Université Paris-Panthéon-Assas

École doctorale de droit privé (ED 6)

Thèse de Doctorat / janvier 2025

Thèse de doctorat en droit privé
Soutenue le 7 janvier 2025

Responsabilité délictuelle et contrat

Étude d'une dynamique juridique à la lumière des fonctions des dommages-intérêts

Dorothée PERROUIN-VERBE

Sous la direction de
Monsieur Jean-Sébastien BORGHETTI
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Membres du jury :
Madame Marie DUGUÉ (rapporteur)
Professeur à l'Université de Tours
Madame Zoé JACQUEMIN (rapporteur)
Professeur à l'Université Toulouse Capitole
Monsieur Jonas KNETSCH (Président)
Professeur à l'Université Paris 1-Panthéon Sorbonne
Monsieur Yves-Marie LAITHIER
Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À Azadée

Remerciements

À l'heure d'achever ce travail, je tiens à remercier mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Jean-Sébastien Borghetti, pour sa patience, sa bienveillance, et ses conseils toujours avisés. Des bancs de la faculté de Nantes, à ceux du Master 2 à Paris, jusqu'à l'Institut Max Planck de Hambourg, ses enseignements et nos discussions m'ont donné le goût du droit des obligations et du droit comparé. Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma profonde et sincère reconnaissance.

Je veux remercier également le Professeur Yves Lequette, sans qui ce travail n'aurait jamais pu exister. Il a guidé, avec la plus grande bienveillance, mes premiers pas dans cette difficile recherche d'une rationalisation des rapports entre responsabilité délictuelle et contrat. Ce travail lui doit beaucoup.

Je souhaite adresser mes sincères remerciements aux Professeurs Marie Dugué, Zoé Jacquemin, Jonas Knetsch et Yves-Marie Laithier, pour avoir accepté de faire partie du jury de soutenance, et bien voulu lire et juger ce travail.

Je remercie également le Professeur Dominique Fenouillet, pour sa bienveillance et son soutien, et pour m'avoir accueillie au sein du Laboratoire de sociologie juridique ces dernières années.

L'écriture de cette thèse a bénéficié de conditions de travail exceptionnelles, en France et en Allemagne. Je tiens à ce titre à remercier chaleureusement Marie-Christine Clément pour son accueil en salle de droit civil les premières années de ma thèse. Je tiens également à remercier très chaleureusement Nathalie Ceriani, qui, par son soutien quotidien, a contribué à l'achèvement de cette thèse au sein des locaux du Laboratoire de sociologue juridique. Qu'elle trouve ici l'expression de mon amitié. Grâce au Professeur Reinhard Zimmermann enfin, j'ai passé deux années fabuleuses au sein de l'Institut Max Planck de Hambourg, aux côtés de mes collègues du 41b. Qu'il trouve ici l'expression de ma reconnaissance.

Je remercie sincèrement Samuel Fulli-Lemaire, Charlotte Guillard, Rebecca Legendre, Anne-Lou Randegger, Raphaëlle Théry et Suzel Roux pour leurs relectures minutieuses et leurs très précieux conseils. Pour m'avoir portée dans les derniers moments, je les remercie.

Mes remerciements vont ensuite à tous ceux qui m'ont entourée au long de cette thèse, et ont contribué à en faire une belle aventure. Je pense particulièrement à Coline Abeille, Asma Alouane, Roxana Barsan, Stanislas Chenu, Jérôme Chacornac, Shéhérazade Elyazidi, Marie Fabre, Diane Galbois-Lehalle, Hussein Khalife, Octavie Laroque, Benjamin Moron-Puech, Hugo Nadjar, Valentin Pinel Le Dret, Andrew Sweeney, Titouan Vigneau, Thomas Villain, Nadjma Yassari.

Pour leur patience et leur soutien indéfectible, je tiens à remercier ma famille. Je remercie d'abord mes parents de m'avoir transmis les valeurs nécessaires à l'achèvement d'un tel travail : la curiosité et le courage. Je remercie également ma sœur pour son soutien et sa présence, ma nièce et mon neveu pour leur amour inconditionnel.

