

Paris, le 25 juin 2019

Observations sur la réforme du droit de la responsabilité civile devant la mission d'information de la Commission des lois du Sénat

La mission d'information créée par la Commission des lois du Sénat a pour base de travail le projet de réforme de la responsabilité civile présenté en mars 2017 par l'ancien garde des Sceaux Jean-Jacques Urvoas. Ce projet de réforme fait suite à une large consultation publique relative à l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile et a pour objectifs, notamment, de fixer les règles communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle et d'organiser l'articulation entre ces deux régimes.

Selon les termes du discours de présentation du garde des Sceaux, la protection et l'indemnisation de la victime sont placés « au sommet de la hiérarchie des intérêts protégés ». Le projet ne se contente donc pas de codifier la jurisprudence issue de l'application des cinq articles du code civil consacrés à la responsabilité extracontractuelle ainsi que des régimes spéciaux.

Le plan adopté par le texte est de nature à simplifier l'appréhension de la matière. Il se décompose de la manière suivante :

- un chapitre préliminaire exposant l'articulation entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle
- les conditions de la responsabilité
- la responsabilité extra contractuelle
- les causes d'exonération ou d'exclusion de la responsabilité

- les effets de la responsabilité
- les clauses portant sur la responsabilité
- les principaux régimes spéciaux de responsabilité

Sous couvert d'un texte technique, les choix effectués traduisent en fait des philosophies extrêmement différentes. S'opposent des conceptions qui sont défendues d'une part par des associations de victimes (notamment en matière de sécurité routière) et d'autre part par les compagnies d'assurances, toujours soucieuses de limiter les indemnisations mais surtout de rendre leur montant prévisible, le recours au juge étant considéré comme un aléa difficilement supportable dans un univers dominé par les calculs actuariels.

Globalement, ce texte sanctuarise le droit des victimes à obtenir une indemnisation de leur préjudice, d'autant que la généralisation de l'assurance obligatoire permet une mutualisation du risque et ne repose plus que de manière marginale sur l'auteur du dommage. Néanmoins toutes les nouvelles dispositions ne sont pas favorables aux victimes, d'autres enjeux ayant manifestement conduit à des arbitrages qui leurs sont défavorables.

Le projet soumis à la consultation manque d'ambition en ce qu'il a choisi de ne pas énoncer les grands principes qui fondent notre droit de la responsabilité civile : il s'agit essentiellement de reformulation, dans une langue certes plus actuelle, et de l'introduction dans le code civil de règles consacrées par la jurisprudence et des dispositions de la loi Badinter du 5 juillet 1985. Pourtant, le texte fait des choix inédits souvent critiquables.

Dispositions liminaires

Le non cumul des responsabilités à l'exception du dommage corporel

L'article 1233 du projet prévoit que les parties ne pourront opter pour les règles de la responsabilité extracontractuelle si le dommage résulte de l'inexécution d'une obligation contractuelle. Il entérine ainsi la solution jurisprudentielle. La formulation de cet article en termes d'interdiction du recours à la responsabilité extracontractuelle laisse toutefois entendre que cette responsabilité est toujours sous-jacente. En outre, l'article 1283 qui dispose qu'en matière extracontractuelle on ne peut exclure ou limiter la responsabilité pour faute, pourrait supposer que cette responsabilité serait d'ordre public, ce qui est difficilement conciliable avec son exclusion pour les parties à un contrat. Dès lors, une formulation positive et simplifiée eut été préférable.

Le texte prévoit cependant dans un article autonome (et non plus un alinéa supplémentaire, ce qui est à saluer) que « Les préjudices résultant d'un dommage corporel sont réparés sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'ils seraient causés à l'occasion de l'exécution du contrat. » Cette disposition est évidemment favorable pour les victimes qui ne pourront se voir opposer des plafonds de garanties, quelle que soit l'origine du

dommage. Les assureurs ont obtenu en revanche que la prévisibilité du montant de l'indemnisation soit renforcée par les dispositions relatives à l'indemnisation examinées ci-après.

