

Thème général
La place de la responsabilité objective

Notion et rôle de la faute
Rapport de synthèse

Julien BOURDOISEAU, maître de conférences à l'Université François-Rabelais (Tours)

Mode privilégié de déplacement de la charge d'un dommage, la responsabilité civile est susceptible d'autoriser l'imputation de ladite charge sur la tête d'un agent pour la raison suffisante que l'intéressé a mis en danger la personne et/ou le patrimoine de ses contemporains. Lorsque vient le temps de s'interroger sur la question de savoir pour quelle raison le poids de la dette de réparation doit être déplacé, de la victime vers la personne désignée responsable du dommage, on peut répondre parce que cette dernière est en faute, tout autant que parce qu'elle a fait courir un risque. En un mot, parce qu'elle l'a causé ; non pas parce qu'elle est simplement impliquée, à tout le moins en droit de la responsabilité. C'est là une « exigence de la raison »¹. C'est là un principe de base posé par les *Principes de droit européen de la responsabilité civile* (« *basic norm* », art. 1:101-2) et par le *Cadre commun de référence* (« *basic rule* », art. 1:101).

« Pour que le dommage soit sujet à réparation, [écrit le juriste Tarrille] il doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence de la part de quelqu'un, s'il ne peut être attribué à cette cause, il n'est plus que l'ouvrage du sort dont chacun doit supporter les chances »².

Tant que la solidarité familiale et paroissiale³, qui palliait l'absence d'indemnisation, eut une réalité socio-économique, la victime, protégée contre les aléas et contre les dangers, put trouver les moyens de sa condition. Mais l'industrialisation et l'exode rural eurent raison de ce modèle. La victime dut seule, et sur un seul patrimoine, assumer cette fatalité.

Ripert ne s'émeut pas du sacrifice de la victime pour cette raison que le choix de sa désignation a été fait par la force obscure du destin : la victime est élue écrit-il⁴. Selon l'auteur, les hommes sont habitués à se courber devant la fatalité de sorte qu'admettre l'action en responsabilité, ce n'est pas attribuer le dommage, c'est en modifier l'attribution naturelle. Alors que les qualités d'auteur et de victime ont été établies par hasard, par sa seule qualité, la victime n'apparaît pas comme préférable à l'auteur⁵.

Seulement le fatalisme est en déclin⁶. « Lorsqu'un accident a lieu, causant de graves dommages, il faut trouver un responsable et un responsable solvable, c'est-à-dire en état de réparer le dommage. Il semble, du moins, que ce soit aujourd'hui pour certains magistrats un strict impératif au point qu'ils aient le sentiment de manquer à leur mission s'ils n'en trouvent pas »⁷. Ils y sont d'ailleurs ardemment invités par des victimes devenues plus exigeantes. « Jadis, la résignation était perçue comme une attitude banale et raisonnable (...). Elle est le fond de tout (...) : si l'on ne savait se

¹ J. Carbonnier, *Droit des obligations*, 22^{ème} éd., PUF, 2000, n° 213.

² Discours au corps législatif, Séance du 19 pluviôse An XII (30 janv. 1804). P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, Vidocq, 1827, p. 488. V. à ce sujet O. Descamps, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, *op. cit.*, pp. 464-467.

³ Autrefois, la solidarité était l'expression d'une justice frappant aveuglément un groupe à raison de la faute commise par l'un de ses membres (J.-M. Pontier, *De la solidarité nationale*, *R.D.P.* 1983, p. 899).

⁴ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^{ème} éd., L.G.D.J., 1949, 116, p. 211.

⁵ *Ibid.* On notera que Ripert s'inscrit dans ces extraits dans une critique systématique de la théorie du risque.

⁶ V. not. en ce sens, notre thèse, dont plusieurs séries de développements sont extraites (*L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations*, préf. F. Leduc, *Bibl. dr. pr.*, t. 513, L.G.D.J., à paraître, n^{os} 111, 242 et s.).

⁷ *Gaz. Pal.* 1958, *Chron.*, p. 46.

résigner, on mourrait de colère. »⁸

Mais voilà, « on ne meurt plus de colère, parce que la colère est devenue droit – traque passionnée du responsable »⁹. Dans cette traque, l'inadaptation de la responsabilité pour faute à la fonction de réparation des dommages fut dénoncée. Le processus d'objectivation put alors commencer. L'heure de « l'hyper-fonction » réparation de la responsabilité civile venait de sonner.

Si les chefs de dommage ont été largement étendus aux fins d'une réparation la plus parfaite possible ; si la théorie de l'équivalence des conditions put être préférée au gré des espèces à celle de la causalité adéquate, c'est la condition du fait générateur qui dut subir les plus rudes assauts de la jurisprudence. Ultime digue ralentissant le flot des demandes en réparation des dommages subis, la propension des juges à la faire sauter fut remarquable. L'objectivation de la faute était consommée. Nécessaire à l'indemnisation mais insuffisante, les victimes à peine rassasiées demandèrent une objectivation à plus large spectre. Le législateur et le juge leur accordèrent le bénéfice d'une objectivation de la responsabilité.

On songea un temps à prononcer l'oraison funèbre de la faute et des régimes de responsabilité subjective. Pourtant, écrit à raison Philippe Pierre, « le statut de la faute civile relève plus d'une loi cyclique que d'un affaissement régulier. En contrepoint de ce dernier, c'est plutôt la vigueur nouvelle de la faute que soulignent nombre de commentateurs, évoquant tantôt sa « renaissance », tantôt sa « verdure » retrouvée, mesurable par une résistance perceptible au sein des régimes de responsabilité de plein droit ». Cette résistance est également un trait remarquable des projets européens soumis à examen. L'appréciation de l'objectivation de la faute (I) et l'appréhension de la faute dans l'objectivation de la responsabilité (II) l'attestent.

I – De l'objectivation de la faute

L'objectivation de la faute est à double détente. Elle passe par l'accommodation de la notion de faute (A) et par la facilitation de la preuve de la faute (B).

A) L'accommodation de la notion de faute

L'accommodation de la notion a trait, d'une part, à la définition de la faute (1), d'autre part, à l'appréciation de la faute (2).

1) La définition de la faute

En 1804, les rédacteurs du Code napoléonien scellent à l'article 1382 un principe fondamental du droit français – fondateur du droit de la responsabilité – depuis lors consacré par le Conseil constitutionnel¹⁰. Dans une formulation générale, ils posent que « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

Les codificateurs ont une conception subjective de la responsabilité. L'imputation de la dette de réparation sur la tête de l'auteur du dommage suppose une analyse introspective de son comportement. L'objet de cette analyse est connu : il s'agit de vérifier si l'agent a agi en conscience ; autrement dit, en homme libre de ses faits et gestes¹¹. L'axiome posé par la doctrine unanime est le

⁸ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, éd. Flammarion, 1996, réimpr. 2006, p. 150.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Cons. const., 22 oct. 1982, D. 1983, Jur., p. 189, note F. Luchaire ; *Gaz. Pal.* 1983, I, 60, obs. F. Chabas. Le Conseil constitutionnel rappelle, d'une part, que chacun doit répondre du dommage qu'il cause à autrui, d'autre part, que le droit français ne connaît aucun régime soustrayant à toute réparation le préjudice résultant de fautes civiles. Dans le même sens : Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248, *Rec. Cons. const.*, p. 18 ; Les grandes décisions du Conseil constitutionnel par L. Favoreu et L. Philip, Dalloz, 1999, n° 42, p. 732 – Cons. const., 9 nov. 1999, n° 99-419 DC, J.O. 16 nov. 1999 ; *JCP G.* 2000, I, 280, obs. G. Viney. Adde Ph. Brun, *La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute in La responsabilité pour faute, Resp. civ. et assur.* 2003, p. 37 ; Ph. Pierre, *Notion et rôle de la faute en droit français*, journées stéphanoises, p. 2.

¹¹ « La responsabilité civile est fondée sur une vision humaniste de la société où chaque agent social est libre » (Ph. le Tourneau, *Verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin)*, *RTD civ.* 1987, p. 505, spéc. p. 506. V. aussi R. Savatier, *Comment repenser la conception actuelle de la responsabilité civile*, D. 1966, Chron., pp. 151 s., spéc. n° 3).

suivant : « Pas de responsabilité du fait personnel sans faute (*i.e.* subjective) ».

Dans cette optique, on ne conçoit pas qu'une faute puisse être imputée – entendue reprochée – à un individu dépourvu de toute faculté de discernement du bien et du mal. Le droit français de la responsabilité extracontractuelle n'appréhende un comportement dommageable qu'à la condition qu'il réponde au double critère d'anormalité (élément objectif) et d'imputabilité (élément subjectif), laquelle peut être définie comme « la possibilité de mettre une sanction au compte d'une personne »¹². Si, d'aventure, un dommage survenait sans que le fait dommageable de la personne désignée par sa victime – bien qu'objectivement anormal – ne lui soit imputable, résignée, la victime devait alors supporter les conséquences personnelles et patrimoniales du dommage souffert. Le dommage causé par un fou, disait Ulpien (*si furiosus damnum deberit*), c'est une tuile qui vous tombe sur la tête (*quemadmodum tegula ceciderit*)¹³. Tournée vers l'auteur du dommage, la faute conditionne sa dette de réparation¹⁴. En bref, choisie par le destin, la victime supporte seule la mauvaise fortune qui la frappait¹⁵.

