

La faute et les intérêts protégés

par

Pierre WESSNER

Professeur à l'Université de Neuchâtel

et

Bénédict WINIGER

Professeur à l'Université de Genève

La question du couplage entre la faute et les intérêts protégés appelle une observation liminaire qui n'est pas dénuée d'importance. A priori, il est évidemment pertinent de postuler l'existence d'un rapport juridiquement significatif entre la faute, comme critère d'imputation de la responsabilité personnelle, et les dommages réparables à ce titre. Ce rapport transcende la problématique du lien de causalité. Il relève plus largement de ce qu'il est convenu d'appeler « la politique juridique ».

Mais, somme toute, la question énoncée plus haut comporte une vocation générale. Autrement dit, elle se pose pour tous les chefs de responsabilité, y compris ceux qui sont déconnectés de la faute du défendeur. On nous pardonnera ici d'illustrer l'affirmation par un exemple suisse. Le législateur helvétique a limité la responsabilité strictement objective du détenteur de véhicule à moteur à la réparation de dommages corporels et matériels, à l'exclusion des préjudices purement économiques¹. La *ratio legis* se résume dans le constat que la conduite automobile génère essentiellement des risques pour l'intégrité des individus et des choses. Elle a une racine historique, qui trouve place dans la révolution industrielle, plus précisément en Suisse dans l'institution de la première loi fédérale ayant appréhendé la responsabilité du chemin de fer. A la fin du 19^e siècle, les entreprises ont accepté de répondre sans faute des risques de déraillement et de collision, mais non pas des conséquences économiques de retards et de pannes d'exploitation. Et le parlement de se laisser convaincre de l'opportunité de poser en la matière une restriction indemnitaire.

Dans les pays de tradition germanique, le rapport entre le critère d'imputation de la responsabilité et les intérêts protégés est généralement défini par la théorie de la finalité protectrice de la norme (*Normzwecktheorie*). Cette théorie opère par la condition d'illicéité, qui a priori est distincte de la faute. En ce sens, l'illicéité s'entend de la violation d'une prescription de l'ordre juridique destinée à protéger le bien juridique atteint. S'agissant des intérêts protégés, l'idée d'une hiérarchie n'est pas expressément mentionnée dans les modèles germaniques. En ce qui concerne les dommages réparables, les projets européens ne s'inspirent donc pas directement du modèle allemand et de l'ancrage législatif historique inscrit au § 823 BGB, ainsi que nous l'expliquerons plus loin (voir *infra* II). De ce point de vue, le chapitre 2 des PETL (notamment art. 2:101 et 2:102)² et le chapitre 2 du DCFR (notamment art. 2:101 ss traitant du "*legally relevant damage*")³ ne manquent pas de retenir l'attention, comme cela sera exposé plus bas. Il en va de même de l'Avant-projet de loi

¹ Loi fédérale sur la circulation routière du 19.12.1958, art. 58 al. 1, RS 741.01.

² Principles of European Tort Law, Vienne 2005, <http://www.egtl.org/>.

³ Draft Common Frame of Reference, Outline Edition, Munich (Sellier) 2009, Book VI : Non-contractual liability arising out of damage caused to another, p.395 ss.

fédérale suisse sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile⁴ et du Code des obligations turc récemment révisé⁵.

Sur ce point, un premier constat s'impose. Il met en exergue une divergence entre les projets européens et le Code civil français, dans son état actuel comme dans ses propositions de réforme⁶. Certes, la notion d'illicéité n'est pas inconnue en droit français. Elle est d'ailleurs expressément énoncée dans l'Avant-projet de 2005 (art. 1340 : « fait illicite »). Et elle se définit également comme le non-respect d'une norme juridique. Mais, en l'état à tout le moins, elle intègre avant tout le concept de faute, pour mieux le qualifier⁷. C'est déjà dire que l'indemnisation n'est pas déterminée par la nature de l'intérêt atteint chez le lésé, mais prioritairement par la qualification du comportement dommageable imputable à l'auteur ; le champ des préjudices réparables se trouve ainsi très largement étendu, « presque indéfiniment extensible »⁸. C'est aussi dire que la théorie dite de la « relativité aquilienne », qui s'inscrit dans la tradition germanique, n'est pas propre à circonscrire la faute, et donc la responsabilité qu'elle génère. Cette théorie n'a apparemment pas trouvé de consécration jurisprudentielle en France⁹. A certains égards, Geneviève Viney y voit pourtant la source d'un possible rapprochement entre les ordres juridiques inspirés du modèle germanique et ceux marqués de l'influence du système français¹⁰.

I. - La faute

C'est de la faute comme fait générateur de la responsabilité personnelle qu'il sera question. Il en découle que la faute délictuelle sera envisagée pour elle-même, c'est-à-dire même lorsqu'elle constitue l'inexécution d'un contrat. Les rapports entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle feront l'objet d'une autre discussion.

Pour la même raison, nous n'examinerons pas le rôle que la faute joue ou peut jouer dans l'application d'autres régimes de réparation, que la responsabilité soit rattachée au fait d'autrui, au fait d'une chose ou à un risque spécifique. Nous excluons également de nos propos des questions liées à la problématique de la réparation, notamment celles touchant la faute de la victime ou concernant la faute dite « lucrative », propre à générer l'octroi de dommages-intérêts punitifs¹¹.

⁴ Avant-projet de 2000, en veilleuse (notamment art. 46) ; cf. http://www.bj.admin.ch/content/bj/de/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/abgeschlossene_projekte/haftpflicht.html.

⁵ Loi du 11.01.2011, qui s'inspira de l'Avant-projet suisse et qui entrera en vigueur le 01.07.2012 ; cf. <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6098.html>.

⁶ Avant-Projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription (dénommé parfois Avant-projet Pierre CATALA) - Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des sceaux, Ministre de la Justice du 22.09.2005 (notamment les dispositions relatives à la responsabilité civile, art. 1340 à 1386). Proposition de loi du Sénat (N° 657), portant réforme de la responsabilité civile, du 09.07.2010, présenté par Laurent BÉTEILLE, Sénateur (art. 1382 à 1386-61).

⁷ VINEY (G.) / JOURDAIN (P.), Les conditions de la responsabilité, in *Traité de droit civil*, 2^e éd., Paris 2008, p.320 ss.

⁸ VINEY (G.), Les intérêts protégés par le droit de la responsabilité civile, <http://grerca.univ-rennes1.fr/theme/Travaux/Viney.p1>.

⁹ VINEY (G.) / JOURDAIN (P.), op. cit. (n. 7), p.318 s. ; CARVAL (S.), Notion et rôle de la faute dans les projets européens, <http://grerca.univ-rennes1.fr/theme/Travaux/Carval>, p.4 s.

¹⁰ VINEY (G.), op. cit. (n. 8), p.13.

¹¹ Cf. art. 1371 Avant-projet CATALA de 2005 et art. 1386-25 Proposition du Sénat de 2010.

Nous parlerons de la notion de faute, comme fondement de la responsabilité (A), puis de son rôle comme facteur de modération (B), enfin de l'opportunité exprimée ici et là d'une resubjectivisation de la faute (C).

