

Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale

Véronique Wester-Ouisse, Maître de conférences à l'Université de Brest (IODE Rennes UMR CNRS 6262)

### L'essentiel

Des chercheurs de divers pays d'Europe réfléchissent à un système de responsabilité civile acceptable par tous, ce qui suppose de renoncer à certains particularismes. La responsabilité contractuelle n'est certes pas une exclusivité française, mais son abandon permettrait une clarification de notre régime, clarification qui serait un atout considérable. L'enjeu essentiel, le défi, est de parvenir à convaincre nos partenaires de réflexion, anglais et allemands, que la responsabilité n'est pas une culpabilité. Il ne sera pas simple de leur « vendre » notre « responsabilité objective », tout particulièrement celle du fait des choses. Epurer la présentation de notre droit y contribuerait. La dualité des régimes peut être aisément abandonnée en modifiant certaines perspectives : l'inexécution contractuelle n'est pas le fait générateur de la responsabilité contractuelle. Elle est un résultat, et non le fait initial ; elle est une simple condition préalable au choix d'un régime et non une condition substantielle de la responsabilité.

1. L'harmonisation des systèmes juridiques est devenue une ardente préoccupation. Les systèmes de communication rapprochent les personnes qui, quotidiennement, peuvent créer des liens et entretenir des contacts au bout du monde. Des groupes de juristes - European Group on Tort Law, projet Von Barr... - tentent de proposer un modèle de loi susceptible d'harmoniser et de fédérer des grands systèmes existant autour de quelques principes fondamentaux (1). Le succès de cette démarche suppose que chacun fasse un pas vers l'autre et abandonne une part de ce qui fait sa tradition juridique.

2. Le droit français est porteur d'un modèle très original et novateur, qu'il serait regrettable de voir reculer à l'occasion de ces tentatives d'harmonisation : la jurisprudence a su, à l'occasion des révolutions industrielles, technologiques, d'urbanisation et de communications, faire évoluer considérablement nos mécanismes de responsabilité fondés sur un très petit nombre de textes admirables et suffisants, légués par les auteurs inspirés du code civil. Désormais, notre système de responsabilité repose tout autant sur la faute que sur le fait anormal d'une chose (2). De telles évolutions n'ont pas eu lieu chez nos voisins : leurs mains étaient liées, les chaînes étaient diverses. Les Anglo-Saxons sont encombrés d'un système très casuistique fondé sur un dédale de dommages, le principe du précédent scellant le tout. Une responsabilité déconnectée de la faute paraît choquante à un point tel que deux participants anglo-saxons aux travaux de l'European Group on Tort Law ont menacé de mettre fin à leur collaboration si l'idée « d'une responsabilité ne se fondant sur aucune trace de faute, si résiduelle et fictive soit-elle » était envisagée (3). D'autres voisins fondent leur raisonnement sur le principe de la liberté qui, paradoxalement, empêche de telles évolutions : chacun doit être libre d'agir, de porter atteinte aux intérêts d'autrui, chacun doit supporter son préjudice (4), l'indemnisation n'est pas un principe mais une exception en cas de reproche effectif possible à l'encontre du responsable. On retrouve ces considérations fondées sur la liberté fondamentale dans les introductions des manuels allemands (5), ce qui restreint les hypothèses de responsabilité en dehors de la faute. A cela s'ajoute une prégnance très forte de l'idée de culpabilité : les traumatismes de la seconde guerre mondiale (6) se conjuguaient-ils au protestantisme (7) ? La responsabilité sans faute est difficilement

concevable. Il en est de même en Italie, où la responsabilité repose, par principe, sur la faute dolosive ou d'imprudence (8) ; la responsabilité du fait d'autrui est fondée sur la faute présumée (les parents peuvent s'exonérer en démontrant qu'ils n'ont pu empêcher le fait illicite) (9) ; la responsabilité de l'incapable est modérée : une réparation équitable, fonction des conditions économiques des parties, doit être recherchée, etc. et la responsabilité du fait de la chose, telle que nous la connaissons, n'existe pas. Les quelques concessions ponctuelles à la conception objective n'invalident pas le principe selon lequel la faute est la donnée fondamentale, ce qui apparaît clairement dans la définition générale de la responsabilité du code civil italien (10).

3. Notre système français présente cette originalité fondamentale de l'objectivité : « cette responsabilité suppose que le dommage a été produit par le fait défectueux d'une personne ou d'une chose, soit qu'on l'impute à la faute du responsable lui-même ou d'une personne soumise à son autorité, soit qu'on l'attribue au fait incorrect d'une chose placée sous sa garde » (11). Le fait défectueux explique et fonde théoriquement la responsabilité sans qu'il soit besoin de recourir aux idées de faute présumée, de risque, de garantie, de précaution, etc. Les pages introductives de nos manuels ne raisonnent pas à partir de la faute ou de la liberté individuelle, mais à partir de la distinction entre responsabilités pénales et civiles (12), cette dernière visant essentiellement à l'indemnisation de la victime et ayant tourné le dos à l'imputabilité dans les années 1980. Si nous souhaitons nous ménager une petite chance d'être écoutés par nos partenaires de réflexion à ce sujet, il conviendrait de leur présenter nos mécanismes de responsabilité de manière claire et épurée, ce qui suppose l'abandon de certaines inutilités et archaïsmes.

4. Le renoncement à de grandes caractéristiques de notre système français suscite parfois des débats déchirants ; l'exemple de la réforme des textes consacrés aux vices cachés est édifiant. Il est difficile de se résoudre à abandonner des notions qui ont fait les joies de nos raisonnements depuis tant d'années et dont les origines historiques napoléoniennes ont fait la gloire. Notre code civil en a inspiré tant d'autres. Pourtant, certaines notions pourraient être éliminées avec beaucoup plus de facilité qu'il n'y paraît, c'est précisément le cas de la responsabilité contractuelle. Le propos ici n'est pas de redire, à la suite d'une récente doctrine, que la responsabilité contractuelle n'existe pas et que les dommages et intérêts prévus par l'article 1147 du code civil ne sont au fond qu'une exécution en équivalent (13). La responsabilité contractuelle existe bien (14), mais elle pourrait assez simplement être fondue dans un régime unique en raison des rapprochements considérables qui ont été opérés par la jurisprudence entre les deux systèmes d'indemnisation.

5. Nombreux sont les indices d'un rapprochement déjà amorcé (15). Chacun songe, par exemple, à la loi de 1985 sur l'indemnisation des accidents de la circulation ou la loi de 1998 sur les produits dangereux : ces deux textes excluent la distinction entre les situations contractuelles et délictuelles. Si les autres systèmes juridiques occidentaux utilisent la distinction, ils ne connaissent pas les rigueurs de notre principe de non-cumul ; de plus, M<sup>me</sup> Viney souligne à quel point cette distinction est parfois peu significative ou conservée pour des raisons si secondaires et si diverses que, nulle part, elle ne paraît nécessaire (16). Par ailleurs, le projet de Principes de droit européen de la responsabilité civile proposé par l'European Group on Tort Law ne fait aucune référence à notre distinction traditionnelle. Si le projet Catala maintient la distinction, la règle du non-cumul est supprimée pour les victimes de dommages corporels ou d'atteintes à la personne (17), et le texte contient une section entière consacrée aux dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extra-contractuelle qui traitent du préjudice, du lien de causalité et des causes d'exonération (18). Seuls les faits générateurs sont traités de façon distincte ; ils semblent constituer le dernier obstacle incontournable, l'élément distinctif irréductible. Pourtant, il est possible d'aller beaucoup plus loin.

6. Pour plaider l'unification des régimes de responsabilité, il convient de mettre en évidence les identités de fonctionnement des deux systèmes dans le seul domaine où désormais, ils semblent se différencier : les faits générateurs. La faute, le fait des choses et le fait d'autrui sont communs aux responsabilités délictuelles et contractuelles, ce qui suppose dès lors d'envisager l'inexécution du contrat, non pas comme le fait générateur de la responsabilité

contractuelle, mais comme un résultat d'un des faits générateurs précédemment évoqués. En adoptant cette perspective le schéma général de la responsabilité contractuelle ressemble à s'y méprendre à celui de la responsabilité délictuelle, d'autant mieux que l'inexécution n'est qu'un élément de désignation d'un régime, et non un élément essentiel à la responsabilité.

