

Pour un droit européen de la responsabilité civile: réflexions sur la notion du dommage et des intérêts protégés

Stathis Banakas

1 Introduction

Quelqu'ait pu être la réalité de la justice européenne au moyen âge, reposant à cette époque sur des structures féodales communes, dans les cultures nationales juridiques de l'Europe moderne, émergeant un à un après le moment décisif de la Révolution française, le droit privé a été vu comme le reflet de l'honneur et du prestige national. Ce n'est seulement qu'il y a 8 ans, et en plein dans la fièvre des négociations pour faire progresser l'intégration européenne à des étendues non encore envisagées jusqu'à présent par les traités originels, les Hollandais, qui prirent la tête des négociations, amenèrent en force leur nouveau Code civil. Depuis les deux derniers siècles et le premier Code civil européen, le Code napoléon, qui annonce la nouvelle ère de fierté nationale juridique, les autres pays qui composent actuellement l'union européenne, à l'exception du Royaume-Uni, de l'Irlande, de la Belgique et des pays scandinaves, ont créé un à un, leurs propres admirables codifications. La Belgique continue d'utiliser le Code napoléon. Le Royaume-Uni a résisté à l'introduction d'un type de droit civil codifié car étranger à une culture de législateurs dans le pays, et l'Irlande fit de même, même si, à ce stade avancé de l'intégration européenne, on parle d'un Code civil irlandais. De même pour les pays scandinaves, ils ont inscrit des siècles de jurisprudence de responsabilité civile dans une récente législation, en préservant le caractère individuel de leurs solutions, même lorsqu'ils sont entrés dans l'Union européenne.

Les codes civils en Europe ont toujours été vus comme une importante déclaration d'identité nationale juridique, et le droit de la responsabilité civile, la partie la plus dynamique du droit civil, a été la partie privilégiée sur laquelle les efforts ont porté pour distinguer les différents styles nationaux. Dans les deux pays de common law, le Royaume-Uni et l'Irlande, le droit des Torts est jalousement gardé en tant que particularité, la jurisprudence civile à une pratique et une importance inconnue pour les systèmes juridiques continentaux. Le Code civil allemand a clairement choisi d'être différent du Code napoléon dans ses desseins de la responsabilité pour des actes illégaux, après avoir rejeté l'idée d'insérer des clauses générales comparables à celles des articles 1382 et suivants du Code civil, mis au début dans le premier projet du Code allemand créé par la première commission. L'idée allemande d'illégalité comme une condition supplémentaire à la responsabilité délictuelle, a influencé, de différentes manières, les droits espagnols et italiens de responsabilité civile, les deux étant à l'origine plus près du droit français, conduisant à des développements séparés de la jurisprudence dans ces deux pays. Les Codes civils grecs et portugais ont choisi également leur propre voie pour dessiner la responsabilité civile, en tant qu'expression importante de leur identité nationale juridique, et le dernier Code civil hollandais combine ambitieusement des éléments de toutes les traditions. En bref, la responsabilité extra contractuelle, et sa relation aux autres sources de responsabilité civile comme l'inexécution contractuelle, a été toujours vue dans les systèmes de droit européens, comme une matière d'un grand intellectualisme, d'une importance culturelle et sociale ; proche de la définition des droits fondamentaux des citoyens, et reflétant les sensibilités des faiseurs de lois et de politique générale (législateurs) dans les différents systèmes légaux.

Malheureusement, de tels projets européens qui nous ont été offerts jusqu'à présent par les groupes de travail (notamment, la groupe ECTIL-Vienne, et l'avant-projet du Cadre Commun de Référence Académique), correspondent à des projets pour aplanir, à travers des compromis conceptuels des différences de la lettre de la loi entre les états membres, en cherchant, pour ainsi dire, le plus faible dénominateur commun, sans aucune aspiration créatrice pour amener le Droit civil européen à une nouvelle ère. Ainsi, ils s'exposent non seulement aux attaques politiques mais également aux attaques scientifiques, avant tout pour leur vision non inspirée et dégradante du Droit civil européen. Ce sont des produits auxquelles le consommateur peut, et doit, résister facilement. Un nouveau Droit civil européen, avec des principes prospectifs, basé sur quelques-unes des meilleures idées des systèmes de droit nationaux, aurait été un travail beaucoup plus dur à faire, mais, peut-être, également plus dur pour y résister, et un vrai service pour l'unité européenne.