A. - Notion

De manière générale, la faute apparaît comme un fait générateur de responsabilité, rattaché à un comportement humain. Relevant à l'origine de la sanction pénale, l'obligation de répondre de sa faute conserve toujours une connotation autant « morale que juridique »¹². D'ailleurs, en règle générale, toute faute, intentionnelle ou négligente, grave ou légère, est propre à créer l'obligation d'indemniser.

L'art. 1382 CCF - dont le principe de la clause générale a été repris largement, en particulier en Suisse (art. 41 CO) - est perçu comme le fruit de la « conception universaliste »¹³. C'est une manière de souligner qu'on ne peut se passer de la responsabilité pour faute¹⁴. La référence est « intemporelle »¹⁵. Même dans les systèmes indemnitaires d'assurance, la faute - souvent grave - constitue un motif de recours contre le débiteur, ou de réduction contre le créancier. Même dans les régimes de responsabilité objective, la faute resurgit presque inévitablement. Qu'on pense à l'examen du défaut d'information affectant un produit ! Qu'on songe à l'appréciation du défaut de conception de ce même produit, qui se mesure par rapport à l'état des connaissances scientifiques et techniques !

On peine à donner de la faute une définition uniforme. Classiquement, on y voit d'abord le non-respect d'une norme de comportement qui s'imposait au défendeur, énoncé en variantes terminologiques : une attitude « déraisonnable »¹⁶, un « écart de conduite »¹⁷, une « défaillance de la diligence »¹⁸, un « déficit de prévision »¹⁹. A cet élément objectif s'ajoute traditionnellement un facteur d'imputabilité, soit « l'aptitude de l'auteur à comprendre la portée de ses actes et en assumer les conséquences »²⁰.

En Allemagne et en Suisse, la conception de la faute est - relativement - objective. L'affirmation doit être comprise en ce sens que, sauf exception légale²¹, l'on ne se préoccupe guère des aptitudes personnelles et professionnelles de l'auteur pour qualifier son comportement²². Toutefois, sauf exception encore²³, la faute requiert clairement la capacité

¹² BRUN (Ph.), Responsabilité civile extracontractuelle, 2^e éd., Paris 2009, p.182.

¹³ BRUN (Ph.), op. cit. (n. 12), p.181.

¹⁴ IMMENHAUSER (M.), Der Schweizer Entwurf eines allgemeinen Schadenersatzrechts - Vorbild für eine gesamteuropäische Kodifikation, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftlicher Europäisierung des Privatrechts - Zwischen Bilanz und Perspektiven, Boorberg 1997, p.43.

¹⁵ PIERRE (Ph.), Notion et rôle de la faute en droit français, <http://grerca.univ-rennes1.fr/theme/Travaux/Pierre>, p.2. Cependant, notons que la responsabilité aquilienne était à l'origine purement objective (voir D. 9,2,2pr ; 9,2,27,5).

¹⁶ WERRO (F.), La responsabilité civile, Berne 2005, p.59.

¹⁷ VINEY (G.) / JOURDAIN (P.), op. cit. (n. 7), p.320.

¹⁸ PETITPIERRE (G.), Les fondements de la responsabilité civile, RDS 1997, p.274.

¹⁹ IMMENHAUSER (M.), op. cit. (n. 14), p.58.

²⁰ VINEY (G.) / JOURDAIN (P.), op. cit. (n. 7), p.320.

²¹ Ainsi l'art. 321e CO helvétique sur la responsabilité du travailleur à l'égard de l'employeur ; ATF 110 II 344.

²² IMMENHAUSER (M.), op. cit. (n. 14), p.58 ; WERRO (F.), La responsabilité civile, Berne 2005, p.59 ss et les références citées.

²³ Ainsi l'art. 54 al. 1 CO instituant une responsabilité de l'incapable, lorsque des motifs d'équité le justifient.

délictuelle (§ 827 BGB, art. 19 al. 3 CC)²⁴. Le concept reste donc empreint d'un élément subjectif qui, il faut le reconnaître, se résume pratiquement à l'existence de la faculté de discernement au moment du fait dommageable.

En revanche, le droit français adopte sur ce point une conception de la faute qui, le plus souvent, se révèle résolument objective. On a parlé « d'absolutisme »²⁵. C'est dire qu'en règle générale, l'admission de la responsabilité aquilienne se résume au constat de la violation objective par le défendeur d'une norme de comportement (légale, réglementaire, générale), en s'affranchissant de l'exigence classique de l'imputabilité morale que constitue la faculté de discernement. Ainsi, en 1968, le législateur abandonne le principe d'irresponsabilité civile des personnes démentes, par l'adoption dans le Code civil de l'art. 489-2²⁶. En 1984, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation abandonne l'exigence de la capacité de discernement pour la responsabilité des enfants en bas âge. Dans l'un et l'autre cas, l'auteur du dommage doit pourtant se voir imputer une faute objective²⁷. A cet égard, l'appréciation du défaut de diligence s'opère en principe *in abstracto*, même si le juge est habilité à prendre en considération des circonstances externes. Enfin, la personne recherchée reste en droit de se disculper, en opposant des « faits justificatifs » (des motifs qui, en Suisse, relèvent de l'examen de la condition d'illicéité de l'acte dommageable), comme le sont l'état de nécessité, la légitime défense ou encore le consentement de la victime²⁸.

Les projets européens instituent l'un et l'autre une norme fondamentale d'imputation qui mentionne, en premier rang, la classique responsabilité pour faute (art. 1:101 (2) a) PETL ; art. 1:101 (1) DCFR), celle-ci étant régie dans un chapitre particulier (chap. 4, art. 4:101 ss PETL ; chap. 3, art. 3:101 ss DCFR)²⁹. L'Avant-projet français de 2005 pose à l'art. 1340 le principe de la responsabilité. Il retient l'exigence d'un fait illicite ou anormal ; la responsabilité sanctionnant le fait personnel fautif est réglée aux art. 1352 (fait individuel) et 1353 (fait de la personne morale).

Quant à la Proposition du Sénat, elle s'inspire globalement des travaux du groupe d'experts dirigés par Pierre Catala. L'art. 1382 énonce « le principe de la responsabilité civile en mettant en exergue son fondement délictuel ou contractuel » (p.4), la responsabilité délictuelle pour faute faisant l'objet d'une disposition particulière (art. 1386-3). Mais la norme fondamentale inscrite à l'art. 1382 ne laisse de surprendre ; elle dispose que « tout fait quelconque de l'homme ou toute contravention à une obligation contractuelle, qui cause à autrui un dommage, oblige son auteur à le réparer ». En somme, la responsabilité délictuelle est dépourvue de critère d'imputation. Faut-il y voir un oubli, ou alors l'existence d'une simple « norme d'annonce », qui en elle-même n'aurait aucune efficacité juridique, sauf à la mettre en relation avec un chef de responsabilité, comme celui prévu à l'art. 1386-3 ? Si on voulait attribuer à cette disposition une portée normative, elle signifierait alors qu'un simple

²⁴ BERG (O.), La place de la faute dans la responsabilité délictuelle - Rapport allemand, <http://grerca.univ-rennes1.fr/theme/Travaux/Berg>, p.25.

²⁵ PIERRE (Ph.), op. cit. (n. 15), p.3.

²⁶ Aujourd'hui : art. 414-3 CC.

