

Rôles respectifs de la loi et du juge dans les projets européens¹

Pascal Ancel

1- Présentant, lors du colloque sur « la responsabilité civile européenne de demain » qui a servi de point de départ au présent séminaire², le projet autrichien de réforme du droit de la responsabilité civile, H. Koziol relève que « dans le domaine complexe du droit de la responsabilité civile, il est particulièrement difficile de trouver la juste voie médiane entre des clauses générales qui ne disent rien et qui nécessitent une concrétisation au cas par cas, et des règles parfaitement rigides qui ne permettent pas de prendre en compte la multiplicité des situations de fait »³. Derrière cette remarque, se profile bien sûr la difficile question de la place respective qu'on doit accorder, dans un système de responsabilité, à la loi (en tant qu'elle pose des règles générales) et au juge, dans sa mission d'interprétation, de développement, et d'application des règles. Cette question a été au centre de nombreux débats au cours de ce colloque, tant à propos des projets de réforme nationaux que des projets européens « Dans toutes les propositions de réforme discutées dans cet ouvrage, une question s'est posée de façon récurrente : la responsabilité civile dans les Codes civils de demain doit elle être élaborée de façon précise et détaillée, ou bien de façon vague et flexible, ou bien être un compromis entre les deux tendances ? écrivent ainsi W. Van Boom et A. Pinna ... Le recours à des « normes vagues » présente des avantages, en ce qu'il permet un travail jurisprudentiel innovant et le développement du droit à travers la pratique judiciaire. Cela présente également 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 »⁴.

¹ Le présent texte a été élaboré à partir d'un examen des deux projets actuellement connus en matière de responsabilité civile : les « Principes de droit européen de la responsabilité civile » (Principles of European Tort Law), en abrégé PETL, Wien 2005 élaborés par l'European group on tort law (groupe dit de Tilburg et de Vienne en raison de ses deux centres universitaires successifs de rattachement) et le Livre VI des Principes, definitions and model rules of European private law, élaborés en 2008 en tant que « Draft common frame of reference » (DCFR) par le Study group on a European civil code, sous la direction de C. Von Bar, E. Clive et H. Schulte-Nolke. Les PETL ont été utilisés dans la traduction française réalisée sous la direction d'O. Moreteau par l'équipe de recherche de l'Institut de droit comparé Edouard Lambert. Les principes du DCFR n'existent pour l'instant, à ma connaissance, qu'en version anglaise ; j'ai fait moi-même la traduction (sans doute approximative) de certains articles pour les besoins de ce séminaire, mais en citant toujours le texte anglais en note.

² La responsabilité civile européenne de demain, Projets de révision nationaux et principes européens, édité par B. Winiger, Bruylant/Schulthess 2008

³ op cit p 6

⁴ op cit p 263-264

2- Pour essayer de trouver le juste équilibre entre la « précision » et l'élasticité, H. Koziol met en avant la conception du « bewegliches System » (système mobile, ou, selon une traduction moins littérale mais peut-être plus exacte, du « système flexible ») développée, à partir des années 1940 par plusieurs juristes autrichiens spécialistes du droit de la responsabilité civile, en tout premier lieu Walter Wilburg, qui lui a attaché son nom⁵, mais aussi, plus récemment par Schilcher⁶ et F. Bydlinski⁷. L'idée générale d'une telle conception est de mettre en évidence, dans les règles, les différents facteurs à prendre en compte pour l'évaluation d'une situation et une pondération aussi précise que possible de ces différents facteurs, pour établir en quelque sorte une « évaluation type » (Basiswertung) des situations. On espère de la sorte à la fois rendre prévisibles les décisions qui pourront être prises dans chaque cas particulier, et permettre de prendre en considération la diversité des situations de fait. Si on sait que H. Koziol, qui est un des chantres de cette conception⁸, est l'actuel leader du « Groupe de Vienne et Tilburg » (European group on tort law), on ne s'étonnera pas qu'elle ait influencé la rédaction des Principes de droit européen de la responsabilité civile élaborés par ce groupe (Principles of European Tort Law, PETL)⁹, et nous en verrons des exemples caractéristiques¹⁰. Dans la mesure où cette conception me semble être un produit typique de la science juridique germanique d'aujourd'hui, et où elle est sans doute assez connue de la doctrine allemande, on peut penser qu'elle a pu aussi influencer, quoique sans doute dans une mesure moindre, les auteurs du Draft on common frame of reference, qui constituent l'autre projet soumis ici à discussion.

3- L'idée d'un « système flexible » évoquera naturellement au lecteur français le « flexible droit » de J. Carbonnier, mais plus encore peut-être, aujourd'hui, la notion de « soft law », ou ses multiples traductions françaises - droit mou, droit doux, droit flou, droit souple...¹¹. Dans le très intéressant article qu'il consacre aux Principes de droit européen de la responsabilité

⁵ Wilburg, Die Elemente des Schadensrecht (1941), Entwicklung eines beweglichen System im bürgerlichen Recht (1950)

⁶ Schilcher, Theorie der sozialen Schadensverteilung (1977)

⁷ F. Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1991), p 529 s

⁸ H. Koziol, Bewegliches System und Gefährdungshaftung, in Bydlinski/Krejci/Schilcher/Steininger, Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht (1986)

⁹ cf Koch, Die « Grundsätze des europäischen Deliktsrechts », in La responsabilité civile européenne de demain, op cit p 205 s spec p 209. « Pour les Principes nous avons à maints endroits pris comme modèle le système flexible à la Wilburg, parce que c'était de l'avis unanime la seule possibilité de fixer dans le projet comme lignes directrices les principes d'évaluation développés en Europe, sans en même temps retirer à ceux qui appliquent le droit la possibilité de trouver la solution adéquate aux cas particuliers en fonction des circonstances, comme ce serait le danger avec une liste rigide »

¹⁰ V par exemple infra n°. à propos de la définition du standard de conduite pour l'appréciation de la faute

¹¹ V. C. Thibierge, Le droit souple, Réflexion sur les textures du droit, RTDCiv 2003, p 599 s

civile – L. Neyret fait très justement le rapprochement¹². Cependant, il me semble important, lorsqu'on s'intéresse aux projets européens, de distinguer deux aspects de cette « souplesse » ou de cette flexibilité du droit. Dans la doctrine française, la notion de « droit souple » (traduction sans doute la plus appropriée de *soft law*) se rapporte principalement à la question du degré de valeur normative des règles, alors que l'idée du « système flexible » qui a inspiré les auteurs des PETL se rapporte au contenu des règles posées (abstraction faite du reste de leur valeur normative). Le terme de *soft law* désigne habituellement toutes sortes de règles ou de propositions de règles qui, sans avoir directement de force contraignante comme les règles de droit « dures » traditionnelles, peuvent néanmoins servir de modèles ou de sources d'inspiration pour le comportement des acteurs, et à ce titre peuvent être intégrées dans une certaine conception élargie du « juridique » : recommandations, avis, préambules de textes législatifs, codes de bonne conduite, chartes, ou encore – et c'est à ce titre que la notion nous intéresse ici – droit savant d'origine doctrinale¹³. Précisément, si on considère les deux projets européens ici étudiés – le projet du groupe de Tilburg et de Vienne et le projet du Study group – il est évident que ces textes n'ont pas actuellement de valeur normative directe qui en imposerait l'application par un juge¹⁴ ou la transposition par un législateur. Il n'est même pas certain du reste qu'ils se donnent pour vocation d'en avoir une un jour, car ils se donnent plus comme des sources d'inspiration pour les juges ou comme des bases pour des discussions futures sur le droit de la responsabilité civile que comme des règles « prêtes à servir ». Mais c'est précisément en cela qu'ils peuvent avoir, dès avant leur éventuelle reprise dans des textes nationaux ou communautaires, ou dans des conventions internationales, une certaine valeur de « modèles » juridiques, et qu'ils peuvent être considérés comme étant du « *soft law* »¹⁵. L. Neyret cite justement en ce sens un extrait de l'introduction du *Draft common frame of reference*, selon lequel « les règles du projet ne sont pas proposées pour avoir une quelconque force normative mais sont des règles de droit souple comme celles contenues dans

les principes de droit européen du contrat et les publications similaires »¹⁶. C'est cependant une toute autre question de savoir quel degré de précision, de détermination atteignent les règles d'un tel projet et quelle latitude elles donnent aux juges qui pourraient un jour, si elles entraient en vigueur, être chargés de les appliquer. La question de la « flexibilité » du contenu des règles, ainsi entendue, se pose du reste exactement de la même manière pour des règles de droit en vigueur : l'article 1382 du Code civil, par exemple, qui constitue en Europe l'archétype des règles de droit de la responsabilité civile, et dont la valeur normative est incontestable, n'en présente pas moins le maximum de souplesse quant à son contenu, en raison de l'extrême indétermination du standard de faute qu'il pose.

