une comparaison entre l'état du patrimoine de la personne lésée après la survenance de l'événement dommageable et l'état hypothétique qui aurait été celui de ce même patrimoine si l'événement dommageable n'avait pas eu lieu. Vu sous cette optique, la prédisposition peut être considérée comme un fait rentrant dans la sphère de risque de la victime (un « *casus* » au sens de l'adage « *casum sentit dominus* »), fait qui se serait de toute façon réalisée et aurait engendré le même dommage que celui qui a été déclenché par l'incident. Il n'y aurait donc, dans cette mesure, pas de dommage réparable et attribuable à autrui. Or, l'hypothèse qui est à la base de la théorie de la différence contient en même temps un **élément causal** qui pourrait s'analyser comme un cas particulier de « causalité outrepassée »⁷⁴. Vu sous cet aspect, on arriverait à la

⁷¹ Le commentateur VON BAR (supra n. 2) semble d'ailleurs lui-même avoir quelque doute sur la pertinence de la distinction lorsqu'il remarque (N. 13 i.f. ad art. 5:102 PEL. Liab.Dam. / DCFR.) de manière assez sibylline que « *Il existe toutefois une relation intrinsèque entre le fondement de la prétention et la question de savoir si la faute contributive de la victime est sans importance ou substantielle* ».

⁷² Commentaire VON BAR (supra n. 2) N. 14 ss. ad art. 8 :102 PEL.Liab.Dam. / DCFR.

⁷³ Cf. à ce sujet l'excellente monographie de CHAPPUIS (B.), *Le moment du dommage* (2008).

⁷⁴ WERRO (F.), *La responsabilité civile* (supra n. 56) N. 181 ss.

conclusion que - dans la mesure où la disposition pré-existait et s'est manifestée à l'occasion de l'événement dommageable - le lien causal et d'imputation entre le chef de responsabilité à la charge du présumé responsable le dommage souffert par la victime a été interrompu ou du moins absorbé par cette circonstance appartenant à sa propre sphère de risque.

La question de savoir comment traiter ces cas est passablement controversée⁷⁵. Les « Principes d'Osnabrück / DCFR » avancent une solution simple et robuste en déclarant sans ambages à l'article 4:101, alinéa 2 que :

En cas de dommage corporel ou décès, la prédisposition de la victime au type ou à l'étendue du dommage subi ne doit pas être prise en considération.

Le commentaire est un peu moins absolu, puisqu'il admet que « *selon la situation du cas d'espèce, il est concevable qu'une affection préexistante puisse être considérée comme suffisamment importante pour justifier une réduction du montant de la réparation* »⁷⁶.

Les « Principes de Vienne » ne donnent pas de réponse explicite au problème de la prédisposition⁷⁷. On peut cependant partir de l'idée que - en tant qu'il s'agit d'une prédisposition « indépendante » (c'est-à-dire : non liée à l'incident pour lequel une responsabilité est en discussion), elle pourra être considérée comme relevant du risque personnel à supporter par la victime (*casum sentit dominus*) et qui, par conséquent, réduira pour autant la responsabilité du tiers responsable. En revanche, rien dans les deux projets n'empêche - en cas de « prédisposition liée » (c'est-à-dire : qui ne se serait pas forcément manifestée sans l'incident dommageable) - d'appliquer le principe - inspiré par des considérations d'ordre social et de protection de la victime - d'après lequel la personne responsable ne peut se prévaloir du fait que la personne lésée aurait la peau trop fine, les os anormalement fragiles ou les nerfs excessivement sensibles, mais doit accepter la victime tel qu'elle est, avec la (faible) constitution qui peut être la sienne⁷⁸. Rien n'exclue non plus, d'autre part - et l'article 3:201, lettre a, PETL pourrait même être invoqué à l'appui -, de tenir compte, par une réduction appropriée, d'une disproportion flagrante entre la gravité, respectivement la légèreté de la faute ou la faible intensité du risque dont répond l'auteur du dommage et l'ampleur de celui-ci, due à une constitution particulièrement vulnérable de la victime⁷⁹. En dernier ressort, il serait même possible de recourir à la clause générale de réduction prévue par l'article 10:401 PETL.