²⁷ BRUN (Ph.), op. cit. (n. 12), p.185 ss. ; VINEY (G.) / JOURDAIN (P.), op. cit. (n. 7), p.323 ss. et les références citées, ces auteurs précisant que parfois les tribunaux sont enclins à tenir compte de certains traits de la personnalité et de l'âge de l'auteur pour apprécier le degré de diligence requis (p.356 ss.). Cf. aussi infra notes 36 et 44.

²⁸ Les faits en question sont pour la plupart appréhendés par le Code pénal (art. 122-4 à 122-7). Cf. sur ce point VINEY (G.) / JOURDAIN (P.), op. cit. (n. 7), p.491 ss. ; BRUN (Ph.), op. cit. (n. 12), p.212 ss.

²⁹ L'Avant-projet suisse, op. cit. (n. 4) prévoyait aussi le principe d'une norme fondamentale d'imputation (art. 41), avec mention, entre autres, de la responsabilité pour faute (art. 48 ss.).

fait causal serait propre à engager la responsabilité de son auteur. Or, en bonne doctrine, la seule causalité ne suffit pas à générer une obligation de réparer. Sinon chacun pourrait devoir répondre envers chacun de chaque dommage. Il en découlerait que l'auteur d'un fait dommageable soit tenu d'assumer une dette d'indemnisation du seul fait de son existence³⁰. A notre avis, l'art. 1382 de la Proposition du Sénat mérite un réexamen, sur le principe même qu'il énonce et, le cas échéant, sur la portée que le législateur entend lui donner.

D'un point de vue systématique, on constate de façon générale que la responsabilité pour faute précède logiquement les régimes de responsabilité sans faute. Ce n'est pas un hasard, car elle constitue historiquement la première source fondant l'obligation de réparer. A cette raison s'en ajoute une autre, véritablement dialectique : dogmatiquement, la responsabilité objective ne trouve de justification qu'au-delà de la responsabilité subjective³¹. En dépit de sa perte d'importance pratique, cette dernière continue d'offrir la protection minimale aux victimes qui n'ont pas à disposition un moyen plus efficace. Son ancrage législatif comme sa signification juridique ne sont donc pas seulement symboliques.

Les questions liées au rôle de la faute dans l'ajustement de la réparation seront examinées plus bas³². Pour l'heure, c'est la définition de la faute qui retient notre attention. Sur ce point, force est de reconnaître que les projets français (art. 1352 al. 1 et 2 Avant-projet Catala, art. 1386-3 Proposition du Sénat) formulent des textes synthétiques, qui se dispensent même de mentionner la faute par intention. La référence à la violation d'un devoir de « prudence ou de diligence » s'inscrit dans la ligne fixée par le Code de 1804 (art. 1383) ; elle peut paraître inutilement redondante³³. De manière générale, force est de constater que les textes proposés codifient la jurisprudence actuelle en la matière, en maintenant une définition large, et donc flexible, de la faute³⁴. Pour certains, l'absence de critères de définition posés par le législateur laisse une trop large marge d'appréciation au juge³⁵.

On ajoutera que la codification du droit actuel se mesure sur deux autres points dans l'Avant-projet de 2005. D'une part, l'art. 1352 al. 3 fait une référence expresse aux faits justificatifs mentionnés aux art. 122-4 à 122-7 du Code pénal ; à notre opinion, la technique législative rompt de façon regrettable avec une évolution générale observée aux 19^e et 20^e siècles, qui veut affranchir le « civil » du « pénal »³⁶. D'autre part, l'art. 1353 définit la faute de la personne morale, en précisant que cette faute peut être constituée par un défaut objectif d'organisation ou de fonctionnement. En ce sens, le texte s'inspire de la jurisprudence administrative³⁷. Il s'inscrit dans une tendance européenne visant la spécificité de régimes d'indemnisation imputables aux entreprises³⁸. En tout cas, aucun des projets français ne fait la moindre allusion aux intérêts protégés de la victime dans la définition de la faute de l'auteur. Cela constitue un contraste marquant avec les projets européens.

³⁰ WIDMER (P.) / WESSNER (P.), Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif, Berne 2000, p.9 s.

³¹ WIDMER (P.) / WESSNER (P.), op. cit. (n. 30), p.142.

³² Cf. *infra* B.

³³ BRUN (Ph.), op. cit. (n. 12), p.183.

³⁴ VINEY (G.), L'Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile - Présentation des textes, RDC 2007/1, p.12 ; LEDUC (F.), La responsabilité personnelle - La responsabilité du fait des choses, RDC 2007/1, p.67 s.

³⁵ WHITTAKER (S.), La responsabilité pour le fait personnel dans l'Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile : donner voix aux silences du Code civil, RDC 2007/1, p.92.

³⁶ Cf. sur ce point art. 7:101 PETL ; art. 5:101 à 5:203 DCFR.

³⁷ VINEY (G.), op. cit. (n. 34), p.12.

³⁸ Cf. ainsi art. 4:202 PETL ; art. 49a Avant-projet suisse, op. cit. (n. 4) et WIDMER (P.) / WESSNER (P.), op. cit. (n. 30), p.123 ss.

Les PETL (art. 4:101 à 103) et le DCFR (art. 1:101(1), 3:101 et 102) définissent la faute, en distinguant l'intention et la négligence. S'agissant de l'intention, le premier texte ne fait que la mentionner (art. 4:102) alors que le second précise qu'il faut y voir tout autant la volonté de nuire que le dol éventuel³⁹. Traditionnellement on enseigne que la distinction typologique entre faute intentionnelle et négligente n'est pas décisive pour déterminer si la dette d'indemnisation est engagée⁴⁰. L'affirmation mérite pourtant la nuance.

Geneviève Viney souligne en effet que le juge français est enclin à soumettre l'obligation de réparer à une faute qualifiée (lourde, intentionnelle), dans l'hypothèse où « l'activité de l'auteur présentait des difficultés particulières »⁴¹. Par ailleurs, suivant le paradigme à géométrie variable et parfois quelque peu désécurisant des « intérêts protégés », le DCFR subordonne la compensation de certains dommages légalement réparables (*legally relevant damages*) à un comportement contraire à la bonne foi, ou frauduleux, ou encore intentionnel du défendeur (art. 2:204 à 207, 2:210 et 211)⁴². Enfin, toujours dans cette logique, les PETL tirent également conséquence de l'attitude gravement répréhensible du responsable pour déterminer l'étendue de la protection de l'intérêt lésé (art. 2:102 paragraphe 5, qui fait allusion expresse à « l'intention » de nuire). Suzanne Carval a raison de mettre en évidence l'efficacité d'une telle règle pour la réparation de dommages qui ne bénéficient pas d'une protection supérieure, voire inconditionnelle, tels les préjudices purement économiques⁴³. Il en découle que, sur ce point, si le modèle français et le modèle germanique des projets européens se caractérisent par une approche distincte, l'indemnisation du lésé, dans son résultat, pourrait présenter une analogie intéressante.