La Cour de cassation posait le principe d'irresponsabilité des personnes privées de raison en ces termes : « par l'emploi de l'expression « faute » la loi suppose évidemment un fait dépendant de la volonté ; (...) un insensé n'ayant pas de volonté ne saurait être responsable même civilement des faits par lui accomplis pendant l'état de démence »¹⁶. De la même manière, au bénéfice de l'enfant, la Cour régulatrice jugeait que le mineur, ayant dépassé l'âge de raison¹⁷, ne répond à l'égard des tiers de son fait personnel que « s'il a la faculté de discerner les conséquences des actes fautifs qu'il commet »¹⁸.

La prise en charge de cette fatalité finit par ne plus être assumée. Ayant pris conscience de la sévérité d'une pareille solution, législateur (L. 3 janv. 1968) et juges (Cass. Ass. plén., 9 mai 1984) firent montre de sollicitude envers les victimes. Afin d'identifier une faute – condition *sine qua non* de la responsabilité de l'auteur du dommage – lui ouvrant ainsi la voie de la réparation¹⁹, ils s'employèrent à objectiver la faute en la débarrassant de la condition d'imputabilité²⁰.

À l'image des créateurs du Code civil, les rédacteurs des projets européens ont assurément une conception subjective de la responsabilité civile : le bien fondé de l'action de la victime du dommage est conditionné à la preuve de la capacité délictuelle de son auteur. C'est ce qu'affirme, avec précision, le *Cadre commun de référence*²¹ (art. 3.103-1. Comp. art. 5.301). C'est ce que suggèrent, par préterition, les *Principes de droit européen de la responsabilité civile*²² (art. 4.102-2, *a contrario*)²³. *Volens nolens*, tout finit immanquablement par un examen de conscience. Philippe Pierre

¹² V. G. Cornu (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° Imputabilité.

¹³ Référence tirée du Cours de code napoléon de Demolombe, livre troisième, titre quatrième : *Des engagements qui se forment sans convention, Des contrats ou obligations conventionnelles en général*, éd. A. Lahure, Paris, 1882, n° 486, p. 423.

¹⁴ J. Combacau, *La faute est perçue comme la condition première d'une rétribution des conduites anormales* in *Fin de la faute ?*, Revue Droits, 1987.

¹⁵ Lire à ce sujet R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit de la responsabilité civile aujourd'hui*, 1^{ère} série : *Panorama des mutations*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1964, spéc. p. 333, n° 274.

¹⁶ Cass. req. 14 mai 1886, S. 1887, 1, 296 ; Cass. req. 21 oct. 1901, D.P. 1901, 1, 524, rapp. Letellier ; Cass. civ., 5 mai 1959, Bull. civ. II, n° 226, « La faute civile comme la faute pénale implique nécessairement la faculté de discernement » ; Cass. 2^{ème} civ., 11 mars 1965, D. 1965, Jur., p. 575, note P. Esmein.

¹⁷ La jurisprudence "épargnait" les enfants en bas âge – les *infans* – d'une quelconque responsabilité appliquant « le principe d'incompatibilité de la faute avec l'absence de discernement ». En ce sens, v. G. Viney et P. Jourdain, *Traité de Droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 1998, p. 527, n° 582.

¹⁸ Cass. 2^{ème} civ., 6 juillet 1978, Bull. civ. II, n° 179, p. 140 ; D. 1979, Inf. rap., p. 69 ; RTD civ. 1979, p. 387, obs. G. Durry.

¹⁹ La jurisprudence mit à la charge du défendeur la preuve de sa folie au moment de l'acte dommageable. La Cour de cassation sanctionna également le défendeur dans les cas où la folie était due à sa faute, en toute hypothèse à « une faute antérieure ». Elle définit aussi de façon étroite la démence comme un trouble mental abolissant totalement le discernement, de la même façon qu'elle définissait strictement « l'absence de discernement ». Fut encore recherchée chez le mineur la moindre lueur de raison afin de lui imputer à faute son comportement, à savoir « un discernement assez affirmé pour qu'il ait su distinguer entre un acte involontaire et une intention coupable, [le mineur n'étant] pas incapable [d'une] prise de conscience qui [permettrait] de retenir une faute à sa charge ».

²⁰ Ph. Pierre, *Notion et rôle de la faute en droit français*, journées stéphanoises, p. 6.

²¹ *Draft common frame of reference*, book VI, *Non contractual liability arising out of damage caused to another* élaborés par le Study group on an a European civil code, ss. dir. Christian Von Bar, <http://www.sgecc.net/>

²² *Principles of european tort law* élaborés par l'*European group on tort law*, groupe dit de Tilburg et de Vienne. <http://www.egt.org/>

²³ C'est une interprétation que l'on peut avoir de l'article 4.102-2 des principes. Quand même ne serait-elle pas partagée, cette disposition invite en toute hypothèse à s'interroger sur la pertinence du concept de faute objective.

le rappelle : « les considérations psychologiques, chassées lors de la poursuite de l'imputabilité, resurgissent lorsqu'il s'agit d'envisager l'autre élément de la faute, l'anormalité du comportement de la personne dépourvue de discernement ». En affinant à l'extrême le standard de conduite requis, les *Principes de droit européen de la responsabilité* interdisent d'imputer à faute son comportement à l'auteur du dommage, et ce lorsqu'en raison de l'âge, du handicap mental ou physique ou lorsqu'en raison de circonstances extraordinaires, il n'est pas possible d'exiger d'une personne qu'elle s'y conforme.

Au vu de qui précède, les projets européens se singularisent du droit positif français. Ils ne sont toutefois pas, à proprement parler, originaux. En droit comparé, le discernement de l'auteur du dommage est encore exigé dans la plupart des pays européens. La codification étant, par nature, une œuvre de compromis, les rédacteurs se sont, par nécessité, en toute vraisemblance, rangés à la pratique la plus courante²⁴ : *ex eo quod plerumque fit*²⁵. Pour autant, il ne s'agirait pas de croire que les rédacteurs des *Principes de droit européen de la responsabilité* et du *Cadre commun de référence* aient consacré un système rigide. Un pareil système aurait été voué aux gémonies. Dans les mêmes conditions, les mêmes causes produisent les mêmes effets : le juge français aurait possiblement été contraint de déformer la faute dans le dessein d'indemniser les demandeurs à l'action en réparation, spécialement les victimes de dommages corporels.

Aussi, le système est-il bien plutôt mobile, flexible (*Bewegliches system*). De ce point de vue, il est sauf. Mais, il est insuffisamment encadré. De ce second point de vue, il porte les fruits de sa dégénérescence. L'appréciation de la faute n'est pas suffisamment enserrée.

2) L'appréciation de la faute

Une disposition unique permet au juge d'apprécier la capacité délictuelle de l'auteur du dommage dans le dessein « d'ajuster » le parangon de référence que se trouve être le *bonus pater familias*, autrement qualifié de « *standard de conduite requis* » (Principes, art. 4.102-1). Le juge est ainsi invité à prendre en compte l'âge du défendeur (dans cette ligne de pensée, l'article 3.103-2 du *Cadre commun de référence* interdit en principe d'actionner en réparation un mineur de 7 ans), son handicap, les circonstances extraordinaires dans lesquelles, en toute vraisemblance, il se trouvait plongé au jour de la réalisation du dommage²⁶.

Pour que ce système soit opératoire, c'est-à-dire pour éviter autant que faire se peut toute *inelegantia juris*, qui ruinerait le projet d'harmonisation des législations de l'Union européenne, il importe que les modalités d'ajustement du standard soient précisées. Comprendons bien : l'uniformisation du droit civil de la responsabilité, par la voie de la codification, serait réduite à peu de chose, si chaque interprète du « *Code civil européen* » définissait ses dispositions, par la voie de la *jurisdictio*, comme bon lui semble²⁷. Il ne paraît pas pertinent de laisser aux juges nationaux la possibilité d'appliquer les dispositions en fonction de leur approche traditionnelle. Il importe au besoin de la contrarier. Il faut en la matière édicter quelques règles d'interprétation des dispositions, une sorte de « guide-âne », pour reprendre l'expression du Doyen Carbonnier, sans préjudice de la faculté laissée aux hautes juridictions internes de contrôler la qualification juridique de la faute.

En premier lieu, il importe de s'entendre sur la question de savoir si l'ajustement du standard de conduite requis est une faculté laissée à l'appréciation souveraine du juge ou une obligation. Sur ce point, les *Principes de droit européen de la responsabilité* sont, à proprement parler, taiseux. Pour sa part, le *Cadre commun de référence* est plus explicite. En toute hypothèse, les projets sont contradictoires. Il s'infère des textes applicables à la cause qu'il s'agit d'une faculté, dans le premier

²⁴ P. Widmer, ss. dir., *Unification of tort law : fault, Comparative report*, Kluwer law international, 2005, p. 344 (cite par S. Carval, *Notion et rôle de la faute dans les projets européens*).

²⁵ P. Ancel, *Rôles respectifs de la loi et du juge dans les projets européens*, journées chambériennes, spéc. n° 1.

²⁶ Sur l'originalité de ce modèle d'évaluation, Ph. Pierre, *Notion et rôle de la faute en droit français*, journées stéphanoises, p. 8.

²⁷ V. égal. en ce sens P. Ancel, *Rôles respectifs de la loi et du juge dans les projets européens*, journées chambériennes, n° 7 : « (...) le développement potentiel de règles jurisprudentielles divergentes compromettrait l'harmonisation recherchée ».

*corpus*²⁸, mais d'une obligation, dans le second²⁹. Il serait opportun de contraindre le juge de la responsabilité à aménager le standard de conduite, à peine de rendre par trop rigide le dispositif, d'en détourner les justiciables et de miner, *in fine*, l'entreprise d'uniformisation du droit de la responsabilité en Europe.