4- On conçoit néanmoins qu'il existe un rapport entre les deux niveaux de « densité normative » (pour reprendre l'expression de C. Thibierge) – celui qui touche à la force obligatoire des règles et celui qui est lié à la plus ou moins grande rigidité du contenu, et on a pu présenter les règles à contenu flexible comme une des facettes de la *soft law*¹⁷. Le fait que, dans un système « flexible », les règles légales posent des concepts très généraux en se limitant à donner au juge, pour leur application, un certain nombre de « directives » pourrait inciter à penser que ces règles n'ont qu'une force obligatoire limitée en ce qu'il serait plus difficile de contrôler si le juge les a correctement appliquées : tout dépend cependant de l'étendue du pouvoir de contrôle conféré, dans le système considéré, aux cours suprêmes sur le travail des juges du fond (problème sur lequel il faudra revenir). De manière plus spécifique pour les projets européens, la question de la valeur contraignante ne peut pas être dissociée de l'étude de la manière dont ces projets sont destinés à être éventuellement repris dans la législation communautaire et transposés dans la législation nationale. Or, dans la matière de la responsabilité civile, les deux projets étudiés, pour tenir compte des grandes divergences existant à ce stade entre les différents droits nationaux, introduisent eux-mêmes une grande souplesse dans le processus qui pourrait conduire à en faire des règles applicables, sans qu'il soit toujours facile de distinguer si la latitude accordée a pour destinataire les juges chargés de leur éventuelle application ou les autorités normatives des états ou de l'Union européenne. Le glissement est particulièrement facile à opérer dans les PETL, où L. Neyret remarque à juste titre la fréquence du terme « *may* » traduit en français par « peut » ou « pourra »¹⁸. Dans

¹⁶ « *the rules are not put forward as having any normative force but are soft law rules of the kind contained in the Principles or European Contract Law and similar publications* »

¹⁷ C. Thibierge distingue, à l'intérieur du « droit souple », le droit flou, à contenu peu précis (souplesse du contenu), et le droit doux ou mou, pas ou peu obligatoire ou sanctionné (souplesse de la force) – art précité p ...

¹⁸ Art précité p 4 et 5

¹² L. Neyret, La force normative des principes de droit européen de la responsabilité civile, à paraître in La force normative, C. Thibierge (dir.), LGDJ, 2009. spec p 5

¹³ Sur l'intégration du droit savant dans le « droit souple » C. Thibierge, art précité p ...

¹⁴ Sous réserve de la possibilité qu'ils puissent être incorporés dans une convention entre une victime et un auteur de dommages – Sur ce point L. Neyret op cit p 9 ; T. Kadner-Graziano, Les principes du droit européen de la responsabilité délictuelle, Forces et faiblesses, in La responsabilité européenne de demain p 219 s spec p 241. Il paraît néanmoins douteux que ces règles puissent être choisies à titre de « droit applicable »

¹⁵ Paradoxalement, ces textes, en raison de leur origine savante, et de leur vocation affirmée à servir de modèles, ont peut être plus de valeur normative que les projets nationaux « officiels » qui n'apparaissent que comme des états provisoires d'un texte destinés à ne devenir du droit que par leur transformation, selon les procédures et établies, en texte législatif.

certain cas, on voit clairement à qui est ouverte la faculté : c'est ainsi, de manière explicite, le juge supposé appliquer un jour la règle dans l'article 2 :105 selon lequel « *le juge peut s'en remettre à une simple estimation de l'étendue du préjudice lorsque la preuve du montant exact se révèle trop difficile ou trop coûteuse à établir* »¹⁹ ; ce sont ainsi, à l'inverse, les droits nationaux dans l'article 5 :102 (1) selon lequel « *les droits nationaux peuvent prévoir des catégories supplémentaires de responsabilité sans faute pour activités dangereuses même si l'activité n'est pas anormalement dangereuse* »²⁰. Mais, dans de nombreux cas, le texte est susceptible de deux lectures, qui renvoient aux deux niveaux évoqués de « souplesse » ou de « flexibilité ». Typique à cet égard est l'article 2 :102 sur les intérêts protégés, qui est une des pièces essentielles du système mis en place par les PETL. Prévoyant que la vie et l'intégrité corporelle ou mentale et la liberté jouissent de la protection la plus étendue, puis que les droits de propriété se voient accorder une « protection étendue », le texte prévoit ensuite que « *la protection des intérêts économiques pourra être d'étendue plus limitée* ». On peut comprendre qu'il y a là une latitude accordée aux droits nationaux, voire aux décideurs politiques chargés de l'harmonisation : ils pourraient décider (à l'instar du droit allemand par exemple) d'accorder une protection plus limitée aux intérêts purement économiques, ou, à l'inverse, comme dans le droit français actuel, de ne pas hiérarchiser – lecture qui limite la force contraignante du modèle posé par les Principes, et qui en fait, sur ce terrain, un droit plus souple que celui qui résulterait d'une hiérarchie imposée. Mais on peut aussi comprendre que le texte, en posant cette hiérarchie souple s'adresse aussi et d'abord au juge hypothétique chargé de son application : l'idée est que, dans l'application qu'il ferait d'autres règles qui lui commandent de tenir compte de « la nature et de la valeur de l'intérêt protégé » (notamment l'article 4 :102 sur la faute)²¹ le juge doit nécessairement placer les intérêts personnels et la propriété avant les intérêts économiques, alors que l'appréciation péjorative des intérêts économiques n'est pour lui qu'une faculté. Lu ainsi, le texte fait entièrement partie du système flexible au sens où l'ont entendu les rédacteurs des Principes.

5- En dépit de ces recouvrements et de ces ambiguïtés, il m'apparaît important de bien distinguer, lorsqu'on parle de souplesse ou de flexibilité, les deux niveaux de discours : celui qui touche à la force contraignante des règles étudiées, et celui – qui seul nous intéresse ici

¹⁹ Art. 2 : 105.

²⁰ Un tel renvoi aux droits nationaux pour compléter les principes susceptibles d'être posés au niveau européen se retrouve dans le DCFR du Study group. V. ainsi l'article 6 :203 sur l'évaluation des dommages-intérêts et les articles 7 :101 et 7 :102

²¹ V infra n° ...

directement – qui concerne le contenu des règles, leur plus ou moins grande précision, ou généralité, et par conséquent la place plus ou moins importante qu'elles font au juge dans l'application et le développement du droit. Encore faut-il savoir quel sens on donne exactement, dans ce questionnement, au mot « juge ». Dans le langage ordinaire des juristes – ou du moins des juristes français – le mot est utilisé indifféremment dans deux sens, selon les contextes. Il désigne tantôt le juge (ou tribunal) concrètement envisagé comme acteur chargé de trancher un litige particulier (le juge du Code de procédure civile, le juge auquel l'article 1152 du Code civil donne pouvoir de réviser la clause pénale manifestement excessive ou dérisoire...), tantôt l'abstraction constituée par l'ensemble des juridictions – ou du moins des juridictions supérieures – qui, à travers l'interprétation des textes et le comblement des lacunes qu'elles sont amenées à opérer à l'occasion du règlement des litiges qui leur sont soumis, contribuent à la création de règles nouvelles complétant, et parfois contredisant les règles légales. Dans ce second sens, le mot juge renvoie à la notion de jurisprudence et à sa place parmi les sources du droit, alors que le rôle et les pouvoirs du juge concret, dans le premier sens, sont des questions qui relèvent du fond du droit (droit processuel, ou différentes branches du droit substantiel dans lesquelles ces pouvoirs peuvent être plus ou moins étendus). Si, d'une manière générale, le niveau de discours est aisément repérable en fonction du contexte, il n'en va pas toujours de même lorsqu'on se place à l'intérieur d'un champ disciplinaire particulier (le droit des contrats, le droit de la responsabilité civile) où la question du « rôle du juge » peut être entendue indifféremment sous l'angle de la place de la jurisprudence dans ce champ ou des pouvoirs conférés au tribunal dans l'application et éventuellement dans la modulation des règles qui en relèvent. Le glissement d'un niveau à l'autre dans le discours n'a du reste rien qui doive étonner, tant il est vrai qu'il n'y a pas, entre les deux, de solution de continuité. Rationnellement, certes, les deux questions sont parfaitement distinctes : ainsi on voit bien, en droit français actuel, que l'affirmation selon laquelle « le juge » a tiré de l'article 1384 alinéa 1 un régime général de responsabilité du fait d'autrui ne se situe pas sur le même plan que celle qui pose que « le juge » apprécie souverainement le montant des dommages-intérêts, mais qu'il ne peut pas tenir compte dans cette appréciation de la gravité de la faute ou de la situation financière des parties. Mais on sait bien que le droit jurisprudentiel ne peut se former qu'à partir des solutions données à l'occasion de litiges particuliers, et que la frontière entre ce qui relève de l'appréciation au cas par cas – donc du pouvoir du juge concret dans l'application des règles à chaque cas – et ce qui est susceptible de donner lieu à la création de véritables règles jurisprudentielles transcendant les différences entre les cas d'espèce (autre qu'elle n'a guère de sens dans les

