



HAL
open science

Groupe de réflexion de l'AFDD sur l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile Observations et propositions de modification présentées dans le cadre de la consultation publique ouverte par la Chancellerie

Jérémy Antippas, Ariane de Guillenchmidt-Guignot, Marie Dugué, Marie Dugue, Solène Ringler, Tanguy Allain, Jean-François Hamelin, Armand Dadoun, Thibault Gisclard, Mélanie Jaoul, et al.

► **To cite this version:**

Jérémy Antippas, Ariane de Guillenchmidt-Guignot, Marie Dugué, Marie Dugue, Solène Ringler, et al.. Groupe de réflexion de l'AFDD sur l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile Observations et propositions de modification présentées dans le cadre de la consultation publique ouverte par la Chancellerie. [Rapport de recherche] Association Française des Docteurs en Droit. 2016. hal-02410973

HAL Id: hal-02410973

<https://hal.science/hal-02410973>

Submitted on 23 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

AFDD

ASSOCIATION FRANCAISE DES DOCTEURS EN DROIT
RECONNUE D'UTILITE PUBLIQUE DECRET DU 28 FEVRIER 1966

Groupe de réflexion sur l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile¹

**Observations et propositions de modification présentées dans le cadre de la consultation
publique ouverte par la Chancellerie**

¹ Ont participé aux travaux du groupe de réflexion : Jérémy ANTIPPAS, Ariane de GUILLENCHMIDT-GUIGNOT, Marie DUGUE, Solène RINGLER, Tanguy ALLAIN, Jean-François HAMELIN, Armand DADOUN, Thibault GISCLARD, Mélanie JAOUÏ et Emmanuel JOUFFIN.

Les travaux ont été coordonnés par Daniel BERT.

NB : L'intégralité des articles n'a pas fait l'objet de commentaires ou de propositions de modifications.

Article 1235

Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif.

Article 1236

Le préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel.

I. Analyse

1- Tout d'abord, même s'il reprend l'exigence de certitude du préjudice présente en doctrine comme en jurisprudence (V. par ex. Cass., civ. 3, 2 juin 2016, n° 15-16967, à paraître au Bull.), l'article 1235 pourrait dans sa version actuelle inviter à faire le départ entre les préjudices certains, réparables, et les préjudices incertains, non réparables. Or cela apparaît discutable, car si tout inconvénient lié à la vie en collectivité (par exemple, la concurrence licite) ne saurait être constitutif d'un préjudice, rien ne semble en revanche conduire à considérer qu'il existerait des préjudices intrinsèquement - en dehors des cas dans lesquels le fait générateur n'existe pas - non réparables. De deux choses l'une, en effet : soit le préjudice existe (qu'il soit établi ou présumé), auquel cas il est réparable, soit il n'existe pas ou il n'est pas certain qu'il existe, auquel cas il n'y a rien à réparer. En d'autres termes, **au lieu d'inviter à penser que le préjudice incertain ne serait pas réparable, il apparaîtrait préférable de considérer qu'il ne constitue juridiquement pas un préjudice.** Pas plus d'ailleurs qu'une faute incertaine ne constitue juridiquement une faute. Sans compter que la certitude peut paraître toute relative en matière de préjudice moral (V. déjà : G. Ripert, *Le prix de la douleur*, D., 1948, chron., p. 1), préjudice consacré par le présent texte par la référence au caractère extrapatrimonial de l'intérêt le cas échéant lésé (V. *infra*, n° 2). L'exigence du caractère certain de ce préjudice ne confine-t-elle pas, en définitive, à celle d'une preuve diabolique ?

2- Substantiellement, l'article 1235 introduit une première modification notable par rapport à l'article 1382 du Code civil : alors que celui-ci ne fait référence qu'au dommage, le texte analysé introduit une distinction entre dommage et préjudice. Cette distinction avait là encore été préconisée par plusieurs auteurs. Suivant leur analyse, le dommage serait l'atteinte prise en elle-même, cependant que le préjudice résiderait dans les conséquences de cette atteinte. Par exemple, d'un dommage corporel, peuvent résulter plusieurs préjudices : déficit fonctionnel, souffrances endurées, frais divers... Pourtant, si la notion de dommage peut paraître trop factuelle, celle plus juridique de préjudice peut sembler suffisante. Au demeurant, et même avec la réparation en nature (article 1260 et s. du présent avant-projet), il semble s'agir de réparer moins matériellement un dommage que juridiquement un préjudice. Par conséquent, **la définition de celui-ci par référence à la lésion d'un intérêt** paraît suffire, sous réserve des précisions ci-après. D'ailleurs, l'article 1343 de l'avant-projet Catala (« Est réparable tout préjudice consistant dans la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif »), dont l'article 1235 du présent avant-projet reprend la substance, s'il visait le préjudice, ne faisait en revanche plus référence au dommage. A l'inverse, dans la

lignée de l'article 1382 du Code civil, le projet de réforme de la responsabilité civile effectué sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques se référait au seul dommage (son article 8 posait en effet : « Constitue un dommage toute atteinte certaine à un intérêt de la personne reconnu et protégé par le droit... », C. Grare-Didier, *Du dommage*, in F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 131 s.).

3- La deuxième importante modification tient précisément dans la définition du préjudice. Visant le dommage, l'article 1382 du Code civil ne définit bien entendu pas la notion de préjudice ; mais il ne comporte pas davantage de définition du dommage visé. L'article 1235 prévu présente donc cet avantage de définir la notion visée. A ce sujet, au-delà de **la mention de la certitude du préjudice pouvant être considérée comme consubstantielle à l'existence même de celui-ci** (C. Grare-Didier, *ouv. préc.*, p. 133 : « la certitude du dommage n'est rien d'autre que l'affirmation de la nécessité de son existence »), le texte consacre la jurisprudence dégagée par la Cour de cassation en visant la lésion d'un intérêt patrimonial ou extrapatrimonial. La Haute juridiction avait en effet admis la réparation non seulement du préjudice matériel, mais également celle du préjudice moral (Cass., civ, 6 mars 1923, DP 1923.I.81). Certes, la solution semblait naturelle sur le plan technique, puisqu'il ne paraissait guère envisageable de distinguer là où l'article 1382 du Code civil ne distingue pas. Cependant, la jurisprudence judiciaire avait à l'époque essuyé de célèbres critiques sur le plan de la politique juridique (V. not. L. Josserand, *La personne humaine dans le commerce juridique*, DH 1932, n° 1, chron., p. 1) tant elle pouvait conduire à monnayer ses larmes. Sa consécration textuelle apparaît donc opportune. D'autant plus que le Conseil d'Etat s'est finalement résolu à suivre son homologue judiciaire dans la reconnaissance et la réparation du préjudice extrapatrimonial (CE, 24 nov. 1961, Letisserand, RDP 1962.30) en dépit, là encore, des critiques d'une partie de la doctrine publiciste d'alors (V. not. : G. Morange, *À propos d'un revirement de jurisprudence : la réparation de la douleur morale par le Conseil d'Etat*, D. 1962, chron., p. 15, dénonçant la « commercialisation des sentiments » considérée comme en « opposition absolue avec les valeurs fondamentales dont se réclame la civilisation occidentale »). La référence au caractère extrapatrimonial de l'intérêt le cas échéant lésé paraît aujourd'hui digne d'approbation, même s'il put y avoir certaines dérives dans la réparation du préjudice moral (cf. le symptomatique arbitrage Tapie, où il fut évalué à 45 millions d'euros, V. not. : *Le Parisien*, 4 sept. 2008).

D'autant plus que la consécration de l'amende civile prévue par l'article 1266 du présent avant-projet pourra sans doute conduire les juges à davantage de mesure dans l'évaluation du préjudice extrapatrimonial.

4- La troisième importante modification réside dans la référence au caractère collectif de l'intérêt pouvant être lésé. Ce faisant, le texte prend en considération les préjudices collectifs dont la réparation est demandée spécialement par les syndicats ou les associations. Cependant, **en visant les intérêts collectifs, le texte, plus accueillant que l'article 1382 du Code civil visant "autrui", désolidarise totalement la notion de préjudice par rapport à celle de personne**. Cette objectivation du préjudice va, certes, de pair avec la consécration du préjudice écologique (par la Cour de cassation : Cass., crim. 25 sept. 2012, n° 10-82.938, comme par le présent avant-projet) car l'environnement n'a, naturellement, pas la personnalité juridique. Cependant, en l'état, le texte pourrait conduire le préjudice à sortir bien davantage de son lit. En effet, qu'est-ce donc qui pourrait alors empêcher un juge de considérer, en dehors même de toute atteinte à l'environnement, comme préjudice l'atteinte portée à l'intérêt collectif des animaux, appréhendés par le Code civil (article 515-14), depuis la loi n° 2015-177 du 16 février 2015, comme des êtres vivants doués de sensibilité ? N'y aura-t-il également pas une place pour le préjudice moral d'un animal ? De même, qu'est-ce qui s'opposerait à la

caractérisation d'un préjudice causé aux défunts en cas d'atteinte le cas échéant portée à leur mémoire ? Encore, le présent texte n'ouvrirait-il pas la porte à la consécration générale du préjudice des entreprises non dotées de la personnalité morale (pour une critique, V. not.: J. Antippas et B. Beignier, La diffamation d'une entreprise, Mél. Serlooten, Dalloz, 2015, p. 113 s., spéc. n° 43 s.) ? Le projet de l'Académie avait entendu éviter un tel résultat en visant, en fait de dommage, une atteinte soit « à un intérêt de la personne », soit « à un intérêt collectif, telle l'atteinte à l'environnement [...] dans les cas et aux conditions déterminés par la loi » (article 8, C. Grare-Didier, ouv., préc., p. 131).

Aussi, **pour éviter une dilution de la notion même de préjudice**, il apparaît nécessaire d'opérer un **rattachement exprès** à la **personne physique** (en ce compris le fœtus, suivant l'adage *infans conceptus* largement appliqué par la jurisprudence, V. par ex. : Cass., civ. 1, 10 déc. 1985, n° 84-14.328, Bull. civ. I, n° 339...), à la **personne morale** ou à **l'environnement**.

5- Une quatrième modification apparaît à travers la référence, par l'article 1235, au caractère licite de l'intérêt lésé. On sait le Code civil muet sur ce point, contrairement au Code de procédure civile (article 31) posant que l' « action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention... ». Aussi la Cour de cassation a-t-elle été amenée à se prononcer sur le point de savoir dans quelle mesure la situation d'illicéité de la victime mettait obstacle à la reconnaissance et à la réparation d'un préjudice. Sa tendance semble, en pareilles circonstances, à la reconnaissance et à la réparation du préjudice corporel (Cass., civ. 1, 17 nov. 1993, n° 91-15.867, Bull. civ. I, n° 326), mais non des autres préjudices et, spécialement, matériels (v. not. Cass., civ. 2, 24 janv. 2002, n° 99-16.576). Or, en visant la licéité de l'intérêt, le texte proposé, même s'il s'inscrit dans la lignée de l'avant-projet Catala (dont l'article 1343 visait en effet « la lésion d'un intérêt licite »), n'apparaît pas pleinement satisfaisant. En effet, la lésion patrimoniale d'une personne en situation illégitime, par exemple un voyageur sans billet, deviendra-t-elle pour autant celle d'un intérêt *illicite* à proprement parler ? C'est ainsi la lésion d'un **intérêt juridiquement protégé** davantage que celle d'un *intérêt licite* (le projet de l'Académie visait dans cet esprit, plus justement nous semble-t-il que le présent article 1235, un intérêt « reconnu et protégé par le droit » : C. Grare-Didier, préc., p. 131), qui semble caractériser le préjudice.

D'ailleurs, en visant la lésion d'un intérêt licite, le texte paraît aussi trop large. En effet, la lésion par exemple de la vie privée d'autrui, intérêt bien entendu licite consacré spécialement par l'article 9 du Code civil, n'apparaît pour autant pas nécessairement préjudiciable. Si la Cour de cassation juge que « la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation » (Cass., civ. 1, 5 nov. 1996, n° 94-14798, Bull. civ. I, n° 378), elle admet en réalité une atteinte justifiée à cet intérêt licite (Cass., civ. 1^{re}, 9 juillet 2003, n° 00-20289, Bull. civ. I, n° 172, jugeant « que les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression, revêtant, eu égard aux articles 8 et 10 de la Convention européenne et 9 du Code civil, une identique valeur normative, font ainsi devoir au juge saisi de rechercher leur équilibre et, le cas échéant, de privilégier la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime »). Où l'on voit assez nettement que c'est en réalité la **lésion illégitime** d'un intérêt juridiquement protégé, qui semble devoir être constitutive d'un préjudice.

6- En outre, le texte pourrait utilement venir apporter des précisions quant au mode d'appréciation du préjudice et, en particulier, consacrer la célèbre solution jurisprudentielle en vertu de laquelle **la victime**, du moins lorsqu'il s'agit d'une **personne physique**, **ne doit pas nécessairement être capable de se le représenter** (Cass., civ. 2, 22 févr. 1995, n° 92-18731 et n° 93-12644, Bull. civ. II, n° 61, s'agissant d'une personne en état végétatif).

7- Enfin, **le texte s'abstient de consacrer l'expression "préjudice légitime"**. Cela paraît **digne d'approbation** car, en dépit de la référence à cette formule par plusieurs auteurs, celle-ci s'avère discutable. **Le préjudice**, en effet, **apparaît par nature illégitime** ; ce pourquoi il peut précisément entraîner la mise en jeu de la responsabilité de son auteur.

8- L'article 1236 consacre quant à lui expressément le **préjudice futur**. Ce peut être par exemple la perte de revenus à venir d'une victime mise dans l'incapacité de travailler. Si ce préjudice constitue une réalité et gagne à ce titre à être reconnu, on peut cependant douter de l'opportunité de lui réserver un article spécifique.

D'autant que les précisions apportées par l'article 1236, même si elles reprennent ici totalement l'article 1345 al. 1^{er} de l'avant-projet Catala (« Le préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel »), revendiquant lui-même une continuité par rapport aux décisions jurisprudentielles, n'apparaissent pas indiscutables.

Outre la référence derechef au caractère certain, déjà discutable s'agissant de tout préjudice (V. *supra*, n° 3), la mention de la « prolongation [...] directe d'un état de choses actuelles » pour le préjudice futur semble faire double emploi par rapport à l'exigence d'un lien de causalité entre le préjudice et le fait générateur (cette observation à propos de l'aspect « direct » vaut pour tout dommage, V. par ex. : B. Fages, *Droit des obligations*, 5^{ème} éd. LGDJ, 2015, p. 312, n° 375). D'ailleurs, le caractère « direct » du préjudice en général n'est pas visé à l'article 1235.

Nous proposons par conséquent de **supprimer l'article spécifiquement consacré au préjudice futur**, mais d'insérer la référence à celui-ci dans l'article définissant le préjudice de manière générale.

II. Proposition de modification

Est proposé, en remplacement des articles 1235 et 1236, le texte suivant :

« Est constitutive d'un préjudice, et ainsi juridiquement réparable, la lésion illégitime d'un intérêt juridiquement protégé, patrimonial ou extrapatrimonial, d'une ou plusieurs personnes physiques ou morales.

Il peut être futur.

Le préjudice ne suppose pas, chez la victime personne physique, que celle-ci se trouve dans un état de conscience lui permettant de se le représenter.

Est également constitutive d'un préjudice, et ainsi juridiquement réparable dans les conditions ci-après énoncées, l'atteinte portée à l'environnement ».

Rapporteur : Ariane de Guillenchmidt Guignot, Docteur en droit, avocat au barreau de Paris

Article 1237

Les dépenses exposées par le demandeur pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour éviter une aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées.

Ce nouvel article propose d'instaurer en droit français le principe de la minimisation du dommage par la victime².

Cette disposition est à mettre en rapport avec l'article 1263 de l'Avant-projet qui donne le pouvoir au juge de réduire les dommages et intérêts lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, propres à ne pas aggraver son préjudice.

La responsabilité civile est fondée sur la faute et elle a pour objectif la réparation du dommage.

Mais elle peut, dans certains cas, jouer un rôle préventif en ce qu'elle peut veiller à **prévenir la naissance ou l'aggravation d'un dommage³.**

Alors que l'idée de réparation est tournée vers le passé, la prévention prend en considération l'avenir. L'avant-projet de réforme renforce la fonction préventive de la responsabilité civile en créant des outils permettant aux victimes d'éviter une aggravation de leur préjudice.

Consacrée **en droit anglais** dès la fin du XIX^{ème} siècle, l'obligation de minimiser le dommage (« duty to mitigate damages ») se définit comme : « *le fait pour un juge de tenir compte dans le calcul des dommages et intérêts, des efforts « raisonnables fournis par le créancier pour limiter la valeur de son préjudice* »⁴.

Si cette obligation a pu prospérer au sein du common law, **c'est également parce que le préjudice est apprécié contrairement au droit français, à la date du dommage et non au jour où le juge statue.**

Pour autant cette obligation est également présente dans certains droits d'inspiration civiliste. Tel est le cas au **Québec**, dont le code civil dispose, dans son article 1479, que « *la personne qui est tenue de réparer un préjudice ne répond pas de l'aggravation de ce préjudice que la victime pouvait éviter* ».

² Voir article 1344 proposition de loi Catala « *indépendamment de la réparation du dommage éventuellement subi, le juge prescrit les mesures raisonnables propres à prévenir ou à faire cesser le trouble auquel est exposé le demandeur* ».

³ La mise en place d'actions préventives est déjà répandue dans plusieurs pays d'Europe tels que l'Allemagne, la Suisse, le Portugal

⁴ Rapport d'information n° 558 (2008-2009) de MM. Alain Anziani et Laurent Bétaille ; « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », p68-69.

L'Institut international pour l'unification du droit privé (**Unidroit**), organisation intergouvernementale à laquelle la France est partie, a établi des *Principes relatifs aux contrats du commerce international* dont la version adoptée en 2004 comporte une obligation semblable. Aux termes de leur article 7.4.8, le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables, tandis que le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice.

Présente au sein de la **Convention de Vienne du 11 avril 1980** applicable en France dans le cadre des échanges du commerce international, cette obligation ne figure toutefois pas dans le Code civil. Inspiré par le projet Catala, l'avant-projet de réforme a voulu transposer cette obligation au sein du Code civil.

Pour comprendre cette notion, il est pertinent de partir d'un principe cardinal du droit français : le principe de la **réparation intégrale**. C'est ce dernier qui justifie et explique que le droit français refusait de reconnaître une obligation pour la victime de modérer son dommage. En 2003 dans un arrêt de principe, la Cour de cassation avait montré son hostilité en déclarant, au visa de l'article 1382 du Code civil, que « *l'auteur d'un accident est tenu d'en réparer toutes les conséquences dommageables ; que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable* »⁵.

Cette solution a été réaffirmée dans deux arrêts de 2014 et 2015⁶.

- L'idée de cette obligation réside dans la volonté de **responsabilisation des victimes**. En effet admettre le rôle passif de la victime reviendrait à l'inciter à « *l'insouciance et à la négligence* » et paralyserait « *l'effet d'exonération partielle normalement attribué à la faute de la victime en évinçant toute obligation préexistante* »⁷.
- Les partisans d'une **analyse économique du droit** ajoutent que cette intégration serait profitable à l'intérêt général en ce qu'elle réduirait les couts de l'indemnisation.

En Common law le principe de minimisation du dommage est conçu strictement, ce qui dans des cas extrêmes, conduit à une suppression du droit à indemnisation dont bénéficie la victime.

L'avant projet de réforme a trouvé un juste milieu entre les positions anglo-saxonne et française en tenant compte des dépenses exposées par la victime pour prévenir ou réduire son dommage.

Cette innovation peut soulever deux difficultés⁸ :

- la première concerne son **applicabilité à la matière contractuelle** ; seul le dommage prévisible est réparable.
- la seconde a trait à son **articulation avec l'action en cessation de l'illicite**. Les mesures prévues par l'article 1237 destinées à prévenir la réalisation imminente d'un dommage sont

⁵ Cass. civ, 19 juin 2003 n°01-13.289 ; Lallemand Xhaufnaire c/ Decrept et Cass. civ, 19 juin 2003 ; Dibaoui c/ Flamand

⁶ Cass. civ, 2 juillet 2014, n° 13-17.599 et Cass. civ, 26 mars 2015, n°14-16.011

⁷ Patrice Jourdain, *Vers une sanction de l'obligation de minimiser son dommage ?*, RTD Civ. 2012, p 324

⁸ L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile – Jean-Sébastien Borghetti – D. 2016. 1442

susceptibles de se confondre avec celles destinées à prévenir un trouble illicite visées à l'article 1232. Or ce dernier subordonne l'adoption de ces mesures à l'autorité judiciaire, quand l'article 1237 prévoit qu'elles peuvent être prises à la seule initiative de la victime potentielle.

- Par ailleurs, **la politique des tribunaux est d'allouer des dommages et intérêts faibles** au regard de ce qui est accordé, notamment dans les pays de Common Law. Donc cette disposition peut conduire à ce que la victime ne perçoive plus d'indemnisation ou bien une indemnisation ridicule (notamment pour le dommage moral...).

Il est donc proposé d'enlever :

« pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage » et de limiter le texte à sa seule aggravation.

On ajoutera, sur un autre plan, qu'il existe la notion de faute de la victime qui est une cause d'exonération de la responsabilité.

Article 1238

Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable.

Le préjudice de perte de chance est distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.

I. Analyse

1- L'article **consacre opportunément la théorie de la perte de chance** : que ce préjudice ne fût nullement reconnu par le Code civil tout en faisant, dans le même temps, l'objet d'une jurisprudence nourrie (sur la perte de chance de mener à bien une procédure : Cass., civ. 1, 22 nov. 2007, Bull. civ. I, n° 364 ; de réussir une compétition : Cass., crim., 6 juin 1990, Bull. crim., n° 224 ; ou encore d'améliorer sa situation professionnelle : Cass., crim. 3 nov. 1983, Bull. crim., n° 275), pouvait apparaître comme une certaine lacune textuelle. La consécration apparaît d'autant mieux venue que ce type de préjudice, loin d'être reconnu par tous les systèmes juridiques étrangers (P. Jourdain, La perte de chance, une curiosité française, Mél. P. Wessner, éd. Guillot et C. Müller, 2011, p. 167 s.), pouvait apparaître discutable, sinon suspect. Sur le fond, **la référence à la disparition d'une éventualité favorable est une reprise de la position de la jurisprudence** (V. par ex.: Cass., crim., 4 déc. 1996, n° 96-81.163, Bull. crim., n° 445, mentionnant « la disparition [...] de la probabilité d'un événement favorable » ; Cass., civ. 1, 21 nov. 2006, n° 05-15674, Bull. civ. I, n° 498 : « seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable »...).

2- D'un côté, le texte semble toutefois restreindre le domaine de la perte de chance. En effet, certaines décisions avaient reconnu un tel préjudice en cas non seulement de disparition d'une éventualité favorable, mais également d'apparition d'un risque (V. par ex. : Y. Buffelan-Lanore, Droit civil. Deuxième année, 10^{ème} éd. Sirey, 2006, p. 530, n° 1043). Or le présent texte ne reprend que la disparition d'une éventualité favorable. Cela paraît devoir être approuvé dans la mesure où l'on a fait observer qu'en cas de création d'un risque, il s'agit en réalité davantage de l'éventualité d'un préjudice que d'un réel préjudice de perte de chance (V. spécialement : Ph. Brun, Responsabilité extracontractuelle, 2^{ème} éd. LexisNexis, 2009, p. 118, n° 182). Cela étant, afin d'éviter une interprétation prétorienne du texte vers une assimilation de l'introduction d'un risque à la perte de l'éventualité favorable de ne pas le courir, sans doute **l'article 1238 devrait-il exclure expressément la seule création d'un risque**.

3- D'un autre côté, le texte élargit au contraire le domaine de la perte de chance. Il n'y est, en effet, pas fait mention d'une quelconque exigence de caractère réel, sérieux, ni même raisonnable de la chance perdue. Or cela avait fait l'objet d'importantes hésitations de la part de la Cour de cassation, spécialement ces dernières années (V. par ex.: Cass., civ. 1, 2 avr. 2009, n° 08-12.848, Bull. civ. I, n° 72, exigeant la perte d'une chance sérieuse ; Cass., civ. 2, 1er juill. 2010, n° 09-15.594, Bull. civ. II, n° 128, admettant la réparation de la perte de chance minimale ; Cass., civ. 1, 16 janv. 2013, n° 12-14.439, Bull. civ. I, n° 2, acceptant l'indemnisation de toute perte de chance, même faible ; Cass., civ. 1, 30 avr. 2014, n° 12-

22.567, Bull. civ. I, n° 78 et 13-16.380, Bull. civ. I, n° 76, exigeant la perte d'une chance raisonnable...).

Sur ce point, le texte commenté présente d'emblée la vertu de trancher et de pouvoir ainsi mettre fin aux hésitations jurisprudentielles.

Sur le fond, même si elle prend le contre-pied de la dernière position de la Cour de cassation, de la partie de la doctrine qui y avait conduit (V. not. : M. Bacache, *D.* 2013.619) et du projet de réforme de la responsabilité civile réalisé sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques (dont l'article 9 exigeait même littéralement une *pluralité de chances réelles et sérieuses* en prévoyant : « L'interruption d'un processus à l'issue incertaine ne peut constituer un dommage que s'il existait des chances réelles et sérieuses qu'il aboutisse à un résultat favorable », C. Grare-Didier, *Du dommage*, in F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 131 s.), celle retenue par le texte analysé paraît devoir être approuvée. En effet, **il eût au fond été discutable de consacrer un préjudice tout en n'en admettant la réparation qu'à partir d'un certain seuil**. Or si, à travers l'exigence de caractère réel et sérieux de la perte de chance, il pouvait pour la jurisprudence s'agir d'en effectuer une analyse qualitative et non quantitative (S. Carval, *RDC* 2011.83), en revanche, à travers l'exigence de son caractère raisonnable, il ne semble pouvoir être question que d'une référence quantitative (J.-S. Borghetti, *JCP* 2014.815). **Un préjudice n'est ou n'est pas. Ainsi la réparation est ou n'est pas due** ; même si elle doit bien entendu n'être que minime en cas de faible préjudice. Dans le même temps, l'adage *de minimis non curat praetor* pourrait sans doute inspirer le juge en présence de la disparition d'une chance lui apparaissant vraiment trop infime (comp. : Cass., civ. 1, 3 avr. 2002, n° 99-19852, Bull. civ. I, n° 110, se référant au caractère anodin d'une révélation relative à la vie privée pour refuser la condamnation).

4- Cependant, **la mention** par le texte **d'une disparition actuelle et certaine**, même si elle s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence (V. not. Cass., civ. 1, 21 nov. 2006, préc.), **ne semble guère idoine**.

Le caractère certain semble, en effet, impliqué par la reconnaissance même de ce préjudice (V. nos obs. sur les articles 1235 et 1236 du présent avant-projet). D'ailleurs, ni l'avant-projet Catala (dont l'article 1346 posait : « La perte d'une chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »), ni le projet de l'Académie des sciences morales et politiques (V. *supra*, n° 3) ne se référait à un tel caractère. Et le préjudice de perte de chance est exposé par les ouvrages pédagogiques comme étant, précisément, un préjudice « certain » (V. par ex. : F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit des obligations*, 11ème éd. Dalloz, 2013, p. 758, n° 700 s.). Au demeurant, en l'état actuel de l'avant-projet, la mention du caractère certain de la disparition d'une éventualité favorable à l'article 1238 fait doublon par rapport à l'article 1235 qui vise également le caractère certain pour tout préjudice.

Quant à la précision du caractère actuel de la perte de chance, on peut aussi se demander si elle n'est pas superfétatoire au regard de la mention même d'une disparition. Au reste, là non plus, ni l'avant-projet Catala (V. *supra*, ce n° 4), ni le projet de l'Académie (V. *supra*, n° 3) ne s'y référait.

Le texte ne nous paraît ainsi qu'imparfaitement traduire le refus de la reconnaissance de la perte d'une chance purement hypothétique. A cet égard, une distinction doctrinale a été faite entre la chance déjà courue, en cas par exemple de procès déjà engagé, et la chance qui ne l'est pas encore (G. Viney, P. Jourdain, et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, 4ème éd. LGDJ, 2013, n° 282 s.). De même a-t-il été proposé par le projet de l'Académie de faire état de l'« interruption d'un processus à l'issue incertaine » (C. Grare-Didier, *ouv. préc.*, p. 139). Le texte gagnerait dans cette lignée à faire référence à la **chance perdue selon le cours normal des choses**. Cela afin d'inviter le juge à se livrer à une construction certes de scénarii,

mais tirés, précisément, de faits réels. Cette référence au cours normal des choses, inspirée de la causalité mais de nature à éviter de contourner l'exigence du lien de causalité, permettrait sans doute davantage d'éviter la reconnaissance de pertes de chance purement fantaisistes. Cela conduirait ainsi, par exemple, dans la lignée de la jurisprudence (Cass., civ. 2, 12 mai 1966, Bull. civ. II, n° 54), à ne pas reconnaître de perte de chance s'agissant d'une personne venant d'échouer au baccalauréat et prétendant avoir vocation à embrasser une carrière de pharmacienne. A l'inverse, un étudiant modèle blessé à l'orée d'un concours longuement préparé pourrait naturellement invoquer la perte de chance d'embrasser la carrière pour laquelle il aurait, précisément, mis toutes les chances de son côté.

5- En outre, même si l'article 1238 reprend, sur ce point, presque mot pour mot l'article 1346 de l'avant-projet Catala (V. *supra*, n° 4), la simple distinction, effectuée par le texte, entre le préjudice de perte de chance et l'avantage procuré si la chance s'était réalisée apparaît insatisfaisante à au moins trois égards.

En premier lieu, parce qu'au fond le texte énonce ainsi le truisme qu'un préjudice, désavantage, est distinct d'un avantage.

En deuxième lieu, parce que, conformément au mécanisme même de la perte de chance, il omet (tout comme d'ailleurs le texte de l'Académie, V. *supra*, n° 3) de préciser que **le préjudice de perte de chance est en tout état de cause moindre par rapport à celui résultant de la perte de l'avantage qu'aurait procuré la chance perdue.**

En troisième lieu, parce que, dès lors qu'on ignore précisément si la chance perdue se serait réalisée, le texte ne prescrit pas clairement de **jauger la perte de chance à l'aune de l'hypothèse, non avérée, de la réalisation de cette chance perdue** (ce que l'on appelle souvent, mais quelque peu abusivement dès lors précisément qu'il ne s'est pas produit, le "préjudice final") **de laquelle, partant, elle ne saurait se distinguer totalement.**

Au bénéfice de ces observations, **le texte gagnerait donc à poser que la perte de chance correspond à une fraction de ce préjudice de perte de l'avantage qu'aurait procuré la chance si celle-ci s'était réalisée.**

6- Enfin, la référence à « l'avantage qu'aurait procuré cette chance » peut apparaître trop imprécise : à l'égard de quel personne cet avantage doit-il s'apprécier ? Il paraît ainsi souhaitable de préciser que cela s'effectue **à l'endroit de la victime elle-même.**

C'est dire si la remise en perspective du préjudice de perte de chance par rapport au préjudice de perte de l'avantage tiré de la réalisation de cette chance, devrait, à toute fin utile, être accompagnée d'une remise en perspective de ce préjudice par rapport à la seule victime.

II. Proposition de modification

Est proposé, en remplacement de l'article 1238, le texte suivant :

« Seul constitue un préjudice de perte de chance la disparition d'une éventualité favorable appréciée selon le cours normal des choses.

Il constitue une fraction du préjudice de perte de l'avantage qu'aurait procuré à la victime cette chance si celle-ci s'était réalisée.

La simple création d'un risque ne constitue pas une perte de chance ».

Rapporteur : Ariane de Guillenchmidt Guignot, Docteur en droit, avocat au barreau de Paris

Article 1239

La responsabilité civile suppose la démonstration d'un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage. Le lien de causalité s'établit par tout moyen.

L'exigence d'un lien de causalité n'est pas une notion définie dans la Jurisprudence⁹ ou de la doctrine qui l'ont cependant induite des textes, elle résulte des textes mêmes du Code civil (articles 1382 à 1386), qui l'expriment sans la définir.

Cet article vise la sécurité juridique qui constitue un des enjeux majeurs de la réforme. Le droit actuel est caractérisé par l'existence de principes très généraux, qui laissent une marge de manoeuvre considérable aux juges. C'est d'autant plus vrai que de nombreuses notions clés (dont la faute, le lien de causalité et le dommage) n'ont jamais été définies avec précision et que les juges du fond disposent sur certaines questions d'un pouvoir d'appréciation souverain.

Cette imprécision, rebaptisée flexibilité, permettrait aux juges de mieux prendre en compte les intérêts des victimes. Indépendamment du fait que le droit de la responsabilité n'est pas conçu uniquement pour celles-ci, cependant, cette situation est source d'une vraie insécurité juridique.

Pas de proposition de modification

⁹ Cass civ 2^{ème}, 27 octobre 1975 : Gaz. Pal. 1976. 1. 169, note Plancqueel « la responsabilité prévue par l'article 1382 suppose un rapport de causalité certain entre la faute et le dommage ».

Rapporteur : Ariane de Guillenchmidt Guignot, Docteur en droit, avocat au barreau de Paris

Article 1240

Lorsqu'un dommage corporel est causé par un membre indéterminé d'un groupe de personnes identifiées agissant de concert ou pour des motifs similaires, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé.

