

Notion et rôle de la faute dans les projets européens

par

Suzanne CARVAL
Professeur à l'université du Havre

Pour un juriste français, la faute est une conduite illicite dont il importe peu que son auteur soit privé de discernement. On dit qu'elle se compose d'un élément matériel, un acte positif ou une omission, et d'un élément juridique, la transgression d'une norme, que celle-ci soit écrite ou non-écrite. Quant à l'élément moral, réduit au discernement, il a été supprimé en 1968 et 1984, ce qui conduit à dire que la faute est désormais objective et qu'elle se confond avec l'illicéité. Mais cette conception de la faute n'est pas celle que retiennent tous nos voisins européens. Pour plusieurs d'entre eux, la faute (*fault*) est au contraire distincte de l'illicéité (*wrongfulness* ou *unlawfulness*). En droit allemand par exemple, l'illicéité est une notion purement objective, qui désigne la non-conformité de l'acte aux prescriptions de l'ordre juridique, alors que la faute est une notion subjective qui désigne les raisons pour lesquelles on peut reprocher à l'auteur d'avoir commis un acte contraire au droit, ces raisons ne se réduisant d'ailleurs pas à la question de savoir s'il est doué de discernement¹. De surcroît, les choses sont compliquées par le fait que l'illicéité est elle-même à contenu variable. Dans certains droits, elle s'applique à la conduite de l'auteur (c'est la conception que nous en retenons en France) alors qu'elle concerne, dans d'autres, le résultat de la conduite, et l'on retrouve là la question abordée lors des rencontres de Chambéry, celle de l'atteinte aux droits protégés par l'ordre juridique. Il faut enfin tenir compte de l'approche tout à fait particulière du droit anglais, dont le système des « torts » ne conduit pas à distinguer la faute en tant que concept unitaire. Selon H. Rogers, membre anglais du Groupe de Tilbourg : “*the real point here is that English lawyers tend not to think (or at least to speak) in terms of a general concept of fault (culpa) but in terms of negligence and intentional wrongdoing as separate categories*”².

Il est donc sage, pour qui tente de rédiger des principes communs de responsabilité, d'éviter de recourir aux termes à sens multiples et de leur préférer des mots plus simples. C'est, me semble-t-il, l'un des mérites des deux projets étudiés qui traitent du fait personnel sans utiliser le mot d'illicéité mais des termes tels que l'intention, la négligence, le standard de conduite... Ceci, on l'espère tout au moins, devrait permettre d'en faire l'analyse sans tomber trop souvent dans le piège d'une mauvaise compréhension de leurs dispositions.

Pour présenter celles qui traitent de la faute, on se contentera de suivre la démarche suggérée par le thème attribué à cette étude : seront donc examinées, successivement, la notion de faute puis son rôle dans les projets européens.

I. - La notion de faute

Le lecteur français qui se penche sur les dispositions que les projets européens consacrent à la faute ressent, à sa première lecture, un sentiment de sécurité dont la plongée dans les eaux

¹ Unification of Tort Law, Fault, Kluwer, 2005, German Report by MAGNUS (U.), n° 20.

² Unification of Tort Law, Fault, WIDMER (P.), ed., 2005, p.69. A la note 15, ROGERS (H.) cite Lord Atkin dans l'arrêt *Donoghue v. STEVENSON* [1932] AC 562 : “*the liability for negligence, whether you style it such or treat it as in other systems as a species of culpa...*”.

obscur des articles relatifs aux intérêts protégés l'avait désagréablement privé. Sur ce rivage, point de concept exotique ! Les “*scope of protection*”, “*legally relevant damage*” et autres “*hierarchy of protected interests*” cèdent la place à des notions bien connues : la négligence, le standard de conduite, l'élément moral... Il retrouve donc, avec la faute, une figure familière (A) dont il découvre cependant, à sa seconde et plus attentive lecture, qu'elle présente des traits originaux (B). Effectuant, par acquit de conscience, une troisième lecture, il s'assure enfin de l'absence de certaines précisions, ce qui le conduit à formuler quelques interrogations (C).