systèmes de common law où la règle se dégage toujours malaisément du cas à l'occasion duquel elle a été posée) n'a, même dans les systèmes civilistes, rien de rigide et repose moins sur des considérations rationnelles que sur des considérations de politique juridique qui peuvent amener, à un moment donné, à cristalliser sous forme de règles ce qui relevait auparavant de l'appréciation au cas par cas (ou l'inverse). La présence dans un texte légal d'une « clause générale », d'une norme à contenu vague ou indéterminé (la faute, la force majeure, le lien de causalité entre le fait générateur et le dommage, la légitimité du préjudice, le principe de réparation intégrale etc.) peut, selon les cas, déboucher sur la création de véritables règles jurisprudentielles venant en préciser le contenu, ou sur de l'appréciation au cas par cas insusceptible d'être systématisée sous forme de règles. La question est évidemment très liée à la distinction opérée, dans le système, entre ce qui relève des pouvoirs d'appréciation du juge et de ce qui relève des règles jurisprudentielles : pour ne prendre qu'un exemple, on voit comment, la Cour de cassation qui, pour l'appréciation du préjudice résultant de la rupture de pourparlers précontractuels, s'abritait jusqu'à une période récente derrière le pouvoir souverain des juges du fond, a décidé en 2005 de poser en règle que ce préjudice ne pouvait pas comprendre la perte des bénéfices attendus du contrat non conclu²². Du coup, la distinction entre ce qui relève de la « jurisprudence » stricto sensu et les pouvoirs d'appréciation du juge est très liée à l'organisation juridictionnelle et à l'étendue du contrôle que la juridiction suprême exerce sur l'activité des juges du fond. De ce point de vue, on pressent que cette distinction sera assez difficile à manier pour l'examen de projets européens qui ne s'inscrivent pas dans un ordre juridique déterminé, et qui, s'ils étaient rendus applicables dans les différents états ou s'ils en inspiraient les évolutions législatives futures, se verraient appliqués par des juridictions nationales autonomes, sans contrôle par une cour internationale : d'où des divergences d'interprétation potentielles – phénomène souvent soulignées et déjà bien connus – mais aussi des divergences sur le champ même de ce qui relève de l'interprétation jurisprudentielle contrôlée (réductible à des règles complétant le substrat légal) et de ce qui relève de l'appréciation au cas par cas opérée sans contrôle ou avec un contrôle minimum de motivation par les juges du fond, donc non systématisable sous forme de règles d'interprétation.

6- En dépit de cette relativité, et de ces difficultés, il ne m'est pas apparu possible de procéder autrement, pour cette analyse des places respectives de la loi et du juge dans les projets

²² Référence arrêt Manoukian

européens, qu'en distinguant entre la question de la place de la jurisprudence dans la structuration de la matière, et celle des pouvoirs que les projets étudiés reconnaissent au juge. D'abord parce qu'il me semble que, tout de même, certaines questions relèvent nettement de l'un ou de l'autre niveau, et que, toutes précautions étant prises, je trouve essentiel de ne pas mettre sur le même plan, par exemple, la question de l'éventuelle création jurisprudentielle de régimes de responsabilité non prévus par les textes, et celle du pouvoir modérateur reconnu au juge dans l'évaluation des dommages-intérêts. Ensuite parce que, chacun le sait, en droit français, c'est dans la matière ici étudiée que, face aux 6 articles d'origine du Code civil, s'est manifesté avec le plus d'éclat le rôle créateur de la jurisprudence : la première préoccupation d'un juriste français pourrait donc être de savoir si ce rôle se maintiendrait avec la mise en place d'une harmonisation européenne inspirée de l'un ou de l'autre des projets étudiés, même si la question des pouvoirs reconnus au juge a sans doute, elle, beaucoup plus préoccupé les rédacteurs. Enfin parce qu'il me semble que, précisément, cette distinction est de nature à mettre en lumière l'ambiguïté fondamentale des projets européens en la matière : il s'agit de projets fondamentalement, et presque par nécessité, légalistes en ce qu'ils cherchent plutôt à limiter le rôle de la jurisprudence dans la création de règles nouvelles de responsabilité (I), mais en même temps de projets dont le contenu est particulièrement flexible en ce qu'ils reconnaissent des pouvoirs considérables aux juges dans leur application (II).

I- La place de la jurisprudence dans l'élaboration des règles relatives à la responsabilité civile : un droit légaliste

7- On ne peut *a priori* guère s'attendre à trouver, dans le texte même des projets étudiés, des indications explicites sur le rôle qu'ils entendent reconnaître à la jurisprudence pour les interpréter ou les compléter. D'une manière générale, dans les systèmes juridiques civilistes, les règles écrites relatives à telle ou telle matière, si elles peuvent octroyer des pouvoirs plus ou moins étendus au juge pour leur application au cas par cas, n'envisagent pas expressément elles-mêmes la possibilité d'être interprétées ou complétées par des règles jurisprudentielles ; le rôle du juge en tant que producteur de jurisprudence n'apparaît, éventuellement, que dans des dispositions générales relatives aux modes de production et d'application du droit, telles que, en France, les articles 4 et 5 du Code civil, ou, en Suisse, le célèbre article 1^{er} du Code civil selon lequel « A défaut d'une disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire

acte de législateur. Il s'inspire des solutions consacrées par la doctrine et la jurisprudence » (texte qui me semble de nature à émerveiller un juriste français !). Pour le reste, le rôle que la jurisprudence a joué ou peut être amenée à jouer dans tel ou tel domaine ne peut être déduit que de l'observation même des productions jurisprudentielles, ou, pour les textes nouveaux, de la découverte de lacunes ou d'imprécisions susceptibles de générer de la jurisprudence. Le premier exercice est évidemment plus facile que le second. Chacun sait bien sûr que, en France, la jurisprudence a construit, au fil des années un système de responsabilité délictuelle (et également contractuelle) dont les articles 1382 et suivants (ou, en matière contractuelle les articles 1147 et suivants) ne constituent plus aujourd'hui que le germe, la semence. De cette graine légale, on ne reconnaît plus grand chose dans l'arbre aux multiples ramifications qui continue encore aujourd'hui à se développer : principe général de responsabilité du fait des choses, extension des cas particuliers de responsabilité du fait d'autrui, transformation totale de la responsabilité des commettants et des parents, création d'un régime spécifique de responsabilité pour troubles de voisinage, réparation généralisée des préjudices par ricochet, contractualisation des obligations de sécurité, dérelativisation de la faute contractuelle etc... Chacun sait bien aussi que ce développement extraordinaire de la jurisprudence, dans ce domaine en particulier, est dû à la conjonction de divers facteurs : faiblesse quantitative des textes (6 articles !), caractère extrêmement général de leur rédaction ouvrant une large marge à l'interprétation, y compris contre la volonté des rédacteurs (l'article 1384 alinéa 1), ancienneté des textes face à une évolution sociale et technique rendant insupportable le maintien du système d'origine presque exclusivement fondé sur la faute, développement des assurances, montée en puissance de « l'idéologie de la réparation »... Il est évidemment assez difficile de prévoir, à partir de la seule observation des projets européens, le sort qu'ils pourraient avoir entre les mains des juges, les compléments, déformations et transformations que pourraient leur faire subir la jurisprudence s'ils entraient un jour en vigueur ou s'ils inspiraient des textes communautaires ou nationaux. La question est cependant cruciale si on rappelle que, comme on l'a déjà dit, ces textes seraient soumis non pas à une jurisprudence unifiée par une cour européenne, mais aux tribunaux et cours des différents états, et que le développement potentiel de règles jurisprudentielles divergentes compromettrait l'harmonisation recherchée. Quelques observations sur la structure et le contenu même de ces textes permettent de mesurer le risque.

8- A- Les premières remarques sont **d'ordre général** et pourraient être faites à propos de tout projet ou texte nouveau intervenant dans n'importe quel champ. La jurisprudence ayant

vocation à se développer lorsque la loi comporte des lacunes, des imprécisions, des obscurités, on peut penser que, plus un texte est complet et précis, moins le juge aura de place pour l'interpréter ou le compléter par de nouvelles règles. On sent bien néanmoins qu'on ne peut pas aller très loin dans cette voie, tant on sait, par expérience qu'un texte légal, si complet que ses rédacteurs l'aient voulu, ne peut jamais tout prévoir, et que, si clair qu'il puisse paraître à première lecture, il n'est jamais à l'abri de difficultés d'interprétation inattendues naissant de la confrontation avec l'infinie diversité des situations de fait. Ces considérations générales ne doivent pas empêcher cependant de se demander si les projets examinés ne contiennent pas trop – pour reprendre la formulation de l'article 4 de notre code civil – de « silences », d'« insuffisances » ou d'« obscurités » qui nécessiteraient le développement de règles jurisprudentielles complémentaires.

9- Des **silences**, des lacunes, les projets en comportent certes un certain nombre, en ce qu'ils n'abordent pas toutes les questions qui peuvent se poser à propos de la réparation d'un dommage. C'est ainsi que – et on a pu le regretter – les Principes de Vienne ne règlent pas, pour l'instant la question de la prescription²³ ; ils ne règlent pas davantage la question des rapports entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle²⁴, ni celles des conventions relatives à la responsabilité...²⁵ Ces questions sont présentes dans le projet du Study group, soit dans le livre VI lui-même, soit dans d'autres livres du DCFR²⁶, mais à l'inverse on ne trouve dans celui-ci aucune réglementation d'ensemble des causes d'exonération²⁷. On ne s'arrêtera cependant guère à ces lacunes, dans la mesure où ces textes ne doivent pas être jugés selon les critères qu'on appliquerait à un projet de loi prêt à devenir du droit positif (où de telles lacunes seraient catastrophiques): ce sont des « works in progress », des versions provisoires sur lesquels les auteurs continuent à travailler et qui pourront, ultérieurement, être complétées pour recevoir des dispositions sur des points oubliés ou négligés. On ne saurait donc considérer les manques actuels comme des signes de l'incomplétude des projets au regard de la question qui nous occupe.