Il arrive que des dommages soient causés par un groupe sans que l'on puisse identifier précisément son ou ses auteurs. Le dilemme est alors le suivant : soit condamner tout le groupe, soit ne condamner personne.

S'il s'agit d'une **action collective concertée**, tous les membres du groupe ont participé à la production du dommage et en sont les co-auteurs. Toutefois, lorsqu'un seul a commis la faute, le fait qu'il se trouve nécessairement dans un groupe suffit-il à retenir la responsabilité de tous ?

La réponse était **classiquement non**.

Toutefois **la Jurisprudence** retenait une présomption simple de responsabilité à la charge des membres identifiés d'un groupe, lorsqu'un membre indéterminé de ce groupe est à l'origine du dommage pour des accidents causés **par certaines activités sportives, comme le rugby¹⁰, ou de loisir comme la chasse¹¹**.

Pour le groupe de travail de la **Cour de cassation¹²** : « *La mesure proposée, en raison de la généralité de ses termes, est des plus critiquables. (...) On voit mal comment un mécanisme, aujourd'hui nettement circonscrit, pourrait être étendu sans limite pour encadrer, pour ne pas dire entraver, l'exercice de véritables libertés publiques comme le droit de grève ou de manifestation sous couvert d'indemnisation des conséquences dommageables de certains débordements (occupation d'usine, actes de violence de « casseurs » prenant part à des manifestations).* »

La Chambre de commerce et d'industrie de Paris (**CCIP**) a pour sa part dénoncé les dangers des dispositions proposées pour les entreprises : imprécision de la notion de « groupe », impossibilité d'apporter la preuve d'une absence de faute, impossibilité d'engager une action récursoire contre l'auteur du dommage puisqu'il est inconnu, risque de mise en cause de l'entreprise la plus solvable.

Le Mouvement des entreprises de France (**MEDEF**) a jugé inadmissible de se contenter d'un dommage pour accorder la réparation sans exiger la preuve d'un lien de causalité, alors même qu'il est permis de douter également de l'existence d'un fait générateur.

D'un point de vue pratique, les conséquences des dispositions proposées ont été jugées inéquitables puisqu'il serait possible de condamner des entreprises n'ayant pas contribué au

¹⁰ Cass civ 2, 22 mai 1995 n°92-21.871 : Bull civ II, n°155, R, p139 ; JCP 195, II, 22550, note J. Mouly ; JCP 1995, I, 3893, n°5, obs Viney ; RTD civ 1995. 899, obs Jourdain

¹¹ Cass civ 2, 19 mai 1976 : JCP 1978. II. 18778, note Dejean de la Bâtie

¹² Cité dans le rapport du Sénat précité, p. 50

dommage à seule fin de pallier la défaillance de la victime dans la démonstration du lien de causalité.

Cet article est donc trop imprécis pour être inséré tel quel.

Article 1241

Toute faute oblige son auteur à réparer le préjudice qu'elle a causé.

I- Analyse

Première disposition d'une sous-section relative au fait générateur de responsabilité extracontractuelle, l'article 1241 de l'avant-projet de loi consacre en réalité un *cas* de responsabilité extracontractuelle. Il a en effet vocation à se substituer à l'emblématique article 1382 du Code civil, siège du principe général de responsabilité pour faute. Ce principe est ici conservé, sans surprise, même si la formule historique de l'article 1382 est abandonnée au profit d'une disposition quasi-identique à celle qu'avaient proposée les auteurs de l'avant-projet Catala¹³. La tournure employée reste relativement complexe d'un point de vue syntaxique – on aurait sans doute pu lui préférer une phrase plus simple (« l'auteur d'une faute est tenu de réparer le préjudice qui en résulte ») – mais elle présente l'avantage de bien mettre en lumière les différentes conditions de la responsabilité du fait personnel¹⁴, de situer la faute comme source de l'obligation, et surtout, de faire écho à l'article 1382 dont elle perpétue la tradition.

Reconduction du principe général de responsabilité pour faute

La généralité du principe de responsabilité posé résulte d'abord de l'indifférence renouvelée à la nature de la faute. « Toute faute », dès lors qu'elle a causé un préjudice, oblige à réparation. Peu importe la nature de la faute (fait positif, omission). Peu importe également la gravité du fait générateur de responsabilité : la faute légère suffit à ouvrir droit à dommages-intérêts. La distinction du délit, fait dommageable accompli avec l'intention de causer le dommage, et du quasi-délit, fait accompli sans intention de causer le dommage, qui résultait de la lecture combinée des articles 1382 et 1383 du Code civil n'est pas reprise, ce qu'on approuvera dans la mesure où elle n'emporte en droit positif aucune conséquence majeure¹⁵.

La généralité du principe posé découle encore de l'indifférence confirmée à la nature du préjudice causé. Tout préjudice en relation avec la faute doit être indemnisé, dès lors qu'il remplit l'exigence de licéité posée par l'article 1235 de l'avant-projet ; *a priori*, et conformément à la tradition juridique française, il n'y a pas de distinction à faire selon la

¹³ Article 1352 al. 1^{er} : « Toute faute oblige son auteur à réparer le dommage qu'il a causé ».

¹⁴ Au-delà de la faute, le préjudice et le lien de causalité.

¹⁵ Les articles 1382 et 1383 eux-mêmes ne lui en attachaient aucune. On s'accorde aujourd'hui à considérer que le principal intérêt attaché à la distinction, sur un plan général, réside dans la non-assurabilité des fautes intentionnelles : v. Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3^e éd., Lexis Nexis, 2014, n° 313 et 314.

nature du mal causé¹⁶. On notera au passage que le terme de préjudice a ici été préféré à celui de « dommage », utilisé et dans l'article 1382, et dans l'avant-projet Catala. Ce choix n'a sans doute rien d'anodin puisque les rédacteurs ont entendu distinguer les deux concepts, le préjudice étant vraisemblablement conçu comme la conséquence du dommage¹⁷. Il peut toutefois étonner dans la mesure où les autres faits générateurs de responsabilité sont mis en relation avec la notion de dommage¹⁸. Une harmonisation serait peut-être souhaitable sur ce point.

Champ d'application du principe général de responsabilité pour faute

Rien n'est dit quant à la force du principe posé, à son champ d'application. Connaît-il des limites ? Pour le dire autrement, les exceptions aujourd'hui admises au principe général de responsabilité pour faute ont-elles vocation à perdurer ? Il en va certainement ainsi des exceptions expressément prévues par la loi, telles que l'interdiction de réparer le préjudice de l'enfant dont le handicap congénital n'aurait pas été décelé par le médecin¹⁹. *Quid*, en revanche, des exceptions développées par la jurisprudence, telles que l'immunité du préposé ou l'inapplicabilité de l'article 1382 du Code civil aux abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881²⁰ ? Si la première se trouve consacrée par l'avant-projet, à l'article 1249, il n'est rien dit de la seconde. Les faits générateurs entrant dans les prévisions de la loi sur la presse pourront-ils désormais être réparés sur le fondement de la responsabilité pour faute ?

Cette interrogation soulève la question plus générale de l'articulation de la responsabilité pour faute avec les autres cas de responsabilité consacrés par l'avant-projet. Peut-on les invoquer cumulativement, bien que sans possibilité de les panacher ? L'avant-projet reste silencieux sur ce point. Toutefois, la place première de la faute parmi les faits générateurs envisagés, ainsi que la vocation à la généralité de la responsabilité pour faute inclinent en faveur d'une réponse positive. L'article 1241 aurait bien une vocation universelle : il pourrait toujours être invoqué, sauf dérogation expresse²¹.

¹⁶ Ce qui n'est pas à dire que cette donnée soit totalement ignorée. Ainsi souligne-t-on parfois que l'appréciation de la faute serait plus rigoureuse en présence de certains préjudices, tels que ceux qui présentent une nature purement économique : la concurrence doit être *déloyale*, la grève *illicite*... et il y a tout lieu de penser que les juges garderont toute liberté pour faire varier le niveau de diligence requis en considération de la nature des intérêts lésés. V. sur ce point M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, t. 2, Responsabilité civile et quasi-contrats*, 3^e éd., PUF, 2013, p. 93.

¹⁷ L'article 1235 de l'avant-projet de loi, aux termes duquel « est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage [...] » l'indique.

¹⁸ Article 1243 al. 1 : « On est responsable des dommages causés par le fait des choses corporelles que l'on a sous sa garde » ; article 1244 : « Le propriétaire [...] répond du dommage excédant les inconvénients normaux du voisinage ».

¹⁹ Cette interdiction est posée à l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles, issu de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (article 1^{er}).

²⁰ Ass. plén., 12 juillet 2000, n° 98-10160 et 98-11155 (2 arrêts), *Bull. Ass. plén.*, n° 8, D. 2000, p. 463, obs. P. Jourdain.

²¹ L'article 1285 al. 2 de l'avant-projet de loi précise ainsi que les dispositions relatives au fait des véhicules terrestres à moteur sont d'application exclusive.

Imputation de la responsabilité pour faute

C'est dans la désignation du responsable que le texte présente potentiellement certaines insuffisances. Est responsable « l'auteur » de la faute. Si l'on conçoit aisément qu'une personne physique puisse revêtir cette qualification, le choix de ce terme fait naître un doute quant au maintien de la responsabilité pour faute des personnes morales. Le droit positif admet en effet une telle responsabilité lorsqu'est caractérisé au sein de la personne morale un défaut d'organisation ou de fonctionnement, ou lorsque, plus souvent, une faute a été commise par l'un de ses organes, agissant en son nom et pour son compte. Même en poussant loin l'anthropomorphisme, la personne morale n'est alors pas « l'auteur » du fait dommageable, si bien que l'actuelle formulation de l'article 1241 pourrait conduire, si elle faisait l'objet d'une interprétation restrictive, à supprimer la faculté d'engager sa responsabilité pour faute. Outre qu'elle serait inopportune, une telle réforme ne serait manifestement pas conforme à la volonté des auteurs de l'avant-projet, qui envisagent à l'article 1261 la possibilité de reprocher des fautes lourdes et délibérées aux personnes morales. Pour des raisons d'intelligibilité, une reprise du texte pourrait alors s'imposer. Il sera ici possible de s'inspirer des projets Catala et Terré qui ont tous deux réservé une disposition spécifique à la responsabilité pour faute des personnes morales²².

II- Proposition de modification

« La personne morale est considérée comme l'auteur d'une faute en cas d'acte fautif commis par l'un de ses organes ou en cas de défaut d'organisation ou de fonctionnement ».

Parce que cette disposition empièterait sur la définition de la faute envisagée à l'article 1242, elle pourrait faire l'objet d'un article dédié, qui clôturerait le §1 relatif à la faute.

²² Article 7 du projet Terré : « La faute de la personne morale résulte de l'acte fautif de ses organes ou d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement.

Une société ne répond du dommage causé par la société qu'elle contrôle ou sur laquelle elle exerce une influence notable que si, par une participation à un organe de cette société, une instruction, une immixtion ou une abstention dans sa gestion, elle a contribué de manière significative à la réalisation du dommage. Il en va de même lorsqu'une société crée ou utilise une autre société dans son seul intérêt et au détriment d'autrui ».

Article 1353 de l'avant-projet Catala : « La faute de la personne morale s'entend non seulement de celle qui est commise par un représentant, mais aussi de celle qui résulte d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement ».

Article 1242

Constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par la loi ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence.

I- Analyse

Dans la lignée des projets Catala et Terré, l'article 1242 de l'avant-projet de loi propose une définition générale de la faute, inspirée de l'approche de Planiol qui y voyait « la contravention à une obligation préexistante »²³. Plus précisément, c'est l'élément matériel de la faute qui est ici envisagé.

Définition de l'élément matériel de la faute

L'avant-projet consacre une approche duale de l'élément matériel de la faute, souvent nommé « illicéité », même si le terme n'est pas ici utilisé. La faute est constituée, *soit* par la violation d'une règle de conduite imposée par la loi, *soit* par le manquement au devoir général de prudence et de diligence. Bien qu'elle puisse paraître redondante (la violation d'une règle de conduite légale ne caractérise-t-elle pas en toute hypothèse le manquement au devoir général de prudence et de diligence ?), l'opposition retenue, qui se fonde sur l'origine – légale ou prétorienne – du devoir méconnu, est classique²⁴.

La faute peut tout d'abord résulter de la violation d'une règle de conduite imposée par la loi. Il faut donc en premier lieu qu'une règle de conduite ait été transgressée. C'est dans la seule mesure où elle impose un comportement – en posant une prescription, ou, en creux, en interdisant ou sanctionnant certaines attitudes, en consacrant certains droits subjectifs – que la violation de la loi sera constitutive d'une faute. Le texte n'énonce toutefois aucune exigence quant à la finalité de la norme transgressée. Celle-ci semble indifférente. Se trouve ainsi écartée une théorie bien connue des systèmes juridiques étrangers, dite « de la relativité aquilienne », en vertu de laquelle seules les personnes protégées par la règle violée contre les préjudices subis sont autorisées à se prévaloir de la faute. Si on pourra regretter, sur ce point, le manque d'audace des rédacteurs de l'avant-projet²⁵, il faut reconnaître que cette approche

²³ M. Planiol, « Etudes sur la responsabilité civile », *Rev. Crit. Lég. Jurisp.* 1905, pp. 283 et s. ; *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 5^e éd., LGDJ, 1909, n° 863.

²⁴ Les projets de réforme retiennent tous deux cette approche duale : article 5 du projet Terré : « La faute consiste, volontairement ou par négligence, à commettre un fait illicite. Un fait est illicite lorsqu'il contrevient à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence ou de diligence » ; article 1352 al. 2 de l'avant-projet Catala : « Constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par une loi ou un règlement ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence ».

²⁵ La jurisprudence adhère d'ailleurs parfois à cette théorie : par exemple lorsque, s'agissant des recours entre co-débiteurs, elle se montre réticente à autoriser le *solvens* à invoquer le bénéfice d'un régime spécial contre ses

est conforme à la lecture traditionnellement opérée du droit français, et ne posera, en conséquence, pas de difficulté particulière dans son application.

Il faut en second lieu, que cette règle ait été imposée par la loi. Bien que le texte ne le précise pas, il semble qu'il faille entendre « loi » au sens large, comme incluant également le règlement, les normes issues de traités internationaux considérées comme directement applicables... Le droit positif les assimile en effet pleinement au stade de la caractérisation de la faute, ce qui est compréhensible dans la mesure où ces textes s'imposent de la même façon aux personnes. En revanche, il ne fait aucun doute que la méconnaissance d'une norme d'origine privée, « extralégale », telle qu'une règle du jeu, ne pourra revêtir de façon automatique la qualification de faute²⁶ ; elle ne pourra être qualifiée comme telle qu'à la condition de révéler un manquement au devoir général de prudence et de diligence.

En effet, la faute peut encore s'évincer du manquement au devoir général de prudence et de diligence, dont il appartiendra vraisemblablement au juge de fixer les contours par référence au modèle de la personne raisonnable, dans la continuité du droit positif. Ce deuxième élément de définition s'imposait afin que la responsabilité pour faute conserve sa vocation « universelle »²⁷ : bien que le nombre des dispositions légales et réglementaires soit en constante augmentation, leurs auteurs demeurent incapables d'identifier par avance l'ensemble des comportements néfastes, l'imagination humaine se révélant dépourvue de limites. Aussi la souplesse et la plasticité de la définition à laquelle on aboutit *in fine* sont-elles louables.

Pourraient-elles conduire à l'assimilation du manquement contractuel à une faute délictuelle? La définition de la faute extracontractuelle donnée à l'article 1242 pourrait sans nul doute autoriser le maintien de la jurisprudence *Myr'ho*²⁸, soit que l'on considère que la violation du contrat contrevient à une règle de conduite imposée par la loi²⁹, soit que l'on estime qu'elle contrevient au devoir général de prudence et de diligence. Les rédacteurs s'y opposent à

coobligés : Civ. 2^e, 17 juin 2010, n° 09-10.786 et n° 09-65.190 (deux arrêts), *Bull. civ.* II, n° 117 et 118 ; *RTD civ.* 2010, p. 570, obs. P. Jourdain ; *RCA* 2010, comm. 217, note Ch. Radé : « la présomption simple d'imputabilité [aux transfusions sanguines des contaminations par le virus de l'hépatite C] est édictée par l'article 102 de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2007 au seul bénéfice des victimes ».

²⁶ Sur ce point le droit positif est relativement obscur et semble parfois induire la faute civile de la méconnaissance de règles privées : v. ainsi lorsque la Cour de cassation affirme que ainsi que l'engagement de la responsabilité d'une association du fait de l'un de ses membres suppose l'existence d'une « faute caractérisée par une violation des règles du jeu » : v. par ex. Civ. 2^e, 20 novembre 2003, n° 02-13.653, *Bull. civ.* II, n° 356.

²⁷ Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, 10^e éd., Dalloz action 2014-2015, n° 24 : « Les articles 1382 et 1383 donnant une définition abstraite des délits et quasi-délits permettent de protéger les victimes de quelque dommage que ce soit, y compris les plus inédits suscités par les développements techniques, en attendant une éventuelle intervention législative. La responsabilité subjective a une vocation universelle : lorsqu'aucune autre voie juridique n'existe, elle est là, prête à l'emploi, aux tenants et aboutissants éprouvés ».

²⁸ Ass. plén. 6 octobre 2006, n° 05-13.255, *Bull. Ass. plén.* n° 9 ; *GAJC*, 13^e éd., Dalloz, 2015, n° 177 : « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage ».

²⁹ Article 1134 du Code civil et article 1103 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

l'article 1234, qui impose au tiers au contrat de rapporter la preuve d'un fait générateur de responsabilité extracontractuelle s'il souhaite obtenir, sur le fondement délictuel, réparation de préjudices causés à l'occasion de l'inexécution de la convention. L'assimilation par les juges de cette inexécution à une faute délictuelle, si elle reste possible techniquement, irait donc directement à l'encontre de la volonté des réformateurs.

Silence quant à l'élément moral de la faute

L'avant-projet reste en revanche silencieux quant à l'élément moral de la faute. L'objectivation de la faute que connaît notre droit positif est-elle ainsi confirmée ? C'est ce que l'article 1255 laisse penser, en affirmant que « la faute de la victime privée de discernement n'a pas d'effet exonératoire ». On en déduit que la faute de la victime présente une spécificité, celle d'être privée d'effet lorsque son auteur n'a pas pu avoir conscience de la portée de ses actes, soit que ses facultés mentales étaient altérées, soit qu'il était très jeune. A *contrario*, il semble que la faute du défendeur joue pleinement dans ces hypothèses. Suivant les propositions de certains auteurs, l'avant-projet consacre donc une définition à géométrie variable de la faute, selon qu'elle est imputable au défendeur, ou à la victime. L'indifférence de la condition de discernement dans la caractérisation de la faute du défendeur pourrait cependant être posée plus clairement³⁰.

Silence quant aux faits justificatifs

Rien n'est dit à ce stade des faits justificatifs, dont on considère pourtant parfois qu'ils font disparaître la faute³¹. Ils sont toutefois traités plus loin, à l'article 1257, en tant que « causes d'exclusion de responsabilité ». Ce choix pourrait sembler opportun dans la mesure où ces faits justificatifs tels que la légitime défense, n'affectent pas seulement la faute, mais retirent leur caractère illicite ou anormal à tout fait générateur. Ainsi de l'individu qui se défendrait contre un agresseur au moyen d'une arme : on n'imaginerait pas que la légitime défense puisse uniquement faire obstacle à l'engagement de sa responsabilité pour faute, sans empêcher qu'elle soit retenue sur le fondement de la responsabilité du fait des choses. Pour l'essentiel, le texte ramène malheureusement les faits justificatifs à la responsabilité pour faute³².

³⁰ Ce que font d'ailleurs l'avant-projet Catala (article 1340-1 : « celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était privé de discernement n'en est pas moins obligé à réparation ») et le projet Terré (article 6 : « l'auteur d'un fait illicite qui cause à autrui un dommage alors qu'il était dépourvu de discernement n'en est pas moins obligé à réparation »).

³¹ G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, 3^e éd., LGDJ, 2006, n° 556. L'avant-projet Catala les envisageait d'ailleurs dans l'article 1352 spécifiquement dédié à la faute.

³² V. l'alinéa 1 de l'article 1257 : « Le fait dommageable ne donne pas lieu à responsabilité pour faute... »

II- Proposition de modification

« Constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par la loi, ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence, *peu important la capacité de discernement de son auteur* ».

Article 1243

On est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses corporelles que l'on a sous sa garde.

Le fait de la chose est présumé dès lors que celle-ci, en mouvement, est entrée en contact avec le siège du dommage.

Dans les autres cas, il appartient à la victime de prouver le fait de la chose, en établissant soit le vice de celle-ci, soit l'anormalité de sa position, de son état ou de son comportement.

Le gardien est celui qui a l'usage, le contrôle et la direction de la chose au moment du fait dommageable. Le propriétaire est présumé gardien.

Les dispositions du présent paragraphe sont applicable au fait des animaux.

I. ANALYSE

Historique. L'article 1384 alinéa 1 du Code civil, selon lequel « on est responsable du fait des choses que l'on a sous sa garde », a longtemps été compris comme un texte introductif, annonçant les régimes spéciaux de responsabilité du fait des bâtiments en ruine et du fait des animaux. Dans le célèbre arrêt Teffaine du 16 juin 1896, la Cour de cassation a reconnu dans cette disposition, un principe général de responsabilité du fait des choses. Cet article devenait dès lors un fondement de responsabilité à part entière, détaché de toute analyse du comportement du responsable. L'article 1243 précise d'ailleurs qu'il s'agit d'une responsabilité de plein droit. Ce faisant, le gardien ne peut s'exonérer en prouvant qu'il n'a pas commis de faute ou qu'il était privé de discernement.

Maintien du régime général. Le maintien d'un régime autonome du fait des choses dans différents projets de réforme a donné lieu à de vives discussions (J.-S. Borghetti, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », RTD civ. 2010, p. 1 ; *contra* Ph. Brun, « De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses », RTD civ. 2010, p. 487). Dans ce mouvement législatif consistant au rapprochement des législations, la responsabilité du fait des choses fait figure de spécificité du droit français. En effet, la plupart des pays européens s'appuient davantage sur l'exploitation d'activités dangereuses que sur le fait de la chose (A. Guégan-Lécuyer, « Vers un nouveau fait générateur de responsabilité civile : les activités dangereuses », Mél. G. Viney, LGDJ 2008, p. 499). Pour autant, les propositions de réforme maintiennent opportunément ce régime juridique (avant-projet Catala, art. 1354 à 1354-4 ; projet Terré art. 20 ; proposition de Loi Bételle art. 1386-4 à 1386-6).

Champ d'application. L'article 1243 du projet a vocation à s'appliquer à toutes choses, pourvu qu'elles soient corporelles (en ce sens art. 20 projet Terré). Cette précision est bienvenue. En effet, il semble difficile d'admettre qu'un bien incorporel puisse, par lui-même, porter atteinte à un autre bien ou une personne (*contra* G. Danjanne, « la responsabilité du fait de l'information », JCP G 1996, I, 3895).

Le projet de réforme supprime les dispositions spécifiques de l'article 1386 du code civil relatives au fait des bâtiments en ruine. Tombé en désuétude, ce régime de responsabilité est désormais absorbé par le droit commun.

L'article 1385 applicable au fait des animaux disparaît également en sa forme actuelle. Il survit néanmoins à l'alinéa 4 de l'article 1243 qui indique « les dispositions du présent paragraphe sont applicable au fait des animaux ». Outre, l'orthographe approximative de cet alinéa, on peut regretter que le fait des animaux fasse l'objet d'un alinéa différencié. A l'instar de la proposition de loi Béteille, il semble qu'il aurait été plus cohérent de l'inclure dans l'alinéa 1 qui énonce explicitement quelles sont les choses soumises au régime général de responsabilité du fait des choses.

Le projet de réforme exclut également le régime particulier du fait de la communication d'incendie. Notons qu'aucun des projets antérieurs n'avait repris l'actuel article 1384 alinéa 2, forgeant un régime dérogatoire à l'égard des tiers victimes de la communication d'incendie (Rapp. C. cass. 2005 propose la suppression de cette disposition). Dans le régime actuel, il incombe à la victime d'établir une faute du détenteur de l'immeuble. Or, les dispositions générales relatives à la responsabilité personnelle peuvent parfaitement absorber ce régime spécifique, dès lors qu'est rapportée la preuve d'une négligence ou d'une imprudence.

Le fait de la chose. Le fait de la chose, institué aux alinéas 2 et 3 de l'article 1243 du projet, reprend en grande partie la jurisprudence acquise en matière de rôle causal joué par la chose dans la production du dommage.

L'alinéa 2 prévoit une présomption de causalité lorsque la chose, en mouvement, est entrée en contact avec le siège du dommage. La portée de cette présomption porte à discussions. Si l'on admet qu'il s'agit d'une présomption simple, le gardien pourrait tenter d'échapper à l'engagement de sa responsabilité. Pour ce faire, il ferait valoir le caractère purement passif de la chose, de sorte que son rôle causal dans la survenance du dommage ne serait pas établi. Une telle solution ne semble pas admissible puisque la responsabilité du fait des choses est une responsabilité de plein droit. Le gardien ne doit pouvoir s'exonérer qu'en démontrant l'existence d'un cas de force majeure ou une faute de la victime. Aussi, la présomption ne doit pas succomber à la preuve du caractère passif de la chose lorsque les conditions de contact et de mouvement sont réunies.

La garde de la chose. Le projet de réforme reprend la définition jurisprudentielle de la garde dans ses trois éléments caractéristiques, l'usage, le contrôle et la direction de la chose (Ch. réunies, 2 déc. 1941, Franck). La jurisprudence n'a jamais clairement distingué ces différents termes qui recouvrent une réalité identique. Les projets de réforme successifs ont également défini la notion de gardien plus simplement, par référence à la maîtrise de la chose. Cette acception doit être approuvée en ce qu'elle favorise la compréhension de la notion.

Le texte confirme également la règle prétorienne selon laquelle le propriétaire est présumé gardien. Il s'agit d'une présomption simple puisqu'il est communément admis que la garde de la chose peut être transférée volontairement ou involontairement à un tiers.

L'article 1243 du projet ne permet toujours pas d'engager la responsabilité du préposé en tant que gardien de la chose. Selon l'article 1249, « le commettant est responsable de plein droit des dommages causés par son préposé », le texte ne distinguant pas selon le fondement juridique employé. Lorsque le préposé est placé sous la subordination du commettant, il ne dispose pas de la maîtrise de la chose employée pour l'accomplissement de ses fonctions. Pour autant, si l'on considère que le gardien est celui qui a effectivement la maîtrise de la chose au moment de la survenance du dommage, la victime devrait pouvoir rechercher la responsabilité du préposé.

II. PROPOSITION DE MODIFICATION

Le projet de réforme n'opère pas de véritable rupture avec les solutions jurisprudentielles antérieures. L'esprit du texte doit être approuvé bien que certains correctifs peuvent y être apportés. Concernant le champ d'application de l'article 1243, d'abord, il conviendrait de ne pas opérer de distinction entre les choses qui concourent à la survenance du dommage. Pour une meilleure lisibilité, la responsabilité du fait des animaux devrait être énoncée avec celle du fait des choses corporelles.

Concernant le fait de la chose, ensuite, la présomption de responsabilité établie par le projet devrait être entendue comme irréfragable. Aussi, indiquer que le fait de la chose est « présumé » laisse dangereusement sous-entendre que l'on peut rapporter la preuve contraire. Il conviendrait donc de remplacer « présumé » par le terme « établi », ce qui éviterait toute forme d'interprétation sur la portée de cette présomption.

Concernant la notion de gardien, enfin, la distinction entre les termes contrôle, usage et direction semble tant obsolète qu'obscur. Dans cet esprit de simplification du droit de la responsabilité civile que porte le projet, il conviendrait de se référer à la seule maîtrise de la chose.

« **Art. 1243.** – On est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses corporelles ou des animaux que l'on a sous sa garde.
Le fait de la chose est établi dès lors que celle-ci, en mouvement, est entrée en contact avec le siège du dommage.
Dans les autres cas, il appartient à la victime de prouver le fait de la chose, en établissant soit le vice de celle-ci, soit l'anormalité de sa position, de son état ou de son comportement.
Le gardien est celui qui a la maîtrise de la chose au moment du fait dommageable. Le propriétaire est présumé gardien ».

Article 1244

Le propriétaire, le locataire, le bénéficiaire d'un titre ayant pour objet principal de l'autoriser à occuper ou à exploiter un fonds, le maître d'ouvrage ou celui qui en exerce les pouvoirs, à l'origine d'un trouble de voisinage répond du dommage excédant les inconvénients normaux de voisinage.

Lorsqu'une activité dommageable a été autorisée par voie administrative, le juge peut cependant accorder des dommages et intérêts ou ordonner les mesures raisonnables permettant de faire cesser le trouble, à condition qu'elles ne contrarient pas les prescriptions édictées par les autorités administratives dans l'intérêt de la sûreté et de la salubrité publique.

I- Analyse

- 1ère observation

Il convient de souscrire pleinement à la codification de la théorie prétorienne des troubles anormaux de voisinage, en ce que cela contribue à clarifier et rendre mieux accessibles les règles les plus courantes. **On regrettera toutefois que les rédacteurs n'aient pas souhaité consacrer le principe selon lequel « Nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage » dans les textes.**

- 2ème observation

Dans l'avant-projet de loi, les troubles anormaux de voisinage sont classés parmi les faits générateurs de responsabilité extracontractuelle (sous-section I de la section 2), au même niveau que la faute ou le fait des choses. Dans le même temps néanmoins, l'avant-projet de loi contient un Chapitre V relatif aux « principaux régimes spéciaux de responsabilité » portant sur le fait des véhicules terrestres à moteur et le fait des produits défectueux. On comprend toutefois mal en quoi ces régimes sont plus « spéciaux » que celui des troubles anormaux de voisinage. Par conséquent, il est proposé de **clarifier l'articulation de l'avant-projet de loi, pour mieux distinguer ce qui relève d'une part de la responsabilité pour faute de droit commun de ce qui peut être présenté d'autre part comme des régimes de responsabilité dite objective, sans faute (fait des choses, fait d'autrui, troubles de voisinage, produits défectueux, fait des véhicules terrestre à moteur, notamment).**

- 3ème observation

En faisant le choix de classer les troubles anormaux de voisinage parmi les faits générateurs de responsabilité, les rédacteurs auraient dû s'interroger sur l'éventualité d'un cumul idéal avec d'autres faits générateurs, comme celui de la responsabilité du fait des choses. On rencontre pourtant fréquemment cette hypothèse en pratique car bien souvent, le trouble dont se plaint la victime résulte du fait d'une chose et non pas nécessairement d'un fait personnel. Or, la jurisprudence est loin d'être précise sur ce point. Ce n'est qu'après plusieurs années d'hésitations³³ et prenant appui sur un arrêt rendu le 19 juin 2003³⁴ que la doctrine a tenté de

³³ Parfois, les règles de responsabilité du fait des choses sont appliquées à des situations qui peuvent donner lieu à l'application de la théorie des troubles anormaux de voisinage (par exemple, en matière de pollution chimique, le fabricant de produits chimiques étant considéré comme le gardien d'émanations de gaz provenant de son exploitation : Cass. civ. 2ème, 17 déc. 1969, 20 juin 1990, Bull. civ., 1969, II, n° 353). D'autres fois, les comportements sont sanctionnés sur le terrain de la théorie des troubles anormaux de voisinage tout en écartant l'application de l'article 1384 al. 1er (Cass. civ. 3ème, 25 oct. 1972, JCP G, 1973, II, 17491, note G. Goubeaux).

dégager un principe : la responsabilité pour troubles anormaux de voisinage serait réservée aux nuisances à proprement parler, tandis que la responsabilité du fait des choses aurait pour vocation de régir plutôt les accidents ou à tout le moins les troubles instantanés ne présentant pas un caractère continu ou répétitif. A défaut de précision en ce sens, les incertitudes qu'on connaît en jurisprudence risquent de persister. En effet, si le fait générateur de responsabilité pour trouble anormal de voisinage est le « trouble », il ne s'y résout toutefois pas systématiquement. Ainsi, en l'état actuel du texte, rien n'interdit aux victimes de choisir d'agir sur le fondement de la responsabilité du fait des choses³⁵ toutes les fois où les éléments nécessaires à la mise en oeuvre de cette responsabilité sont réunis. L'hypothèse est encore plus prévisible dans la mesure où la disposition n'évoque que les « troubles de voisinage » comme fait générateur sans préciser qu'ils doivent être anormaux. Il serait peut-être préférable de **prévoir une règle d' « orientation » des actions en fonction de la typicité de la responsabilité.** Le projet Terré³⁶ proposait d'interdire, pour un même fait dommageable, de cumuler le bénéfice des règles propres aux différents « délits spéciaux », sous la seule réserve de la faute³⁷.

