

---

# *La lettre de France*





# Contrat et responsabilité civile : pour un système juste en droit des obligations

*Kouroch BELLIS\**

**Contracts and civil liability: in the pursuit of a fair system in law of obligations**

**Contrato y responsabilidad civil: por un sistema justo en el derecho de obligaciones**

**Contrato e responsabilidade civil: para um sistema de justo em direito das obrigações**

合同与民事责任：寻求一个公正的债法制度

---

## Résumé

Alors que le second volet de la réforme du droit français des obligations est en cours, il est utile de revenir sur les rapports entre les concepts de contrat et de responsabilité.

La responsabilité contractuelle est bien fondée. Le concept et son régime juridique se retrouvent tout au long de l'histoire du droit, depuis Rome. Le gonflement de ses effets (contenu obligationnel exorbitant,

## Abstract

While reform of the French law of obligations is currently going through its second phase, it is useful to rethink the relationship between the concepts of contract and civil liability.

Contractual liability is legitimate. The concept and its rules can be seen throughout legal history, since Rome. The inflation of its consequences (exorbitant obligationnal content, extended indemnification...)

---

\* Assistant professor en droit et directeur de la licence de droit avec droit français au Trinity College Dublin, membre du Laboratoire de droit civil de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Master Droit privé général et Master Histoire du droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II). L'auteur profite de cette deuxième *Lettre de France* pour remercier le professeur Didier Lluellas de l'avoir invité à les écrire, le professeur Michel Morin pour sa grande diligence à leur égard et Madame Valerie Parent pour son travail remarquable.

étendue de la réparation...) est principalement dû au principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle. La seule chose qui compte est le caractère juste de la réparation des conséquences dommageables d'un manquement contractuel fautif.

Par ailleurs, tout créancier doit pouvoir demander, dans un même temps, l'exécution forcée par équivalent de sa créance contractuelle. Le droit français a historiquement refusé un tel concept, mais il découle en réalité de la force obligatoire du contrat. Il découle aussi de la logique économique du contrat, puisque l'économie de marché crée du profit à partir de l'échange des biens.

Le principe de concours des responsabilités délictuelle et contractuelle doit enfin être affirmé. Le principe actuel de non-cumul est néfaste et facteur d'injustice à bien des égards, notamment parce qu'il aboutit à traiter différemment des situations relativement semblables et qu'il en résulte un droit compliqué. Or, le principe de non-cumul est le fruit d'un courant doctrinal du XIX<sup>e</sup> siècle qui a émergé à partir de questions que nous avons oubliées de nos jours.

La responsabilité civile est la conséquence de la violation d'une obligation civile de manière à manquer au devoir général de veiller à ne pas nuire à autrui (*neminem laedere*). Elle est contractuelle lorsque cette obligation est issue d'un contrat en particulier et ce qu'on appelle aujourd'hui la responsabilité délictuelle ou extracontractuelle est le droit commun de la responsabilité civile. Lorsqu'il n'y a pas de faute, le devoir de veiller à ne pas nuire à autrui entraîne obligation de garantir certains dommages, notamment ceux résultant des risques pris pour autrui dans le but d'obtenir un profit personnel. Responsabilité et garantie peuvent être re-

is mainly a consequence of the principle of non-cumulation of contractual and delictual liability. The only thing that counts is the fairness of indemnification of the prejudicial consequences of a wrongful breach of contract.

Besides, every creditor should have the right to demand, at the same time, the "coerced execution by equivalence" (*exécution forcée par équivalent*) of the obligation. French law has historically rejected such a concept, but it actually stems from the obligatory force of contracts. It also flows from the economic rationale of contracts, since the market economy creates profit from the exchange of goods.

The principle of conjunction of delictual and contractual liabilities must finally be asserted. The current non-cumulation principle is in many ways a factor of harm and injustice, primarily because it results in assigning different results to similar situations and unnecessarily complicates the law. Yet, the non-cumulation principle is the fruit of a doctrinal trend of the 19<sup>th</sup> century that arose from issues that we have forgotten nowadays.

Civil "responsibility" (*responsabilité*) is the consequence of the violation of a civil obligation so that there is a breach in the general duty of care to not to do harm to others (*neminem laedere*). That "responsibility" is contractual when the obligation results from a particular contract and what we call nowadays delictual or extra-contractual responsibility is the common law (*droit commun*) of civil responsibility. When there is no fault, the duty of care not to harm others brings about the obligation to "guarantee" some damages, in particular those resulting from the risks imposed on others in the pursuit of personal profits. Responsibility and guarantee

groupées dans le concept d'imputabilité.

## Resumen

Mientras que la segunda fase de la reforma del derecho francés de obligaciones está en curso, es útil volver sobre las relaciones entre los conceptos contrato y responsabilidad.

La responsabilidad contractual está bien fundamentada. El concepto y su régimen jurídico pueden verse a lo largo de la historia del derecho, desde la época romana. El aumento de sus efectos (contenido obligacional exorbitante, alcance de la reparación ...) es debido principalmente al principio de no acumulación de responsabilidades contractual y extracontractual. Lo único que cuenta es el carácter justo en la reparación de las consecuencias perjudiciales de un incumplimiento culposo del contrato.

Por otro lado, todo acreedor debe poder solicitar, al mismo tiempo, la ejecución forzada por equivalente de su obligación contractual. Históricamente, el derecho francés ha rechazado tal concepto, pero en realidad este se deriva de la fuerza vinculante del contrato. También se desprende de la lógica económica del contrato, ya que la economía de mercado genera ganancias a partir del intercambio de bienes.

El principio de concurso de responsabilidades extracontractual y contractual debe finalmente ser declarado. El principio actual de no acumulación es nefasto y factor de injusticia en muchos aspectos, y en particular porque conduce a tratar situaciones relativamente similares de manera diferente y porque complica innecesariamente el derecho. Ahora bien, el principio de la no acumulación es el fruto de una corriente doctrinal del siglo

(*garantie*) can be gathered together under the concept of liability (*imputabilité*).

## Resumo

Enquanto a segunda fase da reforma do direito francês das obrigações está em curso, é útil retomar as relações entre os conceitos de contrato e de responsabilidade.

A responsabilidade contratual é bem fundamentada. O conceito e seu regime jurídico se encontram ao longo da história do direito, desde Roma. O inchaço de seus efeitos (conteúdo obrigacional exorbitante, extensão da reparação...) se deve principalmente ao princípio da não-acumulação de responsabilidades contratual e delituosa. A única coisa que conta é o caráter justo da reparação das consequências danosas de um descumprimento contratual faltoso.

Ademais, todo credor deve poder demandar, ao mesmo tempo, a execução forçada pelo equivalente de seu crédito contratual. O direito francês historicamente rejeitou tal conceito, mas ele decorre em realidade da força obrigatória do contrato. Decorre também da lógica econômica do contrato, já que a economia de mercado cria lucro a partir das trocas de bens.

O princípio da concorrência das responsabilidades delituosa e contratual deve enfim ser afirmado. O princípio atual de não-acumulação é nefasto e fator de injustiça sob diversos aspectos, e notadamente porque ele acaba por tratar diferentemente situações relativamente parecidas no quadro de um direito complicado. Ora, o princípio de não-acumulação é fruto de uma corrente doutrinária do século XIX que emergiu a partir de questões de que nos esquecemos em nossos dias.

XIX que surgió a partir de cuestiones que hemos olvidado hoy.

La responsabilidad civil es la consecuencia del incumplimiento de una obligación civil al faltar al deber general de procurar no hacer daño a otros (*neminem laedere*). Esta es contractual cuando esta obligación proviene de un contrato en particular y lo que hoy se llama responsabilidad extracontractual es el derecho común de responsabilidad civil. Cuando no hay culpa, el deber de procurar no hacer daño a otro conlleva la obligación de garantizar por algunos daños, especialmente los resultados de los riesgos impuestos a otros para obtener un beneficio personal. Responsabilidad y garantía se pueden reagrupar en el concepto de imputabilidad.

A responsabilidade civil é a consequência da violação de uma obrigação civil de modo a faltar para com o dever geral de cuidar para não causar dano ao outro (*neminem laedere*). Ela é contratual quando esta obrigação é decorrente de um contrato em particular e o que hoje chamamos responsabilidade delituosa ou extracontractual é o direito comum da responsabilidade civil. Quando não há falta, o dever de não causar dano ao outro implica a obrigação de garantir alguns danos, especialmente os resultantes dos riscos assumidos por outro com o objetivo de obter vantagem pessoal. Responsabilidade e garantia podem ser reagrupadas no conceito de imputabilidade.

## 摘要

法国债法改革已进入它的第二阶段，有必要重新思考合同与责任概念之间的关系。

合同责任是有根据性的。自罗马法以来，合同责任及其法律制度就一直存在。其效力的膨胀（债的内容过高、赔偿扩大……）主要是由于合同责任和侵权责任不累加的原则。唯一重要的是针对有过错违约的损害后果进行赔偿的公正性。

另外，任何债权人必须在同一时间请求“强制等价履行”合同债权。以往，法国法拒绝接受此概念，但它实际上来源于合同的强制执行效力。此概念也可从合同的经济逻辑得出，因为市场经济是从财产的交换而创造利润。

最后，应当肯定侵权责任与合同责任的竞合原则。现有的不累加原则在很多方面有害且是不公正的因素之一，主要因为它对相似的情况作不同的处理，从而使得法律复杂化。然而，不累加原则源自19世纪的学说潮流，当时处理的一些问题现今早被我们遗忘。

民事责任是违反民事债以致违反不得损害他人 (*neminem laedere*) 这个一般性义务的结果。它是合同性的，因为这种债产生于合同，而今天被我们称为“侵权责任”或“合同外责任”的则是普通法意义上的民事责任。如果没有过错，不得损害他人的义务将产生担保之债，担保他人因追求个人利益而承担的风险所导致的损害。可归责性概念集合了责任和担保两个概念。

# Plan de la lettre

<b>Introduction</b> .....	297
<b>I. Pour la responsabilité contractuelle</b> .....	300
A. Le lien historique entre les notions de contrat et de responsabilité .....	301
1. Droit romain .....	301
2. Époque moderne .....	305
3. Après le Code civil .....	313
B. Le caractère juste d'une garantie des conséquences dommageables d'un manquement contractuel .....	333
<b>II. Pour l'exécution par équivalent</b> .....	338
A. Affirmation du principe.....	338
B. Difficultés.....	353
<b>III. Pour le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle</b> .....	367
A. Critique et historique du principe de non-cumul.....	367
B. Le principe de concours des responsabilités contractuelle et délictuelle.....	381
<b>IV. Présentation générale du droit de la responsabilité civile (imputabilité civile) à partir du devoir général de veiller à ne pas nuire à autrui</b> .....	393
A. Le devoir général de veiller à ne pas nuire à autrui ( <i>neminem laedere</i> ), fondement de la responsabilité et de la garantie civiles.....	393
B. Les clauses générales d'imputabilité, supports du <i>neminem         laedere</i> .....	409
<b>Conclusion</b> .....	420





1. La réforme du droit français des obligations passe à son second acte. On lit souvent qu'après le contrat et le régime général des obligations, c'est au tour de la « responsabilité civile » d'être réformée. En réalité, tout dépend de ce que l'on entend par cette dernière expression, et si l'on y inclut ce concept tant discuté ces dernières décennies : la responsabilité contractuelle.

Schématiquement, durant cette période, deux visions se sont affrontées en doctrine. D'une part, la vision selon laquelle la responsabilité contractuelle est un « faux concept » et contrat et responsabilité civile doivent être deux domaines séparés. Philippe Le Tourneau<sup>1</sup>, et plus encore Philippe Rémy<sup>2</sup>, ont été les fers de lance de cette théorie, et une partie importante de la doctrine française a partagé leur point de vue<sup>3</sup>. D'autre part, la vision selon laquelle le concept de responsabilité contractuelle doit être conservé. Geneviève Viney a mené la défense de cette doctrine, et a même estimé qu'un droit commun, voire unique, des responsabilités contractuelle et délictuelle doit être recherché et leurs régimes rapprochés au possible<sup>4</sup>. Nombre d'auteurs ont partagé, en totalité ou en partie, ce point de vue<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Philippe LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation 2018-2019*, 11<sup>e</sup> éd., coll. Dalloz Action, Paris, Dalloz, 2017, n° 3213.00 et suiv.; Philippe LE TOURNEAU, « Brefs propos critiques sur la "responsabilité contractuelle" dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », D. 2007.2180.

<sup>2</sup> Philippe RÉMY, « La responsabilité contractuelle. Histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997.323; Philippe RÉMY, « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et cultures* 1996.31; Philippe RÉMY, « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », dans *Mélanges offerts à Pierre Couvrat. La sanction du droit*, Paris, P.U.F., 2001, p. 121.

<sup>3</sup> Par exemple: Denis TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle? », dans Jean BEAUCHARD et Pierre COUVRAT (dir.), *Droit civil, procédure, linguistique juridique: Écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris, P.U.F., 1994, p. 429; Jean BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat. À propos de l'évolution des ordres de responsabilité civile*, préface Rémy Cabrillac, Paris, L.G.D.J., 2001.

<sup>4</sup> Geneviève VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », dans *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 921; Geneviève VINEY, « Pour ou contre un "principe général" de responsabilité civile pour faute? Une question posée à propos de l'harmonisation des droits civils européens », dans *Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 555; Geneviève VINEY, *Introduction à la responsabilité*, Paris, L.G.D.J., 2006, n° 161-245, et spécialement les numéros 161-[166-17] et n° 232 et suiv. D'autres ouvrages de la même collection sont notamment co-écrits avec Patrice Jourdain.

<sup>5</sup> Philippe BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Paris, LexisNexis, 2016, n° 88 et suiv.; Georges DURRY, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle :

Ces deux doctrines ont abouti à deux avant-projets de réforme opposés. Au sein du groupe composé de nombreux professeurs réunis autour de Pierre Catala, la responsabilité civile a été prise en charge à part par Geneviève Viney, avec la collaboration de quatre autres universitaires<sup>6</sup>. De sorte qu'en plus de l'« avant-projet Catala » de réforme du droit des obligations, on parle aussi du « projet Viney » de réforme du droit de la responsabilité. Quant au groupe plus restreint constitué par François Terré sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques, il était notamment composé de Philippe Rémy, dont les réflexions préliminaires sur le droit des délits constituent la première étude de l'ouvrage proposant une

---

dualité ou unité?», colloque « La responsabilité civile à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle. Bilan prospectif », *Responsabilité civile et assurances* juin 2001 (6 bis).hors-série.20; Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 2. Responsabilité civile et quasi-contrats*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2013, p. 38 et 39; Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2017, n° 313; Patrice JOURDAIN, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », dans *Les métamorphoses de la responsabilité, Sixièmes journées René Savatier*, Paris, P.U.F., 1998, p. 65 et suiv.; Paul GROSSER, *Les remèdes à l'exécution du contrat: essai de classification*, thèse de doctorat, dir. Jacques Ghestin, Paris I, 2000; Yvaine BUFFELAN-LANORE et Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil. Les obligations*, 15<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2017, n° 2121 et suiv. et n° 2975 et suiv.; Christian LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », dans *Le droit privé français à la fin du xx<sup>e</sup> siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 543; Laurence LETURMY, « La responsabilité civile du contractant », *RTD civ.* 1998.839; Philippe MALAURIE, Laurent AYNÈS et Philippe STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, Paris, L.G.D.J., 2016, n° 933 et suiv.; Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Les obligations. 3. Le rapport d'obligation*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2015, n° 180 et suiv.; Éric SAVAUX, « La fin de la responsabilité contractuelle? », *RTD civ.* 1999.1. Voir aussi Mireille BACACHE-GIBELLI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 2016, n° 65 et suiv.; Jérôme HUET, « Observations sur la distinction entre les responsabilités contractuelle et délictuelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC* 2007.31 et suiv.; Zoé JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, allemand et anglais*, thèse de doctorat, dir. Bénédicte Fauvarque-Cosson et Gerhard Dannemann, Paris II, 2015; Emmanuelle JUVEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, préface Éric Loquin, L.G.D.J., 2016.

<sup>6</sup> Pierre CATALA, « Présentation générale de l'avant-projet », dans Pierre CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, La documentation française, 2006, p. 10, à la p. 12.

réforme de la responsabilité civile<sup>7</sup> et qui co-écrit la présentation générale des propositions de cet ouvrage<sup>8</sup>.

Le débat n'a d'ailleurs pas manqué de s'internationaliser, autant dans un cadre législatif que doctrinal. C'est par exemple le cas du Québec, dont la réforme du droit des obligations de 1994 a consacré l'application du concept de responsabilité à la matière contractuelle, puisque le Code civil du Québec comporte, depuis lors, un chapitre consacré à « la responsabilité civile » (art. 1457 et suiv.), tout en prévoyant, au sein du chapitre relatif à l'exécution des obligations, un régime spécial à la responsabilité contractuelle appelée « exécution par équivalent » (art. 1607 et suiv.). En doctrine, le débat français a été répliqué à la fin des années 2000<sup>9</sup>.

En France, le projet présenté par le ministère de la Justice en 2017 et transmis au Parlement<sup>10</sup> est, pour sa part, franchement inspiré du projet Viney.

2. Cependant, la structure d'ensemble proposée par la réforme française du droit des obligations satisfait peu, notamment du fait que les rapports entre responsabilité et contrats y sont assez obscurs<sup>11</sup>. En effet, le titre III du livre III du Code civil s'intitule désormais « Des sources d'obligations », son premier sous-titre est relatif au contrat et le second à « la responsabilité », « extracontractuelle » à l'heure actuelle, « civile » dans le projet de réforme de 2017, qui accepte donc le concept de responsabilité contractuelle. Cela signifie donc que la responsabilité serait une source d'obligations en général, en même temps qu'elle serait la conséquence de la violation d'une obligation en matière de contrats. Or, aucune explication logique d'ensemble n'est présentée.

<sup>7</sup> Philippe RÉMY, « Réflexions préliminaires sur le chapitre *Des délits* », dans François TERRÉ (dir.), *Pour une réforme de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011, p. 15.

<sup>8</sup> Philippe RÉMY et Jean-Sébastien BORGHETTI, « Présentation du projet de réforme de la responsabilité délictuelle », dans F. TERRÉ (dir.), *id.*, p. 61.

<sup>9</sup> Pour la position de Philippe Rémy : Daniel GARDNER et Benoît MOORE, « La responsabilité contractuelle dans la tourmente », (2007) 48-4 *C. de D.* 543. En réplique, pour la position contraire : Pierre-Gabriel JOBIN, « Amputer la responsabilité contractuelle ? Une tourmente inutile et néfaste », (2009) 50-1 *C. de D.* 3.

<sup>10</sup> *Projet de réforme de la responsabilité civile*, Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du Sceau, mars 2017, en ligne : <[http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet\\_de\\_reforme\\_de\\_la\\_responsabilite\\_civile\\_13032017.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf)> (consulté le 30 juin 2018).

<sup>11</sup> Soulignant la complexité du projet de la Chancellerie : P. RÉMY, préc., note 7, p. 16.

C'est donc l'occasion de revenir sur les rapports entre obligation, contrat et responsabilité et de rechercher une cohérence globale entre ces notions, et par là contribuer à trouver un juste système en droit des obligations civiles.

3. Le débat doctrinal qui tourne autour de la notion de responsabilité contractuelle apparaît comme bien flou et confus. La raison en est, justement, que des questions liées mais différentes sont confondues et analysées ensemble en doctrine. Or, depuis Descartes au moins, nous savons qu'il faut, pour résoudre un problème important, le diviser et traiter d'abord séparément chaque question qu'il appelle<sup>12</sup>.

Pour ma part, je suis pour le concept de responsabilité contractuelle (I), pour le concept de paiement par équivalent (II) et pour un principe de concours des responsabilités (III). À partir de là, et du concept de devoir général de veiller à ne pas nuire à autrui, il est possible de faire une présentation générale cohérente du droit de la responsabilité civile (de l'imputabilité civile) (IV).

## I. Pour la responsabilité contractuelle

4. Le débat relatif au concept de responsabilité contractuelle est en réalité double. Il y a d'abord le procès sur une base historique qu'on a fait à l'idée de responsabilité en matière de contrats, qui aurait été une invention relativement récente. En réalité, le lien historique entre les notions de contrats et de responsabilité est manifeste (A). Il y a, d'autre part, la question de fond qui est quelque peu cachée par ce débat historique: est-il juste que le cocontractant fautivement auteur d'un manquement contractuel garantisse, sauf stipulation contraire du contrat, la réparation des conséquences dommageables de ce manquement, dans la limite de ce qui était prévisible par les parties? Ma réponse est affirmative (B).

---

<sup>12</sup> C'est le deuxième des quatre préceptes fondamentaux de René Descartes en matière de méthode. René DESCARTES, *Discours de la méthode*, Leyde, Ian Maire, 1637, deuxième partie.

## A. Le lien historique entre les notions de contrat et de responsabilité

5. Contrairement à ce qu'on a affirmé dans un fameux article<sup>13</sup>, l'idée d'une responsabilité en matière contractuelle, celle d'une fonction de réparation du traitement juridique des conséquences du contrat, et même celle d'une identité de nature entre les responsabilités contractuelle et délictuelle n'a rien d'une invention de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle français. On retrouve tous ces éléments en droit romain (1) et, à partir de là, dans toute l'histoire du droit français, que ce soit à l'époque moderne (2) ou après le Code civil (3).

### 1. Droit romain

6. Pour affirmer l'affinité des notions de contrat et de responsabilité, il suffit déjà de rappeler l'origine du terme « responsabilité »<sup>14</sup>. Le mot en lui-même n'est apparu en français qu'à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, sous l'influence du mot anglais « *responsibility* », qui a émergé un demi-siècle auparavant dans le domaine du droit constitutionnel. Cependant, le terme anglais est lui-même issu de l'ancien français « *responsible* », qui a aussi engendré le moyen français « *responsibiliteit* », attesté au XIV<sup>e</sup> siècle mais ensuite entré en désuétude. Par ailleurs, et surtout, on trouve, dès 1309, le mot « *responsavle* » être utilisé à Reims dans le sens d'« admissible en justice ». La forme « responsable » prit le dessus par la suite. L'ancien mot français est lui-même dérivé de la racine *respons*, du latin *respondere*, qui est aussi à l'origine du verbe « répondre ». Or, *respondere* est formé sur *spondere*, qui renvoie à la *sponsio* du droit romain. Celle-ci était... l'engagement formel d'une personne envers un cocontractant (techniquement un stipulant) dans le cadre de la *stipulatio* de droit civil. Le verbe *spondere*, et parfois même le verbe *respondere*<sup>15</sup>,

<sup>13</sup> P. RÉMY, « La responsabilité contractuelle. Histoire d'un faux concept », préc., note 2.

<sup>14</sup> Alain REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2016, « responsable » ; Frédéric GODEFROY, *Dictionnaire de l'ancienne langue française et de tous ses dialectes du IX<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle...*, t. 7, Genève et Paris, Slatkine, 1982, p. 182, « responsable » ; Paul Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8<sup>e</sup> éd. par Félix SENN, Paris, A. Rousseau, 1929, rééd. Jean-Philippe LÉVY, Paris, Dalloz, 2003, p. 515 et suiv. Voir aussi Émile LITTRÉ (dir.), *Dictionnaire de la langue française*, t. 6, Paris, J.-J. Pauvert, Gallimard et Hachette, 1958, « responsable », qui fait référence, en ce qui concerne l'étymologie du mot français, au provençal « *responsable* ». Voir encore : Jacques HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot "responsabilité" », *Archives de philosophie du droit* 1977 (XXII « La responsabilité »).59.

<sup>15</sup> D., 45, 1, 1, 3 et D., 46, 4, 7 (recherche faite par Philippe Cocatre-Zilgien).

étaient certes employés uniquement dans le cadre de la *stipulatio*, entre citoyens romains, mais la *stipulatio* occupe une place fondamentale en droit romain et ce qu'on peut appeler la théorie générale des contrats est en grande partie le fruit de la réflexion des juristes sur cette figure juridique abondamment traitée dans le Digeste.

7. Cette affinité sémantique historique s'explique par l'affinité des concepts. Dans tout contrat, on s'engage à *répondre* de sa promesse, comme dans la responsabilité délictuelle, et notamment à l'époque romaine, dans la responsabilité aquilienne, on *répond*, certes sans engagement, de son fait fautif<sup>16</sup>. Il est vrai qu'une fois le contrat conclu, que ce soit la *stipulatio* ou un contrat spécial, bien qu'il fût logique de considérer que la conséquence de *spondere* (s'engager à) quelque chose fut de *respondere* (répondre) de cette chose, ce furent plutôt les verbes *praestare* (prester, fournir une prestation) et *teneri* (être tenu, sous-entendu par une action en justice) qui furent employés, du fait de la logique processuelle du droit romain classique. Il n'empêche que l'idée est la même, et nous verrons le glissement progressif de vocabulaire derrière cette idée unique.

8. La question de fond est, quant à elle, de savoir s'il est récent d'apprécier la conséquence d'un manquement contractuel par rapport au dommage qu'il crée et la faute du débiteur à l'origine de ce dommage. La réponse est absolument implacable pour le droit romain. L'évaluation de la somme que le débiteur devait payer en cas d'absence d'exécution ou d'exécution tardive était totalement dominée par une appréciation des fautes du débiteur et par les conséquences dommageables pour le créancier<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> On a pu écrire que les occurrences du verbe «répondre» antérieures au xx<sup>e</sup> siècle n'évoquent la responsabilité que pour un esprit contemporain (P. LE TOURNEAU, «Brefs propos critiques sur la "responsabilité contractuelle" dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité», préc., note 1) mais il s'agit là de ce que j'ai appelé (Kouroch BELLIS, *Système de l'obligation naturelle*, thèse de doctorat, dir. Laurent Leveneur, Paris II, 2018, n<sup>o</sup> 35 et 36) l'anachronisme majeur dans le but d'éviter un anachronisme mineur. C'est-à-dire que, pour ne pas appliquer la *forme* ultérieure d'une idée à celle d'une époque antérieure, on en vient à appliquer le *fond* de l'idée à cette époque. En l'occurrence, peut-être les auteurs anciens n'utilisaient pas le mot «responsabilité», et peut-être même n'avaient-ils pas le concept en tant que tel, mais on ne peut en déduire une opposition entre leurs conceptions et le concept contemporain de responsabilité contractuelle.

<sup>17</sup> Pour les développements ci-après à ce sujet : P. F. GIRARD, préc., note 14, p. 684-704 ; Jean-Philippe LÉVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2010, n<sup>o</sup> 659-670, p. 994-1007. Un ouvrage en allemand est consacré à l'évaluation en

La conséquence d'un manquement contractuel put différer selon les actions<sup>18</sup> et les temps. Il semble qu'au moins à l'époque ancienne, la réparation était limitée à la valeur de la chose dans certaines actions, mais que déjà fut apparue une évolution entre le remboursement de la valeur de la chose au moment de la *litiscontestatio* (action en justice, au sens contemporain) – ou *quanti ea res est* (au présent) –, pour évoluer vers cela au moment du jugement – ou *quanti ea res erit* (au futur) –, ce qui fait déjà entrer cette réparation dans une logique indemnitaire. Surtout, apparut bientôt la formule *quanti actori interest*, franchement centrée sur le dommage subi par le créancier, et impliquant deux choses à rembourser cumulativement : le *damnum emergens* (le « dommage qui apparaît ») et le *lucrum cessans* (le profit qui ne se produit pas, sous-entendu du fait du manquement contractuel)<sup>19</sup>.

On trouve des opinions de juristes romains limitant dans certains domaines la réparation au préjudice intrinsèque<sup>20</sup> (*circa rem*). Par exemple, Paul estime que seulement le vin non livré sera remboursé, et non le profit escompté de la vente ; ou encore, seulement le blé non livré, et non les esclaves morts de faim consécutivement<sup>21</sup>. Cependant, même dans ce cas, c'est bien d'un point de vue subjectif et en tant que dommage ou intérêt du créancier à réparer que l'on raisonne ; la discussion porte sur la limitation de cette réparation. Surtout, ces limitations ne semblent avoir été ni unanimes, ni générales, ni avoir perduré dans le temps. Par exemple, toujours au sujet de la vente, Ulpien estime que si une personne vend un esclave qu'il sait fugitif ou voleur, il devra rembourser non seulement la différence de prix (en comparaison à un esclave non fugitif), mais aussi le dommage résultant du fait que l'esclave a emmené d'autres esclaves dans sa fuite ou a volé des choses dans la maison avant sa fuite<sup>22</sup>. Or, dans le contexte du droit romain, toute confusion avec la responsabilité délictuelle est impossible, chaque action en justice étant procéduralement bien séparée : dans cette hypothèse, et dans beaucoup d'autres, c'est bien l'action du

---

droit romain des dommages et intérêts contractuels : Friedrich MOMMSEN, *Beiträge zum Obligationenrecht, 2: Zur Lehre vom Interesse*, Braunschweig, Schwetschke, 1855.

<sup>18</sup> C'est-à-dire, *grosso modo*, selon les matières précises en question. Le « droit » romain classique s'est construit comme une série d'« actions » (en justice) spécifiques.

<sup>19</sup> *D.*, 46, 8, 13, pr. (Paul).

<sup>20</sup> Pour reprendre le vocabulaire de Pothier, qui me semble être une bonne traduction de la locution latine.

<sup>21</sup> *D.*, 19, 2 *De l'action de location*, 21, 3 (Paul).

<sup>22</sup> *D.*, 19, 1 *De l'action de vente*, 13, 1-2 (Ulpien).

contrat conclu (ici, de vente) qui est celle utilisée afin que le préjudice soit réparé.

D'ailleurs, dans le passage d'Ulpien évoqué, celui-ci continue avec un raisonnement éminemment subjectiviste et tourné autour de la présence ou de l'absence de faute du vendeur, mêlé à une appréciation du dommage. En effet, il explique que si le vendeur ignorait que l'esclave était fugitif, il ne doit rembourser que la différence. S'il ignorait qu'il est voleur, alors il ne doit rien (car l'esclave voleur peut être gardé), sauf si le vendeur a assuré que l'esclave était sage (car, comprend-on, il aura été négligent en ce faisant)<sup>23</sup>. L'étendue de la réparation est donc souvent corrélée à une appréciation des actions personnelles du vendeur. Par exemple encore, Africanus nous informe que le remboursement du profit escompté par un locataire d'une ferme de l'exploitation de celle-ci dépend de savoir si le bailleur pouvait empêcher le trouble de jouissance, ou si au contraire c'est le fruit d'une force majeure, auquel cas seuls les loyers seront remboursables<sup>24</sup>.

D'une manière générale, la notion de *culpa* est omniprésente en droit romain des contrats, et nous avons l'embaras du choix pour le montrer. Par exemple, dans le cadre de l'action de location (donc relative à un contrat), Ulpien explique d'abord que l'ignorance du caractère défectueux de tonneaux loués entraînera la condamnation aux intérêts (*id quod interest*) issus de l'écoulement du vin contenu (c'est-à-dire au profit escompté de ce vin, en plus de la valeur de dommage), mais que la mort des bêtes d'une ferme du fait des herbes qui y ont poussé alors que le bailleur ne connaissait pas le caractère mauvais des herbes n'entraînera qu'une réparation au *damnum*, sans donner de justification, mais on peut penser que le premier est plus fautif<sup>25</sup>. En tout cas, il enchaîne immédiatement en disant que le locataire doit réparer le dommage causé *par sa faute (culpa)* au matériel de ferme fourni par le bailleur<sup>26</sup>.

9. En fin de compte, certains fragments sont très explicites sur la logique indemnitaire des dommages et intérêts à payer en vertu de l'action d'un contrat. Par exemple, au sujet du cas où un véhicule est prêté à deux personnes, Celse le Jeune estime que « chacun doit répondre (*praestare*) en

<sup>23</sup> *D.*, 19, 1 *De l'action de vente*, 13, 1 et 3 (Ulpien).

<sup>24</sup> *D.*, 19, 2 *De l'action de location*, 33 (Africanus).

<sup>25</sup> *D.*, 19, 2 *De l'action de location*, 19, 1 (Ulpien).

<sup>26</sup> *D.*, 19, 2 *De l'action de location*, 19, 2 (Ulpien).



totalité de son dol, de sa faute, de sa négligence ou de son manque de soin duquel est résulté un préjudice»<sup>27</sup>.

10. En outre, il semble que les montants auxquels les débiteurs étaient condamnés à réparer étaient importants puisque Justinien lui-même dut intervenir pour limiter la valeur des dommages et intérêts dans les actions en justice portant sur une chose certaine au double de la valeur vénale de la chose<sup>28</sup>.

11. La question du cumul des responsabilités est même déjà très explicitement évoquée en droit romain<sup>29</sup>. Il y a notamment un passage où l'on discute la possibilité, ou non, d'agir, dans l'hypothèse d'un vêtement prêté mais ensuite déchiré, sur le fondement de la loi aquilienne et sur le fondement du contrat cumulativement. Le prêteur et propriétaire a alors une option<sup>30</sup> mais, à l'époque classique, ne peut cumuler. La règle changera dans le Digeste (par voie d'interpolation), qui prévoit que l'action fondée sur le prêt laisse subsister pendant trente jours la possibilité d'agir sur le fondement de la loi aquilienne pour l'excédent de réparation à laquelle cette loi donnait lieu<sup>31</sup>.

## 2. Époque moderne

12. Avec un tel héritage romain, on peut imaginer que tout le droit des contrats subséquent sera soumis, en ce qui concerne les conséquences d'un manquement contractuel, à l'idée de faute et de réparation d'un dommage dont on est responsable.

13. À l'époque moderne, le droit des contrats se fonde sur le droit romain, mais avec un vocabulaire qui ressemble au nôtre. On observe alors une absolue équivalence entre le fait d'être tenu (*teneri*) par une action ou de devoir en fournir (*praestare*) une et de celui d'être responsable.

<sup>27</sup> D., 13, 6 *De l'action de prêt à usage*, 5, 15 (Ulpian, faisant référence à Celse le jeune). Traduction Hulot. Voir P. F. GIRARD, préc., note 14, p. 794.

<sup>28</sup> C. 7, 47, 1, 1.

<sup>29</sup> Voir P. F. GIRARD, préc., note 14, p. 700 et 701.

<sup>30</sup> D., 44, 7, 34, 2.

<sup>31</sup> P. F. GIRARD, préc., note 14, p. 701.

Dans son traité de droit des contrats de 1613, Jean Rochette (1560-1640)<sup>32</sup> reprend des fragments romains en utilisant un vocabulaire ancien et proche du latin, et pourtant utilise le mot « responsable » à plusieurs reprises. Ainsi, au sujet du « loyage et conduction » (de *locatio conductio*, louage), le « conducteur » (preneur) est dit « responsable » même de sa « faute treslegere »<sup>33</sup>. Dans le contrat de « vente et achat » (de *emptio venditio*), le vendeur « n'est responsable néanmoins que pour cette paction [*pactio*, pacte] d'un cas advenu fortuitement. Ainsi seulement de l'inconvenient qui adviendra par sa coulpe [*culpa*, faute] treslegere »<sup>34</sup>. Rochette nous explique en outre de quelle « coulpe » est « responsable » « le compersonnier » (ici associé)<sup>35</sup>, le commodant (prêt à usage)<sup>36</sup> et le dépositaire<sup>37</sup>. À de nombreuses autres reprises, il utilise le mot « tenu », de manière indifférente.

En milieu de siècle, le mot « responsable » est aussi utilisé par Antoine D'Espeisses (1594-1658)<sup>38</sup> dans son ensemble de traités paru à titre posthume en 1660. À plusieurs reprises, le mot est par exemple utilisé en matière de louage<sup>39</sup>.

Dans son commentaire de la coutume de Paris paru en 1685, Claude de Ferrière (1639-1715)<sup>40</sup> utilise indifféremment « tenu » et « responsable » au sujet de l'exécuteur testamentaire :

On demande : de quelle faute l'exécuteur testamentaire est-il tenu ? À l'exemple du dépositaire, il devrait n'être tenu que de son dol et de sa lourde faute ;

<sup>32</sup> L'auteur est peu connu mais son œuvre est d'une qualité certaine et mériterait qu'on s'y intéresse davantage. Voir par exemple au sujet de l'obligation naturelle : K. BELLIS, préc., note 16, n° 652. À son sujet : Émile SOCCARD, *Biographie des personnalités de Troyes et du département de l'Aube*, Troyes, L. Lacroix, 1882, p. 381.

<sup>33</sup> Jean ROCHETTE, *La Jurisprudence des contracts*, Troyes, Griffard, 1613, p. 50.

<sup>34</sup> *Id.*, p. 69. Graphie légèrement modernisée.

<sup>35</sup> *Id.*, p. 79.

<sup>36</sup> *Id.*, p. 83.

<sup>37</sup> *Id.*, p. 85.

<sup>38</sup> Il était notamment un fervent défenseur de l'usage de la langue française dans l'étude et l'enseignement du droit. David DEROUSSIN, « D'Espeisses Antoine », dans Patrick ARABEYRE, Jean-Louis HALPÉRIN et Jacques KRYNEN (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français*, Paris, P.U.F., 2015.

<sup>39</sup> *Les œuvres de M. Antoine D'Espeisses*, nouvelle éd. Lyon, Huguétan, 1666, partie I (Des *Contracts*), titre II (*Du Bail à loyer, ou Loüage*), p. 88-92 et 104.

<sup>40</sup> L'auteur du célèbre *Dictionnaire de droit et de pratique*. Jacqueline MOREAU-DAVID, « Ferrière Claude de », dans P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN et J. KRYNEN (dir.), préc., note 38.

cependant c'est une espèce de mandat, pour l'exécution duquel le mandataire est tenu de sa faute légère contre les règles des contrats<sup>41</sup>, qui veulent que quand on tire aucun profit, on ne soit tenu que de son dol et de sa lourde faute<sup>42</sup>; je ne croirais pas qu'on suivît en ce point la disposition du droit romain, et qu'on rendît le mandataire responsable de sa faute légère, n'étant pas juste, que l'office qu'il a bien voulu rendre *gratis* pour l'exécution de la procuracion, dont il a bien voulu se charger, lui puisse apporter quelque préjudice.<sup>43</sup>

Quelques années plus tard, Jean Domat publie ses *Loix civiles dans leur ordre naturel* (1689). Comme les autres auteurs de son époque, le droit des contrats qu'il présente est extrêmement imprégné de droit romain, mais simplement présenté en langue française, adapté et réorganisé. S'il ne semble pas utiliser le mot « responsable », il reproduit volontiers la logique romaine qui consiste, dans son vocabulaire, à « réparer » des « torts » ou « dédommager » des victimes<sup>44</sup>.

On remarquera que l'expression « dommages et intérêts » semble déjà être standard à cette époque. Or, cette expression est le fruit de ce double standard de réparation du dommage : le *damnum emergens* (dommages) et le *lucrum cessans* (intérêts).

14. Par ailleurs, on trouve dès cette époque le mot « responsable » être utilisé par le pouvoir royal en matière contractuelle, indépendamment du droit romain. Ainsi, lorsque Louis XIV réglemente en 1691 les contrats passés entre les commissaires généraux et les armateurs de vaisseaux, il déclare que « les armateurs ne seront point responsables de la perte des vaisseaux »<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> C'est-à-dire, en quelque sorte, du droit commun des contrats.

<sup>42</sup> Avant le Code civil, on distinguait selon le type de faute et selon le profit que le contrat apportait ou pas au débiteur.

<sup>43</sup> Claude de FERRIÈRE, *Corps et compilation de tous les commentateurs anciens et modernes sur la coutume de Paris, enrichie de nouvelles observations...*, t. 3, Paris, Denys Thierry, 1685, titre XIV, n° 67, p. 415. Langue modernisée. Je souligne.

<sup>44</sup> G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », préc., note 4, p. 926. Une série de passages (modernisés) sont reproduits.

<sup>45</sup> *Règlement pour faire remettre les vaisseaux de l'état prêtés aux particuliers pour la course, en état de naviguer, et les faire jouir en entier des prises qu'ils feront*, Versailles, 5 déc. 1691, dans François-André ISAMBERT, DECRUSY, Alphonse-Honoré TAILLANDIER et Anathase-Jean-Léger JOURDAN, *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, t. 20, Paris, Belin-Leprieur et Verdrière, 1821-1833, n° 1421, p. 142.

15. Au siècle suivant, on retrouve chez Robert-Joseph Pothier, dont l'œuvre est complètement imprégnée de droit romain, l'utilisation équivalente de « tenu » comme traduction directe du latin et « responsable » comme un néologisme équivalent. Il écrit par exemple dans son *Traité du contrat de louage* (1764) :

si un voyageur avait causé quelque dommage à la maison de l'auberge<sup>46</sup>, que le locataire qui tient l'auberge n'ait pu en quelque façon que ce soit, prévenir ni empêcher, il n'en doit pas être responsable [...]. Pour que le conducteur<sup>47</sup> soit tenu de la perte ou de la détérioration de la chose louée, il n'est pas précisément nécessaire que ce soit sa faute qui ait proprement causé le dommage, il suffit qu'elle y ait donné occasion.<sup>48</sup>

Dans son *Traité des obligations* (2<sup>e</sup> éd., 1764), Pothier utilise plusieurs fois le mot « responsable ». Il l'utilise notamment dans un passage qui atteste de manière éclatante de la logique indemnitaire dans laquelle il se place. Juste après avoir expliqué que le dommage réparable, dans une relation contractuelle, s'arrête au dommage prévisible (ce ne sont pas les mots employés), il exclut le cas du dol. Il écrit alors :

Par exemple, si un marchand m'a vendu une vache qu'il savait être infectée d'une maladie contagieuse, et qu'il m'ait dissimulé ce vice; cette dissimulation est un dol de sa part, qui le rend responsable du dommage que j'ai souffert, non seulement dans la vache même qu'il m'a vendue, qui a fait l'objet de son obligation primitive, mais pareillement de ce que j'ai souffert dans tous mes autres bestiaux auxquels cette vache a communiqué la contagion [*D.*, 18, 1 *Du contrat de vente*, 13], car c'est le dol de ce marchand qui m'a causé tout ce dommage.<sup>49</sup>

Comme d'autres auteurs, du fait de leur lecture assidue des textes en latin, le mot « tenu » semble prédominant. Cependant, nous aurons compris que, dans leur esprit, ces idées sont absolument équivalentes, et que, quoi qu'il en soit, Pothier conçoit les conséquences du contrat dans une

<sup>46</sup> Celle qui fait l'objet du contrat de bail.

