

La faute et les intérêts protégés (Synthèse)

par

Stephan LORENZ
Professeur à l'Université de Munich
Juge à la Cour Constitutionnelle de Bavière

I. - Position du problème

Le principal objet, qui est aussi le plus noble, du droit de la responsabilité délictuelle, consiste à distinguer, parmi les innombrables faits dommageables qui surviennent quotidiennement, ceux qui ouvrent à la victime le droit à la réparation de son dommage, de ceux qui, s'agissant de risques normaux de la vie, doivent être supportés par la victime ou par un organisme de solidarité. Le droit délictuel ne se limite donc pas à poser, à l'article 1382 du Code civil, les conditions de la réparation du dommage subi par la victime ; il sert également la liberté d'action de l'individu, en faisant clairement le départ entre ce qui est interdit et ce qui est permis par le droit civil. Cette optique est au centre des systèmes qui, comme le droit allemand, rattachent la responsabilité délictuelle à la violation de certains intérêts protégés légalement définis (§ 823 al. 1 BGB).

II. - La technique juridique

La question de savoir comment aborder cette tâche est moins une question de fond que de technique juridique¹. Cette distinction peut être opérée par le biais de faits délictuels clairement définis par la jurisprudence ou par la loi. On songe notamment à la "case law" qui s'est développée en "Common Law" et dans laquelle on trouve des groupes de cas (« torts »). On songe aussi aux ordres juridiques européens codifiés qui suivent le système germanique des intérêts protégés. Les systèmes de cette dernière catégorie présentent l'avantage - qui a été souligné dans tous les rapports du groupe de travail - de la clarté et de la sécurité juridique. En revanche, ils présentent l'inconvénient d'être rigides et moins ouvertes à l'évolution, dès lors qu'il appartient exclusivement au législateur (et non au juge) de déterminer la portée de la protection délictuelle². Il en résulte que le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation réduit lorsque se présentent de nouvelles questions de responsabilité, alors que de son côté, le législateur voit son pouvoir de contrôle sur le juge renforcé. Un tel système est donc moins flexible et, plus que d'autres systèmes, soumis à l'intervention du législateur. C'est la raison pour laquelle les systèmes, même dotés d'une protection des intérêts précisément dénommés, ne peuvent pas se passer d'une ouverture en faveur du droit jurisprudentiel. Ainsi, en "Common law", le « tort of negligence » permet-il une telle ouverture³. En droit allemand, la loi s'ouvre également à de nouveaux développements par la mention complémentaire de „sonstiges Recht“ (« autre droit »), visée au § 823 alinéa 1 BGB⁴. Cette mention complémentaire permet

¹ À ce propos, voyez notamment le rapport de P. WESSNER / B. WINIGER, *La faute et les intérêts protégés*, disponible en ligne : http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/280/280130_wesnerwiniger.pdf, p. 15.

² Voyez notamment G. VINEY, *Les intérêts protégés par le droit de la responsabilité civile*, disponible en ligne : http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/280/280040_gviney2.pdf, p. 5.

³ P. REMY, *Réflexions préliminaires sur le chapitre Des délits*, in : F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit de la Responsabilité Civile*, Paris, Éditions Dalloz, 2011, p. 28 et s.

⁴ P. REMY, *op. cit.* (n. 3) p. 28 et s.

d'étendre la protection au-delà des intérêts qui y sont expressément visés, comme la vie, l'intégrité physique, la santé, la liberté et la propriété. Le même mécanisme est repris au § 826 BGB, qui ne prévoit, pour les cas du dommage intentionnel et contraire aux bonnes mœurs, aucune limitation à une protection de certains intérêts et comprend ainsi, par exemple, le "pure economic loss". En Allemagne, ce système peut être qualifié de « petite clause générale ». Tous les ordres juridiques qui appartiennent à ce « système germanique » prévoient une telle ouverture.

À l'opposé de la méticulosité qui caractérise le système allemand, se trouve le pathos majestueux et l'élégance de la clause générale de responsabilité du droit délictuel français. La tâche de celui qui applique le droit n'est pas ici de combler des lacunes juridiques, mais de limiter la responsabilité et de préserver, par conséquent, des espaces de liberté d'action. À l'analyse, ces deux systèmes traitent donc, de manière diamétralement opposée, un problème tout à fait similaire.