- 4ème observation

La liste des personnes potentiellement responsables pour trouble de voisinage est relativement exhaustive et cherche à embrasser autant que possible les différents cas de figure. On se souviendra à ce sujet que les différents projets de réforme avaient choisi d'exclure l'hypothèse des « voisins occasionnels » telle que développée et progressivement étendue par la jurisprudence de la Cour de cassation ces vingt dernières années³⁸ mais largement critiquée³⁹ en doctrine. On peut dès lors s'étonner de l'utilisation de la formule « ou celui qui en exerce les pouvoirs » après les mots « maître de l'ouvrage ». On craint qu'il y ait là une possibilité laissée aux victimes d'agir en responsabilité pour troubles anormaux de voisinage à l'encontre des maîtres d'oeuvre et plus généralement de toutes les personnes ou entreprises chargées de réaliser un ouvrage ou des travaux immobiliers pour le compte du maître de l'ouvrage ou d'en diriger la réalisation. Aussi, pour éviter la résurgence de la jurisprudence très délicate des « voisins occasionnels » il semblerait sage de **supprimer cette formule, et de considérer simplement que leur responsabilité doit rester d'ordre contractuel vis-à-vis du maître de l'ouvrage ou, le cas échéant, relever de la seule responsabilité pour faute vis-à-vis des tiers, sans qu'il soit besoin de le préciser dans un texte.** La Cour de cassation avait d'ailleurs ces dernières années commencé à infléchir sa jurisprudence en réservant la responsabilité aux auteurs « matériels » des troubles⁴⁰ et le groupe de travail qu'elle avait constitué sur le projet Terré n'avait pas critiqué la perspective de devoir abandonner sa jurisprudence⁴¹.

Dans d'autres cas, la Cour de cassation affirme que le principe général de responsabilité du fait des choses est « étranger à la réparation des troubles du voisinage » (Cass. civ., 2ème, 20 juin 1990, Bull. civ., 1990, II, n° 140).

³⁴ Cass. civ. 2ème, Jurisdata n° 2003-018309.

³⁵ Art. 1243, dans l'avant-projet de loi.

³⁶ Art. 19 al. 2.

³⁷ Cette cause générale de responsabilité ayant une vocation universelle (art. 19. al. 1 du projet Terré).

³⁸ V. en premier lieu, à propos d'un sous-traitant, Cass. civ. 3ème, 30 juin 1998, Bull. civ. III, n° 144 ; RDI 1998, p. 647, obs. Ph. Malinvaud.

³⁹ V. not., H. Périnet-Marquet, Remarques sur l'extension du champ d'application de la théorie des troubles de voisinage, RDI 2005, 161 ; Ph. Malinvaud, Vers un nouveau régime prétorien de la responsabilité des constructeurs pour troubles de voisinage, RDI 2006, p. 251.

⁴⁰ V. à ce sujet par exemple, Cass. civ. 3ème, 9 févr. 2011, Sté Sol Essais et autres c/ Bureau Veritas e. a., n° 09-71570, comm. Ph. Malinvaud, « Le voisin occasionnel », « auteur du trouble » a-t-il disparu ? RDI 2011, p. 227.

⁴¹ Cour de cassation, Groupe de travail sur le projet intitulé « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile » sous la direction de François Terré, févr. 2012, p. 54 et s.

- 5ème observation

Le texte se poursuit avec la formule « à l'origine d'un trouble de voisinage ». Compte tenu de la longueur de la phrase, on ne parvient pas à savoir si c'est l'un des auteurs précités qui doit être à l'origine du trouble (cela impliquerait que l'action soit dirigée spécialement contre celui qui est effectivement l'auteur du trouble), ou bien si c'est le fonds auquel ces personnes sont juridiquement rattachées, qui doit être à l'origine du trouble (la victime pourrait alors agir indistinctement contre l'une quelconque des personnes visées, dès lors qu'elle serait en mesure de démontrer que ces personnes sont rattachées au fonds qui est à l'origine du trouble). Dans l'intérêt des victimes, et pour rester dans la lignée de la jurisprudence, il y a lieu d'**assurer une rédaction plus rigoureuse, garantissant que les personnes visées par le projet de texte sont solidairement responsables**, à charge pour chacune d'éventuellement obtenir la répartition de la contribution à la dette à proportion des fautes (ou absence de fautes) de chacun.

- 6ème observation

S'inspirant de la rédaction proposée dans le projet Terré, ce n'est plus le trouble (en tant que fait générateur) qui devrait être « anormal » mais le « dommage » qui devrait excéder « les inconvénients normaux du voisinage ». Il appartiendrait au juge, non pas d'apprécier l'anormalité du trouble en tant que nuisance, mais d'apprécier seulement l'anormalité du dommage qui résulte de cette nuisance. Cela n'apparaît pas opportun, pour deux raisons. D'une part, cette formule⁴² est très rarement utilisée en jurisprudence, les tribunaux préférant assez largement apprécier l'anormalité des troubles. D'autre part, ce choix ne correspond pas à la façon dont est inséré le projet d'article dans l'avant-projet de loi : c'est bien le « trouble anormal de voisinage » (cf. intitulé du §3) qui est envisagé en tant que fait générateur et non le dommage. Les troubles anormaux de voisinage étant conçus dans l'esprit des rédacteurs du projet comme le « fait générateur » d'une forme de responsabilité extracontractuelle, **il y a lieu d'utiliser dans le corps du texte la formule consacrée en jurisprudence de « trouble anormal de voisinage »**. Quant à celle de « dommage excédant les inconvénients normaux de voisinage », elle devrait être supprimée. En revanche, il resterait utile de **préciser qu'est « anormal » un trouble « excédant les inconvénients normaux de voisinage »**.

- 7ème observation

Dans l'hypothèse dans laquelle l'activité dommageable serait autorisée par voie administrative⁴³, il est prévu que le juge pourrait allouer des dommages et intérêts ou ordonner les mesures raisonnables permettant de « faire cesser le trouble », à condition toutefois de ne peut pas contrarier « les prescriptions édictées par les autorités administratives dans l'intérêt de la sûreté et de la salubrité publique ». A contrario, le juge serait donc autorisé à interdire des activités dommageables même autorisées administrativement, toutes les fois où les prescriptions des autorités administratives n'auraient pas été édictées dans l'intérêt de la sûreté et de la salubrité publique. Il n'est pas certain que cette règle soit conforme au principe de séparation des pouvoirs. Il paraît plus sérieux de **s'en tenir à la possibilité pour le juge judiciaire d'accorder des dommages et intérêts ou d'ordonner des mesures raisonnables permettant de réduire le trouble**.

- 8ème observation

⁴² Celle de « dommage excédant les inconvénients normaux de voisinage ».

⁴³ L'alinéa fait directement échos aux difficultés rencontrées à l'occasion de l'implantation d'antennes-relais et aux demandes de retrait par des riverains formulées devant le juge judiciaire, alors que ces antennes avaient respecté les valeurs limites d'exposition, seuils de fréquences, d'ondes, etc, fixés par l'administration.

On regrette l'absence d'exception de pré-occupation. Certes, dans la jurisprudence, l'antériorité n'est pas un fait justificatif des troubles anormaux de voisinage, cela n'étant prévu que de façon restrictive à l'article L. 112-16 du Code de la construction et de l'habitation⁴⁴. Plusieurs projets de réforme avaient toutefois proposé d'**étendre cette exception à toutes les « activités économiques »**. Ces propositions méritaient d'être soutenues dans la mesure où les limites prévues par le texte précité étaient maintenues : **seuls pourraient se prévaloir de l'exception de pré-occupation les exploitants d'activités économiques préexistantes à l'installation du demandeur sur son fonds à condition qu'elles se soient poursuivies dans les mêmes conditions**⁴⁵. **Au demeurant, ces activités devront respecter la législation et la réglementation en vigueur**, ce qui, d'une certaine façon, laisse à l'administration ou au législateur le soin de fixer de nouvelles conditions d'exploitation plus exigeantes si le besoin s'en fait sentir pour le bien être de l'environnement ou des riverains.

II- Proposition de modification

(sous réserve d'une construction différente de l'avant-projet de loi)

Art. 1244

Nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage.

Constitue un trouble anormal de voisinage, celui qui excède les inconvénients normaux de voisinage.

Les propriétaire, locataire, maître de l'ouvrage, bénéficiaire d'un titre ayant pour objet principal de l'autoriser à occuper ou à exploiter un fonds, répondent solidairement des troubles anormaux de voisinage trouvant leur origine dans le fonds qu'ils détiennent, occupent ou exploitent.

Ils ne sont toutefois pas responsables lorsque le trouble provient d'activités économiques exercées conformément à la législation en vigueur, préexistantes à l'installation du demandeur sur son fonds et s'étant poursuivies dans les mêmes conditions.

Si l'activité dommageable a été autorisée par voie administrative, le juge peut seulement accorder des dommages et intérêts ou ordonner les mesures raisonnables permettant de réduire le trouble.

⁴⁴ « Les dommages causés aux occupants d'un bâtiment par des nuisances dues à des activités agricoles, industrielles, artisanales, commerciales ou aéronautiques, n'entraînent pas droit à réparation lorsque le permis de construire afférent au bâtiment exposé à ces nuisances a été demandé ou l'acte authentique constatant l'aliénation ou la prise de bail établi postérieurement à l'existence des activités les occasionnant dès lors que ces activités s'exercent en conformité avec les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur et qu'elles se sont poursuivies dans les mêmes conditions ».

⁴⁵ Dans une décision QPC n° 2011-11 rendue le 8 avril 2011, M. Michel Z. et autre, JO 9 avr. 2011, p. 6361, texte n°89, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs affirmé que, au sujet de l'article L. 112-16 du Code de la construction et l'habitat, l'exonération de responsabilité sur le fondement du trouble anormal de voisinage était conforme à la Constitution et notamment à la Charte de l'environnement, précisément en raison de ces mêmes limites : à savoir d'une part que l'activité doit être antérieure à l'installation de la victime du dommage, et d'autre part que les activités doivent s'exercer en conformité avec les lois et règlements.

Article 1245

On est responsable du dommage causé par autrui dans les cas et aux conditions posées par les articles 1246 à 1249.

Cette responsabilité suppose la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage.

I- Analyse

1. - Imputation du dommage causé par autrui – L'article 1245 inaugure une nouvelle sous-section 2 intitulée « *L'imputation du causé par autrui* », faisant suite à une sous-section 1 consacrée au « *fait générateur de responsabilité contractuelle* ». L'avant-projet reprend de la sorte une idée apparue dans l'avant-projet de l'Académie des sciences morales et politiques. Selon les rédacteurs de ce dernier, « *cette innovation se justifie assez aisément dans une perspective de rigueur scientifique. (...). Si la responsabilité du fait d'autrui se distingue des autres responsabilités, c'est qu'elle pèse, non pas sur celui qui a « commis » le fait générateur (...), mais sur une autre personne en vertu du lien que celle-ci entretient avec l'auteur du fait dommageable* » (D. MAZEAUD et J.-S. BORGHETTI, « Imputation du dommage causé à autrui » in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 154).

2. - Une expression manquant de clarté – Il n'en demeure pas moins que l'expression choisie n'est pas nécessairement parlante, fut-ce pour un juriste. L'objectif d'accessibilité qui préside à la rénovation actuelle du Code civil risque donc de ne pas être satisfait. Pour essayer de comprendre l'expression « *imputation du dommage causé par autrui* », le premier réflexe est de la compléter. En effet, dès lors que le mot imputation est employé, ne faut-il pas spécifier plus clairement à qui est imputé le dommage ? Il s'agirait donc de l'imputation à autrui d'un dommage causé par un tiers. Mais est-ce le dommage qui est imputé ou sa réparation ? Il faudrait alors plutôt parler de l'imputation à autrui de la réparation d'un dommage causé par un tiers. Immanquablement, la brièveté et le pouvoir évocateur de l'expression « *responsabilité du fait d'autrui* » se font regretter. D'ailleurs, le contenant correspond-il vraiment à son contenu ? Il est effectivement possible de lire dans cette sous-section 2 l'avant-projet de la Chancellerie que certaines personnes « *sont responsables de plein droit du fait du mineur* », qu'une autre peut l'être « *du fait du majeur* » ou encore qu'il est possible de répondre « *du fait de la personne physique surveillée* ». Nulle trace de l'imputation qui ne figure finalement qu'en frontispice d'articles tout entier dédié au fait d'autrui.

3. - Réhabilitation du fait d'autrui – Au regard de ce qui précède, il semble que l'expression « *fait d'autrui* » doive être réhabilitée. Certes, la responsabilité du fait d'autrui suppose, en principe, que l'auteur direct du dommage est commis un fait générateur de responsabilité. Mais pourquoi un même fait ne pourrait-il pas être source de responsabilité

pour deux personnes ? Pourquoi ne pourrait-il être considéré comme un fait générateur qu'à l'égard de l'une seule d'entre elles ? Sur le plan de l'obligation à la dette de réparation, rien ne semble s'y opposer. Les responsables sont simplement tenus aujourd'hui *in solidum* et demain ils le seront solidairement (art. 1265). Sur le plan de la contribution à la dette de réparation, seul un partage de responsabilité s'impose. Or, aujourd'hui la jurisprudence et demain l'article 1265 suffisent à régler cette question.

4. - Caractère limitatif des responsabilités du fait d'autrui – Une innovation plus substantielle se cache sans doute dans le premier alinéa de l'article 1245, à savoir le caractère limitatif des responsabilités du fait d'autrui. Cette restriction figurait également dans l'avant-projet de l'Académie. Toutefois, elle y était exprimée plus clairement sous la forme d'une négation : « *on ne répond du dommage causé par autrui que dans les cas et aux conditions déterminés par la loi* » (art. 13, al. 1^{er}). Une telle solution vise à empêcher que le juge ne puisse créer de nouveaux cas de responsabilité du fait d'autrui. Plus concrètement, le juge serait dans l'impossibilité de créer une responsabilité de plein droit des sociétés mères du fait de leurs filiales. S'il est sans doute salvateur de laisser le législateur aménager le droit des sociétés sur ce point et créer ou non un devoir de vigilance, il y a néanmoins quelques dangers à se priver de la souplesse qui a permis à la Cour de cassation d'adapter notre droit de la responsabilité civile aux évolutions qu'a connues la société française au XX^e siècle.

5. - La responsabilité des personnes morales, fait personnel ou fait d'autrui – Ce caractère limitatif des cas de responsabilité du fait d'autrui pourrait d'ailleurs s'avérer gênant plus rapidement que prévu. En effet, *quid* de la responsabilité des personnes morales du fait de leur dirigeant ? Comme celle-ci ne figure pas parmi les hypothèses évoquées aux articles 1246 à 1249, il n'y aurait pas d'autre choix que d'y voir une responsabilité du fait personnel. Comme cela ne va pas de soi, l'avant-projet de l'Académie avait pris soin de le dire dans un article 7. Malheureusement l'avant-projet de la Chancellerie ne prend pas une telle précaution. Il est certes commode d'invoquer la théorie de l'organe pour affirmer que la faute du dirigeant n'est ni plus, ni moins que celle de la personne morale. Toutefois, cette théorie n'est qu'une métaphore qui cache bien plus la réalité qu'elle ne l'éclaire. Surtout, elle est profondément inutile. Pourquoi s'évertuer à donner à la personne morale un corps, dont elle n'a pas besoin ? La personne morale n'a besoin que d'un représentant légal, à savoir son dirigeant, comme une personne physique en état végétatif n'a besoin que d'un représentant légal, soit son tuteur. Pire, la théorie de l'organe, en ce qu'elle occulte le fait que la personne morale est bel et bien responsable du fait d'autrui, n'invite pas à se poser les bonnes questions. Quand la personne morale est-elle responsable du fait de son dirigeant ? Quand cesse-t-elle de l'être ? Quant le dirigeant est, quant à lui, responsable de son propre fait ?

6. - La responsabilité de la personne morale – Il paraît aujourd'hui acquis que la personne morale est responsable du fait de son dirigeant. Sans doute doit-elle également l'être du fait de son dirigeant de fait, même si la jurisprudence ne l'a pas clairement établi. En revanche, une question épineuse reste à résoudre ? Quand la personne morale cesse-t-elle d'être responsable du fait de son dirigeant ? Comme pour les commettants, il y aurait lieu d'admettre que sa responsabilité n'est écartée qu'en cas d'abus de fonction du dirigeant. Une

telle solution aurait le mérite de la cohérence tant la responsabilité des personnes morales du fait de leurs dirigeants et celles des commettants du fait de leurs préposés ont toujours évolué en parallèle, preuve supplémentaire s'il en était besoin de leur identité de nature.

7. - Immunité ou responsabilité du représentant légal – La responsabilité personnelle du dirigeant fait, quant à elle, figure d'exception, puisque celui-ci bénéficie d'une immunité, sauf faute séparable de ses fonctions. Toutefois, est-il possible de consacrer une telle immunité ? Comme cela a pu être mis en exergue, en matière de responsabilité civile, la jurisprudence du Conseil constitutionnel s'articule autour de deux principes « *nul ne saurait être privé du droit à réparation du préjudice occasionné par une faute non excusable* » et « *nul ne saurait être exonéré de responsabilité personnelle sans égard à la gravité de sa faute* » (N. MOLFESSIS, « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », in *Le renouvellement des sources du droit des obligations*, LGDJ, 1996, p. 79). Or, l'immunité actuelle du dirigeant, si elle ne méconnaît pas nécessairement le second principe, viole très certainement le second. En effet, lorsque la personne morale est insolvable, la victime ne peut pas pour autant poursuivre le dirigeant si celui-ci n'a pas commis de faute séparable. L'octroi de cette immunité se fait donc au détriment de la victime. Il n'y a pourtant là aucune fatalité et il est envisageable d'améliorer tant la situation de la victime que celle du dirigeant.

8. - Améliorer la situation de la victime – La situation de la victime pose la question des personnes obligées à la dette de réparation. Aujourd'hui, si la personne morale est en principe obligée envers la victime, le dirigeant fautif ne l'est que si sa faute est séparable de ses fonctions. Une telle immunité pouvant être très préjudiciable à la victime si la personne morale éprouve des difficultés financières, il serait opportun de rétablir l'obligation à la dette de réparation du dirigeant, dont il faut rappeler qu'il a commis une faute. Néanmoins, afin de pas accabler les dirigeants, rien n'interdit de hiérarchiser les recours de la victime. Ainsi, celle-ci pourrait être tenue de poursuivre en priorité la personne morale dès lors qu'elle est *in bonis*.

9. - Améliorer la situation du dirigeant – Aussi paradoxal que cela puisse paraître, il est également possible d'améliorer la situation des dirigeants. Il faut effectivement avoir conscience qu'actuellement la personne morale condamnée à indemniser la victime peut se retourner contre son dirigeant afin d'être elle-même indemnisée du préjudice que constitue pour elle... cette indemnisation. Ici, point de faute séparable. Le dirigeant fautif apparaît donc comme celui sur qui pèse la contribution à la dette de réparation. Pourtant, il peut sembler juste que la charge définitive de la réparation pèse sur la personne morale dès lors que la faute commise par le dirigeant l'a été dans l'exercice de ses fonctions. En somme, la faute séparable comme la faute intentionnelle ne devraient pas avoir une incidence sur l'obligation à la dette de réparation, mais sur la contribution à cette même dette.

10. - La nécessité d'un fait générateur chez l'auteur direct – Pour terminer cette analyse de l'article 1245, il faut dire quelques mots de son second alinéa. Très logiquement, celui-ci exige la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage. Une telle exigence n'est pas nouvelle, puisque la plupart des cas de responsabilité du fait

d'autrui la connaissent déjà. Toutefois, un seul d'entre d'eux y échappe notablement : la responsabilité des père et mère. Ceux-ci sont effectivement responsables de tout fait de leur enfant mineur dès lors qu'il a causé un dommage. En se satisfaisant ainsi d'un simple fait causal, la Cour de cassation a initié une solution inique, puisque les parents peuvent être tenus d'indemniser un dommage qu'ils ne sont pas tenus de réparer s'ils le causent eux-mêmes. L'exemple souvent cité est celui de la maladie contagieuse inoculée par inadvertance par un enfant à un autre. Susceptible d'engager la responsabilité des parents du fait de leur enfant, la même contagion ne peut engager leur responsabilité personnelle si elle n'est plus le fait de leur enfant mais le leur. Il faut donc louer l'avant-projet de mettre fin à de tels errements.

II- Propositions de modification

11. - Un principe et des exceptions – Afin de clarifier ses intentions, la Chancellerie doit réintroduire une négation au premier alinéa de l'article 1245. Celui-ci pourrait alors être le siège de l'affirmation d'un principe suivant lequel nul n'est responsable du fait d'autrui. L'alinéa second viendrait, quant à lui, réserver le jeu des articles suivants tout en assortissant ces exceptions d'une exigence commune : la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage.

12. - La responsabilité des personnes morales du fait de leur dirigeant – Le caractère limitatif des responsabilités du fait d'autrui étant clairement affirmé, il apparaît nécessaire de consacrer un article spécifique, l'article 1249-1, à la responsabilité des personnes morales du fait de leurs dirigeants. Après avoir affirmé le principe d'une telle responsabilité dans un premier alinéa, trois questions appellent trois alinéas en réponse. Tout d'abord, il convient de préciser quand cesse la responsabilité de la personne morale. Par souci de cohérence, il est alors possible de s'inspirer de l'abus de fonctions du préposé tel qu'il est défini à l'article 1249. Ensuite, il faut réaffirmer l'obligation à la dette de réparation du dirigeant, tout en instaurant une hiérarchie des poursuites. Là encore par souci de cohérence, il est possible de s'inspirer de l'article 1858 relatif à la poursuite des associés d'une société civile par un créancier social. Enfin, plutôt que de laisser la question de la contribution à la dette de réparation soumise à l'article 1265 de l'avant-projet, il convient d'adopter une règle particulière afin de soulager le dirigeant qui commet une faute dans l'exercice de ses fonctions. Ainsi, la charge définitive de cette ne doit peser sur lui que dans deux cas. Premièrement, lorsqu'il commet une faute intentionnelle qui n'est pas à ce titre couverte par l'assurance éventuellement souscrite par la personne morale. Deuxièmement, lorsqu'il commet une faute grave incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions. Il est aisé ici de reconnaître la définition jurisprudentielle de la faute séparable à un détail près. En effet, il n'a pas semblé nécessaire de conserver le caractère intentionnel de cette faute dès lors que la faute intentionnelle était consacrée à part entière.

Articles proposés

§ 4 Le fait d'autrui

Article 1245

Nul n'est responsable du dommage causé par autrui.

Il n'en va autrement que dans les cas prévus aux articles 1246 à 1249-1 et si est rapportée la preuve la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage.

Article 1249-1

Une personne morale est responsable de plein droit des dommages causés par son ou ses dirigeants.

Elle n'encourt pas une telle responsabilité si elle prouve que le dirigeant a agi hors de ses fonctions, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions. Elle ne l'est pas davantage si elle établit que la victime ne pouvait légitimement croire que le dirigeant agissait pour le compte de la personne morale.

Lorsqu'une personne morale est responsable du dommage causé par son dirigeant, la victime ne peut poursuivre ce dernier personnellement qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale.

La personne morale supporte la charge définitive de la réparation, sauf si le dirigeant a commis une faute grave incompatible avec l'exercice normal de ses fonctions ou une faute intentionnelle.

Article 1246

Sont responsables de plein droit du fait du mineur :

- ses parents, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale ;
- son ou ses tuteurs, en tant qu'ils sont chargés de la personne du mineur ;
- la personne physique ou morale chargée par décision judiciaire ou administrative, d'organiser et contrôler à titre permanent le mode de vie du mineur. Dans cette hypothèse, la responsabilité des parents de ce mineur ne peut être engagée.

Article 1247

Est responsable de plein droit du fait du majeur placé sous sa surveillance la personne physique ou morale chargée, par décision judiciaire ou administrative, d'organiser et contrôler à titre permanent son mode de vie.

Article 1248

Les autres personnes qui par contrat assument, à titre professionnel, une mission de surveillance d'autrui, répondent du fait de la personne physique surveillée à moins qu'elles ne démontrent qu'elles n'ont pas commis de faute.

I- Analyse

1. - Sources d'inspiration des articles – Les articles 1246 à 1248 de l'avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile s'inspirent très largement des articles 14 à 16 de l'avant-projet de l'Académie des sciences morales et politiques. Comme ces derniers, ces articles reprennent tout en les amendant les solutions dégagées par la Cour de cassation.

2. - Responsabilité des parents – Ainsi, lorsque l'article 1246 prévoit que « *sont responsables de plein droit du fait du mineur (...) ses parents, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale* », il supprime la condition de cohabitation et s'inscrit dans la continuité d'une jurisprudence qui n'a eu de cesse de faire reculer cette exigence. Néanmoins, il faut observer que la Cour de cassation, liée par la lettre de l'article 1384, continue de lui faire jouer un rôle. Ainsi, lorsque la résidence habituelle de l'enfant est fixée chez un seul des parents, seul celui-ci est responsable de plein droit du dommage causé par son enfant, quand bien même les deux parents exerceraient conjointement l'autorité parentale (Cass. crim., 6 nov. 2012, n° 11-86.857, *Bull. crim.* 2012, n°241 ; Cass. crim., 29 avr. 2014, n°13-84207, *Bull. crim.* n°116 ; Cass. crim., 2 déc. 2014, n°13-85.727, inédit). A l'avenir, même le parent chez lequel la résidence habituelle de l'enfant n'est pas fixée sera responsable, dès lors qu'il exerce l'autorité parentale.

3. - Responsabilité du tuteur d'un mineur – De même, lorsque l'article 1246 poursuit en énonçant que sont responsables de plein droit du fait du mineur « *son ou ses tuteurs, en tant qu'ils sont chargés de la personne du mineur* », l'avant-projet se propose de consacrer la

jurisprudence ayant admis la responsabilité du tuteur d'un mineur sur le fondement de la responsabilité générale du fait d'autrui déduite de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil (Cass. crim., 28 mars 2000, n°99-84075, *Bull. crim.* n°140).

4. - Refus de la responsabilité du tuteur d'un majeur ? – La Chancellerie semble même graver dans le marbre du Code la différence de traitement jurisprudentiel du tuteur selon que la personne protégée est un mineur ou un majeur. L'article 1247 relatif au fait d'un majeur ne fait effectivement aucunement mention de l'éventuel tuteur de ce dernier. Il se contente de consacrer la jurisprudence de la Cour de cassation suivant laquelle celui qui a la charge d'organiser et de contrôler à titre permanent le mode de vie d'une personne est responsable des dommages causés par celle-ci sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1^{er}. Or, il faut se souvenir que la deuxième chambre civile refuse de retenir la responsabilité du tuteur d'un majeur sur ce fondement (Cass. 2^e civ., 25 fév. 1998, n°95-20419, *Bull. civ.* II n°62). Une telle jurisprudence s'explique par deux séries de considération. D'une part, le tuteur n'est pas un professionnel et n'est pas rémunéré pour la fonction qu'il occupe (V. concl. R. KESSOUS, *D.* 1998, p. 315 et s., spéc. II, 3). D'autre part, il « *ne possède aucun pouvoir de direction et de contrôle (...) [des] conditions de vie (...) [du majeur]. Les décisions les plus importantes sont prises par le juge des tutelles ou sur son autorisation expresse* » (V. concl. R. KESSOUS, *D.* 1998, p. 315 et s., spéc. II, 2).

5. - Critique de la distinction – Toutefois, ces justifications valent tout autant pour le tuteur d'un mineur. Il paraît donc inopportun de distinguer le régime de responsabilité applicable à un tuteur selon l'âge de la personne protégée. Les tuteurs étant le plus souvent des membres de la famille n'ayant aucune obligation de s'assurer et ne percevant aucune rémunération qui leur éviterait d'avoir à payer une police d'assurance sur leurs ressources propres, il paraît plus judicieux de ne pas les rendre responsables de plein droit du fait de la personne sous tutelle.

6. - Contrôle à titre permanent du mode de vie – Ce point mis à part, il semble opportun de consacrer aux articles 1246 et 1247 le premier cas de responsabilité générale du fait d'autrui dessiné par la Cour de cassation avec l'arrêt Blicke (Cass. Ass. plén., 29 mars 1991, n°89-15231, *Bull. AP* n°1). En effet, parce qu'il s'agit essentiellement de professionnels pouvant s'assurer, il peut être admis que les personnes chargées d'organiser et contrôler à titre permanent le mode de vie d'une autre soient responsables de plein droit du fait de cette dernière. Mais pour admettre qu'une personne dispose d'une telle emprise sur le mode de vie d'autrui, encore faut-il que ce pouvoir lui ait été confié par une décision judiciaire ou administrative. C'est ce que précisent les articles précités explicitant ainsi une exigence sous-jacente de la jurisprudence actuelle.

7. - Refus du contrôle contractuel – Contrairement à l'avant-projet de l'Académie, celui de la Chancellerie n'admet pas en revanche qu'une personne puisse être chargée par convention d'organiser à titre permanent le mode de vie d'autrui. Il faut sans doute l'approuver car il n'est pas certain qu'il soit licite de conclure une convention ayant un tel objet. Néanmoins, ne faudrait-il pas réserver le cas du mandat de protection future ? La

réponse est négative car le mandataire est bien plus proche du tuteur que de l'association auprès de laquelle sont placés des mineurs délinquants ou des personnes handicapées.

8. - Admission d'une surveillance contractuelle – Par convention, il ne peut donc en principe être confié à une personne à titre principal ou accessoire que la surveillance d'une autre. Tel est le cas lorsque des parents confient leur enfant aux soins d'une colonie de vacances ou d'une nourrice. Tel est le cas lorsque des enfants confient leurs parents aux soins d'une maison de retraite. Ces situations font l'objet de l'article 1248 qui fait peser sur les personnes qui « *assument, à titre professionnel, une mission de surveillance d'autrui* » une responsabilité pour faute présumée. Une telle disposition inspire trois remarques.

9. - Faute présumée ou responsabilité de plein droit – Tout d'abord, son utilité est discutable dès lors que n'est prévue qu'une présomption simple de faute de surveillance. Une responsabilité de plein droit paraît plus justifiée s'agissant de professionnels. En effet, comme ceux-ci sont rémunérés, ils peuvent assumer le coût de la souscription d'une assurance, quitte à répercuter tout ou partie de ce coût sur leurs clients.

10. - Exclusion des non-professionnels – Ensuite et à l'inverse, il convient de laisser les non-professionnels, soit ceux exerçant une activité de surveillance à titre occasionnel et/ou bénévole, soumis à un régime de responsabilité pour faute prouvée. A l'instar des tuteurs familiaux, un régime de responsabilité de plein droit constituerait en effet une charge excessive à leur égard. Pour s'en convaincre, il suffit de penser à la situation des grands-parents.

11. - Articulation avec les autres responsabilités du fait d'autrui – Enfin, une question soulevée par l'article 1248 demeure sans réponse : la responsabilité que prévoit ce texte est-elle alternative ou cumulative avec celles résultant des articles 1246 et 1247 ? Si l'article 1246 prévoit que la responsabilité de la personne qui contrôle à titre permanent le mode de vie d'un mineur exclut celle des parents, il ne semble pas ici qu'elle doive exclure la responsabilité du surveillant professionnel. La raison tient à ce que le contrôle permanent du mode de vie d'un mineur voire d'un adulte n'interdit pas que celui-ci soit ponctuellement sous la surveillance d'un professionnel. A l'inverse, un tel contrôle, par l'emprise qu'il implique sur le mineur, ne peut qu'empiéter sur le lien que celui-ci entretient avec ses parents et prive la responsabilité de ces derniers de sa raison d'être. Ainsi, la responsabilité de l'article 1248 paraît devoir se cumuler avec celles des articles 1246 et 1247.

12. - Contrôle de l'activité d'autrui – Mais *quid* du second cas de responsabilité générale du fait d'autrui dégagé par la Haute juridiction à partir de 1995 ? Selon celui-ci, une association ayant pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de ses membres, et non plus ici leur mode de vie, est de plein droit responsable des dommages que ces derniers causent par leurs fautes lors de l'exercice de cette activité. Une telle jurisprudence, qui concerne essentiellement les associations sportives, est remise en cause par la Chancellerie comme elle l'était par l'Académie. D'ailleurs, la responsabilité de l'article 1248 est censée être la contrepartie de cette suppression (V. en ce sens D. MAZEAUD, J.-S.

BORGHETTI, « Imputation du dommage causé à autrui », *in Pour une réforme de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 153). Il y a là quelque chose de curieux, puisque les associations sportives semblent échapper à la responsabilité de l'article 1248. En effet, non seulement il n'est pas évident qu'elles assument une mission de surveillance. Mais surtout, il est délicat de les considérer comme des professionnels, ce qui impliquerait pour elles de percevoir une rémunération. Il n'en demeure pas moins que la disparition annoncée de ce régime de responsabilité du fait d'autrui peut être approuvée dans un souci de cohérence, car il apparaît comme une charge excessive pour des associations dont les finances ne permettent pas nécessairement de souscrire une police d'assurance adéquate.

II- Propositions de modification

13. - Un article, un régime de responsabilité – Afin de tirer les conséquences de l'analyse qui vient d'être réalisée des articles 1246 à 1248, il est apparu nécessaire d'associer chacun de ces articles à un régime précis de responsabilité. Trois articles suffisent effectivement dès lors que la responsabilité des tuteurs est écartée.

14. - L'article 1246 relatif à la responsabilité des parents – Tout d'abord, l'article 1246 pourrait être dédié à la responsabilité des parents. Dans un premier alinéa qui en expose le principe, il a semblé plus élégant de réintroduire l'expression « *leur enfant mineur* ». Dans un second alinéa, l'exception tenant à l'application de l'article 1247 est clairement mise en exergue par l'emploi de l'adverbe « néanmoins » en début de phrase.

15. - L'article 1247 relatif au contrôle du mode de vie d'autrui – Ensuite, l'article 1247 traite justement de la responsabilité encourue par ceux qui se voient confier par décision administrative ou judiciaire la charge d'organiser et contrôler à titre permanent le mode de vie d'autrui. La responsabilité du tuteur d'un mineur étant écartée (*supra* n°5), il n'est plus nécessaire de traiter de ce régime de responsabilité dans deux articles distincts selon qu'est en cause le mode de vie d'un mineur ou d'un majeur, puisqu'aucune différence de régime ne subsiste.

