HAL
open science

Entretien sur l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile

Charlotte de Cabarrus, Florence G'Sell, Sébastien Pimont

To cite this version:

Charlotte de Cabarrus, Florence G'Sell, Sébastien Pimont. Entretien sur l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile. Cahiers de droit de l'entreprise, 2017, 1, pp.9 - 17. hal-03471832

HAL Id: hal-03471832

https://sciencespo.hal.science/hal-03471832

Submitted on 9 Dec 2021

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.

Cahiers de droit de l'entreprise n° 1, Janvier 2017, entretien 1

Entretien sur l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile

Entretien AVEC Charlotte de Cabarrus
magistrate, chef du bureau du droit des obligations, ministère de la justice,

et Florence G'sell
professeur à l'université de lorraine,

et Sébastien Pimont
professeur des universités à sciences PO

Dans le prolongement de l'ordonnance du 10 février 2016 reformant le droit des contrats, le régime général et la preuve des obligations, le ministère de la Justice a rendu public le 29 avril 2016 un avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile qui a déjà fait l'objet d'une consultation publique. Même s'il ne pourra sans doute pas être adopté avant la prochaine législature, son contenu est important. Il préfigure peut-être ce que sera le droit de la responsabilité civile de demain... Charlotte de Cabarrus, Florence G'sell et Sébastien Pimont reviennent sur certains aspects de ce texte.

Avant d'entrer dans le détail de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, il est peut-être bon de le replacer dans un contexte général. La réforme du droit des obligations sera donc réalisée en deux temps et selon deux procédures législatives différentes : pour le droit des contrats et le régime des obligations, une ordonnance a été adoptée le 10 février 2016. S'agissant de la responsabilité civile, un projet de loi est à venir. Qu'est-ce qui a motivé un tel choix ? Et cela ne pose-t-il pas de difficultés techniques ?

Il a été décidé de procéder par ordonnance à la réforme du droit des contrats pour des raisons essentiellement pragmatiques : l'idée de déposer un projet de loi de 350 articles était assez illusoire, compte tenu de l'encombrement du calendrier parlementaire, alors que la réforme de la responsabilité ne contient qu'environ 80 articles. Et puis, le droit de la responsabilité civile soulève immédiatement un certain nombre de questions éminemment politiques, sociétales et même humaines - je pense évidemment au droit du dommage corporel.

Néanmoins, vu de l'extérieur, ces deux réformes semblent soeurs ; elles sont élaborées selon une même méthode, une méthode participative. Pouvez-vous nous en dire plus ?

Bio Express :

[#9652] Charlotte de Cabarrus

Charlotte de Cabarrus est magistrate et travaille au ministère de la Justice, où elle dirige le bureau du droit des obligations, chargé notamment d'élaborer les textes législatifs et réglementaires en droit des contrats, régime des obligations, responsabilité civile, sûretés et biens. Elle a exercé les fonctions de juge civil au tribunal de grande instance de Meaux pendant trois ans, avant de rejoindre la direction des affaires civiles et du sceau. Depuis plusieurs années, elle enseigne le droit civil à Sciences Po, dont elle est également diplômée.

Effectivement, elles ont été d'abord pensées en cohérence : un avant-projet de réforme du droit des obligations a été rédigé en son ensemble au sein du bureau du droit des obligations de la Direction des affaires civiles et du sceau. Concernant les difficultés techniques, nous avons été confrontés à des difficultés légistiques. Il a fallu faire un choix de structure : nous avons décidé de consacrer la responsabilité contractuelle comme « vrai concept », c'est-à-dire que nous considérons que les dommages et intérêts alloués en cas d'inexécution du contrat ne sont pas une simple exécution par équivalent monétaire du contrat, mais bien une indemnité destinée à réparer le préjudice résultant de l'inexécution. Cette conception implique un certain nombre de règles communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle, ces deux types de responsabilités reposant sur le même schéma, simple et compréhensible : un fait générateur - en matière contractuelle, l'inexécution du contrat -, un dommage, et un lien de causalité entre les deux. Par conséquent, nous avons fait le choix de reporter à la réforme de la responsabilité civile un certain nombre de questions qui nous paraissaient trop sensibles pour être traitées par ordonnance, comme la perte de chance ou le lien de causalité.

Sur la méthode participative, je souhaite rappeler que si la réforme du droit des obligations est issue de la Chancellerie, il s'agit en réalité d'un véritable travail collectif puisque nous nous sommes appuyés sur les travaux doctrinaux des Professeurs Catala et Terré, mais en tenant compte aussi des préoccupations des milieux économiques. La réforme du droit de la responsabilité ayant des incidences très fortes pour les droits des victimes, les associations ont été régulièrement entendues par la Chancellerie. À ce stade, nous avons rédigé une première version de l'avant-projet de réforme du droit des obligations, que le Garde des sceaux a soumis à une large consultation publique en février 2015, au lendemain du vote de la loi habilitant le Gouvernement à réformer le droit des contrats par ordonnance. Cette méthode ayant eu un grand succès - plus de 3000 pages de réponse pour le droit des contrats - nous avons pensé qu'il était intéressant de procéder de la même manière pour la responsabilité civile. Le succès, toutes proportions gardées, a été le même : 1 000 pages de contributions pour 80 articles ; une majorité émane bien sûr de l'Université, qui s'est appliquée à travailler très sérieusement sur ces avant-projets, mais nous avons également reçu des observations substantielles de représentants de victimes, des milieux économiques (entreprises et assureurs), ainsi que de praticiens du droit. L'ensemble de ces contributions a été entièrement analysé, et nous a permis incontestablement d'améliorer ce texte sur un plan technique.