Enfin, parce que ce travail n'aurait jamais pu aboutir sans lui, je remercie plus que quiconque celui qui l'a accompagné depuis le début, Mahir. Cette aventure n'aurait été qu'un bien triste voyage sans sa présence à mes côtés. Je remercie enfin Azadée, pour m'avoir donné la force d'achever ce travail.

Résumé (1700 caractères) :

Cette thèse s'intéresse à l'histoire de la clause générale de responsabilité en droit français et à son impact sur les rapports entre les régimes de responsabilité délictuelle et contractuelle. La généralité de la clause entraîne sa nécessaire subsidiarité par rapport aux règles de la responsabilité contractuelle, dans un rapport qui rappelle celui entre le droit commun et le droit spécial. Il s'ensuit que la responsabilité délictuelle doit être exclue du contrat, et que cette exclusion est d'autant plus forte et définitive que l'on se rapproche du cœur du contrat et de la fonction propre de la responsabilité contractuelle, à savoir la satisfaction par équivalent du créancier lésé. Cette subsidiarité est également à l'origine de la présence de la clause générale de responsabilité tout autour du contrat, pour régir les marges du contrat, les situations para-contractuelles. Si la nature de la responsabilité dans ces marges ne sera plus débattue, ses effets devront être tempérés pour s'adapter à la présence du contrat.

Descripteurs :

Responsabilité délictuelle, Contrat, Clause générale, Responsabilité contractuelle, Inexécution du contrat, Principe de non-cumul, Responsabilité précontractuelle, Tiers, Principe de l'effet relatif des contrats

Title and Abstract (1700 characters):

Tortious Liability and Contract

This thesis focuses on the history of the general liability clause in French law, and its impact on the relationship between the regimes of delictual and contractual liability. The generality of the clause leads to its necessary subsidiarity in relation to the rules governing contractual liability, in a relationship reminiscent of that between ordinary law and special law. It follows that delictual liability must be excluded from the contract, and that this exclusion becomes stronger and more definitive the nearer one gets to the heart of the contract, and to the function proper to contractual liability, that of satisfying by equivalent the injured creditor. This subsidiarity also gives rise to the presence of the general liability clause all around the contract, to govern the margins of the contract, the para-contractual situations. While the nature of liability in these margins will no longer be debated so much, its effects will have to be tempered in order to adapt to the presence of the contract.

Keywords:

Tortious liability, Contract, General clause, Contractual liability, Non-performance of contract, Non-cumulation principle, Precontractual liability, Third-parties, Privity

Principales abréviations

Adde	Ajouter
aff.	Affaire
al.	Alinéa
Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch	ABGB
APD	Archives de philosophie du droit
art.	Article
Ass. plén.	
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull. com	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation,
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union Européenne
c/	Contre
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CCC	Contrats, concurrence, consommation
CE	Conseil d'État
Civ.	Chambre civile
Com.	Chambre commerciale
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Ch. réun.	Chambres réunies de la Cour de cassation
chron.	chronique
Civ. 1ère	Première chambre civile de la Cour de cassation

Civ. 2ème	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3ème	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	Commentaire
comp.	Comparer
concl.	Conclusions
contra	Solution ou opinion contraire
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
dacty.	Dactylographié(e)
DC	Décision du Conseil constitutionnel relative à un contrôle de constitutionnalité des lois
Defrénois	Répertoire général du notariat Defrénois
dir.	Sous la direction de
DP	Dalloz périodique
Dr. et pat.	Droit et patrimoine
éd.	Édition
ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
GAJC	Les grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
ibid.	Ibidem
infra	Ci-dessous
JCP	La semaine juridique
JCP E	La semaine juridique, édition entreprise
JCP G	La semaine juridique, édition générale
JCL Civ.	Juris-classeur civil
JDI	Journal de droit international privé (Clunet)
JORF	Journal officiel de la République française

LG	Landgericht
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
LQR	Law Quarterly Review
n°	Numéro
not.	Notamment
obs.	observations
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OLG	Oberlandesgericht
op. cit.	Opere citato
OUP	Oxford University Press
p.	page
para.	paragraphe
préc.	Précité
préf.	Préface
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RCA	Responsabilité civile et assurances
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
Rec.	Recueil
Rép. droit civil	Répertoire de droit civil
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RLC	Revue Lamy de la concurrence
RLDC	Revue Lamy Droit Civil