L'inexécution à la croisée des chemins

S'il est indéniable que la responsabilité contractuelle ne peut être engagée qu'à condition que l'inexécution cause un préjudice, il faut également considérer un autre rapport de causalité : l'inexécution contractuelle est elle-même causée par un fait générateur.

La causalité entre l'inexécution et le dommage

7. Conformément à ce que retient la jurisprudence<sup>19</sup> et malgré les vibrants et brillants plaidoyers d'une certaine doctrine en faveur de la simple réparation de l'inexécution contractuelle par équivalent, il est nécessaire de constater un préjudice spécifique issu de l'inexécution contractuelle<sup>20</sup>. L'article 1147 lui-même impose la constatation d'un dommage, en nous livrant deux indices : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation... ». Tout d'abord, osera-t-on rappeler que dans « dommages et intérêts », expression choisie par les rédacteurs du code, il y a ... « dommage » ? L'incidente « s'il y a lieu » est également très significative : l'inexécution ne donnera lieu à des dommages et intérêts que « s'il y a lieu », autrement dit, s'il y a dommage<sup>21</sup>. Observons encore que le principe de réparation intégrale du préjudice a pour corollaire l'idée que le montant des dommages-intérêts compense un préjudice chiffré, pas moins, pas davantage. Ce principe, en matière contractuelle, apparaît à l'article 1151 du code civil : même en cas de dol du débiteur, « les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est la *suite* immédiate et directe de l'inexécution de la convention ». La simple constatation de l'inexécution ne suffit pas, la responsabilité civile n'enrichit pas les victimes : il faut constater une perte ou une privation de gain, « *suite* », conséquence de l'inexécution. L'article 1142 qui dispose qu'une « obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution » pose une présomption de préjudice, que les juges considèrent comme irréfragable<sup>22</sup> ou simple<sup>23</sup> selon qu'ils admettent ou non la preuve de l'absence d'un préjudice issu de l'inexécution.

8. Force est de constater que deux éléments sont nécessaires à la responsabilité contractuelle : un dommage et une inexécution contractuelle. Les auteurs en concluent que l'inexécution du contrat est *le* fait générateur de la responsabilité contractuelle. Cette idée suscite une belle unanimité : « La responsabilité contractuelle entre en jeu dès lors que le dommage prévisible résulte de l'inexécution du contrat »<sup>24</sup> ; « Le fait générateur de la responsabilité contractuelle est constitué par l'inexécution d'une obligation prévue au contrat »<sup>25</sup>. Le projet Catala de réforme du droit des obligations n'est pas en reste puisque l'article 1340 alinéa 2 dispose : « Toute inexécution d'une obligation contractuelle ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre » ; cet alinéa 2 est à mettre en parallèle avec l'alinéa 1 qui dispose : « Tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage ... » et M<sup>me</sup> Viney renchérit dans sa présentation : le fait générateur de la responsabilité contractuelle est l'inexécution<sup>26</sup>. La jurisprudence est en parfait accord avec cette manière de voir. Dans une affaire de réparation insuffisante d'un camion, la Cour de cassation reproche à une cour d'appel de n'avoir « pas caractérisé le lien de causalité entre l'inexécution de l'obligation contractuelle et le dommage »<sup>27</sup>.

9. Par ailleurs, la doctrine majoritaire considère que l'inexécution est en principe synonyme de faute : selon Domat, « le défaut de s'acquitter d'un engagement est aussi une faute »<sup>28</sup> ; « Cette dernière est sous-entendue dans la mention par (l'article 1147 du code civil) de l'inexécution »<sup>29</sup>, écrit M. Le Tourneau ; et le doyen Carbonnier affirme : « Parlant de responsabilité contractuelle, il est devenu tout à fait usuel de transposer ici l'analyse à laquelle se prête l'article 1382, et c'est ainsi que le droit à dommages-intérêts est subordonné à la triple constatation d'un dommage, d'une faute et d'une relation de cause à effet entre la faute et le dommage (...) L'article 1147 parle d'inexécution, mais non pas de la faute : c'est sans

doute que la faute peut être regardée comme impliquée dans l'inexécution » (30). M. Tallon renchérit : « Quant à la faute, elle se confond avec l'inexécution de l'obligation et elle n'est pas un élément supplémentaire qui s'ajoute à l'inexécution » (31). La jurisprudence retient également cette analyse dans certains arrêts : « La cour d'appel a caractérisé la faute contestée en constatant l'inexécution d'une obligation de cette nature » (32).

10. Ces références sont nombreuses, leur autorité est écrasante ; comment dès lors, oser envisager une alternative ? Il convient pourtant de distinguer l'inexécution dommageable d'une part et son fait générateur d'autre part.

La causalité entre le fait générateur et l'inexécution

11. Le professeur Dejean de la Bâtie l'affirme de très longue date : « La faute n'est qu'un cas particulier d'exécution défectueuse du contrat, cas à côté duquel il faudrait faire place à la défaillance des choses utilisées » (33). Dès lors, l'inexécution dommageable peut avoir plusieurs explications, plusieurs causes, qui sont les suivantes selon les acceptions retenues par le droit français : la faute, le fait anormal d'autrui, que le contractant s'est substitué pour exécuter le contrat, le fait anormal d'une chose, utilisée pour exécuter le contrat. Les principes européens de la responsabilité civile retiennent également la faute et le fait du préposé, le troisième fait générateur étant l'activité dangereuse (34).

La faute à l'origine de l'inexécution dommageable

12. La faute contractuelle est le fait générateur le plus évident, le seul pour certains comme on l'a vu, considérant que l'inexécution et la faute ne font qu'un. Un examen attentif démontre pourtant qu'on peut les distinguer : il y a, d'une part, « mal faire » et d'autre part, un résultat, l'inexécution. L'article 1151 confirme : « Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur... » ; la faute est la cause de l'inexécution, l'inexécution est le résultat, et non le fait générateur. Dans les faits, appréhender l'inexécution comme le résultat d'une faute causale reste souvent difficile à percevoir puisque, souvent, lorsqu'il y a l'inexécution d'une obligation de faire, il y a une abstention... Pour plus de clarté, nous n'avons donc retenu que des exemples d'obligations de faire très consistantes, ou des obligations de ne pas faire.

- Une femme enceinte se rend dans la clinique où son médecin assurait le suivi de sa grossesse. Elle se plaint de douleurs violentes. A ce moment, son médecin se trouve dans son cabinet en ville, il est appelé mais pense que l'un de ses collègues doit arriver d'ici très peu de temps prendre son service à la clinique. Ce n'est hélas pas le cas et l'enfant qui naît dans de mauvaises conditions en garde de très graves séquelles. La clinique voit sa responsabilité engagée pour faute : les horaires de services étaient très mal organisés et peu contraignants. Cette mauvaise organisation (la faute) est la cause de l'inexécution de l'obligation de la clinique, qui est tenue « en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant à son patient, ... de lui procurer des soins qualifiés » (35). La faute (mauvaise organisation) est distincte de l'inexécution (soins qualifiés non procurés), elle en est l'origine causale. Cette inexécution est elle-même la cause d'un préjudice, distinct de l'inexécution.

- Des médecins avaient fondé ensemble une société, le contrat stipulant que, si l'un d'eux se retirait, il ne pouvait s'installer dans un rayon de 20 km. L'un des médecins cessa sa collaboration et s'installa à 400 m de son ancien lieu de travail. Cette installation est une faute qui est la cause de l'inexécution de son obligation (36). Notons au passage que cette inexécution, en l'occurrence, n'est elle-même la cause d'aucun préjudice constaté ; la première chambre civile de la Cour de cassation souligne qu'en matière d'obligation de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages et intérêts par le seul fait de la contravention. Quoi qu'il en soit, ce cas d'espèce permet de mettre en évidence le schéma général constitué d'un fait anormal, causant une inexécution contractuelle, causant (ou pas) un préjudice.

- Une personne loue un local à usage commercial et d'habitation à un couple. Elle pose un cadenas et un grillage qui empêche l'accès à une partie des locaux loués. Les époux demandent réparation : cette faute est la cause d'une inexécution partielle du contrat.

Précisons que l'inexécution n'est la cause d'aucun préjudice puisque le lieu fermé était occupé par des oiseaux qui l'avaient dégradé et les locataires ne l'utilisaient pas<sup>437</sup>. La troisième chambre civile considère que l'inexécution d'une obligation de ne pas faire ne suffit pas, encore faut-il démontrer un préjudice.