A. - Une figure familière

Dans les deux projets, la faute est définie en des termes qui font écho à ceux de l'article 1383 du code civil français. Selon les PETL (art. 4.101) : “*a person is liable on the basis of fault for intentional or negligent violation of the required standard of conduct*” ; quant au DCFR, il énonce, en son article 1.101, que : “*a person who suffers legally relevant damage has a right to reparation from a person who caused the damage intentionally or negligently (...)*”³. La faute intentionnelle est définie par le DCFR comme recouvrant l'intention de nuire et le dol éventuel⁴. Dans les deux projets, il est précisé que la faute de négligence est appréciée *in abstracto*, en se référant à la conduite qui aurait été celle d'une personne raisonnable⁵ placée dans les mêmes circonstances de fait. Les PETL énumèrent certaines de ces circonstances, parmi lesquelles on trouve, sans surprise, la dangerosité de l'activité, le savoir-faire qui pouvait être attendu de l'auteur, la prévisibilité du dommage, la relation de proximité ou de confiance particulière entre les personnes impliquées, la disponibilité et le coût des mesures de protection ou de méthodes alternatives⁶. Le texte fait aussi référence, dans la logique de la place faite à la notion d'intérêts protégés, à la nature et à la valeur de l'intérêt auquel il a été porté atteinte.

Des faits justificatifs sont admis (inclus au sein de la catégorie des “*defences*”), qui permettent à l'auteur d'échapper à toute responsabilité. Il s'agit, par exemple, de la légitime défense, de l'état de nécessité et du consentement de la victime. Les PETL admettent qu'à titre exceptionnel ces faits puissent conduire à une simple limitation de la responsabilité⁷. Cette possibilité n'est pas admise en droit français, où l'on considère que le fait justificatif efface la faute, ce qui fait radicalement obstacle à la naissance de la responsabilité du fait personnel.

B. - Quelques traits originaux

1. - Discernement et facteurs d'infériorité

³ Une légère différence d'approche peut être relevée. Les PETL ont recours à la notion générale de faute, dont ils distinguent les deux composantes majeures, le délit et le quasi-délit. Alors que le DCFR, poussant le scrupule jusqu'à respecter les “*separate categories*” du droit anglais, n'utilise pas le terme de faute, sauf dans ses dispositions relatives à la faute de la victime (art. 5.102, *contributory fault*). Chaque fois qu'il évoque la faute en tant que fait générateur, il se contente de renvoyer à l'intention ou à la négligence.

⁴ DCFR art. 3.101. *A person causes legally relevant damage intentionally when that person causes such damage either: (a) meaning to cause damage of the type caused, or (b) by conduct which that person means to do, knowing that such damage, or damage of that type, will or will almost certainly be caused.* Les PETL ne définissent pas l'intention.

⁵ *A reasonable person* dans les PETL, *a reasonably careful person* pour le DCFR.

⁶ Art. 4.102.

⁷ Art.7.101 (3) : *In extraordinary cases, liability may instead be reduced.*

En droit français, la faute civile est dite objective. Le comportement de l'auteur du dommage est jugé sans qu'il soit tenu compte de ses facteurs personnels d'infériorité (inexpérience, émotivité, faible niveau d'instruction...) et, depuis la loi du 3 janvier 1968 et les arrêts du 9 mai 1984, l'absence de discernement elle-même ne fait plus obstacle à son admission⁸. Cet état du droit semble aujourd'hui largement accepté et l'avant-projet Catala ne suggère de réintroduire la condition de discernement que lorsqu'il s'agit d'opposer à une victime sa participation fautive au dommage⁹.

Il est donc intéressant de constater que les projets adoptent, sur ce point, une position plus nuancée, qui tient compte de ce que le discernement est toujours exigé dans la plupart des pays européens¹⁰. Dans les PETL, une disposition unique permet au juge de prendre en considération certains facteurs d'infériorité du sujet. Selon l'article 4.102 (2), le « standard précité » (*i.e.*, le standard général de l'article 4.102 (1)) « 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 ». Cette disposition ne distingue pas formellement la question du discernement (*capacity* dans la terminologie anglaise) et la fond, en quelque sorte, dans le thème plus large des facteurs d'infériorité. L'approche peut surprendre mais, après tout, n'y a-t-il pas une part d'artifice à traiter séparément, comme le fait le droit français, le jeune âge du sujet en tant qu'il le prive de discernement (élément moral de la faute) et ce même âge en tant qu'il l'empêche de se montrer aussi prudent, attentif et consciencieux qu'un adulte (élément d'illicéité) ? Si l'on estime que la faute civile ne peut être appréciée de façon totalement objective et donc déshumanisée, il est peut-être judicieux de donner au juge la possibilité de se référer, assez souplement, à divers aspects de la personnalité de l'auteur, afin « d'ajuster », comme le prévoit le texte, le modèle de référence¹¹.

