



Chapitre d'actes

2008

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

Les Principes du droit européen de la responsabilité délictuelle (Principles
of European Tort Law) - Forces et faiblesses

Kadner Graziano, Thomas

How to cite

KADNER GRAZIANO, Thomas. Les Principes du droit européen de la responsabilité délictuelle (Principles of European Tort Law) - Forces et faiblesses. In: La responsabilité civile de demain/Europäisches Haftungsrecht morgen. Bénédicte Winiger (Ed.). Genève. Zurich : Schulthess, 2008. p. 219–247. (Collection genevoise. Droit de la responsabilité)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44697>

Les « Principes du droit européen de la responsabilité délictuelle »

(*Principles of European Tort Law*) – forces et faiblesses

THOMAS KADNER GRAZIANO *

Table des matières

I.	La situation de départ: Divergences des ordres juridiques nationaux en matière de responsabilité délictuelle	220
II.	Le précédent en matière de droit contractuel: «Principes du droit européen du contrat (Principes Lando)» et «Principes relatifs aux contrats du commerce international (Principes d'UNIDROIT)»	221
III.	Atouts des «Principes du droit européen de la responsabilité délictuelle»	224
1.	Un travail de pionniers	224
2.	Une large base comparative	225
3.	L'approche pratique	225
4.	Les conditions de base pour la responsabilité délictuelle	226
5.	Richesse de critères	229
6.	Résolution aisée de nombreux cas concrets	231
a.	L'exemple du cas <i>Fairchild v Glenhaven</i>	231
b.	Expériences faites lors du projet du <i>Digest of European Tort Law, Vol. I</i>	234
7.	Autres aspects	235
IV.	Faiblesses des «Principes du droit européen de la responsabilité délictuelle»	236
1.	Les différentes versions linguistiques	237
2.	Les commentaires et notes	237
3.	Quelques incohérences?	238
4.	Une responsabilité objective minimaliste	238
5.	Trop de liberté, d'ouverture, d'insécurité?	242
6.	Les lacunes	243
V.	Conclusions	244
1.	Qualité	244
2.	Source d'inspiration pour les législateurs	244
3.	Source d'inspiration pour les juges	245
4.	Règles à disposition des parties dans les relations internationales	246
VI.	L'avenir?	247

* Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Genève et directeur du programme «Certificat de droit transnational (CDT)». L'auteur n'a pas été impliqué dans l'élaboration des *Principles of European Tort Law*. Il est, depuis 2005, *Fellow* du *European Centre of Tort and Insurance Law* (ECTIL), Vienne.

I. La situation de départ: Divergences des ordres juridiques nationaux en matière de responsabilité délictuelle

En matière de responsabilité délictuelle, il existe, à l'heure actuelle, encore peu de droit harmonisé et encore moins de droit uniforme¹. Le droit matériel de la responsabilité délictuelle relève donc essentiellement du droit national qui diverge fortement d'un pays à l'autre². Face à cette diversité de droits nationaux, le *European Group on Tort Law* (ou «Groupe de Tilburg et Vienne») a présenté, pour la première fois dans l'histoire moderne du droit privé, des règles communes ou «principes» qui portent sur tous les éléments clés³ du droit de la responsabilité délictuelle⁴.

¹ Pour le droit communautaire en matière de responsabilité civile, v. HELMUT KOZIOL/REINER SCHULZE (édit.), *Tort Law of the European Community*, Wien/New York 2008.

² Le fondateur du *European Group on Tort Law*, JAAP SPIER, a notamment constaté, lors des travaux du groupe, l'existence d'un véritable «fossé qui sépare le système anglais des systèmes continentaux», in: *La faisabilité d'un droit européen de la responsabilité délictuelle*, in: FRANCESCO MILAZZO (édit.), *Diritto romano e terzo millennio – Radice e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea* (a cura di Francesco Milazzo), Napoli 2004, p. 239. En matière de responsabilité délictuelle, un tel «fossé» peut également être constaté pour de nombreuses questions entre bon nombre d'ordres juridiques continentaux, d'un côté, et le droit français, de l'autre côté. Ce dernier inclut en effet une protection très étendue des dommages purement économiques et des dommages non patrimoniaux, et sa responsabilité objective est également très étendue, cf., par ex., REINHARD ZIMMERMANN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law*, Oxford 2001, p. 112 ss. En ce qui concerne les nombreuses divergences entre les ordres juridiques européens en matière de responsabilité civile, v. CHRISTIAN VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, Erster Band, München 1996, Zweiter Band, München 1999; pour un bref aperçu des différences entre les droits nationaux qui posent le plus souvent des problèmes dans des situations transfrontières, v. THOMAS KADNER GRAZIANO, *Gemeineuropäisches Internationales Privatrecht*, Tübingen 2002, p. 46 ss; *idem*, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen*, Bâle et al. 2004, p. 10 ss.

³ «[They are] at least as comprehensive as most or any of the systems of municipal tort law they are designed to repeat if not replace», GERHARD WAGNER, *The Project of Harmonizing European Tort Law*, CMLR 2005, 1269 (1287). Selon l'ordre des titres, les principes comportent: I. La norme de base. II. Les conditions de la responsabilité (avec des dispositions sur le préjudice et sur les intérêts protégés ainsi que sur la causalité). III. Les fondements de la responsabilité (avec des chapitres sur la responsabilité pour faute, sur la responsabilité sans faute et sur la responsabilité pour le fait d'autrui). IV. Les causes limitatives ou exonératoires de la responsabilité (avec des dispositions sur des faits justificatifs et sur les effets de la contribution de la victime à la survenance du dommage). V. Des règles en cas de pluralité d'auteurs. VI. Des dispositions sur la réparation du dommage (avec des règles portant aussi bien sur le préjudice matériel que sur le préjudice extra-patrimonial).

⁴ Sur les travaux du Groupe, v. par ex. JAAP SPIER, in: *European Group on Tort Law* (édit.), *Principles of European Tort Law – Text and Commentary*, Wien/New York 2005, p. 12 ss; *idem*, in: MILAZZO (édit.), *Diritto romano e terzo millennio* (note 2) p. 239 ss; HELMUT KOZIOL, *Die «Principles of European Tort Law» der «European Group on Tort Law»*, ZEuP 2004, p. 234; BERNHARD KOCH, *The Work of the European Group on Tort Law – The Case of «Strict Liability»*, InDret Working Paper No. 129, Barcelona 2003, www.indret.com.

Le *précédent* pour toute recherche sur les principes de droit privé se trouve dans les initiatives entreprises en matière de droit *contractuel*. Nous rappellerons donc brièvement les expériences faites avec les principes de droit *contractuel* qui montrent le rôle que ces derniers peuvent jouer aujourd'hui dans le développement et la pratique du droit.

Nous nous demanderons ensuite si les principes en matière délictuelle pourront jouer un rôle comparable dans le droit européen de la responsabilité délictuelle et nous analyserons enfin les domaines à améliorer pour y arriver.

II. Le précédent en matière de droit contractuel : «Principes du droit européen du contrat (Principes Lando)» et «Principes relatifs aux contrats du commerce international (Principes d'UNIDROIT)»

En 1995, la «Commission pour le droit européen du contrat», un groupe privé de chercheurs initié et dirigé par le prof. *Ole Lando*, ainsi que l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), une organisation intergouvernementale indépendante dont le siège est à Rome, ont présenté la première version des «Principes du droit européen du contrat (dits «Principes Lando»)»⁵ et des «Principes relatifs aux contrats du commerce international» (ou «Principes d'UNIDROIT»)»⁶. Quelques années plus tard, des versions plus complètes des deux règlements ont été publiées⁷. Dix ans après leur première présentation, ces principes remplissent plusieurs fonctions :

1. Les Principes du droit européen du contrat («Principes Lando») ainsi que les Principes d'UNIDROIT ont servi, depuis leur publication, de *source d'inspiration* à de nombreux législateurs nationaux lors de la réforme de leur droit national, notamment dans les pays de l'Europe centrale et de

⁵ Commission pour le droit européen du contrat (Président : OLE LANDO) : Principes du droit européen du contrat, version française préparée par GEORGES ROUHETTE avec le concours d'ISABELLE DE LAMBERTERIE, DENIS TALLON, CLAUDE WITZ, Paris 2003 ; http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/index.html.

⁶ UNIDROIT, Institut international pour l'unification du droit privé : Principes relatifs aux contrats du commerce international, Rome 2004. La version française de 1994 (avec commentaires) et le texte de la version de 2004 se trouvent sur le site www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf.

⁷ En 2000 et en 2003 pour les «Principes Lando», ainsi qu'en 2004 pour les «Principes d'UNIDROIT», v. les références citées notes 5 et 6. De plus, voir ELEANOR CASHIN RITAINE/EVA LEIN (édit.), *The UNIDROIT Principles 2004 – Their Impact on Contractual Practice, Jurisprudence and Codification*, Zürich 2007, pour des exposés très instructifs sur la version des «Principes d'UNIDROIT» de 2004.

l'Europe de l'Est. Ces principes ont ainsi contribué à une *amélioration* de la législation nationale⁸.

Etant donné que les législateurs des différents pays se sont ainsi servis d'une *même source d'inspiration*, les Principes ont, en plus, contribué à l'*harmonisation douce* du droit privé en la matière, et ce aussi bien au niveau européen qu'au niveau mondial. Ainsi, par exemple, le nouveau droit contractuel de *Chine* a été largement inspiré par les Principes d'UNIDROIT⁹. Au niveau de l'unification du droit sur le plan supranational, on peut mentionner le projet d'un droit contractuel uniforme pour les pays de l'Afrique de l'Ouest appartenant à «l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)»¹⁰ qui suit lui aussi largement le modèle des Principes d'UNIDROIT¹¹.

Le juriste qui est familier avec les Principes d'UNIDROIT ou avec les Principes Lando se sentira très vite familier avec le nouveau droit contractuel chinois ainsi qu'avec le futur acte relatif au droit contractuel de l'OHADA, et il ne risquera point d'être surpris par les solutions qu'il y trouvera. Les principes en matière contractuelle ont ainsi créé des standards communs et des solutions à vocation européenne, voire même mondiale, en la matière.