2 Des nouveaux principes

Une nouvelle loi européenne de la responsabilité civile doit prendre en compte les *derniers* développements originaux des systèmes de droit nationaux dans leur contexte *actuel* socio-économique, et les emmener à des principes unifiés qui vont fertiliser au lieu d'étouffer, ces développements. Toute tentative pour unifier le droit en Europe à travers une intégration conceptuelle démodée, et généralement dénué de sens de nos jours, des règles dogmatiques et des formules, est futile et regrettable.

Dans la plupart des systèmes de droit européens, aussi bien que dans les pays développés et industrialisés comme les Etats-Unis et le Canada, nous sommes témoins d'une évolution commune qui tend à ce que j'appellerais la "privatisation de la responsabilité civile". Le but

principal est que pour qu'il y ait de l'égalité dans une société de libre marché, le droit de la responsabilité civile doit employer une notion du dommage qui servira sa fonction comme mécanisme de restauration de l'égalité sociale et économique entre les auteurs et les victimes, injustement rompue par un événement attribué à la responsabilité du premier. Cela veut dire restaurer, autant que possible, la perte de la victime qui a été injustement gagnée au profit de l'auteur.

"Profit" et "perte" doivent être entendus dans le sens le plus large. Il s'agit du profit ou de la perte de toutes sortes de bénéfices, comme l'intégrité physique et morale, l'agrément et le plaisir, la vie privée et l'honneur, actifs financiers, avancement professionnel ou personnel etc... La nature du profit, et, malgré tout, également, la nature de la perte, ne doivent pas être vues comme une des conditions de la responsabilité. Le problème important est l'avantage transactionnel injuste de l'auteur aux dépens de la victime. Un tel avantage peut-être une perte de n'importe quelle nature, i.e. physique, non-physique, économique ou autre. Les systèmes de droit contemporains se sont éloignés des vues du XIXe siècle pour certains types de préjudices qu'il est devenu inapproprié de réparer. Même la loi allemande de responsabilité civile, restreinte dogmatiquement par le Code civil allemand en ce qui concerne les pertes non-matérielles, a développé des remèdes judiciaires, comme la réparation de la violation des droits de la personnalité, ce qui la place, en pratique, à côté d'autres systèmes plus progressistes. En effet, une nouvelle responsabilité européenne devrait laisser tomber le prétexte de l'importance de la nature du préjudice, qui est illogique, injuste et non nécessaire dans une nouvelle vision qui définit le périmètre des désavantages transactionnels dans le sens expliqué plus loin dans ce papier.

"Injustement" insère un avantage pour lequel l'auteur n'a pas obtenu honnêtement le consentement de la victime (vous pouvez l'appeler *faute*¹). Obtenir des consentements honnêtes implique de payer le prix réel du marché pour l'avantage, cela veut dire offrir une valeur réelle à ceux qui subissent une perte par l'activité créant l'avantage. Les contrats et les délits sont, dans ce respect, très proches. La loi de la concurrence déloyale et celle des clauses abusives dans les contrats de consommation, qui, comme c'est bien connu, ont déjà été unifiés dans l'union européenne, offrent des exemples de ce qui peut être vu comme un avantage injuste dans ce sens.

Dans une telle vision *transactionnelle* de la responsabilité civile, l'équilibre profit/perte peut être vu comme injuste dans les cinq catégories de cas suivants ; cela appelle un nombre identique de principes de responsabilité:

(1) Quand l'auteur cause une perte intentionnellement ou imprudemment, pour son seul profit, sans obtenir le consentement de la victime, dans le sens décrit plus haut.

(2) Quand l'auteur assume la responsabilité d'agir avec prudence et cause une perte pour son imprudence.

(3) Quand l'auteur engagé dans une activité naturellement dangereuse, tire son profit de l'exposition d'autres personnes à un risque et cause des pertes par sa propre activité, avec ou sans imprudence.

¹ Voir le sens de la notion de faute dans André TUNC, LA RESPONSABILITE CIVILE, Paris 1981

(4) Quand plusieurs auteurs tirent profit d'avoir un grand partage d'activités rentables sur le marché, et la perte est causée aux autres par le résultat de ce type d'activité, qui, dans ces circonstances, ne peut être regardée comme ayant été causée par un seul d'entre eux.