La méthode participative a aussi permis de nourrir l'étude d'impact, qui est à présent une obligation constitutionnelle, et donc de mieux mesurer les enjeux de certaines propositions - en particulier, pour ce qui concerne la réparation du dommage corporel à la proposition de « décontractualisation » de l'obligation de sécurité. Certains sujets ont de forts enjeux politiques et économiques (comme les réformes de la loi Badinter sur la responsabilité du fait des accidents de la circulation), pour lesquels nous avons demandé des éléments concrets afin d'évaluer les impacts économiques - notamment en termes de prime d'assurance - de ces propositions très consensuelles à l'Université, communes aux avant-projets Catala et Terré. Du point de vue de la Chancellerie, il s'agirait d'une avancée très importante pour les victimes, mais ce sont des sujets qui seront soumis à la concertation interministérielle. Nous devons avoir une idée du coût pour la société et du bénéfice pour les victimes, pour que l'arbitrage de Matignon soit totalement éclairé.

On connaît la genèse de ce projet de réforme. Tout a commencé par l'impulsion donnée par la célébration du bicentenaire du Code civil qui a abouti à l'avant-projet dit « Catala », dont la partie relative à la responsabilité a été dirigée par Geneviève Viney. Puis, est venu l'avant-projet dirigé par François Terré qui a donné lieu, comme le précédent, à un grand nombre d'analyses et de commentaires. En 2012, un premier projet rédigé par la Chancellerie, qui s'était largement inspiré de l'avant-projet Catala, a circulé de manière informelle. On dispose désormais d'un texte finalisé avec, toujours, le sentiment, que l'avant-projet Catala a été déterminant pour les rédacteurs, même si l'on retrouve dans le texte des idées de l'avant-projet Terré. Qu'est-ce qui a déterminé votre choix ? Comment avez- vous tranché entre ces deux écoles difficilement conciliables ?

Il a souvent été dit que cet avant-projet est un projet de compromis, mais l'influence déterminante est celle de Madame Viney, c'est une évidence. D'abord du point de vue de la structure (le choix de traiter ensemble les responsabilités contractuelle et extracontractuelle), mais aussi du point de vue de l'orientation générale, de la philosophie du droit de la responsabilité, l'avant-projet Catala-Viney étant plus soucieux de la protection des victimes. L'avant-projet Terré paraît, quant à lui, plus soucieux de la prévisibilité du droit, mais c'est aussi une préoccupation très légitime que nous avons à l'esprit, parce que le droit de la responsabilité civile est indissociable du droit de l'assurance, qui repose par hypothèse sur la prévisibilité. Quoi qu'il en soit, sur certains points, comme par exemple l'absence de définition du lien de causalité, nous suivons l'avant-projet Catala-Viney pour laisser plus de souplesse au juge, qui, depuis 2 siècles, se montre plutôt raisonnable dans la création du droit de la responsabilité. Il s'agit de l'une des manifestations de la confiance faite au juge par l'avant-projet de la Chancellerie, tout comme le recours aux standards juridiques dans l'ordonnance portant réforme du droit des contrats.

On reproche parfois à l'avant-projet d'être purement technique, d'être un texte qui ne procéderait qu'à une consolidation de la jurisprudence et ferait sien quelques innovations doctrinales puisées ici ou là. À vous entendre, on a pourtant l'impression que l'avant-projet repose sur une philosophie assez claire et que la Chancellerie a procédé à des choix politiques.

Bio Express :

[#9652] Sébastien Pimont

Professeur de droit privé à l'École de Droit de Sciences Po, il est docteur de l'Université de Poitiers et ancien doyen de la Faculté de droit de l'Université de Savoie. Il est également l'auteur de nombreuses publications en droit des obligations.

Ce n'est pas seulement un projet technique : nous avons proposé des solutions au Garde des sceaux, qui a fait certains choix politiques. Il s'agit avant tout de concilier deux préoccupations : d'une part, la prévisibilité du droit, et, d'autre part, l'harmonisation et l'amélioration de l'indemnisation des victimes de dommage corporel. Sur ce point précis, il a pu être reproché au groupe de travail dirigé par le Professeur Terré d'avoir associé à l'élaboration de l'avant-projet des représentants des assureurs, mais aucune association de victimes. Or, au bureau du droit des obligations, nous sommes en contact permanent avec des praticiens spécialisés dans le droit du dommage corporel (juges, avocats, fonds d'indemnisation, assureurs). C'était une préoccupation fondamentale. Elle se retrouve dans la codification de dispositions de la loi Badinter, mais aussi de certaines règles plus techniques, mais néanmoins fondamentales pour les victimes : ainsi, de l'indexation de la rente sur un indice en lien avec la nature de la rente, afin que la victime puisse vivre dignement, payer l'assistance par une tierce personne tout au long de sa vie, malgré l'évolution du coût de la vie et du coût du Smic en particulier.

Un autre exemple, qui démontre aussi l'influence du regard des praticiens : l'application aux juridictions administratives

et judiciaires, ainsi qu'aux transactions, et donc aux fonds d'indemnisation, des règles relatives à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel. Cette proposition, qui ne figurait pas dans les projets doctrinaux, nous paraît être une avancée fondamentale pour les droits des victimes : si l'on a été victime d'une erreur médicale, il n'est pas acceptable que l'on ne soit pas indemnisé de la même façon, selon qu'on a été soigné dans un hôpital ou une clinique. ?