<sup>47</sup> Preneur à bail.

<sup>48</sup> Robert-Joseph POTHIER, *Traité du contrat de louage, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, n° 194 et 195, dans *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, éd. par André DUPIN, t. 3, Paris, Béchét aîné, 1824-1825. Je souligne.

<sup>49</sup> Robert-Joseph POTHIER, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, n° 166, dans *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, éd. par André DUPIN, t. 1, Paris, Béchét aîné, 1824-1825. Je souligne.

logique indemnitaire<sup>50</sup>. La référence au Digeste tout en employant le mot « responsable » dans ce dernier passage l'atteste une fois encore.

16. D'ailleurs, on lit souvent que Pothier limite la réparation du dommage au dommage intrinsèque, par opposition au dommage extrinsèque<sup>51</sup> ; c'est vrai dans une certaine mesure. Par exemple, Pothier explique qu'en cas de vente d'un cheval finalement non livré, on remboursera le prix d'un cheval de même qualité au moment de la résolution du litige, même s'il est plus élevé, mais pas le gain manqué consécutif à l'impossibilité de se déplacer<sup>52</sup>. Cependant, on a fait remarquer des limites, en soulignant que Pothier estime que les hommes de métier sont tenus au préjudice<sup>53</sup> extrinsèque<sup>54</sup>. En réalité, la limite la plus importante tient au fait que Pothier admet que le contrat peut « tacitement » le prévoir. Il reprend ainsi l'exemple romain du tonneau défectueux : par la vente des tonneaux, le tonnelier « s'est rendu responsable de leur bonté, et il s'est tacitement chargé du risque de la perte du vin, qui peut monter à dix ou vingt fois plus que le prix des tonneaux »<sup>55</sup>. Cela ressemble, si je ne m'abuse, à ce que l'on ferait de nos jours à l'aune de la responsabilité civile<sup>56</sup>.

Quoi qu'il en soit, tout cela s'inscrit pour Pothier dans une dialectique de modération dans l'estimation du dommage réparable et non d'une sortie de la logique indemnitaire. En atteste le fait que cet exemple est présenté comme une exception à la règle<sup>57</sup> venant de Justinien<sup>58</sup> qui, dans le vocabulaire de Pothier, avait ordonné que « les dommages et intérêts » relatifs à des choses certaines, « lorsqu'ils ne se rapportent qu'à la chose qui a fait l'objet de l'obligation, ne puissent être taxés au-delà du double de la

<sup>50</sup> Voir aussi : G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, préc., note 4, n° 166-2.

<sup>51</sup> Notamment à partir de : P. RÉMY, « La responsabilité contractuelle. Histoire d'un faux concept », préc., note 2, n° 41.

<sup>52</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, préc., note 49, n° 161.

<sup>53</sup> Pothier écrit « dommage », de « *damnum* » en latin, qui signifie préjudice dans ce contexte et en langue contemporaine.

<sup>54</sup> G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, préc., note 4, n° 166-2.

<sup>55</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, préc., note 49, n° 165.

<sup>56</sup> Voir *infra* n° 42.

<sup>57</sup> De force uniquement persuasive, explique Pothier.

<sup>58</sup> Voir *supra* n° 10.

valeur de cette chose»<sup>59</sup>. L'exemple est de même tout de suite tempéré puisque Pothier ajoute qu'il faut en tout état de cause faire preuve de modération, et qu'on ne pourra pas, par exemple, demander la réparation intégrale pour un vin étranger d'une qualité exceptionnelle non prévisible par le cocontractant<sup>60</sup>.

17. Entrepris principalement à la fin du xvii<sup>e</sup> siècle et achevé au tout début du xviii<sup>e</sup> siècle, la traduction de Hulot (et associés) du Digeste<sup>61</sup>, que les codificateurs auront à leur disposition, est un moment très important de l'histoire du droit français, et atteste de la manière dont on comprenait le droit romain à cette époque. Sans surprise, *teneri* et *praestare* sont à maintes reprises traduits par «être responsable», y compris en matière contractuelle<sup>62</sup>.

18. Le fait que le Code civil des Français<sup>63</sup> parle, relativement au nombre des articles en jeu, un peu plus de «responsabilité» en matière délictuelle est probablement le signe que l'utilisation du mot était plus répandue en cette matière. Une raison en est probablement la très grande emprise que les textes romains avaient toujours en matière contractuelle, ce qui a probablement poussé à moins s'écarter du vocabulaire latin qu'en matière délictuelle et quasi-délictuelle, qui a beaucoup plus volé de ses propres ailes avec les clauses générales de responsabilité.

Toujours est-il que la logique indemnitaire romaine est reprise, notamment à travers le vocabulaire de «dommages et intérêts», qui se trouve expliqué à l'ancien article 1149, qui les fixe à la «perte faite» (*damnum emergens*, dommage) et au gain dont le créancier a été privé (*lucrum cessans*, intérêts). De plus, la possibilité d'obtenir des dommages et intérêts est explicitement liée à l'existence d'un «préjudice» dans les dispositions relatives à divers contrats spéciaux<sup>64</sup>, et nombre de dispositions expliquent

<sup>59</sup> R.-J. POTHIER, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, préc., note 49, n° 164.

<sup>60</sup> *Id.*, n° 165.

<sup>61</sup> Henri HULOT, Jean-François BERTHELOT, Pascal-Alexandre TISSOT et Alphonse BERENGER, *Corps du droit civil en latin et en français*, Metz, Behmer et Lamort, 1803.

<sup>62</sup> Il suffit de parcourir cette traduction pour s'en rendre compte.

<sup>63</sup> Je désigne par cette expression le Code civil dans sa version de 1804.

<sup>64</sup> Art. 1611 (vente), art. 1721 al. 2 (bail), art. 1947 (dépôt), art. 2000 (mandat). G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, préc., note 4, n° 166-3.

en cette matière que le débiteur « répond » ou « est responsable » du contrat, ou même engage sa « responsabilité »<sup>65</sup>.

19. Les travaux préparatoires attestent de la logique indemnitaire des codificateurs et législateurs en matière de conséquences du manquement contractuel.

Dès la première version du projet de Code civil présenté le 1<sup>er</sup> pluviôse an IX, on retrouve à l'identique (à un détail près) ce qui deviendra l'article 1137 du Code civil des Français, dans une section déjà intitulée « De l'obligation de donner » :

L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, oblige celui qui en est chargé à [y] apporter tous les soins d'un bon père de famille.

Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent.<sup>66</sup>

Ce qui deviendra l'article 1147, lui, n'est pas encore dans son état définitif. La première version de cet article était la suivante :

Le débiteur doit au créancier des dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à cause du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne peut pas justifier que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.<sup>67</sup>

Dans la seconde version du projet après avis des tribunaux, l'article ne change pas<sup>68</sup>. Cependant, lorsque cette version est examinée au Conseil

<sup>65</sup> G. VINEY, *id. et loc. cit.* Concernant ces derniers articles, Geneviève Viney en dénombre au moins onze.

<sup>66</sup> Art. 35 du Titre II (*Des contrats, ou des obligations conventionnelles en général*) du projet de l'an IX (Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 2<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, Videcoq, 1836, p. 159) = Art. 34 du Titre II (même intitulé sans la virgule) du second projet (P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 2<sup>e</sup> éd., t. 13, Paris, Videcoq, 1836, p. 8) = Art. 1137 du Code civil des Français (seule cette version contient le « y »).

<sup>67</sup> Art. 44 du Titre II du projet de l'an IX. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, *id.*, p. 166.

<sup>68</sup> Art. 45 du Titre II du second projet. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, préc., note 66, p. 10.

d'État, alors que l'ancêtre de l'article 1137 ne fait l'objet d'aucune discussion, cet article fait l'objet d'une intervention de Regnaud de Saint-Jean d'Angely qui nous intéresse au plus haut point. Il demande en effet, s'il suffit d'une cause étrangère pour qu'il n'y ait pas de dommages et intérêts, ou s'il ne faudrait pas plutôt « réduire l'excuse » à la force majeure. Bigot de Préameneu répond qu'« il serait injuste de rendre [le débiteur] responsable de l'impossibilité absolue » et Treilhard illustre la règle en expliquant que le vendeur qui se fait voler sans négligence de sa part le cheval qu'il a vendu ne doit pas de dommages et intérêts. Réal et Regnaud imaginent ensuite le cas du vendeur du vin qu'il est impossible de livrer, ou de livrer à temps. Treilhard livre alors la règle générale d'interprétation de l'article 1147 : « en général<sup>69]</sup> les dommages-intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en faute »<sup>70</sup>.

C'est alors que, pour qu'un lecteur ne pense pas que les dommages et intérêts doivent être automatiques, on rajoute l'incise « s'il y a lieu » dans ce qui deviendra l'article 1147, comme un renvoi à l'article 1137 :

Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à cause du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne peut pas justifier que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.<sup>71</sup>

Par ailleurs, dans sa présentation de l'article 1137, le tribun Favart utilise à quatre reprises le mot « responsabilité ». Il explique en effet qu'en droit romain, « il s'élevait souvent des difficultés sur les effets de la responsabilité de celui qui s'était obligé de donner une chose », et que, dans le contrat conclu dans l'intérêt des deux parties, « la faute légère suffisait pour le soumettre à la responsabilité », alors que dans le système du Code civil, « la responsabilité du débiteur l'oblige à toute la surveillance d'un bon père de famille » et c'est « la seule règle qu'on ait dû admettre pour apprécier la faute qui doit produire la responsabilité du débiteur »<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> Dans ce contexte, cela signifie « de manière générale ». En effet, des cas précis étaient discutés, et Treilhard pose ici la règle générale de laquelle déduire les cas particuliers.

<sup>70</sup> P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, préc., note 66, p. 56.

<sup>71</sup> Art. 1147 C. civ. 1804. Je souligne.

<sup>72</sup> P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, préc., note 66, p. 320-322.



C'est dire si non seulement le vocabulaire mais encore l'esprit des codificateurs en cette matière étaient tournés vers l'idée de responsabilité contractuelle pour faute. D'autant plus que, contrairement à ce qu'a pensé la doctrine du xx<sup>e</sup> siècle, les codificateurs n'envisageaient absolument pas l'article 1147 comme renvoyant à l'idée d'une obligation de résultat<sup>73</sup>.

### 3. Après le Code civil

20. Le Code civil des Français a énoncé des principes généraux, autant en matière contractuelle que délictuelle, ce qui a permis à la doctrine française de continuer le travail de systématisation du droit<sup>74</sup>. En notre matière, dès le début du xviii<sup>e</sup> siècle, puisque la nature indemnitaire autant de la responsabilité contractuelle que de la délictuelle ne faisait aucun doute, s'est posée la question de leurs rapports<sup>75 76</sup>.

21. C'est Charles-Bonaventure Toullier (1752-1835), probablement le plus grand auteur de doctrine juridique française du xix<sup>e</sup> siècle<sup>77</sup>, qui fit frontalement le rapprochement entre les deux responsabilités, dans son traité, dont la première édition paraît en 1814.

22. Depuis le droit romain, les juristes ont réfléchi sur la réparation d'un préjudice en faisant intervenir trois variables : le degré de faute, l'utilité du contrat pour le débiteur de l'obligation, l'étendue du dommage réparable. Après l'adoption du Code civil en 1804, c'est la première variable qui fera couler beaucoup d'encre. En effet, l'ancien article 1137 avait explicitement évacué le second critère<sup>78</sup>. La troisième, elle, semblait traitée par

<sup>73</sup> Voir *infra* n° 41 et suiv.

<sup>74</sup> Comme ailleurs en Europe d'ailleurs, sauf en Angleterre, restée en retard de ce point de vue.

<sup>75</sup> Nous avons vu, *supra* n° 11, qu'en droit romain déjà, le problème du recouplement des deux domaines avait été très bien compris et qu'il nous reste des sources discutant leur compatibilité procédurale. Néanmoins, il n'y avait pas, à notre connaissance, en droit romain, de réflexion conceptuelle et substantielle sur le droit similaire à celles que l'on trouvera ensuite.

<sup>76</sup> Voir aussi Alain DESRAYAUD, « École de l'Exégèse et interprétations doctrinales de l'article 1137 du Code civil », *RTD Civ.* 199.535. Il faut cependant rappeler qu'il n'a jamais existé d'« école de l'exégèse ».

<sup>77</sup> Ce fut, de loin, parmi tous les auteurs de droit français dans son histoire, un des ceux ayant écrit les choses les plus justes au sujet de la question difficile des obligations naturelles. Voir K. BELLIS, préc., note 16, n° 35 et 36.

<sup>78</sup> Voir *supra* n° 19.

l'ancien article 1147, qui disposait que le débiteur doit payer les dommages (*damnum emergens*) et intérêts (*lucrum cessans*), même si cela ne résolvait pas tout, puisqu'il faut bien une limite en pratique.

La question du degré des fautes posait cependant un problème beaucoup plus pressant. En effet, une partie des anciens auteurs distinguaient trois degrés de faute<sup>79</sup>. Selon l'explication de Toullier, il y avait la faute lourde (*culpa lata*), « comparée au dol », qui « consiste à ne pas apporter aux affaires d'autrui le soin que des mauvais pères de famille, les personnes les moins soigneuses et les plus bornées ne manquent pas d'apporter à leurs affaires »<sup>80</sup>. En dessous, il y avait la faute légère (*culpa levis*), qui « consiste à ne pas apporter aux affaires d'autrui le soin qu'un bon père de famille apporte aux siennes ». Il y a enfin la faute très légère (*culpa levis-sima*), qui « consiste à ne pas apporter aux affaires d'autrui le soin que les personnes les plus actives, l'homme aux cent yeux, apportent à leurs affaires », cet homme étant celui « qui ne se couche jamais sans avoir fait sa revue, sans s'être assuré que tout est en ordre dans sa maison »<sup>81</sup>. Depuis, le Code civil fut promulgué, et l'article 1137 oblige à veiller sur la chose confiée comme un « bon père de famille ». Une controverse vivace porta alors sur la question suivante : la faute très légère causant un dommage dans un rapport contractuel entraînait-elle droit à réparation ?

23. Cette controverse porte donc sur ce qu'on a appelé la « prestation des fautes », du latin *praestare culpam*. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo traduisent cette dernière expression par « répondre de sa faute »<sup>82</sup>, et pour cause. C'est tout simplement le *praestare* du droit romain, qui, avec *teneri*, aura petit à petit pour équivalent « responsable », jusqu'à ce que celui-ci finisse par le supplanter. À cette époque, le vocabulaire est toujours multiple, mais le fait qu'il s'agit de synonymes est une fois de plus manifeste. Toullier parle, pour renvoyer à la matière, de « la prestation, ou la responsabilité des fautes dans les contrats »<sup>83</sup>, et plus tard encore de « ce qu[e les contrats] ont de particulier, en ce qui concerne la responsabilité ou la

<sup>79</sup> De nombreux auteurs, tels Bartole, Denisart, Pothier, adoptaient cette classification, mais certains, tels Doneau, Domat, Lebrun, la rejetaient. J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, préc., note 17, n° 664.

<sup>80</sup> Charles TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code, Ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie et la pratique*, 4<sup>e</sup> éd., t. 6, Paris, Warée, 1824, n° 230.

<sup>81</sup> *Id.* et *loc. cit.*

<sup>82</sup> J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, préc., note 17, n° 664.

<sup>83</sup> C. TOULLIER, préc., note 80, n° 231.

prestation des fautes»<sup>84</sup>. D'ailleurs, lorsqu'il présente de la doctrine de Pothier, il utilise indifféremment les mots, puisque le contrat fait dans l'intérêt de celui qui transfère la détention de la chose ne rend le cocontractant « tenu que de la faute lourde », celui fait dans l'intérêt réciproque des parties ne rend chacun « tenu que de la faute légère », et celui fait dans l'intérêt de celui qui détient dans un second temps la chose fait que le débiteur « répond de la faute la plus légère ».

24. Cette controverse est peut-être la plus importante du droit des contrats, voire une des plus importantes du droit privé, de cette époque. Raymond-Théodore Troplong (1795-1865), le principal disputeur de Toullier, écrivait :

[...] il faut aborder la théorie des fautes, qui partage les écrivains modernes comme les anciens. Ce sera ici le lieu d'exposer les idées qui me paraissent devoir prévaloir sur la réparation des pertes causées par la négligence d'autrui<sup>85</sup> ; matière importante, qui joue un grand rôle dans les différents contrats dont nous nous occuperons par la suite. D'ailleurs, quel écrivain peut aujourd'hui écrire sur le droit, sans que l'école ne le somme aussitôt de dire son dernier mot sur la prestation des fautes ? Êtes-vous pour M. Toullier ou contre M. Duranton ? Préférez-vous M. Proudhon à M. Blondeau ? Avez-vous opté entre Vinnius et M. Ducaurroy ?<sup>86</sup>

25. La position de Toullier est claire : il rejette la classification tripartite et estime que toute faute (causant un dommage) entraîne responsabilité. Il faut dire que son argumentation est très convaincante. Il se réfère à Thomasius, pour qui la signification de chaque faute n'est pas « assez fixe, assez absolue pour les appliquer dans la pratique », qu'en pratique faute légère et très légère ne peuvent être discernées avec justesse, car le degré d'une faute dépend nécessairement des circonstances, des individus et de l'« imputabilité ». Toullier continue à reprendre le romaniste en soulignant que les partisans de la division ont, pour éviter les injustices, soumis celle-ci à tant d'exceptions, qu'elles sont plus nombreuses que les règles, qui « ne

<sup>84</sup> *Id.*, n° 236.

<sup>85</sup> Soulignons la logique indemnitaire à l'œuvre ici.

<sup>86</sup> Raymond-Théodore TROPLONG, *Le Droit civil expliqué selon l'ordre des articles du Code... De la vente, ou Commentaire du titre VI du livre III du Code Napoléon*, t. 1, Paris, Hingray, 1856, n° 361.

sont point conformes à l'équité naturelle» ni «d'aucune utilité pratique au barreau»<sup>87</sup>.

Il cite ensuite Bigot de Préameneu pour montrer que cet abandon fut bien voulu par les codificateurs. Celui-ci estimait en présentant l'article 1137: «Cette division des fautes est plus ingénieuse qu'utile dans la pratique [...]. [Cette théorie] ne peut que répandre une fausse lueur, et devenir la matière de contestations plus nombreuses.»<sup>88</sup>

26. Pour montrer que c'est bien ce que le Code a décidé, Toullier donne alors au débat un enjeu beaucoup plus important. Il explique en effet: «Le Code s'est rapproché du droit naturel, suivant lequel tout homme doit réparer le tort qu'il a causé à autrui par sa faute, même la plus légère.»<sup>89</sup> Puis il cite en entier les articles 1382<sup>90</sup> et 1383<sup>91</sup> du Code civil des Français, qui sont très clairs quant à l'absence de discrimination entre les fautes, en précisant que «tout fait quelconque de l'homme» signifie «toute action ou omission». Il conclut en parlant de «la» responsabilité au singulier:

Ainsi la responsabilité s'étend à la faute la plus légère, à une simple négligence, à une simple imprudence. Telle est la règle générale: elle est fondée sur ce précepte sublime de la morale divine, *ne fais pas à autrui ce que tu ne veux pas qu'on te fasse à toi-même.*<sup>92</sup>

Il se réfère ensuite à l'article 1147 «fondé sur les mêmes principes que les art. 1382 et 1383», qui prévoit dans tous les cas une réparation, sauf force majeure<sup>93</sup>. Toullier ajoute que l'article 1137, en rejetant la question de l'utilité du contrat, rejette les règles anciennes, et donc «tous les soins d'un bon père de famille» signifie vraiment tous les soins et que le débiteur répond de la faute la plus légère. Les fautes ne sont égales ni en morale ni

<sup>87</sup> C. TOULLIER, préc., note 80, n° 231.

<sup>88</sup> P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, préc., note 66, p. 230.

<sup>89</sup> C. TOULLIER, préc., note 80, n° 232.

<sup>90</sup> Art. 1382 C. civ. 1804: «Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.»

<sup>91</sup> Art. 1383 C. civ. 1804: «Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non-seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.»

<sup>92</sup> C. TOULLIER, préc., note 80, n° 232.

<sup>93</sup> *Id.*, n° 233.

aux yeux de la loi pénale, écrit-il très justement, mais elles le sont lorsqu'il s'agit de réparer le dommage qu'elles ont occasionné<sup>94</sup>.

Il termine sa brillante démonstration en soulignant que la vraie question est en réalité celle de l'imputabilité du dommage, qui ne peut qu'être laissée à la prudence des magistrats, car elle « dépend de mille circonstances que la loi ne peut prévoir », et justement, l'article 1147 dit qu'il y a dommages et intérêts « s'il y a lieu » et, après avoir réglé la faute sur un standard par nature adaptable (le bon père de famille)<sup>95</sup>, l'article 1137 explique que cette étendue dépend de chaque contrat spécial et que l'étendue de chaque type de contrat est expliquée dans son titre afférent<sup>96</sup>. Toullier suit alors « l'exemple du Code », en renvoyant aux titres respectifs des différents contrats « en ce qui concerne la responsabilité ou la prestation des fautes » et en reste à l'idée générale que toute faute entraîne responsabilité.

D'une manière générale, Toullier n'hésite pas à appliquer l'article 1382 à la matière contractuelle pour résoudre une question<sup>97</sup> ou pour expliquer un principe qui sous-tend une solution du Code civil<sup>98</sup>. Il n'hésite pas à unifier explicitement les responsabilités et mettre en référence en binôme l'article 1382 avec l'article 1147 avec comme règle unique qu'est réparable « tout fait quelconque de l'homme qui cause du dommage à autrui (1147, 1382) »<sup>99</sup>. Parfois encore, il s'agit d'un triptyque avec en plus l'article 1383 pour justifier la réparation même en l'absence de mauvaise foi<sup>100</sup>.

27. Malgré la très grande qualité des développements de Toullier, à peu près toute la doctrine du XIX<sup>e</sup> siècle s'opposa à cette unification des prestations des fautes (responsabilités pour faute) en matière délictuelle et contractuelle. Ainsi, autant Proudhon (éd. 1824<sup>101</sup> et 1836)<sup>102</sup>, que Duranton

<sup>94</sup> *Id.*, n° 234.

<sup>95</sup> J'ajoute à Toullier ici.

<sup>96</sup> C. TOULLIER, préc., note 80, n° 235.

<sup>97</sup> *Id.*, n° 342 (où il rend le contractant frauduleux responsable envers les tiers en vertu de cet article, mais de toute façon assimilé à l'article 1147), n° 696 (où il ajoute : « Ceci est une nouvelle preuve du principe établi n° 232, que, sous l'empire du Code, on répond de la faute la plus légère ») et n° 759.

<sup>98</sup> *Id.*, n° 86 et 609.

<sup>99</sup> *Id.*, n° 277.

<sup>100</sup> *Id.*, n° 280.

<sup>101</sup> Pour le tome en question.

<sup>102</sup> Jean-Baptiste PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, t. 3, Dijon, Lacier, 1824, n° 1514. Dans le système de Proudhon (1758-1838), selon

(éd. 1830<sup>103</sup> à 1844)<sup>104</sup>, Troplong (éd. 1834 à 1856)<sup>105</sup>, Aubry et Rau (1<sup>re</sup> éd. 1839<sup>106</sup>, 4<sup>e</sup> éd. 1871<sup>107</sup>), Larombière (éd. 1857 et 1885)<sup>108</sup>, Demolombe (éd. 1868)<sup>109</sup>, et d'autres encore, estimèrent que les dispositions des articles 1382 et 1383 sont propres à la matière délictuelle, ce qui exclut la matière contractuelle. Mais ce qu'il faut bien voir est qu'il s'agit d'un débat sur l'unité ou la dualité des responsabilités, ce qui atteste sans aucune hésitation du fait que tout le monde approuve le concept de responsabilité pour faute contractuelle (de prestation des fautes en matière contractuelle).

28. Proudhon rejette la responsabilité pour faute très légère en matière contractuelle<sup>110</sup>. Après avoir rejeté l'application des articles 1382 et 1383 à la matière contractuelle, il ajoute que, même s'ils étaient applicables, ils ne font qu'énoncer un principe général qui peut être adapté à chaque matière, et donc à la matière contractuelle<sup>111</sup>. Cela atteste bien, dans son esprit, de l'unité de nature des conséquences attachées aux contrats et aux délits et quasi-délits, au-delà de la différence de régime.

29. Duranton ne semble employer à aucun moment l'expression « prestation des fautes » mais parle de « responsabilité des fautes »<sup>112</sup>, et, à plusieurs reprises de « responsabilité » dans le cadre de contrats, notamment lorsque, pour écarter l'application des articles 1382 et 1383 en la matière,

---

le résumé qu'en fait Troplong (voir référence ci-dessous) la faute très légère n'entraîne plus responsabilité sauf dans certaines dispositions du Code.

<sup>103</sup> Pour le tome en question.

<sup>104</sup> Alexandre DURANTON, *Cours de droit civil français, suivant le Code civil*, t. 10, Paris, Alex-Gobelet, 1830, n° 408 (pas de référence nominative à Toullier). Dans le système de Duranton (1783-1866), selon le résumé qu'en fait Troplong (voir référence ci-dessous), le triptyque d'Ancien Régime avait été conservé par le Code.

<sup>105</sup> R.-T. TROPLONG, préc., note 86, n° 371-387.

<sup>106</sup> Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae, revu et augmenté...*, t. 2, 1<sup>re</sup> éd., 1839, n° 308, p. 318 et 319, à la note 18.

<sup>107</sup> Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français: d'après la méthode de Zachariae*, 4<sup>e</sup> éd., t. 4, Paris, Cosse, Marchal et Cie, 1871, n° 308, p. 101, à la note 26.

<sup>108</sup> Léobon-Valéry-Léon-Jupile LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire des titres III et IV livre III du Code Napoléon, art. 1101 à 1386*, t. 1, Paris, A. Durand, 1857, art. 1137, n° 10.

<sup>109</sup> Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon: Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, Paris, A. Durand et Hachette, 1868, n° 406.

<sup>110</sup> J.-B. PROUDHON, préc., note 102, n° 1487 et suiv.

<sup>111</sup> *Id.*, n° 1517.

<sup>112</sup> A. DURANTON, préc., note 104, n° 407.

il explique que « c'est l'art. 1137 qui renferme les règles relatives à la responsabilité du contractant qui est en faute »<sup>113</sup>.

Néanmoins, sa lecture de l'article 1137 est tout à fait équivalente à celle du Toullier. Il oppose cet article aux articles 1382 et 1383 en ce que ceux-ci prévoient une responsabilité pour *tout fait quelconque* de l'homme, alors que l'article 1137 dispose, en son second alinéa, que l'obligation contractuelle est plus ou moins étendue suivant les contrats<sup>114</sup>. Il n'exclut donc pas par principe la faute très légère, mais dit plutôt que cela dépendra de chaque contrat. Entre Toullier, expliquant que toute faute doit être prise en compte, mais que le standard de la faute dépend de chaque contrat, et Duranton, expliquant que le type de faute prise en compte dépend de chaque contrat, la différence semble bien théorique. Duranton est d'ailleurs, en ce qui concerne les principes, si peu opposé à Toullier qu'il n'hésite pas à placer une obligation contractuelle dans le giron du droit de la responsabilité délictuelle lorsque les matières se recourent<sup>115</sup>. C'est dire aussi si Duranton ne voit pas de différence de nature entre la responsabilité pour faute contractuelle et celle pour faute délictuelle ou quasi-délictuelle.

Duranton et Toullier se séparent cependant sur la question de la façon de savoir quel sera le standard ou le type de faute pris en compte pour chaque contrat : pour Toullier, c'est une affaire laissée à la prudence des magistrats<sup>116</sup>, alors que Duranton propose, hors des cas explicitement prévus dans le Code civil, de suivre le droit romain<sup>117</sup>.

30. Le principal disputeur immédiat de Toullier est Troplong<sup>118</sup>. Celui-ci s'attache en effet, dans son traité sur le contrat de vente, à rejeter le système de Toullier<sup>119</sup>, en estimant que le débiteur contractuel n'est jamais tenu de sa faute très légère<sup>120</sup>. Selon lui, le sens littéral de l'article 1137 exclut la

<sup>113</sup> *Id. et loc. cit.*

<sup>114</sup> *Id.*, n° 408.

<sup>115</sup> Voir un exemple *infra* n° 88.

<sup>116</sup> C. TOULLIER, préc., note 80, n° 235.

<sup>117</sup> A. DURANTON, préc., note 104, n° 410.

<sup>118</sup> Je parle de cette question précise. On remarquera cette phrase écrite sur la couverture de tous ses ouvrages : « Ouvrage qui fait suite à celui de M. Toullier, mais dans lequel on a adopté la forme plus commode du commentaire. »

<sup>119</sup> Troplong dit que Toullier est celui « qui, le premier de nos jours, a porté le flambeau de la critique sur cette partie du Code Napoléon ».

<sup>120</sup> R.-T. TROPLONG, préc., note 86, n° 364 et 397.

faute très légère (puisque le « bon père de famille », visé, en commet)<sup>121</sup>. Par ailleurs, dans sa longue critique de l'application de l'article 1382 à la matière contractuelle, il explique de manière très intéressante que la « méprise de Toullier » est aussi celle des romanistes – qu'il ne nomme pas – qui auraient appliqué des fragments relatifs à la loi Aquilia à la matière contractuelle en matière de faute à laquelle on est « tenu ». Cette distinction s'expliquerait par le fait que celui qui contracte a eu l'occasion de prévoir dans le contrat une responsabilité pour faute très légère, alors que celui qui est victime d'un délit ou quasi-délit par un tiers n'a pas pu traiter avec lui : il serait donc logique de présumer dans la matière contractuelle qu'on ne s'est engagé qu'à ce qui est courant<sup>122</sup>. Certes, certains veillent très bien sur leurs propres affaires, mais, selon lui, on ne pourrait les obliger à en faire autant lorsqu'ils rendent un « service gratuit »<sup>123</sup>. Cette remarque atteste de la faiblesse de la théorie de Troplong, puisqu'il réintroduit ici, malgré lui, la distinction d'Ancien Régime relative à l'intérêt au contrat du détenteur de la chose.

31. S'ensuivra alors une dispute qui sera livrée par continuation d'ouvrage et rééditions interposées.

C'est Jean-Baptiste Duvergier (1792-1877), le continuateur de Toullier, qui duplique longuement à Troplong<sup>124</sup>. Les échanges de courtoisies se font plus visibles, puisque Duvergier commence à expliquer que Troplong défend son point de vue « avec cette vivacité qui donne tant de force à son argumentation, mais qui quelquefois nuit à sa justesse », puis continue dans la même lignée<sup>125</sup>. Il répond à Troplong (inspiré ici de Du Caurroy selon lui) sur le droit romain, en reprenant un passage d'un ouvrage de droit romain<sup>126</sup> selon lequel la loi Aquilia s'appliquerait au dommage, causé par une faute même très légère, à la chose qu'on *s'était obligé à surveiller*. Quant à l'idée selon laquelle il est plus logique que des étrangers soient tenus à plus, il explique : « j'ai bien examiné cette théorie, et je crois qu'elle est fautive ; je préférerais le système complètement opposé ». Sa justification

<sup>121</sup> *Id.*, n° 369.

<sup>122</sup> *Id.*, n° 373.

<sup>123</sup> *Id.*, n° 384.

<sup>124</sup> Jean-Baptiste DUVERGIER (continuation de Charles TOULLIER), *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, t. 16, Paris, Renouard, 1835, n° 279, p. 329-337.

<sup>125</sup> *Id.*, n° 279.

<sup>126</sup> Léopold August WARNKÖNIG, *Éléments de droit romain privé*, traduit du latin, Paris, Deschamps, 1827, n° 340.



est la suivante : la faute est à apprécier plus sévèrement en matière de contrats, car, en choisissant un cocontractant, on choisit celui qui fait preuve d'intelligence, d'exactitude et de vigilance à un plus haut degré que le commun des hommes ; on est présumé avoir espéré plus que de coutume, et donc on a le droit de se montrer plus exigeant dans la réparation du mal. Selon lui, l'« accusation » portée contre Toullier de mal lire l'article 1137 est « évidemment » « mal fondée », et preuve en est ce que disait Bigot de Préameneu.

Le ton reste courtois, surtout comparé à ce qu'on peut lire à cette époque, mais il reste un peu piquant et Troplong est manifestement assez agacé, dans son traité sur le louage paru ultérieurement. Selon lui, Duvergier fait preuve d'« une fidélité honorable, mais peut-être trop docile aux doctrines » de Toullier. Il renvoie donc à ses exposés antérieurs, mais il répond tout de même, « en peu de mots » dit-il, aux objections de Duvergier, dans une note de... deux/trois pages<sup>127</sup>. À une critique de vocabulaire de Duvergier, il explique : « Je pourrais donner de très-bonnes raisons pour défendre une locution que tout le monde comprend ; mais j'ai hâte de passer à quelque chose de plus sérieux. » Il utilise aussi à cinq reprises dans la note un triple point d'exclamation. Est pertinente sa réponse quant à la présomption de plus grande exigence entre cocontractants : il fait remarquer que Duvergier n'envisage « qu'une des faces de la position des parties. Ce dont il faut tenir compte surtout, c'est la possibilité qu'a eue le créancier de dicter la loi du contrat et d'imposer une responsabilité aussi sévère que possible. » Selon lui, si le créancier avait voulu quelque chose « d'extraordinaire et de trop onéreux », il aurait fallu une stipulation expresse. « À cela M. Duvergier ne répond rien, et d'ailleurs qu'aurait-il pu répondre ? »<sup>128</sup> conclut-il.

32. Dans son traité des contrats, Charles Demolombe (1804-1887) souligne l'iniquité de la solution de Toullier, car le déposant lui-même aurait commis la faute très légère des conséquences de laquelle il veut rendre le dépositaire responsable, et approuve Blondeau dans ce sens que le déposant s'enrichirait alors aux dépens du dépositaire. Il affirme après d'autres que Toullier « confon[d] deux ordres de principes », ceux des actes licites et ceux des actes illicites, en transposant en matière contractuelle les

<sup>127</sup> Raymond-Théodore TROPLONG, *Le Droit civil expliqué selon l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage, commentaire des titres VII et VIII du livre III du Code Napoléon*, 3<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, Hingray, 1859, n° 345, p. 433, à la note 3.

<sup>128</sup> *Id.* et *loc. cit.*

articles 1382 et 1383. Il en appelle d'ailleurs à une phrase des Institutes de Justinien – « En effet, cela fait une grande différence que quelqu'un soit débiteur en vertu d'un délit ou d'un contrat »<sup>129</sup> – pour affirmer que « les articles 1382 et 1383, chez nous, de même la loi *Aquilia*, chez les romains, ne régissent que la responsabilité des dommages illicites »<sup>130</sup>. *A contrario*, cela montre bien que dans son esprit aussi, il y a une « responsabilité » consécutive aux contrats.

33. Larombière est le seul qui utilise, à un moment, un raisonnement qui ne se situe pas dans la logique de domaines de même nature (responsabilité) avec simplement des régimes différents. Similairement à Troplong, il explique que la responsabilité à prévoir est celle que la loi présume être celle des parties, et ajoute que rendre le détenteur tenu de la faute très légère serait « aller au-delà de ce qu'on peut raisonnablement demander à l'humanité ». Mais, bien qu'il se réfère à Troplong, il va en réalité plus loin que lui, puisqu'il cherche à souligner que le droit des délits et quasi-délits se situe dans une autre logique :

Mais dans les obligations qui résultent des délits ou quasi-délits, il n'y a plus à invoquer les circonstances favorables du contrat. Un préjudice a été causé, il faut le réparer. Tout aboutit, tout se résume dans une question de dommage et de réparation. Y a-t-il donc à hésiter entre celui qui l'a éprouvé et celui qui l'a commis? N'est-elle pas la plus digne de faveur, la position de celui qui a été lésé sans qu'il ait pu le prévoir, ni s'en garantir? Qu'importe alors le degré de la faute, puisque l'équité veut que tout préjudice soit réparé?<sup>131</sup>

Autrement dit, il explique intelligemment que la responsabilité contractuelle se concentre sur la volonté des parties, alors que la responsabilité délictuelle se concentre sur l'équité de la réparation. On peut y voir un lointain ancêtre de la théorie de l'exécution par équivalent, mais nous sommes encore très loin d'une position qui consiste à faire sortir le contrat d'une logique indemnitaire.

34. En réalité, seule l'interprétation de Toullier de l'article 1137 est viable.

Premièrement, les codificateurs ont manifestement voulu mettre fin au système romain, et « tous les soins » du père de famille était simplement

<sup>129</sup> Inst. 4, 16, 2. Cité en latin par Demolombe. Traduction Philippe Cocatre-Zilgien.

<sup>130</sup> C. DEMOLOMBE, préc., note 109, n° 406.

<sup>131</sup> L.-V.-L.-J. LAROMBIÈRE, préc., note 108, art. 1137, n° 10.

une formulation générale, indépendante des distinctions d'Ancien Régime. Il est vrai que le tribun Favart expliquait en commentant cet article que le débiteur n'est pas obligé à un soin extraordinaire<sup>132</sup>, mais il précise tout de suite qu'une telle obligation peut être « une conséquence nécessaire de son engagement », et surtout ajoute :

[...] dans aucun cas, il n'est dispensé d'apporter les soins qu'on doit raisonnablement attendre d'un bon père de famille pour la conservation de sa propre chose ; et ce principe, pour lequel la loi ne fixe et ne peut fixer aucune gradation, est la seule règle qu'on ait dû admettre pour apprécier la faute qui doit produire la responsabilité du débiteur.<sup>133</sup>

Il est clair que le critère du bon père de famille ne s'insère pas dans une logique de gradation des fautes. Il s'agit d'un standard de la faute en deçà duquel il n'y a pas faute ; il ne s'agit pas de dire qu'une faute très légère n'entraîne pas responsabilité. D'ailleurs, le tribun Tarrible explique l'expression – à propos de la gestion d'affaires – d'une manière qui atteste d'une conception très large de ce qu'elle implique<sup>134</sup> :

Ce mot<sup>[135]</sup>, consacré par les premières lois des Romains, rappelle la simplicité des mœurs de ces temps antiques ; il exprime des idées de bonté et de perfection ; il présente la sollicitude, la prévoyance, l'activité, la sagesse, la constance, comme autant de devoirs imposés à celui qui entreprend de gérer les affaires d'un autre.<sup>136</sup>

Deuxièmement, de toute façon, comme le soulignait Toullier après Thomasius, la distinction des fautes légère et très légère est impraticable. Troplong explique lui-même au début de ses développements à ce sujet : « Il est vrai que jusqu'à présent les tribunaux se sont montrés assez indifférents sur ces disputes de la chaire »<sup>137</sup>. Demolombe était considéré à son époque comme plus proche de la réalité que Toullier qui serait resté assez

<sup>132</sup> Voir *supra* n° 19.

<sup>133</sup> P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, préc., note 66, p. 321 et 322.

<sup>134</sup> Henri MAZEAUD et Léon MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 2<sup>e</sup> éd., préface Henri Capitant, Paris, Sirey, 1934, n° 52, à la note 2.

<sup>135</sup> C'est bien à l'expression « bon père de famille » à laquelle il est fait référence.

<sup>136</sup> P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, préc., note 66, p. 483.

<sup>137</sup> R.-T. TROPLONG, préc., note 86, n° 361.

dogmatique<sup>138</sup>, mais en l'occurrence, celui-ci est beaucoup plus pragmatique. Il y a manifestement un standard général que le juge appréciera en fonction de chaque situation et ayant pour guide, le cas échéant, le droit des contrats spéciaux<sup>139</sup>.

35. Concernant l'applicabilité de l'article 1382 à la matière contractuelle, Toullier a encore une fois raison<sup>140</sup>. Certes, les articles 1382 et 1383 sont situés dans un chapitre sur les délits et quasi-délits, et dans un titre relatif à la matière extracontractuelle. Seulement, en premier lieu, il est tout à fait permis en droit de raisonner par analogie, et d'appliquer à une matière des principes induits d'un texte applicable à une autre; on le fait même très souvent. D'autant plus qu'il s'agit, justement, à chaque fois de responsabilité, et que l'article 1137 demandait interprétation et pouvait très bien être compris comme la reprise de l'article 1382 pour la matière contractuelle. Deuxièmement, on nous dit que la faute contractuelle serait l'opposée de la faute délictuelle, car la première est licite, la seconde illicite. Mais l'article 1134 de l'époque disait bien que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »<sup>141</sup>. Par ailleurs, à partir du moment où c'est la loi qui donne une force obligatoire au contrat, l'"incontractualité" est un type d'illicéité.