S'agissant en particulier de la faute par négligence, les projets européens, tout en postulant l'exigence de la capacité délictuelle de l'auteur⁴⁴, adoptent a priori une conception objective ; la référence à une personne raisonnable placée dans les mêmes circonstances⁴⁵ est de ce point de vue significative. Comme cela a déjà été dit, et comme cela sera répété plus bas, l'un et l'autre des textes mentionnent ici, chacun à sa manière, la prise en compte de la nature de l'intérêt lésé ou, plus largement, du but protecteur de la norme. On a beau jeu d'y voir une application implicite de la théorie de la relativité aquilienne⁴⁶.

Toutefois, il faut le souligner et en cela observer une divergence avec le droit français, l'objectivisation de la faute ne saurait en aucun cas être qualifiée d'absolue ; aux yeux de certains, elle apparaît même « minimaliste »⁴⁷. Plus concrètement, on dira qu'elle comporte tout à la fois une part de relativité et de subjectivité, qui rend le concept flexible et laisse au juge un assez large pouvoir d'appréciation. Dans le DCFR, ces facteurs sont moins explicites, il est vrai. En revanche, les PETL mentionnent plusieurs critères significatifs de cette approche ; ainsi, à côté des intérêts protégés atteints en l'occurrence, il est question de la

³⁹ CARVAL (S.), op. cit. (n. 9), p.2.

⁴⁰ WERRO (F.), op. cit. (n. 22), p. 69 s. ; BRUN (Ph.), op. cit. (n. 12), p.196.

⁴¹ VINEY (G.), op. cit. (n. 8), p.1.

⁴² VINEY (G.), op. cit. (n. 8), p.10.

⁴³ CARVAL (S.), op. cit. (n. 9), p.10.

⁴⁴ S'agissant des enfants, l'art. 4:102 paragraphe 2 a contrario PETL ne fixe pas de limite d'âge à la capacité délictuelle, à l'instar de l'art. 19 al. 3 du CC suisse. Quant au DCFR, l'art. 3:103 paragraphe 2 précise que l'enfant âgé de moins de 7 ans ne saurait se faire imputer une faute (sous réserve de l'hypothèse posée à l'art. 3:103 paragraphe 3). Cf. aussi *infra* C. et les références citées en notes 55 à 58 et 61 à 63.

⁴⁵ Art. 4:102(1) PETL : "reasonable person" ; art. 3:102(b) DCFR : "reasonably careful person".

⁴⁶ VINEY (G.), op. cit. (n. 8), p.5.

⁴⁷ BOURDOISEAU (J.), Notion et rôle de la faute - Rapport de synthèse, <http://grerca.univ-rennes1.fr/theme/Travaux/Bourdoiseau>, p.11.

dangereuse de l'activité, du savoir-faire de celui qui l'exerce, de ce que pouvait en escompter le demandeur, de la proximité des rapports entre les parties, ainsi que de la prévisibilité du dommage. L'appel à la prise en compte des circonstances concrètes est clair, au son d'une terminologie très personnalisée qui n'est pas loin d'évoquer la spécificité contractuelle : la compétence du responsable, l'attente du lésé, la relation de confiance entre l'un et l'autre. A ce stade, un constat s'impose : pour les auteurs des PETL, tout manquement ne saurait constituer inmanquablement une faute. Autrement dit, l'élément subjectif de la faute ne se réduit pas à la seule capacité de discernement de l'auteur, contrairement à l'opinion qui prévaut dans certains droits, tel celui applicable en Suisse. Nous y voyons un tempérament bienvenu dont il est bien sûr difficile de pronostiquer la portée. A tout le moins, on sent mal que le défendeur puisse en tirer profit pour se disculper, en invoquant des motifs d'excusabilité subjectifs, tels le surmenage ou sa nature oublieuse. Cette remarque trouve en tout cas sa signification lorsque l'activité en cause est exercée par un professionnel de la branche. Le critère de la « relation de confiance particulière entre les personnes impliquées », qui est inscrit au premier paragraphe de l'art. 4:102, est signifiant. La confirmation en est fournie au paragraphe 3 du même article ; cette disposition oblige le juge à prendre en considération les règles prescrivant ou prohibant certaines conduites (règles de police à coup sûr, normes d'associations privées vraisemblablement), afin d'établir le standard de conduite requis.

Un autre tempérament à la conception objective de la faute est prévu au paragraphe 2 de l'art. 4:102 PETL. Il n'étonnera guère le juriste helvétique lorsque la norme se réfère à l'âge de l'auteur, et nous pensons avant tout au jeune âge, sans fixation à juste titre d'une limite⁴⁸. Il pourra en revanche susciter l'étonnement quand elle mentionne des « circonstances extraordinaires », telles qu'elles ne permettent pas à celui qui se voit reprocher la survenance du préjudice de se conformer au standard de conduite requis. De toute évidence, l'hypothèse se veut exceptionnelle. Est-il juste de penser ici au cas où la personne recherchée a agi sous l'effet d'un état de choc ou dans une situation de contrainte professionnelle anormale ?

L'art. 4:103 PETL suscite également l'intérêt. Il fonde l'existence possible d'une faute lorsqu'une personne ne respecte pas le devoir de protéger autrui d'un dommage, lors même que la loi ne le prescrit pas. Certaines circonstances sont évoquées dans le texte, qui ont en commun la situation dans laquelle se trouvait l'auteur au moment du fait dommageable, soit qu'il exerçait un pouvoir de contrôle, soit qu'il entretenait des relations particulières avec le lésé, soit encore qu'il était en mesure d'éviter sans difficulté la survenance d'un préjudice s'annonçant sérieux. Toutes ces hypothèses sont liées d'une manière ou d'une autre au principe de la bonne foi. En fin de compte, elles se diluent dans la fonction préventive qui, de plus en plus, est attribuée au droit de la responsabilité civile, au nom de ce qu'on appelle volontiers en France « le principe de précaution »⁴⁹.

B. - Le rôle de la faute

C'est essentiellement du rôle de la faute du responsable, comme facteur de modération des dommages-intérêts, qu'il sera brièvement question ici. A priori, quel que soit l'ordre juridique en cause, toute faute oblige son auteur à réparation, en règle générale indépendamment de sa gravité.

⁴⁸ Cf. art. 43 al. 1 CO suisse.

⁴⁹ MAZEAUD (D.), Responsabilité civile et précaution, in La responsabilité civile à l'aube du XXI^{ème} siècle, Editions du Juris-Classeur, Paris 2001, n° 6^{bis}, p.72 ss ; cf. aussi BOURDOISEAU (J.), op. cit. (n. 46), p.16.

Davantage qu'ailleurs, la règle trouve aujourd'hui application en France, sans tempérament significatif. Conséquence : la négligence la plus bénigne de l'auteur ne saurait justifier une brèche dans le postulat de la réparation intégrale. On en appelle au « principe d'unité de la faute civile »⁵⁰. Et rien n'indique que les propositions de réforme du droit français aspirent à battre en brèche ledit principe. Tout au plus faut-il se borner à mettre en évidence ici que, à quelques reprises, la Cour de cassation a jugé que l'âge de l'auteur, voire son inaptitude physique, pouvait être prise en compte pour déterminer le degré de prudence et de diligence qu'on pouvait attendre de lui⁵¹.