Vous avez évoqué les objectifs poursuivis. Ce qui m'a paru extrêmement intéressant à la lecture du texte, c'est que les différentes fonctions de la responsabilité civile y sont clairement consacrées. On retrouve la fonction indemnitaire de la responsabilité civile qui est traditionnellement présentée, mais le texte consacre désormais des fonctions que l'on évoquait jusqu'à présent de manière plus discrète, voire en s'appuyant sur des textes extérieurs au Code civil, tel le Code de procédure civile. Je pense notamment ici à la fonction préventive ou dissuasive de la responsabilité civile, mais on trouve également dans le texte cette fonction punitive dont on a énormément parlé dans les différents avant-projets, par exemple à propos des dommages-intérêts punitifs. La volonté d'affirmer ces différentes fonctions a-t-elle fait partie de votre démarche ?

Tout à fait. C'est le troisième objectif fondamental de cet avant-projet : renforcer la fonction préventive en renforçant la fonction sanctionnatrice de la responsabilité, qui nourrit la fonction préventive par un effet dissuasif. Cela se traduit par différentes propositions. Ainsi, reprenant l'avant-projet Catala, nous proposons que les dépenses préventives constituent un préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées. L'avant-projet prévoit aussi la consécration de l'obligation de minimiser son dommage, qui doit conduire aussi à prévenir l'aggravation des dommages, ou encore la consécration, issue de l'avant-projet Terré, de la distinction entre la cessation de l'illicite et la réparation du fait en nature (notamment, la première permet de tarir la source du dommage, et non pas seulement d'en réparer les conséquences). Autre exemple important, une innovation qui a fait parler d'elle, la proposition consacrée à l'amende civile en droit de la responsabilité civile.

Pourquoi n'avons-nous pas retenu les dommages-intérêts punitifs ou restitutoires ? À ce sujet, nous nous sommes éloignés des avant-projets doctrinaux en nous inspirant des dispositions du Code de commerce : ces dommages-intérêts s'éloignent de la culture juridique française, notre droit de la responsabilité civile étant fondé sur le principe de réparation intégrale ; nous ne voulions pas non plus inciter à la « judiciarisation » de la société. Néanmoins, nous souhaitions une sanction efficace, et les dommages-intérêts restitutoires ne nous paraissent pas suffisamment dissuasifs parce que, pour l'auteur d'une faute lucrative - c'est-à-dire celle que son auteur a intérêt à la commettre car il en tirera plus de profit que le coût d'une éventuelle condamnation à indemniser les victimes -, le fait de devoir restituer le seul profit, c'est simplement prendre le risque d'un jeu à somme nulle, et donc, en définitive, de ne prendre aucun risque. On aurait pu prévoir une condamnation à payer un multiple du profit réalisé, mais cette proposition pose des problèmes concrets : en cas de pluralité de victimes, comment répartir le profit réalisé, et comment faire lorsque les victimes n'agissent pas en même temps ? L'amende civile nous paraissait présenter l'avantage de respecter le principe de réparation intégrale, mais aussi de financer le Trésor public, et dans certaines hypothèses, de financer un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage commis, notamment en cas de scandales sanitaires. Ainsi, l'amende civile ouvre une voie intéressante entre la voie pénale purement sanctionnatrice et la voie civile classiquement centrée sur la réparation. Bien sûr, il faut que cette amende civile respecte elle aussi le principe de légalité des peines, puisque c'est une peine au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. De ce point de vue, la consultation aura été très utile, et il pourrait être envisagé de resserrer les critères prévus initialement, de limiter le champ d'application à la faute lucrative, et, peut-être aussi, l'exclure en matière contractuelle (d'autres outils, comme la clause pénale, permettent en effet aux parties d'anticiper et de sanctionner un comportement délibérément fautif), mais cette innovation, particulièrement sensible, sera bien évidemment soumise à la concertation interministérielle.

Il a été mis en évidence que les montants sont assez coquets...

Ces sommes étaient inspirées de l'article L. 442-6 du Code de commerce, mais elles pourraient effectivement être revues à la baisse.

Vous avez cité, Madame de Cabarrus, le devoir de minimiser son propre dommage. La jurisprudence de la Cour de cassation s'était prononcée sur cette question et l'avant-projet a choisi de consacrer un devoir de ne pas aggraver son dommage et de limiter son domaine d'application au droit des contrats. Peut-on revenir sur ce point ?

Je souhaite, tout d'abord, apporter une première précision : comme l'avant-projet propose de limiter cette règle au droit des contrats, ce texte doit se lire en lien avec la « décontractualisation » de l'obligation de sécurité, qui permet donc d'exclure les victimes de dommage corporel du champ d'application de cet article. L'avant-projet propose une première avancée en faveur de la consécration de ce concept de droit anglo-saxon, étranger à la culture française : la Cour de cassation a ainsi régulièrement affirmé que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable. La limitation à la matière contractuelle nous paraissait un prolongement cohérent de l'obligation de bonne foi et de loyauté entre cocontractants. Mais il est vrai que le devoir de minimisation de son dommage peut relever aussi d'un devoir plus général de diligence : ce devoir peut bénéficier à la société toute entière en se répercutant sur les primes d'assurance, car la responsabilité repose, pour une large part, sur le droit des assurances. Cette disposition pourrait donc évoluer, mais nous veillerons à ne pas imposer ce devoir aux victimes de dommage corporel. De ce point de vue là, il y avait deux options possibles : soit distinguer selon la nature des mesures qui peuvent être imposées à la victime pour qu'elle minimise son dommage (avant-projet Catala), soit selon la nature du dommage subi, donc y compris pour les préjudices patrimoniaux, et pas seulement les préjudices extra-patrimoniaux (avant-projet Terré). C'est plutôt vers ce choix que nous nous orientons, en considérant qu'une faveur doit être faite aux victimes de dommages corporels, qui, par hypothèse, sont fragilisées, y compris, parfois, pour prendre des décisions relatives à leur activité professionnelle par exemple. Vous évoquiez aussi, parmi nos choix, celui d'obliger seulement la victime à ne pas aggraver son dommage, et non pas à éviter sa survenance, ni même à le réduire : aller plus loin reviendrait à contredire le principe selon lequel celui qui cause à autrui un dommage dans des conditions qui engagent sa responsabilité est tenu de le réparer.