En second lieu, pour éviter autant que faire se peut une interprétation hétérodoxe, il n'est pas indifférent de définir une méthode d'appréciation du standard de conduite requis. Pour cause : la question de l'appréciation *in abstracto* ou *in concreto* est fondamentale dans le cadre de la technique du standard. Au fond, c'est de « l'uniformité ou de l'individualisation du standard juridique dont il s'agit »³⁰.

L'option est traditionnellement à deux branches : soit on invite le juge à « se référer à un type abstrait, à un modèle de conduite prédéterminé [exclusif] de toute prise en compte des particularités qui affectent la personnalité et la situation dont il juge la conduite » ; soit on prie le juge de « prendre en considération toutes les circonstances concrètes, y compris celles qui touchent aux caractères et aux aptitudes de la personne dont il analyse le comportement »³¹. L'option est explicite. Elle est pourtant inconsistante : d'une part, elle est impuissante à expliciter l'article 4.102 des *Principes de droit européen de la responsabilité*³² ; d'autre part, la définition des termes de l'option n'est pas unanimement arrêtée en doctrine : tantôt la définition *in abstracto* est définie restrictivement – en cette occurrence, lorsque le juge fait référence non plus au *bonus parter familias* mais au professionnel avisé, il y aurait appréciation *in concreto* –, tantôt elle l'est de manière extensive.

Les modes d'appréciations sont par trop hétérogènes. Par voie de conséquence, leur valeur opérationnelle est des plus relatives. Chacun des juges possiblement saisis de la faute d'un agent risque d'interpréter librement le texte applicable à la cause. Une semblable pratique judiciaire risquerait d'empêcher toute tentative de conciliation. Aussi bien, dans le dessein de favoriser la compréhension du standard de conduite requis, une grille de lecture univoque pourrait être utilement suggérée. Dans cette ligne de pensée, un auteur a proposé une *summa divisio* en rupture avec l'appréciation binaire classiquement retenue, mais fondamentalement incertaine. Il s'agirait de distinguer l'appréciation intrinsèque de l'appréciation extrinsèque du standard. L'appréciation intrinsèque « consiste à rapporter l'objet étudié à un étalon constitué à partir de cet objet tenu pour unique »³³. Il s'agit, plus précisément, de forger l'étalon applicable à partir, tantôt, de ce qui est jugé normal par le sujet lui-même (appréciation *in concreto* subjective), tantôt de la pratique habituelle dudit sujet (appréciation *in concreto* objective)³⁴. L'appréciation extrinsèque consiste à « rapporter l'objet étudié à un étalon constitué à partir ou à propos de la catégorie d'objets dont il est réputé relever »³⁵.

L'analyse logique des appréciations possibles est éclairante. Au vu de l'article 4.102-1 des *Principes du droit européen de la responsabilité*, l'appréciation intrinsèque du standard de conduite n'est envisagée qu'en seconde intention. L'étalon doit, autant que faire se peut, être constitué à la

²⁸ Principes de droit européen, art. 4.102.

²⁹ Cadre commun de référence, art. 3.103.

³⁰ N. Dejean de la Bâtie, *Appréciation in concreto et in abstracto en droit civil français*, préf. H. Mazeaud, Bibl. dr. pr. t. 57, L.G.D.J., 1965, p. 6.

³¹ G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 3^{ème} éd., L.G.D.J., 2006, n° 462.

³² « (1) Le standard de conduite requis est celui qu'aurait adopté une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances, et dépend, notamment, de la nature et de la valeur de l'intérêt protégé en question, de la dangerosité de l'activité, du savoir-faire qui pouvait être attendu de la personne engagée dans cette activité, de la prévisibilité du dommage, de la relation de proximité ou de confiance particulière entre les personnes impliquées, ainsi que de la disponibilité et du coût des mesures de protection ou méthodes alternatives. »

« (2) Le standard précité peut être ajusté lorsqu'en raison de l'âge, du handicap mental ou physique ou lorsqu'en raison de circonstances extraordinaires, il n'est pas possible d'exiger d'une personne qu'elle s'y conforme. »

« (3) Les règles prescrivant ou prohibant certaines conduites doivent être prises en considération afin d'établir le standard de conduite requis. »

³³ S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, préf. P. Weil, Bibl. dr. public, t. 135, L.G.D.J., 1980, n° 221.

³⁴ V. topiquement, C.civ., art. 1927 : « le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent. »

³⁵ *Ibid.*, eod. loc.

faveur d'une appréciation essentiellement extrinsèque³⁶. Toute velléité d'appréciation intrinsèque, qui procéderait d'une démarche de concrétisation poussée à l'extrême, commanderait une individualisation telle du droit civil de la responsabilité qu'on ne saurait, en définitive, tirer profit d'un quelconque standard. Partant, on amputerait les chances d'uniformisation de la matière.

L'ajustement du standard, à l'aune des parties au procès en réparation, est une boîte de *Pandore* dont il faut prendre garde. De ce point de vue, la rédaction de l'article 4.102 doit être mieux ciselée. On préférera de loin celle retenue par le *Cadre commun de référence*³⁷, qui détermine le parangon de référence à l'aune du *bonus pater familias*.

Lors même que le système responsabilité proposé dans les projets européens est fondamentalement subjectif, l'objectivation accessoire de la notion de faute le rend en définitive assez familier. La facilitation de la preuve de la faute est par contre plus singulière.

B) La facilitation de la preuve de la faute

La faute de l'auteur du dommage est une préoccupation que les rédacteurs des projets européens ont eu à l'esprit (1). On regrettera que la faute de la victime du dommage n'ait pas retenu outre mesure l'attention (2).

1) Faute de l'auteur du dommage

Le droit européen de la responsabilité est sans conteste un droit à base de faute. Les dispositions *princeps* des projets l'attestent (*Cadre commun de référence*, art. 1.101 ; *Principes de droit européen*, art. 1.101). La responsabilité personnelle constitue le principe.

La règle juridique traduit et sanctionne le devoir moral de ne pas nuire à autrui, à tout le moins injustement. On ne sera donc guère étonné de l'édiction de responsabilités indirectes, aux termes desquelles un agent, dont la faute n'est pas positivement établie par la victime, est pourtant tenu de réparer le dommage souffert par le demandeur parce que le dommage a été causé soit par une personne dont l'activité dépendait de lui, soit par une chose dont il avait la maîtrise³⁸.

De ce strict et premier point de vue, le droit européen de la responsabilité est familier au juriste français. Dans la pensée des rédacteurs du Code civil de 1804, les responsabilités du fait d'autrui³⁹ et les responsabilités du fait choses⁴⁰ sont fondamentalement des responsabilités indirectes. Elles ne diffèrent de la responsabilité du fait personnel que par le jeu d'un renversement de la charge de la preuve. Quant au fond du droit, la responsabilité repose toujours sur la faute : faute prouvée dans un cas (C.civ., art. 1382), faute présumée – essentiellement de surveillance – dans les autres. Depuis lors, la Cour de cassation française fait peu de cas des présomptions légales de faute.

De ce second point de vue, les projets européens se singularisent. En droit positif français, le domaine des présomptions de faute est des plus restreints : seuls le débiteur d'une obligation de moyens renforcée et l'artisan du fait de son préposé y sont assujettis⁴¹. Le gardien d'une chose en mouvement, entrée en contact avec le siège du dommage, et les père et mère, du fait de leur enfant mineur, ne peuvent s'exonérer de leur responsabilité respective qu'en rapportant la preuve d'une cause étrangère.

Suzanne Carval indique que la place importante faite à la présomption de faute s'explique par la part restreinte faite à la responsabilité objective⁴². Le domaine des responsabilités à base de risque

³⁶ V. égal. ce sens, *Principes*, art. 3.201-a.

³⁷ *Cadre commun de référence*, art. 3.102 ; *Negligence* ensemble 3.103 ; *Persons under eighteen*.

³⁸ *Principes de droit européen*, art. 101.1-2 (b) et (c) ensemble art. 4.201, 4.202 ; *Cadre commun de référence*, art. 3.104 (*Accountability for damage caused by children or supervised persons*).

³⁹ Sont visées la responsabilité parentale (C.civ., art. 1384, al. 4) et la responsabilité patronale (C.civ., art. 1384, al. 5).

⁴⁰ Sont visées la responsabilité du fait des animaux (C.civ., art. 1385) et la responsabilité des faits des bâtiments en ruines – C.civ., art. 1386 –

⁴¹ V. *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, art. 1358 : « Les autres personnes (par ex. les assistantes maternelles, le centre de loisir, l'école à laquelle un enfant a été temporairement confié par ses parents) qui assument, à titre professionnel, une mission de surveillance d'autrui, répondent du fait de l'auteur direct du dommage, à moins qu'elles ne démontrent qu'elles n'ont pas commis de faute ».

⁴² *In Notion et rôle de la faute dans les projets européens*, contribution stéphanoise.

étant strictement délimité, les rédacteurs des projets européens ont assoupli le système de responsabilité à base de faute. Aussi, le droit européen de la responsabilité paraît-il équilibré. À bien des égards, il aurait la préférence en ce qu'il rétablit la fonction normative de la responsabilité. À la réflexion, il porte en lui les germes de sa perversion. On doit craindre le gauchissement du système élaboré⁴³.