16. - L'article 1248 relatif à la surveillance d'autrui – Enfin, l'article 1248 relatif à la responsabilité de celui qui exerce à titre professionnel une mission de surveillance d'une personne physique appelle trois changements.

Premièrement, il est préférable d'en faire un cas de responsabilité de plein droit comme les autres cas de responsabilité du fait d'autrui (*supra* n°9).

Deuxièmement, il paraît utile de préciser que cette responsabilité vaut à l'égard des tiers, afin d'éviter toute confusion avec la responsabilité contractuelle encourue par le professionnel envers son cocontractant en cas de faute de surveillance.

Troisièmement, l'ajout d'une règle relative à l'articulation des différentes responsabilités du fait d'autrui paraît nécessaire (*supra* n°11). Comme le mode de vie d'autrui peut être confié à une personne en même temps qu'une autre en surveille ponctuellement le comportement, la responsabilité de l'article 1247 ne paraît pas devoir exclure celle de l'article 1248 et réciproquement. Pour les mêmes raisons, il en va également ainsi pour la responsabilité des parents de l'article 1246.

Articles proposés

Article 1246

Les parents sont responsables de plein droit du fait de leur enfant mineur en tant qu'ils exercent l'autorité parentale.

Néanmoins, leur responsabilité ne peut être engagée lorsqu'une autre personne est responsable du fait de leur enfant mineur sur le fondement de l'article 1247.

Article 1247

La personne physique ou morale chargée, par décision judiciaire ou administrative, d'organiser et contrôler à titre permanent le mode de vie d'un mineur ou d'un majeur est responsable de plein droit du fait de celui-ci.

Article 1248

Les personnes qui, par contrat, assument à titre professionnel une mission de surveillance d'autrui, répondent de plein droit à l'égard des tiers du fait de la personne physique surveillée. La responsabilité ainsi encourue n'exclut pas celles des articles 1246 et 1247 et inversement.

Article 1249

Le commettant est responsable de plein droit des dommages causés par son préposé.

Est commettant celui qui a le pouvoir de donner des ordres ou des instructions en relation avec l'accomplissement des fonctions du préposé.

En cas de transfert du lien de préposition, cette responsabilité pèse sur le bénéficiaire du transfert.

Le commettant ou le bénéficiaire du transfert n'est pas responsable s'il prouve que le préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions. Il ne l'est pas davantage s'il établit que la victime ne pouvait légitimement croire que le préposé agissait pour le compte du commettant.

Le préposé n'engage sa responsabilité personnelle qu'en cas de faute intentionnelle, ou lorsque, sans autorisation, il a agi à des fins étrangères à ses attributions.

I. Analyse

1- Tout d'abord, en visant les seuls dommages et non les préjudices, le texte ne semble pas tirer toutes les conséquences du nouvel article 1235 prévu posant, précisément, le caractère réparable du préjudice et non du dommage en tant que tel. Le texte devrait ainsi en premier lieu indiquer **que le commettant est responsable des préjudices causés par son préposé**.

2- L'article 1249 propose ensuite une définition bienvenue du commettant, absente de l'article 1384 al. 5 du Code civil actuel. **Le texte pourrait toutefois utilement préciser que le commettant peut être une personne physique** (tel un employeur entrepreneur individuel) **comme une personne morale**.

On peut aussi regretter que **le bénéficiaire de l'éventuel transfert du lien de préposition**, dont la mention peut sembler opportune au regard du caractère évolutif d'une relation de préposition (V. également l'article 17 du projet de réforme de la responsabilité civile réalisé sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques, posant : « En cas de transfert du lien de préposition, [la] responsabilité pèse sur le bénéficiaire du transfert », A. Oudin-Adam, Responsabilité des employeurs et salariés, in F. Terré (dir.), Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Dalloz, 2011, p. 157), ne soit toutefois pas considéré comme **devenant lui-même commettant** au regard précisément de la définition de ce dernier posée par l'article.

3- On peut, en outre, regretter en contrepoint une **absence de définition du préposé** qui, lui, **pourrait être expressément considéré comme étant nécessairement une personne physique** (les filiales n'apparaissant pas devoir être considérées comme les préposées des sociétés mères tant les relations entre ces dernières diffèrent de celles ici envisagées). S'agissant de ce dernier, le texte effectue plus fondamentalement une consécration partielle de la jurisprudence *Costedoat* (Cass., ass. plén., 25 févr. 2000, n° 97-17.378, Bull. ass. plén., n° 2, jugeant que « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant »). Consécration, car le dispositif prévu est ostensiblement celui d'une protection du préposé ; alors que cela avait pu être critiqué (V. not. G. Durry, Plaidoyer pour une révision de la jurisprudence *Costedoat* (ou une hérésie facile à abjurer), Mél. M. Gobert, Economica, 2004, p. 549 s.). Partielle, car l'article proposé opte, pour fixer la limite de la protection du préposé, pour le

critère de la faute intentionnelle de ce dernier, là où la jurisprudence semblait aussi faire référence à la faute pénale de l'intéressé (par ex. : Cass., civ. 2, 20 déc. 2007, n° 07-13.403, Bull. civ. II, n° 274). Cette référence à la faute intentionnelle est complétée par une référence à l'agissement à des fins étrangères aux attributions, dans la lignée du projet de l'Académie (dont l'article 17 al. 3 posait : « Le salarié ne répond personnellement que du dommage qu'il a causé par sa faute intentionnelle ou en agissant sans autorisation et à des fins étrangères à son emploi », A. Oudin-Adam, Responsabilité des employeurs et salariés, in F. Terré (dir.), ouv. préc., p. 157). Cela étant, même si l'article 1249 ne reprend opportunément pas le terme « mission » posé par l'arrêt *Costedoat*, la **notion** visée **d'attributions** apparaît assez **peu précise**, et **s'ajouterait de surcroît à celle**, traditionnelle et reprise par le texte analysé, **de fonctions**.

Surtout, le **dispositif** apparaît **incomplet**. La **faute grave** du préposé devrait en effet pouvoir être assimilée à la faute intentionnelle quant à ses effets - comme, *mutatis mutandis*, la faute lourde est équipollente à la faute dolosive en matière contractuelle.

4- Par ailleurs, l'article 1249 pourrait à première vue paraître devoir être harmonisé par rapport à l'article 1241 prévu par le présent avant-projet (« Toute faute oblige son auteur à réparer le préjudice qu'elle a causé »), si en effet on admet que, causant un préjudice, la faute du préposé n'engage néanmoins par principe pas la responsabilité de ce dernier.

Cependant, tout bien pesé, on gagnerait à considérer et à énoncer clairement que, **restant dans le cadre de ses fonctions, le préposé ne commet qu'une faute de fonction** (V. déjà : G. Cornu, Etude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public, Matot-Braine, 1951, p. 47 s.) et ainsi, en réalité, **aucune faute personnelle**.

La Cour de cassation a, au demeurant, déjà fait référence à l'absence d'une telle faute personnelle du préposé dans un arrêt *Clauzade* (Cass., civ. 2, 18 mai 2000, n° 98-13688, Bull. civ. II, n° 84). Pas davantage le préposé n'est-il d'ailleurs considéré comme gardien de la chose causant un dommage (Cass., civ. 30 déc. 1936, DP 1937.1.5). L'actuelle version de l'article 1241 du présent avant-projet semble, au reste, également parfaitement se prêter à cette lecture : si le préposé n'engage par principe pas sa responsabilité, c'est que ce n'est pas sa faute qui a causé le préjudice. Tout comme le titre de la sous-section 2 du présent avant-projet, ne faisant, en effet, plus référence à la responsabilité du fait d'autrui, mais à **l'imputation du dommage causé par autrui**, dans la lignée du projet de l'Académie des sciences morales et politiques (V. : D. Mazeaud et J.-S. Borghetti, Imputation du dommage causé à autrui, in F. Terré (dir.), Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, Dalloz, 2011, p. 149 s.).

De là à **l'imputation**, à une personne, **de la faute préjudiciable commise par autrui**, il n'y a qu'un pas. Il apparaît d'autant plus devoir être franchi qu'une telle imputation se vérifie en droit public (comme d'ailleurs en droit des sociétés) où, en effet, « le service public est censé être l'auteur de la faute » (E. Laferrière, Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2^{ème} éd., Berger-Levrault, 1896, p. 189). Or du droit public, le droit privé s'est ici justement inspiré, depuis les arrêts *Rochas* (Cass., com., 12 oct. 1993, n° 91-10.864, jugeant à propos de salariés « qu'aucune faute personnelle susceptible d'engager leur responsabilité n'était caractérisée »), *Clauzade* précité (énonçant très clairement que « seule une faute personnelle assimilable à la faute personnelle détachable du service du droit public pouvait engager la responsabilité quasi délictuelle » du préposé) et *Costedoat* précité (V. concl. R. Kessous sur Cass., ass. plén. 25 févr. 2000, préc. *JCP G* 2000.II.10295 se référant directement aux solutions du droit public). Ces arrêts cristallisent le glissement d'une protection des victimes, objectif initial de l'article 1384 al. 5 du Code civil, à celle des préposés, objectif nouveau apparu avec l'évolution des besoins sociaux.

5- Cependant l'article 1249 prévu, à la suite de la jurisprudence judiciaire, mais à la différence du droit public, néglige encore largement les intérêts des victimes et ne protège que trop imparfaitement ceux des commettants. On peut notamment regretter que le **texte soit muet sur un quelconque cumul de responsabilités** entre commettant et préposé, **comme sur la distinction entre l'obligation et la contribution à la dette.**

Aussi l'article gagnerait-il à parachever ici l'harmonisation du droit civil avec les solutions du droit public. A cet égard, il apparaîtrait opportun de distinguer clairement les situations de **faute de fonction** (responsabilité du commettant), de **faute personnelle du préposé** (responsabilité du préposé) - lorsque la faute révèle « l'homme avec ses faiblesses, ses passions [car] si la personnalité de l'agent se révèle par des fautes de droit commun, par un dol, alors la faute est imputable au fonctionnaire, non à la fonction » (E. Laferrière, concl. sur T. confl., 5 mai 1877, Laumonier-Cariol, Rec. 437), c'est-à-dire, en définitive, cas de faute intentionnelle ou grave - et de **cumul de fautes** (responsabilité des commettant et préposé). Un tel cumul a été reconnu par l'arrêt *Anguet* du Conseil d'Etat (3 févr. 1911, n° 34922), mais l'occasion de sa consécration a été manquée par la Cour de cassation dans son arrêt *Cousin* (Cass., ass. plén., 14 déc. 2001, n° 00-82.066, Bull. ass. plén., n° 17), qui, par ses faits, constituait pourtant le faux jumeau, si l'on ose écrire, de l'arrêt *Anguet*.

Pour préserver les intérêts des victimes, il apparaîtrait nécessaire de poser une **obligation du commettant à la dette** de réparation lorsque **la faute personnelle** du préposé n'est néanmoins **pas dépourvue de tout lien avec les fonctions**. Là encore, de telles solutions sont clairement admises en droit public (V. par ex. : CE, ass., 18 nov. 1949, Dlle Mimeur, n° 91864, Rec. 492).

A cet égard, **le lien avec les fonctions gagnerait à être précisé**. Décalque du lien de la faute avec le service dans la jurisprudence administrative, il pourrait être considéré comme existant dès lors que **le préposé a trouvé dans ses fonctions l'occasion ou les moyens de sa faute** (CE, ass., 26 oct. 1973, Sadoudi, Rec. 603), plutôt que lorsqu'il y a trouvé l'occasion *et* les moyens de sa faute, solution pourtant semble-t-il préférée par la Haute juridiction judiciaire (Cass., civ. 2, 17 mai 2011, n° 10-14.468, Bull. civ. II, n° 69).

Un système probatoire du lien avec les fonctions gagnerait également à consolider le mécanisme, avec une **présomption d'existence de ce lien en cas de commission de la faute pendant l'exercice des fonctions**.

Le texte pourrait aussi ménager davantage les intérêts des commettants et, en particulier, inclure un système de **contribution à la dette** cohérent **en considération** de la ou **des fautes en présence**. Il s'agit là encore de la position du Conseil d'Etat (V. not. : CE, 28 juill. 1951, Laruelle, n° 04032 ; CE, 12 avr. 2002, Papon, n° 238689).

Le tout au service d'une sécurité juridique accrue (s'agissant de la position plus qu'hésitante de la jurisprudence judiciaire : V. not. N. Molfessis, La jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou l'irrésistible enlisement de la Cour de cassation, Mél. M. Gobert, ouv. préc., spéc. p. 497), d'un meilleur équilibre entre la protection des préposés, des victimes et des commettants, et d'une plus grande cohérence, non pas seulement avec le droit des sociétés connaissant lui aussi la faute séparable des fonctions (V. not. Cass., com., 20 mai 2003, n° 99-17092, Bull. civ. IV, n° 84, visant pour le dirigeant social « une faute séparable de ses fonctions » lorsqu'il « commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales » ; V. aussi en ce sens : Cass., com., 27 mai 2014, n° 12-28657, Bull. civ. IV, n° 920), mais aussi avec le droit public (J. Antippas, La responsabilité des préposés et des commettants à la lumière du droit comparé interne, D. 2013.2928).

6- Notons par ailleurs que l'article analysé vise opportunément la responsabilité personnelle du préposé, ce qui implique donc un principe d'*irresponsabilité* et non de simple *immunité*

procédurale du préposé en cas de faute de fonction, là où la Cour de cassation avait hésité (V. par ex. aff. *Costedoat*, préc. ; comp. : Cass., civ. 1, 12 juill. 2007, n° 06-12.624, Bull. civ. I, n° 270).

7- Le **texte** apparaît, enfin, encore **trop peu disert sur les causes d'exonération du commettant**. S'il consacre (quoique cela s'avère discutable, v. *supra* : n° 3 et 5) la solution jurisprudentielle sur l'agissement hors fonctions, sans autorisation et à des fins étrangères aux attributions du préposé (Cass., ass. plén. 19 mai 1988, n° 87-82.654, Bull. ass. plén., n° 5) et ajoute opportunément la théorie de l'apparence (déjà présente dans l'avant-projet Catala dont l'article 1359 prévoyait l'irresponsabilité du commettant « s'il établit que la victime ne pouvait légitimement croire que le préposé agissait pour le compte du commettant »), il **ne souffle** en revanche **mot de la force majeure** pourtant irrésistiblement appelée par la référence effectuée à la responsabilité *de plein droit* du commettant. Or on connaît les difficultés tenant à la question de la personne à l'égard de laquelle la force majeure doit être examinée en matière de responsabilité du fait d'autrui (V. spécialement : C. Caron, La force majeure : Talon d'Achille de la responsabilité des père et mère, Gaz. Pal., 1998, p. 21 s.). Le texte, en l'état, les élude. De son côté, l'article 1253 du présent avant-projet se borne à viser, s'agissant de la force majeure, « l'événement dont le défendeur ou la personne dont il doit répondre ne pouvait éviter la réalisation ou les conséquences »... Pourtant, appréciée sur la tête du préposé, la force majeure semblerait signifier précisément l'absence de fait dommageable causé par le préposé lui-même et, ainsi, l'absence en amont de toute mise en jeu de la responsabilité du commettant, avant même une éventuelle exonération de ce dernier en aval. L'article 1249 gagnerait donc soit à clarifier la question de la **force majeure**, et, spécialement, de **la personne à l'égard de laquelle elle doit être appréciée** (et qui apparaît, pour les raisons ci-dessus indiquées, devoir être **le commettant**), soit à écarter la référence à la responsabilité de *plein droit* du commettant, à l'instar de ce que prévoyait d'ailleurs l'article 1359 de l'avant-projet Catala (« Le commettant est responsable des dommages causés par son préposé... »).

La première solution nous apparaît préférable, ne serait-ce que parce qu'elle souligne l'absence de nécessité d'établir une faute commise par le commettant pour engager la responsabilité de ce dernier.

II. Proposition de modification

Est proposé en remplacement le texte suivant :

« Le commettant est responsable de plein droit des préjudices causés par son préposé.
Est commettant la personne physique ou morale qui a le pouvoir de donner des ordres ou des instructions en relation avec l'accomplissement des fonctions du préposé. En cas de transfert du lien de préposition, cette responsabilité pèse sur le bénéficiaire du transfert devenant commettant.

Le préposé est la personne physique soumise au pouvoir susmentionné du commettant. Il n'engage pas sa responsabilité en cas de faute de fonction, entendue comme une faute de simple imprudence ou négligence dans l'accomplissement de ses fonctions. Il engage en revanche sa responsabilité en cas de faute personnelle détachable de ses fonctions, entendue comme une faute soit intentionnelle, soit grave.

En cas de faute personnelle détachable des fonctions et dépourvue de tout lien avec celles-ci, le préposé est exclusivement responsable.

En cas de faute personnelle détachable des fonctions mais non dépourvue de tout lien avec celles-ci, le préposé et le commettant sont responsables à l'égard de la victime ; le poids final de la dette est à la charge exclusive du préposé.

Il existe un lien entre la faute et les fonctions lorsque le préposé a trouvé dans celles-ci l'occasion ou les moyens de sa faute.

Ce lien est présumé de manière simple lorsque la faute est commise pendant l'exercice des fonctions. Il doit être établi dans le cas contraire.

En cas de cumul d'une faute personnelle du préposé et d'une faute du commettant, ces derniers sont responsables à l'égard de la victime ; chacun d'eux supporte le poids final de la dette en fonction de la gravité de leurs fautes respectives.

Le commettant n'est pas responsable s'il établit que la victime ne pouvait légitimement croire que le préposé agissait pour le compte du commettant. Il ne l'est pas non plus s'il établit un cas de force majeure, laquelle s'apprécie à son égard ».

Article 1253

Le cas fortuit, le fait d'un tiers ou de la victime sont totalement exonérateurs s'ils remplissent les caractères de la force majeure.

En matière extracontractuelle, la force majeure est l'événement dont le défendeur ou la personne dont il doit répondre ne pouvait éviter la réalisation ou les conséquences par des mesures appropriées.

En matière contractuelle, la force majeure est définie par l'article 1218.

I – Analyse

I.1 Alinéa 1^{er}

L'art. 1253 ne reprend pas la notion de « *cause étrangère* » qui n'apporte rien par rapport à celle de force majeure (*contra*, art. 1349 de l'Avant-projet de réforme du droit des obligations « APRDO »).

La notion de cas fortuit est, à juste titre, distinguée de celle de force majeure (mais sur l'assimilation de ces deux notions par certains arrêts de la Cour de cassation : Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, n° 1802).

Ensuite, seul est visé le fait de la victime, ce qui signifierait que même un fait non fautif de la victime, réunissant les critères de la force majeure, pourrait justifier une exonération totale (cep. Civ. 2^e, 18 mars 2004, pourvoi n° 02-19.454 ; Civ. 2^e, 15 décembre 2005, pourvoi n° 03-16.772, qui se réfèrent à la faute de la victime revêtant les critères de la force majeure).

Enfin, l'Avant-projet met fin à toute discussion sur la possibilité d'une exonération partielle par la force majeure.

I.2 Alinéa 2

Cette disposition reprend à l'identique celle de l'article 46 de l'avant-projet de réforme de l'Académie des sciences morales et politiques. A la différence près que l'article 46 concernait aussi bien la matière contractuelle que délictuelle.

L'art. 1253 retient ainsi le seul critère de l'inévitabilité par des mesures appropriées (P.-H. Antonmattéi, *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992, *passim*).

Exit donc l'imprévisibilité et l'extériorité, le défendeur pourra s'exonérer en démontrant qu'aucune mesure appropriée n'aurait permis de faire obstacle à la réalisation et/ou aux conséquences du fait dommageable. La loi confirme la place de l'irrésistible comme le critère dominant voire unique (G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, n° 395).

Logiquement, le défendeur n'est pas exonéré s'il démontre que la réalisation de l'événement était inévitable sans réussir à prouver qu'il n'aurait pas pu, par des mesures appropriées, faire obstacle aux conséquences dudit événement.

Le texte devrait donc préciser que ce sont bien la réalisation **et** les conséquences de l'événement qui ne pouvaient être évitées.

Peu importe que l'événement soit prévisible si, ni sa réalisation, ni ses conséquences, ne peuvent être évitées. Et, même si la réalisation de l'événement est irrésistible et imprévisible, la force majeure ne sera pas caractérisée si, par des mesures appropriées, ses effets auraient pu être évités. L'art. 1253 est donc plus sévère pour le responsable que l'art. 1349 de l'APRDO qui n'imposait d'apprécier la mise en œuvre de mesures adéquates que si l'événement était prévisible.

L'éviction de l'imprévisibilité était pourtant loin d'être acquise en jurisprudence (Ass. plén. 14 avril 2006, pourvois n° 04-18.902 et n° 02-11.168 ; Civ. 2^e, 21 décembre 2006, pourvoi n° 06-10.172 ; Civ. 2^e, 2 avril 2009, pourvoi n° 07-22.005 ; Civ. 2^e, 22 novembre 2012, pourvoi n° 11-15.415).

Mais la jurisprudence pouvait manquer de cohérence (jugeant que les agressions - même létales - ne sont pas imprévisibles : Civ. 2^e, 3 juillet 2002, pourvoi n° 99-20.217 ; Civ. 1^{re}, 30 mai 2006, pourvoi n° 03-16.335 ; Civ. 1^{re}, 21 novembre 2006, pourvoi n° 05-10.783 ; alors seule devrait compter l'irrésistibilité de l'agression : Com. 1^{er} octobre 1997, pourvoi n° 95-12.435 ; Com. 30 juin 2004, pourvoi n° 03-13.091, qui se fonde toutefois sur l'art. 17 de la Convention de Genève relative au contrat de transport international de marchandises par route qui prévoit justement que le transporteur est déchargé de sa responsabilité en cas de « *circonstances que le transporteur ne pouvait pas éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait pas obvier* » ; Civ. 1^{re}, 23 juin 2011, pourvoi n° 10-15.811).

La notion de « *mesures appropriées* », qui figure déjà à l'art. 1218, constituera désormais l'élément fondamental pour apprécier l'inévitabilité. Et son appréciation a déjà donné lieu à de nombreuses jurisprudences notamment en matière contractuelle (Civ. 2^e, 18 mars 1998, pourvoi n° 95-22.014 ; Com. 11 octobre 2005, pourvoi n° 03-10.975 ; Civ. 1^{re}, 30 mai 2006, pourvoi 03-16.335 ; Civ. 1^{re}, 30 octobre 2008, pourvoi n° 07-17.134 ; Com. 28 octobre 2008, pourvoi n° 07-14.178 ; Ch. mixte 28 novembre 2008, pourvoi n° 06-12.307). Ce standard ne paraît donc pas se heurter aux exigences de la sécurité juridique.

I.3 Alinéa 3

Le critère de l'imprévisibilité est maintenu en matière contractuelle (art. 1218 de l'Ord. du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats) : l'événement ne doit pas être « *raisonnablement prévu lors de la conclusion* » et ses « *effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées* ».

Il serait préférable que la définition de la force majeure soit identique en matière délictuelle et contractuelle.

D'autant que certains arrêts écartent purement et simplement la référence à l'imprévisibilité en matière contractuelle (Civ. 1^{re}, 9 mars 1994, pourvoi n° 91-17.459 ; Com. 1^{er} octobre 1997, pourvoi n° 95-12.435 ; Civ. 1^{re}, 10 février 1998, pourvoi n° 96-13.316 ; Civ. 1^{re}, 17 novembre 1999, pourvoi n° 97-21.823 ; Soc. 12 février 2003, pourvoi n° 00-46.660).

La doctrine admet généralement que l'imprévisibilité n'est qu'un indice de l'irrésistibilité (*contra*, Civ. 1^{re}, 30 octobre 2008, pourvoi n° 07-17.134).

Et il n'est pas nécessaire de se référer à la prévisibilité pour exclure la force majeure lorsque le contrat aurait pu ou dû anticiper l'événement irrésistible (par ex. Com. 13 février 2007, pourvoi n° 05-18.219).

La référence à l'imprévisibilité, tant par la jurisprudence actuelle que par l'article 1218, nous paraît donc inutile, ce qui justifierait de retenir la définition de l'art. 1253 comme la définition unique de la force majeure.

Enfin, l'Avant-projet ne prévoit pas d'exonération totale lorsque la victime a volontairement recherché le dommage (*contra*, APRDO, art. 1350). Et pour cause, la faute intentionnelle doit être considérée comme un cas de force majeure. C'est la raison pour laquelle le caractère exonératoire de la faute intentionnelle est rappelé en matière de « *fait des VTAM* », régime dans lequel la force majeure n'est pas exonératoire.

II – Proposition de modification

Modifier uniquement le 2° aliéna :

« En matière extracontractuelle, la force majeure est l'événement dont le défendeur ou la personne dont il doit répondre ne pouvait éviter la réalisation **et** les conséquences par des mesures appropriées ».

Article 1254

Le manquement de la victime à ses obligations contractuelles, sa faute ou celle d'une personne dont elle doit répondre sont partiellement exonérateurs lorsqu'ils ont contribué à la réalisation du dommage.

En cas de dommage corporel, seule une faute lourde peut entraîner l'exonération partielle.

I – Analyse

I.1 Alinéa 1^{er}

L'art. 1254 fait définitivement obstacle à ce que la jurisprudence subordonne l'exonération en raison de la faute de la victime à la condition que celle-ci revête les critères de la force majeure, comme elle l'avait fait avec l'arrêt *Desmares* et en matière d'obligation de sécurité de résultat du transporteur ferroviaire.

Conformément à la jurisprudence dominante, il n'y a donc pas lieu de distinguer entre matière délictuelle et contractuelle (par ex. Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 2010, n° 09-13.896 ; Civ. 2^e, 22 novembre 2012, pourvoi n° 11-15.415 ; Civ. 2^e, 4 juillet 2013, pourvoi n° 12-23.562).

Désormais, la faute de la victime ne se confond pas avec le manquement de celle-ci à ses obligations contractuelles.

Surtout, l'art. 1254 prévoit le caractère exonérateur de la faute de la personne dont la victime doit répondre. Cette solution, admise en jurisprudence (Civ. 2^e, 4 mars 1981, pourvoi n° 80-10.729 ; Com. 7 juin 1994, pourvoi n° 91-22.328 ; Com. 31 mai 2005, pourvoi n° 03-20.952) est consacrée par l'article 1245-12 relatif à la responsabilité du fait des produits défectueux. Elle se trouve ainsi transférée en droit commun.

Quoi de plus normal d'opposer à la victime les fautes de la personne dont elle doit répondre (enfant, préposé...) ? Et pourtant, ce n'est pas tout à fait pareil d'engager la responsabilité d'une personne à raison du fait d'autrui et de réduire l'indemnisation d'une victime du fait d'autrui. Ne serait-ce qu'au regard de l'assurance de responsabilité du responsable pour autrui. Car seuls les dommages subis par les tiers sont couverts par cette assurance.

La doctrine relève ainsi le caractère contestable de ces jurisprudences (G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, n° 428).

L'APRDO prévoyait d'ailleurs que « l'exonération partielle ne peut résulter que d'une faute de la victime ayant concouru à la production du dommage » (art. 1351, et dans le même sens, l'art. 1386-1 de la Proposition de loi « Bêteille »).

Ce n'est pas la voie choisie par l'Avant-projet qui reprend l'art. 47 de l'avant-projet de l'Académie des sciences morales et politiques.

Les responsables du fait d'autrui (art. 1245 et s.) verront donc leur indemnisation réduite si la « faute d'autrui » a concouru à la production du dommage dont doit également répondre un tiers.

Ce raisonnement se heurte à l'avis d'une partie de la doctrine pour qui « l'exonération pour faute de la victime est une peine privée » (APRDO, p. 171, note 3). Au surplus, il est, selon nous, justifié de retenir la solution la plus favorable aux victimes. Par voie de conséquence, il faudrait réintroduire la règle de l'actuel article 1245-12 qui s'impose en vertu de la Directive du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.

I.2 Alinéa 2^e

Faute grave (APRDO art. 1351 ; Proposition « Bêteille », art. 1386-1) ou faute lourde ? Les deux expressions sont synonymes (F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, n° 575). Toute référence au droit du travail doit être exclue.

La faute lourde visée par l'article 1231-3 du Code civil est caractérisée par une « *négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle* » (Ch. mixte, 22 avril 2005, pourvoi n° 03-14.112).

Il paraît judicieux de retenir une même définition. Ainsi, la limitation de la réparation du dommage corporel sera soumise aux mêmes conditions que la mise en échec de la clause limitative de responsabilité et de l'exigence de prévisibilité du dommage en matière contractuelle.

II – Proposition de modification

« La faute de la victime ou le manquement à ses obligations contractuelles sont partiellement exonérateurs lorsqu'ils ont contribué à la réalisation du dommage.
En cas de dommage corporel, seule une faute lourde peut entraîner l'exonération partielle ».

Article 1255

La faute de la victime privée de discernement n'a pas d'effet exonératoire.

I – Analyse

Considérant que l'exonération pour faute de la victime est une peine privée (p. 171, note 3), l'APRDO en déduit que la victime privée de discernement ne peut se voir opposer sa propre faute. Plus précisément l'art. 1351 de l'APRDO prévoyait que les exonérations prévues en cas de recherche volontaire du dommage, en cas de faute simple ou de faute grave pour les dommages corporels, ne sont pas admises si la victime est privée de discernement (v. également l'art. 1386, al. 2 de la Proposition Béteille).

L'art. 1255 pose un principe plus général qui recouvre la faute simple, la faute lourde et la faute intentionnelle, mais pourrait même s'étendre à la faute de la victime constitutive d'un cas de force majeure.

Par ailleurs, l'art. 1255 entre-t-il en conflit avec l'art. 1285, al. 2 ? Puisque les dispositions relatives au fait des VTAM « *sont seules applicables contre le conducteur ou le gardien d'un véhicule* », ces derniers peuvent-ils opposer à la faute à la victime privée de discernement sa faute intentionnelle ou sa faute inexcusable ? Il serait bien sûr choquant que la victime privée de discernement soit moins bien indemnisée dans le cas où son dommage est consécutif à un accident de la circulation causé par un VTAM. Et il n'y a aucune raison de ne pas faire bénéficier de l'art. 1255 la victime auteur d'une faute inexcusable cause exclusive de l'accident.

En vérité, l'art. 1285, al. 2 visant uniquement les dispositions applicables contre le conducteur ou gardien, il ne fait pas obstacle aux dispositions du droit commun applicables à la victime.

Quoi qu'il en soit, l'art. 1255 met fin à la jurisprudence initiée par les fameux arrêts du 9 mai 1984 selon laquelle le mineur privé de discernement peut néanmoins se voir opposer sa propre faute (Ass. plén. 9 mai 1984, not. pourvoi n° 80-93.481). En revanche, l'enfant privé de discernement répond toujours de sa faute et du fait de la chose qu'il a sous sa garde. C'est dire que la prise en compte du discernement n'intervient qu'au stade de l'exonération (peine privée) à raison de la faute de la victime. On notera ici qu'une telle distinction peut également être mise en œuvre pour refuser que la faute de la personne dont la victime doit répondre puisse lui être opposée (*contra*, l'art. 1254) en vue de renforcer son droit à indemnisation.

Par ailleurs, le même raisonnement s'impose au majeur privé de discernement. En vertu de l'art. 414-3 du Code civil, « *celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation* ». En revanche, la victime sous l'empire d'un trouble mental et donc privée de discernement ne pourra pas se voir opposer sa propre faute.

Ces solutions étaient préconisées par la doctrine (G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2013, n° 593-1).

II – Proposition de modification

Néant

Article 1256

La faute ou l'inexécution contractuelle opposable à la victime directe l'est également aux victimes d'un préjudice par ricochet.

I – Analyse

L'art. 1256 consacre une solution acquise depuis longtemps en jurisprudence (Ass. plén. 19 juin 1981, pourvoi n° 78-91.827).

Sans doute, seule une faute lourde de la victime directe d'un dommage corporel pourra être opposée à la victime par ricochet.

Enfin, la généralité de l'article 1254 rend inutile la consécration législative de la jurisprudence *De Meyer* selon laquelle la victime par ricochet peut se voir opposer ses propres fautes (Ch. mixte, 28 mars 1997, pourvoi n° 93-11.078 ; également, Crim. 5 mai 2015, pourvoi n° 13-88.124 ; Crim. 15 mars 1995, *Bull. crim.*, n° 103).

II – Proposition de modification

Néant

Article 1257

Le fait dommageable ne donne pas lieu à responsabilité pour faute lorsqu'il était prescrit par des dispositions législatives ou réglementaires, imposé par l'autorité légitime ou commandé par la nécessité de la légitime défense ou de la sauvegarde d'un intérêt supérieur.
Ne donne pas non plus lieu à responsabilité le fait dommageable portant atteinte à un droit ou à un intérêt dont la victime pouvait disposer, si celle-ci y a consenti.

I – Analyse

I.1 Alinéa 1^{er}

Il est acquis que la caractérisation d'un fait justificatif de la commission d'une infraction pénale fait obstacle à la qualification d'une faute civile.

L'art. 1352 de l'APRDO se limitait à renvoyer aux dispositions du Code pénal. Et l'art. 45 de l'avant-projet de l'Académie des sciences morales et politiques rappelait les causes d'exonération tout en précisant qu'elles devaient s'apprécier « *conformément aux dispositions du Code pénal* ».