d) Les projets européens prévoient enfin une **extension du principe du miroir** dans deux sens ; il est aussi question d' « **identification** », dans la mesure où soit le fait

⁷⁵ Voir les réponses suisses (WINIGER (B.) / WESSNER (P.) / WIDMER (P.) / WINIGER (B.)) au Questionnaire sur la « Réparation intégrale », distribué dans le cadre du GRERCA par les universités de Rennes et Tours en vue du séminaire d'automne 2010, notamment à la question n° 28.

⁷⁶ Commentaire VON BAR (supra n. 2) N.18 ad art. 4:101 PEL.Liab.Dam. / DCFR.

⁷⁷ Dans les PETL, l'article 3:106 propose une règle pour une situation qui présente une certaine similitude avec le problème de la prédisposition. Selon cette disposition : « *La victime doit supporter ses pertes dans la mesure correspondant à l'incidence possible d'une activité, d'un événement ou tout autre circonstance, incluant des événements naturels, du moment que cette cause se trouve dans sa sphère d'influence* ».

⁷⁸ Il est vrai que cette attitude de « bon samaritain » n'est pas tout à fait conforme à une application stricte de l'idée de la causalité adéquate ; cf. WIDMER (P.), Détermination et réduction... (supra n. 44), ch. 11.1., p. 153 s.) ; IDEM, Contributory Negligence under Swiss Law (supra n. 65,) N. 47.

⁷⁹ MAGNUS (U.) / MARTIN-CASALS (M.), Contributory Negligence, Comparative Conclusions (supra n. 62), N.6/7.

contributif de la victime affecte également la créance en réparation d'autres personnes, soit le fait contributif d'autres personnes est imputé à la victime.

Les « Principes de Vienne » envisagent d'abord le cas où la personne ayant contribué elle-même à la survenance du dommage dont elle a été la **victime est décédée**, et où se pose dès lors la question de savoir si cette contribution (qui aurait amené une réduction de l'indemnisation de la victime si celle-ci avait survécu à l'accident) a une influence sur la prétention des proches qui font valoir une perte de soutien. La réponse à l'article 8:101 alinéa 2 PETL est affirmative, et elle est motivée par l'idée que le droit à réparation des proches (qui constitue d'ailleurs, dans un certain nombre de systèmes, une exception au principe de non-réparabilité du dommage indirect ou dommage par ricochet) n'est que dérivé du droit primaire de la victime⁸⁰. Inversement, vu du point de vue de la personne responsable et débitrice de l'indemnisation sous l'aspect de la causalité et de la responsabilité « adéquates », il ne peut y avoir de différence selon que ce sont des personnes bénéficiant du soutien de la victime ou la victime elle-même qui font valoir des droits fondés sur sa responsabilité.

Les « Principes d'Osnabrück / DCFR » quant à eux font de cette extension une règle générale. Ainsi l'article 5:501 PEL.Liab.Dam. / DCFR prévoit que tout moyen de défense prévu par le Chapitre 5 qui pourrait être opposé à la victime d'un dommage corporel « *est également opposable à la personne subissant une perte selon l'article 2:202* » La solution est systématiquement convaincante puisque, effectivement, elle peut être invoquée non seulement pour la faute concomitante, mais également pour les autres causes d'exonération et les motifs justificatifs.