Le DCFR approche la question de manière plus classique, en retenant un âge (sept ans) en dessous duquel il ne peut y avoir de responsabilité pour faute¹². Il prévoit par ailleurs que la conduite des mineurs de sept à dix-sept ans doit être appréciée en tenant compte de leur âge¹³. Cependant, dans les deux cas, toute mansuétude est exclue s'il apparaît que la victime ne peut obtenir réparation d'une autre personne et que, par ailleurs, les moyens financiers des intéressés sont tels qu'il ne serait pas inéquitable de condamner le mineur à réparation¹⁴. Par « moyens financiers », on suppose qu'il faut entendre, essentiellement, l'existence d'une assurance de responsabilité, ou d'une assurance directe souscrite par la victime. L'exception est parfaitement justifiée puisqu'on sait qu'en France tout au moins, la plupart des familles

⁸ En revanche, plusieurs arrêts de la Cour de cassation ont admis que le jeune âge de l'auteur devait être pris en considération pour fixer le degré de diligence et prudence que l'on peut attendre de lui. Voir par exemple Cass. Civ. 2, 4 juillet 1990, Bull. Civ. II, n° 166, R.T.D. civ. 1991, 123, obs. JOURDAIN (P.).

⁹ Art. 1351-1.

¹⁰ WIDMER (P.), Comparative report, p.344.

¹¹ Le Commentaire des PETL indique que les auteurs du projet ont eu la volonté de mettre en place “a flexible system” dans lequel “*the question whether or not a person had sufficient insight and control of his or her behaviour has to be answered from case to case, according to the concrete mental development of that person*”, PETL, Texts and commentary, p.80.

¹² Art. 3.103(2) : *A person under seven years of age is not accountable for causing damage intentionally or negligently.*

¹³ Art. 3.103(1) : *A person under eighteen years of age is accountable for causing legally relevant damage according to VI. - 3.102 (b) only in so far as that person does not exercise such care as could be expected from a reasonably careful person of the same age in the circumstances of the case.*

¹⁴ Art. 3.103(3) : *However, paragraphs (1) and (2) do not apply to the extent that the injured person cannot obtain reparation under this Book from another, and liability to make reparation would be equitable having regard to the financial means of the parties and all other circumstances of the case.*

ont une police d'assurance de responsabilité qui couvre la responsabilité personnelle des enfants mineurs. L'article 5.301 prévoit une règle semblable pour les personnes atteintes d'un trouble mental, lesquelles ne sont responsables que si cela paraît équitable, l'indemnité étant limitée à "*a reasonable recompense*". Quant aux PETL, s'ils ne font pas formellement référence à la possibilité d'admettre une responsabilité à titre exceptionnel, on peut néanmoins considérer qu'ils utilisent des termes (le standard *peut* être ajusté... ce qui semble signifier qu'il ne doit pas nécessairement l'être) qui laissent au juge la faculté de retenir une telle solution lorsque ceci lui paraît juste.

2. - La violation de la loi

Le juge français qui constate que l'auteur du dommage a enfreint une loi impérative en déduit, ipso facto, qu'il a commis une faute civile ; il n'est pas nécessaire qu'il pousse au-delà son analyse et qu'il se demande, par exemple, si la victime fait partie de la catégorie de personnes que la loi violée cherche à protéger, voire même que son dommage est de ceux qu'elle veut prévenir. Suivant l'expression consacrée, la faute n'est pas « relative » mais « absolue » ; on n'est pas, sauf très rares exceptions, « en faute » à l'égard de certaines victimes et pas vis-à-vis d'autres. Mais la théorie de la « relativité aquilienne » exerce une influence notable dans de nombreux pays européens, tels que l'Allemagne ou la Grande-Bretagne, où une action fondée sur "*a breach of a statutory duty*" suppose que les deux conditions évoquées ci-dessus soient satisfaites : "*the duty must be owed to the claimant and the injury must be of the kind which the statute is intended to prevent*".

Cette approche, assez restrictive, est celle qu'adopte le DCFR, dont l'article 3.102 dispose que : "*A person causes legally relevant damage negligently when that person causes the damage by conduct which either does not meet the particular standard of care provided by a statutory provision whose purpose is the protection of the injured person from the damage suffered or (...)*".

Il est difficile d'apprécier le bien-fondé d'une telle exigence. D'un côté, elle présente le mérite d'éviter qu'une loi ne soit en quelque sorte détournée de son objectif pour servir de fondement à une action en réparation autre que celles qu'envisageaient les auteurs du texte¹⁵. De l'autre, on se doute qu'elle doit pouvoir s'avérer d'application bien difficile : il est souvent délicat et parfois même chimérique d'identifier le contenu précis de « l'intention » du législateur !