36. Il est visible qu'au fil du temps, les mots « responsable » et « responsabilité » remplacent de plus en plus les autres mots. Dans la première édition de leur traité, Aubry et Rau rejettent Toullier en utilisant l'expression « prestation des fautes »<sup>142</sup>. Dans la quatrième édition, l'expression « prestation des fautes » n'existe presque plus, alors que les deux mots sus-visés sont allégrement utilisés<sup>143</sup>.

<sup>138</sup> Jacqueline MUSSET, « Demolombe Jean-Charles », dans P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN et J. KRYNEN (dir.) préc., note 38.

<sup>139</sup> Voir *infra* n° 42.

<sup>140</sup> Voir aussi *infra* n° 129.

<sup>141</sup> La disposition a été reprise en 2016 presque à l'identique à l'article 1103.

<sup>142</sup> C. AUBRY et C. RAU, préc., note 106 (1839). On remarquera d'ailleurs qu'ils insistent sur les raisons pour lesquelles tout le monde a tort, mais ne proposent aucun système. Le passage est bien d'eux, puisqu'il ne se trouve pas chez Zachariä. Karl Salomo ZACHARIÄ, *Handbuch des französischen Civilrechts*, 4<sup>e</sup> éd., t. 2, Mohr, Heidelberg, 1837, n° 308, à la note 13.

<sup>143</sup> Par exemple, « Sa responsabilité ne va pas, en général, au-delà; mais elle peut ne pas s'étendre aussi loin. [...] Du reste, il appartient au juge d'apprécier, d'après les circonstances, si la faute reprochée au débiteur présente les caractères voulus pour engager sa

37. Cette évolution de vocabulaire au XIX<sup>e</sup> siècle vers le vocabulaire actuel peut, ce me semble, s'expliquer de la manière suivante. Le terme « prestation », et dans une moindre mesure les mots « être tenu » et « répondre », évoquent un système de droit procédural, où le droit émerge du procès, ce qui ne correspondait pas au droit français qui s'était petit à petit créé à l'époque moderne. Or, avec la promulgation du Code civil, et l'abrogation des lois romaines, les juristes ont de moins en moins eu le Digeste en latin sous les yeux, et ont donc de moins en moins été influencés par son vocabulaire. De plus, le droit a pu être pensé un peu plus indépendamment du droit romain et donc qu'on a de plus en plus volontiers utilisé un vocabulaire (« responsabilité ») qui seyait mieux au droit français.

D'ailleurs, le fait que les prudents<sup>144</sup> ont, dans l'ensemble, mis un siècle à utiliser définitivement un vocabulaire qui semblait déjà allègrement utilisé lors de la codification, s'explique peut-être par le fait que les codificateurs et autres intervenants de l'époque étaient plutôt des praticiens, et donc étaient peut-être un peu moins exposés au Digeste<sup>145</sup>.

38. L'évolution de vocabulaire semble avoir été entérinée dès la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, puisque l'ouvrage de référence en la matière<sup>146</sup> s'intitule bien *Traité général de la responsabilité, ou De l'action en dommages et intérêts en dehors des contrats*<sup>147</sup> (six éditions, de 1852 à 1911). Le double intitulé semble exclure la responsabilité contractuelle puisqu'il semble y avoir une sorte d'équivalence entre « responsabilité » et domaine extracontractuel dans celui-ci. Cependant, en réalité, le sous-titre montre qu'il y a besoin de préciser qu'il s'agit de la matière extracontractuelle, et donc que le mot « responsabilité » pourrait aussi renvoyer à la matière contractuelle. En effet, la suite du sous-titre de l'ouvrage<sup>148</sup> commence par « comprenant : La responsabilité civile des délits [...] et des quasi-délits [...] », ce

---

responsabilité. Lorsque les deux parties sont en faute, le débiteur est déchargé de toute responsabilité.» C. AUBRY et C. RAU, préc., note 107 (1871), n° 308, p. 102.

<sup>144</sup> C'est-à-dire les auteurs de doctrine.

<sup>145</sup> Bien entendu, c'est tout à fait relatif.

<sup>146</sup> Michel POUMARÈDE, « Sourdat Auguste-Jean-Baptiste », dans P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN et J. KRYNEN (dir.), préc., note 38.

<sup>147</sup> Auguste-Jean-Baptiste SOURDAT, *Traité général de la responsabilité, ou De l'action en dommages et intérêts en dehors des contrats, comprenant : La responsabilité civile des délits...*, Paris, Cosse, 1<sup>re</sup> éd., 1852.

<sup>148</sup> Il était habituel par le passé que les ouvrages aient des intitulés très longs, je n'ai présenté qu'un titre abrégé.

qui montre que la responsabilité civile n'est pas nécessairement délictuelle dans l'esprit de Sourdat. D'ailleurs, en début d'ouvrage, il s'explique en soulignant que les fautes non punies pénalement le sont en vertu, soit d'un contrat, soit d'un délit, soit d'un quasi-délit, puis ajoute :

Quant à la première espèce, celle des fautes commises dans l'exécution d'une convention, et à la responsabilité qui en résulte, il est clair que nous n'avons pas non plus à nous en occuper ici ; elles rentrent dans la matière des contrats ou obligations<sup>149, 150</sup>.

Sourdat ne pourrait être plus clair. La responsabilité contractuelle existe, simplement elle est à étudier dans le cadre du droit des contrats, ce qui ne laisse à la matière « responsabilité » que la responsabilité (quasi-) délictuelle.

39. On n'utilise pas l'expression « responsabilité contractuelle » au XIX<sup>e</sup> siècle, mais l'évolution de vocabulaire est bien mineure puisque l'on parle bien, et très abondamment, de « responsabilité » en matière contractuelle.

40. Certes, on a beaucoup plus parlé au XX<sup>e</sup> siècle de la responsabilité contractuelle, mais tout comme on a beaucoup plus parlé de responsabilité délictuelle ! C'est un essor général de *la* responsabilité que le droit français a vécu, notamment du fait de la multiplication des dommages et de l'accroissement de leur danger avec les développements techniques et technologiques. Rappelons que la responsabilité délictuelle n'occupait en tout et pour tout que cinq articles dans la codification de 1804 (anc. art. 1382 à 1386), placés dans un titre commun avec les quasi-contrats, qui, eux, avaient droit à onze articles (anc. art. 1371 à 1381), et avec deux premiers articles que l'on pourrait considérer être des principes du droit applicables à d'autres matières. C'est dire si la matière avait une importance moindre que le droit des contrats, dont le titre comportait en 1804 trois cent soixante-neuf articles (anc. art. 1101 à 1369). Depuis l'équilibre n'est plus du tout le même. En attestent les éditions annotées du Code civil<sup>151</sup> dans lesquelles

<sup>149</sup> « V. Domat, liv. 2, tit. 8. »

<sup>150</sup> Auguste-Jean-Baptiste SOURDAT, *Traité général de la responsabilité, ou De l'action en dommages et intérêts en dehors des contrats, comprenant : La responsabilité civile des délits...*, t. 1, Paris, Cosse, 1<sup>re</sup> éd., 1852, n° 6, p. 2. Je souligne.

<sup>151</sup> Laurent LEVENEUR (dir.), *Code civil 2018*, Paris, LexisNexis, 2017 ; *Code civil annoté (édition 2018)*, Paris, Dalloz, 2017.

l'ancien chapitre du Code civil relatif aux délits et quasi-délits est principalement composé de jurisprudence en note sous deux de ses cinq articles (anc. art. 1383 – assimilé à l'ancien article 1382 – et anc. art. 1384), qui paraissent bien peu bavards par rapport au droit français actuel des délits et quasi-délits. En attestent aussi les ouvrages de droit des obligations, qui aujourd'hui partagent les contrats et les délits comme deux matières d'importances ou de dignités relativement égales au sein du droit des obligations, ce qui ne correspond absolument pas à la lettre du Code. En attestent encore les cours de droit des obligations dans les universités françaises, divisés à parts relativement égales entre droit des contrats et responsabilité. En atteste enfin la réforme en cours du droit des obligations, qui prend acte de cette évolution et accorde une place bien plus importante qu'en 1804 à la responsabilité civile. Mais tout cela ne signifie pas que le concept de responsabilité civile délictuelle soit un faux concept qui ait été inventé au xx<sup>e</sup> siècle. Il y a eu essor, et non nouveauté, et avec cet essor, un vocabulaire spécifique s'est naturellement fixé. Exactement la même chose peut être dite pour la responsabilité issue du manquement contractuel.

41. Concernant le xx<sup>e</sup> siècle, j'évoquerai pour l'instant uniquement Demogue, et sa théorie du diptyque entre obligations de moyens et obligations de résultat, qui aurait renforcé l'analogie avec la responsabilité délictuelle, en créant un diptyque analogue à celui composé de la responsabilité civile pour faute et de celle sans faute<sup>152</sup>. Philippe Rémy critique la distinction d'une manière générale<sup>153</sup>.

Concernant l'idée de responsabilité contractuelle, nous aurons compris qu'elle n'avait nul besoin d'être renforcée, tellement son existence est ancrée dans l'histoire. Discuter cette distinction au regard du Code civil des Français est néanmoins tout à fait utile, car elle permet de mieux comprendre ce qu'a été jusqu'à maintenant la « responsabilité contractuelle » et la doctrine actuelle au sujet de celle-ci. En effet, cette distinction est aujourd'hui tout à fait standard en doctrine française, qui, après Demogue, voit souvent dans l'ancien article 1137 le standard de l'obligation de moyens, et dans l'ancien article 1147 celui de l'obligation de résultat<sup>154</sup>. D'ailleurs,

<sup>152</sup> P. RÉMY, « La responsabilité contractuelle. Histoire d'un faux concept », préc., note 2, n° 25.

<sup>153</sup> *Id.*, n° 27-31.

<sup>154</sup> Par exemple : François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 2013, n° 577.

l'avant-projet Catala, suivant la doctrine dominante, consacrait cette distinction dans un article 1149 dédié, au sein de la partie relative aux contrats<sup>155</sup>.

On a pu contester en logique l'existence de l'obligation de moyens. Ainsi, dans l'exemple classique de la relation médicale, il est vrai que « le médecin souscrit bien sûr un résultat; il ne consiste évidemment pas à guérir mais à fournir un diagnostic ou à accomplir une certaine thérapie, et il doit le faire avec la diligence requise par son art »<sup>156</sup>. Il faut cependant comprendre la distinction à travers le très bon critère du « résultat redouté » utilisé en droit pénal pour distinguer l'infraction formelle<sup>157</sup> de l'infraction matérielle<sup>158 159</sup>. Ainsi, en droit civil, on pense en réalité les « moyens » ou le « résultat » par rapport au *résultat espéré*. Par exemple, le médecin n'est pas obligé de guérir, mais le résultat espéré est la guérison (au possible), et c'est justement parce qu'il n'est pas obligé à ce résultat espéré que l'on parle d'« obligation de moyens ».

<sup>155</sup> Dans la partie intitulée « De diverses espèces d'obligations », art. 1149, avant-projet Catala: « [al. 1] L'obligation est dite de résultat lorsque le débiteur est tenu, sauf cas de force majeure, de procurer au créancier la satisfaction promise, de telle sorte que, ce cas excepté, sa responsabilité est engagée du seul fait qu'il n'a pas réussi à atteindre le but fixé. [al. 2] L'obligation est dite de moyens lorsque le débiteur est seulement tenu d'apporter les soins et diligences normalement nécessaires pour atteindre un certain but, de telle sorte que sa responsabilité est subordonnée à la preuve qu'il a manqué de prudence ou de diligence. ». Pierre CATALA (dir.), *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, Ministère de la Justice, Paris, La Documentation française, 2005.

<sup>156</sup> Philippe STOFFEL-MUNCK, « Les sources de l'obligation », dans François TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008, p. 67, à la p. 69.

<sup>157</sup> Par exemple, l'empoisonnement, dont est coupable celui qui « attent[e] à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort » (art. 221-5, Code pénal français), que l'entreprise ait abouti à la mort ou non.

<sup>158</sup> Yves MAYAUD, *Droit pénal général*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2018, n° 191.

<sup>159</sup> La doctrine pénaliste a fait le rapprochement (par exemple, Henri DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Paris, Sirey, 1943, p. 134; Roger MERLE, *Droit pénal général complémentaire*, Presses universitaires de France, 1957, p. 144; Roger MERLE et André VITU, *Traité de droit criminel*, t. 1, 7<sup>e</sup> éd., Paris, Cujas, 1997, n° 515). Cependant, il fut assez peu utile du fait de l'incertitude de la notion en droit civil (Pierre SPITÉRI, « L'infraction formelle », *Revue de sciences criminelles*, 1966.497, 501; Jean-Yves MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, préface Alain Prothais, Paris, L'Harmattan, 2003, n° 9). Il n'empêche que la distinction est tout à fait analogue.



Concernant l'éventuel bien-fondé juridique de la distinction, il faut déjà remarquer qu'elle ressemble à s'y méprendre à celle entre faute légère et très légère. En effet, un contrat dans lequel nous ne serions responsables que de sa faute légère est proche de ce qu'on attend « normalement » (art. 1149 al. 2, avant-projet Catala) d'un débiteur, alors que celui où l'on doit faire ce que ferait « l'homme aux cent yeux » est très proche d'un contrat dans lequel on ne serait exonéré que par la force majeure, et donc d'une obligation de résultat. D'ailleurs, les fondements textuels ressemblent beaucoup à ce qu'on peut lire chez certains auteurs évoqués ci-dessus. Lorsque Toullier, partisan de la responsabilité contractuelle pour faute très légère, se réfère aux articles 1382 et 1383 pour les unifier à la matière contractuelle, c'est, à trois occurrences, à l'article 1147 qu'il se réfère<sup>160</sup>. Les partisans du seuil de la faute légère insistaient pour leur part sur l'article 1137, et sur la réserve « s'il y a lieu » de l'article 1147, mots qui renverraient, dirais-je, à l'article 1137.

Cependant, l'article 1137, ainsi que nous l'avons établi<sup>161</sup>, ne fait pas de différence entre les degrés de fautes. Il renvoie à quelque chose de proche de ce qu'on pourrait appeler une « obligation de moyens ». Quant à l'article 1147, sa fonction n'était que d'affirmer la conséquence logique de la responsabilité contractuelle : les dommages et intérêts. D'une part, un peu à la manière de l'ancien article 1235 al. 1<sup>162</sup>, cet article a une vertu pédagogique, dans l'esprit selon lequel il y a des choses qui vont sans le dire, mais qui vont mieux en le disant. D'autre part, l'article introduit les articles suivants qui précisent le quantum de ces dommages et intérêts, afin d'assurer un lien logique entre la détermination de ce quantum et les dispositions fixant l'étendue des obligations à titre principal. En tout cas, nous avons vu que, dans l'esprit des codificateurs, cet article ne diffère absolument pas du standard de la faute de l'article 1137<sup>163</sup>, et donc ne renvoie absolument pas à l'idée d'une obligation de résultat. Comme l'ont fait remarquer à raison certains auteurs du XIX<sup>e</sup> siècle, le « s'il y a lieu » de l'ancien article 1147 est capital, et renvoie bien au standard de l'article 1137.

<sup>160</sup> C. TOULLIER, préc., note 80, n° 233, 277 et 280.

<sup>161</sup> *Supra* n° 34.

<sup>162</sup> « Tout paiement suppose une dette : ce qui a été payé sans être dû, est sujet à répétition. »

<sup>163</sup> *Supra* n° 19.

42. En réalité, tous les débats que j'ai relatés jusqu'ici occultent la vraie logique de la matière choisie par les codificateurs, et que Toullier et Duranton avaient très bien vue en leur temps<sup>164</sup>. Cette logique se trouve dans l'article 1137... en son second alinéa, qui semble pourtant avoir été plutôt occulté. C'est-à-dire que les codificateurs ont posé un principe général de responsabilité contractuelle pour faute, en mettant totalement fin aux distinctions anciennes... et ont renvoyé au droit des contrats spéciaux pour apprécier ce qui sera considéré comme une faute en chaque matière. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si c'est dans la partie du Code relative aux contrats spéciaux que l'on trouve répété le mot « responsable »<sup>165</sup>.

C'est d'abord ce qui ressort de l'article 1137 du Code civil des Français. L'argumentation de Toullier sur l'impraticabilité de la division tripartite des fautes s'articule particulièrement bien avec la lettre de l'ensemble de l'article 1137 reportant au droit des contrats spéciaux la question à l'étendue de la réparation, soumise à l'*arbitrarium* judiciaire. Si le droit commun des contrats a finalement pris le dessus en France quant à ces questions, la lecture de Toullier faisant de chaque contrat spécial un « monde » avec son esprit, et reléguant les articles 1137 et 1147 à l'énoncé de quelques points spécifiques et très généraux, est très proche de ce que disent strictement les textes, lus d'un œil indépendant. À vrai dire, l'alinéa premier traite lui-même d'un seul type de contrats.

C'est ensuite ce qui ressort, sans ambiguïté, des travaux préparatoires. Bigot de Préameneu présente l'article 1137 en commençant par cette phrase : « Les soins que le débiteur doit apporter à la conservation de la chose sont plus ou moins rigoureusement exigés, suivant la nature des contrats. »<sup>166</sup> Puis il rejette les distinctions romaines, et finit sa présentation en paraphrasant les deux alinéas, à la suite, de l'article 1137, en joignant les deux idées par un « mais »<sup>167</sup>, ce qui atteste que, dans son esprit, l'alinéa second a une plus grande importance que le premier alinéa.

<sup>164</sup> Voir respectivement *supra* n° 26 et 29.

<sup>165</sup> Voir *supra* n° 18 *in fine*.

<sup>166</sup> P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, préc., note 66, p. 229.

<sup>167</sup> *Id.*, p. 230.

D'ailleurs, lorsque Pothier explique que le contrat peut implicitement prévoir la réparation du dommage extrinsèque, il ne fait que dire autrement que l'étendue de la réparation dépend de la nature du contrat envisagé<sup>168</sup>.

43. La réforme de 2016 ne prend pas de parti doctrinal quant à la distinction entre obligations de moyens et de résultat; elle se contente de contenir des articles proches des anciens articles 1137 et 1147, respectivement les articles 1197<sup>169</sup> et 1231-1<sup>170</sup>. Simplement, l'article 1197, contenu dans une sous-section dédiée à l'« effet translatif » de certains contrats, a une portée largement moindre et ne contient plus d'alinéa second. L'article 1231-1, quant à lui, fait désormais référence à la force majeure, et non plus seulement à la cause étrangère – ce qui rappelle la discussion au Conseil d'État à propos de ce qui deviendra l'article 1147<sup>171</sup> – mais comporte toujours l'expression « s'il y a lieu ». Ce changement n'est donc en rien décisif, d'autant plus que la réserve de l'article 1147 est depuis longtemps envisagée comme une référence à la force majeure<sup>172</sup>, et qu'on a pu estimer que la force majeure est en réalité un renvoi au critère de la faute, fondé sur les diligences normales du bon père de famille<sup>173</sup>.

En revanche, le nouveau droit des obligations, dans son état au terme du premier volet de sa réforme, prend franchement parti pour la logique de responsabilité contractuelle, ainsi qu'il a toujours été le cas en France. Ce sont deux intitulés qui l'attestent. D'une part, les anciens articles 1382 et suivants, relatifs à la responsabilité délictuelle, n'ont pas été modifiés par le premier volet de la réforme, mais ils ont été placés dans un sous-titre relatif à la « responsabilité extracontractuelle », ce qui implique bien l'existence d'une responsabilité contractuelle<sup>174</sup>. D'autre part, la section iv

<sup>168</sup> Voir *supra* n° 16.

<sup>169</sup> Art. 1197 C. civ. 2016 : « L'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable. »

<sup>170</sup> Art. 1231-1 C. civ. 2016 : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure. »

<sup>171</sup> Voir *supra* n° 19.

<sup>172</sup> Bien que cela fût contradictoire avec les travaux préparatoires au Code. *Id.*

<sup>173</sup> André TUNC, « Force majeure et absence de faute en matière contractuelle », *RTD civ.* 1945.235. L'auteur se réfère notamment à Léon Marie, *Du cas fortuit et de la force majeure*, thèse, Caen, 1896. Voir notamment *id.*, p. 65 et suiv. Voir *infra* n° 70.

<sup>174</sup> Sinon, le sous-titre aurait simplement été relatif à la « responsabilité civile ».

relative aux « dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation » devient une sous-section v relative à « la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat » : c'est donc bien un préjudice que l'on répare éventuellement lorsqu'il y a un manquement contractuel.

44. Quant au second volet de la réforme<sup>175</sup>, il est prévu pour l'instant de consacrer la responsabilité contractuelle, et dans une certaine mesure son unité de nature avec la responsabilité délictuelle. En effet, le sous-titre s'intitulerait désormais « La responsabilité civile »<sup>176</sup>, l'expression « responsabilité contractuelle » est employée à trois reprises au sein des trois dispositions préliminaires du projet de 2017 (art. 1233 à 1234), on y retrouve l'expression « responsabilité extracontractuelle », et le chapitre suivant traitant des conditions de la responsabilité commence par une section relative aux « dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle ».

45. En définitive, quelle que soit l'époque considérée, il ne fait aucun doute qu'il a existé une responsabilité contractuelle de nature indemnitaire, parallèle si ce n'est conjointe à une responsabilité délictuelle. Il faut maintenant analyser le bien-fondé de cette solution, en s'axant sur la question essentielle de la matière, c'est-à-dire le caractère juste d'une garantie des conséquences dommageables d'un manquement contractuel.

<sup>175</sup> *Projet de réforme de la responsabilité civile*, Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du Sceau, mars 2017.

<sup>176</sup> Remarquons que, hormis l'intitulé des titres III (« Des sources d'obligations ») et IV (« Du régime général des obligations ») eux-mêmes, les intitulés utilisés dans ces titres ne comportent pas les prépositions « de », « des » et « du », mais presque systématiquement les articles définis « la », « le » et « les ». Or, la règle de forme des intitulés du Code civil est qu'ils comportent la préposition, sauf lorsque l'intitulé commence par le nom « dispositions » (générales, préliminaires, communes, particulières) ou le nom « principes », auxquels cas l'intitulé ne comporte pas de préposition initiale. À quelques exceptions près, cette règle a été suivie jusqu'à la réforme du droit des obligations de 2016. Cette discordance de forme est tout à fait regrettable. Voir Kouroch BELLIS, *Prestation induite et enrichissement inéquitable. À propos de deux quasi-contrats dans l'avant-projet d'ordonnance réformant le droit français des obligations*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, K. Bellis, 2016, n° 86.

## B. Le caractère juste d'une garantie des conséquences dommageables d'un manquement contractuel

46. Il faut séparer la question sémantique, très accessoire, de la question de fond, elle importante. La « responsabilité contractuelle » pourrait désigner autant le système de Philippe Rémy que celui du droit français actuel. Dans les deux cas, on « répond » bien à quelque chose en rapport avec le contrat : toute la question est donc de savoir comment. De même pour la question du mot « faute » : ce mot peut convenir aux deux systèmes, l'important est de savoir selon quel standard on estimera que le débiteur d'une obligation est fautif<sup>177</sup>. C'est même vrai, selon le droit québécois, pour l'expression « exécution par équivalent ». En effet, bien qu'employant cette expression dans l'intitulé du paragraphe comportant les articles 1607 et suivants, ceux-ci renvoient bien à ce que Philippe Rémy appellerait un système de « responsabilité contractuelle », puisque le droit à cette « exécution par équivalent » est subordonné à l'existence d'un préjudice (art. 1607 C.c.Q.).

Il est vrai cependant que le vocabulaire employé par Philippe Rémy est probablement le meilleur. En effet, comme celui-ci le souligne, un enjeu du choix entre les deux systèmes est l'affinité des conséquences d'un manquement contractuel avec la responsabilité délictuelle, à affirmer ou rejeter catégoriquement. Il est alors plus efficace d'adopter un vocabulaire totalement différent lorsqu'on veut adopter une logique différente, et vice-versa. De plus, même si le Code civil du Québec l'utilise dans un autre sens, l'expression d'« exécution par équivalent » reflète particulièrement bien la doctrine de Philippe Rémy : l'inexécution ou l'exécution imparfaite devrait aboutir, en cas d'exécution parfaite impossible, à l'équivalent d'une exécution parfaite, indépendamment de la question du préjudice causé par le manquement contractuel. Quant au « manquement contractuel »<sup>178</sup>, il s'agit d'une expression plus large et plus neutre que la « faute contractuelle », qui évoque bien sûr la faute délictuelle, et donc a plus naturellement sa place dans un régime de la « responsabilité contractuelle », au sens qu'a cette expression dans le système de Philippe Rémy.

<sup>177</sup> Philippe STOFFEL-MUNCK, note sous Cass. civ. 3, 3 déc. 2003, 02-18.033, RDC 2004.180.

<sup>178</sup> Voir Philippe STOFFEL-MUNCK, « La singularité de la responsabilité contractuelle », J.C.P. (suppl. 30-35) 25 juil. 2016.30, n° 6-8.

J'adopterai donc ce vocabulaire, mais il faut avoir à l'esprit que c'est bien du fond que je traite à travers celui-ci. La question de vocabulaire, dans laquelle on s'est engagé, notamment sur la base d'un procès en racines historiques, est, quant à elle, une impasse.

47. Il faut aussi mettre de côté toutes les questions connexes mais différentes, notamment les questions de présentation de la matière dans un code, ou de créations de trop nombreuses obligations contractuelles implicites<sup>179</sup>. La confusion des questions n'est jamais bonne, et celle qui me préoccupe ici est bien précise. Il s'agit de savoir si, dans un cas où un manquement contractuel fautif (imprudence, dol, négligence...) cause un dommage différent que le fait de ne pas bénéficier de l'exécution contractuelle en elle-même et non couvert par le devoir général de ne veiller à ne pas nuire à autrui (droit de la responsabilité extracontractuelle), le cocontractant fautif doit simplement réparer, en nature ou en équivalent, son manquement contractuel, ou s'il doit aussi fournir la valeur du préjudice qu'il a ainsi causé. Par exemple, en s'inspirant d'un exemple de Pothier<sup>180</sup>, un cheval avec certaines caractéristiques est vendu, mais par la négligence du vendeur, le cheval n'est pas livré à temps et l'acheteur est dans l'impossibilité d'en avoir un autre avec les mêmes caractéristiques; or, le vendeur savait que le cheval devait être utilisé en démonstration dans une fête foraine avec accès au cheval payant; le vendeur doit-il simplement rembourser le taux légal de retard du versement de la valeur courante du cheval ou doit-il aussi rembourser le profit escompté mais perdu? Ou encore, une personne vend un meuble meublant, qui est défectueux et brise dans sa chute les vases qui se trouvaient normalement posés dessus: doit-elle seulement réparer le meuble ou en livrer un autre, ou doit-elle aussi rembourser la valeur des vases?

Dans ces exemples, il est possible de discuter l'étendue de la réparation au-delà de la simple valeur de la prestation promise, mais il est en tout cas certain que seule une « responsabilité contractuelle » couvrirait une telle extension, puisque l'on n'a pas de devoir général à ce qu'autrui fasse un profit ou que les objets appartenant à autrui ne se brisent pas. Le seul lien juridique entre le débiteur de la prestation contractuelle dont l'exécution est défectueuse et le dommage est justement cette défectuosité.

<sup>179</sup> Voir notamment *infra* n° 113.

<sup>180</sup> Voir *supra* n° 16.

48. Par ailleurs, la question porte sur un lien de suffisance, pas de nécessité ou d'équivalence. C'est-à-dire que ma réponse quant au point de savoir si le préjudice résultant d'une faute dans une exécution contractuelle entraîne réparation, ne préjuge pas du point de savoir s'il faut une telle situation pour que le débiteur soit condamné à payer une somme d'argent, comme l'avaient décidé les codificateurs de 1804<sup>181</sup>. La question est ici beaucoup plus précise.

49. Selon moi, le droit doit être l'émanation de la justice<sup>182</sup>. La question est donc celle de savoir si la responsabilité contractuelle, dans le sens que je viens de préciser, est une chose juste.

50. Pour répondre à cette question, le débat historique n'est pas du tout inutile. En effet, il est difficile de savoir ce qui est juste, d'autant plus au sujet d'une chose aussi technique dont les conséquences pratiques de grande ampleur sont très difficiles à cerner. L'expérience du temps, et la satisfaction, ou non, que l'on peut avoir de son résultat a alors un poids très important. C'est pour cela que l'article ayant pour objet principal de déraciner historiquement le concept de responsabilité contractuelle<sup>183</sup> a autant marqué et est considéré comme l'article de référence en la matière.

En ce qui concerne notre sujet, les racines manifestement très profondes de la responsabilité contractuelle confèrent à celle-ci une sorte de présomption favorable. En effet, lorsqu'une règle a été considérée comme juste pendant plus de deux millénaires, il faut avoir de bonnes raisons pour vouloir subitement changer le droit à cet égard. Le changement est tout à fait possible, mais encore faut-il démontrer qu'il aboutirait à une solution plus juste.

En ce qui me concerne, au sujet de la question précise discutée ici, je ne vois pas de telle raison. Plus encore, je trouve absolument juste qu'une personne qui s'était engagée à un certain comportement (action ou inaction), qui pouvait raisonnablement se conformer à cet engagement, répare toutes les conséquences dommageables résultant de ce qu'elle a violé l'obligation contractée. Je suis donc pour la responsabilité contractuelle, dans ce sens précis.

<sup>181</sup> Voir *supra* n° 19.

<sup>182</sup> C'est la position jusnaturaliste classique que je défends dans ma thèse. K. BELLIS, préc., note 16. n° 322 et suiv.

<sup>183</sup> P. RÉMY, « La responsabilité contractuelle. Histoire d'un faux concept », préc., note 2.

51. Il s'agit bien de responsabilité, au même titre que la responsabilité délictuelle, car, dans la responsabilité contractuelle, le débiteur a créé, en violation de la loi des parties, un dommage à son cocontractant, comme dans la responsabilité délictuelle, l'auteur du dommage en a créé un à son concitoyen en violation de la loi qui lie tous les citoyens<sup>184</sup>.

Plus profondément, c'est le même principe de justice<sup>185</sup> et de morale qui est en jeu ici, et qui est exactement celui formulé à l'article 1382 du Code civil des Français. Le tribun Tarrible disait à propos de celui-ci :

Lorsqu'un dommage est commis par la faute de quelqu'un, si l'on met en balance l'intérêt de l'infortuné qui le souffre avec celui de l'homme coupable ou imprudent qui l'a causé, un cri soudain de la justice s'élève et répond que ce dommage doit être réparé par son auteur.<sup>186</sup>

Celui qui a, par dol, imprudence ou négligence, manqué à son obligation contractuelle, est tout aussi coupable, et donc il est, exactement de la même manière, responsable du préjudice causé.

Il s'agit donc de « responsabilité », non seulement au sens technique (le débiteur « répond » de son manquement) mais aussi moral (il y a une éventuelle faute morale qui explique un devoir de réparation alors qu'il n'y a pas d'enrichissement personnel). C'est pourquoi Toullier avait tout à fait raison de traiter de « la » responsabilité, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle, comme une institution unique dont le principe était formulé à l'article 1382 et selon lui « fondée sur ce précepte sublime de la morale divine, *ne fais pas à autrui ce que tu ne veux pas qu'on te fasse à toi-même* »<sup>187</sup>. Il ajoutait judicieusement : « dans les principes du Code, comme dans les principes de morale, on doit réparer le *dommage* causé à autrui par la faute même la plus légère; parce qu'enfin, quelque légère que soit cette faute, elle n'est pas une raison suffisante pour appauvrir le prochain »<sup>188</sup>.

<sup>184</sup> Outre les développements ci-après, voir *infra* n° 116 et suiv. sur ce sujet.

<sup>185</sup> Voir Pierre KAYSER, « Le sentiment de la justice et le développement de la responsabilité civile en France », R.R.J. 2000.2.445.

<sup>186</sup> P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, préc., note 66, p. 487 et 488.

<sup>187</sup> C. TOULLIER, préc., note 80, n° 232. Voir *supra* n° 26.

<sup>188</sup> P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, préc., note 66, n° 236.



Bien entendu, la responsabilité contractuelle a une étendue spécifique, car l'obligation dont elle est issue est elle-même spécifique, mais cela n'atteint pas la nature de la responsabilité.

52. Des auteurs comme Larombière soulignent que la responsabilité contractuelle n'est rien d'autre que ce que l'on présume être la volonté des parties au moment du contrat ; autrement dit, elle serait l'effet du contrat, et non directement un effet de la loi. Cette remarque est juste, mais elle n'enlève rien à l'unité de la responsabilité civile (contractuelle et délictuelle). En effet, la règle supplétive de volonté n'est pas « un pur acte de puissance » mais un acte de « sagesse, de justice et de raison »<sup>189</sup>. Si le législateur présume que le contrat implique une responsabilité contractuelle, c'est parce qu'il présume que les parties ont contracté selon ce qu'il y a de plus commun dans la nature universelle des choses.

Bien entendu, la loi peut limiter la disponibilité de la responsabilité contractuelle. L'article 1170 du Code civil, dans sa version actuelle, dispose, conformément à une jurisprudence constante : « Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. » L'article 1282 dans le projet de réforme de 2017 prévoit qu'en matière contractuelle, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité « sont réputées non écrites lorsqu'elles privent de sa substance l'obligation essentielle ». L'idée est alors qu'une clause accessoire ne peut vider de portée une clause principale, notamment en privant l'obligation essentielle de toute sanction effective et dissuasive. Je suis, pour ma part, tout à fait défavorable à une telle ingérence dans l'équilibre choisi par les parties. Je ne parle pas ici d'exécution par équivalent mais de responsabilité civile, aux conséquences très larges, qui ne peuvent être imposées aux parties qui ont librement adhéré à un contrat qui contient son propre équilibre<sup>190</sup>.

En tout cas, la réparation de l'entier préjudice n'est manifestement pas du ressort de l'exécution par équivalent (au sens employé ici), car il ne s'agit pas d'un véritable équivalent de la prestation principale.

---

<sup>189</sup> « Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. » Jean-Étienne-Marie PORTALIS, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du Gouvernement », dans Pierre-Antoine FENET (dir.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1, Paris, Videcoq, 1836, p. 463, à la page 476.

<sup>190</sup> Bien entendu, je traite ici du contrat de gré à gré de droit commun.

53. Être en faveur de la responsabilité contractuelle ne m'empêche cependant pas d'être tout autant en faveur de l'exécution par équivalent.

## II. Pour l'exécution par équivalent

54. Le principe de l'exécution par équivalent doit être affirmé (A) et les difficultés qu'une telle règle pose peuvent être résolues (B).

### A. Affirmation du principe

55. La question précise qui se pose ici est la suivante: dans le cas où un débiteur contractuel manque à son obligation, mais de manière à ce que cela ne cause *a priori* aucun préjudice au créancier, ou lorsque cela résulte d'une force majeure, le débiteur doit-il tout de même verser au créancier la valeur de la prestation à laquelle il était obligé?

Par exemple, au sujet de la force majeure, une personne commande un portrait de lui, mais le peintre cocontractant se casse le bras parce qu'un inconnu l'a poussé de manière impromptue alors qu'il prenait des escaliers. Doit-il quelque chose à celui qui a commandé le portrait (et payé pour celui-ci)?

Au sujet de l'absence de préjudice, par exemple, un locataire n'entretient pas le logement loué, mais de toute façon le logement sera détruit ou réaménagé. Doit-il tout de même quelque chose au bailleur?

56. Pour les codificateurs de 1804, la réponse de principe était assurément négative. Pour que des dommages et intérêts soient dus, il faut en général, selon eux, une faute<sup>191</sup> et donc, *a fortiori*, un préjudice. Cela signifie aussi que, selon eux, en cas de force majeure, le débiteur ne doit rien (anc. art. 1148).

57. De nos jours, au sujet de la force majeure de laquelle résulte un empêchement définitif, le nouvel article 1218 prévoit une résolution de plein droit du contrat<sup>192</sup>.

<sup>191</sup> Voir *supra* n° 19.

<sup>192</sup> Art. 1218 al. 2: « Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libé-

Concernant la nécessité d'un préjudice, avant la réforme, la troisième chambre civile de la Cour de cassation avait tergiversé<sup>193</sup>. Dans un arrêt de 2002, elle avait estimé que « l'indemnisation du bailleur en raison de l'inexécution par le preneur des réparations locatives prévues au bail n'est subordonnée ni à l'exécution de ces réparations ni à la justification d'un préjudice »<sup>194</sup>. En l'espèce, le preneur n'avait pas procédé aux réparations locatives, mais le bailleur avait revendu l'immeuble à un promoteur qui l'avait fait démolir. L'arrêt d'appel qui avait rejeté la demande d'indemnisation du bailleur, en soulignant que le preneur n'avait pas procédé aux réparations, ni ne prouvait l'existence d'un préjudice résultant du manquement contractuel du preneur, fut cassé. Cependant, moins de deux ans plus tard, en 2003, la Cour de cassation décida au contraire que « des dommages-intérêts ne peuvent être alloués que si le juge, au moment où il statue, constate qu'il est résulté un préjudice de la faute contractuelle »<sup>195</sup>. En l'espèce, les locaux non entretenus par le locataire avaient été totalement réaménagés et « déspecialisés » par le nouveau locataire qui en avait fait un salon de coiffure ; le pourvoi reprenant l'attendu de cassation de 2002 fut rejeté.

Le premier volet de la réforme a affaibli les sources légales possibles relatives à l'exécution forcée par équivalent. D'une part, il n'y a pas vraiment

---

rées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1. » Voir les commentaires de Olivier DESHAYES, Thomas GENICON et Yves-Marie LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, LexisNexis, 2018, et Gaël CHANTEPIE et Mathias LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2018.

<sup>193</sup> À ce sujet, voir notamment Éric SAVAUX et Rose-Noëlle SCHÜTZ, « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs », dans *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert. Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Paris, Dalloz, 2005, p. 271.

<sup>194</sup> Cass. civ. 3, 30 janv. 2002, 00-15.784, cass. (Reims, 22 mars 2000), prés. Weber, rapp. Stéphan.

<sup>195</sup> Cass. civ. 3, 3 déc. 2003, 02-18.033, rej. (Caen, 30 mai 2002), prés. Weber, rapp. Betouille. On remarquera un style lourd.

d'équivalent formel aux anciens articles 1142<sup>196</sup> et 1145<sup>197 198</sup>. En réalité, le premier article, qui n'a pas été modifié depuis le projet de l'an IX<sup>199</sup>, signifiait simplement que l'exécution forcée n'est pas possible en matière d'obligation de faire ou de ne pas faire<sup>200</sup>. Quant à l'article 1145, il est apparu dans la seconde version du projet<sup>201</sup>, à la suite d'une suggestion du Tribunal de Dijon, qui voulait par là que l'on précisât dans le Code civil que l'obligation de ne pas faire ne nécessite pas de mise en demeure pour donner lieu à des dommages et intérêts<sup>202</sup>. D'autre part, et surtout, une liste des conséquences du manquement contractuel<sup>203</sup> est désormais fournie à l'article 1217, mais ne figure, pour ce qui nous intéresse, que « l'exécution forcée en nature » et la « réparation des conséquences de l'inexécution »<sup>204</sup>. Cette dernière expression n'est pas rédigée de la manière la plus heureuse<sup>205</sup>, mais la section 5 correspondante s'intitule bien « la réparation du préjudice résultant de l'inexécution de contrat ». L'article précise en son dernier alinéa que des dommages et intérêts peuvent toujours s'ajouter à la sanc-

<sup>196</sup> Art. 1142 C. civ. 1804: « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. »

<sup>197</sup> Art. 1145 C. civ. 1804: « Si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention. »

<sup>198</sup> Philippe STOFFEL-MUNCK, « Exécution et inexécution du contrat », *RDC* 2009.1.333, n° 14.

<sup>199</sup> C'était l'article 40 de cette version. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, préc., note 66, p. 165.

<sup>200</sup> Suivant le commentaire de Bigot de Préameneu. P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, préc., note 66, p. 232.

<sup>201</sup> Art. 43 de cette version.

<sup>202</sup> Observations du Tribunal de Dijon relatif à l'article 42 du projet de l'an IX. Pierre-Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 2<sup>e</sup> éd., t. 3, Paris, Videcoq, 1836, p. 500.

<sup>203</sup> L'article parle de « l'inexécution du contrat » mais « manquement contractuel » est effectivement un meilleur vocabulaire. P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 178, n° 6-8.

<sup>204</sup> Art. 1217 C. civ. 2016: « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;
- poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;
- solliciter une réduction du prix ;
- provoquer la résolution du contrat ;
- demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter. »

<sup>205</sup> La réforme de 2016 qui l'a introduite a été directement écrite par la Chancellerie.

tion, mais il s'agit nécessairement d'un « ajout » à une des sanctions déjà énumérées.

En revanche, la liste de l'article 1217 n'est pas limitative. En effet, elle ne se présente pas comme telle et ne prévoit pas, par exemple, la réparation en nature, qui est bien entendu toujours admise<sup>206</sup>. En outre, certaines conséquences prévues comme la réduction de prix ou la résolution peuvent être liées à l'exécution par équivalent<sup>207</sup>. Par ailleurs, contrairement à l'attendu de la Cour de cassation de 2003, aucun article de la réforme de 2016 n'exclut l'allocation de dommages et intérêts en dehors d'un préjudice.