La seconde extension ou identification qui est commune aux deux projets européens est celle qui **impute à la victime son seulement ses propre faits, mais également ceux de personnes dont elle est responsable** et pour le comportement desquels elle serait responsables envers des tiers. C'est dire, notamment et comme le prévoit expressément l'article 5:102 alinéa 3 PEL.Liab.Dam. / DCFR en se référant à la responsabilité de l'employeur selon l'article 3:201 PEL.Liab.Dam. / DCFR, qu'une personne lésée dont les employés ou préposés auront contribué à la survenance du dommage dont elle est victime, doit se laisser imputer cette contribution et verra sa réparation se réduire d'autant. L'article 8:101 alinéa 3 PETL propose une règle semblable, rédigée en termes un peu plus larges en ce qu'elle parle d'auxiliaires dont la conduite ou l'activité a contribué à la réalisation du dommage. Il est évident cependant que là également, on fait implicitement référence à la disposition correspondante des PETL sur la responsabilité du fait des préposées (art. 6:102 PETL). Les PEL.Lib.Dam. / DCFR ajoutent à cet élargissement du principe du miroir une « extension » particulière, relative aux autres « sources de danger dont la victime est responsable en application du Chapitre 3 » (art. 5:102 al. 4 PEL.Liab.Dam. / DCFR). En fait, on peut se demander s'il s'agit d'une véritable extension ; elle l'est uniquement dans la mesure où les « Principes d'Osnabrück / DCFR » parlent de prime abord de la seule « faute » de la victime. Dans les « Principes de Vienne », cette « extension » est déjà contenue dans la règle générale de l'article 8:101 al. 1 PETL qui mentionne en plus de la faute contributive « *tout autre élément* » qui pourrait engendrer une responsabilité de la victime envers des tiers⁸¹.

⁸⁰ Commentaire MARTIN-CASALS (M.) (supra n. 4), N. 27 ss. ad art. 8:101 PETL.

⁸¹ On peut rappeler, à cet endroit, que l'AP 2000 (supra n. 1) contient une disposition expresse (art 51 al. 1), selon laquelle « *La personne exploitant une activité spécifiquement dangereuse répond de toute personne dont elle accepte qu'elle y participe* » ; l'alinéa 2 de la même disposition étend cette responsabilité du fait d'autrui à tous les cas de responsabilité objective. Il est évident que - selon le « principe du miroir », cette règle s'applique également en matière d'activité « contributive ».

e) Disons enfin un mot sur la disposition spéciale de l'article 5:103 PEL.Liab.Dam. / DCFR pour laquelle il n'existe pas de pendant dans les « Principes de Vienne ». L'**exonération du « criminel »** qui, par négligence, cause un dommage à un de ses complices, est une application du principe de la « *turpis causa* » qui empêche la naissance d'une obligation. Elle se situe à mi-chemin entre la faute concomitante (cause d'exonération) et le consentement de la victime, respectivement son acceptation du risque (motif justificatifs ; infra ch. 12c). Il peut paraître étrange de parler de justification dans une situation où l'auteur du dommage agit de manière, pour ainsi dire, doublement illicite. C'est probablement la raison pour laquelle la règle pose comme condition additionnelle que l'adjudication d'un droit à réparation à la victime (qui, en principe, ne dépend pas de l'intégrité morale de celle-ci) serait, dans les circonstances du cas concret, « *contraire à l'ordre public* »⁸².

V. - Exonération et motifs justificatifs

12. - a) Dans une dernière partie de cette contribution, et comme cela avait été annoncé au début, nous allons donner un bref aperçu des autres motifs d'exonération ou moyens de défense : de ceux qui ne font pas partie du canon classique des trois causes étrangères et qui n'agissent pas sur lien de causalité (adéquate) et d'imputation en l'interrompant ou en la rendant plus lâche, mais directement sur la qualification juridique du fait générateur de la responsabilité. Ces motifs de justification interviennent, pour ainsi dire, à un stade précoce de l'examen de la responsabilité, avant même que le juge ou l'observateur s'occupent d'établir le lien d'imputation ; ils effacent ou réduisent d'emblée la caractéristique illicite⁸³ de l'acte dommageable respectivement de l'atteinte qui en résulte. Dans les systèmes qui font de l'illicéité une condition autonome de la responsabilité, l'analyse du cas d'espèce pourrait s'arrêter là, si la justification est d'emblée manifeste. Pourtant, tout comme cela se passe en matière d'exonération du fait de l'intervention d'une cause étrangère⁸⁴, le motif justificatif ne se révèle souvent que lors d'un réexamen approfondi de l'événement dommageable. Le fait justificatif vient alors corriger une première appréciation - incomplète ou erronée - du caractère illicite de l'atteinte. Lorsque cette démarche en deux étapes est suivie, il est évident que la justification rayonne en quelque sorte aussi sur les autres conditions de la responsabilité, sur la faute notamment, et - par la force des choses - également sur la causalité qui relie le dommage au fait de rattachement (fait générateur). C'est d'ailleurs ce parallélisme fonctionnel des causes étrangères et de motifs justificatifs ainsi que l'interaction qui existe entre ces deux types de moyens de défense qui sont à la base de leur regroupement systématique dans les deux projets européens.