Par conséquent, on peut se demander si le 1^{er} alinéa de l'art. 1257 ne devrait pas plus simplement procéder à un renvoi aux fins de contraindre le juge civil à se conformer aux conditions fixées par le Code pénal.

Force est de constater que l'art. 1257 ne fait aucune référence à l'acte manifestement illégal (C. pén. art. 122-4) ou à la distinction entre légitime défense des personnes et légitime défense des biens (C. pén. art. 122-5 et -6).

En outre, la référence à la sauvegarde d'un intérêt supérieur prête à confusion alors que la formule prévue par l'art. 122-7 du Code pénal fait référence à l'acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien.

Surtout l'art. 1257, al. 1^{er} vise la seule responsabilité pour faute (également, APRDO, art. 1352). *A contrario*, ces faits justificatifs sont sans effet sur les responsabilités objectives. La jurisprudence a toutefois admis que la légitime défense était exclusive de la responsabilité fondée sur le fait de la chose (not. Civ. 2^e, 10 juin 1970, pourvoi n° 69-10.153 ; Civ. 2^e, 22 avril 1992, pourvoi n° 90-14.586).

Et en effet, on voit mal pour quelles raisons la victime qui se défend avec une chose ne pourrait pas invoquer la légitime défense. Le même raisonnement vaut pour tous les faits justificatifs. En particulier, si le dommage trouve sa cause dans une disposition législative ou réglementaire ou un ordre émanant de l'autorité légitime, seule la responsabilité administrative devrait pouvoir être engagée.

I.2 Alinéa 2

Cette disposition reprend à l'identique le 2^e alinéa de l'art. 45 de l'avant-projet de l'Académie des sciences morales et politiques.

Elle reflète la faculté qu'a toute personne de renoncer aux droits de libre disposition, et en particulier, le droit à la vie privée, le droit à l'image, le droit à l'intégrité du corps.

En vérité, cette disposition ne présente, en l'état de la jurisprudence, aucun intérêt, tant la solution qu'il pose paraît évidente. Et la jurisprudence admet même qu'une personne puisse consentir tacitement à la diffusion de son image (Civ. 1^{re}, 7 mars 2006, *Bull. civ.*, I, n° 139).

En outre, les notions de « *droit* » et d'« *intérêt* » sont si générales qu'en définitive tout dommage causé à autrui leur porterait atteinte. Par conséquent, cette disposition peut être lue comme une consécration de la théorie de l'acceptation des risques (Civ. 2^e, 10 avril 1991,

pourvoi n° 90-10.523 ; Civ. 2^e, 4 juillet 2002, pourvoi n° 00-20.686 ; Civ. 2^e, 8 février 2006, pourvoi n° 05-13.707 ; Civ. 2^e, 4 juillet 2002, pourvoi n° 00-20.686). En acceptant le risque de dommage, la victime n'a-t-elle pas consenti à ce qu'il soit (éventuellement) porté atteinte à son droit (intégrité corporelle, propriété...) ?

Or, on sait que la jurisprudence refuse désormais que l'acceptation des risques fasse obstacle à l'application de la responsabilité du fait des choses (Civ. 2^e, 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-65.947 ; Civ. 2^e, 21 mai 2015, pourvoi n° 14-14.812), la loi ayant limité les effets de cette solution aux dommages corporels (C. du sport, art. L. 321-3-1).

Pour ces raisons, il nous paraît justifié de supprimer le 2^e alinéa.

II – Proposition de modification

« Le fait dommageable ne donne pas lieu à responsabilité lorsque le défendeur ou la personne dont il doit répondre peut invoquer l'une des causes d'irresponsabilité prévues aux articles 122-4 à 122-7 du Code pénal ».

Article 1262

Les dommages et intérêts sont évalués au jour du jugement, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu affecter la consistance et la valeur du préjudice depuis le jour de la manifestation du dommage, ainsi que de son évolution raisonnablement prévisible.

En cas d'aggravation du dommage postérieurement au jugement, la victime peut demander un complément d'indemnité pour le préjudice qui en résulte.

Chacun des chefs de préjudice allégués est évalué distinctement.

L'article 1262 concerne trois thématiques : la date d'évaluation des dommages et intérêts (I), l'évolution du dommage après le jugement (II), et les modalités d'évaluation du préjudice (III).

I. La date d'évaluation du préjudice

L'article 1262 projette dans son premier alinéa d'évaluer les dommages et intérêts au jour du jugement. Ce faisant, il consacre la solution retenue en droit positif français, et proposée par l'article 1372 de l'avant-projet CATALA et l'article 52 de l'avant-projet TERRE. Encore faut-il préciser ce que signifie l'évaluation au jour du jugement (A), et évoquer les éventuelles exceptions à ce principe (B).

A. L'évaluation au jour du jugement

1. Genèse, domaine et justification du principe

Après de longues hésitations, la jurisprudence française a retenu dans Cass. Req. 24 mars 1942, D.A. 1942, 118, que « *l'indemnité nécessaire pour compenser le préjudice doit être calculée sur la valeur du dommage au jour du jugement ou de l'arrêt* ». Cette solution a été maintes fois confirmée depuis : voir, notamment, Cass. Civ. 2^{ème}, 21 mars 1983, Bull. n°88 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 24 juin 1998, Bull. n°226 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 11 octobre 2001, Bull. n°154 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 12 mai 2010, n°09-12.056. Elle est valable aussi bien en matière contractuelle que délictuelle, pour les atteintes aux personnes ou aux biens, pour les dommages matériels ou moraux, et ceci devant les juridictions civiles comme devant les juridictions de l'ordre administratif.

Le principe de réparation intégrale consiste en effet à remettre la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le dommage ne s'était pas produit, ce qui impose de fixer le montant de l'indemnisation au jour où le juge statue.

On retrouve également ce principe d'évaluation du dommage au jour du jugement dans d'autres droits, et notamment en droit belge (Cass. 22 novembre 2005, Pas. I, 2321).

2. Interprétation du principe

La « *prise en compte de toutes les circonstances qui ont pu affecter la consistance et la valeur du préjudice depuis le jour de la manifestation du dommage* », ne signifie bien évidemment pas que la maison inondée, qui a fini par sécher après huit années d'expertises,

que la fracture ouverte du tibia, qui a fini par cicatriser, ou que le chagrin du décès d'un proche, qui a fini par s'oublier avec ou sans séquelles, ne doivent pas donner lieu à indemnisation intégrale si le jugement intervient longtemps après les faits. En effet, il y a bien eu un préjudice de jouissance, une souffrance physique et / ou morale de la personne. L'indemnisation découlant de la transformation de la portière d'une automobile en simili-*César* par un chauffard ne doit pas davantage être obérée lorsque ce véhicule a ensuite été entièrement détruit par un incendie. On retrouve ce principe en Angleterre, où les dommages et intérêts sont dus quand bien même la réparation d'un bateau endommagé serait impossible parce que ce dernier a été vendu pour être démolé : *The London Corporation* [1935] P 70 CA.

Comme le rappelle l'article 1235 de l'avant-projet, tous les préjudices doivent être indemnisés, ce qui inclut les préjudices temporaires, y compris lorsque ceux-ci ont totalement cessé à la date du jugement. En d'autres termes, si la consistance du préjudice s'aggrave entre le jour du fait dommageable et le jugement, cette aggravation est prise en compte ; mais la diminution du préjudice pendant cette même période ne peut donner lieu à diminution de l'indemnisation pour la période où il s'est produit, mais seulement pour l'avenir.

B. L'hypothèse où la victime répare elle-même son préjudice

En droit positif, une exception traditionnelle à ce principe d'évaluation figée au jour du jugement était lorsque la victime décide de réparer elle-même son préjudice, auquel cas le montant est figé par celui effectivement déboursé par la victime : Cass. Civ., 16 février 1948, S. 1949, 1, 69 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 24 mars 1953, D. 1953, 354 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 23 juin 1976, Bull. n°210. Les frères MAZEAUD ont ainsi soutenu que, ce faisant, la victime transformerait ainsi son préjudice en une créance de somme d'argent (*Traité*, n°2423-3).

Cette solution, critiquée en doctrine (VINEY-JOURDAIN, *Effets*, n°72), nous semble condamnée à de nombreux titres : en premier lieu en raison de l'article 1261 de l'avant-projet qui subordonne la réparation en nature du dommage par la victime à une autorisation du juge ; ensuite, en raison de la libre disposition de l'indemnité (art. 1264 de l'avant-projet), qui s'applique a fortiori au patrimoine propre de la victime. Yves CHARTIER a pu parler de novation (*Réparation*, n°466) pour expliquer cette transformation de la dette, mais nous estimons qu'une telle qualification ne saurait s'appliquer, en l'absence d'accord du responsable (ancien art. 1271, 1^o du Code civil, et nouvel art. 1330 de l'ordonnance du 10 février 2016). En réalité, il nous semble que la réparation (que la victime n'est jamais tenue de faire : Civ., 10 mai 1950, D. 1950, 465) fait naître une relation quasi-contractuelle entre le responsable et la victime qui vient s'ajouter, et non se substituer à la créance d'indemnisation. Il s'ensuit que la victime ne devrait pas voir son indemnisation diminuée par le seul fait qu'elle ait dû, par exemple, faire les travaux elle-même, parce qu'elle n'avait pas les moyens de faire appel à un entrepreneur.

II. L'évolution du dommage après le jugement

A. L'aggravation du dommage

Le droit positif autorise déjà un complément d'indemnisation en cas d'aggravation du préjudice postérieurement au jugement : voir notamment Cass. Civ. 2^{ème}, 6 mai 1960, Bull. n°293 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 7 juin 1989, Bull. n°230 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 29 mars 2012, Bull. n°65. Cette solution, reprise par l'article 1375 de l'avant-projet CATALA et l'article 52 de l'avant-

projet TERRE, ne constitue pas une atteinte à l'autorité de la chose jugée, car il s'agit d'une indemnisation complémentaire pour un préjudice qui n'existait pas à la date de la décision.

B. La diminution du dommage

En revanche, et de manière éthiquement et humainement souhaitable, le texte barre la route à toute diminution de l'indemnisation en cas de diminution postérieure du préjudice. Cette solution est déjà retenue par le droit positif (Cass. Civ. 2^{ème}, 9 décembre 1999, Bull. n°188), y compris lorsque l'indemnisation prend la forme d'une rente (Cass. Civ. 2^{ème}, 12 octobre 1972, Bull. n°245). D'un point de vue purement technique, ce n'est ni plus ni moins qu'un effet de l'autorité de la chose jugée, puisque le préjudice qui a ensuite diminué avait été évalué par le jugement devenu définitif.

III. Les modalités d'évaluation du préjudice

Le nouveau texte prévoit une évaluation du préjudice poste par poste. Il s'agit là d'une divergence majeure avec le droit positif, pour lequel les juges évaluent souverainement le préjudice, et peuvent parfaitement y procéder de manière globale. Est ainsi particulièrement topique l'arrêt de la Cour de cassation d'assemblée plénière du 26 mars 1999, Bull. n°3 : « *la cour d'appel a apprécié souverainement le montant du préjudice dont elle a justifié l'existence par l'évaluation qu'elle en a fait, sans être tenue d'en préciser les divers éléments* » ; idem dans Cass. Ch. Mixte, 6 septembre 2002, Bull. n°4.

Sans doute existait-il quelques exceptions, avec notamment l'article 31 de la loi de 1985, ou encore en matière de recours des tiers-payeurs. En matière de préjudice corporel, la nomenclature DINTILHAC a également amélioré les pratiques des tribunaux.

La première phrase de l'article 1374 de l'avant-projet CATALA, ainsi que l'article 52 alinéa 3 de l'avant-projet TERRE, avaient recommandé la solution retenue dans l'avant-projet.

Cette nouvelle solution constitue assurément un progrès, en ce qu'elle ouvre la porte vers davantage de contrôle par une obligation de motivation renforcée. Elle permettra sans doute une indemnisation plus effective, et limitera les risques d'omission d'indemnisation de certains chefs de préjudice.

Recommandation

Le projet d'article 1262 nous semble opportun sur la forme comme sur le fond.

Article 1263

En matière contractuelle, le juge peut réduire les dommages et intérêts lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice.

À rebours du droit positif et du principe général de protection des victimes, le projet d'article 1263 introduit une incombance d'éviter l'aggravation du dommage (I). La formulation de ce texte illustre toutefois l'impérieuse nécessité d'une réflexion approfondie sur la question (II). Ce texte déconnecté de la réalité présente des risques importants quant à son application (III).

I. L'introduction d'une incombance d'éviter l'aggravation du dommage

Le droit positif français refuse très fermement de réduire l'indemnisation d'une victime qui n'aurait pas évité l'aggravation de son préjudice (A). L'exigence de bonne foi en matière contractuelle pourrait toutefois fonder ce qui ne serait qu'une simple incombance, et non une obligation pour la victime d'éviter l'aggravation de son dommage (B).

A. Une solution à l'encontre du droit positif et du principe même de la responsabilité civile

La Cour de cassation affirme avec une très grande netteté que « *l'auteur d'un accident doit en réparer toutes les conséquences dommageables* » et que « *la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable* » (Cass. Civ. 2^{ème}, 19 juin 2003, n°00-22.302 et n°01-13.289, Bull. n°203).

Cette position, que l'on retrouve déjà dans des arrêts plus anciens (v. p.ex. Cass. Civ. 2^{ème}, 19 mars 1997, Bull. n°86), a encore été très récemment réaffirmée : « *le refus d'une personne, victime d'une infection nosocomiale [...] de se soumettre à des traitements médicaux [...] ne peut entraîner la perte ou la diminution de son droit à indemnisation de l'intégralité des préjudices résultant de l'infection* » (Cass. Civ. 1^{ère}, 15 janvier 2015, n°13-21.180, P.B., D. 2015, 1075, note T. GISCLARD).

Il ne s'agit là ni plus ni moins que du corollaire du principe de la réparation intégrale du préjudice, qui est expressément énoncé à l'article 1258 du présent avant-projet.

Le principe de bonne foi en matière contractuelle, rappelé à l'article 1104 de l'ordonnance du 10 février 2016, pourrait néanmoins constituer une piste pour justifier une moindre indemnisation de la victime, en sanctionnant le manquement à la loyauté vis-à-vis de son cocontractant qui lui a causé un dommage, ladite loyauté consistant à agir dans l'intérêt du cocontractant auteur de son dommage.

Toutefois, ceci revient à inverser le principe même de la responsabilité civile, en obligeant la victime à réparer, au moins partiellement, le dommage qu'elle subit, et non plus le responsable, qui peut alors refuser d'indemniser (au moins intégralement) si la victime n'a pas elle-même pris les mesures nécessaires.

B. Une simple incombance, et non une obligation, d'éviter l'aggravation du dommage

La sanction prévue par le projet d'article 1263 pour la victime qui n'a pas évité l'aggravation de son dommage se limite à la réduction de son indemnisation. Ceci signifie que l'évitement de l'aggravation du dommage n'est qu'une simple incombance pour la victime, et non une obligation (voir déjà en droit belge, Cass. 14 mai 1992, Pas. I, p.798 : « [la victime] n' pas l'obligation de restreindre le dommage »). Il n'est évidemment pas question de contraindre par voie de justice la victime à prendre les mesures destinées à éviter l'aggravation du dommage : fort opportunément, le responsable ne peut donc assigner sa propre victime en justice et la faire condamner à se faire amputer le bras, afin d'éviter la septicémie provoquée par ses blessures volontaires. En outre, on remarquera que l'expression « éviter l'aggravation » semble aller moins loin que « minimiser » le dommage, même si la frontière entre les deux notions est très floue.

Mais, malgré les précautions prévues par le texte, les contentieux ne manqueront pas d'abonder pour savoir ce qu'il convient de considérer comme des « mesures sûres et raisonnables » propres à éviter l'aggravation du préjudice. Ainsi, est-il déraisonnable d'estimer qu'une veuve autrefois femme au foyer puisse refuser de se remarier afin de maintenir son train de vie d'avant l'accident qui fut fatal à son époux ? Plus sordide encore, et en écho à un célèbre contentieux, certains ne manqueront pas de suggérer que le responsable d'un grave accident dont la victime est dans le coma et dont les chances de rémission semblent infimes pourrait reprocher aux enfants de la victime de ne pas avoir fait euthanasier cette dernière afin d'éviter l'augmentation des frais d'hospitalisation.

II. Un bouleversement nécessitant une réflexion approfondie sur la question

Les autres pays ayant introduit une telle incombance ont accompagné cette dernière de nombreux corollaires, qui n'ont nullement été précisés ici (A). En outre, si, dans un monde idéal, l'introduction d'un tel principe serait sans doute opportune, la réalité oblige cependant à prévoir d'importantes limites à ce principe, limites qui ont là aussi été consacrées par les pays ayant adopté une telle incombance (B). Enfin, l'introduction de ce principe est incohérente par rapport à d'autres textes du projet de réforme du droit de la responsabilité civile (C).

A. Les indispensables corollaires du principe

Les droits qui, comme le droit anglais, reconnaissent l'existence d'une telle incombance accompagnent cette dernière de nombreux corollaires, dont certains semblent avoir été perdus de vue par le présent article. Certes, en premier lieu, toute perte qui a été évitée grâce aux agissements de la victime ne peut être indemnisée. Mais avant tout, l'existence de cette incombance implique que tous les frais qui ont été engagés raisonnablement pour minimiser le dommage doivent être remboursés, et ceci même si les mesures prises par la victime ne pas suivies d'effets ou qu'elles aggravent la situation : *Lloyds and Scottish Finance Ltd v Modern Cars and Caravans (Kingston) Ltd* [1966] 1 Q.B. 764. La victime qui aura dû emprunter de l'argent à un taux usuraire pour minimiser son dommage pourra être davantage indemnisée : *Bacon v Cooper* [1982] 1 All E.R. 397. À cet effet, on ne peut reprocher à la victime de ne pas avoir pris les mesures de minimisation les moins coûteuses (n'oublions pas que c'est l'autre qui est fautif) : *Banco de Portugal v Waterlow* [1932] A.C. 452. On retrouve une règle similaire aux Pays-Bas (§6:96(2) BW), ainsi que dans le DCFR III.-3:705 (2) : « le créancier

a droit au remboursement de tous les frais qu'il a raisonnablement engagés en tentant de réduire le préjudice ».

B. Des limites insuffisantes

L'appréciation du caractère raisonnable des mesures prises par la victime est laissée au contrôle du juge (1), mais la bonne foi qui fonde cette incombance oblige à prendre également en compte le comportement du responsable (2). Enfin, le projet d'article 1263 présente une lacune dangereuse en ce qu'il n'exclut pas expressément les dommages à la personne humaine (3).

1. Le caractère raisonnable des mesures prises par la victime

Est-il raisonnable d'être obligé de vendre sa maison, sa résidence secondaire, de vider ses comptes en banque, ou de contracter un emprunt pour servir les intérêts de l'auteur du délit ou du quasi-délit ? En droit anglais, il a été jugé que la *mitigation* n'exige pas d'intenter une procédure judiciaire contre un tiers : *Pilkington v Wood* [1953] Ch. 770. Elle n'impose pas davantage de sacrifier ses droits de propriété : *Elliot Steam Tug Co v Shipping Controller* [1922] 1 K.B. 127 ; ni de porter atteinte à sa réputation commerciale : *Banco de Portugal v Waterlow* [1932] A.C. 452.

De manière opportune, le projet d'article 1263 fait explicitement référence aux facultés contributives de la victime. L'appréciation devra bien entendu être effectuée *in concreto*. De même, en droit anglais, l'impécuniosité de la victime rend légitime l'absence de *mitigation* : *Clippens Oil Co Ltd v Edinburgh and District Water Trustees* [1907] A.C. 291.

Ainsi, cette incombance ne peut être qu'une obligation de moyens atténuée, qui doit être appréciée *in concreto* (voir, déjà en ce sens, Rapport BETEILLE, p.72).

2. La nécessité de prendre en compte le comportement du responsable

Le principe de bonne foi en matière contractuelle, figurant à l'article 1104 de l'ordonnance du 10 février 2016 s'applique bien évidemment à la victime comme au responsable. Il est par conséquent évident que le responsable lui-même a le devoir, après la réalisation du dommage, de prendre toutes les mesures pour minimiser ce dernier. Il ne s'agit pas simplement d'une réciprocité, car ce n'est plus une simple incombance, comme pour la victime, mais bien une obligation pure et simple du responsable ; et il ne s'agit pas seulement d'éviter l'aggravation du préjudice, mais cette fois-ci de le réparer intégralement.

En droit suisse, le Tribunal fédéral a considéré que le principe de bonne foi sur lequel repose l'incombance de minimiser le dommage a pour nécessaire corollaire l'obligation pour le responsable de prêter son concours à cette minimisation du dommage. Ainsi, dans l'arrêt TF 4C 191/2004, il a été jugé qu'un gérant de fortune ayant outrepassé les instructions de son client devait conseiller à ce dernier de vendre immédiatement les options.

Il est donc opportun d'exclure l'application de cet article lorsque le responsable n'a pas lui-même pris les mesures pour minimiser le dommage (physiquement, ou en indemnisant spontanément et instantanément la victime), ainsi que, plus généralement, en cas de faute grave ou délibérée du responsable, ce qui inclut donc les infractions pénales. Plus généralement, il paraît souhaitable d'interdire à un professionnel d'invoquer l'article 1263, et ce, que sa victime soit consommateur ou elle-même professionnelle.

3. L'impérieuse nécessité d'exclure les dommages à la personne

Contrairement aux articles 1373 de l'avant-projet CATALA et 53 du projet TERRE, le projet d'article 1263 n'exclut pas les préjudices subis par la personne humaine, qu'ils soient corporels ou incorporels. Sans doute nous objectera-t-on que les dommages corporels peuvent déjà être écartés du champ d'application de ce texte en vertu du principe d'inviolabilité du corps humain prévu à l'article 16-3 du Code civil. L'article L. 1111-4 al. 3 du Code de la santé publique dispose de même qu' « *aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne* ». Ceci signifie clairement qu'on ne pourra pas contraindre la personne à subir des soins (qu'ils soient chirurgicaux, allopathiques, ou psychiatriques, notamment), mais nous avons vu que le projet d'article 1263 ne prévoyait de toute manière qu'une simple incombance. La diminution de l'indemnisation qui résulterait de l'absence de soins n'en créerait pas moins une contrainte sur la victime qui serait incompatible avec ces textes, et, par là-même, avec la dignité de la personne humaine. En tout état de cause, il nous semble préférable, afin de couper définitivement court à toute controverse, de mentionner expressément dans une nouvelle version de cet article que les dommages à la personne, qu'ils soient physiques ou psychiques, sont exclus du champ d'application de ce texte.

C. Le conflit avec les autres textes de l'avant-projet

Le projet d'article 1263, qui va bien souvent imposer concrètement à la victime de réparer elle-même préventivement son préjudice afin d'en éviter l'aggravation semble en contradiction avec l'article 1261 du projet, pour lequel il faudrait l'autorisation du juge pour que la victime répare son préjudice. Or selon l'article 1263, le juge pourrait reprocher à la victime de ne pas avoir commencé à réparer son préjudice, alors que par hypothèse, le juge ne l'a pas autorisé à le faire.

Ensuite, une nouvelle incohérence survient vis-à-vis de l'article 1262 en ce qui concerne la date d'évaluation du préjudice. En effet, cette incombance semble incompatible avec l'évaluation du dommage au jour du jugement. Il est possible d'effectuer un parallèle avec un arrêt de la High Court anglaise, qui a estimé que la doctrine de la *mitigation* était étroitement liée à la date d'évaluation des dommages, qui est fixée à la date de la violation du contrat : *Deutsche Bank AG v Total Global Steel Ltd* [2012] EWHC 1201 (Comm). En effet, si le vendeur ne délivre pas la marchandise, l'acquéreur doit les acheter sur le marché, et, conformément à la s.51(3) du SGA 1979, il sera indemnisé de la différence entre le prix du contrat et le prix du marché. Le même raisonnement est valable en droit français : si la victime évite l'aggravation de son préjudice en le réparant elle-même, elle sera indemnisée du prix de la réparation, au moment où cette réparation a eu lieu, mais non du montant du préjudice subi, évalué au jour où le juge a statué (voir Cass. Civ. 2^{ème}, 23 juin 1976, Bull. n°210, précité).

III. Une boîte de Pandore procédurale

Ce texte posera des difficultés considérables d'application, notamment en matière de charge de la preuve (A), et il sera l'occasion de dérives de la part de certains plaideurs (B). Il repose avant tout sur une idéologie déconnectée de la réalité (C).

A. Le piège de la charge de la preuve

Avec le projet d'article 1263, l'indemnisation de la victime au titre de la responsabilité contractuelle risque d'être désormais quasi-systématiquement subordonnée à la preuve par la victime qu'elle a tout tenté pour ne pas aggraver son préjudice. En effet, le responsable ne pouvant prouver un fait négatif (absence de mesures propres à éviter l'aggravation), il y a tout lieu de penser que ce serait à la victime de prouver qu'elle a pris les mesures nécessaires. Au minimum, cela se traduira par un allongement de la durée des procédures, nuisant à la bonne administration de la justice. Dans le pire des cas, cela ruinera les chances d'indemnisation des victimes et permettra aux responsables de s'en sortir à très bon compte, écornant au passage la force obligatoire du contrat.

Il nous paraît donc impératif d'exiger du seul responsable la preuve que la victime n'a pas pris les mesures raisonnables. Ceci est notamment le cas en droit anglais : *Roper v Johnson* (1873) L.R. 8 C.P. 167.

B. Les abus procéduraux à prévoir

Même avant la consécration d'une telle incombance, certains plaideurs avaient parfois effectué des tentatives abusives en la matière (p.ex. Cass. Civ. 2^{ème}, 25 octobre 2012, n° 11-25.511, où la Cour de cassation censure la cour d'appel qui avait réduit l'indemnisation d'une victime qui avait fait appel à une tierce personne pour l'assister dans les escaliers, plutôt que d'avoir déménagé).

Mais en Belgique, où une telle incombance est de droit positif, l'abjection de certains plaideurs n'a plus aucune limite : le propriétaire d'un chien reproche à une fillette défigurée d'avoir tardé à se décider de se faire reconstruire le visage (Gand, 19 septembre 2002, RGAR 2003, n°13768) ; un assureur a reproché à un mari d'aller voir son épouse en soins intensifs à l'hôpital en qualifiant ces déplacements de « pèlerinage pieux » (T. Corr. Namur, 15 février 2005, RGAR 2006, n°14123) ; et le violeur va même jusqu'à reprocher à sa victime de ne pas avoir avorté (Courtrai, 1^{er} février 1994, R.W. 1995-1996, 57).

C. Une idéologie déconnectée de la réalité procédurale et de la théorie juridique

En pratique les hypothèses où la victime pourrait minimiser son dommage mais refuse de le faire dans l'espoir d'obtenir, des années après, une plus forte indemnisation des tribunaux sont de purs cas d'école. Les hypothèses de refus abusif d'indemnisation par le responsable ou ses coobligés sont infiniment plus fréquentes en pratique, comme l'illustrent les innombrables procédures judiciaires en la matière. Qui plus est, le responsable étant le plus souvent assuré, il ne supportera pas personnellement cette surcharge, et le surcoût demeurera, compte tenu du caractère nécessairement marginal de telles situations, aisément supportable pour la collectivité.

En outre, la référence souvent invoquée au droit comparé pour justifier l'introduction d'une telle incombance est effectuée de manière fort critiquable. L'appui sur la *common law* pour justifier la création de ce devoir résulte au mieux d'une méconnaissance de cette dernière, au pire d'une dissimulation de la réalité : en effet, la *mitigation of damages* n'est que le corollaire des dommages et intérêts punitifs, sanctionnant énergiquement la volonté délibérée de se soustraire à ses engagements, et dont notre droit persiste malheureusement à refuser de se doter, y compris dans le présent avant-projet.

Recommandation

L'absence totale de nécessité pratique d'un tel texte et les risques considérables qu'il présente imposent la suppression pure et simple du projet d'article 1263.

À défaut, et à supposer que cette incombance d'éviter l'aggravation du dommage soit compatible avec les libertés fondamentales, il serait nécessaire avant tout d'exclure les dommages à la personne humaine, de rappeler les obligations du responsable après la survenance du dommage, d'exclure les responsables professionnels du bénéfice de cet article, de préciser que la charge de la preuve repose sur le responsable, et de prévoir l'indemnisation des frais engagés par la victime.

L'article 1263 pourrait ainsi être réécrit :

« Dans tous les cas, la victime a droit au remboursement de l'intégralité des frais qu'elle a raisonnablement engagés en tentant de réduire son préjudice.

Sauf pour les dommages à la personne humaine, et seulement en matière contractuelle, le juge peut réduire les dommages et intérêts lorsque le responsable non professionnel prouve que, contrairement à lui, la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice ».

Article 1264

Sauf circonstances exceptionnelles justifiant l'affectation par le juge des dommages et intérêts à une mesure de réparation spécifique, la victime est libre de disposer des sommes allouées.

Le projet d'article 1264 prévoit la liberté de disposer des dommages et intérêts accordés. Il rejoint les solutions proposées en France par les articles 1377 de l'avant-projet CATALA et 55 de l'avant-projet TERRE, ainsi qu'au niveau européen par le Draft Common Frame of Reference dans son article VI 6:201.

I. Le principe de libre disposition des dommages et intérêts par la victime

Le principe de libre disposition des dommages et intérêts par la victime est consacré par le droit positif en France et dans de nombreux pays (A). Ses corollaires (B) et sa valeur (C) doivent cependant être développés.

A. L'énoncé du principe

Il est de jurisprudence constante que « *le principe de la réparation intégrale n'implique pas de contrôle sur l'utilisation des fonds alloués à la victime qui en conserve la libre utilisation* » : voir, p.ex., Cass. Civ. 2^{ème}, 8 juillet 2004, Bull. n°391 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 7 juillet 2011, n°10-20.373 ; Cass. Crim. 2 juin 2015, n°14-83.967, P.B.

On retrouve ce principe de libre disposition dans de nombreux pays européens. Tel est notamment le cas en Belgique (Cass. 28 mai 1996, Pas. 1996, I, n°192), mais également en Suisse (ATF 108 II 422, c. 3), ou encore en Allemagne, où la victime peut réparer soi-même la chose endommagée, la faire réparer par un tiers meilleur marché, ou ne pas la faire réparer (BGH, 29 avril 2003, VI ZR 393/02, NJW 2003, 2085).

B. Les conséquences du principe

De nombreux contentieux ont eu lieu en France en ce qui concerne les auxiliaires de vie. La Cour de cassation a ainsi précisé que « *le montant de l'indemnité due au titre de l'assistance de tierces personnes à domicile pour les gestes de la vie quotidienne ne saurait être réduit en cas d'assistance familiale* » (Cass. Ass. Plén., 21 novembre 2001, Bull. n°16), et que « *l'indemnité allouée au titre de l'assistance d'une tierce personne, qui doit être évaluée en fonction des besoins de la victime, ne peut être subordonnée à la production de justifications des dépenses effectives* » (Cass. Civ. 2^{ème}, 15 janvier 2015, n° 13-27.761, P.B.).

En effet, les tribunaux ne sauraient subordonner l'indemnisation à la production d'une facture, ce qui reviendrait à imposer la réparation en nature : Cass. Civ. 2^{ème}, 8 février 1995, Bull. n°47 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 8 juillet 2004, Bull. n°391. La victime n'a même pas à démontrer son intention de faire les travaux de reconstruction : Cass. Civ. 2^{ème}, 28 avril 1975, Bull. n°121.

En outre, le responsable devra s'acquitter de la TVA, et ce y compris si la victime ne fait pas faire les travaux : Cass. Civ. 2^{ème}, 21 octobre 1987, Bull. n°207, ou si elle ne fait pas appel à un auxiliaire de vie : Cass. Civ. 2^{ème}, 4 mai 2000, Bull. n°76.

C. La valeur du principe

Ce principe de libre disposition des dommages et intérêts découle avant tout du respect du droit de propriété, qui présente une valeur supralégislative : la personne a la libre disposition de son patrimoine. Bien évidemment, la réparation d'un délit ne doit pas s'accompagner d'une mise sous tutelle de la victime par l'auteur du délit !

Le principe de libre disposition des dommages et intérêts est également le corollaire de l'article 1261 de l'avant-projet, qui prévoit que la réparation en nature ne peut pas être imposée à la victime. En effet, imposer une affectation des dommages et intérêts reviendrait à exiger de la victime qu'elle effectue une réparation en nature de son préjudice.

La victime est donc libre de choisir ce qui lui conviendra le mieux. Elle peut ainsi revenir à la situation avant le dommage en réparant ou en remplaçant le bien endommagé, ou faire autre chose à la place, ce qui est le principe même de cette réparation par équivalent que constitue l'attribution de dommages et intérêts.

II. Les limites au principe de libre disposition

La notion de « circonstances exceptionnelles justifiant l'affectation par le juge des dommages et intérêts à une mesure de réparation spécifique » prévue par le texte est particulièrement imprécise et ne manquera pas de donner lieu à des contentieux. En droit positif, des décisions très anciennes ont pu envisager l'hypothèse des dommages subis par les enfants mineurs, et la doctrine a pu évoquer la question des atteintes à l'environnement. En revanche, les règles du droit des assurances ne sont évidemment pas opposables à la victime vis-à-vis du responsable ou de l'assureur de responsabilité civile de ce dernier ; et même dans ce dernier domaine, la Cour de cassation a pu préciser que « *l'article L. 121-17 du Code des assurances ne subordonne pas le versement des indemnités dues en réparation d'un dommage causé à un immeuble bâti à la justification par l'assuré de la réalisation préalable des travaux de remise en état* » (Cass. Civ. 2^{ème}, 29 mars 2006, n°05-10.841).