Dans les PETL, l'hypothèse de la violation de la loi n'est pas traitée de façon très claire. L'article 4.102, relatif au « standard de conduite requis » dispose en son troisième paragraphe que « les règles prescrivant ou prohibant certaines conduites doivent être prises en considération afin d'établir le standard de conduite requis »¹⁶. Les termes utilisés manquent singulièrement de précision : les « règles » auxquelles il est fait référence sont-elles uniquement celles posées par la loi ou le règlement ou incluent-elles aussi les règles déontologiques, les normes techniques ou règles de l'art ? Quant à l'obligation faite au juge

¹⁵ La difficulté se présente aussi pour les responsabilités objectives, dont il arrive qu'elles soient utilisées à des fins qui ne sont manifestement pas leurs fins « naturelles » : on peut donner l'exemple de la loi du 5 juillet 1985, qui est parfois invoquée par des sociétés d'autoroute ayant subi des pertes de recettes pendant le temps nécessaire à l'évacuation des blessés et dont on peut penser qu'elles ne font pas partie des « victimes » auxquelles le Parlement a voulu venir en aide en 1985.

¹⁶ "*Rules which prescribe or forbid certain conduct have to be considered when establishing the required standard of conduct*".

de prendre ces règles en considération, on ne sait si elle consiste à les examiner parmi tous les éléments énoncés au paragraphe 1 (dangerosité de l'activité, prévisibilité du dommage etc.) ou en tant qu'élément primant tous les autres. Les commentateurs des PETL reconnaissent que les auteurs du projet n'ont pas voulu prendre une position tranchée (*a clear-cut answer*) sur ces points, laissant aux juges nationaux la possibilité d'appliquer cette disposition en fonction de leur approche traditionnelle¹⁷.

3. - La preuve de la faute

Bien que la présomption de faute soit parfaitement connue des juristes français, elle ne joue plus, en droit positif, qu'un rôle très limité. Elle a pratiquement disparu de la matière délictuelle, supplantée par la responsabilité de plein droit. L'avant-projet Catala ne lui fait qu'une place très réduite, en son article 1358 qui régit un aspect limité de la responsabilité du fait d'autrui. Cette technique probatoire n'a joué, dans la construction du droit de la responsabilité, que le rôle d'un relais entre la responsabilité pour faute et la responsabilité objective, les présomptions de faute se muant en présomptions dites « de responsabilité ».

Elle est bien présente, en revanche, dans les projets européens. Sans traiter, pour l'instant, des responsabilités du fait d'autrui, on s'arrêtera, en premier lieu, sur les articles 4.201 et 4.202 des PETL, qui forment l'objet d'une section intitulée « renversement de la charge de la preuve de la faute » (*Reversal of the burden of proving fault*). Le premier de ces textes contient une règle dite générale, selon laquelle « la charge de rapporter la preuve d'une faute pourra être renversée à la lumière de la gravité du danger présenté par l'activité ». Il est ensuite précisé que « la gravité du danger se détermine en fonction du sérieux d'un dommage potentiel dans de telles circonstances, ainsi que de la probabilité qu'un tel dommage ne survienne effectivement ».

L'article 4.202 est limité à la « responsabilité du fait de l'entreprise » (on n'ose parler de règle « spéciale » tant le domaine semble vaste !) et il dispose que :

(1) Toute personne poursuivant une activité durable dans un but économique ou professionnel et utilisant des préposés ou un équipement technique, est responsable pour toute atteinte causée par la défaillance d'une telle entreprise ou de sa production, à moins qu'elle ne prouve qu'elle s'est conformée au standard de conduite requis.

(2) La « défaillance » s'entend de toute déviance par rapport aux standards qui peuvent raisonnablement être attendus de la part d'une entreprise ou de ses produits ou services.

Une place importante est donc faite à la présomption de faute, ce qui s'explique, selon le Commentaire, par le fait que les PETL font une part restreinte à la responsabilité objective, cantonnée aux activités « anormalement dangereuses » (art. 5.101). Il existe donc, en leur sein, une sorte de « vide » (loophole) entre cette responsabilité et la responsabilité pour faute. L'idée est de combler ce vide par le système intermédiaire de la présomption de faute, dont useraient surtout les pays qui ne feraient pas usage de la possibilité offerte par l'article 5.102 de mettre en place des responsabilités objectives pour des activités simplement

¹⁷ P.82.

dangereuses¹⁸. Il est également fait état de la volonté des auteurs des PETL de construire une sorte de « pont » entre la responsabilité pour faute et sans faute, et de marquer ainsi qu’il existerait une sorte de “*an unbroken chain between both extremities of subjective and objective liabilities*”¹⁹.