Le projet de second volet de réforme de 2017 ne concerne que la responsabilité civile, et est donc indifférent à l'idée d'exécution par équivalent.

58. Pour ma part, je réponds résolument à mes questions : l'absence de préjudice, ou l'impossibilité d'exécution en nature s'il n'y a pas de résolution du contrat, n'empêche pas un contrat à devoir être exécuté, par équivalent si l'exécution en nature n'est pas possible. La raison n'est pas nouvelle : il s'agit de la force obligatoire des contrats<sup>208</sup>, et donc du nécessaire respect de l'opération économique décidée par les parties. Dans les contrats synallagmatiques, chaque partie n'a droit à une prestation qu'en contrepartie de la prestation de l'autre, et ces prestations ont souverainement été décidées comme équivalentes. Il n'y a aucun rapport (initial) entre cette opération économique et la question d'un préjudice, pas plus qu'avec la question d'une faute dans son sens général : deux prestations sont dues, et ne sont dues que parce qu'elles ont été promises l'une en échange de l'autre du fait de leurs valeurs considérées subjectivement comme objectivement équivalentes, alors les deux valeurs doivent être échangées, quoi qu'il en soit.

59. Faire intervenir ici l'idée de préjudice (à titre exclusif) provient d'une conception erronée de l'opération économique dont le contrat synallagmatique est le support – ce type de contrat étant celui à partir duquel

<sup>206</sup> O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, préc., note 192, sous les articles 1217 et 1231.

<sup>207</sup> Voir *supra* n° 69.

<sup>208</sup> Art. 1103 C. civ. 2016 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »

on pense la matière. Personne ne contracte pour finir dans une situation équivalente à celle de départ. On ne contracte pas pour ne pas subir de préjudice du fait de ce contrat, mais pour obtenir un gain ; sinon, le contrat synallagmatique ne servirait littéralement à rien. Bien entendu, le caractère synallagmatique du contrat implique une équivalence des prestations, mais il ne faut pas se méprendre sur ce à quoi renvoie cette équivalence. Les parties déterminent une équivalence *objective*, même si celle-ci est soumise à une appréciation subjective. En revanche, subjectivement, chacune des parties se retrouve dans une meilleure position après le contrat, sinon elles ne contracteraient pas. *Chaque* partie obtient donc un *gain subjectif* de la part du contrat, même si la valeur économique objective est normalement équivalente au moment de la formation de ce contrat.

Cette erreur de perspective vient de ce que l'on considère à tort que le contrat-échange<sup>209</sup> – le type de contrat à partir duquel le marché est pensé – est « un jeu à somme nulle »<sup>210</sup>. L'auteur de doctrine juridique dont on retient qu'il a présenté cette formule, l'expliquait tout de suite en écrivant que dans un tel type de contrat, « ce que l'une des parties perd, l'autre le gagne »<sup>211</sup>. Il s'agit cependant d'une analyse sommaire et tout à fait réductrice de la situation. En effet, ce qu'on oublie de voir, c'est que, pour chacune des deux prestations (ou ensemble de prestations), le gain subjectif de la partie bénéficiaire de la prestation est supérieur à la perte subjective de celle qui la fournit. Par exemple, une personne achète une baguette un euro, la baguette vaut bien un euro. Une analyse superficielle ferait donc croire que chacun perd et gagne deux choses de même valeur, et donc qu'il y a effectivement un jeu à somme nulle. Cependant, le bon sens veut qu'il y ait un problème dans cette analyse : si tel était le cas, pourquoi le boulanger et le client auraient-ils contracté ? En réalité, certes, les parties ont déterminé une valeur objective d'un euro, mais pour le boulanger, qui a des baguettes en masse, *mieux* vaut avoir leur équivalent (objectif) en euro. Le client, pour sa part, *préfère* avoir une baguette sur sa table lors du repas

<sup>209</sup> C'est une catégorie de contrat synallagmatique, avec le contrat d'intérêt commun et le contrat-organisation (voir F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, préc., note 154, n° 78). On a aussi proposé de le nommer « contrat-permutation ». Suzanne LEQUETTE, *Le contrat-coopération, contribution à la théorie générale du contrat*, préface Claude Brenner, Paris, Economica, 2012, p. 23 et suiv.

<sup>210</sup> Paul DIDIER, « Le consentement sans l'échange : contrat de société », *RJ com.* 1995, numéro spécial.11 (*L'échange des consentements*).74, 75.

<sup>211</sup> *Id.* et *loc. cit.*

qu'une pièce d'un euro. Ce qui est censé être égal, c'est la valeur sur le marché des éléments de l'opération, et absolument pas la perte et le gain de chacun individuellement. Par exemple encore, si des tableaux se vendent, c'est que l'acheteur a un *intérêt* subjectif à pouvoir admirer à sa guise un tableau plutôt que d'avoir sa valeur en euros dans son compte en banque. Simplement, le vendeur a aussi un *intérêt* à plutôt avoir l'argent dans son compte en banque. À chaque fois, le bien objet d'une commutation (baguette, tableau, argent...) a une valeur subjective *plus grande* dans le patrimoine de l'un que dans celui de l'autre. En d'autres termes, certes, le capitalisme consiste à attribuer des valeurs équivalentes entre des biens et services, mais la magie de l'économie libérale est justement que l'*échange* de ces valeurs équivalentes engendre un *gain* pour chacun des participants à l'échange et potentiellement une *richesse* qui a vocation à profiter, d'une manière ou d'une autre, à la société entière.

60. Cette question dépasse largement le cadre juridique. La croyance populaire selon laquelle, dans une économie de marché, « le gain de l'un est le dommage de quelqu'un d'autre ; et personne ne fait de profit que parce que d'autres perdent » est ce que Ludwig von Mises a appelé le « dogme de Montaigne », car ce serait le premier auteur de l'époque moderne à l'avoir de nouveau formulé<sup>212</sup>. On ne peut que citer des extraits du texte où von Mises démonte ce dogme :

C'est l'idée qui est au fond de toutes les doctrines modernes d'après lesquelles, dans le cadre de l'économie de marché, il y a un conflit insurmontable entre les intérêts de diverses classes sociales, au sein d'une même nation ; et qui plus est, entre les intérêts de chaque nation et ceux de toutes les autres<sup>[213]</sup>.

Or, le dogme de Montaigne est vrai en ce qui concerne les modifications induites par encaisses dans le pouvoir d'achat de la monnaie, quant à leurs effets sur les paiements différés. Mais il est complètement faux en ce qui concerne n'importe quelle sorte de profits ou de pertes d'entrepreneur ; et cela, que profits et pertes se produisent dans une économie stationnaire dans laquelle le montant total des profits est le même que celui des pertes, ou dans une économie en progrès ou en régression dans laquelle ces deux grandeurs diffèrent.

<sup>212</sup> Ludwig von MISES, *L'action humaine. Traité d'économie*, trad. Raoul Audouin, Paris, P.U.F., 1985, IV, xxiv, 1, p. 699.

<sup>213</sup> « Voir Montaigne, *Essais*, [éd.] F. Strowski, liv. I, chap. 22 (Bordeaux, 1906), I, 135-136 ; A. Oncken, *Geschichte der Nationalökonomie* (Leipzig, 1902), pp. 152 et 153 ; E. F. Heckscher, *Mercantilism*, traduit par M. Shapiro (Londres, 1935), II, 26-27. »

Ce qui engendre le profit d'un individu, dans le cours des affaires d'une société de marché non entravée, ce n'est pas le malheur ou la détresse de son concitoyen, mais le fait que le premier a su alléger ou entièrement écarter ce qui cause la gêne éprouvée par le second. Ce dont souffre un malade, c'est son mal ; ce n'est pas le médecin qui traite la maladie. Le gain du docteur n'est pas causé par l'épidémie, mais par l'aide qu'il apporte à ceux qui sont atteints. L'origine première des profits est toujours une exacte prévision des situations à venir.<sup>214</sup>

Il n'y a donc pas, « en économie de marché, de conflits d'intérêts entre les vendeurs et les acheteurs. Il y a des désavantages causés par une prévoyance insuffisante »<sup>215</sup>. Von Mises prouve cette idée selon laquelle le contrat-échange « est toujours avantageu[x] à la fois pour l'acheteur et pour le vendeur » par un exemple extrême :

Même un homme qui vend à perte s'en trouve mieux que s'il ne pouvait pas vendre du tout, ou ne vendre qu'encore moins cher. Il perd à cause de son manque de lucidité ; la vente limite sa perte, même si le prix reçu est bas. Si à la fois le vendeur et l'acheteur n'avaient considéré la transaction comme l'acte le plus avantageux qu'ils pouvaient choisir dans les conditions données, ils ne l'auraient pas conclue.<sup>216</sup>

Von Mises montre d'ailleurs le caractère néfaste du dogme de Montaigne : il pousse à la guerre, autant entre les citoyens qu'entre les nations. C'est, selon lui, du fait d'une telle erreur économique que Voltaire, qui selon Mises refusait de se familiariser avec la pensée économique, écrivait : « Être bon patriote, c'est souhaiter que sa ville s'enrichisse par le commerce, et soit puissante par les armes. Il est clair qu'un pays ne peut gagner sans qu'un autre perde, et qu'il ne peut vaincre sans faire des malheureux. »<sup>217</sup> La même erreur poussait celui qui allait devenir Napoléon III, à écrire ces mots que von Mises qualifie de « monstrueux » : « la quantité de marchandises qu'un pays exporte, est toujours en raison directe du nombre de *bou-*

<sup>214</sup> L. V. MISES, préc., note 212, p. 699-700.

<sup>215</sup> *Id.*, p. 700.

<sup>216</sup> *Id.*, p. 701.

<sup>217</sup> VOLTAIRE, *Dictionnaire philosophique*, dans *Œuvres complètes de Voltaire*, t. 4, Paris, Garnier, 1879, « Patrie », p. 185. Notons néanmoins que Voltaire regrette cet état de fait qu'il croit réel.



lets qu'il peut envoyer à ses ennemis quand son honneur et sa dignité le commandent»<sup>218</sup>.

Von Mises regrette d'ailleurs :

Tous les enseignements de la science économique concernant les effets de la division internationale du travail et du commerce international ont jusqu'à présent échoué à détruire la popularité du mensonge mercantiliste « que le but du commerce extérieur est d'appauvrir les étrangers »<sup>[219]</sup>. C'est la tâche de la recherche historique que de déceler les sources de la popularité de ces imaginations erronées, et d'autres semblables. Pour la science économique, c'est une question réglée depuis longtemps.<sup>220</sup>

61. Or, l'idée de la nécessité de prouver un préjudice pour obtenir une somme d'argent en cas d'impossibilité de l'exécution en nature d'une dette contractuelle vient de ces « imaginations erronées » (concernant le marché interne). En effet, cette idée ne peut être que le produit de celle selon laquelle le contrat-échange aboutit à une situation économiquement équivalente à la précédente, puisque c'est avec ce présupposé que la seule chose anormale ou injuste et donc à corriger est le préjudice résultant de l'inexécution. Avec la préconception erronée du contrat, l'idée du gain, pourtant centrale en réalité, paraît soudainement curieuse.

En revanche, si l'on conçoit correctement l'enjeu économique du contrat, l'idée d'exécution par équivalent apparaît au contraire comme naturelle. Le contrat produit un *gain* pour chacune des parties, et chaque partie a *droit*, du fait du contrat et de sa force obligatoire, à ce gain. Dans un tel cadre, l'idée de « préjudice » devient (dans un premier temps) hors sujet<sup>221</sup>. Seule compte le fait que le débiteur est obligé à transférer une certaine valeur, d'une certaine manière si c'est possible (exécution en nature), ou autrement à défaut (exécution par équivalent).

<sup>218</sup> Louis-Napoléon BONAPARTE, *Extinction du paupérisme*, Paris, La Guillotière, 1848, p. 4. Louis-Napoléon Bonaparte ajoute : « Les événements qui se sont passés récemment en Chine sont une preuve de cette vérité. »

<sup>219</sup> « C'est en ces termes que H. G. Wells (*The World of William Clissold*, liv. IV, section 10) caractérise l'opinion d'un représentant typique des pairs du Royaume-Uni. »

<sup>220</sup> L. v. MISES, préc., note 212, p. 701-702.

<sup>221</sup> Dans le même sens : Z. JACQUEMIN, préc., note 5, n° 462.

62. Il est alors possible de raisonner par rapport à la propriété. Par le contrat synallagmatique, chacun acquiert un bien (un droit réel ou personnel, ou, selon certains, une chose), qui fait désormais partie de son patrimoine. Si l'on ne peut, ou ne peut plus, réaliser en nature ce droit, alors il est logique de donner un équivalent.

Bien entendu, il y a un effet d'aubaine dans les cas où il n'y a pas – selon le raisonnement courant – de préjudice prouvé. Mais, encore une fois, l'effet d'aubaine est de la nature de tout contrat. Ce qu'écrivait von Mises au sujet des opportunités volontairement saisies est tout à fait généralisable :

L'origine première des profits est toujours une exacte prévision des situations à venir. Ceux qui ont mieux que les autres réussi à pronostiquer les événements, et à ajuster leurs activités à la future situation du marché, recueillent des profits [...].<sup>222</sup>

Par nature, dans une économie de marché, le contrat ne crée pas la richesse par l'appauvrissement d'autrui mais par le fait de conclure les bonnes opérations au bon moment. Ici, l'effet d'aubaine n'a pas été prévu dès le début par le créancier, mais il reste tout à fait normal que ce soit lui et non le débiteur de l'obligation spécifiquement envisagée qui profite de cet effet d'aubaine là. Il s'agit presque d'une tautologie : la créance, et donc le profit, va au créancier.

Prenons l'exemple d'une personne qui a dans son appartement une collection de tableaux de grande valeur. Il prête un de ses Picasso à un musée, qui ne le rend pas à temps. Puis, il se fait cambrioler, et tous ses tableaux se volatilisent, de sorte que le Picasso prêté aurait nécessairement été volé aussi. Le musée pourra-t-il refuser de rendre le Picasso, sous prétexte que le prêteur n'éprouve aucun préjudice à l'absence de restitution du Picasso ? Bien sûr que non ! Le propriétaire a une sorte de profit *a posteriori* du fait du manquement contractuel du musée, mais peu importe ! C'est son Picasso, il est dans son patrimoine, il a *droit* à la restitution.

Imaginons maintenant que, dans la même situation, le musée détruit (involontairement) le Picasso. Pourra-t-il invoquer le cambriolage pour ne pas rembourser sa valeur ? Bien sûr que non, et pour les mêmes raisons ! Simplement, ici, puisque la restitution en nature n'est pas possible, c'est un équivalent qui sera rendu.

<sup>222</sup> L. v. MISES, préc., note 212.

Si la réponse paraît moins évidente dans le cas des réparations locatives non effectuées mais sans “préjudice prouvé”, c’est parce qu’il ne s’agit plus d’un bien mais d’un service. S’ajoutent encore la fausse conception du contrat synallagmatique, et une sorte de jugement moral négatif envers le propriétaire qui veut s’enrichir, ce qui serait en quelque sorte moralement douteux. Or, que nous parlions de chose ou de service, nous parlons bien d’un bien<sup>223</sup>, qui est dans le patrimoine de son propriétaire, et donc le raisonnement ne devrait pas être différent. Le locataire n’a pas procédé aux réparations locatives, c’est trop tard, il doit payer sa dette par équivalent. Peu importe la question, incongrue dans ce contexte, du préjudice.

On pourra toujours dire qu’il n’y a pas, en France, de *trespassing*: l’atteinte à la propriété d’autrui est traitée par le biais de la responsabilité civile et par conséquent nécessite elle aussi un préjudice pour aboutir à des dommages et intérêts. Cependant, d’une part, la situation peut être considérée comme différente. Selon ce raisonnement, lorsque, par exemple, une personne entre dans le terrain appartenant à autrui sans l’autorisation de celui-ci, il n’empêche pas *ipso facto* la jouissance par autrui de sa propriété. Dans le cas du manquement contractuel, il y a accaparement du bien d’autrui. Il faudrait donc plutôt comparer avec l’action en revendication. D’autre part, il est possible de se demander si l’on ne devrait pas admettre le *trespassing* en France et estimer que toute atteinte à un droit entraîne une obligation d’exécuter par équivalent, quel que soit le « préjudice » finalement subi. Par exemple, si une personne détruit le Picasso situé dans l’appartement d’autrui, mais que, sans lien avec cette action coupable, l’appartement et les tableaux situés à l’intérieur font l’objet d’un incendie, de sorte que le préjudice final du propriétaire est nul. Ce qui compte est-il plutôt l’atteinte au droit de propriété, c’est-à-dire au droit à l’égard de tous au respect de sa propriété, ou est-ce le préjudice final? On peut penser qu’il y a ici encore un effet d’aubaine qui doit profiter au propriétaire. Cependant, la généralisation de l’exécution par équivalent n’est pas une nécessité logique, car, dans le contrat, l’accord de volontés et la réciprocité spécifiques rendent le lien beaucoup plus fort que dans d’autres situations.

On pourra aussi penser à l’abus de droit. Cependant, un tel abus suppose, entre autres, l’absence d’intérêt pour le propriétaire de son utilisation

<sup>223</sup> Que l’on considère que le bien soit la chose ou le service, ou le droit sur la chose ou à l’accomplissement du service.

nuisible de son bien. En l'occurrence, le propriétaire d'un bien a évidemment un intérêt légitime à obtenir la valeur du bien auquel il a droit, et en échange duquel il a transféré un autre bien<sup>224</sup>.

63. Ce raisonnement quant à la propriété met alors en lumière ce qu'il y a de plus choquant dans la jurisprudence de 2003 : la question de la preuve. Dans cette affaire, la cour d'appel soulignait que le bailleur « ne prétendait ni avoir réalisé des travaux ni avoir dû consentir un nouveau bail à des conditions défavorables et que la preuve d'un préjudice ne serait donc pas rapportée »<sup>225</sup>. C'est tout à fait intéressant : même si l'on raisonne par rapport au préjudice, il peut toujours y en avoir un que l'on n'imaginait pas, et, effectivement, dans le cas du réaménagement de locaux, peut-être une apparence de moindre entretien a-t-elle mis le bailleur en défaut dans la négociation du nouveau bail, que l'effet ait été rationnel ou simplement psychologique. Les juges d'appel ont bien vu cela, mais, malgré tout, ils demandent au créancier de l'obligation d'entretien de prouver que cette possibilité s'est réalisée. Ne voit-on pas l'injustice d'un tel raisonnement ? Lorsqu'un propriétaire demande, par une action en revendication, son bien, illicitement soustrait de son emprise, lui demande-t-on de prouver qu'il en a besoin ? Or, c'est exactement ce qu'ont demandé ici les juges d'appel. C'était, pour le bailleur, son droit à lui de bénéficier des réparations locatives, il n'a aucune justification à donner à des juges sur son intérêt à ce que le débiteur paye ce qu'il doit payer<sup>226</sup>. Il n'y a pas à aller plus loin dans le raisonnement.

64. Philippe Stoffel-Munck donne d'ailleurs des exemples qui illustrent très bien le caractère saugrenu du fait d'exiger d'un créancier contractuel qu'il prouve l'existence d'un préjudice résultant de l'inexécution de l'obligation dont il est créancier, pour pouvoir demander cette exécution<sup>227</sup>.

<sup>224</sup> Dans le sens utilisé ici, un droit est un « bien ».

<sup>225</sup> Reprise au discours indirect par Cass. civ. 3, 3 déc. 2003, rej. (Caen, 30 mai 2002), 02-18.033, prés. Weber, rapp. Betoulle.

<sup>226</sup> Comparer avec l'illégitimité pour le juge d'évaluer l'« intérêt » d'une exécution forcée en nature pour le créancier, Kouroch BELLIS, « La réforme du droit français des contrats en pratique : les exemples symptomatiques donnés par la Chancellerie », (2016) 50 *RJTUM* 249, n° 26.

<sup>227</sup> P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 177 ; P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 198.

Soit un abonné de télévision, avec une offre d'abonnement de 100 chaînes, desquelles il n'en reçoit que 80. On lui promet chaque semaine que le problème sera réglé, mais rien n'y fait : il résilie alors l'abonnement. Pour obtenir réparation, devra-t-il prouver qu'il voulait regarder ces chaînes? Ce serait doublement ridicule. D'une part, parce qu'on se demande quel type de preuve il devra apporter. Mais aussi, d'autre part, parce que le client ne connaissait pas le programme de 100 chaînes de télévision pour un mois, peut-être ne voulait-il pas spécialement les regarder, mais serait-il tombé sur un programme intéressant s'il les avait reçues. Devra-t-on raisonner en perte de chance? Si tout cela paraît farfelu, c'est que le raisonnement est mauvais. L'abonné a payé une somme en échange de la réception de ces chaînes. S'il voulait en profiter, alors la manière d'en profiter ne regarde que lui. Peut-être voulait-il simplement pouvoir se vanter d'avoir 100 chaînes de télévision. La valeur subjective des vingt chaînes supplémentaires ne concerne, pour la question dont nous traitons ici, que lui. Il avait *droit* aux cent chaînes, point barre.

Soit encore un repas de fête organisé par un restaurant. Le convive paye cher un menu gastronomique. Mais arrivé au fromage, il n'y en a plus. Quant au dessert, un autre que celui annoncé sur la carte est servi. Après la soirée, le convive devra-t-il prouver à quel point il aime le fromage et qu'il avait encore faim au moment du dessert? Si le restaurateur prouve qu'il s'est bien amusé, cela empêcherait-il le juge de considérer qu'il y a eu préjudice dans le cas d'une telle preuve? Nous voyons que ces considérations sont hors sujet et violent la logique contractuelle. En toute justice, le convive a droit, maintenant que le contrat a été violé, à la valeur des prestations promises mais non effectuées.

Soit encore un contrat entre un artiste et un industriel. En échange d'une clause de confidentialité de l'industriel, l'artiste accorde à celui-ci certains avantages et paye un prix plus élevé. L'industriel viole le secret, mais, le jour même, le collaborateur de l'artiste trahit celui-ci et dévoile à la presse le secret. La violation par l'industriel du secret ne change – *a priori* – pas grand-chose à la situation finale de l'artiste, et pourtant, le fait que l'industriel ne doive rien à l'artiste pour sa violation contractuelle paraît injuste. En échange de certains droits, il en a transféré d'autres à l'artiste. Celui-ci a donc droit, maintenant que le secret a été divulgué par l'industriel, à la valeur de ce secret au moment du contrat. Effectivement, il y a peut-être un effet d'aubaine, mais, d'une part, peut-être pas, on peut imaginer des raisons pour lesquelles la situation de l'artiste aurait été meilleure à défaut

de violation contractuelle, d'autre part, même s'il y a un tel profit, il est normal, il ressort de la logique du contrat synallagmatique, quand bien même le profit se manifeste accidentellement sous cette forme précise.

Planiol donne encore l'exemple du notaire qui omet de faire inscrire l'hypothèque de son client, mais qui prouve, au moment du litige, que cette hypothèque aurait été primée par d'autres qui absorbaient la totalité du prix, pour déduire qu'aucune somme n'est alors due par le notaire, puisqu'il n'y a pas eu de dommage<sup>228</sup>. Il est regrettable qu'il n'ait pas vu l'injustice d'une telle solution : le notaire a mal fait son travail et n'a servi à rien, et ce serait à lui de bénéficier du profit engendré ? Si l'on applique la théorie de l'exécution par équivalent, le client profite certes du manquement contractuel du notaire<sup>229</sup>, puisque le contrat ne lui était en réalité pas favorable, mais dès lors qu'il a payé sa dette, on ne voit pas pourquoi ce serait le cocontractant ne payant pas la sienne qui profiterait de son propre manquement.

65. Bien entendu, on peut aboutir aux solutions que j'approuve ici par un raisonnement fondé sur le préjudice. En effet, le gain manqué du créancier peut être considéré comme un préjudice. Mais on voit bien que cela demanderait une explication bien subtile, puisque, si tout le monde était d'accord sur une chose à propos des affaires des arrêts de 2002 et 2003, c'était sur le fait qu'il n'y avait pas de préjudice. En rester au vocabulaire de la contrepartie dans l'échange économique paraît donc, à l'heure actuelle, plus efficace.

Même sans parler de « préjudice », on pourrait inclure cette exécution par équivalent dans une « responsabilité contractuelle » élargie. En effet, quoi qu'il en soit, le débiteur « répond » de son engagement, il en est le garant personnel, et notamment sur son patrimoine. C'est un peu ce que fit Jérôme Huet dans une thèse remarquée, lorsqu'il attribuait à la responsabilité contractuelle une double fonction : celle de paiement, et celle de réparation<sup>230</sup>. C'est aussi ce que fait le droit allemand qui distingue, au sein de la responsabilité contractuelle, entre le « dédommagement en guise de prestation »

<sup>228</sup> Marcel PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 9<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, L.G.D.J., 1923, n° 221.

<sup>229</sup> Puisqu'il récupère au minimum l'argent versé au notaire et que son hypothèque n'aurait, de toute façon, pas été concluante.

<sup>230</sup> Jérôme HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse de doctorat, Paris II, 1978. Contre cette assimilation : Z. JACQUEMIN, préc., note 5, n° 111. Voir cependant *infra* n° 71.

(«*Schadensersatz statt der Leistung*») <sup>231</sup> et le «*dédommagement à côté de la prestation*» («*Schadensersatz neben der Leistung*») <sup>232/233</sup>. Planiol distinguait déjà les dommages et intérêts compensatoires et les dommages et intérêts moratoires, la première sorte ayant cette fonction de paiement :

Il y a deux sortes de dommages-intérêts. Tantôt ils sont dus parce que l'obligation reste *définitivement inexécutée*, et ils remplacent alors l'exécution que le créancier aurait obtenue de gré ou de force ; tantôt ils supposent que le débiteur a finalement exécuté son obligation, de lui-même ou par la contrainte, mais *après un retard* plus ou moins long et dommageable au créancier ; ils représentent alors la réparation du préjudice causé par le retard. Au premier cas, les dommages-intérêts sont dits *compensatoires* ; au second cas, on les appelle *moratoires*. <sup>234</sup>

Cependant, nous voyons les incertitudes qu'une telle dénomination unique renvoyant à des enjeux différents engendre. Mieux vaut donc, à mon avis, séparer, et parler, d'une part, d'exécution par équivalent, et d'autre part, de responsabilité civile.

Pour différencier les sommes versées, on a proposé de parler, relativement à la somme versée en équivalence de l'obligation non exécutée en nature, de «*dommages et intérêts de paiement*» <sup>235</sup>, en référence à la fonction de paiement de la responsabilité contractuelle dans son sens élargi. Le problème est que l'expression «*dommages et intérêts*» évoque beaucoup trop la responsabilité et le préjudice, dont je viens de déconseiller l'utilisation élargie. En effet, nous avons l'habitude d'utiliser l'expression «*dommages et intérêts*» dans un sens très neutre, qui serait celle de somme versée à la suite d'une condamnation en justice. Cependant, en réalité, l'expression est très précise et renvoie, comme nous l'avons vu <sup>236</sup>, à la *réparation* d'un préjudice («*damnum*») et à l'octroi d'un gain ultérieur manqué («*lucrum cessans*»). Les codificateurs étaient précis dans leur vocabulaire,

<sup>231</sup> Zoé Jacquemin, suivie par Jean-Sébastien Borghetti, traduit par «*dommages et intérêts en lieu et place de la prestation*». Z. JACQUEMIN, *id.* ; Jean-Sébastien BORGHETTI, «*Faut-il distinguer les dommages et intérêts compensatoires des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation ?*», RDC 2016.787.

<sup>232</sup> Traduit par Zoé Jacquemin (*id.*) par «*en marge de la prestation*».

<sup>233</sup> Z. JACQUEMIN, *id.*, n° 41 et 127 et suiv.

<sup>234</sup> M. PLANIOL, *préc.*, note 228, n° 221. Planiol exigeait cependant un préjudice pour que des dommages et intérêts soient dus. *Id.*, n° 228. Voir *infra* n° 64 *in fine*.

<sup>235</sup> P. STOFFEL-MUNCK, *préc.*, note 177.

<sup>236</sup> Par exemple, *supra* n° 18.

et les anciens articles 1382 et suivants ne prévoyaient la réparation que du « dommage », puisqu'aucune opération entraînant des éventuels gains n'a lieu en cette matière<sup>237</sup>. En matière extracontractuelle, il faudrait donc plutôt parler de « remboursement (ou réparation) du dommage » et, quitte à faire penser à l'anglais *damages*, il faudrait à proprement condamner quelqu'un à telle somme « de dommages ». L'ajout du mot « intérêt » peut néanmoins être sauvé en le comprenant dans ce contexte comme renvoyant aux intérêts moratoires. En matière d'exécution par équivalent, au contraire, c'est la première partie de l'expression qui gêne. Ne croyons pas que l'origine historique de l'expression soit anodine, et qu'on puisse en faire fi. Qu'on en soit conscient ou non, « dommage » évoque le *damnum*, donc le préjudice, donc la responsabilité contractuelle; et le poids psychologique d'expressions si chargées de sens et d'histoire est beaucoup plus important que ce qu'on pourrait penser. Il est alors possible de trouver une expression qui conviendrait mieux. Par exemple, le débiteur défaillant serait condamné à payer une « somme équivalente à la prestation, ou à la chose, non fournie ». Si l'on souhaite garder le mot « intérêts », non plus dans le sens de *lucrum cessans*, mais simplement pour signaler qu'il y a droit à intérêts au taux légal à partir du moment où l'obligation était exigible, il faudrait alors parler de « prestation équivalente et intérêts », ou encore de « somme équivalente et intérêts ». Ou encore, il est possible au contraire, si on écarte le mot « intérêts » de la responsabilité extracontractuelle et que l'on revient au sens historique des mots, de parler ici simplement de condamnation « aux intérêts », c'est-à-dire au gain dont le droit a été obtenu en vertu du contrat.

Bien entendu, si j'exprime ici une préférence, il ne s'agit en définitive que d'une question de vocabulaire; ce qui compte le plus est le fond de la question.

66. À mon avis, la tergiversation de la Cour de cassation sur la question vient de ce que l'on présente souvent en doctrine l'exécution par équivalent et la responsabilité contractuelle comme étant les deux branches d'une alternative. Son arrêt de 2002 acceptant l'exécution par équivalent était un arrêt de bon sens, mais le présupposé erroné a fait croire qu'elle rejetait, ou au moins s'écartait, par là de la responsabilité contractuelle. Or, à choisir entre les deux, il vaut mieux choisir cette dernière, qui recouvre souvent l'exécution par équivalent. La cour a alors procédé à un revire-

<sup>237</sup> C. TOULLIER, préc., note 80, n° 237.



ment, en rejetant l'exécution par équivalent, probablement dans le but de conserver la responsabilité contractuelle, alors qu'il ne s'agissait nullement d'une alternative. Force obligatoire du contrat (légalement formé) et principe de responsabilité civile contractuelle ne sont en rien en opposition.

67. Cette possibilité de lier les deux idées est en quelque sorte attestée par le droit allemand au régime proche<sup>238</sup>. D'ailleurs, dans le cas des réparations locatives sans dommage prouvé, contrairement à la loi anglaise qui a désavoué la jurisprudence du *Queen's Bench* sur ce point, la jurisprudence allemande admet le versement d'une somme par le débiteur auteur du manquement contractuel<sup>239</sup>. Une série de questions relatives à l'articulation des concepts se sont donc posées outre-Rhin (par rapport à la France), et le droit et la doctrine allemands mériteraient d'être étudiés à cet égard<sup>240</sup>.

## B. Difficultés

68. On a souligné, contre l'exécution par équivalent, qu'il y aurait un problème de délimitation avec la responsabilité civile<sup>241</sup>. Il est vrai que l'exécution par équivalent est souvent bien assurée par le concept de responsabilité civile, et c'est d'ailleurs la raison pour laquelle le refus de l'exécution par équivalent n'a jamais paru manifestement injuste : il ne pose problème que dans des cas à la marge. Ces cas existent cependant, et il suffit de comprendre que le débiteur ne doit pas payer deux fois pour la même chose. Techniquement, cela pourrait consister à donner la priorité à l'exécution par équivalent, et cela amputerait automatiquement la partie correspondante dans l'éventuelle responsabilité contractuelle (pour préjudice causé) du débiteur qui aurait été celle à défaut d'exécution par équivalent. Approximativement parlant, exécution par équivalent et responsabilité contractuelle fonctionneraient comme des doubles planchers, à ceci près qu'il y aurait en réalité une application cumulative de ce qui ne se recouvre pas. Par exemple, l'exécution par équivalent n'empêche pas, en plus, la réparation du préjudice moral, même par une somme minimale.

<sup>238</sup> Voir *supra* n° 65

<sup>239</sup> Z. JACQUEMIN, préc., note 5, n° 241, 250 et 373.

<sup>240</sup> Voir notamment la thèse de Zoé Jacquemin (*id.*)

<sup>241</sup> G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », préc., note 4, n° 15; C. LARROUMET, préc., note 5, n° 2.

On a aussi souligné que l'application cumulative de la responsabilité civile et de l'exécution par équivalent poserait un problème de loi applicable<sup>242</sup>. Cette critique est en réalité propre à la théorie exclusive de l'exécution par équivalent, rejetant le concept de responsabilité contractuelle. Si l'on accepte celui-ci, alors la loi applicable à la responsabilité relative à un contrat est la loi de ce contrat même.

69. Il reste la question de la fixation de la valeur monétaire d'une prestation. Remarquons que si la question est difficile, elle l'est aussi en matière de dommages et intérêts. Il s'agit plus ici de réfléchir à des orientations générales.

Nous pouvons reprendre nos différents exemples pour nous faire une idée. Dans le cas des réparations locatives non exécutées, je la fixerai à la somme nécessaire pour faire procéder auxdites réparations, puisque c'est la valeur, pour le propriétaire, de ces réparations. Dans le cas du dîner, je la fixerais à la valeur du fromage, et à la différence de valeur entre les desserts, par rapport au coût total du repas (et non en coût d'approvisionnement pour le restaurateur), car c'est, parmi ce qu'il a payé, la valeur pour le client des prestations non ou mal exécutées. Pour déterminer cette valeur, il est possible d'appliquer le pourcentage de coût, pour le restaurateur, de production des fromages et dessert, et d'appliquer ce pourcentage au prix total du repas payé. Bien entendu, cela n'empêche pas une condamnation à des dommages et intérêts additionnels si le client prouve que c'était de ce dessert qu'il raffolait, et que son absence lui a réellement causé un préjudice moral. Dans le cas des chaînes de télévision, j'appliquerais le pourcentage de coût, pour le fournisseur, des chaînes manquantes par rapport à celui de l'ensemble des chaînes, au prix d'abonnement du client. Bien sûr, cela n'empêche pas la responsabilité contractuelle d'intervenir si le client prouve par exemple qu'il s'était principalement abonné spécialement pour une chaîne qui, finalement, n'a pas été distribuée. Au sujet du contrat industriel, ce serait probablement la valeur des prestations fournies en échange du secret, si l'on ne trouve un autre critère pour fixer la valeur, pour l'artiste, de ce secret. D'une manière générale, la somme serait égale à ce que cela coûterait pour le créancier d'obtenir la prestation, et, à défaut de possibilité d'estimer une telle chose ou si cela ne sied pas au cas

<sup>242</sup> G. VINEY, *id.*

précis, l'exécution par équivalent serait égale au minimum à la valeur dépensée pour obtenir la prestation.

Bien entendu, certaines de ces sommes équivalentes sont proches de dommages et intérêts sur le fondement d'une responsabilité contractuelle, et le processus est très proche de la résolution partielle ou de la réfaction<sup>243</sup> ou encore de la résolution totale. D'ailleurs, le Code civil prévoit désormais explicitement la réduction de prix avec l'article 1223 issu de la réforme, et on peut considérer que c'est une nouveauté à titre si général<sup>244</sup>. Parfois encore, comme dans l'exemple des réparations locatives, cela ressemble donc beaucoup à une responsabilité avec évaluation du préjudice instantanément au moment du dommage<sup>245</sup>. Comme je l'ai expliqué, ces possibilités de rapprochement ne sont pas gênantes.

70. D'ailleurs, dans le cas de la force majeure définitive, on accepte de nos jours le raisonnement fondé sur la résolution partielle ou totale (art. 1218 et art. 1351 du Code civil)<sup>246</sup>. La raison en est que cette fois-ci, l'absence de faute ne permet pas à la responsabilité contractuelle d'intervenir, et donc de remplacer plus ou moins l'exécution par équivalent. Cela rend criante l'injustice de la situation de celui qui a payé son obligation sans contrepartie, et qui ne peut obtenir des dommages et intérêts. On utilise alors la résolution, sans aucune explication, mais la solution paraît évidemment juste.

Il faut ici distinguer entre la force majeure au sens strict et l'impossibilité d'exécution en nature en général. On conçoit traditionnellement la force majeure comme un évènement irrésistible, imprévisible et peut-être extérieur<sup>247</sup>. Les deux derniers éléments différencient déjà la force majeure de l'impossibilité d'exécution. Cette définition de la force majeure n'est cependant pas du tout satisfaisante, puisque ces trois critères ne signifient pas grand-chose, comme on l'a très bien montré<sup>248</sup>. En effet, puisque « rien n'est imprévisible – ni la guerre, ni une inondation, ni un vol à main armée, ni la foudre ou la communication d'un incendie, puisque des mots les

<sup>243</sup> Voir P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 177.

<sup>244</sup> O. DESHAYES, T. GENICON et Y.-M. LAITHIER, préc., note 192, sous l'article 1223.

<sup>245</sup> Voir *supra* n° 62 mes exemples avec le Picasso, qui siéent bien à cette idée du moment de l'évaluation du préjudice.

<sup>246</sup> Voir *supra* n° 57.

<sup>247</sup> P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 5, n° 952 et suiv.

<sup>248</sup> A. TUNC, préc., note 173.

désignent [...] –, que presque rien n'est irrésistible dans l'absolu [...], l'embarras est manifeste dans la rédaction de mains arrêts<sup>[249]</sup>. »<sup>250</sup> Même si la conception traditionnelle de la force majeure n'est pas celle-ci, comme l'écrit très bien André Tunc, nous parlons bien de « force majeure », et non de « force maximale »<sup>251</sup>. Il faut donc un autre critère, et ce critère est celui de la volonté des parties au moment de la formation du contrat, interprété à partir du standard de la personne raisonnable<sup>252</sup>. Ce qu'il convient de se demander pour déterminer s'il doit y avoir résolution totale ou partielle du contrat, c'est « si l'empêchement en cause est un risque que le débiteur doit assumer au regard des diligences qu'on était en droit d'attendre de lui ou si cet empêchement est d'une nature telle que nul créancier raisonnable n'aurait, dans le contexte particulier de la formation du contrat, envisagé que le débiteur devrait en répondre »<sup>253</sup>. L'article 1218 rend maladroitement cette idée en disposant qu'il doit s'agir d'un événement « qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat », ce qui réduit encore plus le champ d'application de l'article. La bonne doctrine couvre en réalité des cas que les trois critères de la force majeure ne per-

<sup>249</sup> « V. not. quelques exemples dans [Jean RADOUANT, *Du cas fortuit et de la force majeure*, thèse, Paris, A. Rousseau, 1928, pp. 157 et s.] ». [On apprend par exemple que la Cour d'Orléans a jugé en 1854, à propos d'une loi augmentant le contingent au moment de la Guerre de Crimée, qu'« un état de guerre [...] est toujours dans les éventualités », et que la Chambre civile de la Cour de cassation a jugé en 1856, à propos de cette même loi, qu'elle « ne saurait être considérée comme un événement fortuit, puisqu'elle était dans le domaine constitutionnel du pouvoir législatif et qu'elle répondait à des nécessités prévues ». La Cour de Chambéry avait estimé en 1916 que « la plus vulgaire prudence pouvait faire prévoir à la fin de 1908 à des parties stipulant pour quinze ans, la possibilité d'une guerre au cours de ces quinze années » (Recueil de la gazette des tribunaux 1916.2.85, 89). Divers arrêts ont quant à eux estimé que le débiteur obligé de payer à une date déterminée doit prévoir la démence, la maladie, la mort subite qui l'empêcheraient de s'acquitter de sa dette au jour fixé. En sens contraire, par exemple, la Cour de Nancy a estimé en 1909 qu'une grève des postes – en France ! – était imprévisible, et la Chambre des requêtes de la Cour de cassation en 1908, qu'une guerre ou une invasion l'étaient aussi. *Id. et loc. cit.*]

<sup>250</sup> A. TUNC, préc., note 173, n° 16.

<sup>251</sup> *Id.*, n° 18.

<sup>252</sup> P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 5, n° 952, renvoyant à Paul-Henri ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, préface Bernard Teyssié, Paris, L.J.G.D., 1993, n° 88 et suiv.