²³ T. Kadner-Graziano, op cit p 243

²⁴ Ce silence n'est peut-être pas une lacune ; il signifie peut-être que les auteurs, inspirés par la conception complètement unitaire qui prévaut en droit autrichien, ont entendu ne pas poser de règles différentes. Là dessus, je renvoie aux communications de la seconde table ronde du présent séminaire.

²⁵ Sur ces lacunes V P. Brun, Regards hexagonaux sur les principes du droit européen de la responsabilité civile in *Liber amicorum, Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, Lextenso éd., 2008, p. 187 spec p 189

²⁶ Dans le DCFR, les dommages-intérêts contractuels sont réglés au livre III art 3 :101 s, la prescription aux articles 7 :101 s du même livre.

²⁷ Alors que celles-ci sont traitées, bien que de manière sommaire, à l'article 7 :102

10- Beaucoup plus importante est la question de savoir si, sur les points abordés, la réglementation proposée peut être considérée comme **suffisante** pour ne pas ouvrir des portes trop grandes au développement d'un droit jurisprudentiel. Entendons ici suffisante comme suffisamment précise, suffisamment détaillée pour ne pas nécessiter sur tous les points la création de règles complémentaires. Je précise à nouveau cependant que – conformément au plan adopté - je laisse de côté pour l'instant la présence dans les textes examinés des standards, des notions générales qui, de mon point de vue, n'appellent pas normalement la formation de règles d'interprétation, mais ouvrent au juge un pouvoir d'appréciation au cas par cas dont les résultats sont insusceptibles d'être systématisés dans un corpus normatif jurisprudentiel. Sur le degré de détail et de précision des règles posées dans les projets, on peut trouver un indice dans la dimension quantitative qu'ils revêtent. A l'évidence, il s'agit de textes nettement plus fournis, non seulement que le droit français, mais encore que la plupart des droits nationaux issus des codifications traditionnelles. 57 articles pour le Livre VI du projet du Study group, 36 articles pour les Principes du groupe de Vienne et de Tilburg – ce qui est évidemment beaucoup plus que les 6 articles du Code civil français ou même que les 22 du Code des obligations suisses. En revanche, ils se situent grosso modo quantitatif que les différents projets nationaux correspondants : l'avant-projet français fait 91 articles, le projet suisse en comporte 61, le projet autrichien 43.... Par cette dimension quantitative, s'inscrivent clairement dans le souci des rédacteurs de tous les textes ou projets modernes de mettre en place une réglementation détaillée de la responsabilité civile, de nature à première vue à limiter la création de règles jurisprudentielles. Cette question de la dimension quantitative des textes a été discutée lors du colloque de Genève, où P. Le Tourneau a semblé regretter, à propos de l'avant-projet français, que nous soyons trop entrés dans le détail au risque d'empêcher toute évolution jurisprudentielle ultérieure²⁸. A quoi P. Brun a objecté que cela remettait « en cause, au delà de la méthode, le pourquoi de l'entreprise ... si on avait voulu rester à l'état de clauses générales comme on les trouve dans le Code civil, dont je pense qu'il est fort bien rédigé, l'entreprise était superflue »²⁹. Et il est vrai que si on décide de s'attaquer aujourd'hui à une réforme législative d'ensemble de la responsabilité civile (ou de toute autre matière relevant du droit commun), c'est nécessairement pour faire sortir (au moins temporairement) du giron de la jurisprudence des questions que le laconisme ou l'obsolescence des textes antérieurs y avait fait rentrer. C'est encore plus évident au niveau européen, où, comme on l'a dit, la limitation de la marge de manœuvre laissée à la

²⁸ La responsabilité civile européenne de demain, op cit p 197

²⁹ La responsabilité civile européenne de demain op cit p 201

jurisprudence dans l'interprétation des textes ou le comblement des lacunes paraît être une condition indispensable à l'harmonisation³⁰.

11- Ces observations quantitatives qu'il faut du reste relativiser³¹, ne doivent pas occulter le fait que les deux projets ne donnent pas sur tous les points qu'ils abordent une réglementation très détaillée et que, outre l'utilisation qu'ils font des standards et notions générales, ils laissent sur certains aspects, de manière plus ou moins volontaire, la porte ouverte à des compléments jurisprudentiels. Le degré de détail dans la réglementation peut, selon les questions, être très différent d'un projet à l'autre. Un exemple caractéristique est fourni par la réglementation dans les deux projets du lien de causalité. Ici nous avons, dans les Principes of european tort law, une réglementation très détaillée, dans laquelle les rédacteurs ont voulu envisager toutes les hypothèses : vient ainsi, après une définition générale de la causalité, inspirée par l'équivalence des conditions (art 3 : 101 : Condition sine qua non), la question des causes concurrentes, celle des causes alternatives, celle des causes potentielles, la causalité partielle incertaine, les causes incertaines dans la sphère d'influence de la victime ! Beaucoup moins détaillé apparaît sur cette question le DCFR. Le chapitre IV du Livre VI relatif à la « causation » tient en 3 articles relativement courts : un sur la définition générale de la causalité, un sur la collaboration entre plusieurs acteurs, le troisième sur les causes alternatives. Mais c'est de toute façon plus détaillé que l'avant-projet français, où le laconique article 1347 « La responsabilité suppose établi un lien de causalité entre le fait générateur et le dommage », ne contient aucune définition, même embryonnaire, d'un tel lien, et n'est complété que d'un texte consacré au dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe. Lors du colloque de Genève, beaucoup de participants se sont étonnés de cette discrétion des rédacteurs de l'avant-projet³², alors surtout que, dans un système très ouvert comme celui du droit français, l'appréciation de la causalité est pratiquement le seul moyen de « fermer le robinet », du moins dans les cas de responsabilité objective. « *Vous auez*

³⁰ Ce que n'est nullement en revanche la reconnaissance par les règles harmonisées au profit de chaque juge de pouvoirs d'appréciation ou de modulation dans l'application des règles.

³¹ D'une part les articles des deux projets, comportant un nombre important de divisions et subdivisions, sont en général beaucoup plus longs, non seulement que ceux des codifications nationales existantes (ce qui renforce la disproportion) mais encore que ceux de l'avant-projet français, qui reste dans l'ensemble fidèle à la technique traditionnelle de codification à la française, où les articles dépassent rarement 3 ou 4 lignes. D'autre part, il faut observer – pour se limiter aux différents projets nationaux ou européens - que tous n'ont pas le même champ : alors que le projet français, et plus encore le projet suisse, incorporent certaines réglementations spécifiques, les projets européens ne touchent que le droit commun de la responsabilité (sauf dans le projet du Study group à reprendre sous forme d'articles synthétiques – art 3 :204 et 3 :205 – la responsabilité du fait des produits défectueux et la responsabilité du fait des véhicules automobiles). complémentaires.

³² La responsabilité civile européenne de demain, précité p 252 s spec les remarques de H. Koziol p 155 et A. Hirsch p 255

probablement du mal, a observé l'un des participants, à *convaincre d'autres pays à faire à ce point confiance aux juges, en renonçant à définir dans la loi les limites mêmes de la responsabilité civile* »³³. Mais, pour revenir aux PETL, on ne peut s'empêcher de penser que sur d'autres points, la réglementation est étrangement sommaire, au delà même des pouvoirs d'appréciation au cas par cas qu'elle entend donner au juge : on a du mal à imaginer, par exemple, que la réglementation en un seul article (art 7 :102) des causes d'exonération, puisse se suffire à elle-même, sans compléments jurisprudentiels. La mesure de ces « insuffisances » du texte ne pourra cependant être faite qu'à travers l'étude détaillée au fond des différents aspects.

12- Pour la même raison, je ne me risquerai pas ici à faire le compte des « **obscurités** » qui, dans l'un et l'autre projet, seraient de nature à ouvrir aux juges nationaux une marge d'interprétation. Nous aurons l'occasion, sans doute, de relever dans la suite des séminaires un certain nombre de dispositions dont la rédaction mériterait d'être précisée si on voulait éviter des interprétations divergentes. Du point de vue de la méthode, je voudrais seulement faire état ici de la technique spécifique utilisée par le Study group dans le DCFR (et pas seulement du reste dans le livre consacré à la responsabilité extracontractuelle) pour prévenir les difficultés d'interprétation : il s'agit de préciser le sens des termes utilisés par des définitions qui figurent, soit en annexe pour les concepts transversaux (indemnify, loss, duty, injured person...), soit dans le courant des différents livres pour les termes plus spécifiques utilisés dans tel ou tel article. Dans le Livre VI, un exemple caractéristique est fourni par l'article 3 :206 relatif à la responsabilité pour les dommages causés par des substances ou des émissions dangereuses : après l'énoncé des règles, les paragraphes (2), (3) et (4) donnent des précisions sur ce qu'il faut entendre par substance³⁴ émission³⁵ et installation³⁶. Héritée de la technique anglaise de rédaction des lois, cette technique est évidemment fort éloignée de la tradition juridique française, même si on la connaît désormais à travers l'importation de textes d'origine communautaire³⁷. Elle est censée enfermer le juge dans des interprétations préétablies par le législateur lui-même.

³³ A. Hirsch, précité p 256

³⁴ "Substance" includes chemicals (whether solid, liquid or gaseous). Microorganisms are to be treated like substances.

³⁵ "Emission" includes: (a) the release or escape of substances; (b) the conduction of electricity; (c) heat, light and other radiation; (d) noise and other vibrations; and (e) other incorporeal impact on the environment.