Toutefois, cette disposition comporte deux écueils :

- Si la victime d'un dommage corporel peut invoquer les stipulations expresses du contrat plus favorables que l'application des règles de la responsabilité extracontractuelle, les contrats prévoyant de telles clauses protectrices de l'intégrité physique du créancier sont rares ; la portée de cette exception apparemment très favorable aux victimes risque fort d'être limitée.
- Le créancier victime d'un dommage corporel causé à l'occasion de l'exécution d'un contrat ne pourra pas demander réparation à son débiteur lorsque celui-ci aura fait exécuter le contrat par un tiers non préposé, comme par exemple dans les cas de mise à disposition ou plus généralement de recours à un auto-entrepreneur. En effet dans ce cas, la responsabilité du fait d'autrui dans sa nouvelle acception (art 1249 du projet de loi) ne s'appliquera pas. Or, le contexte économique actuel tend au développement de ce type de proto-salariat ou d' « ubérisation » qui devrait imposer de prévoir un nouveau cas de responsabilité du fait d'autrui lorsqu'un dommage corporel est causé par un tiers qui s'est substitué au débiteur dans l'exécution du contrat.

Le tiers victime d'une inexécution contractuelle

L'article 1234 prévoit que le tiers victime d'une inexécution contractuelle ne pourra demander réparation que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle.

Cette disposition met fin à la règle jurisprudentielle issue de l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 6 octobre 2006 (n° 05-13,255) qui avait jugé que « *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* ».

Si cette solution était critiquée par une partie de la doctrine, elle était favorable aux victimes puisqu'elle faisait du manquement contractuel nécessairement un fait illicite, fondement de la responsabilité au bénéfice du tiers.

La nouvelle disposition sera source de débats et dès lors d'insécurité juridique quant à la détermination du caractère identique du manquement contractuel à un fait illicite. Elle risque également de limiter les appels en garantie d'une société à l'encontre d'une autre à laquelle elle n'est pas liée par contrat.

Une autre difficulté réside dans l'alinéa suivant qui comporte une exception à cette règle pour les tiers « ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat ». En effet, cela revient à considérer que certains tiers peuvent se voir conférer la qualité de créancier et pourraient même opter entre les deux régimes de

responsabilité selon qu'ils parviennent à apporter la preuve d'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II (recours à la responsabilité extra contractuelle) ou non (cas du manquement contractuel). La notion de tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution du contrat n'est par ailleurs pas définie précisément et sera donc de toute évidence source d'insécurité juridique.

Les conditions de la responsabilité

La fonction préventive du droit de la responsabilité renforcée

L'article 1237 dispose que les dépenses exposées par le demandeur pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour éviter son aggravation constituent un préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées.

Ce renfort de la fonction préventive du droit de la responsabilité est satisfaisant mais là encore, son application risque d'être compliquée par l'usage de la notion floue de dépenses « raisonnablement » engagées.

En fait, le texte ne parvient manifestement pas à faire le choix entre la prévention, qui doit être favorisée, et la volonté de limiter l'indemnisation par l'auteur et donc son assureur. Cette hésitation sera, au moins dans un premier temps, nécessairement facteur d'insécurité juridique dans l'application du texte par la jurisprudence.

La responsabilité collective

L'article 1240 dispose que lorsqu'un dommage corporel est causé par une personne indéterminée parmi des personnes identifiées agissant de concert ou exerçant une activité similaire, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé.

Il convient de rappeler que la responsabilité civile collective a été déjà évoquée dans le cadre du débat relatif à la proposition de loi « anti-casseurs » présentée par le sénateur Retailleau et qui a donné lieu à l'adoption de la loi du 11 avril 2019. On y retrouve la volonté de sanctionner financièrement si ce n'est pénalement des personnes qui feraient partie d'un groupe et dont la responsabilité civile individuelle ne peut pas être retenue. L'actualité permet donc de penser qu'une telle disposition pourrait être instrumentalisée à des fins politiques.

Le critère d'action « de concert ou exerçant une activité similaire » paraît extrêmement large, alors que par principe, la responsabilité doit être individuelle. La limite permettant à la personne visée d'échapper à ce mécanisme de responsabilité collective apparaît très virtuelle, la preuve formelle d'une démonstration « qu'il ne peut l'avoir causé » (le préjudice) étant par définition souvent impossible à rapporter dans le cas de scènes collectives confuses, si bien que malgré la lettre du texte, la présomption serait généralement irréfragable de fait, et la responsabilité collective automatique.

D'ailleurs, le rapport Terré déposé en 2012, qui avait déjà examiné un projet de création d'une responsabilité collective, avait conclu à l'abandon d'un tel dispositif en

précisant à cet égard que le critère retenu (groupe de personnes agissant de concert) était « tout à la fois inopérant pour en circonscrire le domaine et insuffisant pour protéger les libertés fondamentales ».