b) Les « Principes de Vienne » consacrent aux « *moyens de défense fondés sur la justification* » une disposition, l'article 7:101 PETL, dont le 1^{er} alinéa énumère les différents faits qui peuvent « légitimer » une atteinte et, dans la mesure correspondante, « écarter » ou réduire la responsabilité de l'auteur du dommage. Il s'agit des faits classiques où

⁸² Commentaire VON BAR (supra n. 2) N.1 et 6 ad art. 5:103 PEL.Liab.Dam. / DCFR ; le commentateur parle dans ce contexte d'un « *test of justice and fairness* » ce qui équivaut pratiquement à une référence à la bonne foi, resp. à l'abus de droit.

⁸³ Il est assez surprenant de constater que la fonction des faits justificatifs est analysée de manière essentiellement identique en droit français où, pourtant, l'élément de l'illicéité n'est pas considéré comme une condition autonome de la responsabilité ; cf. VINEY (G.) / JOURDAIN (P.), Les conditions de la responsabilité (supra n 2), N. 556 ss. Logiquement, l'illicéité étant conçue comme élément intégrant de la faute, respectivement comme un élément objectif (ibidem, n. 442s.), les faits justificatifs neutralisent ou relativisent directement la faute et donc le critère d'imputation de la responsabilité subjective.

⁸⁴ Supra ch. 4 et 9d.

des circonstances particulières et contraignantes autorisent une personne à défendre ses intérêts contre une agression illicite (**légitime défense** ; let. a), à réagir en **état de nécessité** (let. b) ou à faire respecter ses droits dans une situation où il n'est pas possible de recourir au secours d'une autorité compétente (**défense personnelle** ; let.c). On retrouve les deux premiers cas à l'article 5:202 al. 1 et 3 PEL.Liab.Dam. / DCFR dans une formule nettement plus élaborée, mais qui n'ajoute guère de nouvelles conditions ou de nouveaux critères à ceux qui sont admis dans la plupart des ordres juridiques européens. A noter cependant une différence matérielle en ce qui concerne l'état de nécessité. Tandis que les « Principes de Vienne » traite, en principe, ce cas à pied égal avec les autres motifs justificatifs, c'est-à-dire : comme une cause d'exonération, les « Principes d'Osnabrück / DCFR » relativisent l'effet libératoire sur l'indemnisation, en ne l'accordant que sur la part qui dépasserait une « compensation raisonnable »⁸⁵ ; cette solution intermédiaire correspond à celle prévue à l'article 52 alinéa 2 du CO suisse qui donne au juge une très large marge d'appréciation pour décider si et jusqu'à quel montant une indemnisation est due⁸⁶. Il est vrai que, en se basant sur les alinéas 2 et 3 de l'article 7:101 PETL⁸⁷, on peut arriver au même résultat.