RRJ	Revue de la recherche juridique et de droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Suivant(e)s
S.	Sirey
sect.	Section
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
somm.	Sommaires commentés
spéc.	Spécialement
supra	Ci-dessus
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
th.	Thèse
TI	Tribunal d'instance
trad.	Traduction
v	versus
v.	voir
vol.	Volume
Yale L.J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

Sommaire

PREMIÈRE PARTIE – LE REFOULEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE HORS DU CONTRAT

TITRE I – LA GENÈSE DU PROBLÈME : LA GÉNÉRALITÉ DE LA CLAUSE DE RESPONSABILITÉ

Chapitre I. Une généralité singulière

Chapitre II. Une généralité envahissante

TITRE II – LA SOLUTION AU PROBLÈME : L'EXCLUSION DE LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE DU CONTRAT

Chapitre préliminaire. Le concours entre les responsabilités délictuelle et contractuelle

Chapitre I. L'exclusion fondée sur la concurrence fonctionnelle

Chapitre II. L'exclusion fondée sur la différence fonctionnelle

DEUXIÈME PARTIE – LA PRÉSENCE DE LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE AUX MARGES DU CONTRAT

TITRE I – LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE INFLUENCÉE PAR L'EXISTENCE DU CONTRAT

Chapitre I. La nature délictuelle de la responsabilité aux marges de l'existence du contrat

Chapitre II. Les effets de la responsabilité délictuelle aux marges de l'existence du contrat

TITRE II – L'IMMIXTION DE LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE DANS L'EXÉCUTION DU CONTRAT

Chapitre I. Les conditions de l'immixtion de la responsabilité délictuelle

Chapitre II. L'étendue de l'immixtion de la responsabilité délictuelle

Introduction

1. Responsabilité délictuelle et contrat : une rencontre inattendue. « J'arrive où je suis étranger[1] » : ainsi pourrait être décrite la relation entre responsabilité civile et contrat – rencontre paradoxale, mais inévitable. La présente étude a en effet pour objet une rencontre qui ne devrait pas avoir lieu, et qui pourtant surgit inévitablement à de multiples endroits, celle de la responsabilité délictuelle et du contrat. Les deux termes de cette équation sont en effet en tous points étrangers. Si l'on s'en tient au plan du Code civil, le rapport entre la responsabilité délictuelle et le contrat apparaît pourtant simple : elles ont en commun d'être des « sources d'obligations ». À l'annonce faite par le titre III du livre III du Code civil d'un exposé des « sources d'obligations », suit en effet un exposé tripartite, trois sous-titres consacrés à chacune de ces sources d'obligations, le contrat d'abord (sous-titre I[er]), la responsabilité extracontractuelle ensuite (sous-titre II), et les autres sources d'obligations (sous-titre III) pour finir. Cet exposé est par ailleurs précédé d'un article 1100 du Code civil qui, depuis 2016, substitue à l'ancienne distinction héritée du droit romain entre le contrat, le quasi-contrat, le délit et le quasi-délit, la *summa divisio* des sources d'obligations entre acte juridique et fait juridique[2]. On pourrait dès lors penser qu'à la distinction entre acte juridique et fait juridique répond directement, dans le Code, la distinction entre contrat

[1] L. ARAGON, « J'arrive où je suis étranger », D'un Enfer/Enfer V, in *Le Voyage de Hollande et autres poèmes*, Seghers, 2013 (1965), p. 89.