Le Syndicat de la magistrature est très défavorable à l'instauration d'une telle responsabilité collective. Il souligne que la logique qui la sous-tend (« si ce n'est toi, c'est donc ton frère ») est bien peu démocratique dans son principe et entre selon toute vraisemblance en contradiction avec les règles constitutionnelles et les engagements internationaux de la France.

L'alinéa 2 qui ne figurait pas à l'avant-projet de loi vient préciser la contribution à la dette des débiteurs, ce qui permet de préciser le dispositif et d'améliorer la sécurité juridique.

La faute

L'article 1241 selon lequel « On est responsable du dommage causé par sa faute » est complété par une définition de la faute dans l'article 1242 (« Constitue une faute la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence »). Ces dispositions suppriment la notion de quasi-faute, la notion générale de faute l'englobant désormais. Le projet opte pour la conception objective de la faute.

Cette suppression, ainsi que le caractère objectif retenu, sont de nature à simplifier sa définition.

En revanche, l'absence de référence au règlement est susceptible de prêter à confusion et est donc source d'insécurité juridique. Malgré le caractère très large du « devoir général de prudence ou de diligence », on peut voir dans cette omission un vide juridique très regrettable.

Le fait des choses

Le texte de l'article 1243 consacre le principe jurisprudentiel de la responsabilité de plein droit du fait des choses, ainsi que la présomption simple que le propriétaire de la chose en est le gardien. Il fait donc le choix, malgré l'existence de régimes spéciaux de responsabilité du fait des choses, de conserver un principe général. Cette option paraît plus prudente et plus protectrice des victimes dès lors que, par définition, les régimes spéciaux ne peuvent pas recouvrir toutes les situations.

Les troubles anormaux de voisinage

La responsabilité pour troubles anormaux de voisinage est une création prétorienne. Le texte l'intègre dans le code civil. Si la sécurisation de cette responsabilité est bienvenue, l'usage du terme de « mesures raisonnables » pouvant être ordonnées par le juge pour faire cesser le trouble », est critiquable. En effet, il est donné au juge la possibilité, lorsqu'une activité dommageable ayant provoqué un trouble anormal du voisinage a été autorisée par voie administrative indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, de prescrire les mesures raisonnables

propres à faire cesser le trouble illicite. On se place dans la situation où le préjudice n'est pas consolidé puisque le trouble n'a pas cessé.

Si ce nouvel office du juge, qui n'est qu'une possibilité, contrairement à l'un des avant-projets de réforme précédent, paraît intéressant et utile, sa mise en œuvre risque d'être compliquée et contraire à la sécurité juridique pourtant recherchée. En effet, les termes de « mesure raisonnable » sont peu précis et sujets à interprétation. Les parties ne pourront pas la déterminer à l'avance. Une importante casuistique se développera assurément. Cette exigence d'un caractère raisonnable réduit ainsi le nouvel office du juge, sans améliorer la prévisibilité.

Il est regrettable qu'alors que la fonction préventive du juge est introduite dans le droit de la responsabilité, et ce conformément à l'intérêt des victimes, le texte soit rédigé de telle manière qu'il suscite de nouvelles difficultés d'interprétation qui en limiteront l'utilité.

La responsabilité du fait des enfants mineurs

Les dispositions du projet de loi ont le mérite de clarifier le régime de responsabilité lorsqu'un enfant mineur est placé par décision du juge des enfants ainsi que le cas des parents séparés puisque la responsabilité repose sur le critère de l'autorité parentale.

La responsabilité du fait d'autrui

Une fois encore, le texte consacre la jurisprudence. Mais il fait le choix de ne pas poser de principe de responsabilité générale du fait d'autrui puisque l'article 1245 énonce qu'« on est responsable du dommage causé par autrui dans les cas et aux conditions posées par les articles 1246 et 1249 ». Ces articles établissent une liste limitative.

Ainsi le projet renonce à toute création jurisprudentielle future sur la question. Si cette option préserve la sécurité juridique, elle peut se révéler préjudiciable pour de futures victimes de cas de responsabilité du fait d'autrui non prévue par les nouvelles dispositions, notamment celle évoquée précédemment du cas de délégation de l'exécution d'un contrat à un auto-entrepreneur.