<sup>253</sup> Philippe STOFFEL-MUNCK, « Le particularisme de la force majeure en matière contractuelle », RDC 2003.59. André Tunc disait que le caractère « majeur » de la force en question varie selon les contrats et la volonté des parties. A. TUNC, préc., note 173, n° 18.

mettraient pas d'envisager. André Tunc donne<sup>254</sup> ainsi l'exemple réel du chef de gare qui, alors que les troupes allemandes sont sur le point de rentrer dans Paris et donc de réquisitionner les marchandises sous son autorité, décide de les vendre à bas prix. La Cour d'appel de Rennes déclare la SNCF responsable: «La crainte d'un fait éventuel non encore réalisé, comme l'arrivée des armées allemandes ou la possibilité d'un pillage, ne saurait constituer un cas de force majeure»<sup>255</sup>. André Tunc mentionne encore un arrêt de la Cour d'appel de Paris reprochant à la SNCF d'avoir vendu un wagon de vin au lendemain du début de l'Occupation «en dehors de toute publicité et de toute concurrence» alors que 453 wagons venaient d'être réquisitionnés par les Allemands<sup>256</sup>. Techniquement, il est vrai que le chef de gare, dans l'un ou l'autre cas, pouvait continuer à exécuter son contrat. Cependant, lui faire assumer en pratique la perte engendrée par l'Occupation, pour le simple fait que sa «louable initiative, au point de vue contractuel comme au point de vue national»<sup>257</sup>, est injuste<sup>258</sup>. C'est que le raisonnement ne tient pas, et qu'en réalité, tout cocontractant raisonnable demanderait au chef de gare de procéder ainsi. Les propriétaires souhaitaient simplement, après les événements malheureux de la Seconde Guerre mondiale, faire couvrir à la SNCF les frais de l'Occupation, en profitant de juges qui ont appliqué ici une doctrine avec bien peu de bon sens. Comme l'écrivait très bien André Tunc, les juges demandaient en quelque sorte au chef de gare «d'attendre passivement la réquisition ou le pillage: on voit le danger des formules qui ne peuvent correspondre à la réalité»<sup>259</sup>.

Il serait aussi possible d'estimer que la résolution «de plein droit»<sup>260</sup> est une faveur donnée au créancier, qui n'a pas besoin de demander la résolution judiciaire ou l'exécution forcée par équivalent. Mais cette faveur, ce droit qu'on lui confère, ne pourrait lui nuire, et donc ne serait pas une dérogation à l'exécution forcée par équivalent. D'ailleurs, l'article 1351<sup>261</sup>

<sup>254</sup> A. TUNC, *id.*, n° 14.

<sup>255</sup> Rennes, 2 juil. 1941, *Gazette du Palais* 1941.2.393.

<sup>256</sup> Paris, 23 nov. 1943, *Gazette du Palais* 1944.1.74.

<sup>257</sup> A. TUNC, *préc.*, note 173, n° 14

<sup>258</sup> *Id. et loc. cit.*

<sup>259</sup> *Id. et loc. cit.*

<sup>260</sup> Art. 1218 al. 2 C. civ. 2016, cité *supra* note 192.

<sup>261</sup> Art. 1351 C. civ. 2016: «L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure.» Voir G. CHANTEPIE et M. LATINA, *préc.*, note 192.

prévoit deux exceptions à la libération du débiteur, qui font intervenir la volonté du créancier. Certes, il est rédigé de manière à faire croire à une faveur accordée au débiteur, mais la première exception est une sorte de tautologie ou en tout cas elle est vide de portée, car, comme nous venons de le voir, la force majeure renvoie en réalité à la volonté des parties au moment de contracter. Il faut donc considérer qu'il y a bien *faculté* pour le créancier de demander une résolution, totale ou partielle, sans que cela n'entrave son droit à exécution par équivalent, et que, uniquement dans le cas – restrictif – de l'empêchement « d'une nature telle que nul créancier raisonnable n'aurait, dans le contexte particulier de la formation du contrat, envisagé que le débiteur devrait en répondre »<sup>262</sup>, il y a résolution et non exécution forcée par équivalent.

Il y a aussi l'article 1351-1<sup>263</sup> qui précise qu'il y a « néanmoins » le cas de la chose perdue. L'esprit semble être effectivement de ne pas accepter l'exécution par équivalent, mais il s'agit de perte et jamais de destruction, et l'alinéa 2 précise que les droits sur la chose sont transférés. Autrement dit, le principe de l'exécution par équivalent est sauf, puisque la valeur patrimoniale est bien transférée. Le transfert de la détention n'a pas eu lieu, mais une telle chose n'est pas exécutable par équivalent, puisqu'il s'agirait de faire exécuter par équivalent l'exécution de la prestation et non la prestation elle-même. On remarquera que cette exception est très restrictive, car on a du mal à imaginer un cas de perte d'une chose que l'on a été mis en demeure de délivrer, par cas de force majeure (avec ses conditions elles-mêmes restrictives), mais n'entraînant pas la destruction de la chose. Or l'article exclut manifestement une telle destruction, le transfert des droits attachés à la chose nécessitant *a priori* son existence. Le cas de la destruction est lui aussi traité en conformité avec l'exécution par équivalent puisque la chose que le débiteur est mis en demeure de délivrer est à ses risques selon l'article 1344-2, et donc il doit verser une somme égale à la valeur de la chose en cas de destruction.

71. Avec une telle vision de la force majeure, le cas d'exécution par équivalent (avec une exclusion de la résolution) et celui de responsabilité

<sup>262</sup> P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 253.

<sup>263</sup> Art. 1351 C. civ. 2016 : « [al. 1] Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée. [al. 2] Il est cependant tenu de céder à son créancier les droits et actions attachés à la chose. »

contractuelle se rejoignent, puisque l'intention des parties au moment de contracter devient le critère général de la faute, qui fonctionne en vases communicants avec la force majeure et donc avec l'absence d'efficacité du contrat, mais qui est aussi un élément central de la responsabilité civile (au sens strict<sup>264</sup>). On pourrait estimer que la faute très légère ne doit pas mettre en branle la responsabilité contractuelle mais seulement l'exécution par équivalent, mais j'ai déjà souligné, après Toullier, Thomasius et d'autres encore, le caractère hasardeux d'un tel concept<sup>265</sup>. Certes, lier l'étendue de la réparation d'une faute dans la chaîne de causalité de ses conséquences au degré de la faute – l'exécution par équivalent serait le premier degré dans une telle perspective – paraît juste, mais, à première vue, cela semble en même temps trop compliqué à mettre en place dans le cadre d'une justice des hommes.

Par égard à la force obligatoire des contrats, il faut envisager la force majeure de manière tout à fait restrictive. Il ne s'agit pas de se demander si chaque partie avait bien envisagé chaque situation, mais si « nul créancier raisonnable n'aurait, dans le contexte particulier de la formation du contrat, envisagé »<sup>266</sup> que le contenu obligationnel du contrat porte sur la situation échue. Ainsi, les cas des chefs de gare<sup>267</sup>.

72. Il s'agit en quelque sorte de rendre raisonnables les conséquences de la théorie de l'imprévision. *Stricto sensu*, le nouvel article 1195 du Code civil<sup>268</sup> ne doit jamais être appliqué, car, comme nous venons de la voir<sup>269</sup>, rien n'est imprévisible. L'article ne devrait donc certainement pas s'appliquer à une hausse brutale du cours du blé, comme dans l'illustration donnée

<sup>264</sup> Voir *infra* n° 123.

<sup>265</sup> Voir *supra* n° 30.

<sup>266</sup> Philippe STOFFEL-MUNCK, préc., note 253. Je souligne.

<sup>267</sup> Voir *supra* n° 71.

<sup>268</sup> Art. 1195 C. civ. 2016 : « [al. 1] Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. [al. 2] En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. À défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

<sup>269</sup> *Supra* n° 70.

par la Chancellerie<sup>270</sup>, puisqu'une telle hausse est absolument prévisible. Ce qui n'est pas raisonnablement prévisible, c'est si les singes bénéficient d'une mutation génétique et asservissent l'espèce humaine, ou encore, dans un contrat de transport maritime, si Posséidon émerge hors de l'eau et bloque le navire de transport... Du fait de l'expérience humaine qui s'est accumulée au fil des millénaires, le champ des choses qui vont exister sans qu'on ait pu le prévoir – c'est-à-dire pouvoir envisager que cela puisse faire partie du réel dans le futur – est tout à fait réduit. Bien entendu, nous parlons de la prévisibilité de la possibilité qu'une chose arrive, et non du fait qu'une chose précise arrivera à un moment précis dans le futur, car, sauf don de prestidigitation, personne ne peut *prévoir* le futur; dans ce dernier sens, rien, au contraire, n'est *prévisible*.

À notre époque, nous ne voyons plus le monde comme le lieu d'intervention régulière et irrésistible des dieux en violation de la causalité physique à portée humaine, vision ancienne qui est encore reflétée dans une des expressions anglaises renvoyant à la force majeure : *act of God*<sup>271</sup>.

La véritable question à laquelle renvoie la force majeure est donc, à notre époque en tout cas, celle qui consiste à se demander si, dans l'esprit du créancier au moment de la formation du contrat, la nouvelle situation était nécessairement exclue de la portée obligationnelle du contrat. Si c'était le cas, alors le contrat n'a pas vocation à s'appliquer à une telle situation, sinon, la force obligatoire du contrat doit persévérer coûte que coûte. Il n'y a donc pas de place logique à la révision, c'est-à-dire à la réécriture, judiciaire du contrat. Cela consisterait en théorie à faire de la divination, et à se demander dans quelles conditions les parties auraient contracté si elles avaient envisagé la situation soi-disant imprévue. Cela consisterait en pratique à ce que, pire encore, le juge modifie le contrat pour qu'il soit plus juste à ses yeux eu égard aux nouvelles circonstances, et sans que le créancier ne puisse même exiger la résolution comme moindre mal. Quant à la résolution pour imprévision, elle fait donc en réalité double emploi avec la force majeure bien comprise.

L'article 1195 est une marque de plus de l'obstination de la Chancellerie à vouloir considérer comme faible toute partie dont elle s'occupe à un moment donné, sans comprendre la diversité des situations à laquelle doit

<sup>270</sup> K. BELLIS, préc., note 226, n° 18 et suiv.

<sup>271</sup> Une autre expression courante est « force majeure ».



répondre un droit commun des contrats, et avec un effet parfois néfaste pour la partie faible<sup>272</sup>. Elle n'a pas compris que remettre en cause la force obligatoire des contrats, c'est surtout diminuer la force du droit au profit d'une sorte de loi de la jungle, et donc d'une loi des plus forts. Les magistrats de la Chancellerie ont voulu donner plus de pouvoirs au juge<sup>273</sup> et en faire le héros des parties faibles dans les contrats, mais ils n'ont pas vu que le procès est facteur de coût, de lenteur et d'incertitude, qui sont toujours des poids bien plus importants pour la partie faible lorsqu'il y en a une. Il y avait un lien entre la logique non contentieuse du droit français et son souci de justice pour la partie faible lorsqu'il y en a une. La Chancellerie a tenté de détruire cet esprit, il faut simplement espérer que les juges en soient les gardiens et n'utilisent pas l'article 1195<sup>274</sup>.

73. Paradoxalement, la même idée d'exécution par équivalent peut être un outil de destruction ou de protection de la force obligatoire du contrat. De destruction, car on remarque, parmi des promoteurs de l'exécution par équivalent, une sympathie très marquée pour le droit anglais des contrats<sup>275</sup>. Or, le lien entre exécution par équivalent et le fait qu'en droit commun anglais, le manquement contractuel se résout en principe en argent, est manifeste. De la première idée, on peut facilement dériver en une sorte de matérialisme mercantile supposant que tout a un prix, que tout peut être monnayé ou être réparé avec de l'argent<sup>276</sup>. Évincer la responsabilité contractuelle à côté de l'exécution par équivalent participe bien entendu de cette logique: si l'argent est l'équivalent de l'accomplissement de tout engagement, à partir du moment où l'on paye, l'idée d'une responsabilité contractuelle serait un « faux concept ». Un auteur rejetant le concept de

<sup>272</sup> Voir aussi l'exemple de la faculté de mettre fin unilatéralement au contrat, en pratique donnée à la partie forte aussi. K. BELLIS, préc., note 226, n° 21 et suiv.

<sup>273</sup> Alors qu'il est par ailleurs submergé du fait du cruel manque d'effectifs et de moyens des tribunaux français. Philippe STOFFEL-MUNCK, « Le nouveau droit des obligations : les questions en suspens », RDC 2018, juin, hors-série (« Le nouveau droit des obligations après la loi de ratification du 20 avril 2018 »), 52, n° 48 et suiv.

<sup>274</sup> L'article n'oblige pas le juge à réécrire le contrat. Voir aussi *infra* n° 76 au sujet de l'article 1221, un autre danger pour la force obligatoire des contrats.

<sup>275</sup> Par exemple, P. RÉMY, « La responsabilité contractuelle. Histoire d'un faux concept », préc., note 2, n° 29; P. RÉMY, « Critique du système français de responsabilité civile », préc., note 2, 34.

<sup>276</sup> La phrase est célèbre: « Nowadays people know the price of everything and the value of nothing. » (« De nos jours, les gens connaissent le prix de tout et la valeur de rien. ») Oscar WILDE, *The Picture of Dorian Gray*, éd. Nicholas Frankel, Harvard University Press, Cambridge (MA) et Londres, 2011, chap. 2.

responsabilité contractuelle<sup>277</sup> préfère ainsi parler de « remèdes » plutôt que d'obligations<sup>278</sup>, et se prononce même en faveur du refus de l'exécution forcée en nature aux conséquences soi-disant manifestement disproportionnées pour le débiteur<sup>279</sup>. Tout cela est lié, car le droit anglais ne connaît pas la force obligatoire du contrat à la française, et l'exception de la soi-disant exécution manifestement disproportionnée est le cheval de Troie de cette faculté pour le magistrat de se faire juge de la valeur pour le créancier de son droit à exécution<sup>280</sup>.

Ce n'est pas du tout la direction que je propose au droit français de prendre. Au contraire, l'exécution par équivalent, nous l'avons vu, doit être mise au service de la force obligatoire du contrat. C'est pourquoi l'exécution forcée en nature doit être toujours une faculté offerte au créancier lorsqu'elle est possible. Geneviève Viney a raison de dire qu'il est important de conserver l'exécution forcée en nature<sup>281</sup>, mais il suffit de dire que l'exécution par équivalent ne peut jamais être imposée, et le problème s'évapore. Beaucoup d'auteurs penseront alors qu'il ne s'agit pas réellement d'un équivalent, puisqu'il y a une priorité. Cela les conforterait dans l'idée que l'exécution d'une prestation ne peut être que son exécution en nature, et que, puisque ce n'est pas à verser de l'argent que le débiteur s'est engagé, on ne peut donc pas parler d'« exécution » ; verser de l'argent, c'est autre chose que d'accomplir son obligation (ce ne pourrait donc être que de la responsabilité). Encore une fois, dans une certaine mesure, le débat est sémantique, cependant, le mot « équivalent » renvoie bien à l'idée qu'il s'agit d'autre chose, mais de même valeur<sup>282</sup>. Il ne s'agit donc pas de dire qu'exécuter en nature ou par équivalent son obligation, c'est – notamment

<sup>277</sup> Pauline RÉMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts ? », RDC 2005.13 et suiv. L'auteur se prononce pour l'exigence d'un préjudice, et donc le rejet n'est que sémantique ; l'influence anglaise est cependant bien là, et se marie avec ce rejet sémantique.

<sup>278</sup> *Id.*, I. B.

<sup>279</sup> *Id.*, II. B, *in fine*.

<sup>280</sup> Ce cheval de Troie semble être entré dans la forteresse du droit français à l'occasion du premier volet de la réforme, mais je donnerai (*infra* n° 76) une interprétation de l'article qui sauverait la force obligatoire des contrats. Bien entendu, la levée de boucliers doctrinale que l'admission de ce cheval de Troie a pu susciter est de nature à dissuader les magistrats d'utiliser cette faculté.

<sup>281</sup> G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », préc., note 4, n° 15.

<sup>282</sup> Selon le *Trésor de la Langue Française informatisé* (en ligne : <<http://www.cnrtl.fr/definition>> (consulté le 30 juin 2018), le substantif « équivalent » signifie « ce qui est de même valeur » quantitative ou qualitative.

d'un point de vue moral – la même chose, mais que cela a la même valeur économique. À cela s'ajoute, dans mon système, la responsabilité contractuelle, qui réparera le cas échéant le préjudice résultant de l'inexécution en nature, de la mauvaise exécution ou du retard dans l'exécution.

74. Tout type de manquement contractuel devra-t-il être exécuté par équivalent (c'est-à-dire faire l'objet d'un versement par équivalent même sans préjudice prouvé)? La question a été discutée. Pour concilier deux arrêts rendus en 2002 (avant, donc, le revirement de 2003<sup>283</sup>), Philippe Stoffel-Munck proposait ainsi, à partir de la thèse de Marianne Faure-Abbad<sup>284</sup>, de faire la part des choses<sup>285</sup>. Il y aurait dans tout contrat des « obligations primaires », notion que l'auteur rapproche de celle de prestation caractéristique ou d'obligation fondamentale; ce seraient les obligations contractuelles essentielles à la réalisation d'un objectif économique. Par exemple, dans l'arrêt de 2002 présenté ci-dessus<sup>286</sup>, les réparations locatives seraient de l'essence du contrat de bail puisque celui-ci repose sur les utilités de la chose, mises à disposition puis à rendre. Ces obligations primaires pourraient être soumises à une exécution par équivalent, sans avoir à prouver de préjudice. Mais le contrat contiendrait en outre des « obligations fonctionnelles », c'est-à-dire auxiliaires des premières. Leur fonction serait « d'optimiser l'exécution de l'obligation primaire et, partant, la réalisation du but contractuel, ou encore de protéger le résultat reçu »<sup>287</sup>. Dès lors, la violation de ces obligations ne donnerait pas droit à exécution par équivalent, car « le contrat peut avoir réalisé l'objectif recherché par les parties, en dépit de sa violation »<sup>288</sup>. Par exemple, dans un autre arrêt de la Cour de cassation de 2002<sup>289</sup>, deux avocats associés d'une société civile en participation s'étaient séparés, et une clause précisait que l'un d'eux renonçait à exercer son activité professionnelle dans les alentours de leur exercice antérieur.

<sup>283</sup> Voir *supra* n° 57.

<sup>284</sup> Marianne FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*, préface Rémy Cabrillac, Paris, L.G.D.J., 2001.

<sup>285</sup> Philippe STOFFEL-MUNCK, « Chronique de contrats spéciaux n° 1 », *Petites affiches* 18 nov. 2002.7, II.

<sup>286</sup> Cass. civ. 3, 30 janv. 2002, 00-15.784, cass. (Reims, 22 mars 2000), prés. Weber, rapp. Stéphan. Voir *supra* n° 57.

<sup>287</sup> M. FAURE-ABBAD, préc., note 284, n° 56.

<sup>288</sup> *Id.* et *loc. cit.*

<sup>289</sup> Cass. civ. 1, 26 fév. 2002, 99-19.053, rej. (Orléans, 14 juin 1999), prés. Lemontey, rapp. Bargue.

Celui-ci viole cette clause, mais, puisqu'aucun préjudice n'est prouvé, la demande d'indemnité de son confrère est rejetée par la cour d'appel, dont le pourvoi formé à son encontre est rejeté. S'il rejette le vocabulaire fondé sur l'existence d'un préjudice, Philippe Stoffel-Munck approuve l'absence de condamnation à verser une somme, du fait que l'objectif économique du contrat était vraisemblablement le transfert de la clientèle, qui a bien eu lieu, et la reprise de l'activité malgré la clause de non-rétablissement n'a pas perturbé ce transfert<sup>290</sup>. En effet, selon lui, la raison d'être de la clause n'étant plus, cette loi des parties, à l'image de la loi des citoyens, ne peut plus être invoquée<sup>291</sup>.

Cependant, une telle distinction peut faire faire l'objet d'une série d'objections. Premièrement, cela signifie que l'on demande au créancier d'apporter la preuve d'un préjudice relativement à une stipulation contractuelle expresse. Deuxièmement, la clause a probablement pesé dans les termes de l'accord, et on peut trouver injuste que sa violation ne fasse pas l'objet d'une prestation équivalente du fait qu'un tiers au contrat (le juge, nous...) estime que ce n'était pas une obligation essentielle du contrat. De plus, un tel caractère apparaît comme assez subjectif en grande partie, et la preuve contraire difficile à rapporter. Troisièmement, cela pousserait les cocontractants à ne pas respecter leurs obligations, et à estimer unilatéralement qu'en réalité, telle obligation accessoire n'est pas réellement nécessaire à l'opération principale. Or, le contrat a aussi délimité ces obligations accessoires, elles doivent être respectées à part entière. Sinon, la négociation (pré)contractuelle délimitant ce qui est nécessaire à l'opération économique ne finira jamais et cela risque de multiplier les procès, assez injustement pour le cocontractant qui a obtenu contractuellement le bénéfice d'une stipulation contractuelle précise. Par exemple, la Cour de cassation avait approuvé une cour d'appel ayant refusé l'exécution forcée d'une clause de non-concurrence interdisant une réinstallation d'un pharmacien dans les trois kilomètres de son ancienne officine, dans le cas où il s'en était installé à 2,5 kilomètres et où le demandeur avait refusé de provisionner les frais d'expertise afin que le préjudice soit évalué<sup>292</sup>. Le problème d'une telle jurisprudence est de savoir où est la limite : le contrat a fixé cette limite en

<sup>290</sup> P. STOFFEL-MUNCK, préc., note 285, n° 5.

<sup>291</sup> *Id.* et *loc. cit.*

<sup>292</sup> Cass. civ. 1, 19 nov. 1996, *RTD civ.* 1997.156, obs. Pierre-Yves Gautier, et *RTD civ.* 1997.437, obs. Patrice Jourdain. Voir Philippe STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préface Roger Bout, Paris, L.G.D.J., 2000, n° 708.

l'occurrence géographique, alors, tant que la clause n'est pas abusive comme contraire à la liberté de la concurrence ou du travail, que la limite fixée soit respectée purement et simplement et que le débat cesse une fois pour toutes<sup>293</sup>. Je suis beaucoup plus en accord avec la jurisprudence de la Cour de cassation estimant qu'un empiètement sur le terrain d'autrui d'un demi-centimètre reste un empiètement et qu'il doit justifier la destruction de la clôture qui empiète<sup>294</sup>; c'est trop facile de vouloir être "souple" sur les limites au détriment d'autrui; si 0,5 cm, ce n'est rien, alors que celui qui pose la clôture décale cette clôture de 0,5 cm sur son propre terrain! Les enjeux sont en partie différents pour le cas des obligations accessoires des clauses, mais nous voyons à chaque fois le danger qu'il y a à vouloir assouplir, toujours au détriment de celui qui respecte les règles et n'a rien fait de mal, des règles simples et claires, de manière à rendre les choses contentieuses à n'en plus finir et à permettre en plus une prime à la mauvaise foi, qui, heureusement, ne se présume pas.

Par ailleurs, il est possible de réfléchir au cas des obligations extra-patrimoniales qui ne peuvent être appréciées en argent. Dans ce cas, seul le préjudice fera vraisemblablement l'objet d'une condamnation à verser une somme.

75. Si le créancier, une fois acté le refus du débiteur de s'exécuter, préfère une exécution par équivalent, peut-il l'imposer à un débiteur qui, à titre subsidiaire lors d'un procès, préfère exécuter en nature? La question pourrait être discutée, mais je serais favorable au créancier qui ne veut plus avoir affaire à un débiteur qui a tort et qui a autant laissé les choses prendre du temps et s'envenimer. Bien entendu, dans un monde idéal, le juge dit le droit et réconcilie par là les parties dont le litige est solutionné, mais, même dans cette optique, il paraît légitime de permettre à une personne de quitter une autre en bons termes, plutôt que de reprendre la relation contractuelle.

76. Admettre l'exécution par équivalent est possible en l'état du droit actuellement en vigueur. Certes, le Code civil ne la prévoit pas explicitement,

<sup>293</sup> Comparer avec *id.*, n° 710.

<sup>294</sup> Cass. civ. 3, 20 mars 2002, 00-16.015, cass. (Paris, 16 mars 2000), prés. Weber, rapp. Gabet. *RTD civ.* 2002.333, obs. Thierry Revet. D. 2002.2075, obs. Christophe Caron. D. 2002.2507, obs. Blandine Mallet-Bricout.

mais il ne l'exclut pas non plus<sup>295</sup>, et son article 1103 prévoit bien la force obligatoire des contrats.

J'ai déjà discuté les articles 1218, 1351 et 1351-1<sup>296</sup>. Il reste à examiner la compatibilité avec l'article 1221 du Code civil (avec l'exécution par équivalent) :

Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier.

Cet article, qui concerne l'exécution en nature, est très peu précis sur les conséquences attachées aux deux exceptions. Or, l'article 1218 montre, au sujet de la première exception, qu'il y a bien des conséquences. Les deux cas présentés comme des exceptions n'excluent donc absolument pas l'exécution par équivalent. Certes, on a probablement imaginé, dans la seconde exception, que le créancier n'aura droit qu'à une résolution ou refaction partielle<sup>297</sup>. Ce n'est cependant écrit nulle part. Cela n'aurait aucune valeur contraignante, mais même le rapport au Président de la République<sup>298</sup> ne détaille pas la conséquence de l'article 1221, deuxième partie, cas 2. Or, il y en a forcément une. Le communiqué de presse de la Chancellerie, pour sa part, n'évoque qu'une *faculté* laissée au créancier de choisir la résolution partielle, ce qui est manifestement contraire à la lettre du texte<sup>299</sup>. Cette exception est donc une mauvaise idée, mal exécutée, mais c'est, cette fois-ci, tant mieux. Puisque le texte ne dit rien de précis, il faut en revenir au principe qui est la force obligatoire des contrats (art. 1103), commandant un droit à exécution forcée par équivalent, au moins lorsque l'exécution forcée en nature n'est pas possible, pour des raisons de fait, mais aussi pour des raisons de droit.

<sup>295</sup> Voir *supra* n° 57 *in fine*.

<sup>296</sup> *Supra* n° 70.

<sup>297</sup> J'ai critiqué cette disposition dans le cas où on l'interprète ainsi: K. BELLIS, préc., note 226, n° 24 et suiv. À partir du 1<sup>er</sup> octobre 2018, l'article précisera « pour le débiteur de bonne foi », ce qui est très loin de sauver l'article de la critique notamment du fait que la difficulté de prouver la mauvaise foi dans une telle situation.

<sup>298</sup> *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004539>> (consulté le 30 juin 2018).

<sup>299</sup> Voir K. BELLIS, préc., note 226, n° 24.

Dans l'exemple donné par la Chancellerie de la cuisine construite avec du matériau de moindre qualité que contractuellement prévu, cela signifie que s'il est trop onéreux pour l'entrepreneur de tout refaire par rapport au divinatoire « intérêt » pour le créancier, celui-ci doit tout de même avoir droit à exécution par équivalent, c'est-à-dire à ce que l'entrepreneur, qui trouve trop onéreux pour lui de refaire toute l'installation selon la loi des parties, paye au créancier le prix que cela occasionnerait de refaire toute la cuisine. Limiter en effet la somme versée à la différence de prestations serait en effet aussi injuste qu'immoral, et pousserait les parties à ne pas respecter leurs engagements ou à être négligentes dans l'exécution de ceux-ci, notamment dans les cas où il y a un coût fixe de main-d'œuvre<sup>300</sup>.

77. La responsabilité contractuelle devrait donc pouvoir se cumuler avec l'exécution par équivalent (dans la mesure où il n'y a pas chevauchement). Ce devrait aussi être le cas avec la responsabilité délictuelle.

### III. Pour le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle

78. Le principe de non-cumul des responsabilités ne peut qu'être critiqué et ses origines historiques méritent d'être présentées (A), de sorte qu'il faut au contraire admettre le principe de concours des responsabilités contractuelle et délictuelle (B).

#### A. Critique et historique du principe de non-cumul

79. Le principe de non-cumul des responsabilités recoupe deux règles<sup>301</sup>. D'une part, si une personne n'a pas été ou ne peut être condamnée à réparation par la responsabilité contractuelle, elle ne peut subsidiairement invoquer la responsabilité délictuelle. D'autre part, pour un même litige, on ne peut appliquer une responsabilité sur certains points ou dans une certaine mesure, et une autre sur d'autres points ou pour attribuer un excédent. On s'accorde généralement à dire que le nom du principe porte à confusion, puisqu'il ne s'agit évidemment pas de se demander si on peut « cumuler » les deux responsabilités pour recevoir deux fois réparation du même préjudice.

<sup>300</sup> Voir nos explications dans *id.*, n° 24 et suiv.

<sup>301</sup> Comp. René RODIÈRE, *La responsabilité civile*, Paris, Rousseau, 1952, n° 1683.

80. Le principe de non-cumul est assez bien accepté par la doctrine française actuelle, et le projet de réforme du droit de la responsabilité de 2017 croit même le consacrer. Pourtant, il est à rejeter. Il est même le principal responsable des difficultés en la matière.

81. Pour se convaincre de la nécessité de mettre fin au principe de non-cumul des responsabilités, il suffit d'observer son effet pratique extrêmement néfaste: une casuistique jurisprudentielle abracadabrante pour savoir si la responsabilité contractuelle s'applique et donc si la responsabilité extracontractuelle est exclue ou non, de sorte qu'une solution du litige peut être totalement différente en fonction de cette variable sans aucune explication de bon sens sous-jacente.

Paul Esmein avait déjà alerté de ce problème dans sa chronique de 1956 intitulée « La chute dans l'escalier »<sup>302</sup>. « La chute dont il va être question n'est pas un évènement historique, non plus qu'une parabole. C'est celle qu'il peut vous arriver, ou à moi-même, de faire en montant ou en descendant un escalier », avertissait-il en début d'article. Pourtant, cette chute illustrera « le tourbillon » dans lequel est plongée la responsabilité civile<sup>303</sup>. En effet, selon que vous soyez un locataire, un membre de la famille du locataire, un cocontractant du locataire, un locataire rendant visite à un autre locataire se situant à un étage plus élevé..., la responsabilité du propriétaire pourrait être délictuelle ou contractuelle et les solutions pourraient être radicalement différentes. Il commente alors :

[...] je pense qu'il est inacceptable de rendre le propriétaire responsable suivant des modes différents à l'égard du locataire et des tiers qui tombent dans l'escalier. Il doit entretenir l'escalier en bon état à l'égard de tous ceux qui sont admis à l'utiliser, c'est-à-dire tout le monde, sauf ceux à qui il aurait interdit légitimement d'y pénétrer [...]. Et je suis hors d'état de persuader ceux pour qui nos catégories délictuelles et contractuelles ne sont pas devenues des croyances apprises qu'on puisse légitimement rendre le propriétaire responsable à des conditions différentes envers les deux catégories de victimes envisagées. Or je doute d'une doctrine juridique que je ne puis pas faire comprendre aux justiciables.<sup>304</sup>

<sup>302</sup> Paul ESMEIN, « La chute dans l'escalier », *JCP* 1956.1.1321.

<sup>303</sup> *Id.*

<sup>304</sup> *Id.*



De nos jours, comme le note Geneviève Viney, on peut décliner la chronique de Paul Esmein sous bien des thèmes<sup>305</sup>, de sorte que la réparation peut changer du tout au tout – c'est-à-dire du tout au rien – du fait de détails sans rapport logique raisonnable avec une telle conséquence. En effet, la responsabilité délictuelle du fait des choses entraîne une responsabilité de plein droit de l'intégralité du préjudice et ses suites, alors que la responsabilité contractuelle de sécurité ne serait liée qu'à une « obligation de moyens », et donc sa mise en application est subordonnée à la preuve d'une faute. Or, si une bouteille explose et cause un préjudice à une personne passant par là, la responsabilité est délictuelle ; si cette personne l'a prise dans ses mains pour l'acheter, elle devient contractuelle de sécurité ; si elle explose au domicile de l'acheteur, elle devient contractuelle pour garantie des vices cachés. Rien que pour cet exemple, on pourrait multiplier les subtilités : et si le client avait tendu les bras mais pas encore saisi la chose ? et si la validation du code de carte bancaire était en cours ? et si ceci, et si cela ? Tout ceci est-il bien sérieux ? C'est malheureusement loin d'être le seul exemple. Si vous glissez dans un magasin, ce sera délictuel, mais si c'est dans un couloir d'hôtel, un café ou une laverie, ce sera contractuel. D'ailleurs, ces distinctions ne sont pas à l'abri de revirements et de véritables sagas jurisprudentiels, par exemple au sujet de la chute dans la gare<sup>306</sup>.

82. Le droit français, qui se veut fondé sur le bon sens et la raison naturelle, répugne nécessairement à de telles distinctions byzantines aux conséquences si importantes. Bigot de Préameneu le disait fort bien : « L'équité elle-même répugne à des idées subtiles<sup>[307]</sup>. On ne la reconnaît qu'à cette simplicité qui frappe à la fois l'esprit et le cœur. »<sup>308</sup> Bien entendu, il est normal que les tribunaux traitent des subtilités des faits qui leur sont soumis. Cependant, à l'heure actuelle, la théorie est en elle-même peu claire et intrinsèquement liée à ces détails pratiques.

<sup>305</sup> G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, préc., note 4, n° 239. Les exemples présentés ci-après sont repris de ce passage.

<sup>306</sup> *Id.*, n° 195.

<sup>307</sup> Cela signifie ici « compliquées ». Il parle ici de la responsabilité des fautes dans l'Ancien Droit. Voir *supra* n° 22.

<sup>308</sup> P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, préc., note 66, p. 230.

83. Or, avec les complications inutiles vient nécessairement l'injustice. Il y a l'injustice pratique du fait de la disparité manifestement inéquitable des réparations<sup>309</sup>. Mais l'injustice est aussi théorique. Elle tient à ce que si une personne a expressément obtenu par contrat l'engagement par quelqu'un à un comportement dont la dérogation aurait de toute façon entraîné responsabilité, le débiteur de l'obligation sera tenu à... moins, que si elle ne s'était engagée à rien. Non seulement l'obligation contractuelle vaut moins que le devoir général duquel émane la responsabilité délictuelle, mais encore elle l'ampute. La première incohérence avait déjà été soulignée par Duvergier dans sa controverse avec Troplong, dont il prend explicitement l'exact contrepied<sup>310</sup>. On retrouve encore de nos jours la seconde – dont nous verrons des exemples anciens – être exprimée, y compris par ceux qui ont en conséquence rejeté le concept même de responsabilité contractuelle<sup>311</sup>.

84. La question du cumul des actions en responsabilités contractuelle et délictuelle se posait déjà à Rome. En effet, nous avons vu<sup>312</sup> qu'en droit romain, le prêteur dont les vêtements prêtés sont détériorés a l'option entre les deux actions (de louage et aquilienne) et, à l'époque classique, ne peut vraisemblablement en utiliser une, une fois qu'il a utilisé l'autre, la justification donnée étant que le dommage à réparer est le même; puis, à l'époque du Digeste de Justinien<sup>313</sup>, il a trente jours pour utiliser l'action aquilienne afin d'obtenir le supplément s'il a déjà agi sur le fondement du louage. L'interdiction classique semble donc résulter de la prohibition du cumul au sens propre, c'est-à-dire d'empêcher que le même préjudice soit réparé deux fois – ce que ne vise que de très loin le principe de non-cumul –, et le délai du Digeste semble être une simple mesure de police judiciaire, c'est-à-dire que l'on voulait vraisemblablement éviter qu'un même litige traîne et donne lieu à de multiples procès lointains dans le temps. Il n'y a donc absolument pas, *mutatis mutandis*, de véritable principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle à Rome.

<sup>309</sup> Voir à ce sujet: Geneviève VINEY, « Pour une interprétation modérée et raisonnée du refus d'option entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle », (1994) 39 *R.D. McGill* 813.

<sup>310</sup> Voir *supra* n° 31.

<sup>311</sup> Par ex.: P. RÉMY, « La responsabilité contractuelle. Histoire d'un faux concept », préc., note 2, n° 41.

<sup>312</sup> *Supra* n° 11.

<sup>313</sup> *D.*, 44, 7, 34, 2.

85. Il m'étonnerait que, sous l'Ancien Droit, on trouve le principe de non-cumul des responsabilités contractuelles et délictuelles au sens actuel. Je pense que ce principe a plutôt fait suite à l'adoption du Code civil.

86. L'origine du principe du non-cumul semble en effet résider dans les débats sur les liens entre responsabilités contractuelle et délictuelle, et le point de savoir si la première est aussi fondée sur le principe posé à l'article 1382, à l'occasion du débat sur le caractère générateur ou non de responsabilité contractuelle de la faute très légère. Nous avons vu que Toullier interprétait l'article 1137 du Code civil des Français à l'aune de son article 1382, et que cela avait suscité une vive réaction et une opposition quasi unanime<sup>314</sup>. Or, on voit facilement comment, du fait de l'importance et de la vivacité du débat, les positions contre Toullier ont pu se crispier. De la position selon laquelle le droit des délits et quasi-délits et le droit des contrats n'ont rien à voir, à celle selon laquelle on ne peut jamais faire intervenir le droit des délits dans les rapports entre contractants, même si la faute contractuelle est aussi une faute délictuelle ou quasi-délictuelle, il n'y a qu'un pas.

87. Toullier avait unifié, dans sa doctrine, la responsabilité des fautes de l'article 1382 et celle de l'article 1137<sup>315</sup>. Il déclarait par ailleurs dans son traité que la disposition de l'article 1386 (responsabilité du fait de la ruine des bâtiments) étant générale, le propriétaire de l'édifice répond aussi envers ses locataires dont les meubles ont été détruits ou endommagés<sup>316</sup>. Duranton, dont la différence de principe avec Toullier était assez artificielle, est en accord avec celui-ci sur cette question. Selon lui, si le propriétaire est responsable du défaut d'entretien ou du vice de construction (critères de l'article 1386) « vis-à-vis des voisins, auxquels la ruine du bâtiment a causé du dommage, à plus forte raison en est-il responsable à l'égard du locataire, envers lequel il s'est obligé par le contrat de louage », puisqu'il serait tenu en vertu du contrat à entretenir le bien loué<sup>317</sup>.

<sup>314</sup> Voir *supra* n° 25 et suiv.

<sup>315</sup> Voir *supra* n° 25.

<sup>316</sup> Charles TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code, Ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie et la pratique*, 4<sup>e</sup> éd., t. 11, Paris, Warée, 1824, n° 317, p. 438.

<sup>317</sup> Alexandre DURANTON, *Cours de droit civil français, suivant le Code civil*, t. 17, Paris, Alex-Gobelet, 1830, n° 64.

88. Duranton va assez loin dans le raisonnement: il souligne que le contrat de bail prévoit, en vertu de la loi, une obligation d'entretien du bailleur (« locateur »), détaille même ce point dans le paragraphe subséquent, et place cette obligation *contractuelle* dans le giron de l'article 1386 qui prévoit une responsabilité du propriétaire d'un bâtiment pour faute de défaut d'entretien<sup>318</sup>.

Plus encore, Duranton généralise cette doctrine en admettant plus haut un concours possible entre les articles 1137 et 1382. Il le dit tout à fait explicitement: « tout fait quelconque de l'homme » (art. 1382) « comprend aussi les faits commis par l'une des parties dans l'exécution d'un contrat »<sup>319</sup>. L'article 1382 est donc tout à fait applicable à des rapports entre cocontractants. Duranton est, semble-t-il, le premier auteur depuis le Code civil à expliciter de manière si générale un principe de concours des responsabilités.

89. Troplong, le principal disputeur de Toullier au sujet de l'article 1137, « embrasse l'opinion de Duranton » au sujet de l'article 1386, car, à ses yeux, cet article « paraît se présenter naturellement pour régler les rapports du locateur et du preneur »<sup>320</sup>.

90. Aubry et Rau prendront cependant le contrepied de Duranton et initieront par là, semble-t-il, ce qui sera appelé le principe de non-cumul.

Dans la première édition de leur ouvrage, ils écrivent en effet: « Les dispositions des art. 1382 et 1383 sont étrangères aux fautes commises dans l'exécution d'un engagement contractuel ou d'une obligation résultant d'un quasi-contrat. »<sup>321</sup> Cette phrase pourrait constituer une simple reprise de l'idée selon laquelle ces articles ne peuvent servir de fondement pour déterminer la faute proprement contractuelle, d'autant plus lorsqu'on lit le début de la note qui suit: « La responsabilité qui peut naître de pareilles fautes, se détermine d'après les principes qui régissent le contrat ou le

<sup>318</sup> Cela me semble d'ailleurs être une exagération: la source de l'obligation du bailleur, responsable en vertu de l'article 1386, ne peut pas être le contrat.

<sup>319</sup> Alexandre DURANTON, *Cours de droit civil français, suivant le Code civil*, t. 13, Paris, Alex-Gobelet, 1830, n° 710.

<sup>320</sup> R.-T. TROPLONG, *préc.*, note 127, n° 201.

<sup>321</sup> Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae, revu et augmenté...*, 1<sup>re</sup> éd., t. 3, 1839, n° 446, p. 195.

quasi-contrat, de l'exécution duquel il s'agit»<sup>322</sup>. Il semble cependant que ces auteurs vont beaucoup plus loin et excluent par cette doctrine toute utilisation de ces articles à propos de faits qui s'inscrivent dans un rapport contractuel (ce qui correspond à ce que nous appelons de nos jours le non-cumul des responsabilités). C'est-à-dire qu'ils semblent ne plus seulement estimer que les règles en matière de délits et quasi-délits sont différentes et obéissent à d'autres principes que celles en matière de contrats, mais encore exclure totalement le droit des délits et quasi-délits, non pas seulement du droit des contrats, mais encore des rapports entre cocontractants en général, au moins lorsque le contrat a prévu la même obligation mais vraisemblablement aussi de manière assez générale pour tout ce qui a un rapport avec le contrat.