Faute d'ordre juridictionnel spécialement chargé de sanctionner le droit européen de la responsabilité, on peut redouter que le juge interne cède aux demandes impérieuses des victimes de dommage corporels et alourdisse le fardeau de la preuve renversée au point que le défendeur à l'action en responsabilité ne soit contraint *in fine* de se débattre avec une présomption irréfragable de faute, d'abord, avec une responsabilité de plein droit, assumée comme telle, ensuite. La Cour de cassation française est susceptible de procéder de la sorte, car le système proposé est autrement moins protecteur des victimes que celui qu'elle a ciselé. Du reste, elle ne devrait pas manquer de tirer grand profit de l'article 5.102 des *Principes du droit européen (Autres cas de responsabilité sans faute)*, qui autorise le juge, sauf disposition contraire du droit national, à induire par analogie avec d'autres sources de risque de dommage comparable des catégories additionnelles de responsabilité sans faute⁴⁴. On ne perdra pas de vue que l'autorité judiciaire a su s'accorder le pouvoir d'édicter quelques « législations jurisprudentielles ». Aussi la Haute juridiction a-t-elle les coudées franches.

Ces considérations intéressent identiquement la faute de la victime du dommage.

2) Faute de la victime du dommage

Faute antérieure et/ou concomitante de la victime. La faute contributive de la victime dans la production du dommage est traditionnellement une cause de minoration de la responsabilité du défendeur à l'action en responsabilité.

À raison de son rôle causal dans la production du dommage, la faute de la victime rompt pour partie le lien de causalité entre le dommage souffert et le délit civil commis par son auteur. Tantôt le lien est rompu totalement rompu, tantôt il l'est partiellement. Il en va ainsi toutes les fois que la faute de la victime ne présente pas les caractères de la force majeure. Auquel cas, on dit qu'il y a partage de responsabilité. En cette dernière occurrence, l'exonération est commandée par une double considération. D'une part, la victime ne saurait obtenir une réparation totale, alors que par sa faute elle a contribué à la réalisation du dommage, à tout le moins en principe⁴⁵. D'autre part, le défendeur ne saurait échapper à toute charge, alors qu'il est lui-même en faute⁴⁶, sans préjudice de la liberté qui lui est offerte de rapporter la preuve que la faute de la victime revêt les caractères de la force majeure (imprévisibilité et insurmontabilité). En toute rectitude, la personne impliquée dans la production de l'événement dommageable est purement et simplement dispensée de toute responsabilité, car aucun lien de causalité ne permet de rattacher son comportement au dommage souffert.

S'agissant de l'exonération de la responsabilité, le *Cadre commun de référence*⁴⁷ est moins explicite que les *Principes de droit européen*⁴⁸. Si, en toute hypothèse, la responsabilité de l'auteur du dommage peut être minorée, seul l'article 8.101-1 desdits principes disposent que le défendeur peut

⁴³ W. Van Boom et A. Pinna, *La droit de la responsabilité civile demain en Europe* in *La responsabilité civile européenne de demain*, ss. dir. B. Winiger, Bruylant, Schulthess, 2008, p. 261, spéc. p. 263 : un système vague et flexible présente « des inconvénients importants parce qu'il repose sur la confiance dans la production rationnelle et structurée du droit par les juges et pourrait entraîner une insécurité juridique intolérable pour les justiciables ».

⁴⁴ Également en ce sens : Cadre commun de référence, art. 3.207: *other accountability for the causation of legally relevant damage*.

⁴⁵ Dans son dernier état, la Cour de cassation et le Conseil d'État refusent d'opposer à la victime d'un dommage corporel une quelconque cause de minoration de l'indemnité lorsqu'elle poursuit, concurremment avec un tiers payeurs, l'auteur du dommage (*exit* tout partage de responsabilité ou d'indemnité).

⁴⁶ *Contra* Cass. Crim., 7 nov. 2001, RTD Civ. 2002, p. 314, obs. P. Jourdain. Par exception, la négligence de la victime d'une infraction intentionnelle contre les biens n'est pas de nature à réduire son droit à réparation. Il s'agit d'empêcher un enrichissement sans cause de l'auteur de l'infraction.

⁴⁷ Cadre commun de référence, art. 5.102 : *Contributory fault and accountability*.

⁴⁸ Principes de droit européen, art. 8.101-1 : « *Liability can be excluded or reduced (...)* ».

être exonéré de toute responsabilité. Certes, le *Cadre commun de référence* ne fixe aucun plancher en dessous duquel le juge ne saurait fixer la dette de dommages et intérêts. Par voie de conséquence, bien que l'exonération ne soit pas *expressis verbis* autorisée, elle est susceptible d'être pratiquée. Du reste, la minoration est étroitement liée à l'attitude de la victime : l'article 5.102 suggère que plus la faute est grande, plus la minoration est importante. Mais, on invitera à la prudence en recommandant que soit expressément visée la faculté pour le juge de dispenser de toute responsabilité la personne impliquée dans la production du dommage.

Sauf cette dernière remarque, qui ne porte guère à conséquence, l'attention doit être attirée sur une lacune des projets européens, qui emporte autrement plus. À notre connaissance, la faute de la victime n'est pas définie⁴⁹. Au vu du standard de conduite retenu, le simple fait causal de la victime paraît insuffisant pour fonder une quelconque exonération de l'auteur du dommage. Identiquement, une poussière de faute ou une contribution infime au dommage ne saurait autoriser le juge à ordonner une minoration de la responsabilité du défendeur⁵⁰. Pour cause : en droit, un fait non fautif de l'un ou l'autre n'est pas à prendre en considération dans la détermination des responsabilités⁵¹.

La faute retenue par les rédacteurs des projets européens est subjective (explicitement dans le *Cadre commun de référence* ; indirectement dans les *Principes de droit européen*), à charge pour le juge de l'objectiver eu égard aux circonstances de la cause. La tentation est grande de dupliquer, en quelque sorte, le dispositif en suggérant au juge, par soucis d'équité, d'ajuster le standard de conduite tant au bénéfice de l'auteur du dommage que de sa victime, possiblement en faute. On aura garde de noter toutefois que l'objectivation de la faute s'est révélée *in fine* préjudiciable à la victime, à tout le moins en droit français. Qu'est-ce à dire ? Lors même que la suppression de la condition d'imputabilité assurât le plus souvent l'engagement de la responsabilité de l'auteur du dommage, la faute objective facilitât l'opposabilité de sa faute à la victime, notamment d'un dommage corporel⁵². Dans cette ligne de pensée, les rédacteurs de l'avant-projet de réforme Catala ont suggéré de réintroduire la faute *subjective*. L'exonération ne serait donc plus applicable aux personnes privées de discernement (avant-projet, art. 1351-1). Et ses auteurs de proposer que, « en cas d'atteinte à l'intégrité physique », seule une faute grave peut entraîner l'exonération partielle⁵³. C'est une condition retenue par le *Cadre commun de référence*, mais cantonnée aux accidents de la circulation, ce qui ne s'impose nullement⁵⁴. Pour sa part, le rapport d'information fait au nom de la commission des lois par le groupe de travail relatif à la responsabilité civile, en date du 15 juillet 2009, est « favorable à la suppression de l'effet exonératoire du fait de la victime privée de discernement »⁵⁵.

Faute postérieure de la victime⁵⁶. Par hypothèse, l'obligation pour la victime de minimiser son dommage prendrait naissance après le fait dommageable puisqu'elle l'obligerait à le réduire ou éviter qu'il ne s'aggravât. Elle ferait donc figure d'obligation autonome par rapport à celle à laquelle le responsable a manqué⁵⁷, autorisant le juge à prononcer, au cas où elle serait inexécutée, un partage de responsabilité dans la production du dommage final.

⁴⁹ Seule la faute de l'auteur du dommage est expressément visée. En ce sens, l'article 4.102 des Principes du droit européen, qui définit le standard de conduite requis précise la disposition qui le précède, laquelle prescrit : « toute personne qui viole, intentionnellement ou par négligence, le standard de conduite requis, engage sa responsabilité pour faute ». Or, il n'y a pas, à proprement parler, de responsabilité – juridique – envers soi-même.

⁵⁰ Cadre commun de référence, art. 5.102-2 (a) et (b).

⁵¹ La Cour de cassation française accepte pourtant d'engager la responsabilité des parents en raison du simple fait causal de leur enfant mineur (Cass. 2^{ème} civ., 10 mai 2001, *Levert* ; Cass. Ass. plén., 13 déc. 2002, *Minc et Poulet*).

⁵² Ph. Pierre, *Notion et rôle de la faute en droit français*, journées stéphanoises, pp. 7, 8.

⁵³ Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, art. 1351. Proposition discutée par le rapport d'information précité. Au nombre des amendements formulés, il a été suggéré qu'une faute intentionnelle soit substituée à la faute grave (spéc. p. 46).

⁵⁴ Art. 5.102-2 (c).

⁵⁵ Sénat, Rapport d'information n° 558, *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires*, 15 juill. 2009, p. 47, recommandation n° 11.

⁵⁶ Développements extraits de notre note de jurisprudence sur CA Angers, 1^{ère} Ch. A, 10 octobre 2006, affaire n° 05/00821 – 28 novembre 2006, affaire n° 05/02225 et CA Bordeaux, 5^{ème} Ch., 1^{er} juin 2006, affaire n° 04/06771., *Revue juridique de l'ouest* 2007/2.

⁵⁷ Not. en ce sens P. Jourdain, *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage corporel ?*, Rapport introductif, Petites affiches 20 nov. 2002, p. 3, spéc. n° 14.