Si l’on peut comprendre la philosophie de ces textes, il n’en reste pas moins que leur libellé paraît présenter des défauts certains. C’est, tout d’abord, la distinction entre activité dangereuse et anormalement dangereuse qui semble difficile à effectuer et les critères du « danger » fournis par l’article 4.201 (2) - gravité et de probabilité du dommage - sont bien imprécis. Quant à la notion de « défaillance » qui figure dans l’article 4.202, la définition qui en est donnée par le paragraphe (2) n’est pas très claire. Il faut se référer au Commentaire pour comprendre que sont visés, par exemple, les défauts dans l’organisation de l’entreprise²⁰.

Dans le DCFR, la présomption de faute n’est pas traitée en tant que telle mais on relève que l’article 3.206, qui institue une responsabilité du fait des « substances ou émissions dangereuses », dispose en son dernier paragraphe (5 (b)) que celle-ci n’a pas lieu si le gardien ou l’exploitant démontre qu’il a respecté les dispositions légales relatives au contrôle de la substance ou à l’exploitation de son activité²¹. Bien que ce régime de responsabilité soit inséré dans une section 2 intitulée “*Accountability without intention or negligence*”, la cause d’exonération du paragraphe 5 (b) incite à estimer qu’il s’agit moins d’une responsabilité objective que d’une responsabilité pour faute présumée.

C. - Des lacunes ?

Les projets ne disent tout d’abord mot de l’abus de droit, cette manifestation de la faute qui reste si vivace en droit français. On ne saurait pourtant parler à ce propos de lacune, dans la mesure où la définition générale de la faute donnée par les deux textes (celle du standard de conduite dans les PETL par exemple) permet d’appréhender la spécificité de la conduite dommageable lorsqu’elle correspond à l’exercice d’un droit subjectif. L’existence de ce droit n’est jamais, en effet, qu’une des « circonstances » dont le juge doit tenir compte pour fixer le standard de conduite, standard moins exigeant en ce cas que celui qu’il impose pour l’exercice d’une simple liberté. L’abus de droit n’est d’ailleurs pas mentionné dans l’avant-projet Catala et l’on sait que cette notion qui nous est si familière n’a pas fait l’objet, dans la plupart des autres droits européens, d’un engouement doctrinal et jurisprudentiel comparable à celui qu’elle a suscité en France.

Il est dommage, en revanche, qu’aucun des projets ne s’intéresse d’un peu plus près à la faute des personnes morales. Non que celle-ci donnerait lieu à des difficultés pratiques - les tribunaux condamnent quotidiennement pour faute des personnes morales - mais l’approche théorique de cette question reste assez sommaire en droit civil²², les auteurs se contentant souvent d’exposer que la faute de la personne morale est celle commise par leurs organes. L’avant-projet Catala a le mérite de compléter cette définition classique en ajoutant qu’elle

¹⁸ Commentary, p.90.

¹⁹ P.92.

²⁰ P.98.

²¹ “*However, a person is not accountable for the causation of damage under this Article if that person: (a) does not keep the substance or operate the installation for purposes related to that person’s trade, business or profession; or (b) shows that there was no failure to comply with statutory standards of control of the substance or management of the installation*”.

²² En droit pénal, elle a fait l’objet d’analyses beaucoup plus fouillées mais elle continue à soulever plusieurs difficultés.

s'entend aussi des « défauts d'organisation ou de fonctionnement »²³, c'est-à-dire des fautes collectives et anonymes que le droit administratif désigne du terme de « fautes du service ». On peut d'ailleurs se demander, plus généralement, s'il est encore bien convaincant d'analyser la responsabilité qu'encourt la personne morale du fait de ses préposés fautifs, même identifiés, comme une responsabilité du fait d'autrui. Dans la pratique judiciaire, il est fréquent que ces fautes soient, elles aussi, directement imputées à l'employeur et que les condamnations soient fondées sur l'article 1382 et non 1384 al.5 du code civil. Dans la mesure où, comme c'est le cas en droit français, les projets consacrent une conception objective de la responsabilité du fait des préposés, une imputation directe de la faute du préposé à la personne morale ne changerait rien à la situation de fond. Sauf à considérer que ce rattachement serait de nature à faire obstacle à ce que le préposé auteur de la faute soit lui-même tenu d'en réparer les conséquences...