Comme déjà énoncé, la conception résolument objective n'est pas de mise dans les projets européens. Leurs auteurs le font savoir sans ambiguïté. Ainsi, le paragraphe 2 de l'art. 4:102 PETL pose une règle qui permet d'ajuster le standard de conduite défini au paragraphe premier, notamment lorsqu'en raison de l'âge ou d'un handicap mental ou physique, il n'est pas possible d'exiger d'une personne qu'elle s'y conforme. La flexibilité de la norme est saluée en France⁵². A ce stade, le pouvoir d'appréciation du juge vise tout autant l'existence de la faute que son degré de gravité. Et, dans certaines circonstances, il s'exerce à titre modérateur pour fixer l'étendue de la réparation, afin d'éviter que celle-ci représente « une charge oppressive » pour le défendeur. A cet effet, le juge pourrait être tenu de prendre en considération le fondement de la responsabilité (art. 10:401 PETL). En clair, à l'instar du droit suisse (art. 43 al. 1 CO), la légèreté de la faute est propre à constituer un facteur de pondération des dommages-intérêts ; tel est en particulier le cas lorsque l'auteur - réputé capable de discernement - est un mineur⁵³.

Sur ce point, le DCFR adopte une orientation qui, de façon analogue, encadre le rôle du juge, mais qui se révèle à première vue moins souple dans son application. Ainsi, s'agissant de la faute des enfants - dont la capacité délictuelle est fixée à un âge minimum (art. 3:103 paragraphe 2) - leur conduite devra être appréciée en fonction de leur âge entre 7 et 18 ans, par référence au comportement raisonnable d'un mineur du même âge placé dans les mêmes circonstances (art. 3:103 paragraphe premier DCFR). Ces règles ne trouveront cependant pas application s'il apparaît que le lésé ne peut obtenir réparation d'un autre débiteur et que, notamment au regard de la situation financière des personnes intéressées (l'existence d'un assureur est évidemment significative), il serait équitable de condamner le défendeur à indemniser la victime (art. 3:103 paragraphe 3 DCFR)⁵⁴. Par ailleurs, l'obligation de réparer pourrait être modérée, dans l'hypothèse où la pleine responsabilité apparaîtrait disproportionnée au regard des circonstances. La faute en est une ; si elle est intentionnelle, elle fait pourtant obstacle à la réduction de l'indemnité (art. 6:202 DCFR).

C. - Vers une resubjectivisation de la faute

En France, la faute, comme fondement de la responsabilité, est résolument, pour ne pas dire absolument, objective. Depuis quelques décennies, le concept s'est affranchi de l'exigence classique de l'imputabilité morale que constitue la faculté de discernement⁵⁵. L'Avant-projet Catala reste dans cette ligne. Ainsi, l'art. 1340-1 énonce que celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était privé de discernement n'en est pas moins obligé à

⁵⁰ VINEY (G.) / JOURDAIN (P.), op. cit. (n. 7), p.545 ss. ; PIERRE (Ph.), op. cit. (n. 15), p.10.

⁵¹ VINEY (G.) / JOURDAIN (P.), op. cit. (n. 7), p.356 ss. et les références citées.

⁵² CARVAL (S.), op. cit. (n. 9), p.4.

⁵³ Cf. *supra* A., n. 44.

⁵⁴ CARVAL (S.), op. cit. (n. 9), p.4.

⁵⁵ Cf. *supra* A. et les références citées en notes 25 à 27 et 44.

réparation. Le texte précise que cette disposition a été placée après la norme d'annonce générale (art. 1340), notamment pour éviter « de dire que la personne privée de discernement peut commettre une faute »⁵⁶. Le juriste suisse ne peut se réjouir de cette pétition de principe. En somme : responsable, mais pas coupable, ou pas capable, si l'on veut brocarder la phrase tristement célèbre d'une ancienne ministre de la République française. Il n'empêche que la nature de cette responsabilité, dépourvue de tout critère d'imputation désigné, interpelle⁵⁷. A moins qu'on ne réduise le sens de la norme à la seule négation de « toute faculté d'exonération par la preuve de l'absence de l'imputabilité du dommage à la personne »⁵⁸.

Sur ce point, une parenthèse helvétique n'est pas inutile pour éclairer les projets européens. Comme la plupart des ordres juridiques, la capacité de discernement constitue en règle générale un préalable à la responsabilité pour faute (art. 19 al. 3 CC)⁵⁹. Pour des motifs d'équité liés avant tout à la situation financière des parties, l'art. 54 al. 1 CO permet de faire répondre des individus frappés d'une incapacité - non fautive - de discernement : répondre d'un manquement objectif de la diligence, mais non à cause d'un reproche subjectif. L'Avant-projet suisse entendait reprendre le principe de cette responsabilité quelque peu atypique (art. 48b). Leurs auteurs ne voulaient pourtant pas en faire une hypothèse autonome mais plutôt une exception à la responsabilité pour faute⁶⁰.

Outre l'art. 3:103 applicable aux mineurs⁶¹, le DCFR pose également le principe d'une responsabilité justifiée pour des raisons d'équité à l'encontre d'une personne atteinte d'un trouble mental. Le cas échéant, le juge est habilité à fixer l'indemnité à un montant raisonnable (art. 5:301)⁶². Quant aux PETL, ils ne prévoient étonnamment aucune règle de ce genre. Mais ils ne l'excluent pas non plus. Le mutisme laisse place au dilemme. Peut-on déduire une norme fondant une obligation d'indemnisation à la charge de l'incapable, en faisant abstraction du pouvoir d'appréciation du juge, réservé de façon non impérative à l'art. 4:102 paragraphe 2, ou au contraire en faisant appel à cette compétence, comme le permet l'art. 3:201 pour la fixation de l'étendue de la réparation ? La réponse n'apparaît pas clairement.

Au-delà de la problématique liée à la capacité délictuelle de l'auteur, on ne saurait pourtant conclure que les projets européens adoptent résolument une conception subjective de la faute, même si la volonté d'évaluer ce critère d'imputation *in concreto* ne saurait être minimisée, surtout dans les PETL. Néanmoins, par la référence appuyée au standard de conduite d'une personne raisonnable, la faute reste a priori objectivée, sinon objective. Cette conception s'inscrit dans une tendance qui paraît aujourd'hui irréversible en Europe⁶³. Elle est essentiellement justifiée par la volonté d'assurer la protection maximale de la victime. Ce n'est pas tant le déclin de la faute que son hypertrophie qui questionne. Et, avec elle,

⁵⁶ Commentaire de la disposition, p.12, note 14.

⁵⁷ CHABAS (F.), Observations sur le fait personnel et le fait des choses, RDC 2007/1, p.74 : « responsabilité de plein droit » ?

⁵⁸ RADÉ (Ch.), Brefs propos sur une réforme en demi-teinte, RDC 2007/1, p.81.

⁵⁹ Cf. *supra* A. et la note 24.

⁶⁰ WIDMER (P.) / WESSNER (P.), Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif, Berne 2000, op. cit. (n. 4), p.121 s.

⁶¹ Cf. *supra* A. et note 44.

⁶² CARVAL (S.), op. cit. (n. 9), p.4.

⁶³ WERRO (F.), Quelques remarques sur l'Avant-projet de Loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile, HAVE/REAS 1/2002, p.15 s. et les références citées.

l'installation d'un droit - subjectif - à la responsabilité qui risque de faire implorer le droit - objectif - de la responsabilité !