L'hypothèse de la « **défense personnelle** » (art. 7:101 al.1, let c PETL) dont on trouve également un modèle à l'article 52 al. 3 du CO suisse⁸⁸, n'est pas mentionné dans la règle correspondante des « Principes d'Osnabrück / DCFR ». En revanche, ceux-ci contiennent (à l'art. 5:202 al. 2 PEL.Liab.Dam. / DCFR) une hypothèse qui n'est pas envisagée par les « Principes de Vienne » et qui concerne la légitimation de l'acte dommageable commis dans l'exécution correcte de ses devoirs par un **gérant d'affaires** dans le cadre de son engagement désintéressé pour les intérêts d'autrui (*negotiorum gestio*) ; on peut évidemment discuter la question de savoir si ce cas de figure (qui relève d'une situation de quasi-contrat) est bien à sa place dans le cadre de la responsabilité extra-contractuelle⁸⁹.

c) En ce qui concerne les autres cas de justification, les deux projets européens se distinguent assez nettement sur le plan systématique. L'article 7:101 al. 1 PETL inclut également dans son énumération le **consentement de la victime** ainsi que l'**acceptation du risque** par cette dernière (let. d) ; ces deux cas font, en revanche, l'objet d'une disposition propre à l'article 5:101 PEL.Liab.Dam. / DCFR, qui est aussi plus explicite dans la mesure où elle exige expressément que le consentement de la victime soit « éclairé »⁹⁰.

Dans les deux projets, l'acceptation du risque est considérée comme une hypothèse apparentée à celle du consentement. Les deux cas sont en quelque sorte le reflet du principe

⁸⁵ Selon le commentaire VON BAR (supra n. 2) N. 13 ad art. 5:202 PEL.Liab.Dam. / DCFR, la responsabilité (raisonnable) de celui qui agit en état de nécessité serait même de nature objective. Cela peut paraître étonnant, mais s'explique si l'on considère qu'une responsabilité pour un fait non illicite et donc non fautif ne peut être qu'une responsabilité « sans faute » ; cette idée est assez proche de celle qui a présidé au reclassement de la responsabilité en cas de nécessité dans l'AP 2000 (supra n. 1) où elle est qualifiée de « responsabilité pour acte licite » (infra n. 86).

⁸⁶ WERRO (F.), La responsabilité civile (supra n. 56), N. 352 ; en revanche, l'AP 2000 (supra n. 1; art. 59) transforme le cas de la nécessité en une hypothèse de responsabilité pour fait licite.

⁸⁷ Supra ch. 8c.

⁸⁸ WERRO (F.), La responsabilité civile (supra n. 56), N. 355 ss.

⁸⁹ Le commentaire VON BAR (supra n. 2) N. 7/8 ad art. 5:202 PEL.Liab.Dam. / DCFR ne semble pas trop se soucier de cette question systématique.

⁹⁰ Le consentement n'est valable que si la victime « *avait conscience ou aurait dû avoir conscience des conséquences de ce consentement* ». Cf. Commentaire VON BAR (supra n. 2) n. 12 ad art. 5:101 PEL.Liab.Dam. / DCFR. Cette condition est implicite également dans la réglementation des « Principes de Vienne » ; cf. commentaire KOCH (B.) (supra n. 4), n. 16 ad art. 7:101 PETL.

exprimé dans l'adage « *volenti non fit iniuria* » ; il peuvent aussi être considéré comme deux variantes plus ou moins explicites, de la part d'une personne, d'assumer elle-même un risque auquel elle s'expose volontairement (par exemple en se soumettant à une intervention médicale) ou dans une situation dont elle aurait pu et dû prévoir de possibles développements malencontreux (par exemple en participant à une partie de sport dangereux).

Consentement et acceptation du risque constituent d'ailleurs une belle illustration de la **convergence entre motifs justificatifs et causes d'exonération** : en effet, le fait de s'exposer de façon insouciant ou même téméraire à des risques prévisibles peut aussi être vu comme une incurie envers soi-même qui serait constitutive d'une faute concomitante de la victime⁹¹.