Planiol, déjà, avait fait cette observation : « Lorsque l'inexécution de l'engagement est due à une faute de sa part, c'est que l'inexécution a pour cause un acte qui lui est imputable, et cet acte est nécessairement distinct de l'inexécution, puisqu'il en est la cause »<sup>438</sup>. Dès lors, s'il est indéniable que l'inexécution doit causer un préjudice, il apparaît également que l'inexécution du contrat est un résultat<sup>439</sup>, obtenu suite à un événement anormal intervenu dans la sphère d'influence du débiteur, en l'occurrence une faute ; ce fait anormal peut également être celui d'un préposé.

Le fait anormal d'autrui à l'origine de l'inexécution dommageable

13. Le fait d'autrui est envisagé dans le droit français de façon plus large que dans les Principes européens qui n'envisagent que le fait du préposé. Pour la matière contractuelle qui nous préoccupe, cette limite ne pose guère de problèmes. La responsabilité contractuelle du fait d'autrui a été contournée, souvent dissimulée par la Cour de cassation sous une pseudo-faute ; les juges ont également préféré appliquer la responsabilité délictuelle et l'article 1384 alinéa 5<sup>440</sup>.

- Un patient subit une intervention chirurgicale, l'anesthésiste le place dans une mauvaise position qui entraîne une paralysie de sa main droite. La responsabilité contractuelle du chirurgien est engagée sur le fondement d'une faute personnelle : il est tenu de faire bénéficier la patiente de soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science. En réalité, il s'agit bel et bien d'une responsabilité contractuelle fondée sur le fait anormal d'autrui<sup>441</sup>.
- Une femme de ménage cause des dégradations dans le bureau d'une société. L'entreprise de nettoyage qui l'emploie voit sa responsabilité engagée. Bien qu'il y ait un contrat entre l'entreprise de nettoyage et la société victime, et un dommage dû au fait d'un préposé, c'est la responsabilité délictuelle du fait d'autrui qui fonde la condamnation<sup>442</sup>. Il est effectivement possible de considérer que le dommage résulte d'un coup de folie et est sans rapport avec une mauvaise exécution du contrat. D'un autre côté, la salarié a bien agi dans ses fonctions, dans le cadre de l'exécution du contrat pour le compte de l'entreprise de nettoyage. Si cette femme de ménage avait accompli ce même travail en son nom propre, c'est bien sa responsabilité contractuelle qui eut été engagée<sup>443</sup>. Quoi qu'il en soit, un comportement fautif d'un préposé du cocontractant est à l'origine d'une inexécution du contrat ; on a donc bien, ici, un cas dissimulé de responsabilité contractuelle du fait d'autrui.
- Cette hypothèse atypique rejoint celle des préposés de sociétés de gardiennage qui se livrent à des actes de vol dans les entreprises qu'ils sont censés surveiller ; là encore, la Cour de cassation retient une responsabilité délictuelle du fait d'autrui, tout en rejetant l'idée d'un abus de fonction<sup>444</sup>. Il y a, en fait, un comportement fautif du préposé du cocontractant, qui est à l'origine d'une exécution défectueuse et dommageable du contrat.
- Le même article 1384 alinéa 5 fonde la responsabilité d'une banque à l'égard d'un client cocontractant, du fait d'un préposé qui a détourné des fonds sur le compte courant de ce client<sup>445</sup>.

14. Il est pourtant des occasions où la Cour de cassation se laisse tenter : les juges ne prennent plus la peine de rechercher une pseudo-faute de la clinique (ou autre organisme) qui utilise les services d'un personnel de santé. Les juges reconnaissent la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, et l'on peut constater qu'à l'évidence, ce fait anormal d'autrui est le fait générateur de l'inexécution. Dès les années 1960, il est admis que le chirurgien « répond des fautes que peut commettre le médecin auquel il a recours pour l'anesthésie, et qu'il se substitue, en dehors de tout consentement du patient, pour l'accomplissement d'une partie inséparable de son obligation »<sup>446</sup>. La Cour de cassation précise qu'« un



établissement de santé privé est responsable des fautes commises tant par lui-même que par ses substitués ou ses préposés qui ont causé le préjudice à ce patient » (47). On ne peut être plus explicite : il y a responsabilité contractuelle du fait anormal d'autrui, ce fait d'autrui étant fait générateur de l'inexécution (le non-accomplissement d'une partie de l'obligation).

Il demeure que la responsabilité contractuelle du fait d'autrui est quelque peu mise sous le boisseau, y compris lorsqu'un texte spécifique l'organise. Ainsi en matière de contrat de bail, l'article 1735 dispose que « le preneur est tenu des dégradations et des pertes qui arrivent par le fait des personnes de sa maison ou de ses sous-locataires », cette disposition issue de l'ancien droit devant être interprétée au sens large, comme le démontrent tous les auteurs anciens et modernes. La jurisprudence ne l'entend pourtant pas ainsi (48)...

Nos voisins allemands n'ont pas eu ces préventions à l'égard de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui : le BGB mentionne précisément ce cas de responsabilité (49) et les juridictions l'utilisent même pour palier les insuffisances de la responsabilité délictuelle, trop étroitement définie (50). C'est ainsi que dans le cadre d'un « contrat avec effet protecteur à l'égard de tiers », ce tiers peut engager la responsabilité contractuelle du débiteur du fait de son préposé ayant mal exécuté le contrat (51).

L'inexécution peut être causée par une faute, du responsable ou de son préposé, mais également par une chose utilisée pour exécuter le contrat.

Le fait anormal de la chose à l'origine de l'inexécution dommageable

15. La responsabilité contractuelle du fait de la chose a été admise par la Cour de cassation après des hésitations comparables à ce qui a été précédemment décrit. Très longtemps, le fait anormal d'une chose était dissimulé par les juges derrière une pseudo-obligation inexécutée ou une pseudo-faute.

- Un éléphant, dans le parc zoologique de Thoiry, lance des pierres sur les voitures des visiteurs. Une femme est blessée. La responsabilité du parc zoologique est engagée, non pas du fait anormal de l'éléphant alerte et primesautier, mais sur le fondement d'une « faute » : des précautions insuffisantes ont été prises, compte tenu de la force et de l'adresse de ces animaux, pour éviter qu'ils ne jettent une pierre contre les voitures (52). Un fait de l'éléphant est le fait générateur d'une inexécution.
- Une femme est victime d'un accident à l'arrivée d'un remonte-pente, son doigt est arraché. Les juges relèvent que le matériel ne présentait aucune anomalie. Ils en déduisent, non pas l'absence de fait anormal de la chose, mais l'absence de « faute » (53). Le fait du remonte-pente est bel et bien le fait générateur envisagé de l'inexécution de l'obligation de sécurité.
- Une femme est assise sur une chaise de bar neuve qui s'effondre sous son poids pourtant raisonnable. Le cafetier doit l'indemniser car il n'a pas exécuté son « obligation de mettre à la disposition des clients des sièges suffisamment solides pour ne pas s'effondrer sous leur poids » (54), une pseudo-obligation bien compliquée qui dissimule maladroitement une simple responsabilité contractuelle du fait anormal de la chose (55), fait générateur cause de l'inexécution de l'obligation de sécurité.
- Lorsque les juges affirment que le médecin est tenu d'une « obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical » (56), il est évident que c'est une responsabilité contractuelle fondée sur le fait anormal d'une chose qui est retenue ; ce qui est confirmé par l'exigence que le patient démontre que ces matériels « sont à l'origine de son dommage » : l'exigence de l'intervention d'un chose anormale est ici semblable à celle posée en responsabilité délictuelle du fait des choses.
- Il en est de même des infections nosocomiales, par principe à la charge des médecins ou cliniques (57) : ils sont à l'évidence, responsables contractuellement du fait d'une chose, il n'y a aucune faute de leur part. L'inexécution de l'obligation de sécurité est le résultat de la présence anormale des germes dans le matériel utilisé.

16. La Cour de cassation a parfois admis explicitement la responsabilité contractuelle du fait des choses : l'inexécution contractuelle peut bel et bien être causée par le fait anormal d'une chose.

L'affaire de 1995 est très connue : un enfant s'est blessé avec un cerceau dans la cour d'une école privée. L'établissement scolaire est redevable de dommages et intérêts, il est responsable contractuellement des dommages causés aux élèves « non seulement par sa faute, mais encore par le fait des choses qu'il met en oeuvre pour l'exécution de son obligation contractuelle » (58).