(5) Quand l'auteur tire profit de l'utilisation des services d'une autre personne, et la perte est causée à un tiers par un acte ou une omission illégal de cette autre personne (selon un des principes plus haut).

2.1 Responsabilité pour dommage intentionnel

Les dommages intentionnels engagent la responsabilité si le consentement de la victime n'a pas été obtenu, et il n'y a pas d'autres raisons pour lesquelles il serait possible de se passer du consentement de la victime sans que l'auteur y gagne un avantage injuste (par exemple, la nécessité dans le meilleur intérêt de la victime ou un principe d'intérêt public ; quoique dans le dernier cas il faut allouer une réparation équitable, comme celle connue en droit public français sous le principe d'"égalité devant les charges publiques"). Un consentement réel, pleinement informé et non excessif, est en accord avec la vision privatiste de la responsabilité civile dans un environnement de libre-échange. Quelques limites, déjà acceptées par tous les systèmes de responsabilité européens, peuvent être justifiées par la nature inacceptable du préjudice, comme de sérieuses lésions personnelles pour lesquelles un consentement n'est pas valable.

Conformément à ce que nous avons déjà dit précédemment, la nature du préjudice ne doit faire aucune différence. La pratique actuelle des systèmes juridiques européens montre que cela est déjà accepté par tous, malgré des différences techniques. Du droit anglais des délits intentionnels des torts jusqu'au droit français du principe général de l'article 1382, le préjudice intentionnel qui est un désavantage transactionnel est réparé. Au contraire, la concurrence loyale, ou un autre important intérêt public dans une certaine activité, peut être vu comme une réparation du désavantage dans une société de libre-échange.

2.2 Responsabilité pour négligence fondée sur une présomption de responsabilité

La présomption de responsabilité est déjà émergente comme une base d'unification de toutes les responsabilités civiles pour négligence, surtout en droit anglo-américain, et aussi, dans une moindre mesure en droit allemand, français et italien. La présomption de responsabilité est une notion objective. Elle doit s'appliquer maintenant dans tous les cas où une personne créée injustement un risque de perte à une autre pour le profit, dans le sens large mentionné plus haut. Pas de pratique injuste pas de présomption de responsabilité. Tous les systèmes juridiques européens ont développé des règles spécifiques dans certains cas d'une telle pratique injuste; l'infraction d'un devoir de soin, de négligence ou d'imprudence, l'action à l'encontre des bonnes mœurs, *Vertrauenshaftung*, sont quelques exemples clés. Mais ces règles expriment une idée différente à l'origine : la mesure dans laquelle des obligations *ex lege* émanent de comportements imposés. Le nouveau concept de présomption de responsabilité devrait exprimer une vision *négociée*, c'est à dire *volontaire*, de la responsabilité civile. Pour donner quelques exemples, provenant de l'expérience des systèmes juridiques européens :

La police assume la responsabilité pour la santé mentale d'une personne à laquelle ils demandent de les aider en tant que témoin pour interroger un criminel détraqué.

Le directeur d'une compagnie assume la responsabilité pour informer les prospecteurs de crédit de l'imminence de la liquidation de la société.

Une association de sportifs professionnels assume la responsabilité pour un athlète obligé de quitter son travail pour un entraînement intensif avec la promesse qu'il serait incorporé à l'équipe nationale.

Un avocat assume la responsabilité pour les bénéficiaires du testament qu'il a rédigé pour son client.

Un psychiatre assume la responsabilité pour un patient qu'il conduit dans une relation émotionnelle ou sexuelle en tant que partie de son traitement.

Un employeur assume la responsabilité pour un employé pour qui il a écrit une lettre de référence.

Un expert-comptable assume la responsabilité pour un tiers à qui il a montré des comptes certifiés d'une société dans laquelle l'expert-comptable espère que ce tiers investisse.

Un psychologue qui fait autorité assume la responsabilité pour des conseils éducatifs qu'il prodigue aux parents d'un enfant handicapé mental.