Ce qui nous conduit à souligner une dernière lacune des deux projets examinés : l'absence de toute règle d'immunité bénéficiant au préposé fautif qui agit, suivant la formule retenue par notre Cour de cassation, « dans les limites de sa mission ». Longtemps cantonné à des domaines bien particuliers de la responsabilité civile, le concept d'immunité a pénétré le droit commun à l'occasion de l'arrêt d'assemblée plénière du 25 février 2000. En France, il semble aujourd'hui faire l'objet d'un assez large consensus et il figure en bonne place, bien qu'assorti d'une exception non admise en droit positif, par l'avant-projet Catala²⁴. Dans la mesure où cette règle est justifiée par de fortes considérations dont il n'y a nulle raison de penser qu'elles seraient spécifiques à l'organisation des entreprises françaises - en particulier, le fait que la responsabilité personnelle des préposés, à la différence de celle des dirigeants, est rarement couverte par l'assurance de l'entreprise - on peut estimer qu'elle devrait trouver une place au sein des dispositions que les projets européens consacrent à la responsabilité du fait personnel²⁵.

II. - Le rôle de la faute

Sur ce point aussi, les solutions retenues sont assez proches de celles du droit français, à l'exception de quelques points qui méritent d'être soulignés. On envisagera donc tour à tour le rôle imparti à la faute dans la naissance de la responsabilité (A), la détermination de son étendue (B) et la répartition de la dette entre coresponsables (C).

A. - Dans la naissance de la responsabilité

1. - La faute en tant que fait générateur de responsabilité n'exerce plus aujourd'hui, dans aucun pays d'Europe, l'hégémonie qui a longtemps été la sienne. Flanquée de responsabilités objectives de plus en plus nombreuses, elle reste néanmoins fort utile et conserve une sorte d'autorité, de poids symbolique, qui lui assure toujours la prééminence

²³ L'article 1153 énonce que « la faute de la personne morale s'entend non seulement de celle qui est commise par un représentant mais aussi de celle qui résulte d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement ».

²⁴ Art. 1359-1 : Le préposé qui, sans commettre une faute intentionnelle, a agi dans le cadre de ses fonctions, à des fins conformes à ses attributions et sans enfreindre les ordres de son commettant ne peut voir sa responsabilité personnelle engagée par la victime qu'à condition pour celle-ci de prouver qu'elle n'a pu obtenir du commettant ni de son assureur réparation de son dommage.

²⁵ Peu important, bien sûr, qu'elle figure dans les chapitres consacrés au fait personnel ou au fait d'autrui. Si les PETL sont absolument silencieux sur ce point, le DCFR quant à lui, indique que ses dispositions ne s'appliquent pas, de toute façon, à la responsabilité des salariés (que ce soit à l'égard d'autres salariés, de l'employeur ou des tiers), non plus qu'à celle des employeurs à l'égard des préposés ou des syndicats et employeurs entre eux. Sans doute est-il estimé qu'il s'agit là de questions qui relèvent du droit social. DCFR art. 7.104.

dans l'énumération des cas de responsabilité civile. Selon les termes de P. Widmer, "*Fault is often considered as the fundamental and in a certain sense socially and ethically pre-eminent principle of responsibility, in particular as against strict liability*"²⁶.

Les deux projets témoignent de cet attachement à la faute puisqu'ils la placent au premier rang de leurs dispositions préliminaires. La « norme de base » (Basic Norm) des PETL dispose : « le préjudice peut être imputé en particulier à toute personne : a) dont le comportement fautif a été la cause du dommage ; b) dont les activités anormalement dangereuses ont été la cause du dommage ; ou c) dont le préposé a causé le dommage dans l'étendue de ses fonctions ». Et la "Basic rule" du DCFR énonce que "(1) *A person who suffers legally relevant damage has a right to reparation from a person who caused the damage intentionally or negligently or is otherwise accountable for the causation of the damage. (2) Where a person has not caused legally relevant damage intentionally or negligently that person is accountable for the causation of legally relevant damage only if Chapter 3 so provides*". La responsabilité pour faute fait bien figure de principe général, la responsabilité de plein droit prenant quant à elle la forme d'une liste limitative d'exceptions²⁷.

2. - Mais la faute n'est pas seulement la condition première de la responsabilité du fait personnel. Elle trouve également sa place dans les responsabilités du fait d'autrui, plus précisément, celles qui sont encourues du fait des dommages causés par les mineurs ou les personnes atteintes d'un trouble mental. Les deux projets n'en font pas des responsabilités de plein droit, contrairement à celle des commettants du fait de leurs préposés²⁸, mais les fondent sur une présomption simple de faute, ce qui permet au gardien de s'exonérer en prouvant "*that he has conformed to the required standard of conduct in supervision*" (Art. 6.101 PETL) ou, ce qui revient exactement au même, "*to show that there was no defective supervision of the person causing the damage*" (Art. 3.104 (3) DCFR). Ce choix peut surprendre les juristes français, pour qui la présomption de faute de surveillance appartient au passé, mais il s'explique par le fait que les autres pays d'Europe se montrent beaucoup moins rigoureux à l'égard des personnes chargées de la surveillance d'enfants ou de handicapés mentaux. A l'époque où le groupe de Tilburg a travaillé sur ce thème, il est apparu que seul notre pays avait fait le choix d'une responsabilité objective. Ailleurs, il n'existait qu'une présomption de faute, plus ou moins rigoureuse, voire aucune règle particulière, les gardiens ne répondant que de leurs fautes prouvées²⁹.