A. Les dommages subis par les mineurs

Certains arrêts anciens ont pu estimer que lorsque la victime est mineure, les sommes pouvaient être employées dans une rente déterminée jusqu'à sa majorité : v. p.ex. Cass. Req. 29 mars 1926, D.H. 1926, 217 ; Cass. Civ. 31 juillet 1946, D. 1947, 57.

B. Les atteintes à l'environnement

La note sous l'article 1377 de l'avant-projet CATALA indique que « *l'un des cas où l'affectation des dommages-intérêts est le plus souvent préconisée est celui des atteintes à l'environnement* ». En effet, comme le soulignent G. VINEY et P. JOURDAIN (*Effets*, n°56), le livre blanc sur la responsabilité environnementale de la Commission européenne du 9 février 2000 envisage l'affectation obligatoire des dommages et intérêts à la dépollution ou à la réhabilitation d'un site, ou si la réparation est impossible, l'affectation à des projets comparables.

Recommandation

La notion de « circonstances exceptionnelles » figurant dans le projet d'article 1264 mériterait d'être davantage précisée.

Article 1266⁴⁶

Lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute lourde, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur, le juge peut le condamner, par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile.

Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur ou aux profits qu'il en aura retirés.

L'amende ne peut être supérieure à 2 millions d'euros.

Toutefois, elle peut atteindre le décuple du montant du profit ou de l'économie réalisés. Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise.

Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public.

I. Analyse de l'article 1266

I. 1 : Alinéa 1^{er}

Il est acquis que l'amende civile revêt un caractère punitif. Par conséquent, le texte d'incrimination qui peut conduire au prononcé d'une telle amende doit être conforme au principe de légalité des délits et des peines (par ex. Cons. const. 13 janvier 2011, n° 2010-85, QPC).

Les dispositions de l'article 1266 sont-elles conformes aux exigences de clarté et de précision de la loi pénale ?

Seule la commission d'une faute lourde commise de façon délibérée fait encourir l'amende civile prévue par l'article 1266.

Or, la faute lourde n'est pas définie, alors même qu'elle est visée par les articles 1251, 1254 et 1283. A l'instar de la notion de « *déséquilibre significatif* », l'absence de définition ne paraît pas suffire à considérer le texte contraire au principe de légalité, et il convient en outre de tenir de l'existence d'une définition jurisprudentielle (Cons. const., précité).

Il n'empêche que la notion de faute lourde nous paraît trop imprécise. En particulier, la jurisprudence a longtemps oscillé entre une appréciation subjective ou objective de la faute lourde.

En général, la jurisprudence définit la faute lourde (au sens de l'actuel article 1150 du Code civil) comme une négligence d'une extrême gravité, confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur à exécuter son obligation (par ex. Civ. 1^{re}, 29 octobre 2014, pourvoi n° 13-21.980 ; Com. 9 avril 2013, pourvoi n° 11-27.123).

Toutefois, l'article 1266 est plus exigeant en prévoyant que la faute lourde doit être délibérée. Il n'y a donc pas de négligence. La faute a eu conscience que son comportement était extrêmement grave. Il ne s'agit donc pas d'une faute lourde au sens traditionnel laquelle n'implique ni intention de nuire ni volonté délibérée de commettre la faute.

L'article 1266 crée ainsi une nouvelle faute : la « *faute lourde délibérée* ». Elle résulterait du manquement délibéré et d'une extrême gravité à un devoir général de prudence ou de diligence ou à une obligation contractuelle, équipollente au dol et démontrant l'inaptitude...

⁴⁶ NB : cet article fait l'objet de deux rapports distincts.

En revanche, la « *faute lourde délibérée* » n'a pas à être lucrative. Certes, l'article 1266 invite à retenir une telle faute en cas « *gain ou économie pour son auteur* », mais il n'y a là aucune condition légale (déjà en ce sens, art. 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations, mais *contra* art. 1386-25 de la Proposition de la loi dite Bétaille).

A l'évidence, le juge devra motiver spécialement sa décision, ce qui conduira vraisemblablement la Cour de cassation à exercer un contrôle sur la qualification de la faute lourde délibérée.

Enfin, il serait utile que le texte vise également la faute intentionnelle. Car, en tant que texte d'incrimination, l'article 1266 est d'interprétation stricte (par ex. : Civ. 1^{re}, 18 déc. 1984, pourvoi n° 83-16.028 ; Civ. 1^{re}, 18 mars 2003, pourvoi n° 00-17.761 (implicite) ; Civ. 1^{re}, 19 mars 2008, pourvoi n° 07-10.810 et déjà en ce sens, Civ. 1^{re}, 15 novembre 1994, *Bull. civ.*, I, n° 331 ; Civ. 1^{re}, 6 février 2007, pourvoi n° 05-11.182). Dès lors, le juge ne saurait prononcer une amende civile en cas de faute intentionnelle en suivant un raisonnement par analogie.

I. 2 : Alinéa 2 à 5

La Cour de cassation n'exercera, de toute évidence, qu'un contrôle formel sur la motivation de la peine. Le principe de l'individualisation autorise en effet les juges du fond à fixer librement la peine. Mais ils devront justifier le *quantum* de l'amende au regard des critères fixés par le 2^e alinéa de l'article 1266.

Par ailleurs, le calcul de l'amende ne paraît pas méconnaître les principes de nécessité et de proportionnalité des peines dès lors que les peines « *exprimées en pourcentage du chiffre d'affaires de l'entreprise présentent un lien avec les manquements constatés ; qu'en elles-mêmes, ces sanctions pénales ne revêtent pas un caractère manifestement disproportionné* » (Cons. const. 13 mars 2014, n° 2014-690 ; cependant sur l'absence de lien entre l'infraction et le chiffre d'affaires : Cons. const. 4 décembre 2013, n° 2013-679, n° 10).

Au vrai, le risque d'inconstitutionnalité de l'article 1266 réside surtout dans le cumul entre l'amende civile et d'éventuelles sanctions pénales ou administratives.

D'abord, « *des faits qualifiés par la loi de façon identique peuvent, selon le texte d'incrimination sur lequel se fondent les autorités de poursuite, faire encourir à leur auteur* » des peines de même nature mais de montants différents, cette différence entre les peines encourues méconnaît le principe d'égalité devant la loi (Cons. const. 13 mars 2014, n° 74).

Or, la généralité de l'article 1266 ne risque-t-elle de faire encourir une amende civile dans des hypothèses où une telle amende est déjà encourue ? Par exemple, la « *faute lourde délibérée* » recouvre probablement certaines infractions à l'article L. 442-6 du Code de commerce. Or, le mode de calcul de l'amende civile en fonction du chiffre d'affaires prévu par l'article L. 442-6 est différent de celui prévu par l'article 1266.

Le risque d'inconstitutionnalité ne saurait être ici sous-estimé. Pour éviter une rupture d'égalité devant la loi, il serait, par exemple, possible de réserver à l'article L. 442-6, III, al. 2 l'application de l'article 1266.

Et cette réserve (qui n'a de sens que si la peine prévue par l'article 1266 est plus lourde) devra être prévue dans toutes les hypothèses où deux peines d'amende civile sont prévues par la loi pour les mêmes faits.

Surtout, le risque d'inconstitutionnalité de l'article 1266 résulterait d'un éventuel cumul entre l'amende civile et d'éventuelles amendes pénale ou administrative. Si le principe *ne bis in idem* n'a pas de valeur constitutionnelle, le principe de nécessité des délits et des peines encadre le cumul de sanctions (Cons. const. 18 mars 2015, n° 2014-453/454, QPC ; voir également : Cour EDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et a. c/ Italie*). Ainsi, un comportement

ne peut être puni deux fois si les dispositions (i) tendent à réprimer les mêmes faits, (ii) poursuivent une seule et même finalité comme la protection du bon fonctionnement et de l'intégrité des marchés financiers, (iii) prévoient des sanctions qui ne sont pas de nature différente et (iv) qui relèvent des juridictions de l'ordre judiciaire.

Compte tenu du champ d'application très large de l'article 1266, il ne fait aucun doute que l'amende civile pourrait se cumuler avec d'éventuelles amendes pénale, administrative ou civile. La présente analyse n'a pas vocation à énumérer tous les cas où un tel cumul pourrait se révéler contestable. Tout au plus, on relèvera que ce risque ne justifie pas une remise en cause du texte, il appartiendra au Conseil constitutionnel d'apprécier, probablement au cas par cas, si l'article 1266 entre en conflit avec un autre texte d'incrimination.

Enfin, l'article 1266 prévoit que l'amende est versée à un fonds d'indemnisation ou au Trésor public. Cette solution s'imposerait au regard du principe de la réparation intégrale qui ferait échec à l'introduction de dommages-intérêts punitifs en droit français. Mais un tel principe n'a pas de valeur constitutionnelle (v. par ex. Civ. 2^e, 4 avril 2012, pourvoi n° 11-10.308). Il nous semble que le refus d'accorder aux victimes des dommages-intérêts punitifs est un choix politique. Pourtant une telle consécration serait de nature à renforcer le choix de la victime ou des victimes à exercer une action en justice. Et elle permettrait de limiter les risques liés au cumul de sanctions. Le projet de réforme rate ainsi une occasion de réformer en profondeur le droit de la responsabilité civile tout en renforçant le droit des victimes, ce qui nous semble regrettable (*contra* Rapport de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations Juin 2007).

II. Proposition de modifications

Lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute lourde [ou une faute intentionnelle], notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur, le juge peut le condamner, par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile.

[La faute lourde résulte du manquement délibéré et d'une extrême gravité à un devoir général de prudence ou de diligence ou à une obligation contractuelle, équipollente au dol et dénotant l'inaptitude du fautif à exécuter ses obligations.]

Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur ou aux profits qu'il en aura retirés.

L'amende ne peut être supérieure à 2 millions d'euros.

Toutefois, elle peut atteindre le décuple du montant du profit ou de l'économie réalisés. Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise.

Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public.

**Rapporteur : Emmanuel Jouffin, Responsable du département veille réglementaire
Groupe La Banque Postale**

Article 1266⁴⁷ (...)

Un arrêt de la CEDH Engel c/Pays-Bas [CEDH 8 juin 1976. *La Cour EDH a ensuite rappelé à de nombreuses reprises qu'elle n'était pas liée par les qualifications retenues en droit interne : CEDH 21 février 1984, Öztürk c/ Allemagne, § 49-50 ; CEDH 9 février 1995, Welch c/ Royaume-Uni, § 27 série A n° 307-A ; Jamil c/ France, 8 juin 1995, § 30, série A n° 317-B ; CEDH 23 septembre 1998 ; Malige c/ France, § 34 ; CEDH 28 octobre 1999, Escoubet c/ Belgique, § 35.] a énoncé clairement le caractère subsidiaire des qualifications retenues par les États en matière d'infraction : « Si les États contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, ou poursuivre l'auteur d'une infraction mixte sur le plan disciplinaire de préférence à la voie pénale, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 se trouverait subordonné à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention » (p. 13).*

La CJUE, dans un arrêt du 5 juin 2012 a rappelé l'existence de ces trois critères permettant d'identifier une sanction pénale : « *Le premier est la qualification juridique de l'infraction en droit interne, le deuxième la nature même de l'infraction et le troisième la nature et le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé* » [CJUE 5 juin 2012, Bonda, C-489/10, spéc. § 37].

Le Conseil d'État a jugé, ces dernières, s'agissant des pénalités fiscales, que celles-ci sont des sanctions en raison de leur finalité essentiellement répressive [CE, avis Sect., 31 mars 1995, SARL Auto-Industrie Méric, n° 164008 ; CE, avis Sect., 5 avril 1996, Houdmond, n° 176611].

Enfin, la Cour EDH, dans un arrêt remarqué du 10 février 2009 [CEDH, arrêt Zolotoukhine c/ Russie du 10 février 2009. Voy. égal. CEDH, arrêt Maresti c/ la Croatie, du 25 juin 2009 ; CEDH, arrêt Ruotsalainen c/ Finlande, du 16 juin 2009], a requalifié en sanction pénale une sanction qualifiée d'administrative en droit russe.

On notera que le Rapport de l'office parlementaire d'évaluation de la législation [n° 404 (2005-2006) de M. Patrice Gélard, fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation de la législation, déposé le 15 juin 2006 relatif aux autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié (tome II : Annexes - § 9.1.9)] souligne que : « *La matière pénale se définissant, si l'on suit la jurisprudence de la CEDH par l'existence d'une qualification textuelle d'infraction (bien que ce critère soit relatif), par la nature même de l'infraction constituant « la transgression d'une norme générale ayant un caractère à la fois dissuasif et répressif »¹, et par la gravité de la sanction encourue, les sanctions administratives prises par les Autorités administratives indépendantes relèvent de la matière pénale*».

Le MEDEF et la FBF vont porter un argumentaire exploitant ces éléments.

⁴⁷ Cet article fait l'objet d'un second rapport .

Article 1267

Les règles de la présente sous-section sont applicables aux décisions des juridictions judiciaires et administratives, ainsi qu'aux transactions conclues entre la victime et le responsable.

Un cadre général impératif – Après avoir posé, au sein d'une première section, les grands principes ayant vocation à régir les effets de la responsabilité, le projet s'attache à encadrer les effets spécifiques de celle-ci. Si la réparation intégrale demeure « autant qu'il est possible » le principe (article 1258 du projet), la réparation en nature (articles 1260 et 1261) n'est pas toujours possible et la Chancellerie a fixé un cadre général à la réparation sous forme de « dommages et intérêts » (article 1262 à 1266). C'est dans ce cadre que le juge aura à mettre en œuvre, dans la mesure du possible, une réparation conduisant – au moins par équivalent – au *status quo ante*.

Cette section 2 vient alors préciser les modalités de mise en œuvre de la réparation dans le cadre de certaines catégories de dommages et, au cœur de cette sous-section, plus spécifiquement des dommages corporels.

Cette sous-section commence avec un article dont l'objet est de définir son périmètre d'action. Le périmètre choisit par la Chancellerie est des plus larges : la présente section s'applique à l'ensemble des décisions que celles-ci soient rendues par l'ordre administratif ou judiciaire mais aussi, et la précision n'est pas sans intérêt, aux transactions conclues entre la victime et le responsable. Ainsi, il y a une volonté forte d'**uniformisation** des conséquences de la responsabilité dans le cadre spécifique du dommage corporel. Volonté qui est d'autant plus forte que, selon les termes de ce projet, le dommage corporel est réparé sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, même s'il naît à l'occasion de l'exécution du contrat (article 1233, alinéa 2).

La volonté du législateur est claire : d'une part, encadrer le rôle du juge dans l'évaluation du préjudice corporel lequel connaît des variations importantes en fonction des juridictions et, d'autre part, de fixer les limites dans lesquelles les transactions entre la victime et le responsable sont enfermées. Cela s'avère d'autant plus fondamental que nous allons voir que les textes suivants viennent limiter les possibilités de variation en opérant des renvois à des barèmes fixés par décret en conseil d'État et en mettant en place une veille sur les indemnisations retenues.

Le choix d'une appréciation unitaire de l'indemnisation du dommage corporel –

L'idée est alors, par le jeu de cet article et plus largement de cette sous-section de voir les victimes de dommages corporels traitées de manières identiques quel que soit l'ordre devant lequel l'instance est introduite. Cet article n'est pas anodin et résulte aussi de la logique qui présidait au texte. Logique, qui est perceptible tout au long des textes suivants.

En effet, le projet conduit à faire du dommage corporel une sorte de « super » dommage ou plus précisément d'un dommage « super privilégié » qui bénéficie d'une protection spécifique.

Dans cette perspective, le projet détache totalement le dommage corporel du contractuel, prenant acte des paroles de Carbonnier qui considérait que cela constituait un « *artifice que de faire entrer là-dedans des bras cassés et des morts d'hommes ; les tragédies sont de la compétence des articles 1382 et suivants*⁴⁸ ». Le dommage corporel est donc désormais traité de manière unitaire, au sein de la responsabilité extra contractuelle.

Ensuite, avec cet article, le législateur entend faire échapper l'identification et l'indemnisation du dommage corporel aux contingences propres à notre organisation judiciaire. L'objectif étant assumé d'éviter, comme cela a pu arriver, que deux personnes subissant des dommages corporels identiques et dans des situations analogues soient traitées différemment. En ce sens, le projet poursuit l'effort déjà amorcé d'uniformisation entre les deux ordres. En effet, la « nomenclature Dintilhac » appliquée dans l'ordre judiciaire depuis son érection, l'est également devant les juridictions administratives depuis 2013, et l'article 1271 du projet s'inscrit dans cette volonté de créer un *modus operandi* commun quant à l'évaluation des dommages corporels.

La logique n'est pas nouvelle et, force est de constater que la plupart des articles de cette sous-section sont la reprise *in extenso* ou presque soit d'articles du projet Catala⁴⁹, soit de ceux du Projet Terré⁵⁰. Néanmoins, dans le cadre de ce projet soumis à la consultation, la hiérarchisation des différentes catégories de dommages est plus clairement affirmée : le dommage corporel bénéficie d'un régime plus favorable à la victime que les autres. Ainsi, on peut noter que, par exemple, l'intégration de la *mitigation of damages* ou obligation de limiter son préjudice n'est admise que dans le cadre contractuel et est exclue à l'égard des dommages corporels – même d'origine contractuelle – ce qui semble aller dans le sens espéré par une certaine partie de la doctrine dont la voix est portée par le professeur Philippe Brun.

⁴⁸ J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, PUF, Quadrige, 1^{re} éd., 2004, n° 295.

⁴⁹ http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

⁵⁰ F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2001.

Préciser le cadre – Cette sous-section relative aux dommages corporels ouvre une section sur les règles particulières à certaines catégories de dommages quand la première section visait les dispositions communes aux deux ordres de responsabilité. Au sein de la première section, les rédacteurs du projet ont pris le temps de définir le préjudice réparable (article 1235), lequel n'est qu'une reprise *in extenso* de l'article 1343 du projet Catala.

Pourtant, s'il y a un effort de définition, il n'est pas poursuivi dans cette sous-section. Ainsi, si les différents postes de préjudices seront par décret, il serait loisible de préciser que tous les préjudices issus de dommages corporels sont soumis aux nouveaux textes, quels que soient leur origine. En effet, même si l'article 1233, alinéa 2, du projet soumet expressément la réparation du dommage corporel résultant du contrat aux règles de la responsabilité extracontractuelle, le rappeler ici n'est pas superflu. Aussi, un premier alinéa venant asseoir cette affirmation permettrait plus de clarté. Pour ce qui est de l'applicabilité commune aux deux ordres, ainsi qu'aux transactions portant sur l'indemnisation, la formulation n'appelle pas de refonte particulière.

Article 1267

Les préjudices issus des dommages corporels sont soumis aux règles de la présente sous-section qu'ils soient d'origine contractuelle ou extracontractuelle.

Les règles de la présente sous-section sont applicables aux décisions des juridictions judiciaires et administratives. Elles sont également applicables aux conventions conclues entre la victime et le responsable.

Article 1268

Les préjudices doivent être appréciés sans qu'il soit tenu compte d'éventuelles prédispositions de la victime dès lors que celles-ci n'avaient pas déjà eu de conséquences préjudiciables au moment où s'est produit le fait dommageable.

La codification à droit constant de la jurisprudence – Une fois le périmètre d'action de la présente sous-section arrêté, les textes entrent enfin dans le vif du sujet avec cet article, lequel dispose de l'absence de prise en compte d'une prédisposition pathologique de la victime si celle-ci n'a pas eu de conséquences dans la production du dommage.

Cette disposition s'inscrit dans le sens de la jurisprudence qui, de manière ancienne et constante, considère que le droit à réparation de la victime ne saurait être réduit en raison d'une prédisposition pathologique lorsque l'affection qui en est issue n'a été révélée ou provoquée que du fait de l'évènement visé lui-même (Cass. crim. 12 avril 1994, Bull. crim., n° 147; Cass. Crim., 14 févr. 1996, Bull. crim., n° 178 ; Cass. 2° civ., 10 juin 1999, n° 97-20.028 ; Cass. 2° civ., 10 nov. 2009, n° 08-16.920 ; Cass. crim. 11 janv. 2011, n° 10-81.716; Cass. 2° civ., 28 juin 2012, n° 11-18.720 ; Cass. 2° civ., 19 mai 2016, n° 15-18.784). Sans cesse réaffirmée, cette jurisprudence est très logiquement instituée au travers de cet article 1268.

D'ailleurs, le projet Terré, dans son article 57, alinéa 2, prévoyait déjà d'adopter une telle mesure que « *les prédispositions de la victimes sont sans incidence sur l'évaluation des préjudices, lorsque les conséquences préjudiciables de ces prédispositions ne s'étaient pas manifestées avant l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la victime* ». Le projet tendait alors, à l'instar de la jurisprudence, à distinguer deux types de situations. D'une part, le projet prévoit l'absence de prise en compte dans l'indemnisation des prédispositions qui n'ont aucune conséquence dommageable et d'autre part, la prise en compte des états pathologiques consolidés et stabilisés antérieurement à la survenance du dommage et qui vont conduire à réduire leur indemnisation. Mais le présent article n'est, en fait, qu'une reprise à l'identique de l'article 1379-2 du projet Catala.

Une solution équilibrée – Plus que de la question du dommage ici, il est question du lien de causalité entre le dommage dans toutes ses conséquences (les préjudices) et le fait générateur de responsabilité. En réalité, il est normal de ne pas prendre en considération les prédispositions de la victime « *tant que les prédispositions ne sont que latentes ou que l'état*

*antérieure est asymptotique et non dommageable*⁵¹ ». En effet, l'existence de pathologies préexistantes ne saurait justifier la réduction de l'indemnité versée à une victime dès lors que ses prédispositions ne se sont manifestées par aucune incapacité ou infirmité antérieure à la survenance du dommage, et n'ont été révélées ou provoquées que par celui-ci. La cause du dommage réside alors dans le fait générateur de responsabilité – quel qu'il soit – et non dans les prédispositions pathologiques de la victime puisque celles-ci n'avaient encore réalisées aucun risque.

Cette position est logique car le principe de la réparation intégrale demeure le socle de notre responsabilité. En effet, la Chancellerie ne remet pas en cause le principe de la réparation intégrale ou *restitutio in integrum*... « Tout le préjudice, mais rien que le préjudice » implique alors que le responsable doit indemniser l'ensemble des préjudices que son acte a générés, acte qui n'a servi que de révélateur des prédispositions sans que celles-ci n'aient eu d'impact sur la survenance du dommage. La causalité implique alors nécessairement que ce soit lui qui indemnise les conséquences du dommage qui ne se serait peut-être sûrement jamais réalisé.

Clarifier la distinction – Ici, il y a donc en filigrane, une distinction entre d'une part, les prédispositions sans manifestations externes dommageables et, d'autre part, les états pathologiques consolidés et stabilisés. Les premières n'ont aucune incidence sur le droit à réparation. Ce sont elles que le texte vise et l'auteur du dommage en est comptable en intégralité tant dans sa dimension personnelle que patrimoniale. Les secondes visent un cas non spécifié dans le projet qui recouvre toutes les « *incapacités résultant d'une évolution inéluctable d'un état pathologique préexistant* » lesquels pourront être pris en considération⁵² ». Dans ce cas, si la victime est atteinte d'une pathologie ayant produit des effets avant la survenance du fait générateur de responsabilité, le responsable ne saurait voir sa responsabilité retenue sans que la situation antérieure de la victime ne soit prise en compte. La jurisprudence a eu l'occasion d'affiner en ce domaine les choses et le texte, à trop simplifier, pourrait amener à faire peser sur le responsable des conséquences dommageables qui ne sont pas de son fait.

Cette distinction défendue par les professeurs Viney et Jourdain est celle que la jurisprudence et le projet consacrent. Néanmoins elle n'est pas aussi clairement affirmée et apporter cette précision permettrait de protéger les intérêts des deux parties en présence même s'il est question, ici, du dommage corporel bénéficiant de l'aura des droits fondamentaux tels

⁵¹ P. Jourdain, obs. ss. Cass. 2^e civ., 28 juin 2012, *RTD Civ.* 2013, p. 130.

⁵² J. Nguyen Thanh Nha, *RTD Civ.* 1976, p. 1.

que l'intégrité du corps humain ou la dignité humaine... Ainsi, il serait opportun de diviser en deux alinéas cet article. Un premier alinéa qui serait l'actuel article 1268 afin d'affirmer le principe d'abord, et ensuite, un second alinéa qui précise dans quelles mesures les prédispositions de la victime vont pouvoir être prises en compte dans l'évaluation de l'indemnisation des préjudices. En effet, lorsque les prédispositions de la victime se traduisent déjà par un préjudice que l'on peut évaluer au moyen d'une incapacité antérieure quantifiée et consolidée, il est légitime que le responsable n'ayant fait qu'aggraver un dommage, une incapacité préexistante, ne soit comptable que de l'aggravation qui lui est imputable, sous réserve que le dommage qu'il a engendré n'ait pas pour effet de transformer radicalement la nature même du dommage.

Article 1268

Les préjudices doivent être appréciés sans qu'il soit tenu compte d'éventuelles prédispositions de la victime dès lors que celles-ci n'avaient pas déjà eu de conséquences préjudiciables au moment où s'est produit le fait dommageable.

Les prédispositions de la victime doivent être prises en compte dans l'évaluation des différents postes de préjudices dès lors que son état pathologique est consolidé et stabilisé antérieurement à la survenance du dommage. Néanmoins, il n'en sera pas tenu compte si la survenance du fait dommageable change totalement la nature du dommage.

Article 1267

Les règles de la présente sous-section sont applicables aux décisions des juridictions judiciaires et administratives, ainsi qu'aux transactions conclues entre la victime et le responsable.

I- Analyse

Un cadre général impératif – Après avoir posé, au sein d'une première section, les grands principes ayant vocation à régir les effets de la responsabilité, le projet s'attache à encadrer les effets spécifiques de celle-ci. Si la réparation intégrale demeure « autant qu'il est possible » le principe (article 1258 du projet), la réparation en nature (articles 1260 et 1261) n'est pas toujours possible et la Chancellerie a fixé un cadre général à la réparation sous forme de « dommages et intérêts » (article 1262 à 1266). C'est dans ce cadre que le juge aura à mettre en œuvre, dans la mesure du possible, une réparation conduisant – au moins par équivalent – au *status quo ante*.

Cette section 2 vient alors préciser les modalités de mise en œuvre de la réparation dans le cadre de certaines catégories de dommages et, au cœur de cette sous-section, plus spécifiquement des dommages corporels.

Cette sous-section commence avec un article dont l'objet est de définir son périmètre d'action. Le périmètre choisit par la Chancellerie est des plus larges : la présente section s'applique à l'ensemble des décisions que celles-ci soient rendues par l'ordre administratif ou judiciaire mais aussi, et la précision n'est pas sans intérêt, aux transactions conclues entre la victime et le responsable. Ainsi, il y a une volonté forte d'**uniformisation** des conséquences de la responsabilité dans le cadre spécifique du dommage corporel. Volonté qui est d'autant plus forte que, selon les termes de ce projet, le dommage corporel est réparé sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, même s'il naît à l'occasion de l'exécution du contrat (article 1233, alinéa 2).

La volonté du législateur est claire : d'une part, encadrer le rôle du juge dans l'évaluation du préjudice corporel lequel connaît des variations importantes en fonction des juridictions et, d'autre part, de fixer les limites dans lesquelles les transactions entre la victime et le responsable sont enfermées. Cela s'avère d'autant plus fondamental que nous allons voir que les textes suivants viennent limiter les possibilités de variation en opérant des renvois à des barèmes fixés par décret en conseil d'État et en mettant en place une veille sur les indemnisations retenues.

Le choix d'une appréciation unitaire de l'indemnisation du dommage corporel – L'idée est alors, par le jeu de cet article et plus largement de cette sous-section de voir les victimes de dommages corporels traitées de manières identiques quel que soit l'ordre devant lequel l'instance est introduite. Cet article n'est pas anodin et résulte aussi de la logique qui présidait au texte. Logique, qui est perceptible tout au long des textes suivants.

En effet, le projet conduit à faire du dommage corporel une sorte de « super » dommage ou plus précisément d'un dommage « super privilégié » qui bénéficie d'une protection spécifique.

Dans cette perspective, le projet détache totalement le dommage corporel du contractuel, prenant acte des paroles de Carbonnier qui considérait que cela constituait un « *artifice que de faire entrer là-dedans des bras cassés et des morts d'hommes ; les tragédies sont de la compétence des articles 1382 et suivants*⁵³ ». Le dommage corporel est donc désormais traité de manière unitaire, au sein de la responsabilité extra contractuelle.

Ensuite, avec cet article, le législateur entend faire échapper l'identification et l'indemnisation du dommage corporel aux contingences propres à notre organisation judiciaire. L'objectif étant assumé d'éviter, comme cela a pu arriver, que deux personnes subissant des dommages corporels identiques et dans des situations analogues soient traitées différemment. En ce sens, le projet poursuit l'effort déjà amorcé d'uniformisation entre les deux ordres. En effet, la « nomenclature Dintilhac » appliquée dans l'ordre judiciaire depuis son érection, l'est également devant les juridictions administratives depuis 2013, et l'article 1271 du projet s'inscrit dans cette volonté de créer un *modus operandi* commun quant à l'évaluation des dommages corporels.

La logique n'est pas nouvelle et, force est de constater que la plupart des articles de cette sous-section sont la reprise *in extenso* ou presque soit d'articles du projet Catala⁵⁴, soit de ceux du Projet Terré⁵⁵. Néanmoins, dans le cadre de ce projet soumis à la consultation, la hiérarchisation des différentes catégories de dommages est plus clairement affirmée : le dommage corporel bénéficie d'un régime plus favorable à la victime que les autres. Ainsi, on peut noter que, par exemple, l'intégration de la *mitigation of damages* ou obligation de limiter son préjudice n'est admise que dans le cadre contractuel et est exclue à l'égard des dommages corporels – même d'origine contractuelle – ce qui semble aller dans le sens espéré par une certaine partie de la doctrine dont la voix est portée par le professeur Philippe Brun.

II- Propositions de modification

Préciser le cadre – Cette sous-section relative aux dommages corporels ouvre une section sur les règles particulières à certaines catégories de dommages quand la première section visait les dispositions communes aux deux ordres de responsabilité. Au sein de la première section, les rédacteurs du projet ont pris le temps de définir le préjudice réparable (article 1235), lequel n'est qu'une reprise *in extenso* de l'article 1343 du projet Catala.

Pourtant, s'il y a un effort de définition, il n'est pas poursuivi dans cette sous-section. Ainsi, si les différents postes de préjudices seront par décret, il serait loisible de préciser que tous les préjudices issus de dommages corporels sont soumis aux nouveaux textes, quels que soient leur origine. En effet, même si l'article 1233, alinéa 2, du projet soumet expressément la réparation du dommage corporel résultant du contrat aux règles de la responsabilité extracontractuelle, le rappeler ici n'est pas superflu. Aussi, un premier alinéa venant asseoir cette affirmation permettrait plus de clarté. Pour ce qui est de l'applicabilité commune aux

⁵³ J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, PUF, Quadrige, 1^{re} éd., 2004, n° 295.

⁵⁴ http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

⁵⁵ F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2001.

deux ordres, ainsi qu'aux transactions portant sur l'indemnisation, la formulation n'appelle pas de refonte particulière.

Article 1267

Les préjudices issus des dommages corporels sont soumis aux règles de la présente sous-section qu'ils soient d'origine contractuelle ou extracontractuelle.

Les règles de la présente sous-section sont applicables aux décisions des juridictions judiciaires et administratives. Elles sont également applicables aux conventions conclues entre la victime et le responsable.

Article 1268

Les préjudices doivent être appréciés sans qu'il soit tenu compte d'éventuelles prédispositions de la victime dès lors que celles-ci n'avaient pas déjà eu de conséquences préjudiciables au moment où s'est produit le fait dommageable.

I- Analyse

La codification à droit constant de la jurisprudence – Une fois le périmètre d'action de la présente sous-section arrêté, les textes entrent enfin dans le vif du sujet avec cet article, lequel dispose de l'absence de prise en compte d'une prédisposition pathologique de la victime si celle-ci n'a pas eu de conséquences dans la production du dommage.

Cette disposition s'inscrit dans le sens de la jurisprudence qui, de manière ancienne et constante, considère que le droit à réparation de la victime ne saurait être réduit en raison d'une prédisposition pathologique lorsque l'affection qui en est issue n'a été révélée ou provoquée que du fait de l'évènement visé lui-même (Cass. crim. 12 avril 1994, Bull. crim., n° 147; Cass. Crim., 14 févr. 1996, Bull. crim., n° 178 ; Cass. 2^e civ., 10 juin 1999, n° 97-20.028 ; Cass. 2^e civ., 10 nov. 2009, n° 08-16.920 ; Cass. crim. 11 janv. 2011, n° 10-81.716; Cass. 2^e civ., 28 juin 2012, n° 11-18.720 ; Cass. 2^e civ., 19 mai 2016, n° 15-18.784). Sans cesse réaffirmée, cette jurisprudence est très logiquement instituée au travers de cet article 1268.