Tous ces exemples et bien d'autres provenant de l'expérience actuelle des systèmes juridiques européens, ont une chose en commun, la présomption de responsabilité est dictée par l'*intérêt* de l'auteur dans l'influence qu'il a sur le comportement de la victime due à la confiance qu'elle lui porte. Il est difficile de concevoir que tous les systèmes modernes de responsabilité civile, que se soient leur contraintes dogmatiques ou stylistiques, n'accepteront pas qu'il devrait y avoir, par principe, un remède à de tels cas. Définir les fondements de la responsabilité comme l'existence pour l'auteur de la poursuite d'un intérêt aux dépens de la victime, cela donne aux juristes quelque chose de concret pour construire dessus, contrairement à ce que l'on trouve dans le cas des traditionnels concepts vides de devoir de diligence, de caractère raisonnable, Vertauenshaftung, faute etc... De plus, la présomption de responsabilité, va bien avec la responsabilité contractuelle, et ensemble elles offrent un système complet de système négocié de droit de la responsabilité civile. Le vieux débat, et les désagréments entre les systèmes de droit européens, sur la relation entre les deux responsabilités, contractuelle et délictuelle, quand l'événement qui cause la perte tombe également sous le couvert d'un contrat entre les parties, est résolu facilement. Comme dans les contrats, l'un doit recouvrer, en cas de violation, soit les intérêts espérés (expectation interest) soit ceux sur lesquels on peut compter (reliance interest) mais pas les deux, dans le cas de concurrence des contrats et des délits, le droit devrait seulement accorder soit les intérêts espérés (sous le contrat) soit les intérêts sur lesquels on peut compter (dans le délit). Lesquels dans chaque cas vont dépendre de la comparaison quantitative entre le profit de l'auteur et la perte de la victime, en prenant en compte le prix des soins.

Quand une présomption de responsabilité existe, l'auteur doit agir conformément au modèle de prudence d'une personne dans la même position. Ce standard de prudence doit être objectif. Cela veut dire qu'un auteur possédant ou assumant une pratique spéciale ou professionnelle

doit agir conformément aux standards professionnels attendus des membres de la profession. Si ces standards incluent, dans les circonstances, une obligation de résultat, alors la responsabilité sera encourue pour ne pas avoir atteint le résultat. Par exemple, pour une rédaction de testament défectueuse. Si c'est une obligation de moyens, alors l'auteur devra seulement montrer qu'il a rempli les diligences nécessaires. Finalement, toute personne agissant par intérêt doit être tenu à une obligation de sécurité.

2.3 Responsabilité causale

La position la plus avancée de tous les systèmes juridiques européens dans le domaine de la responsabilité causale est celui du droit français, qui accepte clairement la responsabilité sans faute pour des dommages causés par des choses ou des personnes sous le contrôle de quelqu'un d'autre. Le droit anglais est nettement plus restrictif et sera celui qui aura besoin d'une grande révision à ce sujet.

En général, la responsabilité causale devrait être introduite quand une activité en elle-même représente un désavantage transactionnel à ceux qui sont exposés aux risques que l'activité crée. L'activité, et les risques qu'elle crée, sont seulement acceptables dans une société de libre-échange si des dommages causés par l'activité sont réparés.

La responsabilité causale pour de tels dommages, notamment des dommages physiques ou aux biens, a déjà été introduite en Europe par la directive sur les produits défectueux. Un autre important domaine qui doit être considéré est la responsabilité pour les accidents de la

circulation. Dans ce cas il y a une convergence des systèmes continentaux sur une responsabilité causale, mais il reste une différence en droit anglais et irlandais².

Deux gros problèmes concernent les domaines des dommages à l'environnement et des catastrophes appelées couramment "toxique" (toxic torts). Ce sont des domaines dans lesquels la valeur réelle du profit dans le marché de libre-échange et, par conséquent, la justice *transactionnelle*, devient difficile à décider, car ces affaires impliquent des choix politiques importants. Un droit commun de la responsabilité civile dans ces domaines suppose une politique commune claire de l'Union européenne dans le cas de tels préjudices, une politique qui implique des considérations politiques complexes au-delà du simple et clair principe de restaurer la justice *transactionnelle* entre les personnes sur le marché libre, ce qui est utilisé comme le fondement d'un nouveau droit de la responsabilité civile dans ce papier.