Effectivement, « le fait délictueux des choses est un fondement rationnel de la responsabilité civile, qu'on ne devrait même pas avoir besoin de déguiser sous l'apparence d'une défaillance humaine » (59).

Hélas, cette excellente initiative de 1995 ne perdurera pas, la Cour de cassation renouant rapidement avec ses anciens raisonnements (60) : une cavalière prenant des leçons dans un club d'équitation est victime d'une chute, son cheval ayant fait « un écart ou une ruade ». Les juges relèvent que l'animal n'était absolument pas dangereux mais préfèrent se fonder sur « l'absence de faute du centre équestre » (61). Ces atermoiements de la jurisprudence n'excluent pas que la solution est possible, l'arrêt de 1995 en est la démonstration, et ce ne serait pas la première fois que la Cour de cassation après une innovation tonitruante, hésite et recule, pour y revenir finalement définitivement quelques années plus tard (62). Il est probable que nous assistions ici à un « travail de refoulement de la responsabilité du fait des choses » comparable à celui que connut la responsabilité délictuelle de 1896 à 1930 (63).

L'activité dangereuse à l'origine de l'inexécution dommageable

17. L'activité dangereuse est l'un des trois faits générateurs de responsabilité dans les Principes européens du droit de la responsabilité. Au titre de la responsabilité sans faute, il est précisé que « toute personne pratiquant une activité anormalement dangereuse est de plein droit responsable des dommages causés, dès lors que ceux-ci sont caractéristiques du risque présenté par l'activité et qu'ils en résultent » (64). Cette disposition permet de palier l'absence de responsabilité du fait des choses grâce à un mécanisme de responsabilité présenté comme « sans faute » mais qui n'est pas dénué de toute dimension morale puisqu'on reproche tout de même au responsable d'avoir entrepris une « activité dangereuse » (65). Cette notion n'existe pas dans le droit français positif de la responsabilité civile. La jurisprudence est presque mutique sur la question qui n'apparaît en responsabilité contractuelle que de façon rarissime : soit les juges ont constaté que le responsable proposait une activité dangereuse et avait dès lors une obligation de sécurité renforcée (66), soit les juges ont constaté que le client avait entrepris une activité dangereuse que le contractant responsable n'avait pas empêchée (67).

18. Le projet Catala propose d'introduire la notion d'activité dangereuse, le texte étant présenté comme une manière d'harmoniser le droit civil français avec le droit administratif et avec les autres systèmes juridiques européens. Il est même précisé dans la présentation que cette responsabilité fondée sur les activités dangereuses pourrait, selon certains auteurs, remplacer la responsabilité du fait des choses telles que nous la connaissons (68).

L'engouement soudain de la doctrine pour cette notion semble un curieux suivisme. Les projets internationaux de responsabilité l'envisagent, certes, mais c'est un succédané de la responsabilité du fait des choses, purement objective en droit français, la notion d'activité « dangereuse » permettant d'ajouter une dimension fautive à laquelle nos voisins sont tellement attachés : ne peut-on pas reprocher au responsable d'avoir entrepris une telle activité ? Cette substitution dans le droit français serait un recul considérable, alors qu'il est possible au contraire, de faire de cette proposition une chance, ce que souligne d'ailleurs M. Viney dans sa présentation. L'article 1362 dispose : « Sans préjudice de dispositions spéciales, l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse, même licite, est tenu de réparer le dommage consécutif à cette activité. Est réputée anormalement dangereuse l'activité qui crée un risque de dommages graves pouvant affecter un grand nombre de personnes simultanément ». Cette

disposition ajoutée au droit positif serait une possibilité pour le droit français de prendre en compte de façon plus complète les hypothèses de dommages de masse<sup>69</sup>, et elle constituerait un nouveau fait générateur intéressant, notamment s'il résulte, de l'activité dangereuse, des inexécutions contractuelle de même type avec dommages en grand nombre.

19. Puisqu'il est nécessaire que l'inexécution soit dommageable, on peut considérer qu'il existe un lien de causalité entre l'inexécution et le dommage ; il existe par ailleurs un lien de causalité entre un fait générateur et l'inexécution de l'obligation. La responsabilité contractuelle comprend deux liens de causalité. C'est un peu trop ... d'autant que le but originel de notre propos est de convaincre le lecteur qu'une fusion est possible entre la responsabilité contractuelle et délictuelle. En réalité, le lien de causalité principal et prépondérant se situe entre les différents faits générateurs d'une part et le préjudice d'autre part, l'inexécution du contrat n'étant qu'un élément annexe utile seulement à la désignation d'un régime applicable.

L'inexécution au bord du chemin

20. La fusion des deux régimes suppose que leur fonctionnement repose sur un schéma semblable comprenant trois éléments : un fait anormal, un lien de causalité, un préjudice. Ceci suppose de résoudre la question précédemment soulevée de la dualité des liens de causalité dans la responsabilité contractuelle. Les quelques différences de régimes demeurant pourront être résorbées d'autant plus facilement.

Résolution de la question de la dualité des liens de causalité dans la responsabilité contractuelle

21. Dans le système de responsabilité contractuelle tel que décrit précédemment, il y a une première relation de cause à effet entre le fait anormal et l'inexécution et une seconde relation de cause à effet entre l'inexécution et le dommage. En réalité, l'inexécution est certes un résultat du fait générateur, mais un résultat annexe. La condition première de la responsabilité est l'existence d'un préjudice ; l'existence de l'inexécution n'est pas déterminante, sa constatation est seulement utile à désigner le régime de responsabilité applicable. Le lien de causalité issu du fait générateur est prépondérant, ce qui peut être mis en évidence par un rappel concernant les mécanismes d'exonération et l'utilisation du principe de non-cumul. Ce rappel sur le principe de non-cumul permettra de constater que l'inexécution n'est qu'une condition préalable, simplement utile au choix d'un régime de responsabilité, et n'est nullement nécessaire à sa mise en oeuvre.

Exonération et rupture du lien de causalité issu du fait générateur

22. Revenons aux sources. La responsabilité consiste à exiger le versement de dommages-intérêts d'une personne (d'un patrimoine) qui a vu surgir, dans sa sphère d'autorité ou d'influence<sup>70</sup>, l'événement anormal qui explique le dommage. Le lien de causalité peut être défini comme la propagation d'une défectuosité, une « empreinte continue du mal » : « la causalité n'est pas un enchaînement de faits quelconques, n'appelant aucun jugement de valeur ; elle suppose, en réalité, qu'il y a eu propagation du mal depuis le fait imputé au défendeur jusqu'à l'atteinte subie par la victime »<sup>71</sup>. La causalité est donc la défectuosité qui explique le dommage<sup>72</sup>. Le responsable qui cherche à s'exonérer va tenter de démontrer, soit que l'événement apparu dans sa sphère d'autorité est dépourvu d'anormalité, soit que la cause réelle du dommage se trouve en dehors de sa sphère d'autorité. Les deux possibilités se rejoignent dans le cas d'école de l'arbre qui s'effondre sur la toiture du voisin : le propriétaire de l'arbre cherche à démontrer que la cause réelle du préjudice de son voisin est une tempête, irrésistible, un cas de force majeure ; le fait de l'arbre, qu'on croyait anormal, en réalité est normal, compte tenu des circonstances, et le lien de causalité entre le fait de l'arbre et le dommage est rompu par le fait exonératoire. Ou encore, il tente de s'exonérer partiellement en démontrant qu'une autre personne est également à l'origine du dommage, le lien de causalité est atténué ou partagé.

23. En matière contractuelle, quel est le lien de causalité rompu en cas d'exonération par la



force majeure ? S'agit-il du lien de causalité entre le fait générateur et l'inexécution ? Ou bien s'agit-il du lien de causalité entre l'inexécution et le dommage ?

Le code civil donne un indice à ce sujet. L'article 1147 prévoit l'indemnisation par le débiteur « toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputé ». C'est bien l'inexécution qui « provient de la cause étrangère », elle est un simple résultat (de même que l'article 1151 mentionne qu'elle peut être le résultat d'une faute). La causalité, qui doit être rompue par la démonstration de la cause étrangère, est en amont de l'inexécution ; la cause étrangère rompt le lien entre un fait anormal (faute par exemple) et son résultat, l'inexécution. La jurisprudence confirme cette analyse.