2. Rappelons également que suite à plusieurs initiatives du Parlement européen, la Commission européenne a, depuis 2001, lancé des travaux en matière de droit contractuel qui ont pour but de présenter, fin 2009, un *Cadre commun de référence* (CFR) en matière de droit contractuel. En janvier 2008, une première version d'un CFR a été présentée par des groupes de chercheurs européens¹². Si le projet du CFR réussit, il sera peut-être

⁸ V., par ex., CASHIN RITAINE / LEIN (édit.), *The UNIDROIT Principles 2004* (note 7).

⁹ Cf. JING XI, *The Impact of the UNIDROIT Principles on Chinese Legislation*, in: CASHIN RITAINE / LEIN (édit.), *The UNIDROIT Principles 2004* (note 7), p. 107-118.

¹⁰ L'OHADA a été créée par le *Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique* signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Ile Maurice). L'OHADA regroupe aujourd'hui 16 pays (les 14 pays de la Zone franc CFA, plus les Comores et la Guinée Conakry) et elle reste ouverte à tout Etat du continent africain (la République démocratique du Congo est d'ailleurs en cours d'adhésion), cf. www.ohada.com.

¹¹ Cf. MARCEL FONTAINE, *Un projet d'harmonisation du droit des contrats en Afrique*, in: CASHIN RITAINE / LEIN (édit.), *The UNIDROIT Principles 2004* (note 7), p. 95 ss.

¹² CHRISTIAN VON BAR, ERIC CLIVE, HANS SCHULTE-NÖLKE et al., *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München 2008. V. sur ce projet, par ex., www.henricapitant.org/article.php?id_article=43; http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/4-8b.pdf; et dans la doctrine: CHRISTIAN VON BAR / HANS SCHULTE-NÖLKE, *Gemeinsamer Referenzrahmen für ein europäisches Schuld- und Sachenrecht*, ZRP 2005, p. 165-168; AXEL FLESSNER, *Der Gemeinsame Referenzrahmen im Verhältnis zu anderen Regelwerken*, ZEuP 2007, p. 112-117.

plus tard suivi d'un projet de *Code contractuel européen optionnel*¹³. Ce cadre commun, ainsi que cet instrument optionnel, seront sans doute aussi largement inspirés des Principes Lando et des Principes d'UNIDROIT.

3. Finalement, selon un principe à vocation mondiale, les parties à un contrat peuvent choisir le droit applicable. Dans la mesure où ce droit étatique est dispositif, les parties peuvent également opter pour l'application de règles non étatiques, notamment pour les Principes du droit européen du contrat ou les Principes relatifs aux contrats du commerce international¹⁴.

La jurisprudence qui applique ces Principes ou qui s'en inspire devient de plus en plus riche, notamment en matière d'arbitrage international¹⁵. Dans des relations internationales, les Principes offrent aux parties des règles neutres et évitent les surprises que peuvent occasionner les ordres juridiques nationaux aux parties étrangères¹⁶. Les parties ont, par conséquent, un intérêt considérable à choisir les Principes au lieu d'un droit national.

Vu cette expérience en matière contractuelle, la question se pose de savoir si les *Principles of European Tort Law* pourront jouer, en matière de responsabilité délictuelle, le même rôle que les Principes Lando jouent aujourd'hui en matière contractuelle. On peut ainsi se poser les questions suivantes :

- Quelles sont les forces et quelles sont les faiblesses des principes en matière de responsabilité délictuelle ?

¹³ Sur le « pour » et le « contre » ainsi que sur le champ d'application d'un Code contractuel européen, v. THOMAS KADNER GRAZIANO, *Le futur de la Codification du droit civil en Europe : harmonisation des anciens Codes ou création d'un nouveau Code ?*, in : JEAN-PHILIPPE DUNAND / BÉNÉDICT WINIGER (édit.), *Le Code civil français dans le droit européen*, Bruxelles 2005, p. 257 ss avec de nombreuses références ; en langue allemande : *idem*, *Die Zukunft der Zivilrechtskodifikation in Europa – Harmonisierung der alten Gesetzbücher oder Schaffung eines neuen ? – Überlegungen anlässlich des 200. Jahrestags des französischen Code civil*, ZEuP 2005, p. 523 ss.

¹⁴ Pour la faculté d'opter pour les « Principes » en tant que règles applicables à un contrat transfrontalier, v., par ex., GIAN PAOLO ROMANO, *Le choix des Principes UNIDROIT par les contractants à l'épreuve des dispositions impératives*, in : CASHIN RITAINE/LEIN (édit.), *The UNIDROIT Principles 2004* (note 7), p. 35 ss ; WULF-HENNING ROTH, *Zur Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts*, in : H.-P. MANSEL / THOMAS PFEIFFER / HERBERT KRONKE / CHRISTIAN KOHLER / RAINER HAUSMANN (édit.), *Festschrift für Erik Jayme*, Band I, München 2004, p. 757 ss ; FRIEDERIKE SCHÄFER, *Die Wahl nichtstaatlichen Rechts nach Art. 3 Abs. 2 des Entwurfs einer Rom I VO – Auswirkungen auf das optionale Instrument des europäischen Vertragsrechts*, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR)* 2006, p. 54 ss ; RALF MICHAELS, *Privatautonomie und Privatkodifikation – Zur Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien*, *RabelsZ* 62 (1998), p. 580 ss. V. aussi le considérant 13 du futur Règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) : « Le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique [...] ».

¹⁵ V. www.unilex.info.

¹⁶ V., avec des cas d'exemples, KADNER GRAZIANO, in : DUNAND / WINIGER (édit.), *Le Code civil français dans le droit européen* (note 13), p. 257 ; *idem*, ZEuP 2005, 523 ss.

- Les *Tort Principles* serviront-ils, ces prochaines années, de source d’inspiration pour des projets de législation nationale et pour «l’harmonisation douce» du droit privé de la responsabilité délictuelle sur le plan européen, voire même mondial?
- Offrent-ils des règles neutres qui pourront servir, tout comme les principes en matière contractuelle, de source d’inspiration pour juges et arbitres?
- Les *Tort Principles* pourront-ils être choisis par les parties, notamment dans des situations transfrontalières?
- Que faudrait-il encore améliorer pour que les *Tort Principles* puissent jouer, dans l’avenir, le même rôle que les Principes jouent déjà aujourd’hui en matière contractuelle?

III. Atouts des «Principes du droit européen de la responsabilité délictuelle»

L’expérience en matière contractuelle nous montre que le succès des Principes dépend de leur qualité et du degré avec lequel ils parviennent à identifier des règles communes ou à établir des compromis entre les divergences des ordres juridiques nationaux. Nous commencerons par les atouts des Principes du droit européen de la responsabilité délictuelle pour ensuite analyser leurs quelques faiblesses.

1. Un travail de pionniers

Le premier atout des *Principles of European Tort Law* est qu’ils représentent un *travail de pionniers*. Le droit de la responsabilité délictuelle est une branche qui s’est considérablement diversifiée depuis la fin du XIX^e siècle, et dans laquelle les systèmes nationaux se sont depuis lors éloignés, et s’éloignent encore actuellement, les uns des autres¹⁷.

Pour la première fois dans l’histoire moderne du droit privé, un groupe de chercheurs a réussi à élaborer des Principes européens en matière de responsabilité délictuelle, malgré toutes les divergences qui existent entre les droits nationaux et malgré les fossés qui séparent encore la *Law of Torts* anglaise des systèmes continentaux ainsi que les ordres juridiques de tradition française des ordres juridiques de tradition germanique.

¹⁷ V. les références *supra* (note 2) ainsi que CEES VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford 2007.

Sous réserve d'une analyse plus approfondie de ses dispositions, le premier et plus grand atout des *Principles* est qu'ils fournissent dorénavant, et pour la première fois, un *tertium comparationis* et un *ordre de référence* pour de futures discussions et délibérations en matière de responsabilité délictuelle en Europe, de la même manière que l'ont fait les Principes en matière contractuelle.

2. Une large base comparative

Un autre atout des *Tort Principles* provient de la méthode qui a servi à leur élaboration. Les Principes reposent sur une large base comparative. Ont été représentés, dans leur préparation, non seulement les (anciens) Etats membres de l'Union européenne, ainsi que la République tchèque et la Pologne, mais aussi la Suisse, et – en tant que sources d'inspiration – les droits des Etats-Unis et de deux ordres juridiques mixtes, l'Afrique du Sud et Israël¹⁸.

Dans la suite des travaux¹⁹ sont actuellement pris en considération les 27 pays membres de l'Union européenne ainsi que la Norvège et la Suisse. Sont ainsi présents, dans la recherche de principes communs, tous les ordres juridiques concernés, y inclus les ordres juridiques de l'Europe centrale et de l'Europe de l'Est qui ont, jusqu'à présent, été très peu pris en considération par le droit comparé européen. Une telle base comparative est aujourd'hui essentielle pour la réussite de tout projet portant sur des principes de droit européen, ainsi que pour l'acceptabilité du résultat par les différents ordres juridiques.

3. L'approche pratique

Un troisième atout des *Tort Principles* est que le groupe a travaillé, lors de la phase préparatoire des Principes, à l'aide de cas concrets.

En matière de responsabilité délictuelle, les juristes anglais raisonnent en termes de précédents alors que, sur le continent, les discussions juridiques relatives à des cas concrets prennent comme point de départ une disposition d'un code civil. Très vite, pourtant, le juriste continental va également

¹⁸ V. les références supra (note 4).

¹⁹ V., par exemple, le projet du «Digest of European Tort Law» et la première publication dans le cadre de ce projet: BÉNÉDICT WINIGER / HELMUT KOZIOL / BERNHARD KOCH / REINHARD ZIMMERMANN (édit.), *Digest of European Tort Law*, Volume 1: Essential Cases on Natural Causation, Wien/New York 2007.

se servir des précédents (c'est à dire des *leading cases*) issus de son ordre juridique et va raisonner par rapport à ces derniers.

Le *European Group on Tort Law* a basé ses travaux sur l'analyse de nombreux précédents et a identifié, lors de ces analyses, une quantité de critères communs aux ordres juridiques européens qui ont été introduits dans les Principes. Dans les travaux publiés par le groupe, nous trouvons dorénavant de nombreux cas concrets ainsi que leurs solutions²⁰. Une véritable bibliothèque européenne du droit de la responsabilité délictuelle est ainsi en train de naître. Ce matériel est là pour faciliter la recherche de solutions déjà existantes sur le plan européen et permet de s'inspirer plus facilement d'un raisonnement comparatif lors de l'étude d'un cas concret. La publication de cas concrets est également d'une grande aide dans l'interprétation des Principes.