Un autre phénomène de coïncidence entre justification et intervention d'une cause étrangère est celui qui se manifeste dans le moyen de défense développé notamment par la doctrine allemande et repris aussi par le Tribunal fédéral suisse sous le terme de « **comportement alternatif licite** » ou « comportement de substitution licite »⁹². Ce moyen consiste à démontrer qu'un dommage, pour lequel une responsabilité est prise en considération pour violation d'un devoir, se serait également produit si le devoir en question avait été entièrement respecté. Le défendeur fait donc en principe valoir que son comportement, bien qu'il paraisse objectivement illicite, n'est pas la véritable cause du dommage. L'exemple modèle est celui du médecin qui, ayant omis de renseigner comme il se devait son patient sur les risques d'une intervention médicale qui a effectivement eu des conséquences dommageables, se défend en faisant valoir que le patient aurait consenti à l'opération même si l'information avait été correcte et complète (consentement hypothétique) ; donc, peut on argumenter, c'est un fait étranger, un cas fortuit, qui est la vraie cause du dommage et qui, par conséquent, exonère le médecin fautif. On peut analyser de la même manière un cas fameux décidé par le Tribunal fédéral suisse⁹³ dans une affaire de rupture de digues : A la suite de crues extraordinaires d'un ruisseau, un canton suisse, qui avait été recherché en responsabilité comme propriétaire de ces digues sur la base de l'article 58 CO suisse (responsabilité du propriétaire d'un ouvrage), avait objecté que même s'il avait renforcé ou surélevé ces digues de façon à les faire résister à des crues d'un temps de retour de trente ans, le dommage n'aurait pu être évité dans ce cas ou les crues avait atteint un violence à laquelle on devait s'attendre qu'une fois par siècle. Il est évident, dans ce cas, que le moyen de défense du « comportement de substitution licite » se confond pratiquement avec la cause d'exonération de la « force majeure ».

d) En ce qui concerne le dernier fait justificatif prévu à l'article 7:101, alinéa 1 PETL est celui qui permet de légitimer un acte dommageable parce qu'il est exécuté « *en vertu d'un pouvoir légalement conféré, tel qu'une autorisation* ». Les « Principes d'Osnabrück / DCFR » utilisent un langage presque identique à l'article 5:201 PEL.Liab.Dam. / DCFR en parlant de « *pouvoirs conférés par la loi* ». A l'article 5:203 PEL.Liab.Dam. / DCFR, les « Principes d'Osnabrück / DCFR » contiennent une disposition supplémentaire qui s'inscrit dans un même ordre d'idées : peut également être un motif justificatif le fait d'agir et de causer un dommage :

⁹¹ Supra ch. 11 ; cf. également: commentaire MARTIN-CASALS (M.) (supra n. 4), N. 17 ad art. 8:101 PETL.

⁹² WERRO (F.), La responsabilité civile (supra n. 56), N. 191 ss.

⁹³ ATF (Arrêt du Tribunal fédéral) 122 III 229 ss. (arrêt « du Nozon »).

« pour la protection nécessaire des valeurs fondamentales d'une société démocratique, en particulier lorsque le dommage est causé par la diffusion d'informations dans les médias ».

Ce qui est ici ouvertement déclaré comme une espèce de privilège des médias⁹⁴ - notamment en matière d'atteinte aux droits de la personnalité et à la sphère privée - est en fait une application particulière d'un fait justificatif qui est largement admis dans une forme plus générale et qui - un peu paradoxalement - est souvent étiqueté comme « **exercice d'un droit privé** »⁹⁵ - sous-entendu : d'un droit privé légitimé par un droit fondamental de rang constitutionnel. Bien qu'elle ne soit pas expressément mise en évidence au titre de motif justificatif, l'idée sous-jacente à ce « privilège » n'est pas complètement méconnue des « Principes de Vienne ». Ceux-ci l'introduisent pour ainsi dire de manière positive dans la pesée des intérêts protégés qui est à la base de la notion de « dommage réparable ». Ainsi l'article 2:102, alinéa 6 PETL prévoit textuellement que :