Il s'agit donc bien d'abord et avant tout d'une question de technique juridique⁵. Le droit comparé montre que les différences de système n'empêchent pas que les mêmes groupes de cas et les mêmes problèmes surgissent ici et là. S'ils sont envisagés à des endroits différents dans la logique de chaque système, ils n'en soulèvent pas moins un certain nombre de difficultés identiques. Cela ne signifie certainement pas qu'il est répondu à ces problèmes de la même manière dans les deux systèmes. Mais la solution n'est en tout cas pas préjugée par la technique juridique.

III. - « Faute » et « intérêts protégés » comme moyens de limiter la responsabilité

L'intitulé du thème du groupe de travail « la faute et les intérêts protégés » ne pouvait pas être plus précis, car il touche exactement au cœur de la question, celle de la frontière entre ce qui est permis et ce qui ne l'est pas.

Tous les rapports des groupes de travail se sont posés la question générale de savoir si les deux systèmes existant en Europe continentale pouvaient se rapprocher et offrir une possibilité d'harmonisation, sans que l'un des systèmes doive disparaître entièrement. Alors qu'en France, on fera valoir le maintien du système de la clause générale, les systèmes influencés par le droit allemand plaideront pour une application du système familial des « intérêts protégés ». Il serait naïf de croire que cette question politique, qui est aussi une question culturelle, puisse être résolue par la production d'arguments strictement scientifiques.

En tout cas, on peut constater que les deux systèmes fonctionnent. La question décisive consiste donc à se demander si un nouveau système mixte pourrait fonctionner. Si l'on veut créer, pour des raisons d'harmonisation européenne du droit, un système mixte pour atteindre un accord au moyen d'un compromis, on devra tout d'abord poser la question de la qualité de ce système. Un système mixte devrait être meilleur que chacun des systèmes envisagé séparément ou, à tout le moins, aussi bon. Ce système mixte devra être raisonnable et faire la balance avec précaution entre la protection des intérêts protégés et la liberté d'agir. Il devra avant tout offrir la sécurité juridique. Faute de quoi, il méconnaîtrait la maxime des programmeurs de systèmes informatiques: "never change a running system" - « Ne change jamais un système qui marche ! ». Il conviendra également de prendre en considération les effets indirects d'un système mixte, comme celui de l'articulation entre les deux ordres de responsabilités (délictuelle et contractuelle), qui est régie, en France, par le principe du non-cumul (qui sert, en quelque sorte, à délimiter la responsabilité délictuelle), alors qu'en droit allemand, le

⁵ P. WESSNER / B. WINIGER, *op. cit.* (n. 1), p. 15.

cumul est admis (notamment pour combler les lacunes du système des biens protégés en droit délictuel).

Si l'on fait le résumé des rapports présentés, en se focalisant sur le droit matériel, c'est-à-dire indépendamment de la question technique, on peut constater qu'un consensus existe sur la base des axiomes suivants :

(1) L'obligation de réparer le dommage ne pèse sur l'auteur du dommage que pour autant qu'il lui soit imputable. L'imputabilité doit être distinguée de la provocation.

(2) En principe, tout le monde semble d'accord pour considérer que la responsabilité délictuelle ne doit pas être trop large et qu'elle a besoin d'être limitée.

Dans le « système germanique », c'est le législateur qui prend cette décision de principe en décidant de protéger certains intérêts, au détriment d'autres. Dans le système français, cette mission est laissée au juge, la tâche du législateur consistant davantage à restreindre les hypothèses où la responsabilité peut être engagée, c'est-à-dire à poser au juge des limites lorsque le droit à demander des dommages et intérêts ne doit pas être reconnu. La « loi anti-Perruche », qui fait aujourd'hui l'objet de l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles, me semble constituer une illustration de cette méthode.

En droit français, la limitation de la responsabilité, c'est-à-dire la protection contre les dérives indemnitaires (« floodgates »), sera surtout réalisée par l'instrumentalisation de la notion de faute et de dommage. Il existe peu d'autres notions en droit français - la notion de causalité mise à part - qui sont aussi difficiles à comprendre, surtout pour l'observateur étranger, que la notion de faute.