On peut regretter, avec Suzanne Carval, que les projets européens ne réservent pas quelques dispositions expresses à la faute postérieure de la victime, spécialement lorsque l'intéressée demande la réparation d'un dommage matériel. Un article 3.106 des *Principes du droit européen* paraît toutefois autoriser le juge à minorer le *quantum* de la réparation en imputant sa faute à la victime : « La victime doit supporter ses pertes [dispose-t-il] dans la mesure correspondant à l'incidence possible d'une activité, d'un événement *ou toute autre circonstance*, incluant des événements naturels, du moment que cette cause se trouve dans sa sphère d'influence ». Au vrai, cette considération résiduelle manque de précision. Le juge judiciaire français, rétif à cette cause d'exonération partielle⁵⁸, risque d'en refuser le bénéfice à l'auteur du dommage.

Unanime, la doctrine française dénonce la solution catégorique arrêtée en la matière par la Cour de cassation. Les arguments ne manquent pas. *Primo*, on ne peut écarter du débat le dommage matériel causé au responsable : refusant de minimiser son dommage, la victime condamne celui-ci à devoir une réparation qui, sans sa faute, aurait raisonnablement pu être limitée. *Secundo*, relativement à l'examen des causes du dommage aggravé, l'on ne peut occulter le rôle causal du fait postérieur de la victime. Au vu de ces deux premières considérations, il ne paraît pas déraisonnable de lui imputer en partie son manque de diligence. *Tertio*, le principe de solution dégagé par le juge judiciaire est topique d'une *inelegantia juris* : le fait postérieur de la victime est en effet pris en compte par le juge administratif⁵⁹. *Quater*, il est suffisamment su que le droit français est isolé sur cette question. Répandue en droit comparé⁶⁰ et consacrée en droit international⁶¹, l'obligation de minimiser le dommage est tue en droit interne. À tout le moins, l'est-elle dans le *corpus* de règles hérité de la codification napoléonienne⁶².

Pour autant, quelle que soit leur pertinence, pour l'heure, la Cour de cassation semble faire litière de ces arguments. La doctrine n'a pas manqué de proposer une révision du Code civil français. L'article 1373 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations disposerait, *de lege ferenda*, que « lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue du préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique ». Cette faveur manifestée par le texte, à l'égard des victimes de dommages corporels ou d'atteintes à la personne, est heureuse. Elle pourrait néanmoins faire difficulté. D'aucuns opposeront, à raison, qu'une semblable faveur contorsionne le droit de la responsabilité civile pour la raison suivante que le comportement de la victime est venu rompre la causalité entre le fait dommageable imputable au responsable et le dommage final qu'il a subi. Or, « l'appréciation de ce lien de causalité devrait permettre au juge d'exclure de la réparation la partie du préjudice que la victime aurait pu éviter sans inconvénient disproportionné pour elle »⁶³. Toutefois, relativement à la réparation du dommage de nature corporelle, le droit de la responsabilité est en concurrence avec le droit des personnes. Au chapitre « Du respect du corps humain », la loi dispose, *in limine*, « qu'il ne

⁵⁸ « Attendu que l'auteur d'un accident doit en réparer toutes les conséquences dommageables ; que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable » (Cass. 2^{ème} civ. 19 juin 2003, FS-P+B+R+I, Bull. civ. II, n° 203 (2 arrêts) ; Defrénois 2003, art. 37845, p. 1574, note J.-L. Aubert ; JCP G. 2004, I, 101, p. 18, obs. G. Viney ; RTD civ. 2003, p. 716, obs. P. Jourdain. Adde Rapport 2003 de la Cour de cassation, L'égalité, La documentation française, 2004, p. 412-414). V. déjà en ce sens : Cass. 2^{ème} civ., 19 mars 1997, Bull. civ. II, n° 86. Au visa de l'article 16-3 C.civ., la Cour de cassation juge que nul ne peut être contraint, hors les cas prévus par la loi (v. not. C. santé publ., art. L. 3111-1 et s., D. 1221-5 et D. 1221-10, L. 3423-1 ; C. pén., art. 131-36-4 ; Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2006, RDC 2006, p. 1228, obs. S. Carval), de subir une opération chirurgicale.

⁵⁹ CE, sect., 19 oct. 1966, Sieur Marais, Rec. p. 548 – 13 oct. 1976, Commune de Mazières en Gâtine, Juripro, req. n° 97832 – 9 nov. 1988, Commune de bossée c/ Société d'économie mixte de construction de la région de Loches-Descartes, Juripro, req. n° 79674 ; CAA Bordeaux, 19 nov. 1991, M. Gonzales, Juripro, req. n° 89BX01946 ; CAA Lyon, 15 mai 2001, M^{me} Marie Monin, Juripro, req. n° 96LY21020 ; CAA Marseille, 11 déc. 2001, Zabatta, Juripro, req. n° 98MA00456 ; CAA Nancy, 30 mai 2002, Centre hospitalier de Luneville, Juripro, req. n° 97N00984.

⁶⁰ S. Reifegerste, Pour une obligation de minimiser le dommage, préf. H. Muir-Watt, P.U.A.M. 2002, pp. 33-52.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 52-90. C'est le cas notamment en droit de la vente international de marchandises (Convention de Vienne, art. 77).

⁶² *De lege lata*, on en trouve une trace écrite en droit des assurances maritimes (C. assur., art. L. 172-23). Pour un recensement des manifestations implicites de l'obligation de modérer le dommage en droit des contrats, A. Laude, L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit privé français ? *in* Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?, op. cit., pp. 56 s.

⁶³ S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, op. cit.

peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain » (C.civ., art. 16-3). D'aucuns soutiendront que sanctionner le refus de soins n'est pas attentatoire au principe d'intégrité du corps humain : dans la mesure où la loi interdit seulement d'obliger une personne à subir des soins, elle ne s'oppose pas à ce que son indemnisation soit réduite. De prime abord, l'argument est assez séduisant. Pourtant, et à la réflexion, il ne convainc pas complètement, cela en raison de l'option laissée alors à la victime. Par hypothèse, soit le demandeur à l'action en réparation accepte de modérer le dommage souffert, et le juge lui accorde la réparation demandée. Soit il refuse et ne sera indemnisé que partiellement. En d'autres termes, en sus du dommage corporel dont la victime est le siège, et dont le défendeur est quand même le premier responsable, il lui faudrait dans cette configuration souffrir un dommage matériel. En un mot : les moins fortunées d'entre les victimes, seraient contraintes, en pratique, de consentir à une atteinte à leur intégrité corporelle, et ce pour « ne pas coûter trop cher à l'auteur du dommage »⁶⁴.

Le droit ne s'oppose pas à ce que l'on impute à faute à la victime l'inobservation de son devoir de minimiser son dommage matériel. En revanche, en l'état de la législation civile, la nature corporelle du dommage aggravé rend discutable toute velléité de généralisation du devoir. Et quant à la question de savoir qui de la victime ou de l'auteur de l'atteinte à la personne doit souffrir le coût final de la compensation du dommage, il ne s'agit plus de technique juridique à proprement parler mais bien plutôt de politique juridique. Sur ce point, conformément aux conclusions des rédacteurs de l'avant-projet de réforme du droit des obligations⁶⁵, le rapport d'information sur la responsabilité entend « exclure purement et simplement l'application de l'obligation de diminuer le dommage en présence d'un préjudice corporel »⁶⁶.

Bien que les projets européens, à tout le moins le *Cadre commun de référence*, aient consacré la théorie de la faute subjective⁶⁷, ce qui les distingue nettement du droit positif français, l'accommodation de la notion de faute et la facilitation de sa preuve ne laissent pas augurer d'opposition frontale à la codification projetée. Sous réserve que les dispositions soumises à examen soient précisées, à peine d'obérer la tentative d'harmonisation des législations civiles des États membres de l'Union européenne, le système échafaudé est assez séduisant, à tout le moins pour qui le droit civil de la responsabilité est irréductible à une fonction de compensation des dommages. Au vu du système à base de faute proposé, les régimes de responsabilité dite objective doivent retenir l'attention. Il s'agit à présent d'apprécier plus particulièrement la place de la faute dans l'objectivation de la responsabilité.

II – De la faute dans l'objectivation de la responsabilité

L'objectivation de la responsabilité consiste fondamentalement à évincer la faute et ce dans l'intérêt du demandeur à l'action en responsabilité. Tantôt la victime est dispensée de rapporter la preuve d'une faute de l'auteur du dommage ; en cette première occurrence, l'objectivation est *a minima*. Tantôt, l'intéressée est indemnisée sauf pour le défendeur à rapporter la preuve d'une cause étrangère exonératoire ; en cette seconde occurrence, l'objectivation est *a maxima*.

À une exception près⁶⁸, l'objectivation du droit français de la responsabilité a été commandée par d'impérieuses considérations sociales et humanistes, qui ont imposé la prise en charge des lésions corporelles souffertes par les victimes⁶⁹. Il n'est pas indifférent de souligner le changement radical de

⁶⁴ Expression empruntée à M^{me} Carval (obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mai 2006, RDC 2006/4, p. 1228, *in fine*).

⁶⁵ Avant-projet, art. 1373 : « Lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique. »

⁶⁶ Sénat, Rapport d'information n° 558, *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires*, *op. cit.*, p.72.

⁶⁷ V. les précisions *supra*.

⁶⁸ Le régime de responsabilité patronale (C.civ., art. 1384, al. 5) n'a jamais été manipulé à raison de la nature corporelle du dommage souffert par la victime d'un préposé.

⁶⁹ En ce sens, R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1^{ère} série : *Panorama des*

perspective qui a insufflé le renouvellement de la lecture du Code civil. Savatier écrivit que « la jurisprudence moderne a personnalisé notre code et nos lois, au profit de la victime, rétablissant ainsi la hiérarchie naturelle qui met le droit au service de l'homme avant de le placer au service du patrimoine (...) »⁷⁰. Qu'est-ce à dire ? En l'absence de faute de la personne impliquée dans la production d'un dommage, son patrimoine était, en droit s'entend, dispensé de servir une quelconque prestation à la victime, « de sorte que si un particulier ou l'État intervenait bénévolement pour la dédommager, c'était affaire de charité et non de justice »⁷¹.