L'Assemblée plénière précise en 2006 « qu'il n'y a lieu à aucun dommages-intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ; qu'il en est ainsi lorsque le débiteur a été empêché d'exécuter par la maladie... » (73). Il apparaît clairement ici que l'inexécution est le résultat de l'événement irrésistible, le débiteur démontrant que nulle anomalie n'est intervenue dans sa sphère d'autorité.

24. Lorsque l'exonération est fondée sur la simple absence de causalité, c'est le lien de causalité avec le préjudice qui est alors envisagé. Mais les juges évoquent alors l'absence de causalité entre « la faute et le dommage » (74) [ou, par abus de langage, entre l'inexécution et le dommage (75)]. C'est encore la causalité issue du fait générateur qui est évoquée. Dans ces affaires, les juridictions traitent de fautes sans lien avec le préjudice. La circonstance que cette faute ait provoqué une inexécution contractuelle n'a aucune conséquence sur la solution : toute responsabilité est écartée, peu importe qu'elle soit contractuelle ou délictuelle. L'inexécution est parfois évoquée, elle est même indéniable et le débiteur ne s'esquivera pas en démontrant l'absence d'inexécution. Et pour cause : dans ces affaires, la responsabilité contractuelle était en jeu, et l'inexécution dommageable est une condition *préalable* à l'invocation de la responsabilité contractuelle.

L'inexécution : constatation préalable à la recherche d'un fait générateur, cause du dommage

25. Pour désigner le régime contractuel comme applicable et résoudre la question du non-cumul des responsabilités, il convient de se demander s'il y a un contrat valable et si une obligation contractuelle a été inexécutée. Il s'agit là de deux conditions préalables dont l'existence conditionne le choix du régime mis en oeuvre, soit contractuel, soit délictuel. Ce n'est que lorsque ces deux éléments seront déterminés (l'existence du contrat et l'inexécution), et le régime désigné, que l'on pourra ensuite s'interroger sur l'existence d'un fait générateur.

26. Les mécanismes de présomption dissimulent bien souvent cette étape suivante de la recherche du fait générateur ; ceci laisse penser que l'inexécution domine la responsabilité contractuelle. Mais ces présomptions existent également en matière de responsabilité délictuelle. Rappelons très brièvement qu'en matière délictuelle, en cas de constatation d'un dommage, la victime bénéficie très fréquemment de présomption de responsabilité. Certes, si c'est la responsabilité du fait personnel qui est recherchée, une faute à l'origine du dommage doit être établie. Mais si une chose est matériellement intervenue dans le dommage, la responsabilité est présumée, ce qui consiste à présumer la causalité, c'est-à-dire l'anomalie expliquant le dommage (76). Ce même type de présomption existe en matière contractuelle.

Dans l'hypothèse où une obligation de résultat n'est pas exécutée, la responsabilité du contractant défaillant est présumée : « la cour a caractérisé la faute contestée en constatant l'inexécution d'une obligation de résultat » (77) ; « l'obligation de résultat ... emporte à la fois présomption de faute et présomption de causalité entre la faute et le dommage » (78). Les juges présumant le fait générateur : soit le contractant a commis une faute, soit une chose utilisée a anormalement « réagi », soit une autre personne dans sa sphère d'autorité s'est comportée anormalement.

Dans l'hypothèse où une obligation de moyens n'est pas exécutée, la responsabilité du contractant défaillant n'est plus présumée. La victime devra démontrer que ce contractant a commis une faute, ou qu'une chose utilisée pour exécuter le contrat était anormale, défaillante, ou qu'un préposé s'est comporté anormalement (79). Prenons le cas de la responsabilité médicale : si le patient ne guérit pas, il n'obtiendra réparation que s'il démontre une faute du médecin, une défaillance d'un appareil utilisé, ou encore une défaillance d'un salarié de l'établissement de soin.

27. Par conséquent, on constate ici encore que les faits générateurs du dommage sont les mêmes en matière contractuelle et délictuelle et que les éléments essentiels de la responsabilité sont bien le préjudice, le lien de causalité et le fait générateur. La circonstance de l'inexécution contractuelle est un préalable permettant le choix du régime, qui n'intervient plus lors de sa mise en oeuvre (sauf à la marge, nous y reviendrons). Les fautes délictuelles et contractuelles sont définies de la même façon et une même faute peut donner lieu à une indemnisation sur les deux fondements, comme l'a rappelé l'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans son très fameux arrêt du 6 octobre 2006 : « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage » (80). Inversement, une faute d'un tiers peut être à l'origine d'une inexécution contractuelle : « même s'il n'est pas débiteur de la commission, l'acquéreur dont le comportement fautif a fait perdre celle-ci à l'agent immobilier doit, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, réparation à cet agent immobilier de son préjudice » (81) ; soit dit en passant, on voit ici encore que l'inexécution est bien un résultat du fait générateur et non le fait générateur lui-même...

Les éléments nécessaires à la responsabilité contractuelle sont donc le fait générateur, la causalité, le dommage (qui se trouve être une inexécution dommageable), ainsi qu'une imputation du fait générateur à un responsable (82). Les responsabilités délictuelles et contractuelles sont donc très proches et leur fusion serait dès lors très simple à opérer.

La résorption des dernières distinctions

28. Mis à part le phénomène de ce que Josserand appelait le « forçage du contrat » (83), avec l'invention des obligations prétoriennes de sécurité et d'information, il faut reconnaître que le régime de la responsabilité contractuelle a été peu à peu restreint au service minimum (84). La Cour de cassation l'a limité à la stricte période d'exécution de l'obligation principale du contrat (85). La responsabilité contractuelle est écartée en matière professionnelle, lorsque des obligations de conseil dues par des officiers ministériels sont inexécutées (86) ; il en est de même en cas d'abus d'un droit en matière contractuelle (87) ; et chacun a en tête l'arrêt *Besse* et la jurisprudence sur l'effet relatif du contrat (88). Les régimes de responsabilité spécifiques en cas de produit défectueux ou accident de la circulation montrent que les spécificités du régime contractuel ne sont pas incontournables.

Le phénomène de forçage du contrat lui-même, qui tendrait à accroître le domaine de la responsabilité contractuelle, n'est pas inéluctable. La fusion des régimes permettrait de traiter l'ensemble des préjudices corporels sans passer par les contestables obligations prétoriennes de sécurité. Du reste, le projet des Principes de droit européen de la responsabilité civile dispose qu'il existe, un « devoir d'agir positivement pour protéger autrui d'un dommage », dans des situations qui recoupent nos responsabilités délictuelles ou contractuelles, notamment « lorsque les parties entretiennent des relations particulières » (89), ce qui évoque irrésistiblement les relations contractuelles. Ajoutons que le projet Catala envisage précisément de lever le principe du non-cumul des régimes de responsabilité pour les dommages corporels qui pourront être indemnisés sur le fondement de la responsabilité délictuelle, même en cas de manquement à une obligation contractuelle de sécurité (90) ; ce qui démontre encore que ce régime contractuel est loin d'être indispensable.

29. Les quelques particularismes de la responsabilité contractuelle peuvent aisément être repris dans un régime général englobant les deux mécanismes de la responsabilité ; ils paraissent insuffisants pour justifier que perdure la dualité des régimes. Concernant tout

d'abord la réparation du dommage prévisible ou la validité des conventions de responsabilité : la spécificité essentielle de la responsabilité contractuelle est la possibilité de limiter à l'avance l'ampleur de la réparation en cas de préjudice. La plupart des auteurs considèrent que le maintien de ces clauses est extrêmement important : le souci est de préserver les prévisions des parties et d'éviter la dénaturation du contrat<sup>100</sup>(91). Un régime de responsabilité unique n'impose pas l'abandon de ces spécificités.

30. Au contraire, elles pourraient être étendues à d'autres situations, proches des situations contractuelles, comme le suggère le texte des Principes de droit européen de la responsabilité civile : l'étendue de la responsabilité dépend de « la prévisibilité du dommage par une personne raisonnable au moment de l'activité, eu égard notamment à la proximité dans le temps ou dans l'espace de l'activité dommageable et de ses conséquences, ou de l'importance du dommage face aux conséquences normales d'une telle activité »<sup>100</sup>(92).