3. - La faute joue enfin un rôle incident dans la naissance de la responsabilité, en ce qu'elle accroît le degré de protection accordé aux intérêts légalement protégés. Ceci résulte clairement de l'article 2.102 des PETL qui, après avoir énuméré, par ordre d'importance, ces divers intérêts, précise en son paragraphe 5 que : « l'étendue de la protection pourra également être affectée par la nature de la responsabilité, de telle sorte qu'un intérêt pourra recevoir une protection plus étendue en cas d'atteinte intentionnelle que dans les autres cas ». Dans cette logique, la faute n'est donc pas seulement un fait générateur parmi d'autres ; elle

²⁶ Comparative Report, n° 2.

²⁷ PETL, Texts and commentary, p. 70 : "*The place of fault in the first rank of these three main criteria is not incidental; it shows that (...) fault is still considered as a pre-eminent basis of liability, compared to which the other two justifications have a more or less secondary or exceptional character*".

²⁸ Art. 3.201 DCFR, art. 6.102 PETL.

²⁹ Unification of Tort Law, Liability for damage caused by others, Kluwer 2002, CARVAL (S.), Comparative report, n° 17 et s. ; dans le Commentaire des PETL, il est expliqué, au sujet de la responsabilité du fait d'autrui de l'article 6.101, que : "*This type of liability could therefore have been incorporated just as well in Chapter 4, Section 2, under the heading « Reversal of the burden of proving fault ». The Group preferred however to form a special category of « Liability for other*".

est un fait que la victime peut avoir intérêt à établir par préférence aux faits générateurs objectifs lorsque celui de ses intérêts qui a été lésé ne bénéficie normalement que d'une protection moyenne ou faible (un intérêt purement économique par exemple), parce que le juge lui reconnaîtra alors plus facilement cette protection. Il en est certainement ainsi de la faute intentionnelle, expressément mentionnée par le texte. En revanche, il est plus difficile de déterminer si les auteurs du texte ont voulu n'attribuer cet effet qu'à l'intention ou si, en faisant référence, au début de la phrase, à la « nature de la responsabilité », ils ont plus largement souhaité que les intérêts lésés soient mieux protégés en cas de faute de l'auteur qu'ils ne le sont lorsqu'une responsabilité objective est invoquée à son encontre.

B. - Dans la détermination de l'étendue de la responsabilité

1. - Les dispositions essentielles sont, bien sûr, celles qui traitent de la faute contributive de la victime. Les PETL (article 8.101) sont très concis à son sujet. Ils indiquent que la « responsabilité peut être exclue ou réduite dans des proportions considérées comme justes eu égard à la faute contributive de la victime », mais ne précisent pas selon quel critère il y a lieu d'opter pour l'exclusion ou la simple réduction. L'emploi du verbe « peut » ainsi que la référence aux « justes proportions » semblent indiquer que le juge doit bénéficier d'un large pouvoir d'appréciation. Le paragraphe (2) ajoute qu'en cas de décès, la faute de la victime directe est opposable aux victimes par ricochet. La mention du décès s'explique par le fait que les PETL ne confèrent un droit à réparation aux victimes par ricochet qu'en cas de mort de la victime directe (Art. 10.202). Il est enfin précisé, au paragraphe 3, que « lorsque le préposé de la victime a, par sa conduite ou son activité, contribué à la réalisation du dommage, l'allocation de dommages-intérêts à la victime peut être exclue ou réduite conformément à cet article »³⁰.

Un peu plus détaillé, le DCFR semble n'attribuer à la faute de la victime qu'un effet de réduction de la responsabilité mais comme il ne pose aucune limite à l'ampleur de celle-ci, il est douteux que ses auteurs aient voulu écarter la possibilité d'une exonération totale. C'est en fonction du degré de gravité de la faute que le juge prend sa décision (Art. 5.102 (1) : “*reparation is to be reduced according to the degree of such fault*”). La faute de son préposé est aussi opposable à la victime (paragraphe 3) et l'article 5.501 prévoit l'opposabilité aux victimes par ricochet de la faute de la victime directe. Le DCFR contient enfin deux autres règles qui visent à protéger la victime. La première, interdit au juge de prendre en considération une « poussière de faute » (*insubstantial fault*) ou celle dont la contribution au dommage a été infime (*fault whose contribution to the causation of damage was insubstantial*)³¹. Plus importante, mais cantonnée aux accidents de la circulation, la seconde règle subordonne le partage de la responsabilité à la démonstration d'une faute grave commise par la victime, quelle que soit sa qualité, conductrice ou non-conductrice³².