4. Les conditions de base pour la responsabilité délictuelle

Passons de la méthode d'élaboration au contenu des *Tort Principles*.

La première question qui se pose lors de la rédaction de Principes de la responsabilité délictuelle est celle de savoir quelle *norme de base* et *quelles conditions* doivent être prévues pour un droit européen de la responsabilité délictuelle.

En Europe, les conditions mêmes de la responsabilité délictuelle, et donc les points de départ pour toute analyse d'un cas concret, divergent fortement d'un pays à l'autre, et ceci non seulement entre droits continentaux et droit anglais mais aussi entre les différents ordres juridiques continentaux.

Le droit français connaît, avec les art. 1382 s. et 1384 du Code civil français, deux clauses générales de responsabilité délictuelle qui ne distinguent en principe pas entre l'atteinte à des droits absolus et des préjudices purement patrimoniaux.

Le § 823 al. 1^{er} du Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch, BGB*), c'est-à-dire la disposition de base du Code civil allemand en matière de responsabilité délictuelle, protège, par contre, en principe uniquement contre des atteintes à des «droits absolus», ces droits absolus étant énumérés de façon exhaustive par cette disposition. Si le lésé ne peut pas faire valoir d'at-

²¹ V. la liste des publications sur www.ectil.org.

teinte à un droit absolu (*i.e.* une atteinte à la vie, à la santé, à la propriété, à la liberté personnelle, ou à tout autre droit absolu), l'analyse s'arrête, en principe, en droit allemand, et la demande d'indemnisation devra être rejetée²¹.

Le texte de l'art. 41 du Code des obligations suisse semble suivre le modèle français d'une clause générale de responsabilité délictuelle. Nous savons pourtant que la jurisprudence et la doctrine suisses se sont inspirées ici du droit allemand, et qu'une atteinte est considérée comme illicite, en principe, que si elle concerne un droit absolu de la victime.

Les points de départ pour toute action en responsabilité délictuelle divergent donc considérablement entre la famille de droit français, la famille de droit germanique et la Common Law anglaise qui se sert de nombreux précédents spécifiques (les différents *torts*) pour entrer en matière de responsabilité délictuelle.

De nombreuses études de droit comparé ont pourtant montré que, si les points de départ des ordres juridiques nationaux divergent beaucoup en ce qui concerne l'approche principale, dans des cas concrets les intérêts protégés ne divergent pas forcément²².

Un simple exemple, le cas d'un accident de la route dans lequel une personne est blessée, illustrera ce constat: suite à cet accident, de nombreux conducteurs se trouvant dans d'autres voitures sont bloqués dans un embouteillage. Un de ces conducteurs arrive, par conséquent, en retard au travail, sans avoir été impliqué directement dans l'accident. Suite à ce retard, il manque une affaire intéressante et subit une perte de gain importante.

Dans un tel cas, en droit *allemand*, le conducteur bloqué dans l'embouteillage ne pourrait pas faire valoir d'atteinte à un droit absolu (*i.e.* une atteinte à sa santé ou à sa propriété, le patrimoine en tant que tel n'étant pas un droit absolu)²³.

En droit *suisse*, l'atteinte ne serait pas considérée comme illicite (la propriété étant un droit absolu mais, comme en droit allemand, pas le patrimoine

²¹ Exceptions: § 823 al. 2 BGB et, en cas de violation des bonnes mœurs, § 826 BGB.

²² V. par ex., GERHARD WAGNER, Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts, in: ZIMMERMANN (édit.), Grundstrukturen des europäischen Deliktsrechts, Baden-Baden 2003, p. 189 (224 ss); VAN GERVEN / LEVER / LAROUCHE, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law, Oxford 2000, p. 71 ss; JANSEN, *RechtsZ* 2006, 723 (738); VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford 2006, p. 179 ss.

²³ FIKENTSCHER / HEINEMANN, *Schuldrecht*, 10^e éd., Berlin 2006, n° 1563; SPRAU, in: Palandt *Bürgerliches Gesetzbuch*, commentaire, 66^e éd., Munich 2007, § 823 n° 6.

en tant que tel²⁴). Dans ces pays, la demande en dommages-intérêts ne pourrait, de ce fait, pas aboutir, le dommage étant un dommage à caractère « purement patrimonial ».

En droit *anglais*, une action pour la réparation du gain manqué n'aboutirait pas non plus dans un tel cas. Pour le juriste anglais, il n'y aurait pas eu de *duty of care* de la personne ayant causé l'accident envers les conducteurs des voitures se trouvant bloquées dans l'embouteillage²⁵.

En droit *français*, la demande n'aboutirait probablement pas non plus²⁶. Si elle était rejetée, elle le serait en termes de causalité, de dommage indirect ou de dommage incertain²⁷.

Dans tous les ordres juridiques, la victime qui a été atteinte dans sa santé et son intégrité corporelle serait protégée par le droit de la responsabilité extracontractuelle²⁸, alors que, en tout cas dans la majorité des ordres juridiques européens, les personnes bloquées dans l'embouteillage ne pourraient pas

²⁴ V. par ex. WERRO et CHAPPUIS in CHAPPUIS / WERRO, La responsabilité civile : à la croisée des chemins, Revue de droit suisse 2003, p. 237 ss (249 s., 275 ss); et WERRO, La responsabilité civile, Berne 2005, par. 99, 840 et 841 [« La personne empêchée de quitter son garage privé parce que la sortie en est bloquée par un accident, et qui subit de ce fait un dommage parce qu'elle manque un rendez-vous professionnel, ne peut pas en obtenir la réparation. A propos du dommage purement économique, voir ATF 102 II 85 [Un employé provoque la rupture d'un câble électrique lors de travaux de fouille, ce qui prive une entreprise d'énergie électrique durant quelques heures. Le câble n'appartenant pas à l'entreprise, celle-ci ne peut pas se prévaloir d'une atteinte à ses droits absolus. Le dommage résultant de l'incapacité de l'entreprise de produire est donc purement économique. Le Tribunal Fédéral considère néanmoins la rupture du câble comme un acte illicite, car il viole l'art. 239 CP (Entrave aux services d'intérêt général). Pour le TF, cette norme pénale protège en effet autant l'intérêt public que l'intérêt privé patrimonial des entreprises à être alimentées en électricité. En l'espèce, l'entreprise a donc bien droit à la réparation de son dommage.]

²⁵ Pour les conditions de la *duty of care* voir l'arrêt *Caparo v Dickman* [1990] 1 All ER 568 (House of Lords). Pour une analyse du *duty of care* et en particulier de la perte économique en droit anglais, voir SIMON DEAKIN et al., *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 5th ed., OUP, Oxford 2003, p. 113 ss; et également JANE STAPLETON, « Duty of Care and Economic Loss - A Wider Agenda » (1991) 107 *Law Quarterly Review* 249.

²⁶ Voir néanmoins l'arrêt de la Cour de cassation, Bull. civ. II 1965, N° 373.

²⁷ Voir MALAURIE / AYNÈS / STOFFEL-MUNK, *Les obligations*, 3^e éd., Paris 2007, n° 241 ss; BÉNABENT, *Droit civil – Les obligations*, 10^e éd., Paris 2005, n° 676 ss; TERRÉ / SIMLER / LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 9^e éd., Paris 2005, n° 700 ss.

²⁸ En droits *allemand, suisse et français*, en matière d'accident de circulation routière, des lois spéciales de responsabilité objective s'appliquent, soit au lieu des règles générales de responsabilité civile (droit suisse et français), soit en concurrence libre avec celles-ci (droit allemand), v. § 7 de la loi *allemande* sur la circulation routière (*Strassenverkehrsgesetz*); Art. 58 de la loi *suisse* sur la circulation routière; Loi *française* n° 85-667 du 5 juillet 1985 tendant à l'amoréliation de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation (dite: Loi Badinter). Quand aux intérêts protégés et les dommages-intérêts dus, les règles spéciales ne divergent, en principe, pas des règles générales de responsabilité civile des trois pays.

se faire rembourser pour leur perte de gain²⁹. Si les approches dogmatiques pour refuser ces demandes divergent, le résultat serait, lui, probablement le même.

Ce cas, comme de nombreux autres, montre que l'intégrité corporelle ainsi que la vie, la propriété et certains autres droits dits «absolus» jouissent, en matière de responsabilité délictuelle, d'une plus grande protection que, par ex., les intérêts à caractère purement patrimoniaux tels que l'intérêt à réaliser un gain.

L'art. 2:102 des Principes du droit européen de la responsabilité délictuelle confirme cette hiérarchie des biens protégés en statuant sur les «Intérêts protégés» que :

- (1) L'étendue de la protection d'un intérêt dépend de sa nature; plus sa valeur est élevée, sa définition précise et la nécessité de le protéger évidente, plus sa protection sera étendue.
- (2) La vie, l'intégrité corporelle ou mentale et la liberté jouissent de la protection la plus étendue.
- (3) Les droits de propriété se voient accorder une protection étendue, y compris en matière de droits portant sur des biens incorporels.
- (4) La protection des intérêts économiques ou des relations contractuelles pourra être d'étendue plus limitée, en considération notamment de la proximité entre l'auteur et la personne menacée ou du fait que l'auteur avait conscience de causer un dommage, alors que ses intérêts sont nécessairement de valeur inférieure à ceux de la victime.
- (5) [...]
- (6) [...]

On retrouve, à l'art. 2:102 des *Tort Principles*, une échelle de valeurs, droits et intérêts protégés qui est la même que dans les différents ordres juridiques européens nationaux, sans pourtant y trouver la rigidité de la loi allemande ou l'extrême ouverture et le défaut de critère précis du Code civil français³⁰.

5. Richesse de critères

Une cinquième force des *Tort Principles* consiste en sa richesse de critères qu'ils fournissent pour la décision d'un cas concret, sans pour autant entrer dans

²⁹ Un résultat qui est certain, notamment en droits *allemand, suisse, et anglais*, et qui est moins certain en droit *français*, v. les références *supra*.