Bio Express :

[#9652] Florence G'sell

Florence G'sell est agrégée de droit privé et sciences criminelles et professeur à l'Université de Lorraine. Elle travaille principalement sur la responsabilité civile, les professions du droit et les nouvelles technologies.

Ajoutons qu'une telle mesure - ne pas aggraver son dommage - mérite d'être lue avec les dispositions de la réforme du droit des contrats, et notamment celles qui offrent à la victime de l'inexécution la faculté unilatérale de procéder à un remplacement ou à la résolution du contrat.

Effectivement. Il y a aussi, de ce point de vue, les règles relatives à la réparation en nature qui font écho aussi à ces textes sur le remplacement. Toutes ces mesures permettront d'anticiper une aggravation du dommage, et celles relatives à la minimisation devront être lues avec l'article 1237 sur les dépenses préventives. En effet, ces dépenses profiteront à la victime, mais aussi au responsable, en ce qu'elles limiteront le préjudice réparable. Il est donc logique que ces frais soient supportés par le responsable, et non par la victime.

Je voudrais glisser vers la question de l'impact de la faute de la victime. Vous avez fait des choix sur ce sujet. L'article 1255 exclut la prise en compte de la faute de la victime privée de discernement. De même, en présence d'un dommage corporel, seule la faute lourde de la victime peut conduire à une exonération du responsable. L'article 1254 précise d'ailleurs que la faute de la victime ayant contribué à la réalisation du dommage n'a

jamais qu'un effet exonératoire partiel. Pouvez-vous nous en dire plus ?

Sur la question de la faute de la victime privée de discernement, nous avons suivi les projets doctrinaux. La Cour de cassation avait, en effet, retenu une conception objective de la faute, que l'on propose de consacrer dans la définition de la faute proposée par l'avant-projet : elle a abandonné l'élément subjectif de la faute, c'est-à-dire qu'elle n'exige plus de l'auteur du dommage qu'il ait conscience de son acte, afin de rendre responsable les enfants en bas âge (tout comme les majeurs privés de discernement, en vertu de l'article 414-3 du Code civil), par faveur pour les victimes. Par souci de cohérence dans la définition de la faute, la Cour de cassation a également appliqué cette conception objective de la faute à celle commise par la victime, mais cette solution préjudiciable aux victimes paraît injuste : en effet, le caractère partiellement exonératoire de la faute de la victime relève davantage de la fonction de peine privée de la responsabilité civile que de sa fonction indemnitaire, et n'a donc pas de sens pour les personnes privées du discernement. L'avant-projet propose de revenir sur ce point précis. Concernant la faute de la victime d'un dommage corporel, nous avons ici suivi l'avant-projet Catala-Viney : c'est une des faveurs faites aux victimes de dommages corporels, l'intégrité physique et psychique étant au sommet de la hiérarchie des intérêts protégés par l'avant-projet, tout comme les projets doctrinaux d'ailleurs.

Vous avez évoqué, en commençant une question que nous avons effleurée à plusieurs reprises, la consécration de la « responsabilité contractuelle ». Cette question est fondamentale. Abstraction faite de considérations purement doctrinales, une telle consécration a en effet obligé à la confection de dispositions communes, qui marquent la structure de l'avant-projet ; elle a aussi conduit à préciser l'articulation entre le régime de la responsabilité contractuelle et celui de la responsabilité extracontractuelle. Peut-on revenir en quelques mots sur ce point ?

La consécration de la responsabilité contractuelle a un certain nombre de conséquences. Nous avons choisi de suivre l'avant-projet Catala-Viney, non seulement pour des raisons de simplicité que j'évoquais tout à l'heure (la structure commune entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle), mais aussi parce que les principaux défauts qui avaient été reprochés à la responsabilité contractuelle, notamment par le Professeur Philippe Rémy, nous paraissent pouvoir être résolus dans le cadre d'une réforme de la responsabilité civile : en effet, la découverte par la Cour de cassation de l'obligation de sécurité (et de ses divers degrés : de résultat ou de moyen, de résultat atténué ou de moyen renforcé) a compliqué le droit de la responsabilité civile, contribué à une confusion sur les frontières entre les deux régimes de responsabilité, et conduit à des différences de traitement parfois injustifiées entre victimes d'un même dommage, selon qu'elles sont ou non liées par un contrat à l'auteur du dommage. C'était bien l'un des défauts majeurs du système actuel qui nous paraît pouvoir être réglé, soit par une pure « décontractualisation » de l'obligation de sécurité (comme le proposait l'avant-projet sur le fondement de l'avant-projet Terré), soit en autorisant explicitement les victimes à invoquer des clauses contractuelles qui seraient expressément prévues au contrat et qui leur seraient plus favorables. Mais il me semble que même dans l'état actuel du texte, dès lors que, par principe, les clauses qui portent sur la responsabilité sont autorisées, et qu'elles sont exclues en matière de dommage corporel lorsqu'elles excluent ou limitent la responsabilité, on doit pouvoir considérer a contrario que des clauses expressément plus favorables sont valables. Un équilibre pourrait être atteint avec une clarification bénéfique de ces règles.