Enfin, bien qu'on puisse débattre du fait de savoir s'il s'agit d'une question distincte ou non de celle de la faute de la victime, on relèvera, pour le déplorer, que les projets ne consacrent pas de disposition à l'obligation de la victime de limiter son dommage. Il s'agit pourtant là d'une question importante, sur laquelle les pays européens adoptent des positions

³⁰ Le texte ne précise pas que la conduite du préposé doit avoir été fautive mais on suppose que cette exigence est sous-entendue.

³¹ Art. 5.102 (2a) et (2b).

³² Art. 5.102 (2 c) : *However, no regard is to be had to (...) the injured person's want of care contributing to that person's personal injury caused by a motor vehicle in a traffic accident, unless that want of care constitutes profound failure to take such care as is manifestly required in the circumstances.*

très variées et qui a fait l'objet, en France, d'arrêts de principe qui nient l'existence d'un tel devoir mais, pour l'instant, au seul bénéfice des « victimes d'accidents »³³.

2. - La possibilité de fixer le montant de la réparation en deçà de la somme correspondant à l'entier dommage n'est pas limitée aux hypothèses dans lesquelles la victime a participé fautivement à sa production. Les articles 10.401 des PETL et 6.202 du DCFR reconnaissent au juge un pouvoir modérateur, fondé sur le principe d'équité, et destiné à éviter qu'une charge financière insupportable ne soit infligée au responsable. L'exercice de ce pouvoir est subordonné à la prise en compte d'un ensemble d'éléments, parmi lesquels la faute joue bien entendu une part. Les PETL enjoignent au juge d'avoir égard, entre autres, au fondement de la responsabilité ; quant au DCFR, il précise que ce pouvoir modérateur ne peut pas s'exercer si le dommage a été causé intentionnellement.

3. - Certaines fautes font enfin obstacle à ce que l'auteur du dommage oppose valablement à la victime une convention de non-responsabilité. Le DCFR reconnaît la validité de ces clauses³⁴ tout en l'assortissant, en son article 5.401, de diverses limites, parmi lesquelles figurent le cas du dommage causé de manière intentionnelle (paragraphe 1) et celui de la faute grave lorsqu'elle a causé un dommage corporel ou qu'il apparaîtrait contraire à la bonne foi que son auteur échappe à sa responsabilité³⁵.

4. - Dès lors, en revanche, qu'aucun des projets ne consacre les dommages-intérêts punitifs, la faute ne produit aucun effet de majoration de la condamnation civile. Il n'est donc pas fait mention, dans ces textes, de la notion de faute lucrative, que l'avant-projet Catala propose de faire entrer dans le code civil, au côté des dommages-intérêts punitifs³⁶.

C. - Dans la répartition des responsabilités

La faute, enfin, joue un rôle au stade de la contribution à la dette de réparation. Les PETL en font l'un des critères qui permettent au juge de fixer la part de chacun des coresponsables (art. 9.102 (2)), ceux-ci étant solidairement tenus à l'égard de la victime (paragraphe 1). Le DCFR de 2008 retient lui aussi un principe de solidarité mais sans donner de précision quant à la contribution (art. 6.105.). Cette absence est surprenante car cette question n'est pas de celles qui donnent lieu à des approches très différentes d'un pays d'Europe à l'autre. Dans sa version de novembre 2006, le même texte contenait d'ailleurs un paragraphe 2 relatif à ce point et qui posait une règle très proche de celle des PETL (*As between the solidary debtors themselves the share of liability is equal unless different shares are more appropriate having regard to all circumstances of the case and in particular to fault or to the extent to which a source of danger mentioned in Chapter 3 contributed to the occurrence or extent of the damage*).

³³ La question reste donc entière pour le domaine des dommages purement économiques, dont on a plus de mal à admettre que la victime n'aurait pas à « les limiter dans l'intérêt du responsable » !

³⁴ Il s'agit bien de celles qui portent sur la responsabilité délictuelle.

³⁵ *Liability for causing legally relevant damage as a result of a profound failure to take such care as is manifestly required in the circumstances cannot be excluded or restricted : a) in respect of personal injury (including fatal injury), or b) if the exclusion or restriction is otherwise illegal or contrary to good faith and fair dealing.*

³⁶ Article 1371.