³⁰ L'on pourrait se demander si la protection des bien placés en haut de la liste est véritablement «plus étendue» que la protection des biens placés plus bas dans l'échelle. Dans les ordres juridiques européens, des droits absolus tels que la propriété jouissent d'une protection entière qui ne diffère guère de la protection de l'intégrité corporelle ou mentale et de la liberté. Pourtant, en ce qui concerne le préjudice extra-patrimonial, la protection des biens placés plus haut dans la liste est effectivement plus étendue.

une casuistique qui abandonnerait l'abstraction indispensable pour toute loi ou tout principe européen moderne.

Cette richesse de critères peut être illustrée, par exemple, à l'aide des art. 4:102 et 4:103 des *Tort Principles* concernant la responsabilité pour faute. Pour savoir si une faute a été commise, l'art. 4:102 des *Principles* met à disposition une longue liste de critères, comme notamment :

- « la nature et la valeur de l'intérêt protégé en question » (la hiérarchie des valeurs ayant été établie par l'art. 2:102),
- « la dangerosité de l'activité »,
- le « savoir-faire qui pouvait être attendu de la personne engagée dans cette activité »,
- la « prévisibilité du dommage »,
- « la relation de proximité ou de confiance particulière entre les personnes impliquées »,
- la « disponibilité et le coût des mesures de protection ou méthodes alternatives »,
- l'âge des personnes tenues pour responsables,
- ou encore des « circonstances extraordinaires » qui ont, dans le cas concret, rendu plus onéreux de se conformer aux standards requis.

Dans cette disposition, comme dans de nombreuses autres, les *Principles* ont choisi un « système mobile » (« *Bewegliches System* »³¹) qui rend possible une prise en compte flexible des critères pour la responsabilité délictuelle et une balance des particularités dans des cas concrets³².

Une autre question particulièrement délicate en responsabilité délictuelle est celle de savoir sous quelles conditions il existe, en cas d'omission, un « devoir d'agir positivement pour protéger autrui d'un dommage » et sous quelles conditions l'abstention d'agir constitue une « faute ».

Les *Principles* établissent ici aussi, dans l'art. 4:103, des critères aussi précis que possible pour faciliter la décision dans le cas concret. Parmi les aspects qui peuvent contribuer à faire naître une obligation d'agir se trouvent, par ex.,

- « une situation dangereuse » créée ou contrôlée par l'auteur,

³¹ S'inspirant ainsi des propositions du juriste autrichien WALTER WILBURG, v. *idem*, *Die Elemente des Schadensrechts*, Marburg an der Lahn 1941; *idem*, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, Graz 1950; v. aussi FRANZ BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2^e éd., Wien/New York 1991, p. 529 ss; BYDLINSKI / KREJCI / SCHILCHER / STEININGER (édit.), *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Wien/New York 1986.

³² V. la contribution de BERNHARD KOCH dans ce même volume.

- des «relations particulières» entretenues par les parties, ou encore
- «le caractère sérieux du dommage d'une part et le fait qu'il eût été aisé de l'éviter d'autre part».

Ces critères, mentionnés de façon expresse dans les Principes, devraient contribuer à ce que des critères identiques soient utilisés lors de l'application des Principes dans des cas similaires. Ils devraient ainsi contribuer à la sécurité juridique au niveau européen, tout en laissant une marge assez large aux juges dans chaque cas concret.

En tant que tels, ces critères existent et sont déjà utilisés par les juristes et les tribunaux européens. Ils ne sont, par conséquent, ni nouveaux ni particulièrement innovateurs. Ce qui est nouveau est le fait que ces critères aient été identifiés à une échelle européenne et qu'ils aient été introduits dans des Principes européens sans que ces derniers n'abandonnent le niveau d'abstraction nécessaire et sans qu'ils n'établissent une lourde casuistique qui pourrait empêcher le développement du droit.

Etant donné qu'une Cour européenne pouvant concrétiser de tels Principes n'existera certainement pas encore ces prochaines années, cette richesse de critères précis est d'autant plus importante.

6. Résolution aisée de nombreux cas concrets

Une sixième force des *Tort Principles* est qu'ils permettent, mieux qu'aucune des codifications existantes, et sans qu'il n'y ait encore de jurisprudence les précisant, de résoudre aisément certains cas parmi les plus difficiles auxquels nous sommes confrontés actuellement en matière de responsabilité délictuelle.

a. L'exemple du cas *Fairchild v Glenhaven*

En tant qu'illustration, on peut citer le cas anglais de *Fairchild v Glenhaven* qui a été décidé par la *House of Lords* anglaise en 2002 et qui est, aujourd'hui déjà, un arrêt célèbre du droit de la responsabilité délictuelle européenne³³.

M. Fairchild avait successivement travaillé, au cours de sa vie professionnelle, pour plusieurs employeurs. Chaque employeur l'avait exposé, de

³³ [2002] United Kingdom House of Lords (UKHL) 22; (2003) 1 Appeal Cases (AC) 32; reproduit in: BÉNÉDICT WINIGER / HELMUT KOZIOL / BERNHARD A. KOCH / REINHARD ZIMMERMANN (édit.): Digest of European Tort Law, Vol. 1: Essential Cases on Natural Causation, Wien/New York 2007, 6a.12.5 avec commentaire par KEN OLIPHANT. V. également le cas *Barker v Corus UK (Ltd)* [2006] UKHL 20; [2006] AC 572; commentaire de GERHARD WAGNER, Astbestschäden – Bismarck was right, in: ZEuP 2007, 1122.

manière illicite et fautive, à des poussières et à des fibres d'amiante. Plus tard, M. Fairchild a été atteint d'un cancer mortel lié à l'exposition à l'amiante.

Selon les expertises, la maladie pouvait avoir été le résultat d'une *exposition cumulative* à l'amiante, mais il n'était pas exclu qu'elle ait été causée par *une seule fibre* d'amiante. Étant donné que l'amiante est aussi présente dans l'atmosphère, il y avait aussi une très faible possibilité que la maladie ait été causée par une exposition naturelle.

Dans tous les ordres juridiques européens, pour qu'une action en dommages-intérêts aboutisse, le demandeur doit prouver qu'en l'absence de l'activité du défendeur le dommage ne serait pas survenu. Il s'agit de la fameuse *conditio sine qua non* qui a été reprise par les *Tort Principles* dans leur art. 3:101³⁴.

S'il avait été possible pour M. Fairchild d'établir que l'*exposition cumulative* avait été nécessaire pour causer le dommage, chaque exposition aurait été une *conditio sine qua non* et les employeurs seraient, dans de nombreux ordres juridiques, ainsi que selon les *Tort Principles*³⁵, responsables *in solidum*.

Dans *Fairchild*, la victime ne pouvait pourtant pas apporter cette preuve, étant donné qu'il était également possible que l'exposition par un seul employeur ait causé la maladie. Il n'était pas possible non plus, pour la victime, de prouver avec quel employeur il avait attrapé la maladie. M. Fairchild n'était, par conséquent, pas en mesure de démontrer qu'en l'absence de l'exposition par un de ses employeurs, il n'aurait pas subi la maladie.

Vu que dans des situations comme celles de *Fairchild*, une des conditions fondamentales pour la responsabilité délictuelle (le test de la *conditio sine qua non*) ne peut pas être remplie, établir une responsabilité pose d'énormes problèmes pour tous les systèmes nationaux. Cependant, le rejet de l'action ne semble pas non plus juste, vu que chaque employeur avait exposé M. Fairchild, de manière illicite et fautive, à un haut risque d'attraper une maladie mortelle et que M. Fairchild a effectivement attrapé cette maladie.

La Cour suprême anglaise a donné suite à cette demande et tenu les défendeurs solidairement responsables, en considérant qu'ils avaient contribué au risque de maladie et qu'ils avaient considérablement augmenté ce risque³⁶. Dans beaucoup d'ordres juridiques européens, la résolution du même cas est encore loin d'être évidente.

³⁴ Art. 3:101 prévoit : « Est considérée comme cause du dommage subi par la victime tout activité ou conduite (ci-après « activité ») en l'absence de laquelle le dommage ne serait pas survenu ».

³⁵ Art. 9:101 (1) 2 lit. b) des *Tort Principles*.

³⁶ V. la référence *supra* (note 33) ; pour le développement du droit anglais le plus récent en la matière v. WAGNER, ZEuP 2007, 1122 et *infra*, note 39.

Les *Principles of European Tort Law* consacrent sept articles sur la causalité (il s'agit des art. 3:101 à 3:106) ainsi que deux articles sur la pluralité d'auteurs d'un dommage (art. 9:101 et 9:102). Ces dispositions sont basées en partie, sur les expériences déjà faites dans certains des ordres juridiques européens ; là où ces expériences manquaient encore ou là où les solutions en vigueur ont été jugées encore insatisfaisantes par les membres du Groupe, des solutions innovatrices encore minoritaires dans les ordres juridiques européens ont été proposées par le groupe³⁷.

En matière de causes alternatives, les Principes européens prévoient, à l'art. 3:103 al. 1^{er}, que :

«En cas d'activités multiples, dès lors que chacune d'elles prise isolément aurait été suffisante pour causer le dommage, mais celle ayant effectivement conduit à sa réalisation reste incertaine, chaque activité est considérée comme une cause, en proportion de sa contribution probable au dommage subi par la victime.»

Dans *Fairchild*, dans l'hypothèse selon laquelle l'exposition par l'un ou l'autre des employeurs eut été suffisante pour causer la maladie, chaque employeur serait responsable selon l'art. 3:103 des Principes *en proportion du danger* auquel il a exposé la victime.

En ce qui concerne la faible possibilité que la maladie ait été causée par une exposition naturelle à l'amiante, le commentaire des Principes propose d'ignorer les faibles possibilités lors de l'attribution de la responsabilité³⁸, à condition que des probabilités nettement plus importantes aient pu être identifiées – comme ceci est pratiqué par la grande majorité des tribunaux européens.

Le cas serait donc résolu en application de l'art. 3:103 des *Tort Principles*, et chacun des employeurs serait partiellement responsable en proportion des expositions illégales que M. *Fairchild* a subies chez cet employeur³⁹.

³⁷ SPIER, in : European Group on Tort Law (édit.), *Principles of European Tort Law* (note 4), Art. 3:102 n° 9 ss ; v. aussi LOSER, HAVE 2005, 250 (251). Pour une analyse économique des dispositions des «Principes» sur la causalité, v. VAN DEN BERGH / VISCHER, ERPL 2006, 511 (527 ss).