³⁶ "Installation" includes a mobile installation and an installation under construction or not in use

³⁷ V par exemple en matière de responsabilité du fait des produits défectueux l'article 1386-3 Cciv

13- B- Au delà de ces observations générales qui pourraient valoir pour toute matière, une **question plus spécifique** à la matière est celle de savoir dans quelle mesure la réglementation légale laisse au juge la possibilité de créer de nouveaux régimes de responsabilité non prévus par les textes. C'est une question à laquelle les juristes français sont particulièrement sensibles, dans la mesure où c'est d'abord par là que s'est manifesté le pouvoir créateur de la jurisprudence dans ce domaine – la création de nouveaux régimes s'étant opérée soit à l'abri de textes généraux (article 1384 al 1 ayant servi à fonder le principe général de responsabilité du fait des choses et l'extension des cas de responsabilité du fait d'autrui), soit même sans texte (la responsabilité pour troubles de voisinage, d'abord rattachée à l'article 1382 avant d'être affirmée comme un régime autonome fondé sur un « principe » non écrit). La question se pose avec acuité vis à vis des projets examinés, parce qu'ils s'ouvrent l'un³⁸ et l'autre³⁹ (art 1 :101 de chaque projet) par une « norme de base » (basic rule) qui annonce les différents cas de responsabilité développés ensuite. Une telle norme d'annonce se trouve également dans divers projets nationaux : l'article 41 du projet de révision suisse (« Norme fondamentale d'imputation ») – très proche du 1 :101 des PETL⁴⁰, le §1292 du projet autrichien (« Grundregel »)⁴¹ mais aussi l'article 1340 qui ouvre le sous-titre relatif à la responsabilité civile dans l'avant-projet français. Lors du colloque de Genève, le sens et la portée normative de ces normes de base ont été abondamment discutées, en liaison directe avec la problématique ici abordée : l'existence d'une telle norme est-elle de nature à ouvrir la création de nouveaux cas de responsabilité par le juge ?⁴²

³⁸ Article 1:101 PETL: Norme de base : (1) Toute personne à qui le dommage subi par autrui est légalement imputable est tenue de le réparer. (2) Le préjudice peut être imputé en particulier à toute personne: a) dont le comportement fautif a été la cause du dommage; ou 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

³⁹ Article 1:101 Livre VI DCFR: "(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 (Accountability) so provides"

⁴⁰ Art 41 Norme fondamentale d'imputation (1) Une personne est tenue de réparer le dommage causé à autrui dans la mesure où le fait dommageable peut lui être imputé en vertu de la loi (2) Un dommage résultant d'un fait illicite est imputable notamment a. A la personne qui l'a causé par son comportement fautif (art 48) b. A la personne qui recourt à des auxiliaires (art 49 et 49a) c. A la personne qui exploite une activité spécifiquement dangereuse (art 50)

⁴¹ §1292 Grundregel (1) L'objectif du droit de la responsabilité civile est de réparer les dommages, et en même temps de faire en sorte à ce que les dommages soient évités (2) Une personne doit réparer un dommage, quand celui-ci peut lui être imputé sur le fondement de la loi, en particulier s'il a été causé par son comportement fautif, par une source de dangers qui est dans son domaine d'influence ou d'intérêts, par une intrusion permise dans un droit d'autrui ou par un de ses auxiliaires.

⁴² La responsabilité civile européenne de demain, p 249- 252 et, spécialement à propos du projet français p 197s

14- Comme cela a été montré lors de ces discussions par P. Widmer à propos de l'article 41 du projet suisse et de l'article 1 :101 des PETL, on ne peut pas considérer que ces textes sont uniquement des textes d'annonce, sans contenu normatif. Ils ont au minimum un contenu normatif négatif, en ce qu'ils posent des conditions sans lesquelles il ne pourrait pas y avoir responsabilité civile. On veut dans ces textes « faire passer un message normatif, dans la mesure où on veut dire : pour qu'il y ait responsabilité, il faut qu'il y ait une base légale, un critère d'imputation prévu par la loi. Il y a là un contenu normatif et non simplement d'annonce »⁴³. C'est ainsi que nous avons conçu l'article 1340 dans l'avant-projet français : il s'agissait, en posant dans l'alinéa 1^{er} comme condition générale de responsabilité le caractère « illicite ou anormal » du fait générateur de responsabilité d'indiquer que jamais la responsabilité ne devait être retenue en l'absence d'un de ces deux caractères ; plus précisément, il s'agissait de condamner la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de responsabilité parentale, qui, depuis l'arrêt Levert⁴⁴, estime que les parents peuvent être responsables du seul fait que l'enfant a causé le dommage, même s'il n'a pas eu un comportement objectivement illicite. De même, pour justifier le premier alinéa du §1292 du projet autrichien, qui énumère les fonctions de la responsabilité civile (réparer et prévenir les dommages) H. Koziol explique que c'était une manière de marquer que les dommages et intérêts punitifs devaient rester en dehors du droit de la responsabilité civile⁴⁵. Mais faut-il aller au delà et donner à ces textes d'annonce ce qu'on pourrait appeler un contenu normatif positif, permettant au juge (à la jurisprudence) de s'en saisir pour créer sur leur seul fondement un régime de responsabilité plus général que ceux que le texte énumère ensuite ? Loin d'apparaître, comme dans l'analyse précédente, comme une limite aux initiatives de la jurisprudence, ces textes constitueraient alors un encouragement à la création par le juge de nouveaux régimes.

15- La réponse n'est pas très claire dans le projet français : même si – je peux en attester – la volonté des rédacteurs du projet était seulement de faire un texte d'annonce posant les conditions minimales de toute responsabilité et nullement d'ouvrir la porte à la création d'un régime général de responsabilité pour fait illicite ou anormal, il est clair que la rédaction du texte ne l'indique nullement. Et nous avons en France l'expérience de la « découverte » du principe général de responsabilité du fait des choses (et des cas supplémentaires de

⁴³ op cit p 249 – adde B. Schmidlin p 252 qui parle de “fonction délimitative”

⁴⁴ Cass iv2 10 mai 2001, solution ultérieurement confirmée par Cass Ass plen 13 décembre 2002

⁴⁵ La responsabilité civile européenne de demain p 251

responsabilité du fait d'autrui) dans l'article 1384 alinéa 1 dont chacun savait très bien, à l'époque, que dans l'esprit des rédacteurs du Code, il ne s'agissait que d'un texte d'annonce des alinéas et des articles suivants. Pour bloquer une utilisation directe du texte, il aurait fallu pour le moins dire que « Tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage à autrui oblige celui à qui il est imputable à le réparer dans les cas prévus aux articles suivants »⁴⁶. Or c'est précisément ce qu'on fait les rédacteurs des autres projets nationaux et des projets européens. Dans les PETL l'article 1 :101 fait peser l'obligation de réparer sur « toute personne à qui le dommage subi par autrui est **légalement** imputable » - ce qui est très proche de la formule du projet suisse qui dispose que toute personne est tenue de réparer le dommage causé à autrui « dans la mesure où le fait dommageable peut lui être imputé en vertu de la loi »⁴⁷. On pourrait, il est vrai, avoir un doute si on considère la suite de ces textes, où figure une énumération non limitative des principaux régimes de responsabilité : « le préjudice peut être imputé en particulier... »(PETL), « un dommage résultant d'un fait illicite est imputable notamment ... » (projet suisse), « en particulier lorsque... » (projet autrichien). Mais ce caractère non limitatif n'est pas de nature à remettre en cause l'exigence première posée au départ d'une base légale des différents cas de responsabilité : il peut y avoir d'autres régimes, mais il ne peut s'agir de toute façon que de régimes prévus par la loi. Ces « normes de base » se renferment donc clairement sur ce que j'ai appelé « le contenu normatif négatif » : leur objet est d'abord de dire au juge qu'il ne peut pas retenir une responsabilité en dehors des cas légalement prévus. C'est encore plus évident dans la norme de base des principes du Study group, dont la structure est assez différente. Le texte en effet se présente comme une énumération des deux grandes catégories de responsabilité civile : on peut être responsable soit pour avoir causé un dommage par sa faute (intentionally or negligently), soit d'une autre manière « otherwise accountable ». Mais dans ce cas, “si une personne n'a pas causé un dommage légalement reconnu par sa faute intentionnelle ou sa négligence, cette personne n'est responsable de ce dommage que si le chapitre 3 (imputabilité) en dispose ainsi ». C'est dire que le juge ne peut pas créer d'autres cas de responsabilité sans faute que ceux qui sont prévus par ce chapitre.