Par ailleurs, la consécration de la responsabilité contractuelle n'interdit bien évidemment pas de reconnaître des spécificités à la responsabilité contractuelle : la particularité du fait générateur (l'inexécution contractuelle) ; la force majeure (l'imprévisibilité ne s'appréciant pas au même moment en matière contractuelle et en matière extracontractuelle, il n'est donc pas question de remettre en cause le nouvel article 1218 du Code civil) ; le préjudice réparable (qui doit se limiter aux conséquences raisonnablement prévisibles lors de la conclusion du contrat).

Autre choix plus technique et plus discutable selon certains auteurs : le choix de ne pas limiter la réparation en nature à la seule responsabilité extracontractuelle. Il nous a semblé que la réparation en nature pouvait avoir sa place en matière contractuelle. Par exemple, si un mur mal conçu s'effondre sur une construction avoisinante appartenant au créancier. La reconstruction du mur peut être une mesure d'exécution forcée en nature du contrat, mais la condamnation de l'entrepreneur à exécuter les travaux de réparation du bâtiment adjacent est une mesure de réparation en nature. Mais, là aussi, les critères et les conditions posées par l'avant-projet seront harmonisés avec l'ordonnance réformant le droit des

contrats.

L'exigence d'harmonisation s'explique par le fait que les réformes sont successives : il y a d'abord eu celle du droit des contrats procédant à une reprise presque à mots constants des dispositions applicables à la responsabilité contractuelle, et aujourd'hui, il y a une réécriture de ces dispositions dans le cadre de l'avant-projet portant réforme de la responsabilité civile lato sensu (contractuelle comme extracontractuelle). Plus largement, une telle réécriture impose nécessairement un travail de détermination des frontières entre les deux ordres de responsabilité. Ce à quoi procèdent les dispositions préliminaires qui consacrent le principe de non-option, qui n'ouvrent que la voie extracontractuelle à la réparation des préjudices corporels et qui encadrent l'action des tiers se plaignant de l'inexécution du contrat en revenant notamment sur la jurisprudence Boot Shop de 2006. Il y a là, globalement, un système cohérent.

Ce souci de cohérence traverse l'ensemble de l'avant-projet, mais la consultation aura permis d'affiner encore ce travail. Pour revenir sur la question des tiers victimes d'une inexécution contractuelle, le projet pourrait évoluer. L'avant-projet Catala-Viney propose une option ouverte au tiers victime d'une inexécution contractuelle qui pourrait choisir, soit d'agir sur le fondement extracontractuel, mais à charge pour lui de démontrer que l'inexécution contractuelle constitue aussi un fait générateur de responsabilité extracontractuelle, soit d'agir sur le fondement contractuel, mais alors par cohérence, les clauses limitatives de responsabilité pourraient lui être opposées (contrairement, donc, à la jurisprudence Boot Shop). Lors de la consultation, certains contributeurs ont proposé de restreindre le champ d'application de cette option intéressante mais trop radicale. Le texte pourrait ainsi évoluer pour ouvrir l'action contractuelle aux seuls tiers qui auraient un intérêt légitime à la bonne exécution du contrat.

J'ai bien compris de quelle façon vous aviez combiné deux logiques difficilement conciliables. C'est cette « décontractualisation » du dommage corporel qui vous permet, dans le même temps, de rapprocher responsabilités extracontractuelle et contractuelle en consacrant des dispositions communes. On peut toutefois se demander jusqu'à quel point vous suivez ceux qui attribuent une même nature à ces deux responsabilités et les voient comme les deux faces d'une même médaille Dans le texte, la règle de non cumul est clairement consacrée à l'article 1233. De même, l'avant-projet prévoit que celui qui subit directement un dommage du fait de l'inexécution d'un contrat auquel il n'est pas partie ne peut en demander réparation au débiteur sur le fondement de la responsabilité délictuelle que si cette inexécution constitue en même temps un fait générateur de responsabilité extracontractuelle (article 1234). Une distinction de principe ressort clairement de ces dispositions. Je reste toutefois troublée par la cohérence de l'ensemble, et notamment, par la combinaison entre le choix de dispositions communes, d'une part, et celui d'exclure le dommage corporel du champ contractuel, d'autre part..

Cette proposition de « décontractualiser » l'obligation de sécurité peut paraître un peu trop radicale dans certaines hypothèses. Si une personne négocie un contrat et paye un prix pour obtenir une protection supérieure à celle qu'offre le droit commun de la responsabilité extracontractuelle (par exemple, pour placer sa grand-mère dans une maison de retraite et obtenir une garantie d'indemnisation en cas d'accident, même en l'absence de preuve de défaut de surveillance ou de l'intervention du fait d'une chose que l'on a sous sa garde), il ne faudrait pas que l'article 1233, qui est certes d'ordre public, soit interprété comme interdisant de telles stipulations plus favorables aux victimes de dommages corporels. Comme je l'indiquais tout à l'heure, les articles 1281 et suivants ne s'y opposent pas.

On comprend, à la lecture de l'ensemble du texte, qu'il soit muet sur la distinction traditionnelle entre obligation de moyen et obligation de résultat. Cependant, dans la mesure où l'inexécution contractuelle constitue le fait générateur de la responsabilité contractuelle, n'y aurait-il pas intérêt à en savoir un peu plus sur ce qu'est cette inexécution contractuelle et sur la façon dont on va l'établir ?