L'Avant-projet suisse de réforme de la responsabilité ambitionnait de procéder à une « resubjectivisation » de la faute, qui n'aurait pas forcément desservi les intérêts des lésés dans l'examen de leur comportement contributif au préjudice subi⁶⁴. Cette proposition a suscité une réprobation quasi générale, interprétée comme un « pas en arrière »⁶⁵. Nous restons pourtant d'avis que l'objectivisation actuelle ne respecte pas l'intégrité de ce critère d'imputation. Systématiquement tout d'abord, elle étend indûment le champ d'application de la responsabilité en question. Pourquoi celle-ci, déchargée de multiples états de fait rattachés à des responsabilités objectives, ne devrait pas retrouver sa véritable signification ? Conceptuellement ensuite, la faute elle-même, fondement de la responsabilité, est dénaturée. En voulant interdire au juge la prise en compte des aptitudes personnelles de l'auteur, on l'oblige à construire a posteriori un standard de conduite qui prend l'allure d'un comportement idéal, presque « déshumanisé »⁶⁶. Et tant pis pour ceux qui, dotés du discernement, se révèlent incapables de se hisser à ce niveau. Est-il juste de leur faire endosser une « responsabilité pour faute sans faute »⁶⁷, et peut-être bientôt une responsabilité sans assurance dans un marché en retrait qui se débarrasse des mauvais risques ?

II. - Les intérêts protégés

Parmi les quatre rapports consacrés aux intérêts protégés, on peut distinguer trois approches différentes. Les deux rapports français de Geneviève Viney et de Hadi Slim cherchent surtout à établir, si les propositions de révision européennes - c'est-à-dire les *Principles of European Tort Law* publiés en 2005 à Vienne (PETL) et le projet « Cadre commun de référence » (publié entre temps par le *Study Groupe on a European Civil Code* et le *Research Group on EC Private Law (Acquis Group)* sous sa forme plus complète et sous le titre *Draft Common Frame of Reference*, Munich, Sellier, 2009, (DCFR)) - sont compatibles avec les propositions françaises du rapport Catala de 2005.⁶⁸ Dans son rapport, Stathis Banakas esquisse les contours d'une « responsabilité civile privatisée », au cœur de laquelle se trouve un « mécanisme de restauration de l'égalité sociale et économique ».⁶⁹ Ce mécanisme devrait permettre de rétablir un équilibre détruit par l'acte dommageable. Pour parvenir à ce but, Stathis Banakas propose d'adopter une notion de dommage aussi large que possible.⁷⁰ Parmi les instruments qu'il préconise, notons ici la responsabilité proportionnelle, qui permet d'imputer la responsabilité proportionnellement à la probabilité qu'un ou plusieurs auteurs ont causé un dommage. Dans son rapport pour le colloque de Chambéry, le deuxième signataire du présent article avait essayé de montrer que, dans les projets européens, les clauses générales de responsabilité sont formulées de manière parfaitement ouverte et permettent de saisir une large palette de dommages. Ici, il essaiera de mettre ensemble ces quatre rapports et d'en tirer quelques conclusions.

⁶⁴ WIDMER (P.) / WESSNER (P.), op. cit. (n. 60), p.118 ss.

⁶⁵ WERRO (F.), op. cit. (n. 63), p.14 ; d'un avis contraire : KOZIOL (H.), Der Schweizer Entwurf für einen Allgemeinen Teil des Haftpflichtrechts aus der Nachbarschaft betrachtet, Revue suisse d'assurance 1997, p.151.

⁶⁶ CARVAL (S.), op. cit. (n. 9), p.4.

⁶⁷ DESCHENAUX (H.) / TERCIER (P.), La responsabilité civile, 2^e éd., Berne 1982, p.84.

⁶⁸ Avant-Projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil). Rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux.

⁶⁹ BANAKAS (S.), Pour un droit européen de la responsabilité civile : réflexions sur la notion de dommage, http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/261/261857_S.BANAKAS.pdf, 3 s.

⁷⁰ BANAKAS (S.), op. cit. 4.

A. - Synoptique des rapports

Il est communément admis que, schématiquement, il existe en Europe continentale deux modèles principaux pour définir les intérêts protégés : le modèle français, qui tend à protéger tout intérêt licite⁷¹ et le modèle germanique,⁷² qui énumère dans un catalogue les intérêts protégés. On considère souvent que les conséquences, qui découlent de ces deux modèles, sont importantes : Le droit français et les ordres juridiques sous son influence connaîtraient une notion large de dommages réparables, alors que les ordres juridiques qui ont adopté le modèle germanique travailleraient avec une notion de dommage plus restreinte, où certains types de dommages ou préjudices sont exclus de la réparation.

Parmi les projets de révision nationaux et les Principes internationaux en matière de responsabilité civile, notamment les projets suisse (2000)⁷³ et autrichien (2005),⁷⁴ mais aussi le projet turc,⁷⁵ qui a entre temps été adopté par le Parlement turc et entrera en vigueur en 2012, portent des traces du modèle germanique. Il en est de même des PETL et du DCFR. En revanche, le rapport Catala retient le modèle français. Pour ce qui est de la proposition de loi du Sénat portant réforme de la responsabilité civile (9 juillet 2010), la formulation de l'art. 1384 reprend presque mot pour mot celle de l'art. 1343 de l'avant-projet Catala et prolonge ainsi la tradition française.

Cette vision schématique a été nuancée. Hadi Slim montre dans son rapport que, depuis le milieu du siècle passé, une partie de la doctrine française cherche à limiter les notions d'intérêt protégé et de préjudices réparables.⁷⁶ De même, la Cour de cassation admettrait, selon la formule de Hadi Slim, que « tous les préjudices ne sont pas indemnisables ».⁷⁷ Une telle limitation approcherait probablement le modèle français du modèle germanique. Inversement, Geneviève Viney rappelle dans son rapport de synthèse,⁷⁸ que le code allemand met, dans l'énumération du § 823, une soupape en ajoutant aux biens juridiquement protégés (vie, corps, santé, liberté et propriété) l'expression générique « ou un autre droit ». Cette dernière permet au juge d'étendre considérablement le cercle des biens protégés. Là aussi, les modèles allemand et français tendraient à se rapprocher.

Sur le fond d'une incompatibilité apparente entre les modèles français et germanique, Geneviève Viney analyse plus en détail les PETL et le projet de « Cadre de référence commun » et se pose notamment la question de savoir, si des rapprochements sont possibles avec le rapport Catala. Elle constate d'abord que le modèle allemand, tel qu'il est repris dans

⁷¹ Un des auteurs marquants de la tradition française est Jean DOMAT, qui avait formulé une clause générale de responsabilité civile avec une notion de dommage parfaitement ouverte (Les Lois civiles dans leur ordre naturel, Paris 1689-1694, liv. 2, tit. 8, sect. 4,1).

⁷² Le premier grand code d'origine germanique qui fait une énumération des biens juridiques protégés est le *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* de 1794 (Erster Theil, Sechster Titel, § 1), suivi du *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* autrichien de 1811 (§ 1293) et, presque un siècle plus tard, du *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand de 1900 (§ 823).

⁷³ Révision et unification du droit de la responsabilité civile. Avant-projet de loi fédérale, par Pierre WIDMER et Pierre WESSNER, Berne 2000.