16- Sur ce dernier point, cependant, les Principes de Vienne consacrent une solution différente, qui déroge de manière remarquable au principe de la source légale de

⁴⁶ C'est ce que nous avons fait dans l'article 1355, texte d'annonce relatif aux différents cas de responsabilité du fait d'autrui « Cette responsabilité a lieu dans les cas et aux conditions prévues aux articles 1356 à 1360 »

⁴⁷ C'est textuellement aussi ce que dit le projet autrichien: “wenn er ihr auf Grund des Gesetzes zugerechnet werden kann”

responsabilité prévu à l'article 1 :101. S'agissant, dans la suite du texte, de la responsabilité sans faute, l'article 5 :101 pose une nouvelle clause générale (il est vrai assez minimaliste⁴⁸) prévoyant la responsabilité de plein droit de « toute personne pratiquant une activité anormalement dangereuse », qui renvoie largement à une appréciation au cas par cas⁴⁹. Mais, en outre, le 5 :102 ouvre la porte à la création d'autres « catégories » de responsabilité sans faute, non seulement (1) par les droits nationaux pour des activités dangereuses mais pas « anormalement dangereuses », mais aussi, dans le (2) « sauf disposition contraire du droit national... par analogie avec d'autres sources de risque de dommage comparable ». Ce dernier texte, en ce qu'il vise expressément des « catégories additionnelles de responsabilité sans faute », semble bien envisager la création jurisprudentielle de nouveaux régimes de responsabilité objective⁵⁰. De ce point de vue, l'opposition est nette avec le Livre VI du DFCR, qui énumère et régleme de manière très détaillée dans les articles 3 :201 à 3 :208, les différents cas de responsabilité sans faute: responsabilité pour les dommages causés par les employés et les représentants, responsabilité du fait de l'état d'insécurité d'un immeuble, responsabilité du fait des animaux, du fait des produits défectueux, du fait des véhicules automobiles, responsabilité du fait des substances ou émissions dangereuses. Selon l'indication que donne dès le départ l'article 1 :101 qui lui donne un caractère limitatif, cette énumération n'ouvre à la jurisprudence aucune marge créatrice.

16- D'une manière générale, et sous réserve de quelques portes assez étroites, les projets européens – et sans doute plus nettement le projet du groupe Von Bar que celui du groupe de Tilburg et de Vienne, cherchent plutôt à limiter la marge de création jurisprudentielle – entendue du moins comme la constitution par les tribunaux d'un corps systématisable de règles générales qui viendraient compléter ou préciser les principes qu'ils édictent. Ce n'est pas dire, bien au contraire que ces règles ne reconnaissent pas un large pouvoir aux juges dans leur application. S'ils sont légalistes sur le terrain des sources du droit, les deux projets sont – quoique de manière sensiblement différente – flexibles quant aux modes de réalisation du droit.

⁴⁸ T. Kadner-Graziano, op cit p 238 s. C'est bien sûr, sur le fond, une des divergences fondamentales avec le droit français, tant positif que prospectif – V. P. Brun, art précité aux mélanges Viney

⁴⁹ Appréciation éclairée il est vrai par diverses précisions données dans la suite du texte : sur cette méthode caractéristique du « système flexible » de Wilburg V infra n°

⁵⁰ L'utilisation du vocable « catégories additionnelles de responsabilité » semble en effet exclure qu'il ne s'agisse que de permettre au juge de faire de l'analogie au cas par cas. Par ailleurs, dès lors que le texte prévoit cette création « sauf disposition contraire des droits nationaux », on ne peut pas considérer qu'il s'agit d'ouvrir la porte de cette création aux législateurs nationaux. A qui d'autre alors sinon à la (aux) jurisprudence(s) ?

II- Les pouvoirs du juge dans l'application des règles du droit de la responsabilité civile : un droit flexible

17- Tout système juridique – même s'il se veut étroitement légaliste - contient un certain nombre de notions à contenu imprécis, de standards, qui laissent au juge une latitude plus ou moins grande dans l'application des règles aux différents cas qui lui sont soumis. Le droit de la responsabilité civile constitue un des domaines du droit où ces standards prolifèrent tout particulièrement, ce qui apparaît très clairement lorsqu'on se livre à la comparaison classique de la responsabilité civile et du droit pénal : alors que ce dernier, dans les systèmes juridiques modernes, classe les comportements répréhensibles dans des catégories les plus précises possibles qu'il « tarifie » d'une manière également de manière précise (au moins en enfermant la sanction dans une limite maximum indépassable), le droit de la responsabilité civile n'appréhende souvent les comportements dommageables et leurs conséquences qu'à travers des concepts généraux qui constituent autant de portes ouvertes au pouvoir d'appréciation du juge, tant dans la décision qu'il doit prendre sur l'imputabilité du dommage à telle ou telle personne que dans le choix du mode et du montant de la réparation à accorder. Plus ou moins sensible selon les systèmes juridiques, ce pouvoir d'appréciation laissé au juge apparaît particulièrement développé dans les projets européens, aussi bien dans le DCFR que dans les PETL, qui, de ce point de vue, mettent en place des règles de droit souple ou flexible. On le voit d'emblée, lorsqu'on lit ces textes, à travers le nombre et la diversité des standards, notions floues, à contenu variable, qu'on y rencontre, derrière lesquels apparaît la reconnaissance de pouvoirs judiciaires eux-mêmes extrêmement divers. Il est ainsi très significatif ainsi que, dans les principes du Study group, on trouve 17 fois le mot « reasonable » (parfois englobé dans l'expression « fair and reasonable » et 11 fois « reasonably » ; ces mêmes mots ne se rencontrent que 7 fois dans les PETL, mais cela est compensé par l'emploi particulièrement fréquent, déjà signalé, du terme « may » (peut ou pourra), qui, dans un nombre important de cas, s'applique aux décisions du juge. Autres termes caractéristiques de pouvoirs importants reconnus au juge dans l'un et l'autre texte : l'équité dans les articles 3 :104 et 5 : 301 du DCFR, le « juste » dans l'article 8 :101 des PETL, l'anormal dans l'article 5 :101 des mêmes principes etc. Au delà des objets très divers auxquels ils s'appliquent (A), il me paraît surtout important, au regard de la problématique de cette première table ronde, de montrer la manière dont ces pouvoirs sont encadrés par les deux textes examinés (B).

18- A- L'étude précise des **différents pouvoirs** reconnus aux juges dans l'application des règles posées par les projets européens ne peut être faite que dans le cadre de l'examen au fond du contenu de ces règles. Je me bornerai ici à en faire un rapide catalogue, en distinguant, classiquement, selon qu'ils interviennent au niveau de l'appréciation des conditions de la responsabilité, ou de l'octroi de la réparation.

19- Dans tous les systèmes juridiques, on trouve parmi les conditions de la responsabilité un certain nombre de standards dont l'application relève très largement du cas par cas – quels que puissent être les efforts du législateur ou de la jurisprudence pour les encadrer par des règles précises. Le plus universel de ces standards est naturellement celui de faute, qui constitue – comme dans la plupart des ordres juridiques nationaux – le concept clé de la responsabilité aussi bien dans les PETL (art 4 :101) que dans les DCFR (art 3 :101 et 3 :102). Ces textes ne sont donc pas les plus caractéristiques de l'importance des pouvoirs du juge dans les projets considérés – alors surtout nous le verrons que, dans les PETL au moins, il y a sur cette question une volonté très nette d'encadrer le pouvoir d'appréciation du juge. Pour la même raison, on ne s'arrêtera guère sur les standards assez répandus de préjudice légitime (art 2 :103 PETL, art. 2 :101 a DCFR qui se réfère à la notion d'intérêt « digne de protection légale »), de force majeure (art 7 :102 PETL), de légitime défense (art 7 :101 PETL, art 5 :202 DCFR). Les deux textes sont beaucoup plus caractéristiques lorsqu'ils envisagent (d'une manière qui est sur le fond très étrangère au droit français) la détermination des préjudices réparables : les PETL définissent ce préjudice à travers la hiérarchie déjà évoquée des intérêts protégés, qui apparaît dans l'article 2 :102 comme une hiérarchie souple à la disposition du juge (ce que traduit la particulière abondance dans ce texte du verbe « pouvoir » ; quant au DCFR, il pose que, hors le cas où un dommage est spécialement reconnu par les règles qu'il édicte, « la perte ou l'atteinte ne constitue un dommage légalement relevant que s'il apparaît « fair and reasonable » qu'il y ait dans ce cas un droit à réparation ou à prévention » - ce qui, là encore, laisse au juge un très large pouvoir d'appréciation⁵¹. De ce point de vue,

⁵¹ (1) Loss, whether economic or non-economic, or injury is legally relevant damage if: (a) one of the following rules of this Chapter so provides; (b) the loss or injury results from a violation of a right otherwise conferred by the law; or (c) the loss or injury results from a violation of an interest worthy of legal protection. (2) In any case covered only by sub-paragraphs (b) or (c) of paragraph (1) loss or injury constitutes legally relevant damage only if it would be fair and reasonable for there to be a right to reparation or prevention, as the case may be, under VI. – 1:101 (Basic rule) or VI. – 1:102 (Prevention).