2.4 La responsabilité fondée sur le partage des marchés (responsabilité sans causalité)

Il s'agit d'un développement important dans le droit américain des Torts qui devrait être adopté dans le nouveau droit de la responsabilité européenne. La responsabilité fondée sur le partage de marché est la responsabilité sans causalité³. L'application la plus commune de ce nouveau concept dans le récent droit américain délictuel a été d'imposer une responsabilité collective aux fabricants même si les plaignants étaient incapables d'identifier quelle société a vendu le produit défectueux(commun). Dans certains cas la responsabilité du fabricant est

² Il y a eu des efforts pour harmoniser en Europe les différentes méthodes d'évaluation des préjudices

³ Voir Jude P. Dougherty, 'Accountability Without Causality: Tort Litigation Reaches Fairy Tale Levels' 41 *Catholic Univ. L. Rev.* 1 (1991)

engagée et on évalue les dommages même après qu'il ait prouvé qu'il avait été impossible qu'il cause le préjudice⁴. Les tribunaux appliqueront ce que l'on appelle le "test de partage du marché", et évalue les dommages à l'encontre du fabricant en proportion de ses parts de vente sur le marché, pas en proportion de sa part de faute pour le préjudice causé⁵. 'Les objectifs sociaux dépassent la responsabilité légitime ou la faute'⁶. Une partie de la doctrine a pensé à expliquer la responsabilité pour partage du marché sur le fondement des différentes théories de la cause, reflétant la nouvelle perspective du droit moderne délictuel : d'un ancien fondement théologique, et d'une approche du droit naturel, jusqu'à un fondement séculaire, basé sur un déterminisme matérialiste, social et psychologique⁷.

2.5 La responsabilité des entreprises

Le dernier principe du nouveau droit européen de la responsabilité civile devrait être un principe général qui garantisse la responsabilité de toutes les entreprises, comme les institutions, les affaires, l'organisation et les simples employeurs pour des dommages causés par leur équipe ou par leurs employés, dans le contexte d'activités liées aux intérêts de l'entreprise. Parmi les systèmes modernes européens seul le droit allemand est connu pour un ancien principe de responsabilité pour autrui trop limité dans Para. 831 du Code civil allemand. La justice des marchés dicte un principe large de responsabilité quand un dommage est causé par une entreprise, comme le droit doit réparer pour le désavantage transactionnel inhérent à un seul individu qui a été exposé au risque d'erreurs opérationnelles et

⁴ Voir, p.e., *Hymovitz v Eli Lilly & Co*, 539 N. E. 2d 1069, 1078-79 (N.Y.), *cert. denied*, 493 U.S. 944 (1989).

⁵ Voir *Sindell v Abbott Labs*, 607 P. 2d 924, 027 (Cal.), *cert. denied*, 449 U.S. 912 (1980).

⁶ Dougherty, 'Accountability Without Causality' *supra*, p. 11.

⁷ Voir G. Edward White, *Tort Law in America*, 1980, p. 214

organisationnelles . En effet, la responsabilité pour partage de marché comme expliqué précédemment peut être vue comme faisant partie d'un plus grand principe de responsabilité des entreprises, qui certainement dans des cas d'organisations complexes avec des groupes de sociétés élaborés, devrait être au moins de la responsabilité causale s'il est possible de rattacher l'activité d'une entreprise au préjudice. Cela signifie qu'il devrait y avoir une présomption de responsabilité, et également une responsabilité directe attachée à l'entité principale, que la preuve que l'activité a causé le dommage puisse ou non être rapportée, par une action ou une omission d'une personne de la principale entité ou d'une filiale. De nombreux résultats complexes devront être résolus en détail : comme la responsabilité des entreprises pour leurs agents ou sous-traitant, ou des partenaires dans une relation économique 'symbiotique'. Le principe reste, cependant, toujours, simple et clair: la justice transactionnelle nécessite que l'entreprise avec le plus fort intérêt dans l'activité qui a conduit au préjudice doit être responsable, et que le statut légal de la relation entre l'entreprise et l'auteur du préjudice doit seulement avoir un poids sur la répartition interne des coûts de responsabilité, et non sur la plainte de la victime. Le droit anglais peut montrer le chemin avec sa longue expérience de responsabilité pour autrui, pas seulement pour les employés, mais également pour les entrepreneurs, qui a, cependant, besoin, d'être développée pour atteindre le nouveau principe défendu ici.