Deux éléments l'étaient. D'une part, dans la suite de la note, les auteurs strasbourgeois expliquent que, lorsque la faute à l'occasion de l'exécution d'un contrat est une infraction pénale, alors les articles 1382 et suivants «sont évidemment applicables». Ils ne donnent pas d'explication logique mais font référence à de la jurisprudence relative à l'homicide involontaire<sup>323</sup> de médecins ou de voituriers. Cela semble donc signifier, *a contrario*, qu'en dehors de ce cas, ces articles ne peuvent intervenir. Surtout, ils estiment que l'article 1386 ne s'applique qu'à l'égard des passants, et renvoient en note à l'article 1721 du Code civil au sujet de la responsabilité à l'égard du locataire (impliquant par là une exclusion)<sup>324</sup>. Plus tard, Larombière expliquera dans le corps de son texte que la garantie du bailleur découle du contrat (ce qui implique l'exclusion de l'article 1386) en se référant à l'ouvrage d'Aubry et Rau et, en opposition, à Toullier<sup>325</sup>. Dans la quatrième édition de leur ouvrage, se référant à Larombière, les auteurs strasbourgeois emploient une expression plus englobante : le propriétaire est responsable envers le locataire, mais «cette responsabilité, d'une nature contractuelle, et dont les effets se déterminent d'après les règles relatives aux conventions intervenues entre les parties, est étrangère à la théorie de la responsabilité, purement légale, dont nous nous occupons actuellement»<sup>326</sup>.

<sup>322</sup> *Id.*, n° 446, à la note 8. Je souligne.

<sup>323</sup> Art. 319, Code pénal de l'Empire français, 1810.

<sup>324</sup> C. AUBRY et C. RAU, préc., note 321 (1<sup>e</sup> éd., 1839), n° 448, p. 204, à la note 10.

<sup>325</sup> Léobon-Valéry-Léon-Jupile LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire des titres III et IV livre III du Code Napoléon*, art. 1101 à 1386, t. 5, Paris, A. Durand, 1857, art. 1386, n° 3.

<sup>326</sup> C. AUBRY et C. RAU, préc., note 107 (4<sup>e</sup> éd., 1871), t. 4, n° 448, p. 772, à la note 14.

L'ouvrage d'Aubry et Rau se présente comme une traduction revue et augmentée du traité de Karl Salomo Zachariä<sup>327</sup> (1769-1843)<sup>328</sup>, *Handbuch des französischen Civilrechts*. Or, j'ai déjà observé à propos d'un autre passage qu'il s'agissait en réalité d'une réécriture très libre, et qu'ils prenaient même en l'occurrence la position exactement inverse de celle de Zachariä<sup>329</sup>. La même chose peut être observée dans une certaine mesure ici, puisqu'on ne trouve absolument pas une telle prise de position dans l'ouvrage original<sup>330</sup>. Aubry et Rau renvoient bien en note, dans leur quatrième édition, à une note de Zachariä, mais celle-ci ne fait que préciser que la faute très légère n'entraîne pas (nécessairement) responsabilité contractuelle<sup>331</sup>. L'innovation semble donc bien être celle des auteurs strasbourgeois.

La raison de cette prise de position réside manifestement dans l'exagération dont Aubry et Rau ont fait preuve dans leur opposition à la théorie de Toullier, et cette volonté de la réfuter de manière frontale et radicale deviendra de plus en plus manifeste avec les auteurs reprenant la doctrine des professeurs strasbourgeois.

91. Larombière suivit dans une très large mesure la position d'Aubry et Rau (Zachariä, pense-t-il). Après avoir traité de la controverse sur la prestation des fautes, il estime que «les dispositions des articles 1382 et 1383 sont tout-à-fait étrangères à l'appréciation et aux conséquences des fautes qui ont été commises dans l'accomplissement d'un contrat ou d'un quasi-contrat»<sup>332</sup>. Il place à part le cas des infractions pénales, bien que lui donne une option à la victime dans ce cas, entre les articles 1146 et suivants et les articles 1382 et suivants, plutôt que de rendre ces derniers automatiquement applicables comme le faisaient Aubry et Rau. Il se réfère d'ailleurs à un fragment du Digeste prévoyant le concours entre l'action aquilienne et

<sup>327</sup> C'est la véritable graphie de son nom. Le «ä» allemand peut s'écrire «ae» dans des supports qui n'acceptent pas la lettre en question, et c'est la raison de l'autre graphie que l'on retrouve.

<sup>328</sup> Pour la première édition strasbourgeoise: «Cours de droit civil français, traduit de l'allemand de M. C. S. Zachariae, revu et augmenté, avec l'agrément de l'auteur», pour la seconde, identique mais bruxelloise: «Cours de droit civil français, traduit de l'allemand sur la cinquième éd. (1839) et rev. et augm. avec l'agrément de l'auteur».

<sup>329</sup> K. BELLIS, préc., note 16, n° 283.

<sup>330</sup> K. S. ZACHARIÄ, préc., note 142, n° 446.

<sup>331</sup> *Id.*, n° 444, à la note 4.

<sup>332</sup> L.-V.-L.-J. LAROMBIÈRE, préc., note 325, art. 1382-1383, n° 9.

une action pénale<sup>333</sup>. Il renvoie aussi au régime du contrat lorsqu'il s'agit d'examiner la responsabilité du propriétaire bailleur et l'éventuelle intervention de l'article 1386<sup>334</sup>.

Demolombe traite de cette question dans le dernier des 31 volumes de son *Cours de Code Napoléon* (resté inachevé). Il reprend des positions similaires, mais en les mettant encore plus en exergue. Il résume d'abord la position doctrinale opposée à Toullier ainsi : « Le caractère de la faute (*lato sensu*) qui peut constituer un délit ou un quasi-délit, est très différent du caractère de la faute dite *contractuelle*, qui peut être commise dans l'exécution des contrats, comme aussi des quasi-contrats »<sup>335</sup>. Il pose ensuite deux « règles », la seconde étant la suivante : « les articles 1382 et 1383 ne régissent pas l'appréciation du caractère et des conséquences des fautes, qui peuvent être commises dans l'exécution des obligations résultant d'un contrat »<sup>336</sup>. Il écarte aussi le cas de l'infraction pénale, qu'il présente comme une « exception », et prévoit une option de la victime<sup>337</sup>. Il exclut enfin l'application de l'article 1386 en cas de dommage causé à un locataire, puisque la réparation « résulte, entre eux, du contrat de louage et doit être appréciée d'après les principes, qui le régissent »<sup>338</sup>.

Leur exposé n'est pas des plus clairs, car ils ne prévoient pas explicitement le cas général d'un fait qui est à la fois une faute contractuelle et une faute délictuelle, et la phrase générale qu'ils écrivent respectivement pourrait avoir deux sens, mais leur prise de parti pour ce qui deviendra le principe de non-cumul est manifeste à partir de leur refus d'appliquer l'article 1386 aux rapports entre bailleur et locataire.

92. En 1907, au sujet d'un arrêt d'appel ayant écarté l'article 1386 de la résolution d'un litige entre propriétaires et locataires, Planiol explique déjà qu'il s'agit d'une « vieille idée qu'on trouve dans tous nos auteurs » et que, depuis Larombière, « tous les auteurs ont accepté l'idée que l'existence

<sup>333</sup> D., 9, 5, 5, 1.

<sup>334</sup> L.-V.-L.-J. LAROMBIÈRE, préc., note 325, art. 1386, n° 3.

<sup>335</sup> Charles DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon. XXXI: Traité des engagements qui se forment sans convention*, Paris, Pedone et Hachette, 1882, n° 472.

<sup>336</sup> *Id.*, n° 477.

<sup>337</sup> *Id.*, n° 478.

<sup>338</sup> *Id.*, n° 659.

d'une garantie contractuelle excluait l'application de l'art. 1386 entre locataire et propriétaire», en faisant en outre référence à Laurent et Baudry-Lacantinerie et Barde<sup>339</sup>. Il prend position pour Toullier mais voit bien qu'il est lui-même, à son époque, très isolé à ce propos.

En réalité, Sourdat avait bien pris position pour la doctrine de Toullier en matière d'article 1386<sup>340</sup>, mais cela ne suffit pas, et à l'époque de Planiol, ce débat ne semble qu'un lointain souvenir que celui-ci essayait simplement de raviver.

Dans sa note, Planiol explique, de manière plus générale, que l'exclusion de la responsabilité délictuelle en cas de garantie contractuelle est entrée en jurisprudence au sujet de la responsabilité des patrons dans les accidents industriels pour rendre la réparation plus sûre, puisque la garantie contractuelle dispensait d'apporter la preuve d'une faute. Il ajoute que cela s'est finalement retourné contre les victimes qui ne pouvaient plus invoquer les présomptions de faute des articles 1384 et suivants dès lors qu'ils étaient liés par contrat avec celui qu'ils estimaient responsable.

93. Le principe de non-cumul est donc issu d'une radicalisation des positions qui peut naturellement se produire dans le cadre de vives controverses doctrinales, et qu'Aubry et Rau ont initiée en cette matière. Puis, le principe est, semble-t-il, devenu hégémonique de manière sous-jacente et effacée, comme un simple corolaire de la question controversée du degré des fautes et de l'unité de nature des responsabilités. Puis, cela a atteint la jurisprudence. Au sujet de la seconde étape, le problème est qu'à travers les mêmes mots, on peut impliquer des choses tout à fait différentes.

Il semble en effet que la signification de ce principe a évolué avec le temps. Le nom même du principe l'atteste. Il est en effet presque impossible de lire une discussion à propos de ce principe sans l'avertissement préalable de ce qu'il signifie malgré son nom pourtant utilisé par tous – je plaide d'ailleurs coupable à un tel avertissement initial. La raison de cette bizarrerie ne peut être que le fait qu'à l'origine, le concept signifiait plus ou moins ce qu'il désigne, c'est-à-dire l'idée évidente selon laquelle on ne

<sup>339</sup> Marcel PLANIOL, note sous Paris, 17 janv. 1905. D. 1905.2.97.

<sup>340</sup> Auguste-Jean-Baptiste SOURDAT, *Traité général de la responsabilité...*, 3<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, Marchal, Billard et Cie, 1876, n° 1465. Il ne fait pas référence à Toullier dans ce passage précis, mais a nécessairement en tête ce débat puisque les références aux débats proches sont faites avant et après.



peut cumuler deux réparations pour un même dommage, ou en tout cas quelque chose de flou et malléable, mais que l'expression s'est ensuite répandue sans signification précise ou avec celle-ci. Il est d'ailleurs probable, à mon avis, que l'utilisation de l'expression « non-cumul » ait plus ou moins pour origine le principe de non-cumul des peines en droit pénal, qui désigne bien un non-cumul au sens propre. En effet, l'ombre du droit pénal en la matière est patente<sup>341</sup>. Cependant, en matière civile, la machine du non-cumul s'est emballée sans que jamais, semble-t-il, cet emballage n'ait été théorisé pour que l'on voie clairement qu'il y a eu évolution et que le principe a fini par renvoyer à tout à fait autre chose sans qu'on ne s'en rende compte.

Planiol, lui, avait bien distingué le caractère original et important de cette question, mais il semble avoir été assez seul à cette époque. Le reste de la doctrine semble avoir été obnubilée par la question de l'unité ou de la dualité des responsabilités. Or, la question est liée<sup>342</sup>, mais elle est indépendante. Ainsi, Troplong pouvait prendre, sans se contredire, parti contre l'unité des responsabilités, mais pour l'application de l'article 1386 en matière contractuelle<sup>343</sup> : les questions sont, selon lui, différentes mais cumulables. Après Planiol, somme toute peu d'auteurs ont osé remettre en cause la doctrine héritée des professeurs strasbourgeois<sup>344</sup>. Le non-cumul a, par contre, bénéficié d'un soutien massif du reste de la doctrine<sup>345</sup>.

Le lit du principe de non-cumul au sens nouveau, qui est l'élément crucial de la matière, s'est donc creusé, progressivement et discrètement mais sûrement, dans le sillon d'autres débats pourtant moins importants en pratique.

<sup>341</sup> Voir *supra* n° 90-91 les tempéraments introduits par Aubry et Rau et leurs suites, et *infra* n° 129 la polysémie du mot délit.

<sup>342</sup> Voir Salma Abid MNIF, *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. Comparaison des droits français et tunisien*, préface Patrice Jourdain, avant-propos Jerbi Sami, Paris, L'Harmattan, 2014.

<sup>343</sup> Voir *supra* n° 89.

<sup>344</sup> Notamment, dans une mesure plus ou moins grande : René SAVATIER (Note sous Cass. civ. 2, 13 mai 1955, D. 1956.1.53 ; *Traité de la responsabilité civile en droit français...*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1951 [réimpr. 2016], t. 1, n° 148-160) ; P. ESMEIN (préc., note 302) ; G. VINEY (préc., note 309) ; Jean-Sébastien BORGHETTI (« La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », RTD Civ. 2010.1) ; S. A. MNIF (préc., note 342).

<sup>345</sup> Voir J.-S. BORGHETTI, *id.*, à la note 115.

94. Cela se vérifie dans l'arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 1922<sup>346</sup>, présenté usuellement comme le grand arrêt affirmant le principe<sup>347</sup>, mais dont l'enjeu était l'application d'un standard plus léger de la faute en cas d'exclusion de la responsabilité contractuelle en faveur de la responsabilité délictuelle. En l'espèce, des personnes font appel à un tiers non professionnel pour rédiger un acte, dans le cadre d'un litige relatif à une séparation entre propriétés par un mur. Le tiers cocontractant assure que l'acte n'implique aucune renonciation de propriété mais une cour d'appel en décide autrement. Ceux qui ont perdu la propriété du mur agissent en responsabilité contre le tiers rédacteur fautif, en estimant que toute faute causant un dommage entraîne un droit à réparation. Cependant, la jurisprudence ayant admis la position doctrinale majoritaire en ce qui concerne la responsabilité des fautes contractuelles, la Cour de cassation leur répond que c'est seulement en matière délictuelle que toute faute dommageable entraîne réparation ; or les articles 1382 et suivants « sont inapplicables lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat ».

Les cours croient appliquer l'exclusion de la faute très légère, mais en réalité, en soulignant que les rédacteurs étaient « tous étrangers au droit » et pourtant choisis par les parties, et que les demandeurs ne peuvent « s'en prendre qu'à eux-mêmes » d'avoir signé l'acte, elles ne sont pas en train de dire que seul un homme aux cent yeux aurait fait autrement, mais qu'il n'y a pas de faute, ou en tout cas, comme il est dit explicitement, qu'elle est « excusable », indépendamment du critère ancien.

Quoi qu'il en soit, entendu comme restreint à son application dans ce litige, le « principe de non-cumul » ne pose pas de problème<sup>348</sup>. Le contrat portait spécifiquement sur la rédaction de l'acte, il est bien naturel que l'on applique les principes spécifiques aux contrats, voire ceux spécifiques à ce contrat spécial, pour juger de la *nouvelle* obligation qu'elle prévoyait. L'opération de rédaction était par nature contractuelle, et, sans régime spécial, le délit civil, entre tout citoyen, n'a rien à y faire : la faute était manifestement *uniquement dans l'exécution du contrat*, c'était une faute con-

<sup>346</sup> Cass. civ., 11 janv. 1922, rej., *Pelletier c. Doderet*. S. 1924.1.105, note Demogue.

<sup>347</sup> Henri CAPITANT, François TERRÉ, Yves LEQUETTE et François CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 13<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, Dalloz, 2015, p. 182.

<sup>348</sup> Jean-Sébastien Borghetti, opposé au principe du non-cumul dans son sens actuel, est de même favorable à la solution de cet arrêt : J.-S. BORGHETTI, préc., note 344, n<sup>o</sup> 33.

tractuelle. Cela n'a aucun rapport avec l'exclusion totale du droit des délits des rapports entre contractants. La seule chose que demandait ici la Cour de cassation était de ne pas mélanger les pommes et les oranges<sup>349</sup> (en plus de donner des standards de faute différents, mais cette question ne nous intéresse pas ici).

Nous sommes donc passés d'un principe de non-intrusion du droit du délit dans le rapport contractuel à un principe de vampirisation du délit par le contrat. D'une idée simple et bonne selon laquelle les règles spéciales des contrats, ou le cas échéant du contrat en question, régissent ce qui est par nature spécifiquement contractuel, nous avons abouti à une antienne vampirisante que l'on répète à tue-tête sans savoir pourquoi.

Bien entendu, ce passage a été progressif, puisque, durant les premières décennies du xx<sup>e</sup> siècle, certaines décisions n'appliquèrent pas le non-cumul ou l'appliquèrent dans son sens intelligent, d'autres dans son sens radical.

En résumé, je pense que le principe de vampirisation du délit par le contrat, c'est-à-dire du non-cumul dans son sens contemporain, a pour origine la controverse sur la prestation des fautes qui a eu lieu au début du xix<sup>e</sup> siècle et que l'on voit encore présente en ligne de fond dans l'arrêt de 1922. La radicalisation des positions au sein de cette controverse a abouti à la création de cette théorie par Aubry et Rau. Son caractère flou a cependant empêché, dans une large mesure, sa remise en cause ordonnée et donc a favorisé son expansion dans l'ombre de la controverse originelle.

Il est ensuite probable que cette théorie a été utilisée pour trancher tel ou tel cas d'espèce dans un sens voulu, tel que le décrit Planiol au sujet des accidents industriels<sup>350</sup>. Après le degré de la faute en doctrine, c'est en effet la charge de la preuve de la faute qui semble avoir occupé les tribunaux. Autant la jurisprudence que la doctrine, perdues qu'elles étaient en la matière, ont alors utilisé ces décisions comme des précédents, qui se sont de plus en plus détachés de leurs origines doctrinales, et qui ont entraîné, doucement mais sûrement, le droit français dans un engrenage à n'en plus finir.

Par conséquent, plus fondamentalement, il faut voir dans cette évolution la psychorigidité qui guette tout juriste et le surprend s'il ne fait pas attention à conserver une simplicité naturelle dans ses raisonnements et à

<sup>349</sup> Je francise ici une expression anglaise.

<sup>350</sup> Voir *supra* n° 92.

réfléchir sur les raisons de ce qu'il applique. L'extrémisme, c'est lorsqu'on applique des formules en faisant fi de leur sens, et c'est exactement ce qui semble s'être passé : les juges et les juristes ont appliqué le principe de non-cumul avec d'autant plus d'extrémisme qu'ils n'en donnaient pas de sens.

D'ailleurs, cette psychorigidité d'un domaine est contagieuse. L'emballlement du droit de la responsabilité est un phénomène mondial<sup>351</sup>, on ne peut donc rendre responsable à titre principal le principe de non-cumul. Cependant, puisqu'il rend le droit de la responsabilité à ce point irraisonnable qu'il force le juriste à un dogmatisme, il est permis d'y voir un facteur de déraison en droit de la responsabilité en général.

95. Un tel état de choses est spécialement regrettable en France. Alors que la tradition juridique française a vocation à constituer une brillante combinaison entre théorie et pratique, le droit français fait ici le malheureux tour de force qui consiste à en faire la pire conjonction entre les deux qui soit. En Angleterre et aux États-Unis, *grosso modo*, on admet très largement l'invocation multiple des différentes sources de responsabilité envers une multitude de personnes, et on arrive, dans des procès, à un résultat sans trop se soucier de la théorie<sup>352</sup>. Dans les droits systématisés, on peut au contraire avoir tendance à s'enfermer dans de grandes théories sans lien avec la pratique. En France, voilà une théorie enfermée dans des distinctions casuistiques byzantines qui répugnent autant au bon sens qu'au bon goût.

Il faut dire que, lorsque la question est devenue pressante du fait de l'essor des accidents à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle avec le machinisme et au XX<sup>e</sup> siècle notamment avec les accidents de la circulation, les quelques dispositions du Code civil traitant des délits ou de la responsabilité contractuelle étaient insuffisantes pour guider la jurisprudence. Les magistrats ont donc fait comme ils ont pu. Les codificateurs aussi d'ailleurs, car ils ne pouvaient pas prévoir les changements très importants de la société en matière d'accidents qui allaient avoir lieu un siècle plus tard. Simplement, mainte-

<sup>351</sup> Voir : André TUNC, *La responsabilité civile*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 1990 ; André TUNC (dir.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. XI, Brill Nijhoff, Hambourg, 1982, « torts » ; Geneviève VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préface André Tunc, Paris, L.G.D.J., 1965 [réimpr. 2003] ; Herman COUSY, « Évolution comparée des droits européens de la responsabilité », *Risques* 1992.2.41 (dans le n° 10 intitulé « Assurance, droit, responsabilité »). Voir à ce sujet *infra* n° 123.

<sup>352</sup> A. TUNC, *La responsabilité civile*, *id.*, n° 38 et 41.

nant que nous voyons ces problèmes, il faut les prendre à bras-le-corps, déconstruire nos vieilles idoles et poser des règles cohérentes, pragmatiques et rationnelles pour conduire la jurisprudence dans une meilleure direction.

## B. Le principe de concours des responsabilités contractuelle et délictuelle

96. Si l'on accepte le concours de l'exécution par équivalent, de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle, il faut réfléchir à leur rapport. La question du cumul de l'exécution par équivalent et de la responsabilité – contractuelle, mais elle pourrait aussi être délictuelle – a déjà été traitée<sup>353</sup>. Il sera donc question ici du concours des responsabilités.

97. Le principe fondamental qu'il faut avoir en tête en cette matière est très bien exprimé par Planiol. Celui-ci explique :

L'impossibilité de faire jouer en même temps, à raison du même fait et pour les mêmes personnes, les deux sortes de responsabilités est bien certaine; mais les rôles respectifs qu'on leur attribue dans la doctrine courante se trouvent renversés : ce n'est pas la responsabilité délictuelle qui sert de complément à l'autre, c'est le contraire qui est vrai; la responsabilité conventionnelle vient s'ajouter à la responsabilité établie par la loi et ne peut ni l'éliminer, ni se substituer à elle, par raison que *la loi est antérieure à tous les contrats*. L'obligation légale préexiste, et les parties contractantes peuvent seulement y ajouter quelque chose; mais une obligation légale préexistante ne devient pas contractuelle par cela seul que des particuliers l'ont reproduite et versée, en quelque sorte, dans leur contrat. Ainsi, la loi défend de tuer et de voler; la responsabilité du voleur ou d'un assassin ne deviendrait pas contractuelle par cela seul qu'il aurait préalablement promis de ne pas tuer ou de ne pas dépouiller sa victime.<sup>354</sup>

<sup>353</sup> *Supra* n° 68.

<sup>354</sup> M. PLANIOL, préc., note 339. Il continue tout aussi justement : « C'est donc Toullier qui avait raison : la loi ayant rendu le propriétaire d'un bâtiment responsable de sa ruine quand elle arrive par l'une des causes indiquées par l'art. 1386 c. civ., cette responsabilité ne devient pas contractuelle parce que le propriétaire a promis la jouissance de son immeuble à son locataire. Le bail peut bien ajouter quelque chose à l'obligation préexistante du propriétaire, par exemple, l'astreindre à entretenir son immeuble en bon état et à faire les réparations avant tout accident; mais, quand l'accident s'est produit, l'existence d'un bail ne peut pas changer la source de la responsabilité du propriétaire,

Il résume ainsi sa doctrine dont la pertinence frappe la raison<sup>355</sup> :

Il n'y a de *contractuelles* que les obligations exceptionnelles qui ne sont pas établies par la loi, et qui s'ajoutent à nos charges normales quand nous entra-  
vons notre liberté naturelle par des conventions particulières.<sup>356</sup>

Dans un même sens, un auteur du XIX<sup>e</sup> siècle expliquait :

[...] le contrat ne peut avoir pour effet de m'exonérer d'une obligation pré-  
existante, puisqu'au contraire, ce contrat n'a fait qu'augmenter la somme de  
mes devoirs vis-à-vis de l'autre partie contractante.<sup>357</sup>

98. Jusque maintenant, en théorie pure, ce principe ne devrait avoir pu souffrir aucune exception, puisqu'on considérait comme illicites les clauses exonératoires de responsabilité délictuelle. Il y a en effet contradiction à prononcer cette illicéité tout en expliquant que tout contrat écarte la responsabilité délictuelle<sup>358</sup>. C'est pourtant l'état actuel de la jurisprudence.

99. L'idéal rejoint, dans une certaine mesure, la réalité pragmatique. Dans une mesure limitée, la volonté doit pouvoir limiter la responsabilité délictuelle<sup>359</sup>. Il faut alors déterminer cette mesure<sup>360</sup>.

100. Avant de le faire, il faut avoir en tête l'impératif pratique de justice : traiter de la même manière des situations identiques du point de vue du point considéré. Par exemple, comme l'écrivait Paul Esmein à propos de la chute dans l'escalier<sup>361</sup> ou Planiol à propos du détachement d'une barre d'appui à une fenêtre<sup>362</sup>, il ne fait aucun sens qu'un propriétaire, qui doit assurer pour tous la sécurité de son bâtiment, bénéficie d'un régime plus favorable à l'égard d'un locataire. Pas plus que les autres discriminations jurisprudentielles entre les situations ne font sens. Or, la justice est

---

ni surtout faire obstacle à l'application contre lui des présomptions écrites à l'art. 1386 c. civ. ».

<sup>355</sup> Voir néanmoins *infra* n° 110.

<sup>356</sup> M. PLANIOL, préc., note 228, n° 1857.

<sup>357</sup> Ferdinand GISLAIN, *Critique de la théorie de MM. Ducaurroy et Hasse sur la prestation des fautes*, Namur, J. Misson, 1833, n° 27.

<sup>358</sup> Dans ce sens : J.-S. BORGHETTI, préc., note 344, n° 60.

<sup>359</sup> C'est ce qui est fait, aussi, en pratique même si techniquement c'est l'inverse, avec l'essor de l'assurance. H. COUSY, préc., note 351.

<sup>360</sup> Voir la bibliographie *supra* note 344.

<sup>361</sup> Voir *supra* n° 81.

<sup>362</sup> M. PLANIOL, préc., note 339.

précisément un dérivé de l'égalité. Ce traitement discriminatoire de situations fondamentalement identiques est donc la définition même de l'injustice.

101. C'est d'ailleurs l'évidence de cette injustice qui, couplée à la rigidité de la règle de non-cumul, a entraîné, à côté des responsabilités contractuelle et délictuelle, l'émergence de ce qu'on a appelé la responsabilité « légale », « professionnelle » ou « statutaire »<sup>363</sup>, c'est-à-dire dont le régime ne différencie pas selon que les parties soient liées par un contrat ou non. Cependant, un tel concept n'est qu'un moyen détourné de mettre fin au principe de non-cumul dans certaines matières. Si l'existence ou non d'un contrat ne change rien, alors la responsabilité est délictuelle. Toute responsabilité est légale, seulement, la loi peut rendre directement responsable, alors la responsabilité est dite délictuelle; la loi peut autoriser un contrat qui rendra le cas échéant responsable, alors la responsabilité est dite contractuelle. La « responsabilité légale », c'est-à-dire directement légale, n'est rien d'autre que de la responsabilité délictuelle. On lui donne simplement ce qualificatif lorsqu'on veut aussi l'appliquer entre cocontractants afin que les apparences, et le principe de non-cumul, soient saufs. Contrairement à ce que l'on pense habituellement, il ne s'agit pas d'une « tendance du droit positif à délaissier la distinction » entre responsabilités contractuelles et délictuelles<sup>364</sup>, mais à délaissier la règle du non-cumul sans le dire. Tous les exemples de responsabilités légales que l'on peut présenter correspondent en réalité à des responsabilités en tout ou en partie<sup>365</sup> délictuelles. On a dit que la responsabilité délictuelle serait trop large pour s'appliquer à certains domaines, par exemple à la responsabilité professionnelle<sup>366</sup>, mais, d'une part, on fait alors référence au droit commun des délits, alors que justement on peut prévoir des droits spéciaux pour des situations spéciales, et, d'autre part, les conditions du concours entre relation contractuelle et droit des délits doivent être discutées<sup>367</sup>.

Dès lors, l'émergence de ces responsabilités dites légales et le fait qu'elles soient souvent vues comme bonnes et justes en doctrine, sont la meilleure

<sup>363</sup> Voir par exemple à propos de leur essor : Alain SÉRIAUX, « L'avenir de la responsabilité civile. Quel(s) fondement(s) ? », *Responsabilité civile et assurances* juin 2001 (6 bis). hors-série.58.

<sup>364</sup> G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, préc., note 4, n° 245 (titre).

<sup>365</sup> Si c'est en partie, le concours est admis pour le reste.

<sup>366</sup> G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, préc., note 4, n° 244.

<sup>367</sup> Voir ci-dessous.

preuve de la nécessité d'admettre le concours des responsabilités, et que la doctrine et la loi, et même la jurisprudence lorsqu'elle pousse le législateur à adopter un tel type de responsabilité (comme en matière de circulation automobile<sup>368</sup>), approuvent sans le savoir le principe de concours des responsabilités. Il faut simplement que les juristes cassent l'idole-vampire du principe de non-cumul qu'on leur a dit d'adorer sans véritable explication.

102. Une fois le principe énoncé par Planiol – qui renverse la priorité actuelle et admet en outre le concours<sup>369</sup> – accepté, pour savoir dans quelle mesure le contrat peut empiéter sur le délit par exception à ce principe<sup>370</sup>, il faut, à mon sens, avoir égard à deux choses : l'ordre public délictuel et l'économie du contrat<sup>371</sup>.

Il y a tout d'abord la question de savoir dans quelle mesure on accepte les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité en matière délictuelle. Il est en effet pour le moins contradictoire d'interdire toute clause de telle portée et en même temps de refuser tout concours. Il s'agit en réalité de la même question de l'ordre public délictuel.

Le projet de réforme de la responsabilité de 2017 propose d'autoriser en principe les clauses exonératoires (« exclusives ») et limitatives de responsabilité (art. 1281 al. 1, projet 2017<sup>372</sup>) sauf en cas de responsabilité pour faute (art. 1283, projet 2017<sup>373</sup>). Cette doctrine me paraît très bonne, et

<sup>368</sup> Responsabilité au sens large, voir *infra* n° 123 et suiv.

<sup>369</sup> Néanmoins, il ne semble pas admettre l'option, que j'inclus dans le principe de concours des responsabilités. Voir *infra* n° 110.

<sup>370</sup> C'est d'ailleurs cette nécessité de faire la part des choses dans la mise en application du principe de concours, qui a vraisemblablement poussé à parfois parler de « modération » ou d'« assouplissement » nécessaire du principe de non-cumul. En réalité, le mot important est ici celui de « principe » : il doit bien y avoir un *renversement* du principe, et les apparentes limites ne sont que la manifestation d'une application raisonnée du principe de concours, et non une survie du principe de non-cumul.

<sup>371</sup> Comparer avec J.-S. BORGHETTI, préc., note 344, n° 66 et 68. Voir aussi la bibliographie *supra* note 344.

<sup>372</sup> Art. 1281, projet 2017 : « [al. 1] Les clauses ayant pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle. [al. 2] Toutefois, la responsabilité ne peut être limitée ou exclue par contrat en cas de dommage corporel. »

<sup>373</sup> Art. 1283, projet 2017 : « En matière extracontractuelle, on ne peut exclure ou limiter la responsabilité pour faute. »



pourrait servir de premier critère. Il y a en effet, vraisemblablement et *grosso modo*, deux types de responsabilités<sup>374</sup> qui se croisent. D'une part, la responsabilité pour faute, qui se décline en responsabilité pour faute personnelle et celle pour faute de surveillance ou d'entretien (d'une chose ou d'une personne). D'autre part, la responsabilité pour risque créé pour un profit personnel, qui se décline notamment de nos jours en responsabilité du fait des choses – qui connaît des régimes spéciaux en cas d'accident de la circulation ou de chose avec un défaut de sécurité<sup>375</sup> – et responsabilités spéciales du fait d'autrui. Il me semble justifié de dire que la première est d'ordre public, mais seulement elle. Une telle règle généraliserait, en quelque sorte, la jurisprudence fortement affirmée à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle mais par la suite abandonnée, selon laquelle les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité sont valables, sauf si la victime prouve qu'il y a eu faute, en matière contractuelle uniquement néanmoins<sup>376</sup>.

Le projet exclut par ailleurs, aussi bien en matière contractuelle que délictuelle, les clauses limitatives ou exonératoires portant sur le dommage corporel (art. 1281 al. 2, projet 2017). Cette exclusion s'insère dans la logique du tout-indemnitaire qu'a pris la responsabilité civile du fait de l'essor de l'assurance, et que l'on peut estimer faire réduire la force morale de la « responsabilité »<sup>377</sup> qui devient une sorte de sécurité sociale privée palliative à une carence de l'État. Si une telle disposition est adoptée, *dura lex sed lex* : il faudra l'appliquer. Elle est claire, précise, et elle a du sens, bien qu'on puisse être en désaccord avec son principe. À partir du moment où la sécurité sociale (publique) et l'assurance-dommage existent, l'idée de rendre d'ordre public la responsabilité sans faute occasionnant un dommage corporel peut cependant être vue avec circonspection.

103. Cela ne signifie pas que, dès lors qu'il y a contrat, le droit de la responsabilité délictuelle sans faute doit être chassé, loin de là ; il s'agit ici seulement de l'ordre public délictuel. Le principe reste que le droit des délits s'applique, mais, par exception, le droit de la responsabilité délictuelle sans

<sup>374</sup> Au sens large, utilisé actuellement, voir *infra* n° 123 et suiv.

<sup>375</sup> Ou « produit défectueux ». Voir *infra* note 489.

<sup>376</sup> Voir J.-S. BORGHETTI, préc., note 344, n° 36 et à la note 86. L'arrêt inaugural fut rendu par la chambre civile en 1874, puis notamment vingt-trois arrêts de la Cour de cassation furent notamment rendus en ce sens entre 1886 et 1890. Voir D. 1890.1.209, note Sarrut.

<sup>377</sup> Voir G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préc., note 4 ; H. COUSY, préc., note 351.

faute serait écarté dans deux situations: lorsqu'une disposition législative spéciale – notamment lorsqu'elle régit un contrat spécial – l'écarte, et lorsque la lettre ou l'économie du contrat suppose l'exonération de responsabilité délictuelle sans faute. Si l'on veut être restrictif sur le dernier point, on peut utiliser la distinction entre obligations primaires et obligations fonctionnelles<sup>378</sup> – ou plus généralement la notion d'obligation essentielle – et dire que seules les premières permettent à l'interprète du contrat d'écarter la responsabilité délictuelle sans faute à partir du moment où elle contrevient à l'objectif économique poursuivi<sup>379</sup>. À mon avis, en l'absence de stipulation contractuelle expresse, il faut trouver un juste équilibre entre ne pas écarter trop facilement la responsabilité délictuelle, car les parties avaient la faculté d'en insérer une, et ne pas être trop restrictif non plus car sinon cela pousserait les citoyens à rédiger en masse leurs contrats "à l'anglaise", c'est-à-dire en écrivant tout et trop, ce qui réduit la force du contrat et son intelligibilité. La loi doit donc aussi accompagner ceux qui ont contracté en s'appuyant sur elle.

Cette étude n'est pas le lieu pour se livrer à une analyse détaillée de cette question, mais, à propos des deux situations décrites, il s'agit pour beaucoup d'une question de droit des contrats spéciaux, ou de clauses contractuelles spéciales, et la réforme à venir du droit des contrats spéciaux pourrait être l'occasion de réfléchir à cette question<sup>380</sup>.

104. On se demandera d'ailleurs s'il ne serait pas judicieux de ne plus régir le droit des contrats spéciaux comme un catalogue, comme c'est le cas du Code civil des Français et de la proposition de réforme du projet de l'Association Henri Capitant.

Une première autre façon de faire serait de plutôt l'envisager comme une pyramide. La pyramide signifie qu'il faudrait peut-être penser à faire des regroupements: par exemple, le dépôt et le prêt sont de contrats proches, on pourrait donc en faire une sous-catégorie unique avec simplement des règles très spéciales pour les différences. On procède déjà un peu à des raisonnements en contrats très spéciaux, mais il s'agirait de créer des couches intermédiaires au-dessus de l'actuel catalogue des contrats spéciaux.

<sup>378</sup> Voir *supra* n° 74.

<sup>379</sup> Comparer avec G. VINEY, préc., note 309.

<sup>380</sup> Comparer avec *supra* n° 42.

Que ce soit un catalogue ou une pyramide, une façon de faire qui irait plus loin serait de penser le droit des contrats en trois dimensions. Il s'agirait d'observer qu'il y a des questions transversales, et donc de raisonner aussi par catégories de contrats et de clauses. Par exemple, le prêt, le dépôt, le gage avec dépossession, etc. appellent transfert de possession, il serait alors possible de régir de manière générale le transfert de possession.

Une troisième façon de faire consisterait à raisonner presque uniquement par rapport à ces questions transversales et à ne régir les spécificités de chaque contrat spécial qu'à titre très subsidiaire; ce serait un droit des contrats spéciaux par assemblage de couleurs à partir de quelques couleurs primaires. Cette solution radicale aurait cependant peut-être pour danger de faire perdre le droit en intelligibilité et à faire oublier la logique d'ensemble dans laquelle s'insère chaque type de contrat.

Il serait cependant possible de tenter la version intermédiaire. Les codificateurs appelaient d'ailleurs quelque peu à raisonner de manière transversale avec l'article 1137 al. 1, qui se concentre sur la détention de la chose d'autrui<sup>381</sup>. Il faudrait veiller à ce que le tout soit intelligible, mais raisonner de manière transversale serait, à mon sens et si c'est bien fait, encore plus intelligible que la situation actuelle dans laquelle il faut qualifier abstraitement un contrat pour pouvoir l'analyser concrètement. D'ailleurs, l'abolition du raisonnement fondé sur un catalogue de contrats spéciaux permettrait d'éviter dans une certaine mesure les problèmes de frontières de qualification. De nos jours, on dépèce les contrats en cas de conflit de qualifications; cela revient à raisonner de manière transversale, mais seulement indirectement. Il est vrai néanmoins que la plupart des contrats s'insèrent naturellement dans une catégorie et il ne faudrait pas que le Code civil soit moins accessible au citoyen du fait d'une telle entreprise.

105. Ce n'est pas le caractère d'ordre public de la responsabilité du fait des choses mais celle sans faute que je propose de supprimer, ce qui n'est pas pareil. Le défaut de surveillance ou d'entretien d'une chose<sup>382</sup> ou

---

<sup>381</sup> Voir *id.*

<sup>382</sup> Ce qui inclut l'animal. L'article 515-14 les qualifie d'«êtres vivants doués de sensibilité» mais cela n'exclut pas leur choseité, puisqu'un arbre est tout à fait vivant et pourtant est qualifié de chose (de bien) par la loi.

d'une personne<sup>383</sup> est bien une faute qui entraîne responsabilité<sup>384</sup>. Le fait de profiter de la chose en créant un risque pour autrui peut aussi expliquer la responsabilité du fait des choses et celle du fait d'autrui, mais cette seconde explication n'est pas exclusive de la première: elles se conjuguent, et peuvent expliquer, l'une et l'autre séparément, la responsabilité du fait des choses (avec des portées différentes bien entendu)<sup>385</sup>.

Par ailleurs, le principe de concours des responsabilités est compatible avec la responsabilité du fait des choses, à partir du moment où l'on écarte cette responsabilité, s'il n'y a pas eu faute, dans le cas où cette responsabilité est contraire à l'économie du contrat librement consenti par les parties (et donc exclue implicitement par ce même contrat). La seule exception serait, en l'état du projet (2017), le cas du dommage corporel, qui serait inclus dans l'ordre public délictuel. Cependant, étant donné que la faute ferait déjà partie de cet ordre public, il faudrait plutôt prévoir pour ce type de dommage la nécessité d'une stipulation contractuelle expresse et rendre en droit commun l'exclusion efficace à cette condition.

106. Lorsqu'un dommage a été créé dans le cadre d'un rapport contractuel, il faudrait donc procéder ainsi. D'abord, il y a la question de l'exécution forcée du contrat, en nature ou à défaut par équivalent. Il y a ensuite la question de savoir s'il y a responsabilité délictuelle. Si c'est le cas, il faut alors avoir égard à l'éventuelle exclusion de responsabilité, en dehors de l'ordre public délictuel (faute à prouver ou dommage corporel selon le projet de 2017), en cas de clause expresse ou implicite eu égard à l'économie du contrat. Enfin, il y a la responsabilité contractuelle, qui recouvre souvent l'exécution par équivalent, mais le dépasse et qui ne concerne que le contenu obligationnel *ajouté* par le contrat, par rapport à ce que le débiteur contractuel doit à l'égard de tous, donc y compris de son cocontractant. Ce troisième aspect est la responsabilité contractuelle, dont la portée se limite notamment au dommage prévisible.

<sup>383</sup> Pour une personne, le défaut d'entretien renvoie au défaut d'éducation, de formation, etc.

<sup>384</sup> De nombreux auteurs ont partagé cette idée. Au XX<sup>e</sup> siècle, voir not. Henri MAZEAUD, « La faute dans la garde », *RTD civ.* 1925.793 ; Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD et Jean MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6<sup>e</sup> éd., t. 2, Montchrestien, 1970, n<sup>o</sup> 1312 et suiv. (Référence dans J.-S. BORGHETTI, préc., note 344, à la note 39).

<sup>385</sup> Voir *infra* n<sup>o</sup> 135 et suiv.