Inspirés par la protection du patrimoine⁷², « âme universelle de la législation » (Portalis), les codificateurs optaient en 1804, dans la veine de la consécration d'un droit inviolable et sacré de la propriété⁷³, pour la protection des biens des sujets de droit⁷⁴. La responsabilité civile extracontractuelle de l'agent impliqué dans le dommage, autrement dit l'imputation de la charge de la réparation sur le patrimoine du défendeur, était alors conditionnée à une preuve diabolique.

Reflet de son temps, le droit civil de la responsabilité sut s'adapter aux nouvelles problématiques. L'incongruité des atteintes portées à l'intégrité physique, l'assomption progressive de la personne et la reconnaissance du caractère sacré de son corps commandèrent la personnalisation de la législation civile. « Les juges, accompagnés ponctuellement par le législateur, encouragés continûment par le développement de l'assurance et incités invariablement par l'opinion publique, entreprirent sa personnalisation »⁷⁵. L'attention dirigée à l'endroit des victimes de lésions allait alors élever la fatalité en anomalie inacceptable, le dommage corporel en anormalité, et autoriser la condamnation d'une personne simplement impliquée dans la production d'un dommage à en réparer les conséquences. L'éminente dignité de la personne humaine s'en trouva garantie. Depuis lors, cette impérieuse considération a été consacrée dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations⁷⁶. Par ailleurs, le rapport d'information sur la responsabilité civile prend acte de la nécessité de consacrer un certain nombre de règles à la faveur exclusive des personnes ayant fait l'objet d'un dommage corporel⁷⁷.

La Cour de cassation finit par s'employer à braquer le projecteur sur le dommage souffert par le demandeur en réparation, tout spécialement lorsque l'intéressé arguait une atteinte à sa personne. Le comportement de l'agent désigné par la victime parut alors importer moins ; l'anormalité parut glisser inexorablement du fait générateur de responsabilité au dommage. Commandant l'issue du procès en responsabilité civile – *i.e.* contractuelle comme extracontractuelle – le dommage retint en définitive toute l'attention, au préjudice d'une analyse stricte du comportement de l'auteur du dommage.

À la différence du droit positif français, les projets européens ne paraissent pas avoir cédé à la

mutations, op. cit., p. 332, n° 274. Comp. Ph. Brun, *Droit de la responsabilité extracontractuelle*, Litec, 2005, p. 95, note 61.

⁷⁰ R. Savatier, *Le dommage et la personne*, D. 1955, Chron., p. 5. Adde, J. Carbonnier, *Terre et ciel dans le droit du mariage* in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, études offertes à G. Ripert, t. 1, L.G.D.J., 1950, spéc. p. 331 : « Le corps humain n'apparaît pour ainsi dire jamais dans le Code civil : l'homme y est personne, c'est-à-dire pur esprit » ; R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 1ère série : Panorama des mutations, op. cit.*, p. 333, n° 275 ; Y. Lambert-Faivre, *Le dommage corporel entre l'être et l'avoir, Resp. civ. et assur.* 1997, Chron. n° 31, p. 5. V. plus récemment sur la poursuite de ce mouvement et la généralisation de la réparation du dommage corporel, M. Bourrié-Quenillet, *Droit du dommage corporel et prix de la vie humaine, JCP G* 2004, I, 136, spéc. n° 2.

⁷¹ *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, ibid.*

⁷² Le professeur Halpérin écrit que « Les livres II et III du Code civil, regroupant 1766 articles sur 2281, portent expressément sur les biens, les modifications de la propriété et les différentes manières dont on l'acquiert. Ce constat suffit [écrit l'auteur] à démontrer la place centrale qu'occupe la propriété dans le Code Napoléon » (*in Le Code civil, op. cit.*, p. 55. Adde J.-L. Thireau, *Introduction historique au droit, op. cit.*, p. 308 : « fondée sur une aristocratie de propriétaires fonciers et notables, masse de granit garante de l'ordre politique et social, elle (la société nouvelle) ne pouvait naître qu'en empruntant (notamment) le meilleur de la Révolution (...) : les grandes réformes, désormais irréversibles, de la Constituante, l'égalité civile, la propriété individuelle (...) »).

⁷³ Aux termes de l'article 17 DDHC « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

⁷⁴ Ceci expressément aux termes de l'article 544 du Code civil, cela par préterition au titre IV des engagements qui se forment sans convention. V. sur ce point, J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens*, 19^{ème} éd. (2000), P.U.F., 2004, n° 732.

⁷⁵ V. sur ce point la thèse préc. *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations, op. cit.*, n° 242 et s.

⁷⁶ V. not. les « règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'une atteinte à l'intégrité physique » (avant-projet de réforme du droit des obligations, art. 1379 à 1379-8).

⁷⁷ Sénat, Rapport d'information n° 558, *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires, op. cit.*, pp.35-39.

tentation de l'« hyper-fonction » réparation de la responsabilité. Bien au contraire, l'objectivation est minimaliste⁷⁸. La faute demeure le fondement cardinal et la condition centrale de la responsabilité, à une exception près, discutable au demeurant. À l'image de l'article 54 du Code suisse des obligations, si l'équité l'exige, le juge est fondé à condamner un mineur à la réparation totale ou partielle du dommage qu'elle a causé⁷⁹.

On accordera que la victime n'a pas légitimement à souffrir de sa rencontre malchanceuse avec l'auteur de son dommage frappé d'*infantia*⁸⁰. Mais dans le même temps, à quel titre le tenir responsable de cet état ? Or, c'est précisément ce qui a été occulté. Le « sentiment de pitié qui joue en faveur des victimes se retrouve au profit des responsables ; ils n'ont été que les « acteurs » des dommages fortuits, et ne doivent pas non plus supporter les coups du sort »⁸¹. Seuls la spontanéité déraisonnable de l'enfant en bas âge et les mystères de la déraison chez le dément guident leur comportement respectif. Alors ni la victime ni cet auteur singulier du dommage ne doivent être condamnés : ils sont tous deux innocents⁸² ! Le dommage est purement fortuit. Et il n'est pas plus justifié que le droit se détourne de la victime ou que le droit de la responsabilité du fait personnel se saisisse de l'auteur du dommage. Starck l'avait perçu⁸³. « La théorie de la faute nous conduit à choisir entre l'injustice et l'absurde »⁸⁴.

Les *Principes de droit européen de la responsabilité* et le *Cadre commun de référence* se démarquent nettement du droit interne. Le régime de responsabilité pour faute présumée tient lieu de principe. La responsabilité de plein droit est ravalée au rang d'exception. Par voie de conséquence, la place de la faute dans les responsabilités simplement présumées (A) et dans les responsabilités « irréfragablement présumée » (B) est variable.

A) La faute dans les responsabilités simplement présumées

Les chefs de responsabilité pour faute simplement présumée sont cohérents avec le système proposé. Les rédacteurs ne perdent pas de vue que la responsabilité civile a certes pour objet d'indemniser la victime du dommage souffert – fonction réparatrice –, mais à la condition que l'auteur ait contrevenu au standard de conduite requis – fonction punitive –. Afin d'éviter que le système responsabilité ne soit par trop rigide, des « présomptions de responsabilité » ont été édictées. On aurait pu croire cette attention à l'endroit des victimes commandée par la nature des dommages soufferts, à l'image du droit positif français de la responsabilité aménagée dans le dessein de garantir à la victime d'un dommage corporel une compensation. Il n'en est rien. La lecture de quelques dispositions suggère qu'il n'eût pas été raisonnable de procéder autrement. L'étude de la faute dans les responsabilités explicitement présumées (1) l'atteste. Il en va toutefois différemment dans la responsabilité implicitement présumée.

1) La faute dans les responsabilités explicitement présumées

La faute dans les responsabilités simplement présumées donne à penser. À la lecture des *Principes de droit européen de la responsabilité*, aucune faute n'est expressément exigée du *primo* responsable en droit la responsabilité parentale et plus généralement en droit de la responsabilité des personnes en charge d'un incapable, *i.e.* frappé d'une incapacité juridique d'exercice. L'article 6.101

⁷⁸ En ce sens, Th. Kadner-Graziano, *Les principes du droit européen de la responsabilité délictuelle – forces et faiblesses* in *La responsabilité civile européenne de demain, Projets de révision nationaux et principes européens*, ss. dir. B. Winiger, Bruylant, Schulthess, 2008, p. 219, spéc. p. 238.

⁷⁹ Cadre commun de référence art. 3.102-3-(b).

⁸⁰ N'eût-il d'ailleurs pas fallu étendre ce dispositif au bénéfice de la victime d'une personne atteinte de folie ?

⁸¹ A. Bénabent, *La chance et le droit*, préf. J. Carbonnier, Bibl. dr. pr., t. 128, L.G.D.J., 1973, p. 62, n° 74.

⁸² *Contra* Ch. Radé, 2. – Les voies de la réforme, la promotion du droit à la sûreté, *D.* 1999, Chron., p. 323, spéc. n° 10, p. 326) : livrant ses réflexions sur les fondements de la responsabilité civile, l'auteur opte pour la condamnation d'une personne impliquée dans la réalisation du dommage, qu'il reconnaît volontiers « innocente », afin de garantir à la victime la réparation de son dommage (dommage corporel dans l'exemple choisi).