³⁸ SPIER, in : European Group on Tort Law (édit.), *Principles of European Tort Law* (note 4), Art. 3:201 n°s 15, 12.

³⁹ Cette solution a également été retenue par la *House of Lords* dans l'arrêt *Barker v Corus* (supra, note 33). Tout comme M. Fairchild, M. Barker avait successivement travaillé pour plusieurs (deux) employeurs. Il avait également travaillé pendant un certain temps en tant que plâtrier indépendant. Pendant toutes ces périodes, il avait été exposé à des fibres d'amiante. M. Barker est mort d'un mésothéliome, un cancer lié à l'exposition à l'amiante. Lors du procès en responsabilité contre le deuxième employeur, le premier était en faillite. La *House of Lords* a tenu chaque employeur responsable *en proportion du danger* auquel il a exposé la victime – ainsi que cela est prévu à l'art. 3:103 des *Tort Principles*. Le législateur anglais a cependant modifié cette solution et a rétabli, pour les cas de mésothéliome, la responsabilité *in solidum* des employeurs, c'est-à-dire la solution prévue dans l'arrêt *Fairchild*, v. Compensation Act 2006, Sect. 3, www.legislation.gov.uk/acts/acts2006/ukpga_20060029_en_1.htm ; v. WAGNER, ZEuP 2007, 1122 ss avec d'autres références.

Nous nous rappelons qu'il ne pouvait pas être exclu que la *cumulation* des expositions ait causé le dommage. Dans le cas où l'exposition cumulative aurait causé la maladie, toutes les expositions seraient des causes (des *conditiones sine qua non*) de la maladie et, comme nous l'avons vu, les employeurs seraient responsables *in solidum*. Si l'on compare l'hypothèse selon laquelle la maladie a été causée par l'exposition cumulative et l'hypothèse selon laquelle la maladie a été causée par une seule fibre dans les locaux d'un des employeurs, c'est la deuxième qui déclenche une responsabilité moins lourde des employeurs. Si des doutes subsistent quant au choix entre l'une ou l'autre des deux hypothèses, comme dans le cas *Fairchild*, c'est la responsabilité qui est définie selon l'art. 3:103 des Principes *en proportion du danger* auquel chaque employeur a exposé la victime qui sera la moins lourde pour le défendeur et qui devra être retenue (étant donné que les conditions pour une responsabilité *in solidum* ne peuvent pas être prouvées par la victime).

La résolution du cas *Fairchild*, qui poserait bien des problèmes dans de nombreux ordres juridiques européens⁴⁰, s'avérerait ainsi être relativement aisée si l'on appliquait les dispositions précises et, en tous cas partiellement, innovatrices des «*Tort Principles*» sur la causalité. Dans cette matière, étant donné les incertitudes et les lacunes des droits en vigueur, les Principes contribueraient considérablement à la sécurité juridique⁴¹.

b. *Expériences faites lors du projet du Digest of European Tort Law, Vol. I*

Une fois les *Tort Principles* présentés, le Groupe de Tilburg et Vienne a lancé un projet ayant pour but d'élaborer un *Digest of European Tort Law*.

Le premier projet du *Digest* portait sur la causalité naturelle⁴². Dans le cadre de ce projet, de nombreux cas pratiques posant problème dans les ordres juridiques nationaux ont été identifiés et ensuite analysés selon une trentaine d'ordres juridiques européens ainsi que selon les *Tort Principles*. Cette expérience a montré que, tout comme le cas *Fairchild*, de nombreux autres cas peuvent être résolus relativement aisément en appliquant les seuls textes et commentaires sur la causalité des Principes européens⁴³.

⁴⁰ V. KOZIOL, Comparative report, in: WINIGER / KOZIOL / KOCH / ZIMMERMANN (édit.): *Digest of European Tort Law*, (note 33), 6a.29.1 ss; pour le droit allemand et le droit néerlandais en la matière, v. WAGNER, ZEuP 2007, 1122 (1129 ss).

⁴¹ V. déjà LOSER, HAVE 2005, 250 (252).

⁴² BÉNÉDICT WINIGER / HELMUT KOZIOL / BERNHARD A. KOCH / REINHARD ZIMMERMANN (édit.): *Digest of European Tort Law*, Vol. 1: *Essential Cases on Natural Causation*, Wien/New York 2007.

⁴³ V. THOMAS KADNER GRAZIANO, in: Winiger et al. (édit.), *Digest of European Tort Law* (note 33), chap. 1 ss, nos 28 respectivement.

Parmi ces cas se trouvent, par exemple, des situations discutées actuellement dans de nombreux ordres juridiques dans le cadre de la «perte d'une chance»⁴⁴. Ici aussi, les *Tort Principles* et notamment les règles et commentaires portant sur la causalité, permettent d'arriver relativement aisément à des résultats concrets et souvent très équitables⁴⁵. Vu les grandes difficultés que ces cas soulèvent actuellement dans de nombreux ordres juridiques nationaux, ce constat est tout à fait remarquable.

7. Autres aspects

Parmi les nombreuses autres forces des Principes du droit européen de la responsabilité délictuelle, on peut citer, par exemple :

a) Le fait que les Principes prévoient, dans l'art. 2:104, que certaines «dépenses engagées pour prévenir la menace d'un dommage sont considérées comme préjudice réparable».

Dans la famille de droit germanique, le droit de la responsabilité délictuelle n'entre en principe en matière qu'en cas d'atteinte à un droit absolu ; le dédommagement pour des frais engagés afin d'éviter qu'un tel dommage ne se réalise pose des problèmes considérables dans ces pays étant donné qu'il s'agit là d'un dommage qui reste «purement économique».

Une règle telle que l'art. 2:104 des Principes permettrait aisément de résoudre le problème des dépenses à caractère préventif. Aujourd'hui, de telles dispositions sont encore rares. On en trouve cependant un exemple à l'art. 419 du Code civil tchèque et un autre à l'art. 1344 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations dans le Code civil français⁴⁶, qui rappelle d'ailleurs fortement l'art. 2:104 des *Principles of European Tort Law*.

⁴⁴ V. dans une perspective comparative THOMAS KADNER GRAZIANO, La «perte d'une chance» en droit privé européen: «tout ou rien» ou réparation partielle du dommage en cas de causalité incertaine, in: CHRISTINE CHAPPUIS / BÉNÉDICT WINIGER (édit.): Les causes du dommage, Genève/Zurich/Bâle 2007, p. 218-248; en version anglaise: *idem*, The «Loss of a Chance» in European Private Law – «All or nothing» or partial compensation in cases of uncertainty of causation, in: LUBOS TICHY (édit.), Causation in Law, Prague 2007, p. 123-148; v. aussi *idem*, Ersatz für «Entgangene Chancen» im europäischen und im schweizerischen Recht. Überlegungen anlässlich des Entscheids des Bundesgerichts vom 13.6.2007 und ein Lösungsvorschlag, HAVE 2008, p. 61-68.

⁴⁵ Pour l'application des *Principles* à des cas pratiques en matière de «perte d'une chance» v. KADNER GRAZIANO, in: WINIGER et al. (édit.), Digest of European Tort Law (note 33), 10.28.1 ss; v. aussi KOZIOL, in: WINIGER et al. (édit.), Digest of European Tort Law (note 33), 10.29.2, 8; SPIER, in: European Group on Tort Law (édit.), Principles of European Tort Law (note 4), Art. 3:106, n° 7.

⁴⁶ Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil français) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil), dit «Avant-projet Catala», que l'on trouve à l'adresse suivante: www.henricapitant.org/IMG/pdf/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_obligations_et_de_la_prescription_et_expose_des_motifs.pdf.

b) On pourrait également mentionner certaines prises de positions claires dans les *Tort Principles*, voire même des innovations, qui devraient en tout cas contribuer à animer la discussion à l'échelle européenne, telles que :

- les dispositions mentionnées permettant une réparation (partielle) en cas de « perte d'une chance »⁴⁷ (ce qui serait, pour certains ordres juridiques européens, tel que le droit allemand⁴⁸ ou suisse⁴⁹, une innovation importante);
- l'art. 4:201 qui établit, pour des activités qui présentent des dangers particuliers, une responsabilité pour faute avec renversement du fardeau de la preuve. Cette disposition confirme que la différence entre responsabilité pour faute et responsabilité objective est aujourd'hui une différence de degré et non plus de principe⁵⁰.
- une responsabilité – innovatrice – du fait de l'entreprise dans l'art. 4:202, avec renversement du fardeau de la preuve⁵¹;
- le fait que l'art. 10:101 des Principes compte, parmi les objectifs de la responsabilité délictuelle, non seulement une *fonction réparatrice* mais aussi une *fonction préventive*⁵². Contrairement à l'avant-projet français de réforme, les *Principles* refusent, très probablement à juste titre, de reconnaître la *puniton* en tant qu'objectif de la responsabilité délictuelle⁵³.

IV. Faiblesses des « Principes du droit européen de la responsabilité délictuelle »

Après avoir passé en revue quelques-uns des très nombreux atouts des Principes du droit européen de la responsabilité délictuelle, se pose la question de savoir quels aspects pourraient être considérés comme des faiblesses.

⁴⁷ V. les références *supra* (notes 43, 44).

⁴⁸ V. REINHARD ZIMMERMANN: « this idea [i.e. the loss of a chance] is practically non-existent in the case law of [German] courts », in: WINIGER et al. (édit.), *Digest of European Tort Law* (note 33), 10.2.7.

⁴⁹ Toujours d'actualité : CHRISTOPH MÜLLER, *La perte d'une chance*, Berne 2002, n^{os} 241 et 249 ; en 2007, le Tribunal fédéral suisse (TF) a traité, pour la première fois, expressément de la question de la « perte d'une chance » mais a laissé la question ouverte pour des questions de procédure : TF, arrêt du 13 juin 2007, 4A.61/2007, www.bger.ch ; v. aussi les contributions de PIERRE WIDMER, CHRISTOPH MÜLLER, THOMAS KADNER GRAZIANO, HARDY LANDOLT et ISABELLE DURAND in HAVE 2008, p. 55-76.

⁵⁰ KOZIOL, ZEuP 2004, 234 (238) : « keine scharfen Gegensätze [...], vielmehr ein fließender Übergang ».

⁵¹ V. par rapport à cette responsabilité OLIVER WAESPI, *Die Unternehmens- und Hilfspersonenhaftung gemäss den Principles of European Tort Law*, HAVE 2005, S. 255-259.