cependant, les différentes questions relatives aux conditions de la responsabilité peuvent être traitées de manière très différente d'un projet à l'autre, et la question de la responsabilité sans faute en constitue un exemple particulièrement caractéristique. Comme on l'a déjà vu, dans le DCFR, cette responsabilité sans faute n'est régie que par une accumulation de règles particulières qui, non seulement ne laissent aucune place à la création jurisprudentielle d'autres catégories, mais – et c'est cela qui nous intéresse ici – ne laissent, compte tenu de leur précision, qu'une latitude très réduite dans l'application des différentes règles aux cas particuliers. A l'inverse, les PETL (outre qu'ils permettent une ouverture jurisprudentielle de catégories additionnelles⁵²), édictent une clause générale de responsabilité pour activités anormalement dangereuses susceptible de laisser une large place à la casuistique. Les règles relatives à la responsabilité des mineurs ou des personnes atteintes d'un trouble mental sont également très intéressantes par rapport à la problématique qui nous occupent. En droit français, la question est réglée de manière rigide par une règle en partie légale (art 414-3 Cciv), en grande partie jurisprudentielle⁵³ : l'absence de discernement, qu'elle soit due à l'âge ou au trouble mental, n'a aucune incidence sur la responsabilité. Elle peut l'être, dans d'autres droits, par une règle légale en sens inverse qui exclut abstraitement la responsabilité des jeunes enfants ou des déments⁵⁴. Dans les deux projets examinés, la règle est, en gros : c'est au juge de décider en fonction des circonstances. Dans les PETL, cela n'apparaît, dans l'article 4 :102 (2) qu'à travers la possibilité reconnue au juge, d'ajuster le standard de conduite requis dans l'appréciation de la faute « lorsqu'en raison de l'âge, du handicap mental ou physique ... il n'est pas possible d'exiger d'une personne qu'elle s'y conforme ». Dans le DCFR, le pouvoir d'appréciation reconnu au juge est beaucoup plus explicite. Pour les mineurs, il se manifeste à travers dans l'article 3 :303 par l'appréciation *in concreto* de la faute : ils ne sont responsables que « s'ils ne se sont pas comportés avec toute la diligence qui pourrait être attendue d'une personne raisonnablement diligente du même âge dans les mêmes circonstances »⁵⁵. Surtout, pour les déments, l'art 5 : 301 renvoie à une appréciation d'équité, tant dans le principe même de leur responsabilité que dans l'évaluation du montant des dommages et intérêts « Une personne qui est mentalement incompétente au moment où son comportement cause le dommage est responsable seulement si c'est équitable, en

⁵² V supra n°.

⁵³ Cass Ass plen 9 mai 1984: arrêts Lemaide, Derguini, Gabillet et Fullenwarth

⁵⁴ C'était la solution du droit français avant 1968 (pour les déments) et avant 1984 (pour les infans)

⁵⁵ (1) A person under eighteen years of age is accountable for causing legally relevant damage according to VI. – 3:102 (Negligence) sub-paragraph (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. Le texte ne s'applique qu'aux mineurs âgés de 7 ans au moins: en dessous de cet âge, l'alinéa suivant pose un principe d'irresponsabilité.

considération de ses moyens financiers et de toutes les autres circonstances du cas. La responsabilité est limitée à une récompense raisonnable »⁵⁶. Il est clair que dans ce cas on va bien au delà du pouvoir d'appréciation habituellement reconnu au juge dans le cadre de l'application d'un standard.

20- Le juriste français s'étonnera moins des multiples pouvoirs au juge reconnus par les deux projets en ce qui concerne les modalités et le montant de la réparation, puisque c'est un domaine où, en droit français, règne largement un principe d'appréciation souveraine des juges du fond, avec un contrôle de la Cour de cassation limité à la motivation. On sait que les rédacteurs de l'avant-projet français ont plutôt essayé de limiter ce pouvoir, en consacrant la partie la plus détaillée de leur texte aux effets de la responsabilité. Dans les projets européens, cette réglementation de la réparation du dommage est plutôt moins fouillée, et elle laisse une large place à toutes sortes de pouvoirs d'appréciation du juge. Pouvoir, d'abord, d'apprécier si la réparation doit être accordée en argent ou en nature, à condition que, dans les PETL (art. 10 : 104) « cela soit possible et pas trop lourd pour l'autre partie », ou, dans le texte du Study group « selon ce qui paraît approprié, en considération de la nature et de l'étendue du dommage et de toutes les autres circonstances du cas » (article 6 :101 (2))⁵⁷. Pouvoir de choisir entre l'attribution des dommages-intérêts sous forme de capital ou de rente « selon ce qui convient, eu égard notamment aux intérêts de la victime » (PETL art 10 :102). Pouvoir d'appréciation du montant de la réparation en cas de détérioration d'un bien à travers l'appréciation du caractère raisonnable ou non du coût des réparations (art 6 :101 DCFR⁵⁸, art.10 :203 PETL⁵⁹. Pouvoir d'appréciation du caractère raisonnable des dépenses engagées à la suite d'un dommage corporel (PETL art. 10 : 202, DCFR 6 : 301)... Mais c'est bien sûr la reconnaissance par l'un et l'autre projet d'un pouvoir modérateur du montant des dommages

⁵⁶ « A person who is mentally incompetent at the time of conduct causing legally relevant damage is liable **only if this is equitable**, having regard to the mentally incompetent person's financial means and all the other circumstances of the case. **Liability is limited to reasonable recompense**”. La solution est inspirée du droit allemand (§829 BGB) et du droit suisse (art 54 CO). Elle se retrouve dans le projet suisse

⁵⁷ “as is most appropriate, having regard to the kind and extent of damage suffered and all the other circumstances of the case”

⁵⁸ (3) *Where a tangible object is damaged, compensation equal to its depreciation of value is to be awarded instead of the cost of its repair if the cost of repair unreasonably exceeds the depreciation of value. This rule applies to animals only if appropriate, having regard to the purpose for which the animal was kept.* (3) « la compensation doit être égale à la perte de valeur plutôt qu'au coût de la réparation si le coût de la réparation excède déraisonnablement la perte de valeur ».

⁵⁹ «l'estimation de base des dommages et intérêts équivaut à la valeur de la chose ou à la diminution de sa valeur, et à cette fin l'intention de la victime de remplacer ou de réparer la chose est sans effet. Néanmoins, si la victime l'a remplacée ou réparée (ou s'apprête à le faire), elle pourra dans la limite du raisonnable obtenir le remboursement d'une dépense plus élevées »

et intérêts qui est l'illustration la plus caractéristique de la flexibilité des règles d'évaluation posées. Ce pouvoir – inconnu du droit français – apparaît dans l'article 10 : 401 des PETL selon lequel : « Dans un cas exceptionnel, si à la lumière de la situation financière des parties la compensation intégrale constituait une charge oppressive pour le défendeur, le montant des dommages-intérêts pourrait être réduit. Pour décider si cette réduction doit avoir lieu, il devra notamment tenir compte du fondement de la responsabilité (Art 1 :101), de l'étendue de la protection de l'intérêt (Art 2 : 102) et de l'importance du préjudice ». Ce texte trouve une sorte de pendant dans l'article 6 :202 des Principes du Study group selon lequel « S'il est juste et raisonnable (fair and reasonable) de le faire, une personne peut être relevée en tout ou en partie de son obligation de réparer si, lorsque le dommage n'a pas été causé intentionnellement, la responsabilité entière serait disproportionnée à l'imputabilité du dommage à cette personne ou à l'étendue de ce dommage ou aux moyens de le prévenir »⁶⁰. Au delà de sensibles différences de fond entre les deux articles (quant aux critères qui permettent de justifier cette réduction de dommages et intérêts), leur comparaison est également révélatrice de la manière différente dont les deux projets s'y prennent pour encadrer les pouvoirs qu'ils reconnaissent ainsi aux juges.

21- B- De ce point de vue, il m'apparaît possible de relever une certaine spécificité des Principes élaborés par le groupe de Vienne et de Tilburg, qui, alors même qu'ils multiplient les notions à contenu indéterminé, s'efforcent en même temps de préciser l'usage que le juge doit en faire. De nombreux articles énumèrent ainsi les critères que le juge, lorsqu'il prendra sa décision, pourra ou même devra prendre en compte, en les hiérarchisant et en les pondérant, de façon à harmoniser autant que faire se peut l'évaluation qui pourra être faite au cas par cas. Cette technique d'« aide à la décision », pour reprendre l'expression de L. Neyret⁶¹ est précisément caractéristique du système flexible « à la Wilburg » dont se sont inspirés très explicitement les auteurs des Principes. Elle vise à éviter les inconvénients considérables que présente, du point de vue de la sécurité juridique, un droit « mou » ou « flou », sorte d'édredon dans lequel le juge pourrait s'enfoncer en lui donnant, au fil des espèces, n'importe quelle forme imprévisible. L'image d'une baguette que le juge peut incliner dans le ou les sens indiqués par le législateur semble davantage pouvoir rendre compte du système flexible qu'on a voulu mettre en place.