⁸³ B. Starck, *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute*, *RTD civ.* 1958, p. 475, spéc. n° 11.

⁸⁴ *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, *op. cit.*, 1947, p. 93.

des *Principes de droit européen* dispose *in limine* que « toute personne en charge d'un mineur ou d'un handicapé mental est responsable des dommages causés par ce dernier (...) », non pas causés par *la faute* de ce dernier. Il n'y aurait donc pas, identiquement à ce qui est pratiqué en droit interne, addition de responsabilités mais substitution pure et simple. Les père et mère sont ainsi responsables du simple fait causal de leur enfant mineur⁸⁵. L'objectivation est remarquable. Serait-ce que les rédacteurs des Principes de droit européen, comme avant eux les conseillers à la Cour de cassation française, aient envisagé les enfants – voire les personnes handicapées mentales – pour ce que leur nature semblerait avoir de spécifique : spontanéité déraisonnable, complexité et mystère des déterminations, force, qui tout à la fois, obéit et résiste à leurs parents⁸⁶ ? L'hésitation est permise.

L'article précité édicte une présomption de causalité entre le comportement préjudiciable adopté par l'incapable (civilement) et un défaut de « *supervision* » de la personne sous la responsabilité de laquelle cette dernière est placée au jour de la réalisation du dommage. Le raisonnement qui se trouve à la base de cette présomption est le suivant : le dommage causé réside nécessairement dans la faute de celui qui devait le surveiller, sauf pour le répondant à rapporter la preuve qu'il n'a commis aucune faute en considération du standard de conduite requis. Une pareille présomption peut signifier que le comportement du responsable primaire importe autrement moins que l'attitude adoptée par le répondant. C'est d'ailleurs probablement ce qui a été envisagé, car, s'agissant de la responsabilité patronale, qui se trouve être le second cas de responsabilité du fait d'autrui, les *Principes de droit européen* disposent *expressis verbis* « Toute personne est responsable du dommage causé par ses préposés agissant dans l'étendue de leurs fonctions, dès lors que ces derniers ont violé le standard de conduite requis » (art. 6.102).

On accordera volontiers qu'une pareille présomption est pertinente lorsque le responsable primaire est une personne gravement handicapée mentale et/ou un enfant en bas âge. Elle l'est autrement moins lorsque l'intéressé est certes handicapé mais n'est nullement privé de tout capacité de distinction du bien et du mal ou, et cela emporte plus, lorsqu'il est un grand adolescent. Or, l'adolescence a pu sérieusement, voire définitivement, consommer l'entente cordiale sous l'empire de laquelle parents et enfants vivent. La multiplication au sein de la famille des actions en responsabilité pour faute l'atteste⁸⁷. Il n'est pas légitime de dédouaner de toute responsabilité ces personnes en raison simplement de leur état. Le juge de la responsabilité doit pouvoir les montrer du doigt et imputer sur leur tête le paiement de la dette de dommages et intérêts. Aussi, le droit européen de la responsabilité, dont la fonction normative, partant préventive, n'est pas écartée, gagnerait à conditionner la responsabilité des répondants non pas au fait d'autrui mais à la faute du *primo* responsable. C'est précisément ce que dispose le *Cadre commun de référence* (art. 3.104 : *Accountability for damage caused by children or supervised persons* ; art. 3.201-1 : *Accountability for damage caused by employees and representatives*). C'est de surcroît ce qui est suggéré *de lege ferenda* en droit français. L'avant-projet de réforme du droit des obligations entend conditionner les responsabilités du fait d'autrui à la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage (art. 1355). C'est une recommandation formulée par les rapporteurs de la commission des lois du Sénat sur la responsabilité civile⁸⁸.

2) La faute dans les responsabilités implicitement présumée

La mise en danger d'autrui est un singulier chef de responsabilité pour faute présumée implicite et résiduel.

L'article 4.103 des *Principes de droit européen de la responsabilité* dispose : « un devoir d'agir positivement pour protéger autrui d'un dommage peut exister lorsque la loi le prévoit ou lorsque l'auteur crée ou contrôle une situation dangereuse ou lorsque les parties entretiennent des relations particulières ou lorsque le caractère sérieux du dommage d'une part et le fait qu'il eut été aisé de

⁸⁵ Ph. Pierre, *Notion et rôle de la faute en droit français*, journées stéphanoises, pp. 6, 10, 11.

⁸⁶ C'est très précisément ce qu'écrivait Carbonnier s'agissant des animaux (*Droit civil, Les obligations, op. cit.*, p. 470, n° 261. Dans le même sens, B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Obligations, 1-Responsabilité délictuelle, op. cit.*, n° 643).

⁸⁷ En ce sens, F. Gonthier et M. Lamarche, *Faute en famille*, études à la mémoire de Ch. Lapoyade-Deschamps, P.U.B., 2003, p. 177, spéc. p. 186.

⁸⁸ Sénat, Rapport d'information n° 558, *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires, op. cit.*, pp. 56-58, recommandation n° 16.

l'éviter d'autre part, induit une telle obligation. »

Autrement dit, il s'agit d'imputer à faute à l'agent incriminé, soit d'avoir adopté ou d'avoir fait usage d'une chose accidentogène, soit justement de ne pas avoir pris conscience de ce caractère. C'est ce que le droit suisse nomme le *Gefahrensatz*, à savoir un principe fondamental de l'ordre juridique helvétique qui oblige celui qui a adopté un comportement présentant une potentialité dommageable pour un tiers à assurer sa protection, à peine d'en répondre (Code suisse des obligations, art. 41 : extension prétorienne du domaine de la clause générale de responsabilité)⁸⁹. La faute revient alors à prendre un risque sans être capable d'en empêcher les effets préjudiciables. Dès lors, la constatation d'un dommage suffit à prouver que les mesures de précautions n'ont pas été prises. La faute est en quelque sorte incluse dans le dommage⁹⁰. On ne sera donc pas étonné que ce régime de responsabilité ait été inséré par les rédacteurs des *Principes de droit européen*, dans une section consacrée aux conditions de la responsabilité pour faute.

Considérant néanmoins qu'il s'agit d'apprécier le comportement du défendeur, à la différence près qu'on passe d'un jugement de l'action à un jugement des diligences faites pour prévenir le dommage, la notion de faute risque fort d'être inconsistante. On peut dès lors craindre que l'on ait institué « une machine à faire sauter le droit », pour reprendre la formule imagée de Jacques Flour, en l'occurrence le droit de la responsabilité pour faute. Si l'on entendait conserver ce chef de responsabilité, la prudence voudrait qu'on enserrât plus strictement le devoir de protéger autrui d'un dommage. On aura garde de noter, à titre de comparaison, qu'en raison d'une objectivation incessante du droit des États-unis d'Amérique, « non seulement les Américains, plutôt que de prendre des précautions, ont préféré cesser d'agir et se réfugier dans un attentisme généralisé. Mais de plus, on constate que, contrairement à toutes les prédictions, c'est là où le droit de la responsabilité a le moins évolué que les Américains sont les plus performants et se révèlent les plus à-même d'assurer la protection de leurs concitoyens »⁹¹.

De prime abord, le *Gefahrensatz* est, à proprement parler, étranger au juriste français. À la réflexion, il le pratique à la façon de *Monsieur Jourdain*, sans qu'il n'en sût rien⁹². On songe naturellement au principe de précaution, qui impose à tout agent de prévenir le dommage ou, à tout le moins de s'assurer contre sa survenance (C. env., art. L. 110-1). On pense aussi et surtout à la responsabilité générale du fait des choses (C.civ., art. 1384, al. 1^{er}). Bien qu'elle ait perdue « son domaine le plus vaste et le plus populaire »⁹³, en raison notamment des législations sur les accidents du travail et de la circulation, la responsabilité du fait des choses est une manifestation topique du *Gefahrensatz*. Toutes les fois que la victime rapporte la preuve de l'anormalité du positionnement ou du comportement de la chose inerte impliquée dans le dommage dont elle est le siège, c'est en définitive une faute que l'on reproche à son gardien : le *bonus pater familias*, normalement prudent et diligent, s'assure que la chose dont il a la garde est insusceptible de causer un quelconque dommage⁹⁴. « L'ordre qui lie les hommes en société, ne les oblige pas seulement à ne nuire en rien par eux-mêmes à qui que ce soit, mais il oblige aussi chacun à tenir tout ce qu'il possède en un tel état que personne n'en reçoive ni mal, ni dommage (...) »⁹⁵.

Bien que la doctrine majoritaire française y soit hostile, une faute dans la garde d'une chose dangereuse⁹⁶ ne pourrait-elle pas constituer, en définitive, le fondement de la responsabilité de toute

⁸⁹ V. not. sur cette notion, G. Schamps, *La mise en danger : un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé*, préf. R. O. Dalcq, éd. Bruylant, L.G.D.J., 1998, n° 20, p. 269.

⁹⁰ V. sur la faute virtuelle ou incluse dans le dommage, Ph. Pierre, *Notion et rôle de la faute en droit français*, journées stéphanoises, p. 11.

⁹¹ L. Engel, *Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine*, *Revue Esprit* 1993/6, p. 5, spéc. p. 9.

⁹² Molière, *Le bourgeois gentilhomme*, 1670, acte II, scène IV : « Par ma foi ! il y a plus de quarante que je dis de la prose sans que j'en susse rien (...) »

⁹³ J. Carbone, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, éd. Flammarion, 1996, réimpr. 2006, p. 155.

⁹⁴ Également en ce sens, Ph. Pierre, *Notion et rôle de la faute en droit français*, journées stéphanoises, p. 4.