⁵² V. sur cette disposition par ex. WAGNER, CMLR 2005, 1269 (1302) ; dans la perspective de l'analyse économique du droit VAN DEN BERGH / VISCHER, ERPL 2006, 511 (521 ss).

⁵³ KOZIOL, ZEuP 2004, 234 (237) : eine « deutliche Absage an so genannte Ersatzleistungen, die ausschliesslich der Prävention oder Sanktion dienen, wie insbesondere die [...] punitive damages ».

1. Les différentes versions linguistiques

Une *première* faiblesse concerne les traductions des Principes qui sont effectuées d'après la version originale anglaise vers d'autres langues. Pour que les Principes puissent convaincre les juristes en Europe, il est, entre autres, primordial que leur qualité de rédaction soit la même que celle des codifications nationales auxquelles les juristes sont habitués. Ce but n'est cependant pas encore entièrement atteint⁵⁴.

Certaines traductions restent en effet proches de la version originale du point de vue terminologique, mais n'utilisent ni une phraséologie ni un style auxquels les juristes des pays concernés sont habitués. Or, il ne faudrait pas que la qualité des Principes soit entièrement remise en cause par exemple lors de discussions sur de possibles réformes nationales du simple fait que les traductions de certains articles ne sont pas encore parfaites. Des améliorations pourraient donc être encore apportées dans ce domaine.

2. Les commentaires et notes

La *deuxième* critique concerne non pas le texte mais les commentaires des Principes⁵⁵.

Pour que les Principes soient aisément utilisables, il est important que tout matériel les précisant soit facilement accessible. Si on les compare aux commentaires et aux notes publiés avec les Principes du droit européen du contrat (les Principes Lando)⁵⁶, les commentaires relatifs à de nombreux articles des *Tort Principles* pourraient encore être élargis et être accompagnés de notes comparatives plus détaillées et de plus d'exemples. En effet, les ouvrages que le Groupe a publiés dans la phase de préparation des Principes, ainsi que les ouvrages publiés régulièrement depuis leur présentation⁵⁷, sont souvent plus riches en références et en exemples que le commentaire publié en 2005.

On pourrait donc envisager la rédaction d'un commentaire plus complet des Principes qui suivrait, en principe, le modèle du commentaire relatif aux Principes Lando. Alors que celui-ci ne donne pas de justification quant au choix des solutions adoptées, un futur commentaire plus détaillé

⁵⁴ Ceci concerne, par ex., aussi bien la version allemande que la version française; v., en plus, la critique de JANSEN, ZEuP 2007, 398 (399), par rapport à la traduction chinoise. Pour le défi que représentent les traductions ainsi que pour les forces de la version anglaise des *Principles of European Tort Law*, v. GABRIELE KOZIOL, Sprachliche Aspekte bei der Auslegung von internationalen Rechtstexten, Juristische Blätter 2008, p. 230-241 (notamment p. 236 ss).

⁵⁵ V. déjà JANSEN, RabelsZ 2006, 723 (755 s.).

⁵⁶ *Supra* (note 5).

⁵⁷ La liste des publications est accessible sur le site du *European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL)*, www.ectil.org/.

des Principes du droit européen de la responsabilité délictuelle pourra quant à lui exposer les motifs ayant guidé les choix du Groupe. Il est intéressant de voir que le commentaire des *Tort Principles* publié en 2005 est déjà plus ouvert que le commentaire des Principes Lando quant aux *motifs* ayant induit les choix. Le groupe pourrait par conséquent continuer dans cette direction.

Il semble également qu'un travail visant à coordonner les commentaires de certains articles soit encore à effectuer de manière à ce qu'ils deviennent de véritables commentaires du Groupe au lieu d'être des prises de position personnelles faites par chacun de ses membres.

3. Quelques incohérences ?

Représentent une *troisième* faiblesse certaines incohérences que l'on pourrait encore supprimer.

Parmi les intérêts protégés, mentionnés à l'art. 2:102 de Principes, se trouvent la vie, l'intégrité corporelle et mentale, la liberté, la propriété et – avec une étendue de protection plus limitée – les intérêts économiques et les relations contractuelles.

L'art. 10:301 des Principes, qui porte sur la réparation du dommage, prévoit la réparation du préjudice extrapatrimonial notamment en cas d'atteinte « à la dignité humaine [...] ou à d'autres droits de la personnalité ».

Se pose alors la question de savoir si ces « autres droits de la personnalité » ne devraient pas figurer parmi les « intérêts protégés » énumérés à l'art. 2:102 des Principes. La Convention européenne des droits de l'Homme, en particulier son art. 8, n'impose-t-elle pas, d'ailleurs, de rajouter la protection de la « vie privée » à la liste des intérêts protégés ?

4. Une responsabilité objective minimaliste

La faiblesse principale des Principes concerne le chapitre 5 du titre III contenant les dispositions sur la responsabilité sans faute.

La situation européenne en matière de responsabilité objective est particulièrement disparate⁵⁸. Par conséquent, il est extrêmement difficile de voir clair et d'identifier des principes communs en la matière.

⁵⁸ V., par ex., l'aperçu fourni par FRANZ WERRO / VERNON VALENTINE PALMER / ANNE-CATHERINE HAHN, *Strict liability in European tort law: is there a common core?: synthesis and survey of the cases and results*, in: *The boundaries of strict liability in European tort law*, Durham NC/Berne et al. 2004, p. 387; JANSEN, *RabelsZ* 2006, 723 (741 ss); THOMAS KADNER GRAZIANO, *Haftung(en) ohne Verschulden – die transnationale Perspektive*, in: CHRISTINE CHAPPUIS / BÉNÉDICT WINIGER (édit.): *Responsabilités objectives*, Zurich 2003, 85-106; pour les raisons de la diversité v. ZIMMERMANN, in: KOZIOL / STEININGER (édit.), *European Tort Law* 2003, p. 8.

Face aux divergences des droits en vigueur, l'art. 5:101 des Principes prévoit que

« Toute personne pratiquant une activité *anormalement dangereuse* est de plein droit responsable des dommages causés, dès lors que ceux-ci sont caractéristiques du risque présenté par l'activité et qu'ils en résultent. »

Selon l'alinéa 2 b) de la même disposition,

« Une activité est anormalement dangereuse si: [...] elle n'est pas d'une pratique commune ».

Le Groupe européen a décidé de ne pas énumérer des cas spécifiques de responsabilité objective dans les Principes. Il a préféré prévoir une clause générale, encore inconnue dans de nombreux ordres juridiques⁵⁹.

Le texte de cette clause s'est inspiré du *Restatement on Torts* états-unien (en particulier du *Final Draft* de sa troisième édition)⁶⁰. En droit anglo-américain, le champ d'application de la responsabilité objective est pourtant traditionnellement extrêmement limité. Tout comme dans la proposition du *European Group on Tort Law*, la responsabilité objective y est limitée à des « activités

⁵⁹ Pour les raisons qui ont guidé le Groupe, v. BERNHARD KOCH / HELMUT KOZIOL, Generalklausel für die Gefährdungshaftung, HAVE 2002, 368 s.: « Die bisher in vielen Rechtsordnungen gebräuchliche Vorgehensweise, für einzelne Gefahrenquellen Sondergesetze zu erlassen, führt zu einer der Gerechtigkeit widersprechenden Verschiedenbehandlung gleichartiger Fälle. » Dadurch kommt es « zu nicht sachgerechten Unterschieden, weil die Sondergesetze untereinander ohne ersichtlichen Grund voneinander abweichen. Beruhen die Gefährdungshaftungen auf einem einheitlichen Grundgedanken, so erfordert es die Gerechtigkeit, sie auch einheitlich in derselben Weise zu regeln. Das kann letztlich nur durch eine Generalklausel verwirklicht werden »; BERNHARD KOCH, InDret 2003, 4.3.: One observes a « German hodgepodge of singular statutes which leave out comparable risks (such as motor boats or dams) and thereby lead to unacceptable discrepancies ». Pour les arguments pour et contre des clauses générales en la matière, v. VAN BOOM, Some Remarks on the Decline of *Ryland v Fletcher* and the Disparity of European Strict Liability Regimes, ZEuP 2005, 618 (630 ss) avec de nombreuses références.

⁶⁰ The American Law Institute (édit.), *Restatement of the Law (Third), Torts: Liability for Physical Harm* (Proposed Final Draft No. 1), § 20, Abnormally Dangerous Activities: (a) A defendant who carries on an abnormally dangerous activity is subject to strict liability for physical harm resulting from the activity. (b) An activity is abnormally dangerous if: (1) the activity creates a foreseeable and highly significant risk of physical harm even when reasonable care is exercised by all actors; and (2) the activity is not a matter of common usage."

V. aussi la version actuelle du *Restatement: Restatement of the Law Second, Torts 2nd, 1977, Chapter 21: Abnormally dangerous activities, § 519 General Principle: (1) One who carries on an abnormally dangerous activity is subject to liability for harm to the person, land or chattels of another resulting from the activity, although he has exercised the utmost care to prevent the harm. (2) This strict liability is limited to the kind of harm, the possibility of which makes the activity abnormally dangerous. § 520. Abnormally Dangerous Activities: In determining whether an activity is abnormally dangerous, the following factors are to be considered: (a) existence of a high degree of risk of some harm to the person, land or chattels of others; (b) likelihood that the harm that results from it will be great; (c) inability to eliminate the risk by the exercise of reasonable care; (d) extent to which the activity is not a matter of common usage; (e) inappropriateness of the activity to the place where it is carried on; and (f) extent to which its value to the community is outweighed by its dangerous attributes. [...]*

anormalement dangereuses» qui ne sont pas de «pratique commune». Ni la circulation routière, ni l'exploitation des chemins de fer ne tomberaient par ex. dans le champ d'application de la responsabilité objective selon les Principes, malgré le fait qu'il y ait presque unanimité en Europe sur le fait que la responsabilité devrait dans les deux cas être objective⁶¹.

Les dispositions des Principes portant sur la responsabilité objective ne constituent donc ni un principe européen ni une solution innovatrice. Malgré leur approche par une clause générale, ils adoptent, d'un point de vue continental, une solution minimaliste⁶².