Cette même suggestion apparaît également dans le projet Catala de réforme du droit français des obligations : ce projet propose d'étendre les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité aux situations de voisinage et de quasi-contrat<sup>100</sup>(93). Les Principes de droit européen de la responsabilité civile prévoient que la responsabilité, fondée sur toute « activité ou conduite en l'absence de laquelle le préjudice ne serait pas survenu » est limitée par « la prévisibilité du dommage par une personne raisonnable au moment de l'activité »<sup>100</sup>(94), ce qui paraît peut-être de nature à pénaliser un peu trop les victimes.

31. Quoi qu'il en soit, on pourrait donc très bien concevoir un système unifié de responsabilité qui prévoie la possibilité de limiter sa responsabilité, pour les situations contractuelles, de voisinage et de quasi-contrat, sous réserve que les obligations essentielles soient préservées, conformément à la jurisprudence actuelle<sup>100</sup>(95).

Concernant l'exigence de mise en demeure, les compétences juridictionnelles ou les lois applicables, les conventions de la responsabilité nous montrent ici la voie : les spécificités procédurales peuvent être prévues pour les situations contractuelles et étendues aux situations de voisinage et quasi contractuelles.

32. Depuis longtemps déjà, des auteurs affirment que la différence d'origine des obligations délictuelle et contractuelle à laquelle certains sont tellement attachés n'est finalement pas irréductible. Grandmoulin écrivait dès 1892 que « l'obligation secondaire de réparer, sanction de l'infraction aux obligations primaires nées de la loi ou du contrat, a une origine légale »<sup>100</sup>(96). Planiol, faisant écho à la thèse de Grandmoulin, plaidait également pour l'abandon de cette distinction artificielle : « la violation d'une obligation contractuelle peut toujours se ramener à la violation d'une obligation légale (...) cet acte, qui constitue la faute, est contraire à la loi qui commande d'exécuter les conventions (...) la faute, même dans les contrats, est délictuelle »<sup>100</sup>(97). Esmein réitéra le plaidoyer contre cette distinction des régimes de responsabilité reposant sur une simple « croyance apprise », en s'appuyant sur l'exemple d'une chute dans l'escalier : « je ne vois pas pour quelle raison le propriétaire de la maison d'habitation serait traité autrement que l'entrepreneur de spectacle (...) Ne peut-on pas, dans le cas visé, et dans beaucoup d'autres, unifier les conditions de responsabilité ? »<sup>100</sup>(98). Tunc, dans son ouvrage sur la responsabilité civile réédité en 1989 revenait sur les effets regrettables de cette distinction, qui conduit à traiter des événements dépourvus de différences fondamentales avec des règles différentes, ces règles aboutissant à un résultat final identique ; « Les différences de fondement et de régime des deux types de responsabilité apparaissent plus ou moins absurdes quand la même activité peut créer une responsabilité qui serait contractuelle à l'égard d'une partie et délictuelle à l'égard d'un tiers »<sup>100</sup>(99). Il prônait également la fusion des deux régimes de responsabilité. Des auteurs contemporains, dont le rôle est majeur dans la discipline, enchérissent en ce sens, ou proposent de réduire le domaine de la responsabilité au strict nécessaire<sup>100</sup>(100). La responsabilité contractuelle devrait peu à peu être éclip­sée.

33. La doctrine pourrait s'alarmer de ce que les extensions considérables et très critiquées de responsabilité, opérée sur le terrain délictuel<sup>100</sup>(101), soient alors étendues aux dommages apparus entre contractants : le simple fait causal tend à justifier une responsabilité. Mais,

plutôt que de s'entêter à limiter la responsabilité sur le terrain des faits générateurs, en les définissant de façon complexe et en tentant de multiplier les exceptions, la doctrine, obnubilée par l'origine du dommage, ne devrait-elle pas plutôt s'intéresser à ce que demande la victime ? C'est sur le terrain de la définition de la causalité<sup>102</sup>, des préjudices et de l'imputation que le droit de la responsabilité doit être sérié.

**Mots clés :**

RESPONSABILITE CIVILE \* Généralités \* Responsabilité délictuelle \* Responsabilité contractuelle \* Fusion des régimes \* Europe  
CONTRAT ET OBLIGATIONS \* Responsabilité contractuelle \* Responsabilité délictuelle \* Fusion des régimes \* Europe

(1) European Group on Tort Law, <http://www.egtl.org/principles/project.htm> ; Projet Von Barr, [http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft\\_articles.htm](http://www.sgecc.net/pages/en/texts/index.draft_articles.htm) et Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Sellier, 2008.

(2) *Contra* J.-S. Borghetti, La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps, RTD. civ. 2010. 1<sup>103</sup>. Pour une première réaction à cette thèse de M. Borghetti, A. Guéguan, La place de la responsabilité objective, fait des choses/fait des activités dangereuses, Journées stéphanoises, <http://grerca.univ-rennes1.fr>.

(3) P. Widmer, La responsabilité pour choses et activités dangereuses dans les projets européens, journées stéphanoises, p. 10, site du GRERCA

(4) O. Berg, La protection des intérêts corporels en droit de la réparation des dommages, droit français et allemand, Bruylant/LGDJ, 2007, n° 13 et 14. M. Borghetti est très au fait du droit allemand et cette idée de liberté apparaît comme essentielle dans sa démonstration : « La préservation d'un espace de liberté, au sein duquel les justiciables peuvent agir sans risquer d'engager leur responsabilité, n'est pas un objectif moins important que l'indemnisation des dommages », préc. n° 6. Et aussi : il faut « préserver la liberté d'action des justiciables, tout particulièrement des acteurs économiques » : J.-S. Borghetti, La responsabilité du fait des choses et/ou du fait des activités dangereuses, synthèse comparative, Journées stéphanoises, p. 1 et p. 7, site du GRERCA. V. également Ph. Le Tourneau, Verdeur de la faute dans la responsabilité civile, RTD. civ. 1987. 505, spéc. p. 506.

(5) O. Berg, préc. n° 13.

(6) P. Ricoeur évoque la culpabilité collective qui « résulte de l'appartenance de fait des citoyens au corps politique au nom duquel les crimes ont été commis », La mémoire, l'histoire, l'oubli, Seuil, 2000, p. 615.








(7) Pour rester sur les mêmes références, V. les ouvrages sur la problématique du mal et de la culpabilité du protestant P. Ricoeur, notamment La philosophie de la volonté, 2 : Finitude et culpabilité, Aubier, 1963.

(8) Art. 2043 Codice civile : Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno.



(9) Art. 2048 Codice civile ; Gaetano Annunziata, La responsabilita civile e le fatispecie di responsabilita presunta, CEDAM, 2008.

(10) Art. 2043, préc. Gaetano Annunziata, préc. p. 8.

(11) N. Dejean de la Bâtie, sous Aubry et Rau, Droit civil français, t. VI-2, Responsabilité délictuelle, Litec 1989, 8<sup>e</sup> éd. n° 1.