⁹⁵ Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1713 cité par O. Descamps, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, op. cit., p. 344, note 440. Cette considération a commandé l'édiction en 1804 d'un régime de responsabilité du fait des animaux (C.civ., art. 1385).

⁹⁶ H. Mazeaud, *La faute dans la garde*, *RTD civ.* 1925, p. 793. Adde H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, tome 2, vol. 1, *Obligations, théorie générale*, op. cit., n° 539 ; v. la présentation éclairante du concept proposée par M^{lle} Viney (in *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préf. A. Tunc., Bibl. dr. pr., t. 53, L.G.D.J., 1965, n° 271). V. également

chose en mouvement ?

B) La faute dans les responsabilités « irréfragablement présumées »

La faute dans les responsabilités « irréfragablement présumées » n'est pas indifférente. Elle conditionne la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés (1). Elle fonde la responsabilité de l'agent qui pratique une activité anormalement dangereuse (2).

1) Condition de la responsabilité patronale

Les projets européens conditionnent la responsabilité du commettant à la violation, par son préposé, du standard de conduite requis⁹⁷. Le droit positif français de la responsabilité patronale est également en ce sens. Le lien de filiation est étroit, à tout le moins de prime abord, car faute pour les rédacteurs des projets examinés d'avoir indiqué la nature de la responsabilité des commettants du fait des préposés, ladite filiation prête à discussion. On peut hésiter sur la question de savoir s'il s'agit d'une responsabilité pour faute présumée ou d'une responsabilité exclusive de toute faute.

À la différence du droit de la responsabilité parentale (Principes, art. 6.101), l'article 6.102-1 des *Principes du droit européen* ne précise nullement que le répondant est fondé à rapporter la preuve de son absence de faute. De surcroît, l'article précité dispose que « toute personne est responsable du dommage causé par ses préposés (...) ». Le texte paraît suggérer que le commettant encourt une responsabilité de plein droit, identiquement au droit français, sans préjudice bien entendu de la liberté laissée à l'intéressé de rapporteur la preuve d'une cause étrangère exonératoire. Son contexte instille pourtant le doute. Cette dernière cause d'exonération de la responsabilité est réglementée dans un article 7.102 consacré au droit de la responsabilité sans faute⁹⁸, *i.e.* pour risque, exclusif du droit de la responsabilité du fait d'autrui. Autrement dit, le plan d'exposition systématique retenu suggère qu'il pourrait s'agir d'une responsabilité pour faute présumée : *culpa in eligendo* et/ou *culpa in vigilando* ?

Une pareille interprétation opposerait radicalement le droit positif français de la responsabilité aux projets européens, lequel se désintéresse purement et simplement de la question de savoir si le commettant est en faute. Elle marquerait au surplus une régression de la protection accordée au préposé. « Si le commettant doit prendre en charge l'indemnisation des dommages causés aux tiers par l'activité de ses préposés, c'est parce que cette activité est exercée pour son compte et dans son intérêt. Il doit donc assumer les risques de l'entreprise »⁹⁹. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation française a accordé une immunité au préposé fautif qui agit « dans les limites de sa mission »¹⁰⁰. Il s'agirait que les projets européens la leur accordât¹⁰¹, mais expurgée de la bienveillance accordée par la Cour de cassation à l'assureur de responsabilité du commettant. Aux termes d'une jurisprudence récente¹⁰², l'assureur du commettant est fondé à poursuivre en remboursement du sinistre (dette de responsabilité) l'assureur du préposé fautif, ce qui, en définitive, consiste à faire assumer par le préposé, par le truchement d'une assurance de responsabilité – laquelle est certes largement pratiquée mais pas rendue obligatoire – les risques de l'entreprise.

Les rédacteurs suggèrent en toute vraisemblance qu'il s'agirait d'une présomption irréfragable de responsabilité. On notera qu'une pareille présomption est une contradiction dans les termes : « c'est en réalité une règle de fond, cachée sous la fausse apparence d'une règle de preuve »¹⁰³. La nature

notre thèse, n° 445.

⁹⁷ Cadre commun de référence, art. 3.201 ; Principes de droit européen de la responsabilité, art. 6.102.

⁹⁸ Également en ce sens, Cadre commun de référence, art. 3.201 : Accountability for damage caused by employees and representatives in Section 2 : Accountability without Intention or Negligence.

⁹⁹ J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, 13^{ème} éd., Sirey, 2009, n° 205.

¹⁰⁰ Cass. Ass. plén., 25 févr. 2000, *Costedoat*, D. 2000, p. 673, obs. Ph. Brun ; JCP G. 2000, II, 1295, concl. R. Kessous, note M. Billiau ; JCP G. 2000, I, 241, obs. G. Viney ; RTD Civ. 2000, p. 582, obs. P. Jourdain.

¹⁰¹ Également en ce sens, S. Carval, *Notion et rôle de la faute dans les projets européens*, journées stéphanoises, p. 8.

¹⁰² Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 2007, *Gourrion et autre c/ Mathieu*, Bull. civ. I, n° 270 ; JCP G. 2007, II, 10162, obs. S. Hoquet-Berg ; *Resp. civ. et assur.* 2007, comm. n° 334, obs. H. Groutel ; RTD Civ. 2008, p. 109, obs. P. Jourdain : l'immunité du préposé n'est pas une irresponsabilité. L'action subrogatoire de l'assureur de responsabilité civile du commettant peut être exercée contre l'assureur du préposé.

¹⁰³ *Ibid*, n° 204. V. égal. en ce sens, P. Widmer, *La responsabilité du fait des choses et/ou des activités dangereuses*, journées stéphanoises, p. 9.

commandant le régime, il y aurait lieu de ramener le droit de la responsabilité patronale dans le giron des responsabilités sans faute pour l'explicitier.

2) Fondement de la responsabilité pour risque

L'article 5.101 des *Principes de droit européen de la responsabilité* disposent, dans un chapitre 5 consacrée à la responsabilité sans faute, « toute personne pratiquant une activité anormalement dangereuse est de plein droit responsable des dommages causés, dès lors que ceux-ci sont caractéristiques du risque présenté par l'activité et qu'ils en résultent ». Pour sa part, l'article 3.206 du *Cadre commun de référence* institue, dans une section 2 intitulée « *Accountability without intention or negligence* », une responsabilité du fait des « substances ou émissions dangereuses ». Si *de lege ferenda*, ce chef de responsabilité a été introduit dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations (art. 1362), en l'état du droit positif français, il n'existe pas de régime de responsabilité adapté notamment aux catastrophes industrielles de grande ampleur¹⁰⁴.

Prima facie, la faute est indifférente. Elle ne paraît nullement conditionner la responsabilité de l'agent économique qui pratiquerait une semblable activité, à tout le moins dans les *Principes de droit européen*. On partage l'analyse de Suzanne Carval¹⁰⁵ : la cause d'exonération de la responsabilité, qui consiste pour l'auteur du dommage à rapporter la preuve qu'il a respecté les conditions légales relatives au contrôle de la substance ou à l'exploitation de son activité (Cadre commun de référence, art. 3.206-5 (b) (*Accountability for damage caused by dangerous substances or emissions*)), suggère qu'il s'agirait moins d'un régime de responsabilité de plein droit qu'un régime de responsabilité pour faute simplement présumée.

En définitive, la faute est tenace. Rien de moins étonnant dans un pareil système de responsabilité. On peut considérer à bien des égards qu'une personne qui pratique une activité *anormalement* dangereuse est en définitive constituée en faute. Cette faute est d'une espèce singulière, car elle est aggravante du risque. C'est ce qui fonde la condamnation au paiement de dommages-intérêts, lesquels « ont accessoirement une fonction préventive »¹⁰⁶.

Ce dernier chef de responsabilité abordé est un marqueur fort de la fonction normative de la responsabilité. Elle a pour objet d'inviter les agents économiques les plus féconds à prévenir la survenance du dommage. Le risque est connu, sa réalisation est incertaine. On reproche en définitive à l'auteur du dommage d'avoir aggravé par son manque de prudence et de diligence les conséquences préjudiciables du risque pris, possiblement dans l'intérêt de tout un chacun. Ainsi compris, les *Principes de droit européen de la responsabilité* paraissent consacrer, par prétéition, un principe de prévention.

« Chassée par la porte de l'objectivation de la responsabilité, la faute [n'a de cesse de revenir] par les fenêtres de la subjectivité de ses acteurs contemporains »¹⁰⁷, et ce tant en droit interne que dans les projets européens. Pour cause : « la responsabilité fondée sur la faute est le meilleur instrument d'une politique de prévention des dommages : l'homme est incité à agir avec le maximum de diligence pour échapper à la charge de la réparation »¹⁰⁸.

¹⁰⁴ « Sans préjudice de dispositions spéciales, l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse, même licite, est tenu de réparer le dommage consécutif à cette activité. Est réputée anormalement dangereuse l'activité qui crée un risque de dommages graves pouvant affecter un grand nombre de personnes simultanément. L'exploitant ne peut s'exonérer qu'en établissant l'existence d'une faute de la victime dans les conditions prévues aux articles 1349 à 1351-1. » V. sur cette disposition innovante, G. Viney, *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, Dispositions relatives à la responsabilité civile (art. 1340 à 1386, exposé des motifs, III, 5°.

¹⁰⁵ S. Carval, *Notion et rôle de la faute dans les projets européens*, journées stéphanoises, p. 7.

¹⁰⁶ *Principes de droit européen*, art. 10.101 *in fine*.

¹⁰⁷ Ph. Pierre, *Notion et rôle de la faute en droit français*, journées stéphanoises, p. 1.

¹⁰⁸ J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, *op. cit.*, n° 66.