D'ailleurs, le projet Terré, dans son article 57, alinéa 2, prévoyait déjà d'adopter une telle mesure que « *les prédispositions de la victimes sont sans incidence sur l'évaluation des préjudices, lorsque les conséquences préjudiciables de ces prédispositions ne s'étaient pas manifestées avant l'atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la victime* ». Le projet tendait alors, à l'instar de la jurisprudence, à distinguer deux types de situations. D'une part, le projet prévoit l'absence de prise en compte dans l'indemnisation des prédispositions qui n'ont aucune conséquence dommageable et d'autre part, la prise en compte des états pathologiques consolidés et stabilisés antérieurement à la survenance du dommage et qui vont conduire à réduire leur indemnisation. Mais le présent article n'est, en fait, qu'une reprise à l'identique de l'article 1379-2 du projet Catala.

Une solution équilibrée – Plus que de la question du dommage ici, il est question du lien de causalité entre le dommage dans toutes ses conséquences (les préjudices) et le fait générateur de responsabilité. En réalité, il est normal de ne pas prendre en considération les prédispositions de la victime « *tant que les prédispositions ne sont que latentes ou que l'état antérieur est asymptotique et non dommageable*⁵⁶ ». En effet, l'existence de pathologies préexistantes ne saurait justifier la réduction de l'indemnité versée à une victime dès lors que ses prédispositions ne se sont manifestées par aucune incapacité ou infirmité antérieure à la

⁵⁶ P. Jourdain, obs. ss. Cass. 2^e civ., 28 juin 2012, *RTD Civ.* 2013, p. 130.

survenance du dommage, et n'ont été révélées ou provoquées que par celui-ci. La cause du dommage réside alors dans le fait générateur de responsabilité – quel qu'il soit – et non dans les prédispositions pathologiques de la victime puisque celles-ci n'avaient encore réalisées aucun risque.

Cette position est logique car le principe de la réparation intégrale demeure le socle de notre responsabilité. En effet, la Chancellerie ne remet pas en cause le principe de la réparation intégrale ou *restitutio in integrum*... « Tout le préjudice, mais rien que le préjudice » implique alors que le responsable doit indemniser l'ensemble des préjudices que son acte a générés, acte qui n'a servi que de révélateur des prédispositions sans que celles-ci n'aient eu d'impact sur la survenance du dommage. La causalité implique alors nécessairement que ce soit lui qui indemnise les conséquences du dommage qui ne se serait peut-être sûrement jamais réalisé.

II- Propositions de modification

Clarifier la distinction – Ici, il y a donc en filigrane, une distinction entre d'une part, les prédispositions sans manifestations externes dommageables et, d'autre part, les états pathologiques consolidés et stabilisés. Les premières n'ont aucune incidence sur le droit à réparation. Ce sont elles que le texte vise et l'auteur du dommage en est comptable en intégralité tant dans sa dimension personnelle que patrimoniale. Les secondes visent un cas non spécifié dans le projet qui recouvre toutes les « *incapacités résultant d'une évolution inéluctable d'un état pathologique préexistant* » lesquels pourront être pris en considération⁵⁷ ». Dans ce cas, si la victime est atteinte d'une pathologie ayant produit des effets avant la survenance du fait générateur de responsabilité, le responsable ne saurait voir sa responsabilité retenue sans que la situation antérieure de la victime ne soit prise en compte. La jurisprudence a eu l'occasion d'affiner en ce domaine les choses et le texte, à trop simplifier, pourrait amener à faire peser sur le responsable des conséquences dommageables qui ne sont pas de son fait.

Cette distinction défendue par les professeurs Viney et Jourdain est celle que la jurisprudence et le projet consacrent. Néanmoins elle n'est pas aussi clairement affirmée et apporter cette précision permettrait de protéger les intérêts des deux parties en présence même s'il est question, ici, du dommage corporel bénéficiant de l'aura des droits fondamentaux tels que l'intégrité du corps humain ou la dignité humaine... Ainsi, il serait opportun de diviser en deux alinéas cet article. Un premier alinéa qui serait l'actuel article 1268 afin d'affirmer le principe d'abord, et ensuite, un second alinéa qui précise dans quelles mesures les prédispositions de la victime vont pouvoir être prises en compte dans l'évaluation de l'indemnisation des préjudices. En effet, lorsque les prédispositions de la victime se traduisent déjà par un préjudice que l'on peut évaluer au moyen d'une incapacité antérieure quantifiée et consolidée, il est légitime que le responsable n'ayant fait qu'aggraver un dommage, une incapacité préexistante, ne soit comptable que de l'aggravation qui lui est imputable, sous réserve que le dommage qu'il a engendré n'ait pas pour effet de transformer radicalement la nature même du dommage.

⁵⁷ J. Nguyen Thanh Nha, *RTD Civ.* 1976, p. 1.

Article 1268

Les préjudices doivent être appréciés sans qu'il soit tenu compte d'éventuelles prédispositions de la victime dès lors que celles-ci n'avaient pas déjà eu de conséquences préjudiciables au moment où s'est produit le fait dommageable.

Les prédispositions de la victime doivent être prises en compte dans l'évaluation des différents postes de préjudices dès lors que son état pathologique est consolidé et stabilisé antérieurement à la survenance du dommage. Néanmoins, il n'en sera pas tenu compte si la survenance du fait dommageable change totalement la nature du dommage.

Article 1269

Les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux résultant d'un dommage corporel sont déterminés, poste par poste, suivant une nomenclature non limitative des postes de préjudices fixée par décret en Conseil d'Etat.

Article 1270

Sauf disposition particulière, le déficit fonctionnel est mesuré selon un barème médical unique, indicatif, dont les modalités d'élaboration, de révision et de publication sont déterminées par voie réglementaire.

Article 1271

Un décret en Conseil d'État fixe les postes de préjudices extrapatrimoniaux qui peuvent être évalués selon un référentiel indicatif d'indemnisation, dont il détermine les modalités d'élaboration et de publication. Ce référentiel est réévalué régulièrement en fonction de l'évolution de la moyenne des indemnités accordées par les juridictions.

A cette fin, une base de données rassemble, sous le contrôle de l'Etat et dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat, les décisions définitives rendues par les cours d'appel en matière d'indemnisation du dommage corporel des victimes d'un accident de la circulation.

I- Analyse

L'encadrement de l'identification des préjudices résultant d'un dommage corporel – Le projet a pour ambition, ici clairement affichée, d'offrir des outils d'harmonisation dans l'indemnisation des préjudices issus d'un dommage corporel. Reprenant le travail opéré en son temps par la commission Lambert-Faivre (2003) qui avait émis, outre une nomenclature de préjudices, des propositions visant à unifier et objectiver l'identification et l'indemnisation des conséquences du dommage corporel, le projet ambitionne de mettre en place plusieurs outils tant à l'usage des juridictions que des acteurs du secteur.

Ici, les rédacteurs du projet ont fait un effort de synthèse entre les projets Catala et Terré mais pas seulement. Il est évident que les travaux de la commission Lambert-Faivre et le cadre offert plus tard par la nomenclature Dintilhac ont été déterminants dans l'élaboration de ces 3 textes. L'influence de ce rapport déjà très prégnante sur le projet Terré se confirme au travers de ces textes. Le projet Terré avait déjà fait trois propositions en ce sens aux articles 56 à 58, où il proposait trois outils visant à éliminer les disparités, confié au pouvoir réglementaire : d'abord, un barème médical unique (article 56), ensuite une nomenclature des postes de préjudice (article 57, al. 1), enfin un référentiel unique d'évaluation (article 58). Il apparaît donc clairement que l'actuel projet s'inscrit dans cette perspective puisqu'il reprend à son compte ces trois propositions avec quelques ajustements.

La mise en place d'une nomenclature unique des postes de préjudices – Si les articles précédents sont tirés du projet Catala qui est légèrement privilégié par les rédacteurs

du projet, l'article 1269 du projet est la reprise quasi à l'identique de l'article 57 du projet Terré, à la nuance près qu'ici, la Chancellerie prend garde de préciser que la nomenclature des postes de préjudices est non limitative. Cette précision est fondamentale si l'on tient compte du principe de la réparation intégrale qui est consacré tant au niveau français qu'Européen⁵⁸ et qui régit tout notre droit de la réparation. Il est très probable que le décret pris en Conseil d'État viendra valider, peu ou prou, la « nomenclature Dintilhac⁵⁹ » laquelle est désormais largement adoptée tant par les juridictions judiciaires que par les experts et les assureurs. En effet, le principe de réparation intégrale commande de procéder par une méthodologie analytique d'identification des différents postes de préjudices, ce que la nomenclature permet aisément puisqu'elle évite que certains postes ne soient « oubliés ». Néanmoins, il convenait de préciser que cette nomenclature ne pouvait contenir une liste limitative des préjudices réparables, sans quoi la réparation ne saurait être intégrale et aurait conduit à priver le juge de découvrir de nouveaux postes de préjudices lorsque cela s'avèrera nécessaire⁶⁰.

Grâce à l'article 1268 qui contraint le Juge administratif à adopter les mêmes règles en la matière que le Juge judiciaire, la nomenclature Dintilhac qui avait d'abord été rejetée en 2007 avec l'avis Lagier⁶¹ avant d'être accueillie en 16 décembre 2013, de manière discrète au travers de l'adoption du déficit fonctionnel⁶², sera alors là aussi pleinement appliquée.

L'adoption d'un barème médical unique pour le déficit fonctionnel – L'article 1270 pour sa part est un mélange de l'article 1379-1 du projet Catala qui se voit précisé et de l'article 58, alinéa 2, du projet Terré. La principale précision du texte est de spécifier que ce barème médical unique est « indicatif ». Là encore, il faut voir la volonté de la Chancellerie de ne pas faire de l'évaluation de préjudices issus d'un dommage corporel, une appréciation *in abstracto* laquelle s'accommoderait mal avec le principe de la réparation intégrale du préjudice. Elle laisse au juge le pouvoir souverain d'apprécier *in concreto* de sa pertinence. Cette précision est d'autant plus utile que la rédaction de l'article 58, alinéa 2, du projet Terré qui énonçait que le juge ne pouvait pas écarter l'évaluation sans décision spécialement motivée par les limites du décret. Cette position n'était pas tenable et risquait de porter atteinte à l'indépendance juridictionnelle.

De nombreux barèmes ont pu voir le jour⁶³ mais une rationalisation de l'évaluation du dommage corporel n'est possible qu'au prix de l'adoption d'un tel barème médical unique. Cette mise en place s'avère donc cohérente avec l'objectif d'harmonisation même s'il est ici en deçà du projet Terré qui visait l'ensemble des préjudices tant physiques que psychiques.

La mise en place d'un référentiel indicatif unique – L'article 1271, alinéa 1^{er}, du projet prévoit que sera mis en place un référentiel indicatif d'indemnisation relativement aux préjudices extrapatrimoniaux dont les modalités seront spécifiées par voie réglementaire. La première remarque que nous pouvons faire c'est que la Chancellerie semble y mettre des

⁵⁸ Résolution (75) 7 du Conseil de l'Europe relative à la réparation des dommages en cas de lésions corporelles et de décès du 14 mars 1975.

⁵⁹ Appliquée depuis la promulgation de l'article 25 de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006.

⁶⁰ A l'instar de ce qu'il a déjà été amené à faire par exemple avec le préjudice spécifique de contamination (Cass. 2^e civ., 18 mars 2010, 08-16.169) ou encore le préjudice d'anxiété dans le cadre de l'exposition à l'amiante (Cass. soc., 3 mars 2015, 13-20.486).

⁶¹ CE, Section, avis, 4 juin 2007, *Lagier et Consorts Guignon*, n°s 303422 304214.

⁶² CE, 16 déc. 2013, n°346575.

⁶³ Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, Précis, 8^e éd., 2016, n° 124 et s.

réserves puisque le premier alinéa, et le « à cette fin » du second alinéa sont mis entre crochets. On voit clairement l'influence du projet Terré – et des propositions du rapport Lambert-Faivre – qui dans son article 58, alinéa 1^{er}, prévoyait un tel référentiel réévalué annuellement selon l'indice de revalorisation des rentes dues en cas d'accident du travail. Ici, la réévaluation est fondée sur une base d'appréciation plus large à savoir « la moyenne des indemnités accordées par les juridictions ». Néanmoins, l'alinéa 2 vient circonscrire l'assiette de calcul de cette moyenne aux seules décisions, ayant acquis un caractère définitif, dans les accidents de la circulation. Cela nous semble illusoire car c'est l'ensemble des situations de dommages corporels qui seront, à plus ou moins long terme, soumises à cette évaluation et non seulement ceux résultant des accidents de la circulation puisque la logique est, ici, d'apporter un traitement unitaire du dommage corporel. Cependant, cette circonscription s'explique aussi par le fait que le projet codifie enfin la loi Badinter tenue hors du Code civil depuis 1985.

Dans cette perspective, l'article 1271, alinéa 2nd, projette de mettre en place une base de données qui va regrouper l'ensemble des décisions définitives rendues par les cours d'appel en matière d'indemnisation du dommage corporel des victimes d'un accident de la circulation. Cette base de données avait déjà été proposée en 2003 par la commission Lambert-Faivre dont l'objectif affiché était d'apporter plus de cohérence, de transparence sur les pratiques d'indemnisation et une définition plus claire des différents préjudices. La commission tendait à une harmonisation des indemnisations accordées aux victimes pour éviter des disparités d'évaluation notamment au travers de la création d'un référentiel indicatif national statistique et évolutif (RINSE) c'est-à-dire « *une base de données nationale qui recense toutes les décisions rendues par les cours d'appel en matière de réparation du dommage corporel ainsi que les transactions des assurances et des fonds spécialisés (FITH, FGTI, FIVA...), en fonction de la nomenclature ci-dessus définie, afin que professionnels et victimes disposent de références précises des niveaux d'indemnisation pour un même poste de préjudice* ». On le voit, le projet de la Chancellerie est ici moins ambitieux puisqu'il circonscrit la base de données aux seules indemnisations prononcées dans le cadre des accidents de la circulation, qui bénéficie d'une codification dans le Code civil à l'occasion de ce projet. Néanmoins, en cela, le projet s'aligne avec ce qui peut être fait en Espagne ou encore en Italie où seuls les dommages causés par des accidents de la circulation bénéficient d'un tel référencement. L'objectivation au travers d'un barème n'est d'ailleurs pas étrangère à notre système étant donné que nous avons déjà un référentiel officieux émis par les Cours d'Appel, qui dans un « *recueil méthodologique commun* » de 122 pages diffusé sur ARPEGE⁶⁴, l'intranet de la magistrature, permet une certaine cohérence dans l'évaluation du préjudice. L'adoption par voie réglementaire devrait alors conduire à « *lisser* » le quantum applicable aux préjudices à l'ensemble des juridictions et des transactions.

Cependant, si l'appréciation *in concreto* ne contraint pas le juge à adhérer à une solution préétablie avec un barème général identique pour tous, le fait d'établir une telle base de données afin d'actualiser le référentiel, devrait conduire à une objectivation de l'indemnisation au long court qui nous semble problématique. En effet, les juges du fond disposent, en principe, d'une totale liberté d'évaluation des *quantums*, sous réserve de

⁶⁴ Dont on peut trouver une copie accessible : http://www.avocat-perigueux-laboetie.fr/sites/avocat-perigueux-laboetie.fr/IMG/pdf/referentiel_ca_indemnisation.pdf

respecter l'obligation d'imputation des préjudices poste par poste⁶⁵, et s'ils appliquent la nomenclature Dintilhac pour la définition des différents postes de préjudices, ils peuvent faire œuvre créatrice quant à l'identification de nouveaux préjudices et d'une totale liberté quant à l'évaluation de ceux-ci. Cette liberté pourrait être restreinte et l'évaluation risque fort de se faire à l'aune des *quantums* médians prononcés par les cours d'appel en la matière. Ainsi, le mécanisme – même s'il n'aura pas de caractère obligatoire⁶⁶ contrairement à ce qui se fait dans d'autres pays – devrait aboutir incidemment à uniformiser l'indemnisation des préjudices tant dans son identification avec la nomenclature que dans son évaluation.

II- Propositions de modification

Si la rédaction de l'article 1269 ne nous satisfait pleinement, préciser l'article 1270 instituant le barème médical unique nous semble pertinent. En effet, l'adoption d'un tel barème comporte des risques pour les victimes. L'harmonisation est certes nécessaire mais doit s'accompagner de garanties pour que la victime car l'adoption d'un tel barème peut amener à, d'une part, contraindre *ipso facto* le magistrat dans son appréciation et, d'autre part, à une dépréciation chronique du déficit fonctionnel en raison de l'objectivation liée à la mécanique mise en place. En effet, dans l'effort de rationalisation de l'évaluation voulue par le barème, on risque d'assister à l'application automatisée et arithmétique du barème faisant fi de la situation réelle de la victime. Le juge doit alors pouvoir compléter l'appréciation qui sera faite par l'expert et s'en écarter lorsqu'il constatera que celle-ci conduit à sous-indemniser le préjudice... Certes le texte précise que le barème est indicatif mais l'utilisation de barème conduit nécessairement à une application systématisée et abstraite. Tout le préjudice, rien que le préjudice... Ensuite, l'évolution de ce barème, laquelle est soumise à la voix réglementaire, ira nécessairement à la baisse avec les années... On constate, en effet, que dans les branches où de tels barèmes ont été instaurés (exemple barème d'accidents du travail), les taux retenus ont décliné avec les années et il convient d'éviter de lutter contre une potentielle dépréciation du dommage corporel. Aussi, il peut sembler opportun d'insérer un second alinéa visant à préciser d'abord que le juge peut écarter, seulement à la hausse, l'application du barème afin de protéger les victimes d'une application par trop systématique des expertises. Ensuite, l'alinéa viendra rappeler que les critères pris en compte dans l'évaluation sont seulement des critères physiologiques afin de circonscrire le déficit fonctionnel à sa vraie place et ne pas empiéter sur des préjudices déjà indemnisés, sous d'autres postes, par la nomenclature qui sera adoptée. Cet alinéa aurait alors pour objectif de préserver les intérêts de la victime sans engager l'auteur de responsabilité au-delà de ce qu'il doit assumer.

⁶⁵ Loi n° 2006-1640, 21 déc. 2006, de financement de la sécurité sociale pour 2007 (JO 22 déc.).

⁶⁶ Tels que l'Espagne qui a mis en place dès 1995, un « Baremo » pour les accidents de la circulation ou encore l'Italie, là aussi pour les seuls accidents de la circulation.

Article 1269

Les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux résultant d'un dommage corporel sont déterminés, poste par poste, suivant une nomenclature non limitative des postes de préjudices fixée par décret en Conseil d'Etat.

Article 1270

Sauf disposition particulière, le déficit fonctionnel est mesuré selon un barème médical unique, indicatif, dont les modalités d'élaboration, de révision et de publication sont déterminées par voie réglementaire.

Les juridictions peuvent écarter l'application de ce barème dans l'évaluation du déficit fonctionnel sans pouvoir le réviser à la baisse. L'appréciation de ce déficit doit être exclusivement fondée sur des critères physiologiques à l'exclusion de tout autre critère.

Article 1271

Un décret en Conseil d'État fixe les postes de préjudices extrapatrimoniaux qui peuvent être évalués selon un référentiel indicatif d'indemnisation, dont il détermine les modalités d'élaboration et de publication. Ce référentiel est réévalué régulièrement en fonction de l'évolution de la moyenne des indemnités accordées par les juridictions.

A cette fin, une base de données rassemble, sous le contrôle de l'Etat et dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat, les décisions définitives rendues par les cours d'appel en matière d'indemnisation du dommage corporel des victimes d'un accident de la circulation.

Article 1272

L'indemnisation due au titre de la perte de gains professionnels, de la perte de revenus des proches ou de l'assistance d'une tierce personne a lieu en principe sous forme d'une rente indexée sur un indice fixé par voie réglementaire et lié à l'évolution du salaire minimum.

Avec l'accord des parties, ou sur décision spécialement motivée, la rente peut être convertie en capital selon une table déterminée par voie réglementaire.

Lorsqu'une rente a été allouée conventionnellement ou judiciairement en réparation de préjudices futurs, le créancier peut, si sa situation personnelle le justifie, demander que les arrérages à échoir soient remplacés en tout ou partie par un capital, suivant la table de conversion visée à l'alinéa précédent.

I- Analyse

Affirmation du principe du paiement sous forme de rente – La question de la perte des gains professionnels, des revenus des proches ou de l'assistance à tierce personne, est fondamentale et le projet tend à en faire une refonte majeure. Le principe qui y est affirmé est celui du paiement d'une rente. En cela, la solution demeure conforme aux propositions tant du projet Catala (article 1379-3) que du projet Terré (articles 59 et 60) même s'il y a des différences et des précisions quant à la substitution d'un paiement en capital. C'est une prise de position qui vient mettre fin aux débats sur le choix entre rente et capital relativement à ce types de préjudices dont la nature diverge de ceux dont la réalisation est antérieure à l'indemnisation et pour lesquels le versement d'un capital est plus évident. Néanmoins, il est important de souligner qu'à l'heure actuelle, la condamnation sous forme de rente demeure toujours facultative quand bien même elle intervenait en matière d'accidents de la circulation. En effet, la jurisprudence laisse la plus grande liberté au juge quant à la détermination du mode d'indemnisation entre capital et rente⁶⁷ et l'actuel projet, s'il est adopté en l'état, vient mettre fin à cet état de fait.

Le texte se compose de trois alinéas. Le premier affirme le principe du versement de l'indemnisation sous forme de rente pour trois des principaux types de préjudices : perte de gains professionnels, perte de revenus des proches, indemnisation du préjudice de tierce personne. Le texte a une vocation plus large que la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 relative aux seuls accidents de la circulation.

En outre, le texte vient préciser que la rente sera indexée sur un indice fixé par voie réglementaire et lié à l'évolution du salaire minimum ce qui constitue un apport majeur. En effet, le projet Catala, par exemple, laissait au juge le choix de l'indice⁶⁸, ne tendant pas en ce sens à une harmonisation pourtant appelée des vœux de nombreux commentateurs et qui a présidé à ce projet. Le projet Chancellerie reprend en synthétisant – en un seul alinéa – les alinéas 2 et 3 de l'article 59 du projet Terré qui prévoyait un indice fixé par voie réglementaire⁶⁹. À l'heure actuelle, la victime bénéficiant d'une rente, voit celle-ci indexée conformément à la loi n° 74-1118 du 27 décembre 1974 et à la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985

⁶⁷ G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, coll. Traités, 3^e éd., 2011, n°132 s.

⁶⁸ Ce qui avait pour objectif d'abroger l'article 1^{er} de la loi n° 74-1118 du 27 décembre 1974 relative à la revalorisation de certaines rentes allouées en réparation du préjudice causé par un véhicule terrestre à moteur.

⁶⁹ L'alinéa 2 visait les gains professionnels et l'alinéa 3, l'indemnisation due au titre de l'assistance d'une tierce personne.

pour ce qui relevait des accidents de la circulation. Cela signifie que l'indice légal de revalorisation est imposé et est contenu à l'article L. 434-17 du Code de la Sécurité sociale c'est-à-dire conformément au taux de majoration annuel des rentes d'accidents de travail (article L. 341-6 du Code de la Sécurité sociale). Il y a tout lieu de penser que ce sera sur cette base que sera basé le futur indice.

La possibilité de conversion en capital – Le deuxième alinéa ouvre ainsi au juge, sous réserve d'une motivation spéciale, mais aussi aux parties, la possibilité de convertir la rente en capital selon une table déterminée par voie réglementaire. Cette possibilité n'appelle pas de remarque spécifique si ce n'est que, contrairement au projet Terré (Article 60, alinéa 2 qui excluait cette possibilité dans le cadre des sommes venant indemniser le préjudice de tierce personne), la conversion en capital concerne l'ensemble des postes de préjudices précités.

Le troisième alinéa n'est autre que la reprise – généralisée à l'ensemble des situations de dommages corporels – de l'article 44 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 qui prévoit que, lorsque sa situation personnelle le justifie, la victime d'un accident de la circulation peut demander au juge que les arrérages à échoir de la rente qui lui a été allouée par voie transactionnelle ou par voie judiciaire soient remplacés par le versement d'un capital calculé suivant une table de conversion fixée par décret. Cette adoption vient donc systématiser l'application de l'article 44 de la loi Badinter.

Déjà, le projet Terré reprenait dans les mêmes termes cet article (article 60, alinéa 1^{er}), ce qui permet de montrer un certain consensus en la matière même si certains auteurs déplorent l'encadrement par des nomenclatures et des barèmes du pouvoir d'appréciation du juge. Néanmoins, ce renvoi général à une table de conversion fixée par décret devrait avoir pour effet de permettre l'abrogation du décret n° 86-973 du 8 août 1986 qui est très défavorable aux victimes en raison de l'obsolescence des critères ayant présidés à l'érection de la table de conversion. Mais il existe de nombreux barèmes de capitalisation⁷⁰ qui ajoutent à la confusion et qui devront être écartés au profit d'un barème réglementaire.

Nécessité de moderniser les indices et tables – La rédaction de l'article, si elle n'appelle pas de réflexion particulière, l'adoption des indices et tables de conversion nécessitera à n'en pas douter un regard critique et une modernisation sans quoi le projet n'atteindra son objectif qu'à moitié : l'harmonisation certes mais une victime de dommages corporels mise dans une situation de faiblesse. Unifiant l'indemnisation de la perte de gains professionnels, de la perte de revenus des proches ou de l'assistance d'une tierce personne sans tenir compte de l'origine du dommage corporel, il conviendra alors d'adopter de nouveaux textes qui permettront d'unifier concrètement l'indemnisation de ses préjudices qui seront évalués en fonction de critères pertinents.

Article 1272

L'indemnisation due au titre de la perte de gains professionnels, de la perte de revenus des proches ou de l'assistance d'une tierce personne a lieu en principe sous forme d'une rente indexée sur un indice fixé par voie réglementaire et lié à l'évolution du salaire minimum.

Avec l'accord des parties, ou sur décision spécialement motivée, la rente peut être convertie en capital selon une table déterminée par voie réglementaire.

Lorsqu'une rente a été allouée conventionnellement ou judiciairement en réparation de préjudices futurs, le créancier peut, si sa situation personnelle le justifie, demander que les

⁷⁰ Le barème issu du décret n° 86-973 du 8 août 1986 ; le barème de capitalisation pour l'indemnisation des victimes de l'association française des assurances (BCIV) ; le barème « Gazette du Palais » qui a été posé en 2004, en 2011 et enfin en 2013 (M. Bareire, *Barème de capitalisation 2013*, Gaz. Pal., 28 mars 2013, p. 21).

arrérages à échoir soient remplacés en tout ou partie par un capital, suivant la table de conversion visée à l'alinéa précédent.

Article 1273

Les sommes versées à la victime à des fins indemnitaires par les tiers payeurs ne donnent lieu à recours subrogatoire contre le responsable que dans les cas prévus par la loi.

Article 1274

Seules les prestations énumérées ci-après versées à la victime d'un dommage corporel ouvrent droit à un recours contre la personne tenue à réparation ou son assureur :

1. Les prestations versées par les organismes, établissements et services gérant un régime obligatoire de sécurité sociale ;
2. Les prestations énumérées au II de l'article 1er de l'ordonnance n° 59-76 du 7 janvier 1959 relative aux actions en réparation civile de l'État et de certaines autres personnes publiques ;
3. Les sommes versées en remboursement des frais de traitement médical et de rééducation ;
4. Les salaires et les accessoires du salaire maintenus par l'employeur pendant la période d'inactivité consécutive à l'événement qui a occasionné le dommage ;
5. Les indemnités journalières de maladie et les prestations d'invalidité versées par les groupements mutualistes régis par le code de la mutualité, les institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale ou le code rural et de la pêche maritime et les sociétés d'assurance régies par le code des assurances ;
6. Les prestations prévues à l'article L.245-1 du code de l'action sociale et des familles.

Article 1275

Les employeurs sont admis à poursuivre directement contre le responsable des dommages ou son assureur le remboursement des charges patronales afférentes aux rémunérations maintenues ou versées à la victime pendant la période d'indisponibilité de celle-ci. Ces dispositions sont applicables à l'État par dérogation aux dispositions de l'article 2 de l'ordonnance n° 59-76 du 7 janvier 1959 précitée.

Article 1276

Les prestations donnant lieu à recours s'imputent poste par poste sur les seules indemnités dues par le responsable pour les chefs de préjudice pris en charge par le tiers payeur, à l'exclusion des préjudices extrapatrimoniaux.

Dans le cas où l'insolvabilité du responsable empêcherait l'indemnisation intégrale de la victime, celle-ci sera préférée au tiers payeur pour ce qui lui reste dû par le responsable.

La faute de la victime ne peut réduire son droit à indemnisation que sur la part de son préjudice qui n'a pas été réparée par les prestations du tiers payeur. Celui-ci a droit au reliquat de la dette mise à la charge du responsable.

Article 1277

Hormis les prestations mentionnées aux articles 1274 et 1275, aucun versement effectué au profit d'une victime en vertu d'une obligation légale, conventionnelle ou statutaire n'ouvre droit à une action contre la personne tenue à réparation du dommage ou son assureur.

Toutefois lorsqu'il est prévu par contrat, le recours subrogatoire de l'assureur qui a versé à la victime une avance sur indemnité du fait de l'accident peut être exercé contre l'assureur de la personne tenue à réparation dans la limite du solde subsistant après paiements aux tiers visés à l'article 1274. Il doit être exercé, s'il y a lieu, dans les délais impartis par la loi aux tiers payeurs pour produire leurs créances.

Toute disposition contraire aux prescriptions des articles 1273 à 1276 est réputée non écrite à moins qu'elle ne soit plus favorable à la victime.

I- Analyse

L'intégration nécessaire des règles des recours subrogatoires de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 dans le Code civil – Les articles 1273 à 1277 du projet sont relatifs aux recours subrogatoires et viennent pour une grande majorité codifier les textes issus du Chapitre II⁷¹ de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, dans une inspiration très marquée par le projet Terré. La complexité de la question a, jusqu'à la loi de 1985, justifié une jurisprudence des plus abondantes. La loi Badinter a alors édicté un certain nombre de dispositions générales ayant permis de clarifier la situation et qui sont reprises ici. Néanmoins, la codification passe par un élargissement du champ d'application de ces articles qui s'appliqueront aux dommages corporels qu'ils résultent d'un accident de la circulation ou d'une autre cause de responsabilité. En outre, si la loi n° 06-1640 du 21 décembre 2006 a constitué une véritable avancée pour les victimes en imposant, dans son article 25, que l'imputation du recours soit faite poste par poste, la jurisprudence a pu mettre en péril la protection des victimes dont la conséquence est de créer des incertitudes notamment à l'égard des rentes perçues dans le cadre d'accidents de travail ou encore des pensions d'invalidité⁷². L'objectif est alors de reprendre et systématiser le régime subrogatoire de la loi du 5 juillet 1985⁷³, avec quelques points de précisions.

Etat des lieux sur les modalités du recours subrogatoire – Les tiers payeurs disposent d'un recours à l'encontre des personnes responsables du dommage au titre des indemnités versées à la victime sous réserve de répondre à certaines conditions. C'est l'article 29 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 qui dresse la liste des prestations ouvrant droit à recours. L'article L. 376-1, alinéa 3, du Code de la sécurité sociale⁷⁴ et l'article 31, alinéa 1^{er},

⁷¹ Des recours des tiers payeurs contre les personnes tenues à réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à la personne.

⁷² Cass. Crim., 19 mai 2009, n° 08-86.485 : « Vu l'article 1382 du Code civil, ensemble les articles 29 et 31 de la loi du 5 juillet 1985, dans sa rédaction issue de la loi du 21 décembre 2006, L. 2 et L. 4 du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre ; Mais attendu qu'en statuant ainsi, alors que, dans la mesure où son montant excède celui des pertes de revenus et l'incidence professionnelle, la pension militaire d'invalidité servie en application des articles L. 2 et L. 4 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre, répare nécessairement, en tout ou en partie, l'atteinte objective à l'intégrité physique de la victime que représente le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent ».

⁷³ Cependant, l'article 28 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 dispose que « Les dispositions du présent chapitre s'appliquent aux relations entre le tiers payeur et la personne tenue à réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à la personne, quelle que soit la nature de l'événement ayant occasionné ce dommage ».

⁷⁴ Sur les prestations versées par les caisses de sécurité sociale.

de la loi du 5 juillet 1985⁷⁵ disposent que les recours subrogatoires des tiers payeurs s'exercent poste par poste. Mais la réforme de 2006 a aussi impacté l'imputation au-delà de la seule exigence de ventilation de l'indemnisation poste par poste. Ainsi, l'article L. 376-1, alinéa 4, du Code de la sécurité sociale ainsi que l'article 31, alinéa 2, de la loi du 5 juillet 1985 disposent que la victime exerce son droit à indemnisation pour ce qui lui reste dû contre le responsable par préférence au tiers payeur subrogé. Cette disposition a conduit à rejeter la solution classique permettant de déduire en premier lieu la créance des tiers payeurs, ne laissant alors que le reliquat des dommages-intérêt à la victime. Ainsi, le juge détermine d'abord l'indemnité due à la victime avant d'attribuer le cas échéant, le montant des sommes restant dues aux tiers payeurs. Ainsi « conformément à l'article 1252 du Code civil, la subrogation ne peut nuire à la victime subrogeante, créancière de l'indemnisation, lorsqu'elle n'a été indemnisée qu'en partie ; en ce cas, elle peut exercer ses droits contre le responsable, pour ce qui lui reste dû, par préférence au tiers payeur dont elle n'a reçu qu'une indemnisation partielle⁷⁶ ». Cette modification a pu être critiquée comme constituant une violation du principe de la réparation intégrale en permettant l'enrichissement de la victime au détriment du tiers payeur dans certains cas⁷⁷.