- (12) G. Viney, Introduction à la responsabilité, LGDJ, 2008, n° 36 et 67 ; N. Dejean de la Bâtie, préc. n° 1 ; P. Brun, Responsabilité civile extracontractuelle, Litec, 2005, n° 3 et 11 ; M. Fabre-Magnan, Droit des obligations, 2 - Responsabilité civile et quasi-contrats, Puf Thémis, 2007, p. 3 et 8 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Les obligations, Précis Dalloz, 2005, n° 696 ; P. Conte, P. Maistre du Chambon, La responsabilité civile délictuelle, PUG, 1994, p. 7 et 16.
- (13) P. Rémy, La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept, RTD. civ. 1997. 323  ; D. Tallon, L'inexécution du contrat : pour une autre présentation, RTD. civ. 1994. 223  ; Ph. Le Tourneau *et al.*, Droit de la responsabilité et des contrats, n° 802.
- (14) G. Viney, La responsabilité contractuelle en question, Mél. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 921.
- (15) V. *infra* n° 28 et D. Mazeaud, A partir d'un petit cas tragique outre-Rhin : retour sur le désordre de la distinction des ordres de responsabilité, Mél. Viney, LGDJ, 2008, p. 711.
- (16) G. Viney, préc. p. 922 et Introduction préc. n° 232 ; Tunc, Responsabilité civile, *Economica*, 1989, n° 38 s., n° 48.
- (17) Projet Catala, art. 1341.
- (18) Projet Catala, présenté par G. Viney, art. 1343 s.
- (19) « 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 » : not. Com. 8 mars 2005, n° 03-17.434 - Civ. 3<sup>e</sup>, 3 déc. 2003, n° 02-18.033, D. 2004. 395, et les obs.  ; *ibid.* 2005. 185, obs. P. Delebecque, P. Jourdain et D. Mazeaud  ; AJDI 2004. 204 , obs. S. Beaugendre  ; RTD civ. 2004. 295, obs. P. Jourdain  ; Civ. 1<sup>re</sup>, 26 févr. 2002, Bull. civ. I, n° 68 ; Defrénois, 2002. 759, obs. E. Savaux : « L'article 1145 du code civil ... ne dispense pas celui qui réclame réparation de la contravention à cette obligation d'établir le principe et le montant de son préjudice ».
- (20) Clin d'oeil : osera-t-on s'étonner de ce que ces mêmes auteurs nient certaines subtilités indispensables (le dommage né de l'inexécution) et soutiennent des distinctions moins utiles (le dommage et le préjudice) ?
- (21) Dans le même sens, déjà, Demolombe, Traité des contrats, t. 1, Paris 1868, n° 565. Pour une démonstration d'ensemble, G. Viney, La responsabilité contractuelle en question, préc.
- (22) Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mai 2007, Bull. civ. I, n° 212, V. *infra* n° 12.
- (23) Civ. 3<sup>e</sup>, 20 avr. 2005, Bull. civ. I, n° 96, V. *infra* n° 12.
- (24) Ph. Le Tourneau, Droit des obligations, n° 251 ; Egalement : P. Brun, Responsabilité civile extra-contractuelle, Litec, 2005, n° 115 et 126 ; M. Fabre-Magnan, Les obligations/1, Puf, n° 213 et Les obligations/2, n° 5.
- (25) L. Grynbaum, Droit civil, les obligations, Hachette, 2007, n° 309.
- (26) G. Viney, Présentation du projet de réforme du droit des obligations, Section 3. Dispositions propres à la responsabilité contractuelle. M. Viney paraît cependant beaucoup moins catégorique dans son Introduction à la responsabilité, préc. p. 286.
- (27) Civ. 1<sup>re</sup>, 15 nov. 2005, n° 03-18.541.
- (28) Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel, section IV du titre VIII du livre II.
- (29) Ph. Le Tourneau, préc. n° 1196.



- (30) J. Carbonnier, Droit civil, t. 4, Les obligations, Puf, Thémis, 2004, n° 155 et 156.
- (31) D. Tallon, préc., n° 16. Egalement : Ph. Malinvaud, Droit des obligations, Litec, 2005, n° 568 ; M. Fabre-Magnan, Droit des obligations/1, Puf, Thémis, n° 213.
- (32) Com. 12 juill. 2005, n° 04-13.272.
- (33) N. Dejean de la Bâtie, JCP G 1968. II. 15698. Dans le même sens, de nombreux autres auteurs, not. G. Viney, La responsabilité contractuelle en question, préc. p. 941.
- (34) Art. 1:101.
- (35) Civ. 1<sup>re</sup>, 13 nov. 2008, Bull. civ. I, n° 255.
- (36) Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mai 2007, Bull. civ. I, n° 212.
- (37) Civ. 3<sup>e</sup>, 20 avr. 2005, Bull. civ. III, n° 96.
- (38) Planiol, note D. 1896. 2. 457.
- (39) P. Grosser distinguait les dommages consubstantiels à l'inexécution (la non-obtention de la prestation promise) et les dommages consécutifs, th. Paris I, 2000.
- (40) G. Viney, Introduction à la responsabilité, préc. p. 295 ; G. Viney, P. Jourdain, Conditions de la responsabilité, n° 813 ; P. Jourdain, Y a-t-il place pour un abus de fonction du préposé en matière contractuelle ? RTD. civ 1990. 87  ; S. Euzen, la distinction des responsabilités civiles contractuelle et délictuelle à l'épreuve de l'abus de fonction, LPA 1997, n° 65, p. 4.
- (41) Civ. 1<sup>re</sup>, 18 juill. 1983, Bull. civ. I, n° 209.
- (42) Civ. 2<sup>e</sup>, 3 mars 1977, Bull. civ. I, n° 61.
- (43) Pour une assistante maternelle : Civ. 1<sup>re</sup>, 18 nov. 1997, Bull. civ. I, n° 318.
- (44) Cass., ass. plén., 15 nov. 1985, JCP 1986. II. 20568, note G. Viney ; RTD. civ. 1986. 128, J. Huet - Crim. 16 févr. 1999, Bull. crim., n° 23.
- (45) Com. 14 déc. 1999, Bull. civ. IV, n° 233.
- (46) Civ. 1<sup>re</sup>, 18 oct. 1960, Bull. civ. I, n° 442 ; JCP 1960. II. 18446, note R. Savatier. V. également : Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juin 1991, JCP 1991. II. 21730.
- (47) Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999, Bull. civ. I, n° 175.
- (48) P.-Y. Gautier, obs. ss Civ. 1<sup>re</sup>, 19 nov. 2008, RTD. civ. 2009. 132 .
- (49) BGB, art. 278 : Le débiteur est responsable pour la faute de son représentant légal et des personnes auxquelles il faut faire appel pour exécuter son obligation, comme s'il était lui-même l'auteur de la faute (trad. O. Berg).
- (50) O. Berg, La responsabilité du fait d'autrui, rapport allemand, p. 5, journées stéphanoises, site du GRERCA.
- (51) Arrêt *Gasbadeofen*, RG 10 févr. 1930, cité par O. Berg, préc. : un locataire demande à une entreprise de réparer son chauffage au gaz. Suite à une intervention défectueuse d'un préposé, le chauffage explose et blesse la femme de ménage du locataire. Il y a ici contrat



entre l'entreprise commettante et le locataire. La femme de ménage, tiers au contrat, peut invoquer la responsabilité du commettant du fait de son préposé. Cette jurisprudence ancienne fait irrésistiblement penser à l'arrêt Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, Bull. n° 6 (V. *infra* n° 27), pourtant tant décrié...

(52) Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 1994, Bull. civ. I, n° 134.






(53) Civ. 1<sup>re</sup>, 4 nov. 1992, Bull. civ. I, n° 277.

(54) Civ. 1<sup>re</sup>, 2 juin 1981, JCP 1982. II. 19912, note N. Dejean de la Bâtie.

(55) V. comm. N. Dejean de la Bâtie en ce sens, préc.

(56) Civ. 1<sup>re</sup>, 9 nov. 1999, n° 98-10.010, D. 2000. 117 , note P. Jourdain , JCP 2000. II. 10251, note P. Brun ; Civ. 1<sup>re</sup>, 22 nov. 2007, Bull. civ. I, n° 366.







(57) Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 1999, Bull. civ. I, n° 222 ; 18 févr. 2009, Bull. civ. I, n° 37.

(58) Civ. 1<sup>re</sup>, 17 janv. 1995, n° 93-13.075, D. 1995. 350 , note P. Jourdain  ; *ibid.* 1996. 15, obs. G. Paisant  ; RTD civ. 1995. 631, obs. P. Jourdain  ; RTD com. 1995. 640, obs. B. Bouloc , JCP 1995. I. 3853, obs. V. Viney ; RCA 1995. chron. 16, H. Groutel.

(59) N. Dejean de la Bâtie, préc.

(60) Rapp. C. cass. pour 1999, p. 397.

(61) Civ. 1<sup>re</sup>, 16 mai 2000, n° 98-12.533.

(62) Chacun se souvient de l'arrêt *Fullenwarth* (Cass., ass. plén., 9 mai 1984, Bull. n° 4 ; JCP 1984. II. 20255, note N. Dejean de la Bâtie ; D. 1984. 525, concl. Cabanes, note F. Chabas ; RTD. civ. 1984. 508, obs. J. Huet), la solution retenue puis oubliée n'étant définitivement consacré que 13 ans plus tard avec l'arrêt *Bertrand* (Civ. 2<sup>e</sup>, 19 févr. 1997, n° 94-21.111, D. 1997. 265 , note P. Jourdain  ; *ibid.* 279, chron. C. Radé  ; *ibid.* 290, obs. D. Mazeaud  ; GAJC, 11<sup>e</sup> éd. 2000. n° 208-209 ; RTD civ. 1997. 648, obs. J. Hauser  ; *ibid.* 668, obs. P. Jourdain , Bull. civ. II, n° 56, JCP 1997. II. 22848, concl. Kessous, note G. Viney ; Gaz. Pal. 1997. 2. 572, note F. Chabas ; RCA 1997. chron. 9, F. Leduc).