⁷⁴ GRISS (I.) et al. (éd.), Entwurf eine neuen österreichischen Schadenersatzrechts, Wien (Springer) 2006.

⁷⁵ Pour une traduction du projet (état 2005), voir WINIGER (B.) (éd.), La responsabilité civile européenne de demain. Projets de révision nationaux et principes européens, Genève etc (Schulthess et Bruylant), 2008.

⁷⁶ SLIM (H.), Les intérêts protégés par la responsabilité civile, http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/261/261856_H.SLIM.pdf, 3 ss.

⁷⁷ SLIM (H.), op. cit. 7 no. 12.

⁷⁸ VINEY (G.), Les intérêts protégés par le droit de la responsabilité civile (Synthèse), http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/261/261855_G.VINEY.pdf, 7.

les deux textes européens, a l'avantage d'être plus rigoureux et offre par conséquent une meilleure sécurité juridique. Le modèle français, tel qu'il se montre dans le rapport Catala, serait par contre plus souple et permettrait plus facilement des adaptations aux évolutions techniques. En revanche, il conduirait aussi plus facilement à une inflation du nombre de préjudices indemnisables.⁷⁹

Ensuite, Geneviève Viney dessine deux pistes possibles de rapprochement qui s'offrirait du côté français. Elle rappelle premièrement que la Cour de cassation a la possibilité d'endiguer l'extension de la notion de dommage et cite comme exemples deux décisions de la cour : Dans la première, la cour a refusé d'allouer des indemnités pour un préjudice moral d'« impréparation » dans un cas d'information insuffisante du patient par son médecin (Civ.1,6 décembre 2007, D.2008 p.192 note P. Sargos, JCP 2008.I.125 pbs. P. Stoffel Munck). Dans la seconde, elle a refusé d'indemniser un patient pour les angoisses qu'il avait ressenties lorsqu'il avait été exposé à un risque qui ne s'est finalement pas réalisé (Civ. 1, 19 décembre 2006 JCP 2007 : II.10052 note Hocquet-Berg).⁸⁰ Deuxièmement, Geneviève Viney observe que le principe de la relativité aquilienne permettrait également, dans les cas où la finalité d'une loi est claire, de limiter l'extension de la responsabilité civile.⁸¹

Toutefois, ces possibilités de rapprochement entre les deux modèles trouveraient, selon Geneviève Viney,⁸² une limite dans le domaine de la responsabilité pour risque. Largement admise en droit français, la responsabilité pour risque joue un rôle beaucoup plus limité surtout dans les PETL, mais aussi dans les DCFR. Cela est effectivement un défaut de ces deux propositions, qui restent malheureusement bien en deçà des standards qui sont en train de se mettre en place en Europe pour protéger contre les risques sans cesse plus nombreux.

B. - Points de convergence

Par rapport à la notion de dommage, tous les projets de révision suisse, autrichien, ture et français, mais aussi les PETL et le DCFR ont un point en commun : Ils contiennent tous une clause générale de responsabilité.⁸³ Il s'agit là évidemment d'une percée partielle du système français qui est en train de s'imposer en Europe. C'est probablement le point le plus fort qui unit la responsabilité moderne. La clause générale est considérée comme la réponse à un problème, auquel tous les états européens sont confrontés : La multiplication et l'aggravation des risques. Puisque le législateur est souvent trop lent pour suivre l'évolution rapide des technologies, il confie au juge un instrument souple qui permet de parer les nouveaux risques.

Toutefois, l'expérience montre que la clause générale est aussi dangereuse que généreuse et les ordres juridiques qui l'appliquent ont dû développer des instruments pour en limiter la portée. Certains pays comme la France, mais aussi la Suisse et la Turquie, ont confié jusqu'à maintenant ce rôle à la jurisprudence. Geneviève Viney a démontré, nous l'avons vu, certaines techniques qui permettent au juge français de restreindre la notion de dommage. Le législateur français semble vouloir rester fidèle à cette tradition et confie dans ses projets de

⁷⁹ VINEY (G.), op. cit. 7.

⁸⁰ VINEY (G.), op. cit. 8.

⁸¹ VINEY (G.), op. cit. 8.

⁸² VINEY (G.), op. cit. 10 ss.

⁸³ Voir aussi le rapport d'information du Sénat, (N° 558, enregistré à la présidence du Sénat le 15 juillet 2009, 32 s.

révision ce rôle à nouveau au juge. Les Suisses et les Turques ont fait un autre choix. Ils considèrent que certaines restrictions qui se sont cristallisées dans la jurisprudence devraient être fixées directement dans la loi. En faisant ce choix, ils se rapprochent des solutions préconisées dans la tradition germanique.

Dans le DCFR, le Study Group emprunte une voie différente. Il combine une clause générale un peu cachée,⁸⁴ avec une énumération détaillée de nombreuses formes de dommage.⁸⁵ Cette énumération est une sorte de répertoire des dommages les plus généralement admis dans les jurisprudences européennes. La solution, qui consiste à énumérer dans une longue liste des dommages, rappelle le *Allgemeines Preussisches Landrecht* de 1794 qui avait déjà utilisé ce moyen pour atteindre l'exhaustivité normative. Vu l'évolution technique, il n'est pas exclu que cette solution entraînerait le législateur dans une spirale de révisions qui tournerait toujours plus rapidement. Dans le commentaire de l'art. 2:101 DCFR, les auteurs témoignent bien de l'ambivalence de leur démarche. D'une part, ils soulignent l'impossibilité d'une liste exhaustive et, d'autre part, ils tiennent à une énumération détaillée pour limiter la notion de dommage. Ils décrivent la clause générale comme une norme flexible (*flexible provision*) et l'énumération comme une sorte de directive (*guide-line*) pour le juge.⁸⁶

La solution à mon sens la plus intéressante se trouve dans les PETL qui définissent, dans l'art. 2:102, une hiérarchie des intérêts protégés. Au plus haut rang y figurent la vie, l'intégrité physique et morale, la dignité humaine et la liberté ; au deuxième rang se trouvent les droits de propriété et au troisième les intérêts purement économiques.⁸⁷ Comme le commentaire des PETL le précise, cette liste n'est pas exhaustive, mais surtout, aucun intérêt n'est *a priori* exclu de la protection. Par conséquent, le juge peut imposer la réparation de tout dommage ou préjudice qui remplit les conditions de la clause générale (*Basic norm*).⁸⁸

Parfois, il arrive que les parties font valoir différents intérêts contradictoires, par exemple l'auteur du dommage a essayé de protéger sa propriété et, ce faisant, il a causé un dommage physique à la victime. Dans ce cas, le juge est appelé à comparer les intérêts des parties. Il peut alors s'appuyer sur la hiérarchie définie dans l'art. 2:102 pour déterminer si la victime mérite une protection. Ce mécanisme, d'ailleurs connu depuis l'Antiquité romaine, est utilisé dans tous les ordres juridiques européens et revient, en réalité, à *peser les intérêts* en présence.⁸⁹ Les PETL n'ont ici rien inventé de nouveau, mais ont le mérite d'avoir systématisé cette méthode et de l'avoir inscrite dans un texte normatif.