Le texte harmonise les différents cas de responsabilité en exigeant dans tous les cas la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage, mettant fin à la distinction en cours entre la responsabilité du fait d'un mineur et les autres responsabilités du fait d'autrui. Cette harmonisation est bienvenue.

Les causes d'exclusion de la responsabilité

L'article 1257 du projet renvoie aux articles 122-4 à 122-7 du code pénal pour énoncer, les causes d'exclusion de la responsabilité civile. D'un point de vue formel, une énumération eût bénéficié de plus de clarté.

Sur le fond, le Syndicat de la magistrature dénonce la confusion qui résulte de l'introduction d'une notion éminemment pénale, la légitime défense, dans un mécanisme de responsabilité civile.

Les critères actuels d'exclusion suffisent, sans introduire celui de la légitime défense. En outre, une difficulté résultera du risque de contradictions entre les décisions de la chambre criminelle et des chambres civiles de la Cour de cassation, contradictions qui ne manqueront pas de survenir suite à l'introduction de cette disposition dans le code civil.

Le texte, gardant son cap, fait par ailleurs un sort particulier à l'indemnisation du dommage corporel. Il prévoit en effet que pour ce type de dommage, seule la faute lourde peut entraîner l'exonération partielle. Cette différenciation avec les autres dommages paraît légitime.

Responsabilité *in solidum* / solidaire

Le projet met fin dans l'article 1265 aux distinctions entre responsabilité solidaire et responsabilité *in solidum* dont les règles étaient peu claires pour les justiciables et les professionnels. Le Syndicat de la magistrature salue cette clarification. La distinction entre obligation (alinéa 1) et contribution (alinéa 2) à la dette, est également clarifiée tout en prévoyant une règle de répartition par défaut.

La cessation de l'illicite

L'article 1266 relatif à la cessation de l'illicite reprend la faculté du juge de prescrire des « mesures raisonnables propres à prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur ». Outre les observations d'ores et déjà formulées, cette disposition, déplacée de la partie préliminaire dans l'avant-projet de loi à cette sous-section, présente une autre difficulté : contrairement à l'avant-projet, le projet de loi ne cantonne pas cette faculté au cas où le risque de dommage trouverait sa source dans un fait ou une situation illicite. Il y a donc là un important risque pour les activités licites de se voir interrompues de manière préventive par le juge

L'amende civile

L'article 1266-1 du projet prévoit la possibilité pour le juge, en cas de faute commise délibérément en vue d'obtenir un gain ou une économie, de condamner l'auteur d'un dommage par une décision spécialement motivée à une amende civile. Le montant de cette amende ne peut être supérieur au décuple du profit réalisé. Elle est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de son auteur ou aux profits retirés. Si le responsable est une personne morale, elle peut atteindre 5% du chiffre d'affaires hors taxe le plus élevé réalisé au cours d'une des exercices clos depuis l'exercice précédent celui au cours duquel la faute aura été commise. L'amende est affectée à un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou à défaut au Trésor public.

C'est manifestement la sanction de « la faute lucrative » qui est recherchée. Elle est définie comme celle qui, malgré les dommages et intérêts accordés à la victime, évalués strictement sur la base du préjudice subi, reste suffisamment lucrative pour que l'auteur ne soit pas dissuadé de la commettre à nouveau.

Le texte qualifie ce dispositif d'« amende civile ». Cette appellation est source de confusion puisque l'amende civile existe déjà dans notre droit positif mais vise un autre mécanisme. En effet l'article 32-1 du code de procédure civile dispose que « *celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés* ».

Le dispositif prévu par l'article 1266-1 se distingue des dommages-intérêts punitifs dénoncés par le Syndicat de la magistrature lors de la rédaction du rapport Catala.

Il a l'avantage de préserver le principe de la réparation intégrale du préjudice.

La formulation est toutefois particulièrement large et permet de penser que toute faute (dont la définition est elle aussi très large selon l'article 1242 du projet de loi), ayant entraîné un dommage, et commise avec une intention lucrative, sera susceptible de donner lieu à une amende civile. C'est donc principalement l'intention lucrative qui est sanctionnée, ce qui peut surprendre au regard des principes du droit de la responsabilité civile français fondé sur la faute

Car il s'agit bien là d'une sanction et c'est là le plus gros défaut de ce dispositif : il crée une confusion entre le champ civil et le champ pénal, entre la notion de réparation d'un préjudice et celle de sanction pénale. Contrairement au procès pénal, l'instance civile n'a pas vocation à punir l'auteur.