Un champ d'application de la responsabilité objective aussi limité serait, pour la grande majorité des pays, un véritable pas en arrière par rapport aux droits en vigueur. Pour éviter ce résultat, les Principes renvoient à leurs art. 5:101 al. 4 et 5:102, aux droits nationaux qui peuvent, selon l'art. 5:102 al. 1

«prévoir des catégories supplémentaires de responsabilité sans faute pour activités dangereuses même si l'activité n'est pas anormalement dangereuse».

Une telle disposition est contraire à l'idée et au but même des Principes qui est de proposer des solutions communes au lieu de renvoyer aux droits nationaux. Ici, il n'a pas encore été possible de construire un pont et de trouver un compromis entre ordres juridiques continentaux et *Common Law*. On pourrait même parler d'un échec partiel pour lequel nous ne trouvons pas d'exemple dans les Principes Lando et les Principes d'UNIDROIT.

⁶¹ Il est intéressant de constater que l'avant-projet français de réforme du droit des obligations dans le Code civil français contient une disposition très semblable à l'art. 5:101 des Principes. L'art. 1362 du projet prévoit: « Sans préjudice de dispositions spéciales, l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse, même licite, est tenu de réparer le dommage consécutif à cette activité ». Mais en plus de l'art. 1362, l'avant-projet français prévoit de codifier la jurisprudence sur la responsabilité pour fait des choses (dans les art. 1354 à 1354-4), d'introduire dans le Code civil les dispositions de la loi de 1985 sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation (la « Loi Badinter ») en élargissant encore le régime de responsabilité de cette loi, et de laisser en place, mais en dehors du Code civil, d'autres lois spéciales établissant des cas particuliers de responsabilité objective. Le champ d'application de la responsabilité objective resterait donc, selon l'avant-projet français, le plus large en Europe. L'étendue de cette responsabilité serait en fait, malgré les ressemblances qui existent entre l'art. 5:101 des Principes et l'art. 1362 de l'avant-projet français, tout à fait différente.

⁶² Pour une appréciation critique de la responsabilité objective dans les Principes, v., par ex., SCHLÜCHTER, HAVE 2005, 260: « Art. 5:101 [...] setzt für die Annahme einer aussergewöhnlichen Gefahr voraus, dass die Tätigkeit nicht allgemein gebräuchlich ist. Diese Voraussetzung beschränkt die Anwendung der Generalklausel auf « exotische » Tätigkeiten, was dem Zweck der Generalklausel gerade entgegenläuft »; JANSEN, *RabelsZ* 2006, 723 (764 ss); VAN DEN BERGH / VISCHER, *ERPL* 2006, 511 (531 ss). Pour une appréciation plus positive de ces dispositions des Principes, v. WAGNER, *CMLR* 2005, 1269 (1282 s.); JANSEN, *ZEuP* 2007, 398 (399): « In rechtspolitisch heiklen Fragen halten die PETL sich freilich zu Recht mit Aussagen zurück », citant l'exemple de la responsabilité objective.

Lors des travaux du Groupe sur la responsabilité objective, une proposition plus complète qui correspondait mieux à l'état actuel européen en la matière avait été faite⁶³. Elle allait pourtant trop loin pour certains membres du Groupe qui connaissent, dans leurs pays, un champ très restreint de la responsabilité objective⁶⁴.

Le projet autrichien de réforme du droit de la responsabilité civile⁶⁵ s'inspire de la proposition qui avait été rejetée par certains membres du Groupe européen, tout en l'améliorant et en la simplifiant⁶⁶. Le projet autrichien pourrait ainsi, à son tour, servir de base pour les futures discussions du Groupe européen.

Suite à la présentation des *Principles of European Tort Law* à Lausanne en 2003, d'autres recherches ont été lancées en matière de responsabilité objective. A Genève, une étude comparative est actuellement en préparation et vise à montrer que la grande majorité des ordres juridiques européens ont ceci en commun qu'ils font recours à la responsabilité objective pour des sources de risque de dommages particulièrement graves ou fortement probables. Bénéficient de cette responsabilité les parties qui sont exposées à de tels risques sans qu'elles ne créent elles-mêmes de risques comparables (situation de risque de dommage *non réciproque*). Cette étude vise donc à proposer un principe commun de responsabilité objective pour risque de dommage non réciproque⁶⁷.

Ce principe peut être illustré à l'aide de nombreux exemples. Il explique, par ex., pourquoi il existe une responsabilité objective du gardien d'une voiture envers les piétons ou les cyclistes, alors que l'on recourt, dans de nombreux pays, à des éléments de faute quand il s'agit de responsabilité entre gardiens de voiture. Ce principe explique également que la responsabilité pour des avions ou pour des parapentes en cas d'accident avec d'autres engins du même type dépend souvent de la faute, alors que la responsabilité envers les victimes qui se trouvent à terre est souvent stricte⁶⁸. Ce principe aide par ailleurs à expliquer, pourquoi la responsabilité délictuelle sur les pistes de ski

⁶³ Texte in: KOCH / KOZIOL, HAVE 2002, 368 (369 s.).

⁶⁴ V. KOCH / KOZIOL, HAVE 2002, 368 (371); KOZIOL, ZEuP 2004, 234 (236).

⁶⁵ IRMGARD GRISS / GEORG KATHREIN / HELMUT KOZIOL (édit.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts, Wien/New York 2006, §§ 1302-1303.

⁶⁶ Cf. KOCH / KOZIOL, HAVE 2002, 368 (371).

⁶⁷ CHRISTOPH OERTEL, Principes européens de la responsabilité civile : quel modèle pour décrire le champ d'application de la responsabilité sans faute ?, in : CHRISTINE CHAPPUIS / BÉNÉDICT FOËX / THOMAS KADNER GRAZIANO (édit.), L'harmonisation internationale du droit, Genève/Zurich/Bâle 2007, p. 279 (292 note 62); *idem* : Haftung ohne Verschulden im europäischen Privatrecht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu Zweck und Regelungsform der verschuldensunabhängigen Haftung (à paraître prochainement).

⁶⁸ Références in OERTEL, Haftung ohne Verschulden im europäischen Privatrecht (note 67).

(en Suisse et ailleurs) est, dans la grande majorité des pays, une responsabilité pour faute malgré les nombreuses blessures souvent graves qui résultent de l'exercice de ce sport.

On peut dès lors souhaiter que le projet autrichien de réforme ainsi que de tels travaux serviront, ces prochaines années, de source d'inspiration pour une amélioration des Principes en matière de responsabilité objective.

5. Trop de liberté, d'ouverture, d'insécurité ?

Selon certaines critiques, les dispositions des Principes comportent certes de nombreux critères de décision, mais elles laissent trop de marge pour la décision quant aux cas concrets⁶⁹, ce qui peut porter atteinte à la prévisibilité des solutions. Selon ces mêmes critiques, les Principes restent trop vagues, notamment en matière de protection des intérêts purement économiques, en prévoyant, en plus de l'ouverture des critères employés, que la protection des intérêts purement économiques « pourra » être plus limitée que la protection d'autres droits (« *may be more limited in scope* »)⁷⁰.

On peut effectivement se poser la question de savoir si l'emploi, très fréquent, du terme « *may* » dans le texte des Principes s'impose vraiment, alors que dans des contextes identiques, le projet autrichien emploie souvent des termes plus précis. Dans les différents systèmes nationaux, les intérêts purement économiques sont par exemple protégés dans certains cas de figure, mais pas dans d'autres⁷¹. Ceci montre que la protection des intérêts purement économiques « est » clairement moins complète que la protection des droits absolus.

⁶⁹ The « Principles are too willing to sacrifice hard and fast rules for consideration of the equities of the particular case at hand. [...] With all respect for the wisdom of judges, the Principles should supply more guidance »; « To allow for [...] loopholes is different from constructing the whole cathedral of the law in form of a Swiss cheese, with holes all over, which allow for equitable considerations to be brought in. It seems that the balance struck by the Principles is tilted too far towards equity, to the detriment of legal certainty », WAGNER, CMLR 2005, 1269 (1289 f.); dans le même sens JANSEN, ZEuP 2007, 398 (399); idem, RabelsZ 2006, 723 (752 ss): « bewegliche Systeme bieten Argumente statt Entscheidungen ».

⁷⁰ WAGNER, CMLR 2005, 1269 (1287): « The three letter word « may » [...] appears no less than 23 times in the text of the Principles »; ZIMMERMANN, in: KOZIOL / STEININGER (Hg.), European Tort Law 2003, p. 2 (11), critique également « the surprisingly vague term « may » in the first sentence of Art. 2:102 (4) PETL »; JANSEN, RabelsZ 2006, 723 (759 ss).

⁷¹ Bien que ces cas de figure soient plus ou moins semblables d'un pays à l'autre, ils n'en sont pas pour autant identiques, v. WILLEM VAN BOOM / HELMUT KOZIOL / CHRISTIAN WITTING (édit.), Pure Economic Loss, Wien/New York 2004; MAURO BUSSANI / VERNON VALENTINE PALMER (édit.), Pure Economic Loss in Europe, Cambridge 2003; EFSTATHIOS BANAKAS (édit.), Civil Liability for Pure Economic Loss, London et al. 1996.

Néanmoins, si l'on considère que les *Principles* doivent respecter le style des codifications continentales, il semble difficile de codifier les cas de figure précis dans lesquels ces intérêts purement économiques méritent une protection. C'est la raison pour laquelle le *European Group on Tort Law* a au contraire choisi d'énumérer les critères à prendre en considération quant à la protection des intérêts purement économiques (art. 2:102 al. 4). Ce principe semble être un bon compromis en la matière.

Dans ce contexte, des commentaires des Principes plus détaillés et un nombre d'exemples et de notes comparatives plus important seraient particulièrement utiles.

6. Les lacunes

Tout comme la première version des Principes Lando et des Principes d'UNIDROIT, la première version des *Tort Principles* laisse certaines questions encore ouvertes pour une deuxième version, plus complète. Ne sont pas encore réglés, dans les *Tort Principles*, par ex.⁷²,

- certains allègements du fardeau de la preuve (à l'exception de la charge de prouver le préjudice, art. 2:105. Le fardeau de la preuve est en général considéré, par les auteurs des Principes, comme étant une question de droit procédural), et surtout
- la prescription.