La mise en œuvre de la codification : le maintien de la liste limitative de recours subrogatoire – Le projet de réforme sur ce point, débute par l'affirmation que les tiers payeurs ne bénéficient d'un recours subrogatoire contre le responsable que pour les sommes ayant un caractère indemnitaire et seulement dans les cas prévus par la loi. Dans sa rédaction, l'article 1272 du projet reprend, *in extenso*, la première partie de l'article 61 du projet Terré (l'esprit de l'article 1379-4 du projet Catala étant du même acabit). Cet article est alors suivi de la liste limitative des recours ouvrant droit au recours subrogatoire qui codifie l'article 30 de la loi Badinter, y insérant un 6° relatif aux sommes versées en application de l'article L. 245-1 du Code de l'action sociale et des familles. Ici, le texte reprend le principe de la liste limitative afin de tarir les potentiels litiges.

À côté de ces sommes, l'article 1275 du projet vient admettre le caractère subrogatoire du paiement des charges patronales offert à l'employeur contre les responsables du dommage ou son assureur. Ici encore, il n'y a pas lieu de critiquer la disposition qui est une codification à droit constant de l'article 32 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985.

Ainsi, seules les sommes et les tiers payeurs expressément visés pourront bénéficier du recours subrogatoire à l'exclusion de tout autre cas (conformément à l'esprit des articles 29 à 32 de la loi Badinter). D'ailleurs, l'article 1277 du projet vient, dans son alinéa premier, annoncer que « *Hors les prestations mentionnées aux articles 1274⁷⁸ et 1275⁷⁹, aucun versement effectué au profit de la victime en vertu d'une obligation légale, conventionnelle ou statutaire n'ouvre droit à un recours du tiers payeur contre le responsable* ». Cet article qui reprend la seconde partie de l'article 61 du projet Terré vient entériner le caractère strictement limitatif du recours subrogatoire aux recours codifiés ici même si l'article 1272, en évoquant les « sommes versées à des fins indemnitaire dans les « cas prévus par la loi », semblait plus large que ne le permet l'article 1277. Mais ce caractère impératif se caractérise par la codification de l'article 33, alinéa 2, de la loi de 1985 à l'article 1277, alinéa 3, qui répute non écrite toute clause qui contreviendrait aux règles relatives à la subrogation (article 1273 à 1276) sauf dans un sens plus favorable. Ainsi, lesdites règles relèvent d'un ordre public relatif. Il est également notable que sa rédaction exclue les préjudices extrapatrimoniaux

⁷⁵ Relatif aux prestations à caractère indemnitaire visées à l'article 29 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985.

⁷⁶ L. n° 85-677, 5 juil. 1985, art. 31.

⁷⁷ P. Remy-Corlay, « de la réparation », in F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2001, p. 207.

⁷⁸ Qui reprend l'article 29 de la L. n° 85-677, 5 juil. 1985.

⁷⁹ Qui reprend l'article 32 de la L. n° 85-677, 5 juil. 1985.

résolvant ainsi le conflit relativement au déficit fonctionnel permanent existant entre les juridictions administratives et judiciaires sur les postes indemnisés par la rente.

L'imputation des paiements subrogatoires – Une fois les paiements ouvrant droit à un recours subrogatoire arrêté, le texte revient sur les modalités que vont présider à leur imputation. L'article 1276 reprend l'esprit de l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985, suivant les mots choisis par la commission Terré dans son article 62, alinéa 1^{er}, et vient réaffirmer le principe de l'imputation poste par poste des prestations indemnitaires. Les alinéas 2 et 3, pour leur part, viennent affirmer la préférence pour la victime en cas d'insolvabilité du responsable et les conséquences de la faute de la victime.

L'alinéa 2 est ainsi relatif à l'hypothèse de l'insolvabilité du responsable et instaure un droit de préférence particulier de la victime ayant pour effet de faire supporter l'insolvabilité par le tiers payeur. En effet, le texte prévoit qu'elle est, dans ce cas, préférée au tiers payeur pour ce qui lui reste dû par le responsable. Ce texte est clairement fondé sur l'idée que la subrogation ne doit jamais nuire à la victime et que cette dernière doit – sauf faute grave – rester en dehors de la mise en œuvre du mécanisme⁸⁰. Ici, le texte vient donc rétablir la priorité au profit de la victime qui avait été remis en cause par la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la sécurité sociale pour 2007 laquelle avait instauré le privilège de la victime sur l'indemnité due par le tiers ou le fonds à concurrence du solde à charge. Ici, on voit l'influence de l'article 62, alinéa 3, du projet Terré qui remettait en cause, sur ce point, la logique du rapport Lambert-Faivre.

Pour sa part, l'alinéa 3, reformule le troisième alinéa de l'article 62 du projet Terré. Ici, le texte vient régler de façon innovante les rapports entre tiers payeur et victime ayant commis une faute. En effet, en application de la loi de 2006 précitée, la faute de la victime n'avait aucun impact sur son indemnisation et cela conduisait à une remise en cause du principe de réparation intégrale du préjudice au détriment des tiers payeurs. Ici, le texte permettrait que la faute de la victime ne s'applique qu'au différentiel entre son préjudice et les prestations sociales, évitant une sur-indemnisation sans toutefois lui être préjudiciable relativement à un dommage corporel. Cette voie médiane est la bienvenue car elle semble permettre de préserver les intérêts de chaque partie et de rendre de la cohérence à l'indemnisation. Néanmoins, il conviendra de prendre acte de cette nouvelle arithmétique relativement aux accidents du travail qui eux sont soumis à l'article L. 376-1 du Code de la sécurité sociale.

II- Propositions de modification

La rédaction de ces articles reprenant plus ou moins les dispositions de la loi relative aux accidents de la circulation, lesquelles ont fait leurs preuves, peu de modifications seront proposées. Néanmoins, il nous semble judicieux d'insérer, à l'alinéa 3 de l'article 1276, une phrase rappelant que le principe veut que la subrogation ne soit pas préjudiciable à la victime subrogeante.

⁸⁰ L'idée trouve également sa source dans une certaine hiérarchisation des intérêts en présence (ex : CSS, art. L. 452-3, alinéa dernier : l'organisme social fait l'avance de l'indemnisation de la victime et fait ensuite son affaire du recours contre l'employeur, de sorte que la victime n'a jamais à supporter une éventuelle insolvabilité de ce dernier).

Article 1273

Les sommes versées à la victime à des fins indemnitaires par les tiers payeurs ne donnent lieu à recours subrogatoire contre le responsable que dans les cas prévus par la loi.

Article 1274

Seules les prestations énumérées ci-après versées à la victime d'un dommage corporel ouvrent droit à un recours contre la personne tenue à réparation ou son assureur :

1. Les prestations versées par les organismes, établissements et services gérant un régime obligatoire de sécurité sociale ;
2. Les prestations énumérées au II de l'article 1er de l'ordonnance n° 59-76 du 7 janvier 1959 relative aux actions en réparation civile de l'État et de certaines autres personnes publiques ;
3. Les sommes versées en remboursement des frais de traitement médical et de rééducation ;
4. Les salaires et les accessoires du salaire maintenus par l'employeur pendant la période d'inactivité consécutive à l'événement qui a occasionné le dommage ;
5. Les indemnités journalières de maladie et les prestations d'invalidité versées par les groupements mutualistes régis par le code de la mutualité, les institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale ou le code rural et de la pêche maritime et les sociétés d'assurance régies par le code des assurances ;
6. Les prestations prévues à l'article L.245-1 du code de l'action sociale et des familles.

Article 1275

Les employeurs sont admis à poursuivre directement contre le responsable des dommages ou son assureur le remboursement des charges patronales afférentes aux rémunérations maintenues ou versées à la victime pendant la période d'indisponibilité de celle-ci. Ces dispositions sont applicables à l'État par dérogation aux dispositions de l'article 2 de l'ordonnance n° 59-76 du 7 janvier 1959 précitée.

Article 1276

Les prestations donnant lieu à recours s'imputent poste par poste sur les seules indemnités dues par le responsable pour les chefs de préjudice pris en charge par le tiers payeur, à l'exclusion des préjudices extrapatrimoniaux.

Dans le cas où l'insolvabilité du responsable empêcherait l'indemnisation intégrale de la victime, celle-ci sera préférée au tiers payeur pour ce qui lui reste dû par le responsable.

La subrogation ne peut nuire à la victime subrogeante, créancière de la créance d'indemnisation. La faute de la victime ne peut réduire son droit à indemnisation que sur la part de son préjudice qui n'a pas été réparée par les prestations du tiers payeur. Celui-ci a droit au reliquat de la dette mise à la charge du responsable.

Article 1277

Hormis les prestations mentionnées aux articles 1274 et 1275, aucun versement effectué au profit d'une victime en vertu d'une obligation légale, conventionnelle ou statutaire n'ouvre droit à une action contre la personne tenue à réparation du dommage ou son assureur.

Toutefois lorsqu'il est prévu par contrat, le recours subrogatoire de l'assureur qui a versé à la victime une avance sur indemnité du fait de l'accident peut être exercé contre l'assureur de la personne tenue à réparation dans la limite du solde subsistant après paiements aux tiers visés à

l'article 1274. Il doit être exercé, s'il y a lieu, dans les délais impartis par la loi aux tiers payeurs pour produire leurs créances.
Toute disposition contraire aux prescriptions des articles 1273 à 1276 est réputée non écrite à moins qu'elle ne soit plus favorable à la victime.

Article 1278

En cas d'atteinte à un bien corporel, l'indemnité sera de la plus faible des deux sommes représentant le coût de la remise en état et celui du remplacement du bien, sans qu'il soit tenu compte de sa vétusté.

Lorsque le bien ne peut être ni remis en état, ni remplacé, l'indemnité sera de la valeur qu'aurait eue le bien au jour de la décision, dans son état antérieur au dommage.

Si, à la demande de la victime, le bien endommagé n'est pas remis au responsable dans son état actuel, sa valeur résiduelle sera déduite de l'indemnité.

Article 1279

Le cas échéant, l'indemnité compense également la privation de jouissance du bien endommagé, les pertes d'exploitation ou tout autre préjudice.

Analyse

Codification des solutions jurisprudentielles – Avec ces deux articles, le projet soumis n'apporte pas de nouveauté fondamentale. Reprenant en intégralité les articles 65 et 66 du projet Terré – dont la rédaction varie des articles 1380 à 1380-2 du projet Catala mais dont les principes sont identiques – les articles article 1278 et 1279 viennent codifier la jurisprudence établie.

L'alinéa 1^{er} de l'article 1278 prévoit que le préjudice résultant d'un dommage matériel doit être réparé sans tenir compte de la vétusté. En effet, cette prohibition est dans la droite ligne de la jurisprudence qui exclut la prise en compte de la vétusté⁸¹. Celle-ci n'est alors jamais prise en compte dans l'indemnisation que cette dernière prenne la forme d'une remise en l'état du bien ou fasse l'objet d'un remplacement. La solution est classique car la Cour de cassation refuse tout abattement pour vétusté au motif que « *la déduction d'un coefficient de vétusté sur la valeur du bien ne replace pas le propriétaire dans la situation où il se serait trouvé si le fait dommageable ne s'était pas produit* ».

En outre, l'article rappelle que la victime ne saurait exiger une remise en état dont le coût serait supérieur à celui du remplacement du bien. Ainsi, à l'instar de la solution déjà retenue par les juridictions, celle-ci a droit à la somme la plus faible des deux entre la remise en état ou le remplacement. L'alinéa 2 prévoit que lorsque le bien ne peut être ni réparé, ni remplacé, l'indemnité que devra verser l'auteur sera égale à la valeur qu'aurait eu le bien au jour de la décision, dans son état antérieur au dommage. En outre, la victime qui souhaiterait conserver le bien endommagé verrait sa valeur résiduelle retranchée du montant de l'indemnisation (alinéa 3).

Enfin l'article 1279, reprenant l'article 66 du projet Terré, vient souligner que l'indemnisation de la victime d'un tel dommage doit également couvrir la privation de la jouissance du bien endommagé ainsi que les pertes d'exploitation ou tout autre préjudice.

⁸¹ Cass. 2^e civ., 9 avril 1963, D. 1963, p. 453, note Molinier ; Cass. ass. plén., 7 févr. 1986, RGAT 1988, p. 340, note J. Bigot ; Cass. 2^e civ., 13 janv. 1988, RGAT 1989, p. 345, note F. Chapuisat ; Cass. 3^e civ., 1^{er} déc. 2009, n° 08-18.296 ; Cass. crim, 24 févr. 2009, n° 08-83.956 ; ; Cass. 3^e civ., 12 janv. 2010, n° 08-19.224.

Il est à noter que si la rédaction choisie par le projet actuel est, sur ce point, celle opérée par le projet Terré, c'est l'esprit du projet Catala qui l'a emporté. La reprise *in extenso* des articles 65 et 66 (correspondant au contenu des articles 1380 à 1380-2 du projet Catala) ne doit pas faire oublier que l'actuel projet reste silencieux sur le préjudice d'affection résultant de la perte d'un bien (article 67 du projet Terré) que proposait d'adopter la commission présidée par le Professeur Terré. La doctrine s'était d'ailleurs montrée très réservée quant à l'adoption d'une telle disposition. Cette dernière n'a pas survécu dans l'actuel projet et cela nous semble heureux.

Ces règles de traitement n'appellent pas de critiques car elles constituent une codification à droit constant des solutions jurisprudentielles. Les solutions adoptées sont d'autant plus cohérentes que, dans ce domaine, c'est non la valeur d'échange qui est indemnisée mais la valeur d'usage et l'ensemble des préjudices liés à la perte ou à la dégradation du bien. La mise en œuvre de ces textes n'apportera donc aucun changement sur le traitement qui en est fait actuellement et qui bénéficie d'un certain consensus. Aussi, nous ne proposons pas de modification des articles 1278 et 1279 du projet.

Article 1285

Le conducteur ou le gardien d'un véhicule terrestre à moteur répond de plein droit du dommage causé par un accident de la circulation dans lequel son véhicule, ou une remorque ou semi-remorque, est impliqué.

Les dispositions de la présente section sont d'ordre public et sont seule applicables contre le conducteur ou le gardien d'un véhicule impliqué dans un accident de la circulation. Elles s'appliquent même lorsque la victime est transportée en vertu d'un contrat.

I – Analyse de l'article 1285

I.1. Alinéa 1^{er}

Curieusement l'article 1285 utilise l'expression « *de plein droit* » que l'on ne retrouve ni à l'article 1^{er} de la loi du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation (la « *Loi du 5 juillet 1985* »), ni dans l'Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription du 22 septembre 2005 (l'« *APRDO* »), ni dans la Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile du 9 juillet 2010 (la « *Proposition Bétéille* »).

Et pour cause, il est évident que la responsabilité du conducteur ou du gardien n'est pas subordonnée à la preuve d'une faute. De plus, la référence à la responsabilité « *de plein droit* » apparaît en matière de responsabilité du fait des choses (art. 1243) et de responsabilité du fait d'autrui (art. 1246, 1247, 1249), lesquelles admettent l'exonération totale par la force majeure (art. 1253). C'est dire que l'emploi de cette expression est ici non seulement inutile mais peut être même trompeuse.

Suivant la voie tracée par l'APRDO et la Proposition Bétéille, l'Avant-projet met fin à « *l'exception des chemins de fer et des tramways circulant sur des voies qui leur sont propres* »

Cette réforme s'impose pour deux raisons. En matière de transport ferroviaire, la distinction entre responsabilités contractuelle et délictuelle conduit à dissocier, sans raison valable, le sort des victimes. Et même si la jurisprudence actuelle est réticente à caractériser la force majeure, l'exonération partielle à raison de la faute de la victime est possible en matière de responsabilité délictuelle mais exclue en matière contractuelle (sur l'obligation de sécurité en matière de transport ferroviaire : Civ. 1^{re}, 13 mars 2008, pourvoi n° 05-12.551 ; Ch. mixte, 28 novembre 2008, pourvoi n° 06-12.307 ; comp. l'exonération partielle en matière de transport fluviale : Civ. 1^{re}, 16 avril 2015, pourvoi n° 14-13.440, et en matière délictuelle : Civ. 2^e, 15 décembre 2005, pourvoi n° 03-16.772).

La fin de cette exception s'impose de plus fort avec la disparition de l'obligation de sécurité consacrée par l'article 1233 de l'Avant-projet.

Par conséquent, l'article L. 211-2 du Code des assurances selon lequel « *les dispositions de l'article L. 211-1 ne sont pas applicables aux dommages causés par les chemins de fer (sic) et les tramways* » devra être abrogé.

II.2 Alinéa 2

Dès lors qu'il n'y a plus à distinguer entre responsabilité contractuelle et délictuelle en matière de dommage corporel (art. 1233), la précision selon laquelle les dispositions de la section 1 s'appliquent même lorsque la victime est transportée en vertu d'un contrat n'a d'intérêt qu'en cas de dommage matériel. De même, la précision du caractère d'ordre public

de ces dispositions n'a d'intérêt qu'en cas de dommage matériel puisque « *la responsabilité ne peut être limitée ou exclue par contrat en cas de dommage corporel* » (art. 1281, alinéa 2). Ne serait-il pas alors plus logique d'ajouter un dernier alinéa à l'article 1288 (dommage matériel) selon lequel ces dispositions sont d'ordre public et s'imposent à la victime transportée en vertu d'un contrat ?

Par ailleurs, le principe de l'exclusivité de la loi du 5 juillet 1985 est acquis en jurisprudence. Les conducteur et gardien ne peuvent ni se prévaloir de dispositions plus favorables, ni se voir appliquer un autre régime de responsabilité (par ex. Civ. 2^e, 11 juin 2009, pourvoi n° 08-14.224 ; Civ. 2^e, 21 juin 2001, pourvoi n° 99-15.732 ; Civ. 2^e, 24 juin 1998, pourvoi n° 96-20.284).

Pour autant, ce principe n'est pas absolu.

En particulier, le conducteur préposé bénéficie d'une immunité (Civ. 2^e, 28 mai 2009, pourvoi n° 08-13.310 ; Crim. 27 mai 2014, pourvoi n° 13-08.849). Et l'abus de fonctions du préposé est exclusif de la qualité de gardien du commettant (Civ. 2^e, 3 juillet 1991, pourvoi n° 90-13.302). De plus, lorsque la victime de l'accident de la circulation est salariée, le régime d'indemnisation des accidents de la circulation ne s'applique que dans les conditions prévues par l'article L. 455-1-1 du Code de la sécurité sociale (en dernier lieu, Civ. 2^e, 24 mars 2016, pourvoi n° 15-15.306). Enfin, le conducteur qui a indemnisé les dommages causés à un tiers exerce à l'encontre d'un autre conducteur une action récursoire fondée sur le droit commun (v. analyse sous l'art. 1288 ; par ex. Civ. 2^e, 8 juillet 2004, pourvoi n° 02-21.575 ; Civ. 2^e, 25 janvier 2007, pourvoi n° 06-12.106).

Par conséquent, poser ce principe dans la loi sans en préciser les exceptions ou tempéraments ne présente pas de véritable intérêt. Cette question devrait relever du seul office du juge.

Et ce, d'autant plus que l'Avant-projet se distingue de l'APRDO et de la Proposition Béteille en ne consacrant pas certaines jurisprudences établies.

Ainsi, l'Avant-projet ne fait aucune référence à l'absence de qualification d'accident de la circulation en cas d'accident causé par un véhicule terrestre à moteur (VTAM) immobile utilisé pour sa seule fonction étrangère au déplacement (comp. APRDO, art. 1385 ; Proposition Béteille, art. 1386-56).

Pour autant, ce choix nous semble justifié dès lors que cette jurisprudence n'est pas exempte de critiques (M.-L. Lambert-Piéri et P. Oudot, Rép. civ., *Responsabilité – Régime des accidents de la circulation*, n° 58 ; par ex. imposant la recherche de la cause de l'incendie du VTAM : Civ. 2^e, 13 septembre 2012, pourvoi n° 11-13.139 ; Civ. 2^e, 3 mai 2006, pourvoi n° 04-17.724 ; ou sur son caractère casuistique : Civ. 2^e, 9 juin 1993, pourvoi n° 91-12.452 ; Civ. 1^{re}, 4 avril 1995, pourvoi n° 91-17.011 ; Civ. 2^e, 8 mars 2001, pourvoi n° 98-17.678).

Au contraire, la loi pourrait exclure toute distinction selon que le dommage est causé via la fonction déplacement ou la fonction outil du VTAM.

S'agissant des jurisprudences relatives aux accidents complexes et aux accidents impliquant un seul VTAM, il ne paraît utile de les consacrer dans la loi sauf à vouloir alourdir celle-ci (*contra*, proposant une telle consécration : APRDO, art. 1385 ; Proposition Béteille, art. 1386-56). Le même raisonnement vaut pour le cas des concurrents lors d'une compétition sportive, pour les conséquences de la faute intentionnelle du conducteur ou encore pour la présomption d'imputabilité du dommage à l'accident.

II – Proposition de modification

Le conducteur ou le gardien d'un véhicule terrestre à moteur répond du dommage causé par un accident de la circulation [*même résultant d'une fonction du véhicule étrangère à son déplacement*], dans lequel son véhicule, ou une remorque ou semi-remorque, est impliqué.
Suppression du 2^e alinéa.

Article 1286

Les victimes ne peuvent se voir opposer le cas fortuit ou le fait d'un tiers même lorsqu'ils présentent les caractères de la force majeure.

Elles n'ont pas droit à réparation sur le fondement de la présente section lorsqu'elles ont volontairement recherché le dommage qu'elles ont subi.

I – Analyse

L'analyse de ces dispositions, pratiquement identiques à celles figurant à l'article 2 et à l'article 3, alinéa 3 de la Loi du 5 juillet 1985, également reprises par l'APRDO et la Proposition Béteille, présente peu d'intérêt.

Certes, sont seuls visés le cas fortuit et le fait d'un tiers. Mais l'article suivant précise bien que la faute de la victime est sans incidence, sauf faute inexcusable ayant été la cause exclusive de l'accident (FICEA). *Exit* donc la faute de la victime ayant les caractères de la force majeure.

Par ailleurs, il semblerait plus logique d'aborder la faute intentionnelle de la victime en même temps que la FICEA, comme l'ont fait l'APRDO et la Proposition Béteille.

Sauf à considérer comme évident que la notion d'accident de la circulation est exclusive de la recherche volontaire du dommage (aussi bien de la victime que du conducteur) et qu'ainsi le 2° alinéa de l'article 1286 pourrait être purement et simplement économisé (v. M.-L. Lambert-Piéri et P. Oudot, *art. préc.*, n° 36).

Enfin, la précision « *sur le fondement de la présente section* » est inutile et confuse. Que signifie-t-elle ? Qu'*a contrario*, en dehors de l'indemnisation des accidents de la circulation, la victime a un droit à réparation même si elle a commis une faute intentionnelle ? Ce n'est évidemment pas le cas (sur la qualification de force majeure en présence d'une faute intentionnelle de la victime : Ass. plén. 14 avril 2006, pourvoi n° 04-18.902).

II – Proposition de modification

Les victimes ne peuvent se voir opposer le cas fortuit ou le fait d'un tiers même lorsqu'ils présentent les caractères de la force majeure.

[Elles n'ont pas droit à réparation lorsqu'elles ont volontairement recherché le dommage qu'elles ont subi]. Suppression éventuelle.

Article 1287

En cas de dommage corporel, la faute de la victime est sans incidence sur son droit à réparation, à moins qu'il ne s'agisse d'une faute inexcusable ayant été la cause exclusive de l'accident.

Toutefois, les victimes âgées de moins de seize ans ou de plus de soixante-dix ans ou, quel que soit leur âge, titulaires, au moment de l'accident, d'un titre leur reconnaissant un taux de déficit fonctionnel permanent au moins égal à 80%, sont, dans tous les cas, indemnisées des dommages corporels.

I – Analyse de l'article 1287

I.1 Alinéa 1^{er}

Le sort des conducteurs victimes est aligné sur celui des victimes non conductrices (déjà en ce sens, v. l'APRDO et la Proposition Béteille).

Ce choix marque un net recul de la fonction punitive de la responsabilité civile face à l'idéologie de la réparation.

La réforme est essentielle et aura nécessairement des conséquences économiques importantes pour les assureurs et le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages.

La Cour de cassation ne devrait pas, sauf à vider la réforme de son sens, modifier la définition de la FICEA lorsqu'elle est reprochée à un conducteur victime.

En revanche, il serait justifié de retenir la FICEA lorsque le conducteur victime a commis une infraction routière grave. Les critères de la faute inexcusable seraient alors caractérisés (faute volontaire – exceptionnelle gravité – absence de raison valable – conscience du danger).

En revanche, il pourrait se révéler nécessaire d'assouplir la condition selon laquelle la faute inexcusable doit être la cause exclusive de l'accident (et non du dommage) afin qu'elle soit opposée au conducteur ayant eu un comportement particulièrement dangereux (franchissement d'une ligne continue et grand excès de vitesse) même si un autre conducteur a également commis une faute (simple excès de vitesse inférieur à 10 km/h) ou même si un cas fortuit a favorisé la réalisation de l'accident (plaque de verglas).

Enfin, même si l'effet exonératoire totale de la FICEA n'est guère discuté (en dernier lieu : Crim. 11 mars 2014, pourvoi n° 12-86.769), il pourrait être utile que la loi tranche cette question. Car l'effet exonératoire totale pourrait conduire à refuser tout droit à indemnisation à des conducteurs qui, en l'état du droit positif, bénéficiaient d'un droit à indemnisation partielle. Or, le but de la réforme n'est pas, à l'évidence, de réduire l'indemnisation des conducteurs. Toutefois, l'exonération totale est justifiée dès lors que la FICEA est caractérisée.

I.2 Alinéa 2

Comme le relevait Mme Viney, dans l'exposé des motifs de l'APRDO, « *l'interprétation très étroite que la Cour de cassation adopte aujourd'hui de la faute inexcusable de la victime rend inutile le maintien de la disposition concernant spécialement les enfants et les personnes âgées ou handicapées. Pour toutes les victimes, il paraît suffisant d'exiger la preuve de leur faute inexcusable afin de refuser ou de limiter leur indemnisation* » (p. 170).

Sauf quelques rares décisions contestables (par ex. Civ. 2^e, 7 juin 1989, *Bull. civ.* II, n° 120 refusant de tenir compte de l'état mental de la victime), la conception restrictive de la FICEA (en particulier l'exigence de la « *conscience du danger* ») devrait conduire à exclure systématiquement la qualification d'une telle faute à l'encontre des victimes visées au 2^e alinéa de l'article 1287.

Par conséquent, le 2^e alinéa de l'article 1287 peut être supprimé, comme l'avait préconisé l'APRDO et la Proposition Béteille et, en outre, sans que la loi n'ait à entériner la définition jurisprudentielle de la FICEA.

II – Proposition de modification

En cas de dommage corporel, la faute de la victime est sans incidence sur son droit à réparation, à moins qu'il ne s'agisse d'une faute inexcusable ayant été la cause exclusive de l'accident (*qui a pour effet d'entraîner la perte de son droit à indemnisation*). Ajout éventuel

Article 1288

En cas de dommage matériel, la faute de la victime a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation de ses préjudices lorsqu'elle a contribué à la réalisation du dommage.

L'exclusion de l'indemnisation doit être spécialement motivée par référence à la gravité de la faute.

Toutefois, les dommages causés à des fournitures ou appareils délivrés sur prescription médicale sont indemnisés selon les règles applicables au dommage corporel.

Lorsque le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur n'en est pas le propriétaire, la faute de ce conducteur peut être opposée au propriétaire pour l'indemnisation des dommages autres que corporels. Le propriétaire dispose d'un recours contre le conducteur.

I – Analyse

A l'instar de l'article 1385-3 de l'APRDO, l'article 1288, al. 2 introduit à la charge du juge une obligation de motiver spécialement l'exclusion de l'indemnisation par référence à la gravité de la faute.

A contrario, l'exclusion de l'indemnisation du dommage matériel ne peut ainsi être fondée que sur la gravité de la faute de la victime, sans considération de la faute d'un tiers (Civ. 2^e, 1^{er} février 1989, *Bull. civ.* II, n° 25) ou du comportement de l'autre conducteur (Civ. 2^e, 22 nov. 2012, pourvoi n° 11-25.489 ; Crim. 16 févr. 2016, pourvoi n° 15-80.705 ; Civ. 2^e, 3 mars 2016, pourvoi n° 15-14.285). Et, comme en droit positif, la faute de la victime doit, en toute hypothèse, être causale (Ass. plén., 6 avril 2007, pourvoi n° 05-15.950), même si ce caractère causal ne doit pas être pris en compte pour réduire ou exclure le droit à indemnisation à raison de la gravité de la faute (Ch. mixte, 28 mars 1997, pourvoi n° 93-11.078 ; Civ. 2^e, 17 mars 2011, pourvoi n° 10-16.197)

Enfin, l'exigence de motivation pourrait inciter la Cour de cassation à exercer un contrôle de qualification sur la faute exclusive de l'indemnisation du dommage matériel, alors que, en l'état de la jurisprudence, les juges du fond apprécient souverainement si la faute de la victime a pour effet de limiter son indemnisation ou de l'exclure (par ex. Civ. 2^e, 28 janvier 1998, pourvoi n° 96-15.017).

Par ailleurs, l'article 1288 dispose que la faute du conducteur peut être opposée au propriétaire du VTAM pour tous les dommages matériels, alors que, jusqu'à maintenant, seuls les dommages causés à son VTAM étaient visés. Et en effet, il n'y a aucune raison de distinguer les dommages causés au VTAM et les dommages causés aux biens que le propriétaire du VTAM aurait, par exemple, pu laisser dans son véhicule.

Enfin, on est surpris que l'article 1288 soit le dernier texte relatif aux accidents de la circulation. Où sont passées les victimes par ricochet (art. 6 de la Loi du 5 juillet 1985 ; APRDO, art. 1385-4 ; Proposition Béteille, art. 1386-60) ? Les tiers responsables de l'accident de la circulation sur le fondement du droit commun ? Et les recours entre conducteurs et gardiens (APRDO, art. 1385-5 ; Proposition Béteille, art. 1386-61) ?

N'est-il pas nécessaire de rappeler que la victime par ricochet peut se voir opposer la faute de la victime directe et ses propres fautes ? Que les débiteurs d'indemnisation sont responsables solidairement, de même que le tiers responsable sur le fondement du droit commun ? Et qu'ils disposent tous d'un recours subrogatoire ? Une réponse négative s'impose.

Car il est naturel que ces questions relèvent du droit commun (v. sur l'opposabilité de la faute de la victime à la victime par ricochet : art. 1256 ; sur la responsabilité solidaire des

coresponsables et la contribution à la dette : art. 1265). C'est, par exemple, en vertu de l'art. 1265 que le conducteur fautif supportera seul le poids définitif de la dette (Civ. 2^e, 10 avril 1991, pourvoi n° 89-21.158), qu'en cas de pluralité de fautes, le juge devra tenir compte de la gravité des fautes respectives (Civ. 2^e, 9 juin 1993, n° 91-20.675 ; Civ. 2^e, 14 février 2008, pourvoi n° 07-11.710 ; Civ. 2^e, 13 janvier 2011, pourvoi n° 09-71.196), ou encore que le *solvens*, tiers responsable d'un accident de la circulation, ne pourra invoquer à l'encontre du conducteur les articles 1285 et suivants (Civ. 2^e, 25 nov. 1987, *Bull. civ.*, II, n° 242). Dans ces conditions, il nous paraît encore plus contestable d'affirmer à l'article 1285, alinéa 2, que « *les dispositions de la présente section (...) sont seules applicables contre le conducteur ou le gardien* ».

En revanche, l'Avant-projet ne prévoit pas d'étendre au-delà du domaine des accidents de la circulation la jurisprudence qui, tout en excluant le recours en garantie du *solvens* contre le responsable proche de la victime directe ou des victimes par ricochet à raison du risque d'affectation du droit à indemnisation de ces dernières, admet ledit recours lorsque le responsable est assuré (Civ. 2^e, 17 juillet 1991, pourvoi n° 89-13.388 ; Civ. 2^e, 8 janvier 1992, pourvoi n° 90-18.414 ; Civ. 2^e, 2 février 1994, pourvoi n° 92-14.864 ; Civ. 1^{re}, 13 nov. 1996, pourvoi n° 94-16.476 ; v. les art. 1378-1 de l'APRDO et 1386-21 de la Proposition Béteille). De même, l'Avant-projet n'entérine pas la règle de l'exclusion du recours subrogatoire du *solvens*, ayant indemnisé la victime par ricochet, contre la victime directe (Civ. 2^e, 13 janv. 1988, *Bull. civ.* II, n° 13).

On peut regretter que ces solutions techniques ne soient reprises dans la loi. Mais, quoi qu'il en soit, les règles de contribution à la dette n'ont pas à figurer dans une section consacrée au fait des VTAM.

II – Proposition de modification

Trois premiers aliéas identiques.

Lorsque le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur n'en est pas le propriétaire, la faute de ce conducteur peut être opposée au propriétaire pour l'indemnisation des dommages autres que corporels (*qu'il a subis*). Le propriétaire dispose d'un recours contre le conducteur. (Ces dispositions sont d'ordre public et s'applique même lorsque la victime d'un dommage matériel est transportée en vertu d'un contrat). Ajout éventuel cf analyse sous l'art. 1285