Cette disposition contrevient en outre aux principes fondamentaux applicables en matière pénale et notamment à celui de la légalité des peines qui impose que ne puisse être sanctionné un comportement qui n'a pas été expressément interdit par un texte pénal. Elle permettrait également de contourner les règles de la prescription pénale. Elle contrevient enfin au principe d'accessibilité et de prévisibilité du principe de légalité pénale et encourt pour toutes ces raisons la censure du Conseil Constitutionnel.

Au cas où la faute à l'origine du dommage pourrait avoir une qualification pénale, l'article 1266-1 du code civil permettrait au juge de prononcer une lourde sanction sans que soit menée, sous le contrôle du parquet ou d'un juge d'instruction, une enquête pénale visant à en rapporter la preuve.

La caractérisation de la faute résulterait alors des éléments fournis par le seul adversaire du responsable.

Le risque de violation du principe *non bis in idem* est également à craindre.

Apparaît dès lors une fois de plus, et en miroir des dispositions de la loi Sapin sur la transaction pénale, une dépénalisation du droit des affaires qui ne dit pas son nom.

Si par principe, le Syndicat de la magistrature défend la mise en œuvre d'une dépénalisation ambitieuse et cohérente de certaines infractions, il ne peut se

satisfaire d'une telle démarche en droit des affaires domaine auquel le texte est manifestement destiné. En cette matière, l'intervention du ministère public et la publicité des décisions sont essentielles, d'autant que l'éventualité de l'utilisation d'un dispositif de lourde amende civile permettra sans doute en amont des négociations et des désistements qui se feront dans le plus grand secret le plus épais.

Il convient également de préciser que les principes censés être protégés par l'amende civile ne le seront que difficilement puisque l'amende civile ne peut pas être prononcée d'office mais seulement à la demande d'une partie ou du ministère public, rarement présent aux audiences civiles.

La réparation du préjudice

Là encore s'affrontent deux conceptions radicalement opposées du droit de la responsabilité civile que sont celles défendues d'une part par les associations de victimes et d'autre part le lobby des assureurs.

Les premières ont ainsi manifestement obtenu que la nomenclature des postes de préjudices évoquée à l'article 1269 du projet ne soit pas limitative. Les démarches de prévisibilité à l'œuvre dans l'établissement de la nomenclature dite Dintilhac, et recherchées lors des débats sur la Justice du 21^{ème} siècle, sont ici abandonnées, ce qui est bien sûr favorable aux victimes qui pourront continuer à faire évoluer la jurisprudence sur la reconnaissance et l'indemnisation de leurs dommages.

Mais des gages sont également donnés aux compagnies d'assurance dans la rédaction d'articles qui prévoient la publication de données, certes seulement indicatives, dans des textes réglementaires.

Ainsi, le déficit fonctionnel sera mesuré selon un barème médical unique, mais restera seulement indicatif, et sans que les conditions de son établissement soient connues.

De la même manière, l'article 1271 relatif aux préjudices extra-patrimoniaux évoque curieusement un barème fixé par un décret en Conseil d'Etat mais qui ne serait là encore qu'indicatif. Si les actuels barèmes des cours d'appel demeurent de simples outils de travail à la disposition du juge, même s'ils sont unifiés et connus des professionnels, ils ne sont pas inscrits dans un texte réglementaire.

Le même manque de cohérence apparaît dans le fait de mentionner, dans le code civil, l'existence d'une base de données qui rassemblerait les décisions définitives rendues par les cours d'appel en matière d'indemnisation du préjudice corporel des victimes d'accidents de la circulation.

L'idée est de faire échapper le contentieux de la réparation du préjudice corporel au juge et de favoriser le développement de la transaction aux mains des compagnies d'assurance puisque les victimes, même non assistées auront accès aux bases de données des décisions. Or dans une matière où le déséquilibre entre les parties est

particulièrement flagrant, le Syndicat de la magistrature rappelle que l'intervention du juge est souvent seule à même de rétablir les équilibres.

En revanche, il est heureux pour les victimes que soit posé le principe de la rente en matière d'indemnisation de la perte de gains professionnels (article 1272), le versement en capital ne pouvant se faire qu'avec l'accord exprès des parties ou sur décision spécialement motivée.