Nous n'avons ni supprimé, ni interdit cette distinction, qui a en effet une valeur suggestive en terme de charge de la preuve et qui continuera à être enseignée à l'université et utilisée par les praticiens. Mais, en réalité, cette distinction ne doit pas masquer qu'il appartient toujours au créancier d'une obligation contractuelle d'en déterminer les contours. Dans

la mesure où il n'existe pas de critères précis pour établir la distinction entre obligation de moyen et obligation de résultat (la découverte d'obligations intermédiaires ayant brouillé les frontières entre ces deux types d'obligation), et où nous proposons de supprimer son terrain d'élection - l'obligation de sécurité -, nous n'avons pas jugé utile de la consacrer dans la loi.

La distinction est doctrinale et elle peut le rester. Je voudrais m'arrêter un instant sur les dispositions des articles 1281 et suivants, c'est-à-dire sur les contrats portant sur la réparation d'un préjudice. Si on met de côté la réparation du préjudice corporel dans la mesure que vous avez bien voulu indiquer (l'impossibilité de l'exclure ou de la diminuer conventionnellement et la possibilité de l'augmenter, que le texte n'interdit pas), il est intéressant de voir que, dans certaines limites, est reconnue la validité des stipulations limitatives en matière de responsabilité extracontractuelle. Y a-t-il eu une discussion sur ce point ?

Ces articles ne font pas partie de ceux qui nous ont posé le plus de difficulté. L'idée de contrats qui portent sur la responsabilité extracontractuelle peut surprendre puisque, par hypothèse, la victime ne connaît pas l'auteur du dommage, mais nous avons identifié des arrêts (certes isolés) de la Cour de cassation qui ont reconnu la validité de tels contrats. Ainsi, des agriculteurs voisins peuvent s'entendre pour moduler la responsabilité du fait des choses si des dommages leur sont causés par leurs animaux respectifs (les animaux étant soumis à la responsabilité du fait des choses dans l'avant-projet). Nous avons repris de façon presque intégrale les propositions de l'avant-projet Catala, mais en réfléchissant sur la « décontractualisation » de l'obligation de sécurité, nous avons estimé que la portée de ces clauses devrait aller au-delà de la seule réparation pour englober la responsabilité civile, parce que des clauses sur les conditions de la responsabilité, ou encore sur la définition de la force majeure, sont possibles, dans les limites posées par les textes (c'est-à-dire hors réparation du dommage corporel et responsabilité pour faute). En outre, cette modification permettrait de mieux distinguer ce qui est d'ordre public et ce qui ne l'est pas, notamment par des interprétations a contrario. À cet égard, nous envisageons aussi d'ajouter un article dans la partie relative aux règles propres à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel, pour n'autoriser les clauses contraires à ces dispositions que si elles sont plus favorables aux victimes (étendant ainsi la portée de l'article 33, alinéa 2 de la loi Badinter).

Logiquement, le régime des clauses limitatives ou exclusives de réparation en matière contractuelle est aussi réglé par l'avant-projet. À propos de ces clauses, la réforme du droit des contrats avait déjà consolidé la jurisprudence Chronopost et ses suites (article 1170 issu de l'ordonnance). Fallait-il répéter ces dispositions (aux articles 1281 et suivants) ? N'étant pas rédigées de la même façon, forment-elles un ensemble cohérent ?

Les textes, qui étaient issus de l'avant-projet Catala, seront remaniés sur un plan technique, pour supprimer des rappels sur la connaissance de la clause qui pouvaient paraître inutiles ou ambigus, en ce que ce sont des règles relatives à la validité de tout contrat, et pour harmoniser totalement la rédaction de l'article 1283 avec celle de l'article 1170. On peut également discuter la pertinence du rappel de l'article 1170, mais les clauses limitatives de responsabilité sont le terrain d'élection de ce type de clauses, cela ne nous a pas paru injustifié. Ces choix seront peut-être revus devant le Conseil d'État.

Parlons maintenant, si vous le voulez bien, de la question de la réparation du préjudice corporel. Nous l'avons déjà évoqué, notamment à propos de l'articulation des régimes de responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Peut-être faut-il toutefois y revenir plus précisément. Consacrer un régime particulier à la réparation des préjudices corporels est en effet un choix politique notable affiché par la Chancellerie.

Cela fait partie des dispositions les plus fondamentales de cet avant-projet puisque celui-ci consiste, pour une large part, en une codification à droit constant. Ici, on introduit certaines règles qui ne pouvaient pas être introduites par la jurisprudence en raison des limites du pouvoir créateur de la Cour de cassation. Une fois n'est pas coutume, le Code civil devrait renvoyer à des règles de niveau règlementaire. La première innovation réside en ce premier article qui ouvre la sous-section relative aux règles particulières relatives à la réparation d'un préjudice corporel : comme je vous le disais, il s'agit de favoriser l'harmonisation de l'indemnisation de ces victimes en imposant des règles communes aux juges judiciaire et administratif, ainsi qu'aux transactions, ce qui inclut aussi les fonds d'indemnisation.