(63) L. Josserand, Le travail de refoulement de la responsabilité délictuelle du fait des choses inanimées, D. 1930. 1. 5.

(64) PETL, Art. 5:101.

(65) Même analyse pour la notion de « responsabilité pour risque ».

(66) Civ. 1<sup>re</sup>, 6 janv. 1998, n° 96-10.463.

(67) Civ. 1<sup>re</sup>, 28 avr. 1993, Bull. civ. I, n° 152.

(68) G. Viney, Avant projet de réforme du droit des obligations, préc., p. 17, note 26 ; J.-S. Borghetti, préc.








(69) A. Guegan-Lécuyer, Vers un nouveau fait générateur de responsabilité civile : les activités dangereuses, Mél. Viney, LGDJ, 2008, p. 499 ; Dommages de masse et responsabilité civile, th. LGDJ, 2006, n° 219.

(70) « Sphère d'autorité » étant l'expression de N. Dejean de la Bâtie, Responsabilité délictuelle, préc. n° 96 ; « sphère d'influence » étant celle du projet de l'EGTL, art. 3:106. Ces

passages doivent également beaucoup à P. Conte, Cours de droit des obligations, Bordeaux IV, 1989.

(71) N. Dejean de la Bâtie, préc. n° 69 et 74.

(72) N. Dejean de la Bâtie, préc. n° 72 ; C. Quézel-Ambrunaz, Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, Dalloz 2010, n° 295 s.

(73) Cass., ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168, D. 2006. 1577, obs. I. Gallmeister  ; *ibid.* 1566, chron. D. Noguéro  , note P. Jourdain  ; *ibid.* 1929, obs. P. Brun et P. Jourdain  ; *ibid.* 2638, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson  ; RTD civ. 2006. 775, obs. P. Jourdain  ; RTD com. 2006. 904, obs. B. Bouloc  , Bull n° 6.

(74) Civ. 1<sup>re</sup>, 5 févr. 2009, Bull. civ. I, n° 21 - Civ. 3<sup>e</sup>, 9 déc. 2008, n° 07-19.987 - Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mai 2008, n° 07-10.903.












(75) Civ. 3<sup>e</sup>, 11 juin 2008, n° 07-15.224.









(76) N. Dejean de la Bâtie, préc. ; P. Conte, P. Maistre du Chambon, La responsabilité civile délictuelle, préc. n° 109 s.

(77) Com. 12 juill. 2005, n° 04-13.272.

(78) Civ. 1<sup>re</sup>, 2 févr. 1994, Bull. civ. I, n° 41 ; LPA 1996, n° 17, p. 21, note Martin ; JCP E 1994, n° 23, p. 119, note Delebecque.

(79) P. Conte, cours préc.






(80) Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, D. 2006. 2825, obs. I. Gallmeister  , note G. Viney  ; *ibid.* 2007. 1827, obs. L. Rozès  ; *ibid.* 2897, obs. P. Brun et P. Jourdain  ; *ibid.* 2966, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson  ; GAJC, 12<sup>e</sup> éd. 2008. n° 177 ; AJDI 2007. 295  , obs. N. Damas  ; RDI 2006. 504, obs. P. Malinvaud  ; RTD civ. 2007. 61, obs. P. Deumier  ; *ibid.* 115, obs. J. Mestre et B. Fages  ; *ibid.* 123, obs. P. Jourdain  , Bull. n° 6 ; JCP 2006. II. 10181, note M. Billiau ; RLDC 2007. 3, note P. Brun ; P. Ancel, Retour sur l'arrêt d'Assemblée plénière du 6 octobre 2006 à la lumière du droit compare, Mél. Viney, LGDJ, 2008, p. 23.

(81) Cass., ass. plén., 9 mai 2008, n° 07-12.449, D. 2008. 2328, obs. Y. Rouquet  , note A.-L. Thomat-Raynaud  ; AJDI 2008. 878  , obs. M. Thioye  ; RTD civ. 2008. 485, obs. P. Jourdain  ; *ibid.* 498, obs. P.-Y. Gautier  ; *ibid.* 672, obs. B. Fages  ; RTD com. 2009. 202, obs. B. Bouloc .

(82) N. Dejean de la Bâtie, préc., n° 1 ; F. Leduc, Causalité civile et imputation, RLDC 2007, suppl n° 40, p. 21, n° 4 à 6.

(83) L. Josserand, Le contrat dirigé, D. 1933. 89.

(84) D. Mazeaud, A partir d'un petit cas tragique outre-Rhin : retour sur le désordre de la distinction des ordres de responsabilité, Mél. Viney, LGDJ, 2008, p. 711.

(85) Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 1989, n° 87-11.493, D. 1991. 1  , note P. Malaurie  ; *ibid.* 80, chron. C. Mascala  ; RTD. civ. 1989. 548, obs. P. Jourdain : « en dehors du contrat de transport, la responsabilité du transporteur à l'égard du voyageur est soumise aux règles de la responsabilité délictuelle » - Civ. 2<sup>e</sup>, 10 janv. 1990, n° 87-13.194, RDSS 1991. 608, obs. E. Alfandari et G. Mémeteau  ; RTD civ. 1990. 481, obs. P. Jourdain  : « le contrat passé entre le contre médical et le patient se limite à la consultation et aux soins, en dehors de l'exécution de ce contrat médical la responsabilité du centre est soumise aux règles de la responsabilité délictuelle ».

(86) P. Jourdain, La responsabilité professionnelle et les ordres de responsabilité civile, LPA 11 juill. 2001, p. 66.

(87) Quoique la jurisprudence reste flottante, on peut citer : Soc. 11 juin 1953, D. 1953. 661 : « L'abus de droit, qu'il ait été commis dans le domaine contractuel ou extra-contractuel, engendre dans tous les cas la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle de son auteur » - Civ. 3<sup>e</sup>, 23 mai 1968, Bull. civ. III, n° 232 ; RTD. civ. 1970. 463, note Ph. Jestaz - Com. 6 févr. 2007, Bull. civ. IV, n° 21. Ph. Stoffel-Munck, L'abus dans le contrat, LGDJ, 2000.

(88) Cass., ass. plén., 12 juill. 1991, n° 90-13.602, D. 1991. 549 ; *ibid.* 257, chron. C. Jamin ; *ibid.* 321, obs. J.-L. Aubert, note J. Ghestin ; *ibid.* 1992. 119, obs. A. Bénabent ; *ibid.* 149, chron. P. Jourdain ; GAJC, 12<sup>e</sup> éd. 2008. n° 173-176 ; RDI 1992. 27, obs. B. Boubli ; *ibid.* 71, obs. P. Malinvaud et B. Boubli ; RTD civ. 1991. 750, obs. P. Jourdain ; *ibid.* 1992. 90, obs. J. Mestre ; *ibid.* 593, obs. F. Zenati, Bull. n° 5 ; JCP 1991. II. 21743, note G. Viney ; JCP E 1991. II. 218, note Laroumet.

(89) Art. 4:103.

(90) Art. 1341 al. 2 :

Toutefois, lorsque cette inexécution provoque un dommage corporel, le cocontractant peut, pour obtenir réparation de ce dommage, opter en faveur des règles qui lui sont plus favorables.

(91) Tendence doctrinale rappelée par G. Viney, Présentation du projet Catala, p. 142.

(92) Art. 3:201, a.

(93) Art. 1382 du projet Catala et la note qui l'accompagne.

(94) Art. 3:201 a.

(95) Ce qui est rappelé également dans le projet Catala, art. 1382-2 et la note qui l'accompagne.

(96) Grandmoulin, De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles, cité par G. Viney, préc. n° 163.

(97) M. Planiol, note D. 1896. 2. 457 et 458.

(98) P. Esmein, La chute dans l'escalier, JCP G 1956. I. 1321.

(99) A. Tunc, préc., n° 43.

(100) G. Viney, La responsabilité contractuelle en question, préc. p. 947. D. Mazeaud, préc., P. Jourdain, préc.

(101) Citons, entre autres, Cass., ass. plén., 13 déc. 2002, n° 00-13.787, D. 2003. 231, note P. Jourdain ; GAJC, 12<sup>e</sup> éd. 2008. n° 215-217, Bull. n° 4, ou Cass., ass. plén. 6 oct. 2006, préc.

(102) A ce sujet, V. les travaux du GRERCA et notre contribution, <http://grerca.univ-rennes1.fr/>.