À l'inverse, un système comme le système allemand doit - comme on l'a déjà dit - comporter des clauses d'ouverture qui permettent, en comblant les lacunes du système, une progression du droit de la responsabilité sans l'intervention du législateur. Cette fonction d'ouverture est remplie par la notion de „sonstiges Recht“ visée au § 823 al. 2 BGB. Cette notion n'est pas complètement sans contours puisqu'il est admis que le „sonstiges Recht“ doit viser un droit absolu. La jurisprudence a donc créé (ou plutôt inventé) certains „sonstige Rechte“ comme le droit commun de la personnalité („Allgemeines Persönlichkeitsrecht“) et le droit à l'activité industrielle ou commerciale („Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“) pour combler les lacunes du système des biens protégés. Bien que ces notions soient - au moins à première vue - aussi déconcertantes pour un juriste étranger que la notion de « faute » peut l'être pour un juriste allemand, il faut souligner qu'il ne s'agit que d'avancées prétorien-nes ponctuelles. On est donc - comme a pu très justement l'écrire Monsieur Remy - « très loin de l'application virtuellement indéfinie » de la clause générale du droit français⁶.

IV. - Y a-t-il une convergence des systèmes ?

Tous les rapports posent la question de savoir si dans le cadre d'une réforme du droit français ou lors de la création d'un droit délictuel harmonisé européen, une convergence, donc un rapprochement des deux systèmes serait possible. Ces réflexions prennent principalement appui sur les propositions de groupes de travail européens, notamment du « Groupe de Vienne » (Principes du droit européen de la responsabilité civile) de 2005⁷ et sur le Titre VI du cadre

⁶ P. REMY, *op. cit.* (n. 3) p. 32 s.

⁷ Principles of European Tort Law, Vienne 2005, disponibles en ligne : <http://www.egtl.org/>.

commun de référence (DCFR)⁸. Ces projets sont fortement influencés par le « modèle germanique » mais ils tentent en fin de compte de trouver une solution intermédiaire entre le système d'une clause générale et celui de certains intérêts protégés.

Selon Madame Viney, l'effacement total de la différence d'approche entre les droits qui obéissent au modèle germanique et ceux qui relèvent du modèle français ne semble pas possible dans un avenir proche. Madame Viney voit néanmoins des « possibilités de rapprochement » entre les deux systèmes, notamment parce que « les droits qui obéissent au système germanique admettent que des dommages nombreux justifient la responsabilité, ce qui contribuerait à élargir son domaine d'application. À l'inverse, l'adoption de la relativité aquilienne par le système français pourrait jouer un rôle modérateur qui contribuerait également à ce rapprochement »⁹.

V. - Les propositions actuelles de réforme correspondent-elles aux projets européens ?

Les projets de réforme actuels en France s'entendent, dans l'optique d'un juriste étranger, non pas comme une révolution du droit délictuel français, mais plutôt comme une recodification, qui s'accompagne d'une certaine évolution. Le système reste ainsi inchangé dans ses grands principes. Ceci est le cas, vu de l'étranger, autant pour le projet « Catala / Viney »¹⁰ que pour le nouveau projet « Terré »¹¹ qui est construit, dans une certaine mesure, sur le projet « Catala / Viney » mais qui, me semble-t-il, est plus audacieux dès lors qu'il ne se contente pas d'une « consolidation » mais qu'il consiste en une « recodification » totale du droit délictuel français actuel¹².

Les projets sur le plan européen et particulièrement les propositions du cadre commun de référence amènent par contre, à mon avis, à un dangereux compromis, dès lors qu'on y mélange des éléments de la clause générale avec des éléments relatifs aux intérêts protégés. Cela conduira peut-être, d'un point de vue politique, à un consensus plus large car chacun croira y reconnaître des traces de son propre système. Mais en définitive, il s'agit d'une régression. Bien sûr, les systèmes peuvent, comme semble l'affirmer Madame Viney, se rapprocher dans leurs *résultats concrets*, mais les systèmes demeurent fondamentalement incompatibles de sorte qu'il conviendra d'opter, dans le cadre d'une harmonisation européenne du droit, pour l'un des deux concepts fondamentaux. Un système mixte constitue une régression en matière de sécurité juridique. Les règlements du projet de cadre commun de référence (DCFR) qui sont avec raison critiqués dans tous les rapports en sont un exemple vivant. Ils ouvrent la porte à une responsabilité illimitée parce que, bien qu'ils mentionnent, à titre d'exemples, quelques intérêts protégés, ils prévoient également, sans aucune limitation, la compensation d'une « legally relevant damage », tout en précisant, ce qui remet en question ce système, qu'une responsabilité doit être exclue « where it is fair and reasonable ».

S'il appartient au scientifique allemand que je suis, qui n'a participé ni aux projets de réforme ni aux travaux des groupes de recherche du GRECA, de prendre position sur la question de savoir si le droit français actuel et les propositions de réforme correspondent ou se rapprochent des projets européens, je dirais clairement qu'ils ne se recouvrent pas et ne constituent

⁸ 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.