En ce qui concerne la prescription, les droits européens de la responsabilité délictuelle présentent d'importantes différences: le délai de prescription se situe dans une fourchette allant, en principe, d'un an en droits suisse, tchèque, slovaque, espagnol et turc, jusqu'à dix ans en droits français et suédois. En Europe, de nombreux litiges sur la question du droit de la responsabilité délictuelle applicable sont portés jusqu'aux instances suprêmes civiles uniquement parce que l'action sera ou non prescrite selon telle ou telle loi nationale. Étant donné l'énorme importance pratique de la question, une règle sur la prescription semble s'imposer pour une prochaine version des Principes⁷³.

⁷² FUHRER, HAVE 2005, 262, regrette, en plus, que les Principes ne prennent pas position par rapport aux questions d'assurances: «Das ist nachvollziehbar [...], letztlich aber dennoch bedauerlich. [...] Zu denken ist an Themen wie direktes Forderungsrecht, Versicherungsobligationen oder Regressrecht».

⁷³ V. avec de nombreuses références et une proposition de solution au niveau du droit international privé THOMAS KADNER GRAZIANO, Die kumulative Anknüpfung der Verjährung «*in favorem actionis*» – Ein Vorschlag zum Opferschutz in grenzüberschreitenden Fällen, Recht der internationalen Wirtschaft (RIW) 2007, p. 336 ss.

V. Conclusions

Pour revenir à la question de savoir si les Principes du droit européen de la responsabilité délictuelle (ou *Principles of European Tort Law*) pourront jouer, dans un futur pas trop lointain, le même rôle que les Principes Lando et les Principes d'UNIDROIT jouent aujourd'hui en matière contractuelle, on pourrait constater les différents points suivants.

1. Qualité

Tout comme les Principes Lando et les Principes d'UNIDROIT, les Principes du droit européen de la responsabilité délictuelle comportent des règles neutres, issues d'études comparatives qui ont pris en compte tous les ordres juridiques concernés. Les règles sont souvent de très haute qualité et, tout comme dans les Principes d'UNIDROIT et les Principes Lando, de nombreuses particularités nationales s'effacent (avec l'exception – importante – de la responsabilité objective).

Tout comme les Principes Lando et les Principes d'UNIDROIT dans leurs premières versions, les *Tort Principles* comportent encore quelques lacunes qui pourraient être comblées dans une deuxième version, notamment en ce qui concerne la question de la prescription.

2. Source d'inspiration pour les législateurs

Etant donné leur qualité, les *Principles of European Tort Law*, tout comme les Principes Lando et les Principes d'UNIDROIT, pourront servir de source d'inspiration pour des projets nationaux de réforme⁷⁴. Un premier exemple est fourni par le projet pour un nouveau droit autrichien de la responsabilité civile qui est riche en références aux *Tort Principles*⁷⁵.

Dans le cadre de l'Union européenne, tous les efforts semblent se concentrer actuellement sur le droit contractuel et le « Cadre commun de référence »⁷⁶.

⁷⁴ Dans ce sens déjà WAGNER, CMLR 2005, 1269 (1290 ss) avec, pourtant, l'avertissement : « However, it is much to be hoped that the flurrying diversity existing within the several European laws of tort and delict will not be buried under the weight of the Principles. The competing solutions offered for one and the same problem still provide a rich treasure for any decisionmaker who strives to base his judgement on a broad consideration of the available solutions and a consideration of their respective advantages and disadvantages ».

⁷⁵ GRISS / KATHREIN / KOZIOL (édit.), Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts, Wien/New York 2006.

⁷⁶ V. supra, p.222 et note 12. Pour une description du projet, v. le *Joint Network on European Private Law*, in : www.copecl.org.

Un acte européen en matière extracontractuelle, par exemple un code de responsabilité délictuelle s'appliquant à des faits transfrontaliers, semble aujourd'hui encore loin d'être élaboré⁷⁷. La question de savoir si les activités de l'Union européenne seront élargies, ces prochaines années, à d'autres matières de droit privé, semble dépendre beaucoup de la qualité et du succès du projet sur le «Cadre commun»⁷⁸. Si ce projet réussit, il pourrait déclencher une dynamique qui pourrait mener non seulement vers un instrument optionnel en matière contractuelle mais aussi vers un instrument en matière de responsabilité délictuelle⁷⁹ applicable à des situations transfrontalières⁸⁰. Les règles d'un tel instrument pourraient dès lors très bien s'inspirer des «*Principles of European Tort Law*».

3. Source d'inspiration pour les juges

Tout comme les principes en matière contractuelle, les Principes de droit européen de la responsabilité délictuelle ont tous les atouts pour servir de source d'inspiration avec *persuasive authority* pour juges et arbitres.

Une telle inspiration ne sera pourtant possible que si les Principes sont connus par un plus large public. Le succès des principes dépendra donc beaucoup de la volonté des enseignants en Europe de présenter, dans un même cours de droit, non seulement leur droit national mais également les Principes européens.

Le succès des Principes dépendra, en plus, de la volonté de la doctrine européenne de présenter, lors des commentaires des codes nationaux, non seulement les dispositions nationales mais aussi les Principes européens.

⁷⁷ Sur le «pour» et le «contre» de l'harmonisation ou de l'uniformisation en la matière WAGNER, CMLR, 1269 (1270 ss); VAN DEN BERGH / VISCHER, ERPL 2006, 511 (514 ss); ULRICH MAGNUS, Europa und sein Deliktsrecht, Gründe für und wider die Vereinheitlichung des ausservertraglichen Haftungsrechts, in: HELMUT KOZIOL (édit.), Liber Amicorum Pierre Widmer, Wien/New York 2003, p. 221 ss; THOMAS KADNER / CHRISTOPH OERTEL, Ein europäisches Haftungsrecht für Schäden im Strassenverkehr – Eckpunkte de lege lata und Überlegungen de lege ferenda, ZVglRWiss 2008, p. 113-163.

⁷⁸ Cf. déjà WAGNER, CMLR 2005, 1269 (1297 s.): «Contract law as pacemaker».

⁷⁹ «In this sense, the fate of European tort law is accessory to the fate of European contract law and of the CFR project», WAGNER, CMLR, 1269 (1297).

⁸⁰ En matière de responsabilité extracontractuelle, le besoin de règles harmonisées se fait sentir, tout comme en droit contractuel, surtout, sinon uniquement, dans des situations transfrontalières, v. aussi FUHRER, HAVE 2005, 262: «Mit nationalem Recht lassen sich Fälle ohne Auslandsbezug befriedigend lösen. Schwierigkeiten bereiten dagegen die (immer häufiger vorkommenden) grenzüberschreitenden Fälle»; VAN DEN BERGH / VISCHER, ERPL 2006, 511 (518 s.); KADNER / OERTEL, ZVglRWiss 2008, 113 ss. Pour la situation en droit contractuel, v., par ex., THOMAS KADNER GRAZIANO, Le futur de la Codification du droit civil en Europe: harmonisation des anciens Codes ou création d'un nouveau Code? (note 13).

4. Règles à disposition des parties dans les relations internationales

Pourrait-on s’imaginer que les parties choisissent les Principes en tant que règles applicables à leurs relations internationales? Nous avons constaté dans les *Tort Principles* que, tout comme dans les Principes Lando, les particularités des droits nationaux⁸¹ s’effacent (ou – dans le cas de la responsabilité objective – devront encore s’effacer). Les *Tort Principles* sont, par conséquent, particulièrement adaptés à des situations transnationales.

Le règlement européen « sur la loi applicable aux obligations non contractuelles » (« Rome II »)⁸², qui entrera en vigueur en janvier 2009, permettra aux parties de choisir le droit applicable à leurs relations extracontractuelles soit après l’événement dommageable (*ex post*), soit, avec quelques limites, avant (*ex ante*) si, à ce moment, les parties sont déjà en contact⁸³. Dans la limite des règles nationales impératives⁸⁴, les parties pourront dorénavant aussi choisir des règlements non étatiques, non seulement en matière contractuelle mais aussi en matière de responsabilité délictuelle.

On peut donc parfaitement bien s’imaginer que des parties choisissent, surtout dans des relations transfrontalières entre professionnels, en tant que règles applicables à leurs relations non seulement les Principes d’UNIDROIT ou les Principes Lando mais, en plus, les *Principles of European Tort Law* – à condition qu’elles soient déjà en contact avant même que l’événement dommageable ne se réalise.

⁸¹ Cf. WAGNER, CMLR, 1269 (1283): « Within every system of tort law there will be islands of irrationality which owe their existence either to long standing traditions or to the influence of interest groups on legislation or even adjudication ».

⁸² Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), JO L 199 du 31.7.2007, p. 40-49.

⁸³ Art. 14 du Règlement « Rome II ». Trop traditionnelle et pessimiste par rapport à la faculté de choisir le droit applicable en matière délictuelle: VAN DEN BERGH / VISCHER, ERPL 2006, 511 (517 s.): « in contrast with a European contract law that may be offered as a twenty-sixth choice, parties involved in a tort setting are generally not able to choose the applicable law beforehand. Competition between different tort laws can only take place at the level of the Member States (...) ». L’expérience en droit international privé européen montre que pour des parties qui entretiennent des relations économiques, le choix *ex ante* peut être une véritable option. Le choix *ex post* est toujours une option intéressante, en tout cas en faveur de la *lex fori*, cf. THOMAS KADNER GRAZIANO, La responsabilité délictuelle en droit international privé européen, Bâle/Genève/Munich/Bruxelles 2004, p. 27 ss, 31 ss.

⁸⁴ Très instructif par rapport aux règles de droit non dispositif en matière de responsabilité délictuelle, DOROTHEE SCHRAMM, *Ausländische Eingriffsnormen im Deliktsrecht*, Berne 2005.

VI. L'avenir?

Nous avons constaté l'existence de nombreux atouts dans les Principes du droit européen de la responsabilité délictuelle (ou Principles of European Tort Law) ainsi que quelques faiblesses auxquelles on pourrait remédier, et quelques lacunes qu'il faudrait combler. Parmi tous ces atouts, l'aspect le plus essentiel est qu'avec les Principes, les juristes européens auront dorénavant à disposition un *nouvel ordre de référence* et un *tertio comparationis* pour toute discussion en matière de responsabilité délictuelle au niveau européen, et voire au-delà de l'Europe. Le succès des Principes Lando et des Principes d'UNIDROIT nous montre que les efforts nécessaires pour élaborer, présenter, analyser et pour ensuite améliorer ou compléter des principes de droit européen valent bien la peine d'être accomplis.