Une autre disposition interdit de déroger à ces règles à moins que des stipulations contractuelles soient plus favorables à la victime. Viennent ensuite des outils concrets qui permettent de faciliter l'évaluation du dommage corporel et l'harmonisation de sa réparation, par la consécration d'une nomenclature des postes de préjudice qui devrait reprendre pour une large part la nomenclature du groupe de travail dirigé par feu Jean-Pierre Dinthilac, avec des améliorations d'ordre technique, résultant de 10 années de pratique. Sont aussi consacrés un barème médical unique, ainsi qu'une base de données jurisprudentielles qui permettrait de soutenir et créer un référentiel indicatif et évolutif d'indemnisation des préjudices. Il s'agit de consacrer une pratique bien établie dans les juridictions : chaque juge fait application d'un référentiel qui ne le lie pas - ce serait contraire aux principes de réparation intégrale et d'indépendance des juridictions. Mais il nous a semblé intéressant d'officialiser cette pratique, pour harmoniser les pratiques des juridictions (et notamment, celles des juges judiciaires qui sont connus pour être plus « généreux » que les juges administratifs), mais aussi pour que les plaideurs puissent, le cas échéant, plaider contre ce référentiel, s'ils soutiennent que la situation particulière de telle victime est si particulière qu'elle justifie de sortir des fourchettes des sommes habituellement allouées par les juridictions. Il nous a également semblé fondamental de ne pas figer ces indemnisations : ces fourchettes doivent évoluer en même temps que les pratiques juridictionnelles, et donc en même temps que la société. Certains préjudices sont certes incommensurables (que vaut la perte d'un enfant ?), mais voilà plusieurs décennies que les juges allouent des sommes en réparation de ces préjudices, et il paraît essentiel d'assurer une cohérence au bénéfice de l'ensemble des victimes.

Autre outil intéressant : l'indexation des rentes qui peuvent être allouées. Nous proposons, là aussi, un principe d'indemnisation sous forme de rente, parce que des études ont démontré que, bien souvent, les sommes allouées en capital étaient très rapidement dilapidées par les victimes. Il ne s'agit pas de brider le principe de libre disposition des dommages-intérêts, par ailleurs consacré : il s'agit d'assurer aux victimes la possibilité de mener une vie décente tout au long de leur vie. Il y a évidemment des exceptions : lorsque le régleur et la victime sont d'accord, ou bien lorsque le juge motive spécialement sa décision - on pense, par exemple, à une rente d'un faible montant qui pourrait être capitalisée pour que la victime puisse lancer une nouvelle activité professionnelle, au lieu de percevoir une indemnisation au titre de sa perte de gain professionnel.

Une autre innovation très importante et très discutée, qui fera l'objet de débats interministériels importants, est la modification des règles sur le recours des tiers payeurs. Ce sont des règles aussi techniques que fondamentales afin d'assurer une égalité de traitement entre les victimes ; actuellement, la loi prévoit que le recours des tiers payeurs s'exerce poste de préjudices par poste de préjudices, et, en principe, sur les seuls postes de préjudice patrimoniaux, à moins que le tiers payeur ne démontre qu'il a effectivement et préalablement versé des prestations qui ont indemnisé des postes de préjudices extra-patrimoniaux. Or, la Cour de cassation et le Conseil d'État n'en font pas la même interprétation : selon qu'elle relève du juge administratif ou du juge judiciaire, la victime d'un même dommage verra ou non son indemnisation diminuée du montant de certaines prestations sociales. Dans la mesure où il est très complexe de créer une table de concordance entre, d'une part, les postes de préjudices de la nomenclature dite Dintilhac, et, d'autre part, les prestations sociales versées par les tiers payeurs, l'avant-projet de la Chancellerie fait un choix très radical en proposant simplement de supprimer la possibilité qu'ont les tiers payeurs d'exercer leur recours sur des postes de préjudices extra-patrimoniaux. Cela renforce les droits des victimes de dommage corporel ainsi que la cohérence entre les juridictions. Néanmoins, c'est une proposition qui a un impact sur les comptes sociaux et qui sera soumise à la concertation interministérielle.

Cette démarche a été saluée. La nomenclature Dintilhac, qui date de 2005, fait désormais autorité. Je voudrais souligner que ces dispositions relatives au dommage corporel figurent au sein d'un texte qui consacre véritablement la notion de préjudice. Le préjudice est défini à l'article 1235 qui mentionne les différents intérêts pouvant être lésés. L'avant-projet comporte une série de dispositions générales sur le préjudice comme, par exemple, la définition de la perte de chance (art. 1238). Tout cela est bienvenu et cohérent. Il y a tout de même un absent : le dommage. L'avant-projet fait apparaître une distinction qui n'était jusque-là pas clairement consacrée par les textes, à savoir la distinction entre dommage et préjudice. Cependant, on ne sait que peu de choses sur le dommage, qui n'est pas défini de façon approfondie. Les relations entre dommage et préjudice ne

sont pas plus développées.

On a entendu conserver la distinction entre dommage et préjudice en suivant les avant-projets Catala et Terré. Le lien entre ces deux notions me paraît résulter de l'article 1235 : est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage. Le préjudice est donc la conséquence d'un dommage, le dommage relevant de l'ordre des faits : c'est l'atteinte portée à la personne, à ses biens, etc. Le préjudice relève, quant à lui, de l'ordre du droit : c'est la conséquence de cette atteinte, et il est soumis à des critères juridiques pour être réparable (ainsi, l'intérêt lésé doit être licite). En retenant parmi les conditions de la responsabilité, le préjudice plutôt que le dommage, il s'agissait d'insister sur les conditions juridiques qui encadrent la réparation. Mais il va de soi qu'il faut un dommage, puisque le préjudice résulte de celui-ci. Parmi les conditions de la responsabilité figure donc le dommage, mais les deux sont nécessaires. C'est une distinction à la fois très conceptuelle et très concrète : elle est pratiquée très fréquemment par les praticiens du droit du dommage corporel (elle structure la nomenclature Dintilhac), mais aussi du droit environnemental, en témoigne la loi dite « Biodiversité » qui n'a pas créé un régime de responsabilité mais bien un ensemble de règles relatives à la réparation du « préjudice écologique pur ». Cette distinction préjudice-dommage est fondamentale pour désigner précisément le préjudice dont il est question.