De manière plus générale, on peut dire qu'il existe dans les projets suisse, autrichien, turc, les PETL et le DCFR une tension entre, d'une part, une norme générale de responsabilité très ouverte et, d'autre part, des normes qui permettent de restreindre la portée de cette clause. Il appartient au juge de régler cette tension selon les besoins de la société.

C. - Solutions possibles

⁸⁴ DCFR art. 2:101(I) (c).

⁸⁵ DCFR Chapter 2 (Art. 2:101- 2:211) : Legally relevant damage.

⁸⁶ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference, Munich (Sellier) 2009, full edition, IV, 3139 ss.

⁸⁷ PETL Art. 2:102.

⁸⁸ PETL Art. 1:101 ; voir le commentaire de KOZIOL (H.), Principles of European Tort Law, Wien 2005, 24, no. 1 ; 30 no. 3 et 5.

⁸⁹ KOZIOL (H.), Principles of European Tort Law, Wien 2005, 30 no. 4.

Entre les deux modèles, l'heure est-elle à la concertation ou plutôt à la confrontation ? Du côté français, on croit apercevoir deux tendances différentes. D'une part, une prise de position politique dans le rapport d'information du Sénat de 2009, où il est affirmé qu'il s'agit « d'accroître son influence et de peser plus fortement sur l'élaboration des règles européennes communes ».⁹⁰ L'idée serait ainsi de maintenir, dans la révision du Code civil français, la tradition nationale et d'exporter le modèle français dans la législation européenne. Il n'y a pas de doute que d'autres pays, dont notamment l'Allemagne, chérissent le même rêve.

D'autre part, une partie de la doctrine française réfléchit ouvertement à la possibilité de concilier les modèles français et allemand. Pour différentes raisons, c'est cette démarche qui nous intéresse le plus. D'abord, sur le plan politique, c'est probablement la seule voie qui puisse conduire à un résultat. Ensuite, cette démarche nous intéresse parce que, dans l'histoire juridique suisse, ce problème est analysé depuis plus d'un siècle. Comme vous le savez, l'art. 41 CO reproduit une clause générale de responsabilité calquée sur le modèle français (mais avec la différence qu'elle mentionne explicitement l'illicéité). Comme les Français, nous nous trouvons devant un choix difficile : Prendre la clause générale à la lettre et laisser la notion de dommage s'étendre à l'infini, ou trouver des moyens pour la confiner. Comme en France, nos juristes se sont rapidement aperçus que la seule solution réaliste était de restreindre le champ d'application de la responsabilité civile. Dès lors, la question n'était plus que de savoir, par quels moyens cette limitation pouvait s'opérer.

Les juristes suisses ont alors emprunté des techniques utilisées ailleurs en Europe, notamment en France et dans les pays germaniques. Ils se sont souvenus, dès l'adoption des premiers codes au début du 19^e siècle, que les juges ont commencé à jongler essentiellement avec trois instruments pour contenir la notion de dommage : outre la définition du dommage, il se sont surtout servis de la causalité adéquate et de la faute. Pour rejeter une demande de réparation, le juge pouvait très bien admettre que la victime avait subi un dommage, mais nier le rapport de causalité adéquate ou prétendre que l'auteur n'avait pas commis de faute. En d'autres termes, la définition des intérêts protégés pouvait passer, dans la pratique, autant par la définition de la notion de dommage (ou préjudice) que par celle de la causalité et de la faute. En France, on a préféré garder la notion de dommage ouverte ; les deux autres moyens, la causalité et la faute, permettaient alors de contrebalancer cette ouverture. Dans les pays germaniques, la notion de dommage était plus fermée dès le départ. Par conséquent, le juge était moins pressé à solliciter la causalité et la faute.

Evidemment, on peut discuter si la faute a toujours été utilisée à bon escient en Suisse. Sous la pression de la pratique et notamment de la démultiplication des activités potentiellement dangereuses, les juges ont objectivé la faute. Au lieu de se demander si un auteur avait commis une faute, ils réfléchissaient par le résultat et déduisaient de l'existence d'un dommage qu'il devait bien y avoir une faute quelque part. Ainsi, on commençait à admettre l'existence d'une faute là, où même l'auteur le plus habile n'aurait pas pu empêcher que le dommage se produise. C'est ce que Pierre Widmer appelle la 'Responsabilité pour faute sans faute'.⁹¹ Le type de responsabilité qui résultait de ce jeu, communément appelée *Gefährdungshaftung* ou 'responsabilité pour danger provoqué a *de facto* eu l'effet d'étendre la notion de dommage et, surtout, de pervertir la notion de faute.

⁹⁰ Rapport d'information du Sénat, (N° 558, enregistré à la présidence du Sénat le 15 juillet 2009, 33.

⁹¹

Passons ici sous silence les conséquences dogmatiques de ces choix, qui sont lourdes pour le modèle germanique. Ce dernier doit en effet faire face à un ensemble de concepts lourds, tels la relativité aquilienne (théorie du *Schutzzweck der Norm*), la distinction entre victimes primaires et secondaires etc.

Sur le plan technique, il existe donc pour les deux modèles une solution largement éprouvée pour limiter les intérêts protégés. Dès lors, la question est plutôt de savoir s'il existe aussi la volonté de restreindre ce concept. En France, la clause générale de responsabilité n'a pas perdu sa magie. Il est en effet tentant de dire que tout dommage est réparable. La conséquence en est que, aujourd'hui, la jurisprudence française est parmi les plus libérales en la matière et admet un catalogue particulièrement vaste de dommages. En Suisse, cette magie a fait place à une attitude plus pragmatique. Nous acceptons peut-être plus facilement la maxime romaine *casus sentit dominus* et laissons la victime parfois sans réparation.

Mais là, nous avons plutôt affaire à des inclinaisons et préférences culturelles qu'à un problème technique. Avec Geneviève Viney, nous ne croyons donc pas que les différences entre le modèle français et le modèle germanique soient un obstacle infranchissable sur la voie de l'harmonisation. Les techniques pour les aplanir ne sont pas seulement prêtes, elles sont couramment utilisées depuis des décennies.

*
* *

En conclusion, rappelons d'abord une observation générale pour, ensuite, reprendre brièvement deux éléments communs, soulignés dans les quatre rapports. Commençons par la remarque générale : La pratique juridique partout en Europe montre que la définition légale des intérêts protégés, prise isolément, nous donne peu d'informations sur le champ d'application de la responsabilité civile. Cela résulte du fait que, partout et y compris dans les principes européens, le législateur a prévu des soupapes permettant au juge d'ouvrir ou fermer le prisme du dommage. S'y ajoute le fait que le juge dispose de plusieurs instruments - dommage, causalité, faute - pour réguler l'extension de la responsabilité.

Quant aux deux éléments soulignés dans les quatre rapports : Premièrement, les intérêts protégés doivent être définis de manière large. En cela, nous soutenons largement les solutions retenues par les législateurs. Deuxièmement, il faut des instruments permettant au juge de limiter l'extension de la protection. La question controversée, nous semble-t-il, est de savoir où placer ces instruments. Le modèle français les met entre les mains du juge, alors que le modèle germanique les décrit de manière souple dans la loi. Il nous semble qu'il s'agit là plus d'une différence technique que d'une divergence de fond.