107. Si le projet de réforme de la responsabilité civile est adopté dans sa version de 2017, le principe de concours des responsabilités lui est compatible. Qu'on le veuille ou non, à partir du moment où l'on exclut dans un domaine les clauses d'exonération de responsabilité, en l'occurrence en cas de faute (art. 1383, projet 2017) et de dommage corporel (art. 1381, projet 2017), on interdit autant l'exclusion volontaire des parties que celle décidée par la théorie du non-cumul.

Certes, on croit, à travers le premier article du projet de 2017<sup>386</sup>, exclure l'option. Seulement, on ne peut résister à la logique. Ce que dit nécessairement cet article est qu'on ne peut utiliser les règles propres à la responsabilité délictuelle à *propos d'une obligation contractuelle*: cela ne signifie absolument pas que le « domaine contractuel » viendrait vampiriser les devoirs généraux que tout un chacun a envers toute autre personne, et qu'à partir du moment où il y a contrat, il n'y a plus délit. Cette étrange doctrine ne *peut* tellement pas être celle de la loi qu'elle serait contraire aux articles 1381 et 1383 du projet.

D'ailleurs, la même chose peut être dite à propos de l'article 1458 al. 2 partie 2 du Code civil du Québec<sup>387</sup>, dont la rédaction est similaire. Cette disposition explique simplement que le droit spécifique à la responsabilité contractuelle doit s'appliquer à la responsabilité contractuelle, mais n'exclut explicitement ni l'option ni le cumul des responsabilités.

108. Le principe de concours des responsabilités signifie que, pour un même litige, on pourra cumuler les responsabilités dans leurs domaines respectifs, et que, pour un même dommage, une responsabilité peut être invoquée de manière subsidiaire à l'autre. Si le même dommage est susceptible d'entraîner à la fois une responsabilité contractuelle et une délictuelle, alors on a le choix, et rien n'empêche même de panacher, pour un même dommage, les conséquences de chaque responsabilité; cependant, il

<sup>386</sup> Art. 1233 projet 2017: « En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions propres à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle. »

<sup>387</sup> Art. 1458 al. 2 partie 2 C.c.Q.: « ni [la personne qui manque au devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés] ni le cocontractant ne peuvent alors se soustraire à l'application des règles du régime contractuel de responsabilité pour opter en faveur de règles qui leur seraient plus profitables ».

y a cette réserve importante – et évidente – que jamais un même préjudice ne peut être réparé deux fois.

Quant à la question de savoir si une victime indemnisée sur le fondement de la responsabilité contractuelle peut ensuite intenter un procès pour demander un surplus de réparation sur le fondement de la responsabilité délictuelle, la réponse est probablement négative, mais pour des raisons de procédure civile et de bonne administration de la justice. Sur le plan du droit civil substantiel, rien ne l'empêche.

Toutes ces complications sont cependant bien théoriques. Dans la plupart des cas, si ce n'est dans tous les cas, le principe de concours des responsabilités permettrait une très large simplification du droit, en même temps que d'apporter une plus grande justice dans la résolution des litiges.

109. Ma position est donc légèrement différente de celle de Planiol, puisque, contrairement à lui<sup>388</sup>, j'admets l'option. Cependant, dans la plupart des cas, il n'y a pas de différence pratique, puisque la responsabilité délictuelle est, de nos jours, plus généreuse. Il n'y a donc pas, en général, d'intérêt à fonder son action, à propos d'un dommage couvert par celle-ci, sur la responsabilité contractuelle. Néanmoins, l'admission de l'option pourrait parfois avoir un effet, notamment en cas de divergence de lois applicables, au délit et au contrat, à propos du même dommage. Or, il paraît alors juste d'admettre que la victime puisse bénéficier du contrat qu'il a conclu et faisant doublon avec le droit de la responsabilité délictuelle, lorsqu'il ne peut pas invoquer la responsabilité délictuelle de l'auteur du dommage: c'est un droit que le contrat lui a conféré. Tout ceci, bien entendu, sous réserve de ne pas réparer deux fois le même dommage.

110. Le projet de 2017 va dans le sens de l'adoption du principe de concours, par son article 1233-1 relatif au dommage corporel<sup>389</sup>. Il est possible de considérer que c'est un article explicitant et peut-être adaptant

<sup>388</sup> Voir *supra* n° 98.

<sup>389</sup> Art. 1233-1, projet 2017: « [al. 1] 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. [al. 2] Toutefois, la victime peut invoquer les stipulations expresses du contrat qui lui sont plus favorables que l'application des règles de la responsabilité extracontractuelle. »

l'article 1233 pour un domaine spécifique, tels les anciens articles 1385 et 1386 par rapport à l'ancien article 1384 al. 1<sup>390 391</sup>.

111. L'unification des régimes de responsabilité, quant à elle, est une question différente de celle du concours. En plus de la logique intrinsèque de l'unification de régimes qui ont le même fondement<sup>392</sup>, elle permettrait néanmoins une application plus facile du principe de concours des responsabilités, puisqu'elle rendrait sans objet toute tentative de panache trop compliqué à l'occasion d'un même préjudice. Le droit de la violation du lien obligationnel (contractuel ou délictuel) fonctionnerait beaucoup plus simplement et le principe de concours s'appliquerait encore plus naturellement.

112. L'admission du principe de concours des responsabilités permettrait aussi de rendre plus raisonnable l'interprétation des contrats par les juges français. En effet, pour pallier le vide créé par l'exclusion du droit de la responsabilité délictuelle dans les rapports entre cocontractants, la jurisprudence a fait grossir à tort les obligations découlant soi-disant du contrat, notamment à travers des obligations contractuelles de sécurité<sup>393</sup>. Les opposants au concept de responsabilité contractuelle ont cru que cette situation insatisfaisante avait pour origine l'admission d'une responsabilité contractuelle<sup>394</sup>, mais on a fait remarquer à raison que l'hypertrophie de cette responsabilité est une question différente de celle du concept en lui-même<sup>395</sup>. Geneviève Viney convenait explicitement de la nécessité de supprimer les excroissances injustifiées du contrat<sup>396</sup>. Le véritable responsable est bien le principe de non-cumul.

<sup>390</sup> Voir *infra* n° 135.

<sup>391</sup> Les articles 1382 à 1386-18 ont été renumérotés par le premier volet de la réforme, mais j'indique plutôt l'ancienne numérotation, puisqu'elle est originelle et que la numérotation actuelle n'est que temporaire. Il aurait été plus judicieux de les renuméroter aux articles 1282 à 1286-18, disponibles. K. BELLIS, *Prestation indue et enrichissement inéquitable*, n° 85 *in fine*.

<sup>392</sup> Voir *supra* n° 25, 35, 50 et 51 et *infra* n° 116 et suiv.

<sup>393</sup> Voir J.-S. BORGHETTI, préc., note 344, n° 54 et suiv.

<sup>394</sup> Au sujet de cette critique, notamment développée par Philippe Rémy, voir G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, préc., note 4, n° 166-13.

<sup>395</sup> *Id.*, n° 166-15.

<sup>396</sup> G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », préc., note 4, n° 29.

On a critiqué la limitation de la responsabilité contractuelle au dommage prévisible<sup>397</sup>, et cette critique a été un grief de plus porté à l'encontre du concept de responsabilité contractuelle<sup>398</sup>. En réalité, la volonté de mettre fin à la limite du dommage prévisible n'est pas inhérente au concept de responsabilité contractuelle en lui-même, elle est aussi le fruit du principe de non-cumul qui pousse à gonfler le contenu obligationnel du contrat. En présence, au contraire, d'un principe de concours des responsabilités, puisque le contrat vient *ajouter*, en principe, à la responsabilité délictuelle, un tel gonflement devient absolument inutile.

Cela ne signifie pas pour autant que l'obligation implicite de sécurité soit à rejeter complètement. Malgré ce que pensait Jean Carbonnier, la sécurité des personnes et des biens est inhérente à certains contrats, comme le contrat de transport, en tout cas dans une mesure raisonnable : si l'on a droit à être transporté d'un endroit à un autre, cela implique que le transporteur fasse en sorte que l'on arrive en une pièce à destination<sup>399</sup> ! En général, les juges ne font pas les choses sans raison : le concept en soi n'a rien d'anormal, c'est simplement son utilisation qui a été dévoyée du fait du principe de non-cumul.

113. La rationalisation des rapports entre les responsabilités pourrait participer à une approche plus raisonnable de la question de la responsabilité à l'égard des tiers au contrat<sup>400</sup>. Le projet de réforme propose de mettre fin à la jurisprudence selon laquelle toute faute contractuelle est une faute délictuelle à l'égard des tiers (art. 1234, projet 2017). On peut se demander si la ligne de partage pour le dommage au tiers par un contrat non exécuté n'est pas l'attente de comportement légitimement créée chez un tiers et lui causant un dommage, ou estoppel. Sans cette notion, la jurisprudence aurait créé un principe général de faute délictuelle à l'égard des

<sup>397</sup> G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, préc., note 4, n° 236-2. Dans un souci d'unification de la responsabilité civile, on a aussi estimé, à l'inverse, que la responsabilité extracontractuelle limite elle aussi la réparation au dommage prévisible : E. JUEN, préc., note 5.

<sup>398</sup> P. RÉMY, « La responsabilité contractuelle. Histoire d'un faux concept », préc., note 2, n° 44.

<sup>399</sup> C. LARROUMET, préc., note 5, n° 11.

<sup>400</sup> Pour une analyse approfondie et critique de cette question et de la jurisprudence actuelle en la matière : M. BACACHE-GIBEILI, préc., note 5, n° 77 et suiv. Voir aussi la bibliographie de H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et F. CHÉNÉDÉ, préc., note 347, 182.8.



tiers au contrat, qu'elle aurait alors appliqué sans distinction, et suscitant ainsi des réparations à tout va. On peut aussi penser à la notion de groupe de contrats<sup>401</sup>, que l'on pourrait mêler au concept d'attente légitime.

#### **IV. Présentation générale du droit de la responsabilité civile (imputabilité civile) à partir du devoir général de veiller à ne pas nuire à autrui**

114. Maintenant que nous avons compris des concepts fondamentaux du droit des obligations et démêlé leurs rapports, il faut retrouver une cohérence générale en ce domaine. J'ai déjà proposé une cohérence très générale au sujet de ces rapports en partant du droit naturel<sup>402</sup> mais, sans déroger au système général des obligations que j'ai fait émerger, il faut maintenant réfléchir à une cohérence générale au sein des obligations civiles, en se concentrant sur la responsabilité civile (imputabilité civile). Pour ce faire, il faut d'abord réfléchir à partir du devoir général de veiller à ne pas nuire à autrui (*neminem laedere*)<sup>403</sup>, qui est le fondement de la responsabilité et de la garantie civiles (A) et dont des clauses générales d'imputabilité sont le support (B).

##### **A. Le devoir général de veiller à ne pas nuire à autrui (*neminem laedere*), fondement de la responsabilité et de la garantie civiles**

115. Outre le contrat et les quasi-contrats, on traite actuellement, comme troisième source d'obligations, de la « responsabilité délictuelle » ou « extracontractuelle », alors qu'il y a aussi une responsabilité issue du contrat, lui-même source d'obligations.

La cohérence de l'avant-projet de l'Académie des sciences morales et politiques est bien plus visible. Celui-ci traitait, dans un titre consacré aux

---

<sup>401</sup> Voir notamment Bernard TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, préface Jean-Marc Mousse-ron, Paris, L.G.D.J., 1975 et Mireille BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, préface Yves Lequette, Paris, L.G.D.J., 1996.

<sup>402</sup> K. BELLIS, préc., note 16.

<sup>403</sup> À ce propos, je reprends en partie des considérations que l'on trouve à K. BELLIS, *id.*, n° 637, deuxième branche de l'alternative, et n° 646.

« sources des obligations », des contrats, des délits et des autres sources d'obligations, et rejetait la responsabilité contractuelle. Les opposants à ce dernier concept n'ont d'ailleurs pas manqué de souligner l'incohérence des partisans de cette doctrine<sup>404</sup> : autant la « responsabilité contractuelle » que la délictuelle seraient des responsabilités, un concept unique, et pourtant une serait l'effet de la violation d'obligations (contractuelles) alors que l'autre engendrerait au contraire des obligations (de réparation, en cas de délit). Il faut avouer que cette argumentation est pertinente, et il faudrait adopter leur théorie si la responsabilité contractuelle était effectivement un concept à rejeter. En tout cas, cet avant-projet a le mérite de la clarté<sup>405</sup>.

Cependant, puisque la responsabilité contractuelle est une nécessité de justice<sup>406</sup>, comment résoudre cette question ?

116. La réponse réside dans le renversement de la logique des délits. Dans la responsabilité délictuelle, si réparation est due, c'est parce qu'il y avait une obligation préalable qu'on appelle en anglais le « duty of care », en latin le *neminem laedere*. Les obligations qui naissent de la violation de cette obligation générale, ou en tout cas des obligations découlant de ce devoir général, qui lie chaque individu à chaque autre, ne sont en réalité que des obligations secondaires à ce devoir général. Cette lecture est d'ailleurs conforme à la tradition juridique française qui conçoit le droit comme avant tout non contentieux, comme des règles qui fonctionnent d'abord pour lorsque tout va bien, et accessoirement lorsque les choses vont mal. Comme en droit pénal où l'on prévoit des sanctions et réparations envers la société lorsqu'elle est lésée, mais, en ce faisant, où l'on proclame en réalité l'interdiction de certains comportements, le droit de la responsabilité délictuelle, en prévoyant des obligations de réparations dans une série de cas, ne fait qu'exprimer et préciser *a contrario* le principe général selon lequel il ne faut pas nuire irraisonnablement à autrui, et détaille l'extension de ce principe général. La source d'obligations est ce que j'appelle, à partir des expressions latine et anglaise, le devoir général de veiller à ne pas nuire à autrui. Elle se manifeste sous différentes formes et entraîne des obligations positives envers autrui, et des obligations incidentes en cas de violation de ce devoir.

<sup>404</sup> Par exemple, P. RÉMY-CORLAY, préc., note 277.

<sup>405</sup> P. RÉMY, préc., note 7, p. 16.

<sup>406</sup> Voir la partie I.B. de cette étude.

Il serait aussi possible de s'inspirer uniquement de l'expression anglaise et de la traduire par « devoir d'avoir égard à autrui », ou encore par « avoir souci » d'autrui<sup>407</sup>. Cependant, peut-être ces expressions seraient-elles trop faibles en français, langue dans laquelle on utilise moins d'euphémismes qu'en anglais. L'expression « devoir d'avoir souci d'autrui » a néanmoins le mérite de la concision. La traduction directe de l'expression romaine, « devoir de ne pas nuire à autrui », peut être utilisée elle aussi, et le tempérament serait compris comme sous-entendu. Il est cependant préférable, ce me semble, d'ajouter un tempérament pour rendre la loi plus compréhensible.

Notre *neminem laedere* serait bien plus large que ce qui ressort techniquement, dans la jurisprudence anglaise, du « duty of care » à proprement parler, mais l'idée générale est la même. En tout cas, s'inspirer intelligemment du droit anglais<sup>408</sup> par l'utilisation d'une expression similaire placerait le droit français des obligations sous les auspices d'un dialogue international fructueux.

117. Ce renversement de la logique de la responsabilité serait en quelque sorte un retour aux origines, notamment à travers l'idée de faute. Le premier auteur à avoir formulé de manière générale la responsabilité pour faute causant un dommage de manière à ce que cela influence l'histoire récente du droit français est, semble-t-il, Hugo Grotius<sup>409</sup>. Or, voici sa formulation du principe général :

Nous appelons maléfice toute faute, soit en faisant, soit en ne faisant pas, en opposition avec ce que les hommes doivent faire ou communément, ou à raison d'une qualité déterminée. D'une telle faute, s'il y a eu un dommage causé, naît naturellement une obligation, qui a pour objet de le réparer.<sup>410</sup>

<sup>407</sup> Pour cette dernière traduction : P. RÉMY, préc., note 7, p. 28.

<sup>408</sup> Voir aussi le droit québécois, *infra* n° 121.

<sup>409</sup> Olivier DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, L.G.D.J., 2005, p. 395 et suiv.

<sup>410</sup> Hugo GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis*, II, xvii, 1 : « Maleficium hic appellamus culpam omnem, sive in faciendo, sive in non faciendo, pugnantem cum eo quod aut homines communiter, aut pro ratione certae qualitatis facere debent. Ex tali culpa obligatio naturaliter oritur si damnum datum est, nempe ut id resarciatur. » Version originale et traduction O. DESCAMPS, *id.*, p. 406. Je souligne.

118. En France, Planiol avait défendu, contre ses contemporains, cette idée que « toute faute est une contravention à une obligation préexistante »<sup>411</sup>. Il avait maintenu, dans une étude consacrée au « fondement de la responsabilité », cette formule qu'il avait « depuis longtemps donnée pour définir la faute », et ceci, écrivait-il, « malgré toutes les critiques qui m'ont été adressées, un peu à la légère parfois, par des esprits imbus d'idées différentes et de conceptions incomplètes »<sup>412</sup>. Bien que, de nos jours, nous disputons en général de manière plus feutrée, l'argumentation de Planiol emporte tout à fait la conviction :

On a dit que « c'était renverser la terminologie traditionnelle par une déformation fâcheuse » et « confondre les notions les mieux établies » que de vouloir considérer comme une obligation « la nécessité qui s'impose à chacun de respecter le droit d'autrui ». (Gény, *Revue trimestrielle*, 1902, p. 816). Il y a là une méconnaissance complète des notions philosophiques les plus élémentaires : un droit quelconque n'est un « droit » que parce qu'il implique chez les autres la « nécessité de respecter », et cette nécessité n'est autre chose que la plus essentielle des obligations juridiques puisque, sans elle, les *droits* ne seraient que des *intérêts* exposés à toutes les atteintes. Quant à la définition de la faute que j'ai donnée, elle m'a toujours paru tellement simple et tellement évidente que je ne puis encore me rendre compte des raisons qui portent certaines personnes à la rejeter. Est-ce que l'homme peut être « en faute » sans avoir manqué en rien à ce qu'il devait faire, ou sans avoir fait rien des choses qui lui étaient défendues ? Comment pourrait-on définir autrement le mot « faute » dans un dictionnaire de la langue française ? Quand ce mot s'emploie au sens d'acte reprochable à une personne, il ne peut signifier que l'*action de faillir* ou le *manquement à un principe ou à une règle*. Ce sont les définitions de Littré, n<sup>os</sup> 1 et 4. Hors de là, il n'existe pour ce mot que des acceptions spéciales, qui dérivent de ce sens général, ou bien le sens très différent qu'il a dans la locution « mourir faute de secours », c'est-à-dire *en l'absence de...* (sens du mot latin *carere*). J'avoue que les protestations violentes et passionnées qu'a soulevées cet énoncé du sens d'un mot français aussi courant a été un des grands étonnements de ma carrière, et je ne lui vois d'équivalent que dans le plaisir que j'éprouverais à lire une définition différente donnée par ceux qui ne pensent pas comme moi. Mais jusqu'ici, personne n'a songé à la construire.<sup>413</sup>

<sup>411</sup> Marcel PLANIOL, « Études sur la responsabilité civile. Première étude. Du fondement de la responsabilité », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1905.277, 287.

<sup>412</sup> *Id.* et *loc. cit.*

<sup>413</sup> *Id.*, 287, à la note 1. L'emploi de « a été » est original.

C'est d'ailleurs le fait que Planiol était le plus cohérent dans sa conception de la responsabilité civile qui cause, de nos jours encore, des attaques quelque peu virulentes à l'égard de sa théorie. On a notamment dénoncé le « mauvais jeu de mots » dont aurait été coupable Planiol, qui aurait confondu devoir général (délictuel) et obligation<sup>414</sup>. Cependant, l'étanchéité des deux notions est une antienne sans fondement<sup>415</sup>, que justement l'éclatante pertinence des propos de Planiol remet en cause. Un devoir général entraîne ou comprend (selon les goûts) une somme d'obligations qu'on a envers tout un chacun individuellement, et le concept de faute ne peut faire de sens sans l'idée d'un devoir ou d'une obligation préalable.

Par ailleurs, Philippe Rémy ne s'est pas trompé en faisant de Planiol, en quelque sorte, l'ennemi numéro un des opposants à la responsabilité contractuelle<sup>416</sup>. La raison en est que la théorie, que Philippe Rémy résume en parlant lui-même du *neminem laedere*, donne une cohérence certaine à la responsabilité civile, comprenant les responsabilités contractuelle et délictuelle<sup>417</sup>.

119. À partir de ce *neminem laedere*, il est facile de comprendre en quoi toute la matière retrouve sa cohérence. Contrat et *neminem laedere* deviennent en effet, à ce stade du raisonnement, sources d'obligations, et la violation de celles-ci engendre un concept unique : la responsabilité. Bien entendu,

<sup>414</sup> D. TALLON, préc., note 3, p. 432.

<sup>415</sup> À propos des rapports entre ces notions : Najib HAGE-CHAHINE, *La distinction de l'obligation et du devoir en droit privé*, préface Yves Lequette, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2017. Proposant une nouvelle approche du concept de « devoir » : K. BELLIS, préc., note 16, n° 621.

<sup>416</sup> P. RÉMY, « La responsabilité contractuelle. Histoire d'un faux concept », préc., note 2, n° 12 et suiv.

<sup>417</sup> D'ailleurs, Philippe Rémy parle lui-même en termes de devoir préalable à la responsabilité civile (par exemple, il parle d'un « devoir de ne pas compromettre la vie d'autrui par négligence », *id.*, n° 12). Il reproche simplement à Planiol de chasser, avec le *neminem laedere*, le *suum cuique tribuere* et de faire entrer dans le contrat – dans le sens de « faire assumer par le contrat » – le *neminem laedere* qui devrait rester de l'ordre du délit (*id.* et *loc. cit.*). Nous avons vu que Planiol – comme le droit français en général jusqu'à nos jours – est quelque peu coupable de la première chose, puisqu'il demande un dommage pour qu'une somme soit accordée à la suite d'un manquement contractuel (*supra* n° 64 *in fine* et note 234). Concernant la seconde critique, pertinente dans le sens où l'on veut faire assumer au contrat le *neminem laedere*, elle porte en réalité sur le principe de non-cumul, qui a obligé à faire rentrer dans le contrat le *neminem laedere* qui existe envers tout un chacun (voir *supra* n° 113), et que Planiol n'embrasse pas dans cet aspect (voir *supra* n° 98).

l'obligation contractuelle a sa spécificité, comme l'aura la responsabilité qui en découle. Et tout cela, sans préjudice au droit à exécution par équivalent.

120. C'est d'ailleurs ainsi que raisonne le législateur québécois depuis un quart de siècle. Le codificateur québécois de 1994 a en effet très bien compris la nécessité de renverser la logique de la matière, puisque le chapitre du Code civil du Québec consacré à la responsabilité civile commence par une affirmation du devoir engendrant responsabilité, puis continue avec un véritable effort de mise en cohérence générale de la matière :

**Art. 1457.** Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui.

Elle est, lorsqu'elle est douée de raison et qu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice qu'elle cause par cette faute à autrui et tenue de réparer ce préjudice, qu'il soit corporel, moral ou matériel.

Elle est aussi tenue, en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne ou par le fait des biens qu'elle a sous sa garde.

**Art. 1458.** Toute personne a le devoir d'honorer les engagements qu'elle a contractés.

Elle est, lorsqu'elle manque à ce devoir, responsable du préjudice, corporel, moral ou matériel, qu'elle cause à son cocontractant et tenue de réparer ce préjudice [...]<sup>418</sup>.

Nous voyons que l'ensemble de la responsabilité en dehors des contrats est placée sous l'égide du *neminem laedere*. L'expression « de manière à ne pas causer » est d'ailleurs très proche de mon « veiller à » (ne pas nuire à autrui). Par ailleurs, un parallèle est fait avec la responsabilité contractuelle, qui est fondée sur un devoir similaire au *neminem laedere* entraînant le même mécanisme.

121. Concernant les rapports entre *neminem laedere* et contrat, il est néanmoins possible d'être encore plus précis. Toullier a rappelé que le devoir général exprimé en termes très généraux au sujet de la responsabilité délict-

<sup>418</sup> La fin de cet article est citée *supra* note 387.

tuelle est aussi celui qui explique la responsabilité contractuelle<sup>419</sup>. En effet, parmi les obligations du *neminem laedere*, il y a celle de ne pas violer ses obligations, que celles-ci soient issues du *neminem laedere* lui-même ou non. Cela signifie qu'en réalité, violer ses obligations contractuelles, c'est violer le *neminem laedere*, et par conséquent entraîne une responsabilité, qui sera néanmoins contractuelle en raison de son origine, et donc pourra garder ses spécificités, notamment la limitation de la réparation au dommage prévisible<sup>420</sup>.

Il est en outre possible de considérer que la responsabilité entraîne elle-même des obligations, ce n'est qu'une question de vocabulaire. On peut aussi vouloir parler d'un seul lien obligationnel comportant le cas échéant une multitude de droits et devoirs, qui peut muter, et qui engendre le cas échéant de nouvelles dettes et créances.

122. En France, de nos jours, la « responsabilité » – au sens courant – ne naît pas uniquement de la violation d'une obligation (donc du *neminem laedere* en général). Des cas de responsabilité sans lien de causalité ou sans faute entre le fait générateur et le dommage ont en effet été créés, par exemple à propos des véhicules terrestres à moteurs dont le droit de la responsabilité afférent remplace le concept de causalité par celui d'« implication ». On ne peut comprendre un tel régime comme prévoyant la conséquence de la violation d'un devoir de ne pas nuire à autrui, ou d'y veiller. En effet, lorsque son comportement n'a pas causé le dommage, la seule manière dont un automobiliste aurait « nuit » à autrui, c'est en étant présent. Mais alors, avec un tel raisonnement, il faudrait interdire les automobiles. De manière plus générale, interpréter les cas de responsabilité acausale à l'aune du *neminem laedere* signifierait qu'on demande aux hommes ne de pas être en contact avec d'autres hommes, pour surtout ne pas être « impliqué » ! Ce n'est manifestement pas ce que signifient ces régimes.

123. Ces régimes sont plutôt le produit de la volonté de réparer les accidents par les assurances privées, et de l'utilisation pour cela du concept existant de responsabilité. Ce phénomène est mondial<sup>421</sup>.

<sup>419</sup> Voir *supra* n° 24.

<sup>420</sup> Voir *supra* n° 113.

<sup>421</sup> Voir la bibliographie *supra* note 351.

Quant à la responsabilité avec lien de causalité, mais sans faute, la question est la même. Au sens strict, celui qui a causé un dommage sans faute a nui à autrui. Cependant, si l'on comprenait ce régime à l'aune de ce concept, cela signifierait encore une fois que le garant (le « responsable » au sens large) n'aurait pas dû faire ce qu'il a fait. En effet, il ne faut pas violer ses obligations (et le *neminem laedere* est un devoir que l'on sanctionne en tant qu'il implique ou comprend des obligations, dont celle de ne pas violer ses obligations). Or, la « responsabilité sans faute » intervient très largement dans toute une série d'activités normales.

Encore une fois, il ne faut pas confondre « responsabilité » sans faute et responsabilité du fait des choses, qui peut très bien, en partie, s'expliquer par l'idée de faute<sup>422</sup>. La présomption de faute ne déroge pas non plus à la responsabilité pour faute. Il s'agit précisément de la partie qui dépasse la faute.

124. En réalité, la « responsabilité » (au sens large) sans faute ou sans lien de causalité, a un lien avec le *neminem laedere*, mais il est différent. Le raisonnement du risque-profit a un sens : à partir du moment où l'on profite de la mise en danger d'autrui, il y a une certaine normalité qu'on y réponde, notamment à travers les primes d'assurance. Bien entendu, il y a une mesure à trouver, car la vie en société est nécessairement une mise en danger permanente d'autrui, mais l'idée générale a du sens. En vertu de ce régime juridique, on doit alors veiller à ne pas nuire à autrui, non pas en ne causant pas de dommage par sa faute – car, dans une certaine mesure ce dommage est inévitable –, mais en le réparant, et, notamment lorsque l'assurance est obligatoire, en s'assurant pour permettre la réparation de ce dommage.

Alors que la responsabilité au sens propre (pour faute) était la conséquence de la violation du *neminem laedere*, la « responsabilité » sans faute ou sans lien de causalité demandé est au contraire un mécanisme de respect du *neminem laedere*.

125. Si l'on souhaite attribuer des qualificatifs différents à ce qui est différent, et donc placer la « responsabilité » sous l'entier giron du *neminem laedere*, il faut choisir un autre terme pour le fait de répondre d'un dom-

<sup>422</sup> Voir *infra* n° 135 et suiv.



mage que l'on indemnise sans faute ou sans lien de causalité<sup>423</sup>. Ce terme serait « garantie » (civile des dommages). Et le concept regroupant responsabilité civile (dans mon vocabulaire) et garantie civile serait l'« imputabilité civile ». « Garantie » et « imputabilité » pourraient aussi recevoir une utilisation inverse, mais « garantie » est plus fort, donc sied à une imputabilité sans faute, tandis qu'« imputabilité » est assez neutre, et donc sied à un concept général.

126. Bien entendu, en soi, le mot « responsabilité » peut très bien être appliqué à la garantie. Le débat est ici le même que pour l'exécution par équivalent, à faire – ou non – rentrer dans le giron de la « responsabilité contractuelle »<sup>424</sup>. Au sens strict, à partir du moment où l'on « répond » d'un dommage ou même d'autre chose, on peut être qualifié de « responsable ».

D'un côté, il peut sembler plus efficace de distinguer. Cette distinction aurait d'ailleurs un effet sociétal positif, car la « responsabilité » a une connotation morale indéniable, que n'a pas le terme « garantie ». De sorte que dire à quelqu'un qu'il est « responsable » d'un dommage pour lequel il n'est pas fautif peut aboutir à un sentiment d'injustice. Lui dire qu'il est en tout ou partie le « garant civil » d'un accident n'aurait pas cet effet. D'un point de vue historique, une telle évolution consisterait à distinguer selon des régimes romains de responsabilité (avec ou sans faute) qui étaient tous traités alors avec les mêmes mots (*teneri, praestare...*)<sup>425</sup>.

D'un autre côté, il peut sembler plus simple de regrouper l'ensemble de la matière liée à un dommage sous l'idée de responsabilité. Cet intérêt paraît cependant faible. L'intérêt, par souci de simplicité, de regrouper sous un seul concept ce qu'on appelle de nos jours la responsabilité délictuelle, est cependant plus grand, tellement responsabilité et garantie se croisent, notamment en matière de « responsabilité du fait des choses ». C'est pourquoi je parle d'imputabilité civile des dommages, qui peut être le fruit d'une faute en violation au *neminem laedere* ou directement du *neminem laedere* en l'absence de faute. Il y aurait donc, par exemple, la responsabilité (avec faute) du fait des choses à côté de la garantie du fait des choses (sans faute),

<sup>423</sup> J'ai, le cas échéant, utilisé dans cette étude le mot « responsabilité » dans son sens courant actuel.

<sup>424</sup> Voir *supra* n° 65.

<sup>425</sup> Voir *supra* notamment n° 7, et Michel VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », dans *Archives de philosophie du droit* XXII.1977, « La responsabilité », p. 45-58.

le tout étant à regrouper sous l'idée d'imputabilité (des dommages résultant) du fait des choses (avec ou sans faute). Bien entendu, on utilisera beaucoup plus la garantie civile, la première jouant seulement pour les « clauses exclusives de responsabilité », c'est-à-dire de garantie. En effet, dans notre vocabulaire, seules les clauses limitatives ou exclusives de garantie pour dommages non corporels sont autorisées dans le projet de 2017.

127. Si l'on souhaite insérer ces classifications dans le Code civil, son titre relatif aux sources d'obligations pourrait alors comporter une telle présentation des sources d'obligations civiles :

Synthèse 1 : Proposition de disposition du Code civil ou d'attendu de principe l'interprétant

Les obligations civiles naissent des actes juridiques, du devoir de veiller à ne pas nuire à autrui et de l'enrichissement inéquitable en général<sup>426</sup>, dans les conditions prévues par le présent code.

Il s'agit de la reprise, adaptée à une réflexion centrée sur les obligations civiles, de mon article 1100-8 de synthèse du système de l'obligation naturelle<sup>427</sup>. Cette liste n'est pas limitative, mais elle présente les sources principales et générales d'obligations.

128. Quant à l'articulation des concepts, si l'on est satisfait par le fait de placer côte à côte le contrat et le *neminem laedere* comme sources de responsabilité, il serait possible d'écrire « La violation de ses obligations civiles entraîne responsabilité civile. » Cependant, si l'on veut être plus précis et rattacher la responsabilité contractuelle au droit commun de la responsabilité et donc au *neminem laedere*, il faut aller plus loin. Le sous-titre qui est actuellement relatif à la responsabilité pourrait alors s'intituler « Du devoir de veiller à ne pas nuire à autrui[, et de l'imputabilité des préjudices qui en résulte] » et commencer par présenter cette articulation des concepts<sup>428</sup> :

Synthèse 2 : Proposition de disposition du Code civil ou d'attendu de principe l'interprétant

<sup>426</sup> Ou « des quasi-contrats » dans le vocabulaire actuel du Code. Au sujet de mon vocabulaire, voir K. BELLIS, préc., note 16, n° 645 et n° 777 et suiv.

<sup>427</sup> Voir *id.*, n° 642-649.

<sup>428</sup> La première phrase a pour inspiration l'article 1457 du Code civil du Québec.

Toute personne doit respecter ses obligations de manière à ne pas causer de dommage à autrui. Le manquement à ce devoir est une faute et entraîne responsabilité civile.

Le devoir de veiller à ne pas nuire à autrui entraîne encore l'obligation de garantir les dommages résultant de certains faits.

Parmi les obligations à respecter, il y a donc les obligations de conduite découlant directement du *neminem laedere* et il y a les obligations contractuelles, conformément à la synthèse 1.

L'article 1231 prévu par le projet de 2017<sup>429</sup> ne serait alors plus utile.

129. À partir de là, quant au vocabulaire, il me semble qu'il faut rejeter aussi bien celui de « responsabilité extracontractuelle » que celle de « responsabilité délictuelle » et de « délits » – j'ai utilisé ce vocabulaire jusqu'ici car il s'agit du vocabulaire actuel.

La première expression, que le projet de 2017 emploie<sup>430</sup>, a deux points faibles. D'une part, l'expression semble englober les quasi-contrats, et pourtant ce n'est pas cela que l'on vise. D'autre part, l'expression perturbe en ce qu'elle définit son objet négativement, et par rapport au cas précis du contrat. Certes, cela suit le vocabulaire ancien de l'« engagement qui se forme sans convention », mais c'est une classification qui n'est pas en phase avec l'importance qu'a prise cette responsabilité.

En ce qui concerne le vocabulaire du « délit », l'objection est moindre mais réelle. Pour la comprendre, il faut revenir sur son utilisation dans le Code civil des Français, qui comporte un chapitre intitulé « Des délits et des quasi-délits ». Ce diptyque est de nos jours compris comme renvoyant à une distinction entre le fait intentionnel (délict) ou non (quasi-délits), distinction sans conséquence puisqu'il n'y a aucune différence de régime entre les anciens articles 1382 et 1383. Il faut dire que Pothier comprenait

---

<sup>429</sup> Art. 1231, projet 2017: « Le créancier d'une obligation issue d'un contrat valablement formé peut, en cas d'inexécution, demander au débiteur réparation de son préjudice dans les conditions prévues au sous-titre II. »

<sup>430</sup> Il suit ici l'avant-projet Viney.

ces mots dans ces sens<sup>431</sup>. Tel n'était cependant pas du tout le sens de l'utilisation des deux mots dans le Code civil des Français<sup>432</sup>. En effet, le chapitre en question, contenant à peu près les mêmes articles (avec certains autres en plus), s'intitulait simplement à l'origine « Des quasi-délits », par symétrie avec l'autre chapitre (du titre commun) s'intitulant « Des quasi-contrats »<sup>433</sup>. Le titre les contenant comprenait un article 4 préliminaire offrant cette définition :

Les quasi-délits sont les faits de l'homme qui contiennent de sa part une faute non susceptible d'être punie par la police simple, correctionnelle ou criminelle, et qui l'obligent à quelque réparation du dommage qui en est résulté.<sup>434</sup>

Et ce qui deviendra l'article 1382 était rédigé ainsi :

Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer, encore que la faute ne soit point de la matière de celle qui expose à des peines de police ou correctionnelles.<sup>435</sup>

Seulement, le Tribunal de cassation fit remarquer que les délits punis pénalement résultent eux aussi en un engagement sans convention (obligation non contractuelle). Le Tribunal d'Agen fit la remarque réciproque au sujet des clauses générales contenues dans la section consacrée aux quasi-délits : ces clauses recouvrent aussi des « délits de police qui donnent essentiellement lieu à action publique ; ainsi ils ne peuvent être rapportés parmi les quasi-délits »<sup>436</sup>. Les rédacteurs supprimèrent alors la définition des quasi-délits – probablement jugée inutile à cette étape dans laquelle on a tenté de retrancher du Code les articles sans portée substantielle – et chan-

<sup>431</sup> Robert-Joseph POTHIER, *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur* dans *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français*, t. 1, éd. André Dupin, Paris, Béchét aîné, 1824-1825, n° 116. Pothier utilise d'ailleurs le mot « imprudence » pour définir le quasi-délit, mot que l'on retrouve à l'article 1383.

<sup>432</sup> Pour une histoire détaillée de l'élaboration du chapitre en question dans le Code civil à partir des travaux préparatoires, voir Olivier DESCAMPS, « La responsabilité dans le Code civil », *Histoire de la justice* 2009.291. La différence avec notre compréhension actuelle de la dichotomie a déjà été soulignée par Éric DESCHEEMAËKER, « La dualité des torts en droit français. Délits, quasi-délits et la notion de faute », *RTD civ.* 2010.435.

<sup>433</sup> P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, préc., note 66, p. 200-204. Il s'agit du projet de l'an IX.

<sup>434</sup> *Id.*, p. 201.

<sup>435</sup> *Id.*, p. 202 et 203.

<sup>436</sup> P.-A. FENET, préc., note 202, p. 16.

gèrent le titre de la section, pour ajouter les délits, en s'inspirant la recommandation du Tribunal de cassation<sup>437</sup>.

La différence entre délits et quasi-délits réside alors en réalité dans la circonstance que le fait illicite soit pénalement réprimé ou non. Nous raisonnons de nos jours comme si un fait peut avoir deux qualifications à la fois, mais, à l'époque, on ne voulait en attribuer qu'une. Il faut par ailleurs se rappeler qu'à l'époque, le « délit » désignait ce qu'on appelle de nos jours en France une « infraction », et que le code pénal s'appelait le « Code des délits et des peines » (du 3 brumaire an iv). Il y avait donc les faits illicites tellement graves qu'ils donnaient lieu à poursuite publique, c'étaient les « délits », et il y avait les faits illicites moins graves, les quasi-délits, et ces deux catégories de faits illicites donnaient lieu à responsabilité civile. Il y a un lien avec le vocabulaire de Pothier, puisqu'en présentant le titre, Bertrand de Greuille explique qu'il ne peut y avoir de condamnation pénale (ou de crime) « que là où l'intention de nuire est établie et reconnue »<sup>438</sup>, mais il s'agit bien de deux compréhensions très différentes du diptyque. On remarque d'ailleurs que le Digeste louisianais de 1808, qui reprend le projet de l'an ix<sup>439</sup> en matière quasi-délictuelle<sup>440</sup>, traduit le « quasi-délit » (seul objet de la section) de sa version française par « *quasi* offences » (« quasi-infractions »)<sup>441</sup>, selon la signification des mots à l'époque. En 1814, Toullier comprenait la distinction comme les codificateurs tout en la liant à l'intention de nuire<sup>442</sup>. Cependant, le vocabulaire de Pothier revint très vite : par exemple, Proudhon l'utilise déjà en 1824, puisque le délit civil est selon

<sup>437</sup> P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, préc., note 66, p. 450 et 452.

<sup>438</sup> *Id.*, p. 475.

<sup>439</sup> C'est-à-dire la première version du projet de Code civil (dans le cadre du processus de codification).

<sup>440</sup> Comme dans beaucoup de domaines. Rodolfo BATIZA, « The Louisiana Civil Code of 1808 : its Actual Sources and Present Relevance », 1971 46(1) *Tulane Law Review* 4. Voir ma présentation : K. BELLIS, préc., note 16, n° 545.

<sup>441</sup> À un moment, « *quasi* crimes or offences » est utilisé, « crimes » signifiant aussi « infractions » en général. *A Digest of the Civil Laws now in force in the Territory of Orleans, with alterations and amendments, adapted to its present system of government*, New Orleans, Bradford and Anderson, [1808] (« 1803 »), p. 318-322. Textes identiques en ligne : <<https://digestof1808.law.lsu.edu>> (consulté le 30 juin 2018). Le Code civil louisianais actuel dispose toujours en ces termes : « Of Offences and Quasi Offences » (Livre III, Titre 5, chapitre 3), en ligne : <<https://lcco.law.lsu.edu>> (consulté le 30 juin 2018).

<sup>442</sup> C. TOULLIER, préc., note 316, n° 113-115.

lui plus large que des infractions pénales<sup>443</sup> et Sourdat le fait dans des mots très similaires à Pothier<sup>444</sup>.