On a donc un dommage causé, un lien de causalité entre le fait générateur et le dommage, mais aussi, un préjudice qui résulte de ce dommage causé, donc un lien de cause à effet entre le dommage et le préjudice... C'est un raisonnement en plusieurs étapes ?

Parfois le dommage peut être antérieur aux préjudices qui se révèleront après un certain temps, comme en matière environnementale. C'est pourquoi le dommage ne disparaît pas des textes de la responsabilité civile.

Incontestablement, avec la distinction dommage-préjudice, l'avant-projet procède à une conceptualisation de la matière. Une telle montée de la substance conceptuelle est encore visible lorsqu'il est fait usage de la notion d'imputation. Ainsi, l'avant-projet traite de l'imputation du dommage causé par autrui plutôt que du fait d'autrui en tant que fait générateur de responsabilité civile.

Bien que le texte ait été fortement influencé par l'avant-projet Catala, l'idée de l'imputation du dommage causé par autrui provient de l'avant-projet Terré. Cette présentation souligne qu'il n'y a pas, chez la personne responsable, de fait générateur qu'on puisse lui attribuer : elle répond simplement d'un fait générateur commis par autrui. Pour le dire autrement, il n'y a pas, en tant que tel, de fait générateur de responsabilité du fait d'autrui, il y a simplement un fait générateur de responsabilité, qui va conduire à engager la responsabilité de celui qui doit civilement répondre du fait d'autrui.

Notre souci était effectivement de ne pas faire un code savant, et, en même temps, de garder une certaine rigueur conceptuelle. Cette notion de dommage imputé à autrui implique de modifier la façon classique de présenter la responsabilité du fait d'autrui, mais elle permet d'insister sur ce qui caractérise ces cas de responsabilité : pour être responsable du dommage causé par une autre personne, il faut que celle-ci ait commis un fait de nature à engager sa propre responsabilité. Cette façon de penser nous paraît de nature à clarifier et à mettre l'accent sur ce qui caractérise ces types de responsabilité. L'imputation apparaît aussi au détour du lien de causalité, mais nous n'en faisons pas une quatrième condition de la responsabilité civile parce qu'il s'agit d'une notion assez subtile qui risque plus de complexifier les règles que de les éclairer.

Afin de conclure notre entretien, je me tourne vers Florence G'sell pour lui demander de livrer une appréciation générale sur le texte.

Le ministre de la Justice a présenté cet avant-projet en soulignant ses objectifs d'accessibilité, de clarté, de prévisibilité. Il serait difficile de nier que ces objectifs ont été atteints. Le texte opère, dans l'ensemble une codification à droit constant, qui était plus que bienvenue, d'autant que les sources de la responsabilité civile étaient dispersées, ce qui était préjudiciable à l'intelligibilité de notre droit. Il est toutefois possible de formuler quelques remarques critiques. D'une

part, et c'est là peut-être un aspect véniel, on ne trouve plus dans ce texte, ces grands principes, ces grandes formules générales auxquels nous étions attachés. Rien de comparable à l'ancien article 1382 du Code civil (article 1240 actuel) ! D'autre part, un certain nombre de notions ne sont pas précisées. Vous avez expliqué l'absence de toute évocation de la distinction obligation de résultat et obligation de moyen, mais on peut peut-être regretter de n'en savoir pas plus sur le dommage et le lien de causalité. Rien non plus sur la responsabilité des personnes morales, par exemple, ou sur les caractéristiques du préjudice par ricochet. Enfin, il est permis de s'interroger sur la logique générale du texte en ce qui concerne l'articulation entre responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Vous l'avez parfaitement justifiée, mais l'on peut toutefois rester indécis face à cette combinaison entre deux perspectives aussi différentes que celles des avant-projets Catala et Terré.

Une dernière question s'impose. Quel est l'avenir proche du texte ? Quelles sont ses chances d'adoption ?

Lors du lancement de la consultation publique, le Garde des sceaux avait annoncé un projet de loi adopté en conseil des ministres au premier trimestre 2017. Quoiqu'il en soit, il est certain que le texte ne pourra pas être adopté avant la prochaine législature. On peut se poser la question de l'avenir d'un tel texte en cas de changement de majorité, mais il faut se rappeler que la nécessité d'un tel texte n'est contestée par personne. En effet, le droit de la responsabilité civile résulte d'une construction jurisprudentielle très riche et très ancienne, mais peu lisible et peu accessible. Et puis la jurisprudence ne peut pas tout : certaines réformes ne peuvent résulter que du législateur, qui a seul la légitimité de les adopter. Le consensus sur le principe de la réforme est très net, et la majorité qui sera au pouvoir dans quelques mois ne devrait pas remettre en question cette décision de principe, rendue d'autant plus nécessaire par l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats. Certaines propositions relatives à l'indemnisation du dommage corporel reprennent des propositions du député Guy Lefrand, qui avait été adoptée à l'unanimité par l'Assemblée nationale en 2010 sont de nature à emporter l'adhésion du Parlement, indépendamment de la couleur politique de la majorité. Quoiqu'il en soit, l'année 2017 devrait être celle du lancement des travaux parlementaires sur la réforme de la responsabilité civile : c'est une très belle réforme à défendre pour un ministre de la Justice, en ce qu'elle comporte des enjeux de société fondamentaux et concerne directement chacun de nos concitoyens.