⁶⁰ Where it is fair and reasonable to do so, a person may be relieved of liability to compensate, either wholly or in part, if, where the damage is not caused intentionally, liability in full would be disproportionate to the accountability of the person causing the damage or the extent of the damage or the means to prevent it

⁶¹ art précité p 5

22- Le texte le plus caractéristique me semble être ici l'article 4 :102 des PETL qui définit le standard de conduite requis pour apprécier s'il y a faute. Partant de la formule habituelle selon laquelle ce standard est « celui qu'aurait adopté une personne raisonnable, placée dans les mêmes circonstances », cet article cherche ensuite à le préciser en énumérant les différents facteurs dont dépend ce standard : nature et valeur de l'intérêt protégé, dangerosité de l'activité, savoir-faire qui pouvait être attendu de la personne engagée dans cette activité, prévisibilité du dommage, relation de proximité ou de confiance particulière entre les personnes impliquées, disponibilité et coût des mesures de protection et méthodes alternatives. Le texte précise ensuite, comme on l'a vu, que « le standard précité peut être ajusté lorsqu'en raison de l'âge, du handicap physique ou mental ou lorsqu'en raison de circonstances extraordinaires, il n'est pas possible d'exiger d'une personne qu'elle s'y conforme ». Peu importe ici que sur le fond, les éléments d'appréciation ainsi indiqués au juge soient très différents de ceux qu'un juge statuant sur le fondement du droit français pourrait prendre en compte : en particulier l'idée que, pour apprécier la faute, il faut tenir compte de la nature et de la valeur de l'intérêt protégé – le texte renvoyant ainsi implicitement à la hiérarchie des intérêts protégés dans l'article 2 :102 – révèle l'étendue du fossé qui existe ici entre les conceptions des auteurs des Principes et celles du droit français⁶². Ce qu'il me semble important de souligner, sur le plan de la méthode, c'est la manière dont le texte encadre le travail du juge, moins d'ailleurs en précisant au fond ce qu'est une faute et ce qu'est le comportement d'une personne raisonnable, qu'en indiquant au juge les éléments dont il doit tenir compte au cas par cas pour décider. Il est intéressant, dans cette optique, de comparer cette formule avec celle de l'avant-projet français, qui se contente de dire que « constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par la loi ou un règlement ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence »⁶³. Dans les Principes, on retrouve la technique d'aide à la décision, avec plus ou moins de précision, notamment pour l'appréciation de ce que doit être une « activité anormalement dangereuse » (art 45 :101 spec (3)), pour l'appréciation du caractère exonératoire des faits justificatifs⁶⁴, pour l'appréciation

⁶² Dans ce sens P. Brun art précité

⁶³ V la comparaison faite par H. Koziol entre le §1294 ABGB (code civil autrichien en vigueur) et le §1296 alinéa 1 du projet de révision autrichien, également inspiré du système flexible de Wilburg. Le projet suisse en revanche se contente d'une formule générale pour la définition de l'illicéité (art. 46 : Lorsque le fait dommageable consiste dans le comportement d'une personne, celui-ci est illicite s'il est contraire à une injonction ou à une interdiction de l'ordre juridique, au principe de la bonne foi ou un devoir contractuel »

⁶⁴ Article 7:101 (2): "Pour exclure la responsabilité, il est tenu compte de.."

des causes d'exonération en cas de responsabilité sans faute⁶⁵, pour l'évaluation du préjudice extrapatrimonial⁶⁶, et même pour le pouvoir exceptionnel de réduction de la réparation prévu par l'article 10 :401 « Pour décider si cette réduction doit avoir lieu, il devra notamment être tenu compte du fondement de la responsabilité (art 1 :101), de l'étendue de la protection de l'intérêt (art 2 :102) et de l'importance du préjudice. ».

23- D'une manière générale, cette manière de procéder me paraît moins utilisée dans les Principes du Study group. Alors même que, sur certains points ces Principes choisissent de poser une réglementation extrêmement détaillée, voire pointilleuse qui ne laisse au juge aucune latitude d'interprétation ni d'appréciation au cas par cas (l'article 3 :206 sur la responsabilité du fait des substances ou émissions dangereuses en est un exemple presque caricatural), ils peuvent aussi, lorsqu'ils recourent à des standards, se contenter de formules extrêmement larges qui laissent complètement au juge la bride sur le cou. On peut parfois l'impression que ces Principes juxtaposent, avec les inconvénients propres à l'une ou l'autre technique, la baguette rigide et l'éredon mou. Ainsi, il est intéressant de comparer, sur la question centrale de la définition de la faute, l'article 3 :102 avec l'article 4 :102 des PETL. Alors que ce dernier, on vient de le voir, cherche à encadrer le travail judiciaire en énumérant de manière détaillée les éléments à prendre en compte, l'article 3 :102 du DCFR se contente d'une définition relativement laconique de la faute de négligence : Une personne cause un dommage légalement relevant lorsque cette personne cause le dommage par un comportement qui, soit (a) ne respecte pas le standard particulier de diligence requis par une disposition légale dont le but est la protection de la victime ayant souffert du dommage, soit (b) ne répond pas d'une autre manière au degré d'exigence qui pourrait être attendu d'une personne raisonnablement diligente dans les circonstances du cas⁶⁷ ». C'est une formulation très générale du même type que celle de l'avant-projet français. De même, à la différence de l'article 10 :401 des PETL, l'article 6 :202 des DCFR relatif à la réduction judiciaire des dommages-intérêts ne donne aucune indication particulière sur les éléments à prendre en

⁶⁵ Art 7: 102 (2): "pour exclure ou réduire la responsabilité sans faute et, dans ce dernier cas, dans quelle proportion, il sera tenu compte du poids des influences extérieures d'une part ... »

⁶⁶ Article 10:301 (2): 3en général, l'évaluation de tels dommages et intérêts implique que toutes les circonstances de l'affaire, incluant notamment la gravité, la durée et les conséquences du grief, soient prises en considération. Le degré de la faute de l'auteur ne sera pris en compte que s'il a significativement contribué au grief de la victime »

⁶⁷ A person causes legally relevant damage negligently when that person causes the damage by conduct which either: (a) 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 (b) does not otherwise amount to such care as could be expected from a reasonably careful person in the circumstances of the case.

compte pour savoir s'il est « fair and reasonable » de limiter l'indemnisation sauf la considération du « caractère disproportionné de la réparation intégrale à la responsabilité (accountability) de l'auteur du dommage ou à l'étendue du dommage⁶⁸ »

L'opposition entre les deux projets ne doit cependant pas être exagérée. D'une part parce qu'on trouve aussi dans les Principes du groupe de Tilburg et Vienne de telles formules « ouvertes »⁶⁹, d'autre part parce que les Principes du Study group recourent aussi, à l'occasion, à la technique de l'aide à la décision. On citera par exemple l'article 3 :202 relatif à la responsabilité du fait de l'état d'insécurité des immeubles : cette responsabilité n'est engagée que « si l'immeuble ne présente pas la sécurité à la quelle une personne dans l'immeuble ou à proximité de celui-ci est fondée à s'attendre en considération des circonstances y compris (a) la nature de l'immeuble (b) l'accès à l'immeuble et (c) le coût permettant d'éviter que l'immeuble soit dans cet état⁷⁰ ». Ou encore l'article 5 :102 qui pose, cette fois, des éléments d'appréciation que le juge ne doit pas prendre en compte lorsqu'il s'agit de décider si la faute de la victime est de nature ou non à réduire son indemnisation « Il ne faut pas prendre en considération : (a) une faute insignifiante de la victime (b) une faute ou fait imputable dont la contribution à la production du dommage a été insignifiante ; ou (c) le défaut de diligence de la victime ayant contribué au dommage personnel de cette personne causé par un véhicule à moteur dans un accident de la circulation, à moins que le défaut de diligence constitue une défaillance profonde dans le devoir de diligence qui était manifestement requis dans les circonstances⁷¹ ».

24- Le juriste français serait tenté de se gausser de ce type de règles qui, le plus souvent, ne précisent le standard qu'en recourant à des « sous-standards », de sorte que la sécurité juridique qu'elles sont censées procurer peut paraître illusoire. La véritable question est de savoir comment des règles de ce type fonctionneraient dans un système juridique comme le nôtre, où on cherche à établir une séparation nette entre le fait et le droit, entre ce qui relève

⁶⁸ Ce qui, au passage, est tout de même un curieux critère : comment l'allocation de dommages-intérêts normalement évalués peut-elle être disproportionnée à l'étendue du préjudice ?

⁶⁹ Ex: l'article 8:101 qui permet de réduire l'indemnisation « dans des proportions considérées comme justes eu égard à la faute contributive de la victime et tout autre élément qui permettrait d'établir ou réduire la responsabilité de la victime si elle avait été l'auteur du dommage »

⁷⁰ « by a state of the immovable which does not ensure such safety as a person in or near the immovable is entitled to expect having regard to the circumstances including: (a) the nature of the immovable; (b) the access to the immovable; and

(c) the cost of avoiding the immovable being in that state ».

⁷¹ (2) However, no regard is to be had to: (a) an insubstantial fault of the injured person; (b) fault or accountability whose contribution to the causation of the damage was insubstantial; or (c) 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 constituted profound failure to take such care as was manifestly required in the circumstances.

du « pouvoir souverain » des juges du fond et ce qui est contrôlé par la Cour de cassation. De prime abord, la technique choisie semble plutôt renvoyer à un contrôle de motivation des juges du fond qu'à un contrôle sur le fond de la solution choisie. Ce qu'on attend d'un tel système n'est pas qu'il aboutisse à une définition jurisprudentielle très précise de ce qu'est une faute ou une activité « anormalement dangereuse » ou des circonstances autorisant la réduction de l'indemnité, c'est que tous les juges – à l'intérieur des différents systèmes nationaux – travaillent de la même manière, se livrent aux mêmes recherches et tiennent compte des mêmes éléments pour élaborer leurs décisions. Du point de vue de la manière dont on pourrait rendre compte de l'application judiciaire de telles règles, il est douteux qu'on puisse parvenir à les systématiser sous forme de règles jurisprudentielles « à la française », ayant la même structure que les règles textuelles qu'elles seraient amenées à compléter. On ne pourrait sans doute concevoir, sur ces questions que des « casebooks » à l'ancienne relatant dans le détail quelles décisions ont été prises dans les différentes espèces et quels éléments d'appréciation ont été utilisés. Le principal, du point de vue de l'harmonisation du droit, est que ces éléments d'appréciation soient, à un moment donné, partout utilisés de la même manière et avec la même pondération. Mais cela, qui peut le garantir ?