*« Afin de déterminer le champ de la protection, les intérêts de l'auteur, notamment dans sa liberté d'action et dans l'exercice de ses droits ainsi que l'intérêt général devront également être pris en considération ».*⁹⁶

e) Rappelons pour finir que - comme c'est le cas des causes d'exonération à connotation causale - les **faits justificatifs peuvent opérer de manière graduée**, c'est-à-dire qu'un fait dommageable peut être plus ou moins justifié, son illicéité plus ou moins neutralisée et, par conséquent, la responsabilité correspondante plus ou moins étendue - jusqu'à s'effacer entièrement. Un acte d'autodéfense peut être légitime jusqu'à un certain point, mais non plus au-delà (défense excessive ou disproportionnée) ; le consentement de la victime ou son acceptation du risque peut être valable dans une certaine mesure (par exemple en sport dans le cadre des règles du jeu), sans qu'une atteinte plus grave soit nécessairement couverte⁹⁷. Cette gradation de l'exonération « par justification » est clairement envisagée dans le texte de l'article 7:101 PETL dont la phrase introductive énonce explicitement que, lorsqu'un fait justificatif déploie ses effets, « la responsabilité » peut être écartée *si et dans la mesure où* (« *if and to the extent that...* »). Les « Principes d'Osnabrück / DCFR » sont moins nets sur ce point, mais tant l'article 5:101 que les articles 5:201 à 5:203 PEL.Liab.Dam. / DCFR permettent une interprétation dans le même sens ; « une personne dispose d'une défense *lorsque...* » peut être compris comme voulant dire : elle en dispose *pour autant que...* Les différentes dispositions contiennent en outre des éléments spécifiques qui invitent à une telle gradation. Ainsi l'article 5:101 PEL.Liab.Dam. / DCFR (consentement de la victime et acceptation du risque de sa part) admet la justification dans la mesure où « la victime a *valablement consenti* au dommage... et qu'elle *avait conscience ou devait avoir conscience* des conséquences... » ; de même, l'acceptation du risque ne peut exonérer l'auteur du dommage que pour autant que la personne lésé « s'expose volontairement » à ce risque. La justification fondé sur le « pouvoir conférer par la loi » déploie ses effets que tant que le

⁹⁴ Cf. Commentaire VON BAR (supra n. 2) N. 2 ad art. 5:203 PEL.Liab.Dam. / DCFR.

⁹⁵ WERRO (F.), La responsabilité civile (supra n. 56), N. 361/62.

⁹⁶ Le commentaire (supra n. 4 ; KOZIOL (H.), N. 11 ss. ad art. 2 :102 PETL) n'est pas très explicite à ce sujet, mais il souligne tout de même que, même dans un domaine où l'on a naturellement tendance à valoriser avant tout les intérêts de la victime, ceux de l'auteur du dommage ainsi que l'intérêt public qui peut également être en jeu, ne doivent pas être oubliés.

⁹⁷ On peut rappeler, dans ce contexte, que l'article 28 alinéa 2 du code civil suisse pose des limites à la disposition sur soi-même en prévoyant que « *Nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs* » .

dommage « est causé conformément aux pouvoirs » (art. 5:201 PEL.Liab.Dam. / DCFR) et la légitime défense n'est légitime que « dans les limites du raisonnable » (art. 5:202, al. 1 PEL.Liab.Dam. / DCFR).

V. - Conclusion

En guise de conclusion, on peut constater que, en matière de motifs d'exonération - opérant soit comme causes étrangères dans le cadre de la causalité et/ou de l'imputation, soit comme faits justificatifs qui effacent ou redressent l'illicéité -, les deux projets européens reprennent largement l'acquis des systèmes juridiques auxquelles ils s'adressent. On peut même s'imaginer que ce domaine pourrait être parmi ceux, dans le droit de la responsabilité civile, où l'entente et l'harmonisation pourraient se réaliser assez rapidement, sans trop de tourments et de péripéties dogmatiques.