Je pense pour ma part que la volonté de trouver une cohérence de vocabulaire entre droit pénal et droit civil est judicieuse. La polysémie du mot « délit » n'est pas très bonne du fait de l'inintelligibilité du droit qui en résulte, mais aussi du fait d'une sorte de dignité législative à conserver. Puisque le juge pénal condamne en général lui-même à des dommages et intérêts, nous n'avons pas l'habitude de parler ainsi, mais il est étrange et anormal que, par exemple, un acte de torture soit un simple « délit » civil. Il serait aussi possible de retrouver la logique de 1804, et de dire qu'autant les infractions que les « quasi-infractions » emportent responsabilité civile. La logique d'ensemble entre l'infraction, la quasi-infraction et le contrat serait cependant peu limpide pour le citoyen dans un tel cas. La meilleure solution est autre.

130. En réalité, comme nous l'avons vu, la violation *en général* d'une obligation résultant du *neminem laedere* débouche sur la responsabilité civile *en général*, et un cas particulier est la violation de l'obligation contractuelle, qui obéit à un régime partiellement *spécial*. Voilà donc la logique de la matière: il existe la responsabilité civile en général, c'est-à-dire un droit commun de la responsabilité civile, et la responsabilité civile contractuelle en particulier avec un régime spécial.

Le projet de réforme de 2017 avoue en quelque sorte cet état de fait par son vocabulaire. Parler de la « responsabilité extracontractuelle », sans donner d'autre qualificatif, c'est avouer qu'il existe un droit commun de la responsabilité civile. C'est du fait que, historiquement, cette responsabilité civile en général avait un champ très restreint et était liée à la responsabilité pénale, qu'on l'a vue comme une catégorie spécifique à côté de la responsabilité contractuelle. Cela ne correspond cependant plus à la réalité. Dans ce que le projet appelle les « dispositions propres à la responsabilité extracontractuelle » (chapitre 2, section 2), la première sous-section liste trois faits générateurs de « responsabilité extracontractuelle »: la faute, le fait de la chose et le trouble anormal de voisinage. En réalité, il s'agit d'un vocabulaire alambiqué pour lister quatre faits générateurs de responsabilité en général: ces trois-là, plus la violation d'une obligation contractuelle.

<sup>443</sup> J.-B. PROUDHON, préc., note 102, n° 1481.

<sup>444</sup> A.-J.-B. SOURDAT, préc., note 150, n° 6.

La sous-section suivante ne fait que livrer une liste plus longue de faits générateurs qui tous sont liés à l'imputabilité du dommage causé par autrui.

Il semble d'ailleurs préférable d'exposer les règles générales dans le sous-titre relatif à la responsabilité civile, mais de renvoyer à la partie relative aux contrats au sujet des règles spéciales à celles-ci. Cela permettra d'avoir une articulation claire des rapports entre les responsabilités et une présentation unifiée des effets du manquement contractuel au sein de la partie relative aux contrats<sup>445</sup>. Le renvoi mériterait d'être explicite. Cela aboutirait, au sein de la partie relative à la responsabilité, à un article ayant le même effet que l'article 1233 du projet de 2017<sup>446</sup> mais qui dirait, par exemple, beaucoup plus clairement :

Synthèse 3: Réécriture interprétative de l'article 1233 du projet de 2017

La responsabilité civile pour faute issue d'un manquement contractuel est régie par les articles 1231 et suivants du présent code, et, en l'absence de contradiction avec ceux-ci, par le présent sous-titre.

Nous précisons qu'il s'agit de responsabilité contractuelle pour faute pour rattacher cette responsabilité au premier fait générateur de responsabilité, la faute en général. Il serait aussi possible d'établir un quatrième fait générateur autonome, mais cela me semble être une complication inutile.

Dans un tel contexte, parler en doctrine de « responsabilité extra-contractuelle » reste possible, mais il s'agirait alors de comprendre que l'on parle de la responsabilité en dehors des contrats, c'est-à-dire à une échelle supérieure et non adjacente; en d'autres termes que l'on parle du droit commun de la responsabilité. Dans le cadre d'une disposition législative, il est aussi possible d'être plus précis et de parler de « responsabilité légale » du fait qu'elle vient directement de la loi.

Il n'y a donc pas besoin de conserver le vocabulaire de « délit civil », il suffit de parler de manquement au devoir de veiller à ne pas nuire à autrui (*neminem laedere*) – ou de l'article précisant ce devoir, tel l'article 1457 du Code civil du Québec –, comme on parle de violation d'une obligation

<sup>445</sup> À ce sujet: P. LE TOURNEAU, « Brefs propos critiques sur la "responsabilité contractuelle" dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », préc., note 1; Denis TALLON, « L'inexécution du contrat: pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994.223.

<sup>446</sup> Cité *supra* note 386.

contractuelle sans mot particulier pour désigner une telle violation. Ainsi, un fait qui constitue une infraction pénale – que ce soit un crime, un délit ou une contravention – constitue simplement une violation du *neminem laedere*. On pourrait aussi parler du manquement civil, comme on parle du manquement contractuel. On n'a donc pas besoin de recourir à une terminologie confuse et somme toute étrange, comme c'est le cas actuellement. Le mot « délit » ne serait alors plus polysémique.

131. Quant au principe de concours, les articles 1281<sup>447</sup>, 1282<sup>448</sup> et 1283<sup>449</sup> du projet de 2017 suffisent, mais il serait possible d'être encore plus clair en écrivant par exemple :

Synthèse 4 : Réécriture interprétative des articles 1281 à 1283 du projet de 2017

#### Disposition a

L'imputabilité civile de droit commun est d'ordre public en cas de faute [et de dommage corporel], nonobstant tout contrat conclu entre quelconques parties. Dans les autres cas, les clauses ayant pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter l'imputabilité des dommages sont valables.

#### Disposition b

La responsabilité consécutive à un manquement contractuel n'est pas d'ordre public[, sauf en cas de faute lourde ou dolosive et dans le cas où la clause limitative ou exclusive de responsabilité contractuelle priverait de sa substance l'obligation essentielle du débiteur].

J'ai exprimé mes réserves à l'égard de mettre le dommage corporel dans la responsabilité d'ordre public<sup>450</sup>, mais il ne s'agit ici que d'une réécriture interprétative du projet de 2017. J'ai de même exprimé des réserves à propos de la limite de l'obligation essentielle<sup>451</sup>, mais elle figure dans le projet de 2017 ; je me demande simplement si, avec l'admission de l'exécution par équivalent, l'éviction de cette limite, quant à la responsabilité contractuelle au sens restreint, n'irait pas de soi. Par rapport au projet de 2017, dans cette réécriture, la responsabilité contractuelle peut être limitée

<sup>447</sup> Cité *supra* note 372.

<sup>448</sup> Cité *supra* n° 52.

<sup>449</sup> Cité *supra* note 373.

<sup>450</sup> *Supra* n° 103.

<sup>451</sup> *Supra* n° 52.



aussi en cas de dommage corporel, mais, puisque j'admets par ailleurs le concours de la responsabilité contractuelle avec le droit commun de la responsabilité, et donc que la réparation de droit commun du dommage corporel est d'ordre public, cette extension devient presque sans objet et était manifestement une malfaçon due à la construction actuelle de la matière. En présence d'une responsabilité civile de droit commun d'ordre public en cas de faute, on se demande encore s'il est nécessaire de rendre la responsabilité contractuelle pour faute lourde d'ordre public.

## **B. Les clauses générales d'imputabilité, supports du *neminem laedere***

132. Quant au droit commun de la responsabilité civile, en dehors du cas de la responsabilité contractuelle, Philippe Rémy a critiqué l'existence de clauses générales de responsabilité. Il leur reproche de constituer « un petit catéchisme jusnaturaliste plutôt que des règles ayant un contenu juridique précis » et préférerait un droit des délits spéciaux, tels, explique-t-il, le droit romain et le droit anglais<sup>452</sup>.

Certes, en droit romain classique, les délits étaient spéciaux, cependant, le droit en entier l'était plus ou moins. Je doute d'ailleurs que quiconque veuille revenir de nos jours à l'extrême spécialisation du droit romain, fondé notamment sur les consultations des prudents pour une série immense de cas très particuliers.

Le droit anglais, quant à lui, est un droit jurisprudentiel, il correspond donc au mode de fonctionnement du droit français actuel, à des différences systémiques près. Au contraire, en théorie, créer un droit des délits uniquement spéciaux dans le Code civil français ne mettrait pas les juges français dans la même position que les juges anglais qui peuvent choisir de créer de nouveaux *torts*.

Il ne me semble pas souhaitable de s'en tenir à des formules rigides et non adaptables par les juges. De toute façon, le cours du temps et le développement des sociétés feront que de nouvelles situations seront créées, et les délits spéciaux deviendront des clauses générales, ou devront être « étirés » pour s'adapter à ces nouvelles situations : la situation sera la même, mais l'argumentation jurisprudentielle plus artificielle.

<sup>452</sup> P. RÉMY, « Critique du système français de responsabilité civile », préc., note 2, 34.

Si vraiment on souhaite limiter l'étendue des réparations en matière d'imputabilité civile, il semble préférable de procéder par *exclusion* de chefs de préjudice et surtout de prévoir des grilles de réparation, avec éventuellement des maxima et des minima.

133. Planiol avait, pour sa part, essayé de trouver des critères de la faute, et donc du *neminem laedere* et avait abouti à cette formule : « Défense de léser autrui, soit par des actes malhonnêtes, soit par des actes maladroits. »<sup>453</sup> L'artiste dont la maladresse aboutit à des œuvres très appréciées ou le sportif dont la maladresse aboutit par miracle à des victoires lèsent cependant bien leurs compétiteurs, sans qu'il n'y ait de faute. La raison en est probablement que l'activité du sportif est acceptée par tous, et notamment par la loi. Ce serait peut-être le pendant civil de l'article 122-4 du Code pénal, selon lequel : « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ». Toullier disait similairement qu'« on ne peut être en faute, en faisant ce qu'on a droit de faire »<sup>454</sup>. Il se référait au Code prussien (ALR, partie 1, titre 6, art. 28) et à la maxime contenue à l'article 107 de la coutume de Bretagne : « Icelui n'attente qui n'use que de son droit. » Il serait donc préférable de dire que le devoir de veiller à ne pas nuire à autrui signifie qu'il est interdit de léser autrui par des actes malveillants, négligents ou imprudents sauf si l'activité lésionnaire est autorisée par le droit.

La construction peut cependant paraître un peu alambiquée, et l'article 1457 du Code civil du Québec renverse la proposition en disposant : « Toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui, suivant les circonstances, les usages ou la loi, s'imposent à elle, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui. » Je pense qu'il y a une vertu à garder l'expression assez courte de « devoir de veiller à ne pas nuire à autrui », mais la phrase explicative du Code civil du Québec, ainsi que son contexte législatif, jurisprudentiel et doctrinal, mériteraient d'être étudiés.

Quant à la définition de la faute de l'article 1242 du projet de 2017<sup>455</sup>, elle a l'avantage de définir la faute indépendamment des autres conditions

<sup>453</sup> M. PLANIOL, préc., note 401, p. 287.

<sup>454</sup> C. TOULLIER, préc., note 80, n° 119.

<sup>455</sup> Art. 1242, projet 2017 : « Constitue une faute la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence. »

de la responsabilité. Il s'agit d'une façon plus détaillée de dire que la faute est la violation d'une obligation préalable.

Dans le contexte de mes articles de synthèse, après les articles 2 et 3 qui constitueraient des dispositions préliminaires, il suffirait à mon avis de lister les faits générateurs de responsabilité, sans distinguer responsabilité contractuelle et extracontractuelle, et de reprendre l'ancien article 1382, fleuron du style du Code civil: « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »<sup>456</sup>. Cette clause générale se situerait dans un paragraphe intitulé « De la faute en général », et serait aussi la source législative de la responsabilité contractuelle, puisque l'article 2 de synthèse assimilait la faute à la violation d'une obligation, quelle que soit sa source<sup>457</sup>. Après ceci, il est possible de reprendre la définition de l'article 1242 du projet.

La clause générale d'imputabilité du fait des choses (anc. art. 1384 al. 1<sup>458</sup>) a plus spécifiquement été critiquée et sa disparition a été proposée<sup>459</sup>. Il faut cependant remarquer que Jean-Sébastien Borghetti ne propose pas vraiment de supprimer toute imputabilité des dommages causés sans faute, mais plutôt d'élargir le champ d'application de la loi du 5 juillet 1985 sur les véhicules terrestres à moteurs (imputabilité sans lien de causalité) à

<sup>456</sup> On a souligné le chef-d'œuvre de littérature que constitue cette formule, comme d'autres présentes dans le Code. Par exemple, pour une analyse linguistique technique: Philippe SÉGUR, « Droit et littérature. Éléments pour la recherche », *Droit et littérature* 2017.109, 121 et 122. Un académicien expliquait que « par sa beauté plastique, notre Code s'apparente ainsi aux plus grands textes sacrés », et qu'« il faut aujourd'hui retrouver la beauté du modèle et la force des conceptions qui l'ont engendré. Il ne suffit pas de célébrer le bicentenaire, il faut relever l'art d'écrire les codes ». Gabriel de BROGLIE, « La langue du Code civil », Académie des sciences morales et politiques, séance solennelle du 15 mars 2004, en ligne: <[https://www.asmp.fr/fiches\\_academiciens/textacad/brogie/code\\_civil.pdf](https://www.asmp.fr/fiches_academiciens/textacad/brogie/code_civil.pdf)> (consulté le 30 juin 2018). Dans cette perspective, le choix actuel de nouvelle rédaction de la clause générale projetée par la Chancellerie en 2017 est symptomatique de la situation actuelle en France: « On est responsable du dommage causé par sa faute. » (art. 1241, projet 2017). Voir aussi *supra* n° 57 et 133.

<sup>457</sup> Au sujet de l'obligation contractuelle, la force majeure, redéfinie à partir de la volonté des parties contractantes et donc de l'absence de faute, entraîne résolution du contrat (ou une nullité, faute d'objet). Voir *supra* n° 70.

<sup>458</sup> Art. 1384 al. 1 C. civ. 1804: « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde. »

<sup>459</sup> J.-S. BORGHETTI, préc., note 344. *Contra*: Philippe BRUN, « De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses », *RTD civ.* 2010.487.

tous les transports, ou la responsabilité du fait des bâtiments (anc. art. 1386), ou de limiter cette responsabilité aux choses dangereuses<sup>460</sup>.

La première proposition revient en réalité à sortir de la logique de la responsabilité. André Tunc avait proposé d'aller encore plus loin et de créer un « droit des accidents », fondé plutôt sur l'assurance-dommage<sup>461</sup>, et ce sont partiellement ses propositions qui ont abouti à la loi de 1985. La proposition de création d'un droit des accidents n'est pas sans bons arguments. D'une part, l'essor de l'assurance-responsabilité qui va de pair avec celui de la responsabilité sans faute diminue le sentiment d'être responsable, dépersonnalise les procès et engendre plus de condamnations<sup>462</sup> – la responsabilité est donc dénaturée. D'autre part, la responsabilité, même sans faute, engendre des procès longs et coûteux, sans compter que les parties sont mises dans une relation structurellement conflictuelle alors qu'elles devaient parfois être dans un rapport de confiance (par exemple, entre un médecin et son patient)<sup>463</sup>. Il ne s'agit cependant pas d'un débat portant sur la légitimité de la responsabilité du fait des choses, mais sur la légitimité de la responsabilité en général, et du critère de la faute pour régler un monde dans lequel tant de dommages importants arrivent. Ce débat peut être mené, mais ce n'est pas mon sujet ici.

Quant aux deux autres solutions, elles reviennent en quelque sorte à proposer une spécialisation du droit de la responsabilité du fait des choses. C'est en effet la seule manière pour que les modifications proposées changent quelque chose substantiellement. Comme pour la responsabilité pour faute en général<sup>464</sup>, il me semble cependant que la réalité changeante n'est pas adaptée à une telle spécialisation législative. Il vaut mieux, ce me semble, préciser les clauses générales que spécialiser la matière<sup>465</sup>.

134. D'ailleurs, on estime habituellement que le principe général de responsabilité du fait des choses est né avec les arrêts *Teffaine* (1896) et *Jand'heur* (1930) condamnant à réparation sur le fondement de l'ancien article 1384 al. 1 du Code civil<sup>466</sup>. Cela a alimenté la critique, ici encore sur

<sup>460</sup> J.-S. BORGHETTI, *id.*, n° 63.

<sup>461</sup> Voir par exemple H. COUSY, *préc.*, note 351, p. 52 et 53.

<sup>462</sup> *Id.*, p. 50.

<sup>463</sup> *Id.*, p. 51.

<sup>464</sup> Voir *supra* n° 132.

<sup>465</sup> Voir l'exemple du Code civil du Québec, *infra* n° 139.

<sup>466</sup> Cité *supra* note 459.

le fondement d'un manque d'assise historique, de ce type de responsabilité. L'alinéa en question n'aurait, dans l'esprit des codificateurs, été qu'une phrase introduisant les règles suivantes, sans portée autonome. Or, cela me semble à la fois véridique et erroné.

Certes, le principe général de responsabilité du fait des choses n'avait pas spécialement vocation à être utilisé indépendamment à grande ampleur, mais parce que tous les cas étaient considérés comme déjà couverts. Il est vrai qu'on peut imaginer qu'il existait déjà des dommages causés "par" des choses avant le machinisme et non expressément couverts par les anciens articles 1385 (fait des animaux) et 1386 (fait des bâtiments), mais en réalité, l'article 1384 al. 1 lui-même s'inscrivait dans le sillage de l'article 1382. En pratique, si quelqu'un lançait dangereusement un javelot et blessait quelqu'un, il n'allait pas dire « ce n'est pas moi, c'est le javelot » ! D'ailleurs, la section relative aux quasi-délits contenait à l'origine deux articles relatifs à un cas particulier de ce qui deviendra l'article 1382<sup>467</sup>, portant sur le jet de choses sur les passants, cas important en droit romain. Cela atteste de l'absence de séparation, dans l'esprit des codificateurs, entre le dommage causé avec ou sans une chose. Bien entendu, l'article 1384 al. 1 a principalement été utilisé pour désigner les choses qui ont une activité autonome<sup>468</sup>, mais, justement, rien n'a véritablement une activité autonome, ni les choses, ni les personnes (qui ont tous besoin d'une source extérieure d'énergie et d'entretien) ; il s'agit plus d'une gradation dans l'autonomie qu'une séparation stricte, et la responsabilité du fait de la ruine d'un bâtiment l'atteste. Il y a donc deux choses à considérer.

D'une part, en ce qui concerne les rapports de l'article 1384 al. 1 avec les articles précédents, tous les articles relatifs aux délits et quasi-délits étaient un ensemble fondé sur la faute, comme l'attestait l'article 4 préliminaire<sup>469</sup> reliant l'ensemble de ces articles à la faute et vraisemblablement

<sup>467</sup> « 17. S'il est jeté sur un passant, de l'eau ou quelque chose qui produise un dommage, d'une maison habitée par plusieurs personnes, c'est celui seul qui habite l'appartement d'où l'on a jeté, qui est tenu du dommage. Si l'on a vu celui qui a jeté, il en est seul tenu ; si on l'ignore, tous sont solidairement responsables. 18. Les hôtes qui n'habitent qu'en passant dans la maison d'où la chose a été jetée, ne sont point tenus du dommage, à moins qu'il ne soit prouvé que ce sont eux qui ont jeté ; mais celui qui les loge en est garant. » P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, préc., note 66, p. 203.

<sup>468</sup> Voir art. 1465 C.c.Q, cité *infra* n° 139.

<sup>469</sup> Cité *supra* n° 129.

supprimé par simple souci de concision. Nous avons de nos jours l'habitude de lire ensemble les anciens articles 1382 et 1383, de les lier au diplytique délit / quasi-délict, puis de voir dans les éditions annotées du Code civil une quantité extrêmement importante de jurisprudence, puis de lire les autres articles comme à part en quelque sorte. Cependant, il suffit d'observer le parallèle de rédaction entre les articles 1383<sup>470</sup> et 1384 al. 1<sup>471</sup> pour comprendre qu'il s'agissait simplement de deux précisions pour insister sur l'étendue du principe contenu dans l'article 1382 (le premier article a probablement été légèrement réécrit pour éviter la répétition, et donc par souci de style). Il y avait donc continuité.

D'autre part, en ce qui concerne les rapports de l'article 1384 al. 1 avec ce qui suit, cet alinéa ne présentait pas, il est vrai, d'application autonome en ce qui concerne le fait des choses, mais c'est parce que ce fait était déjà traité par les articles 1385<sup>472</sup> et 1386<sup>473</sup> et qu'il n'y avait pas, à l'époque, d'autres choses plus ou moins autonomes. De sorte que l'application à d'autres choses plus ou moins autonomes lorsqu'elles ont existé est l'application tout à fait logique des règles du Code civil, sans qu'il y ait rupture. Le vocabulaire et les propos que l'on retrouve déjà chez Toullier dès 1814 le montrent tout à fait. Celui-ci explique en effet qu'on ne peut procéder par analogie par rapport aux cas de responsabilité du fait d'autrui<sup>474</sup>, mais, non seulement ne dit pas cela pour celle du fait des choses, mais en plus écrit :

<sup>470</sup> Dans sa rédaction initiale: « On est responsable, non-seulement du dommage que l'on a causé par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence. » (art. 19, à l'origine de l'article 1383 du Code civil des Français). P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 2, préc., note 66, p. 203.

<sup>471</sup> Rédaction d'origine égale à celle du Code civil des Français: « On est responsable, non-seulement du dommage que l'on cause par son fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous garde. » (art. 20) *Id. et loc. cit.*

<sup>472</sup> Art. 1385 C. civ. 1804: « Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé. »

<sup>473</sup> Art. 1386 C. civ. 1804: « Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction. »

<sup>474</sup> C. TOULLIER, préc., note 316, n° 258. Toullier donne d'ailleurs une justification étrange, avec laquelle je suis tout à fait en désaccord.

L'article 1384 dit qu'on répond du dommage causé par le fait des choses que l'on a sous sa garde. Cette disposition s'applique même aux choses inanimées. L'article 1386 nous en donne un exemple.<sup>475</sup>

Plus haut, il écrivait d'une manière encore plus générale: « La défense de faire tort à autrui n'oblige pas seulement les hommes en société de ne nuire en rien à qui que ce soit, personnellement et par eux-mêmes, mais encore de tenir toutes les choses qu'ils possèdent en tel état que personne n'en reçoive aucun dommage. »<sup>476</sup>

Toullier considère bien l'article 1384 al. 1, en ce qui concerne les choses, comme une « disposition » avec application directe, et avec simplement des « exemples » fournis par les deux articles suivants.

Nous voyons que Toullier oscillait entre la garde et la propriété. Parfois, on parlait plus de propriété en se fondant sur l'article 1386, mais le principe inféré resta tout à fait général. Sourdat, par exemple, évoqua un

principe universellement reconnu et contenu virtuellement dans l'art. 1386, C. civ., savoir, que chacun est obligé de tenir les choses qui lui appartiennent, dans un état tel qu'elles ne nuisent à autrui. Cette obligation, qui est de tous les instants, engendre assurément un droit corrélatif pour les individus, qui auront à se plaindre de son inaccomplissement.<sup>477</sup>

C'est dire si, dès le début du XIX<sup>e</sup> siècle, la responsabilité du fait des choses était donc comprise comme tout à fait générale et immédiatement applicable, si tant est que des cas d'applications apparaissent.

135. Les codificateurs ont d'ailleurs peut-être fait preuve de plus de subtilité qu'on ne le croit. On estime habituellement que l'article 1384 al. 1 est une annonce des cas de responsabilités spéciales du fait d'autrui, et de celles du fait des choses. Mais alors, la construction des dispositions est bien étrange: pourquoi, dans ce cas, avoir regroupé tous les cas de responsabilité du fait d'autrui (anc. art. 1384 al. 2 à 5<sup>478</sup>) sous l'annonce de leur principe (anc. art. 1384 al. 1), avoir en plus annoncé celle du fait des choses

<sup>475</sup> *Id.*, n° 317.

<sup>476</sup> *Id.*, n° 296.

<sup>477</sup> Auguste-Jean-Baptiste SOURDAT, *Traité général de la responsabilité, ou De l'action en dommages et intérêts en dehors des contrats, comprenant: La responsabilité civile des délits...*, t. 2, Paris, Cosse, 1<sup>re</sup> éd., 1852, n° 1463.

<sup>478</sup> Dans la rédaction originelle de 1804.

en tête de ce même article (anc. art. 1384 al. 1), et avoir présenté deux cas de fait des choses dans *deux* articles successifs *subséquents* (art. 1385 et 1386)? Une solution beaucoup plus rationnelle aurait été de présenter les cas de responsabilité du fait d'autrui, puis de lister dans ce même article ces cas précis, et dans un article suivant de présenter l'autre principe gouvernant des délits et quasi-délits spéciaux délimités, et de les présenter tous au sein de ce même article.

136. En réalité, sans le savoir, nous pratiquons vraisemblablement de nos jours ce que les codificateurs ont voulu. Nous le savons, concernant le fait d'autrui, l'article 1384 al. 1 comporte une tautologie: «on est responsable... [du dommage] causé par le fait des personnes dont on doit répondre» dispose l'article. Je pense que la tautologie est volontaire, et qu'il faut comprendre cette phrase comme signifiant qu'«on est responsable du fait des personnes dont le présent Code décide précisément que l'on doit répondre». Il y a donc un renvoi à des cas spéciaux, et il est alors logique de les lister juste en dessous pour ne pas laisser le lecteur circonspect. Le principe relatif aux faits des choses était cependant valable en soi, il est alors sensé d'avoir placé les deux exemples principaux dans des articles subséquents. D'ailleurs, l'article 1382 comportait lui aussi deux articles subséquents traitant de cas difficiles mais non jugés assez important pour qu'ils aient survécu à l'essai de raccourcir le Code: «l'énonciation du principe suffit» estimait Miot au Conseil d'État, ce qui a abouti au retranchement des deux articles portant sur le jet d'objet depuis une maison et causant un dommage<sup>479</sup>. Avoir placé ce principe relatif aux choses en tête de l'article 1384 vient probablement du fait que les codificateurs voulaient que tous les principes généraux se trouvent au début du titre relatif aux (délits et) quasi-délits<sup>480</sup> (art. 1382, 1383 et 1384 al. 1), avant qu'une longue liste de cas précis (art. 1384 al. 2 à art. 1386) n'intervienne.

De sorte que le principe général de responsabilité du fait des choses n'est pas une sorte d'accident de l'histoire lié aux méandres jurisprudentiels d'une certaine période au xx<sup>e</sup> siècle, comme on a pu le croire, mais est bien plutôt le fruit d'une considération sur la justice qui a eu une assise

<sup>479</sup> P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, préc., note 66, p. 454. Les articles sont cités *supra* note 467.

<sup>480</sup> Ce qui n'est finalement plus le cas dans les éditions annotées du Code civil puisque les anciens articles 1383 et 1384 sont séparés d'une quantité très importante de jurisprudence.



historique importante en France. Or, effectivement, lorsqu'il y a faute dans la garde, il est juste qu'il y ait responsabilité. Très peu de dommages interviennent sans l'intermédiaire d'une chose ; par conséquent, similairement à ce qu'écrivait Toullier, le principe de responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde est une suite logique du principe de responsabilité pour faute.

137. La création d'une responsabilité sans faute (« garantie » dans mon vocabulaire) fut certes une nouveauté. Il faut relativiser cette nouveauté en différenciant le cas de l'absence de faute de celui de la présomption de faute. Il est néanmoins vrai qu'une responsabilité sans faute du fait des choses est née par la suite, et qu'une telle utilisation n'était pas réellement envisagée à l'origine. On constate, cependant, dans le rapport au Tribunat par Bertrand de Greuille relatif aux dispositions qui nous concernent, que l'idée d'une garantie (sans faute) pour les dommages causés par les choses dont on est propriétaire commence à apparaître à l'issue d'un rappel du fondement qu'est la faute, à la faveur d'un aparté (« d'ailleurs [...] ») :

Le projet prévoit ensuite les cas où un animal, guidé par quelqu'un, ou échappé de ses mains, ou simplement égaré, aurait causé quelque tort. Dans les deux premières hypothèses, il veut que celui qui en est le propriétaire soit tenu de la réparation du dommage, parce qu'alors ce dommage doit être imputé, soit au défaut de garde et de vigilance de la part du maître, soit à la témérité, à la maladresse ou au peu d'attention de celui qui s'est servi de l'animal, et parce que d'ailleurs, dans la thèse générale, rien de ce qui appartient à quelqu'un ne peut nuire impunément à un autre.

C'est encore par suite de cette incontestable vérité que le dernier article du projet décide que le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage qu'il a causé par sa ruine [...].<sup>481</sup>

Il est par ailleurs assez remarquable que Toullier évoquait déjà la justification de la responsabilité du fait des choses (en l'occurrence, des animaux) par la question du profit aux dépens d'autrui. Par exemple :

Il y a des motifs assez raisonnables pour rendre le maître d'un animal responsable des dommages [causés suivant son instinct] ; car enfin, il en profite, en

<sup>481</sup> P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, préc., note 66, p. 476 et 477. Je souligne.

ce que ses bestiaux ont pris, aux dépens d'autrui, une nourriture que lui seul devait leur fournir.<sup>482</sup>

Il fait cependant intervenir la faute dans le régime, par exemple en expliquant que si l'animal était dans un endroit clos, qu'un chasseur franchit la barrière et se blesse, le propriétaire n'est pas en faute, et donc le chasseur en tort n'a pas droit à réparation<sup>483</sup>. De plus, il s'agit pour Toullier de remarquer ici que le propriétaire profite directement du dommage, alors que dans l'idée de risque-profit, le profit est consécutif au risque créé en général, et il n'est pas nécessaire que le propriétaire profite du dommage en soi.

Comprenons simplement que la véritable innovation réside dans l'extension de la responsabilité du fait des choses à la responsabilité sans faute, pas dans l'utilisation autonome de l'article 1384 al. 1.

En fin de compte, on peut discuter le point de savoir si l'imputabilité civile est la meilleure manière de régler les dommages accidentels – notamment par rapport à la création d'un droit des accidents<sup>484</sup>. On peut aussi discuter du point de savoir s'il n'est pas plus judicieux de la limiter à certaines matières, comme le droit du travail industriel. Il reste que la théorie du risque-profit a du sens.

138. Il est vrai, toutefois, que, de nos jours, l'application de la garantie du fait des choses semble aller trop loin. Dans la mesure où l'on souhaite se rapprocher de la logique de la responsabilité en la matière, et ne pas s'inscrire dans celle d'un « droit des accidents », il serait alors souhaitable de limiter le champ d'application de ce principe, par exemple en rédigeant de cette manière la clause générale d'imputabilité du fait des choses<sup>485</sup> :

Synthèse 5: Proposition de disposition du Code civil ou d'attendu de principe l'interprétant

Le gardien d'une chose est responsable du dommage causé par celle-ci, à moins qu'il ne prouve n'avoir commis aucune faute.

<sup>482</sup> C. TOULLIER, préc., note 316, n° 316, p. 425.

<sup>483</sup> *Id.*, n° 316, p. 427.

<sup>484</sup> Voir *supra* n° 134.

<sup>485</sup> Je reprends dans le premier alinéa certains des mots de l'article 1465 du Code civil du Québec. Voir ci-dessous.

Il est le garant d'un tel dommage lorsque celui-ci procède d'un risque qu'il a créé pour autrui dans le but d'obtenir un profit personnel.<sup>486</sup>

139. Le Code civil du Québec donne à ce type d'imputabilité un champ d'application plus limité que le droit français, puisque, outre l'imputabilité du fait des animaux (art. 1466 C.c.Q.) et celle du fait des bâtiments (art. 1467 C.c.Q.), qu'il a conservées, et outre l'imputabilité du fait du bien fabriqué avec un défaut de sécurité (art. 1468 et 1469 C.c.Q.), ce code en reste à une *présomption de faute* et au fait *autonome* de la chose. Le code dispose: «Le gardien d'un bien est tenu de réparer le préjudice causé par le fait autonome de celui-ci, à moins qu'il prouve n'avoir commis aucune faute.» (art. 1465 C.c.Q.). On peut estimer, effectivement, que l'imputabilité du fait du bien fabriqué avec un défaut de sécurité<sup>487</sup> englobe ce qui est judicieux dans la garantie pour risque-profit, tout en se fondant sur une faute que l'on peut estimer implicite dans le régime en question. Avec un tel régime, le champ d'application plus restreint de l'article 1465 du code québécois peut donc sembler plus judicieux. Ceci spécialement à notre époque bien différente de celle des premiers temps du machinisme, que ce soit du point de vue de la probabilité de survenue des dommages, de leur gravité, des profits engendrés en proportion, etc. Or, en France, et dans l'Union européenne, l'imputabilité du fait du bien fabriqué avec un défaut de sécurité trouve son équivalent dans la directive européenne du 25 juillet

<sup>486</sup> Ou, pour une restriction plus importante: «créé pour autrui à son profit personnel».

<sup>487</sup> Art. 1468 C.c.Q.: «[al. 1] Le fabricant d'un bien meuble, même si ce bien est incorporé à un immeuble ou y est placé pour le service ou l'exploitation de celui-ci, est tenu de réparer le préjudice causé à un tiers par le défaut de sécurité du bien. [al. 2] Il en est de même pour la personne qui fait la distribution du bien sous son nom ou comme étant son bien et pour tout fournisseur du bien, qu'il soit grossiste ou détaillant, ou qu'il soit ou non l'importateur du bien.» Art. 1469 C.c.Q.: «Il y a défaut de sécurité du bien lorsque, compte tenu de toutes les circonstances, le bien n'offre pas la sécurité à laquelle on est normalement en droit de s'attendre, notamment en raison d'un vice de conception ou de fabrication du bien, d'une mauvaise conservation ou présentation du bien ou, encore, de l'absence d'indications suffisantes quant aux risques et dangers qu'il comporte ou quant aux moyens de s'en prémunir.»

1985 relative à l'imputabilité du fait des « produits défectueux »<sup>488</sup>, transposée en France dans les anciens articles 1386-1 et suivants<sup>489/490</sup>.

En outre, dans le contexte québécois d'une clause générale plus circonscrite par rapport au fait des choses, le maintien de dispositions spécifiques au fait des animaux et à la ruine des bâtiments paraît tout à fait judicieux.

D'une manière générale, le Code civil du Québec semble particulièrement efficace en cette matière (art. 1457 et suiv. C.c.Q.), tout en s'inscrivant dans le même esprit que celui du Code civil français, et mériterait qu'on s'y intéresse davantage.

\*  
\*      \*

140. En conformité avec mon présupposé jusnaturaliste, je pars du principe que le droit doit être juste, et que cette justice passe par une certaine cohérence. Il y a, selon moi, une cohérence naturelle dans le droit (ensemble des règles de justice), que les hommes s'efforcent de progressi-

<sup>488</sup> Directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, en ligne: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=celex%3A31985L0374>> (consulté le 30 juin 2018).

<sup>489</sup> La France est obligée de suivre de près la directive (et a d'ailleurs été condamnée en 2002 par la Cour de justice, après action en manquement de la Commission, pour s'en être un tant soit peu écartée). Or, la directive a été élaborée dans un style typique du droit de l'Union européenne. Le résultat est que le Code civil du Québec est bien plus clair et élégant que le code français, puisqu'il traite en deux articles limpides (art. 1468 et 1469 C.c.Q.) ce que le code français traite en dix-huit articles compliqués (anc. art. 1386-1 à 1386-18 du Code civil). En particulier, le fait que la défectuosité en question soit relative à la sécurité du « produit » – et donc l'objet même des dispositions en question – n'apparaît qu'au sixième article de la directive et au quatrième article des dispositions françaises de transposition (anc. art. 1386-4 du Code civil), en se rappelant cela n'apparaît pas non plus dans leur intitulé. En réalité, ce n'est pas le produit mais la directive qui est défectueuse! Voir Laurent LEVENEUR, « Produits défectueux: attention, un défaut peut en cacher un autre », *Contrats concurrence consommation* 1998.12.repères. Malheureusement, militer pour l'amélioration d'une directive de l'Union européenne selon les standards français reviendrait à se battre contre des moulins à vent.

<sup>490</sup> Le champ d'application de ces responsabilités n'est pas, néanmoins, nécessairement le même.

vement découvrir à travers leurs proclamations du droit naturel que sont les droits positifs<sup>491</sup>. Notamment du fait de l'émergence du principe de non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle, dans une variante qui consiste à faire vampiriser la responsabilité de droit commun (extra-contractuelle) par le contrat, il y a cependant eu, notamment à partir du xx<sup>e</sup> siècle, une régression, autant de la cohérence que de la justice<sup>492</sup>, du droit français en cette matière. En effet, le droit français traite de manière différente des situations similaires, ce qui est injuste, et on ne trouve pas de cohérence globale entre les concepts d'obligations, de responsabilité et de contrat.

Le projet Viney assouplissait légèrement l'injustice de la situation. Le principe de vampirisation contractuelle<sup>493</sup> était atténué, puisqu'une option était laissée en matière de dommage corporel (art. 1341 al. 2, avant-projet Catala<sup>494</sup>). On a cherché des règles communes "aux" responsabilités, ce qui permettait de réduire les disparités de solutions. L'entreprise était cependant limitée, et ne répondait pas aux transformations profondes qu'il fallait apporter en la matière. Par ailleurs, l'avant-projet Catala n'admettait pas explicitement l'exécution par équivalent, ce qui est injuste et entre en contradiction avec la force obligatoire des contrats. Enfin, et par conséquent, aucune cohérence globale de la matière ne se dessinait, ce qui à son tour permettait la perpétuation d'une injustice au sein du même brouillard juridique en la matière. Sur ces questions, la réforme en deux volets de la responsabilité contractuelle se situe, pour le moment, plutôt dans le sillage de l'avant-projet Catala-Viney, mais de manière beaucoup moins affirmée, ce qui permet des interprétations très libres.

Le rapport à l'Académie des sciences morales et politiques, élaboré entre autres par Philippe Rémy, procédait, lui, à une refonte de la matière. Le résultat fut un véritable système qui avait le mérite de la cohérence et de la simplicité, en tout cas en comparaison avec le projet Viney et avec ce qui se faisait en droit français alors. Simplement, cette doctrine était injuste en ce qu'elle rejetait toute responsabilité pour les conséquences dommageables causées par un manquement contractuel fautif, ce qui est contraire à ce qu'on a décidé tout au long de l'histoire depuis Rome, et contraire au

<sup>491</sup> Voir K. BELLIS, préc., note 16, partie 2, chapitre 1 (« Système jusnaturaliste du droit »).

<sup>492</sup> La cohérence étant elle-même un support de la justice.

<sup>493</sup> Principe de non-cumul dans son application actuelle.

<sup>494</sup> Geneviève Viney dirigeait la partie relative à la responsabilité civile. Voir *supra* n° 1.

principe général de justice exprimé par le Code civil des Français à l'article 1382 dans le cadre des articles relatifs à la responsabilité extracontractuelle: « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

Un véritable système, qui remplit les critères (liés) de justice perceptible par le bon sens, de cohérence et de simplicité restait donc à être inventé. Cette étude a alors consisté à fournir des jalons dans l'émergence d'un tel système. Il ne s'agit pas, bien entendu, du système en entier; détailler un tel système demanderait un véritable traité ou une véritable thèse. Ainsi, je ne suis pas entré dans les détails de chaque question, en plus de laisser des portes ouvertes à discussions et à évolutions. Par ailleurs, il ne s'agit que d'un élément du système des obligations civiles; beaucoup d'autres questions restent à étudier pour qu'il s'agisse d'un système général, et notamment ce que j'appelle l'enrichissement inéquitable en général<sup>495</sup>.

141. La théorie dont j'ai contribué à poser des jalons ne sort pas, évidemment, de nulle part. Les droits positifs ont vocation au progrès, c'est-à-dire à se rapprocher de plus en plus du droit naturel, et ce progrès s'effectue progressivement et sur le long terme<sup>496</sup>. Ma théorie s'est donc située par rapport à ce qui s'est déjà fait en France. À ce titre, l'induction d'un devoir général de veiller à ne pas nuire à autrui, avec les conséquences systémiques que je lui donne, apparaît comme l'évolution naturelle du droit français en la matière. Il n'est d'ailleurs pas anodin qu'il s'agisse de l'évolution qu'a connue, dans une mesure assez avancée semble-t-il, le droit québécois, qui a partagé la même histoire juridique que la France, avant que, si j'ose dire, les choses ne tournent mal en France en cette matière. J'ai pris parti pour une petite rupture, avec l'acceptation du concept d'exécution par équivalent, mais cette rupture n'est pas que relative car elle est nécessaire à la préservation de la force obligatoire des contrats, qui est au cœur de la tradition juridique française. J'ai de même considéré comme acquise une autre rupture par rapport à 1804 mais il s'agit d'une rupture qui s'est elle-même ancrée historiquement en France: l'imputabilité sans faute des préjudices dans une série de cas. À ce sujet, je n'ai pris parti sur le point de savoir si le système substantiel actuel à ce sujet est le meilleur, j'ai

<sup>495</sup> Voir notamment à ce sujet, dans le cadre du système plus général des obligations de droit naturel, K. BELLIS, préc., note 16, n° 777-795 (section intitulée « Obligation naturelle et enrichissement inéquitable »).

<sup>496</sup> *Id.*, n° 456 et suiv.

néanmoins constaté sa cohérence et sa légitimité, et donc je l'ai pris en compte et j'ai simplement proposé un ajustement qui va dans le sens de cette logique et de cette légitimité.