⁹ G. VINEY, *op. cit.* (n. 2) p. 11.

¹⁰ Avant-projet de réforme du droit des obligations (2005), disponible en ligne : www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

¹¹ F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit de la Responsabilité Civile*, Paris, Éditions Dalloz, 2011.

¹² P. REMY, *op. cit.* (n. 3), p. 18 ss. ; P. REMY / J.-S. BORGHETTI, *Présentation du projet de réforme de la responsabilité délictuelle*, in : F. TERRE (dir.), *op. cit.* (n. 11), p. 64 ss.

pas un rapprochement des systèmes. Ils n'ont de toute façon pas à le faire. La qualité des projets français actuels, et surtout du projet « Terré », repose sur le fait qu'ils procèdent à une recodification du droit délictuel français, démontrant ainsi clairement les qualités du système. Bien évidemment, une telle recodification conduit, comme l'a souligné Monsieur Remy, à une « période d'acclimatation des textes nouveaux - donc d'incertitude »¹³. Elle se heurte également, par réflexe, à des réticences dans la doctrine et dans la pratique, au sein des entreprises et dans les lobbies. En Allemagne, on a fait cette expérience avec la grande réforme du droit des obligations intervenue en 2002 („Schuldrechtsreform“) qui - bien qu'elle ne concernait pas la responsabilité délictuelle - a dû faire face à des réticences identiques. Bien que l'élément déclencheur externe fût d'ordre européen - la transcription de la directive sur la vente des biens de consommation - il s'agissait également d'un projet de recodification du droit allemand. La solution s'inscrivait dans un système « typiquement allemand ». Il était question d'un nouveau règlement et d'une clarification du droit des obligations tel qu'il s'était développé pendant 100 ans, en jurisprudence et en doctrine, à partir du BGB. En définitive, il s'agissait donc d'une explication et d'une clarification de l'état actuel du droit, avec peu de changements de contenu. L'expérience a montré que la science et la pratique se sont habituées très rapidement à la nouvelle codification et que les voix critiques se sont tues assez vite. Une telle recodification rend son propre droit plus clair, plus compréhensible et plus facile à expliquer à l'étranger. Ses qualités mais aussi ses défauts transparaissent plus clairement. Car chaque harmonisation européenne doit faire primer la qualité et la sécurité juridique. S'agissant de la sécurité juridique, il y a une grande différence entre la situation dans laquelle une clause générale « nationale » est appliquée par un juge national, et celle où un juge européen est amené à appliquer une nouvelle clause générale dont la portée n'est pas (encore) déterminée par une longue tradition de jurisprudence et n'est, partant, pas prévisible.

VI. - La voie à suivre pour un droit délictuel européen : compromis ou concurrence ?

Dans le domaine de l'unification du droit délictuel, il est moins question de compromis que de concurrence entre des systèmes. Cette concurrence ne peut être conduite que quand les systèmes nationaux en question sont clairs et compréhensibles, en ce compris à l'étranger, c'est-à-dire dans la codification même. En tant que juriste étranger, ceci est le cas, et de manière excellente, pour le projet « Terré ».

En conclusion, ni le droit civil actuel ni les projets de réforme ne correspondent aux projets d'harmonisation du « Groupe de Vienne » et du Cadre commun de référence (DCFR). Ceci n'est cependant pas un désavantage, car le droit délictuel du projet de cadre commun de référence (DCFR) ne correspond pas du tout aux exigences de clarté et de sécurité juridique qui devraient caractériser un droit délictuel pour toute l'Europe. Il ne peut y avoir de compromis entre un système de clause générale et un système d'intérêts protégés spéciaux. Il conviendra d'opter pour l'un des deux systèmes dans le cadre d'une harmonisation du droit. Pour ce faire, les systèmes devront être mis sur la table après avoir fait l'objet d'une codification claire afin que leur qualité puisse être appréciée. Le projet « Terré » remplit justement ces exigences. En tant que juriste allemand, pour qui le système germanique s'impose, notamment pour des raisons culturelles, je pourrais vivre avec le système français dans la version présentée par le Projet « Terré » comme modèle pour un droit délictuel européen, aussi bien qu'avec le système allemand. Mais je ne le pourrais en aucun cas avec le DCFR dans son état actuel.

¹³ P. REMY, *op. cit.* (n. 3) p. 19.