[2] V. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, Lexisnexis, 2ème éd., 2018, spéc. p. 42, qui soulignent que cette présentation des sources d'obligations, bien que nouvelle car « sans équivalent dans la version d'origine du Code civil », n'apparaît pas comme une « taxinomie révolutionnaire », mais relève plutôt de « l'inscription dans la loi des enseignements de l'école ». La distinction avait été en effet développée par la doctrine, qui a identifié au fil du temps les contours de ces deux catégories que sont l'acte juridique et le fait juridique. L'inscription dans le Code d'une telle distinction des sources d'obligations n'a cependant pas mené à la construction de véritables régimes de l'acte et du fait juridique, le Code ne traitant ensuite que du contrat et du délit. Sur les difficultés de l'émergence d'une théorie de l'acte juridique créateur d'obligations en droit français, v. not. C. BRENNER, « Source des obligations dans le Code civil rénové : passage à l'acte ou acte manqué ? », *JCP G* 2016, p. 898 et s., J. KNETSCH, « L'acte juridique et le nouveau droit français des obligations. *Réflexions sur les pérégrinations franco-allemandes d'un concept juridique* », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz*, Lexisnexis, Paris, 2018, p. 419 et s. ; S. FULLI-LEMAIRE, D. PERROUIN-VERBE, « Can't buy me love : The French Reluctance to Embrace the Juridical Act », in *Iurium itinera. Historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte, Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, Mohr Siebeck, 2022, p. 291 et s.

et responsabilité extracontractuelle. Cette présentation du contrat et de la responsabilité extracontractuelle, ou délictuelle[3], comme les deux principales sources d'obligations du droit français est pourtant trompeuse. Le contrat et la responsabilité délictuelle ne sont en effet pas deux sources d'obligations de même statut, de même rang, que l'on pourrait comparer, et qu'il faudrait délimiter, comme on trace la limite entre deux catégories juridiques, afin d'attribuer à chacune son pré-carré.

2. Responsabilité délictuelle et contrat : des objets juridiques étrangers. Si le contrat, défini par le Code civil comme l'« accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations », constitue l'acte juridique par excellence, la responsabilité délictuelle n'est pas, à l'opposé, un fait juridique source d'obligations. Non définie par le Code, la responsabilité civile est une notion flexible et évolutive. Découlant du latin *respondere*, le terme « responsabilité », apparu tardivement dans la langue française, et dans la langue juridique[4], renvoie à l'idée de « répondre de »[5], mais ne dit rien de ce dont on doit

[3] Les expressions « responsabilité délictuelle » et « responsabilité extracontractuelle » sont souvent tenues pour synonymes. La seconde est plus récente mais s'est imposée depuis le début du XXI ème siècle, tant en doctrine que dans le droit positif. De nombreux ouvrages consacrés à l'étude de la responsabilité qu'on nommait « délictuelle » renvoient désormais, dès leur titre, à la responsabilité « extracontractuelle » (V. not. M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil*, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle,* t.V, Economica, 3ème éd., 2016 ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Lexisnexis, 6ème éd., 2023). Ils s'en expliquent d'ailleurs dès l'introduction, et avancent deux raisons. D'une part, la terminologie « délictuelle » renvoie trop précisément au délit au sens d'une faute intentionnelle, qui aurait aujourd'hui perdu sa place prééminente au sein de la responsabilité civile, y compris pour faute. D'autre part, cette terminologie nouvelle permet de renvoyer non seulement à la responsabilité « délictuelle ou quasi-délictuelle de droit commun » (M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil*, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 2, spéc. p. 2), mais également aux divers régimes spéciaux de responsabilité, notamment ceux qui transcendent la distinction entre les régimes de responsabilité, et s'appliquent à toutes les victimes, indépendamment de leur qualité de tiers ou partie au contrat (V. M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil*, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 2 ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 28). Cette terminologie nouvelle figure désormais dans le Code civil, reprise par l'ordonnance de 2016, et est celle que les projets de réforme de la responsabilité (Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017, Ministère de la Justice) tout comme la proposition de loi de 2020 (Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, Sénat, 29 juillet 2020) ont choisi de retenir. Dans une perspective de réforme de la responsabilité civile qui englobe la responsabilité extracontractuelle et contractuelle, le terme n'est pas anodin ; il renvoie, *a contrario*, à l'idée que la responsabilité contractuelle existe bien. Dans le projet de réforme cependant, la responsabilité extracontractuelle ne renvoie en réalité qu'à la responsabilité « délictuelle » au sens plus classique, fondée sur la faute, le fait des choses ou le fait d'autrui, et n'intègre pas les régimes spéciaux. De notre côté, nous garderons la dénomination de « responsabilité délictuelle », tout d'abord parce que tel est l'objet, ou plutôt l'un des objets de l'étude : la responsabilité de « droit commun », et non les régimes spéciaux. Par ailleurs, le terme « délictuel » qui, sans renvoyer strictement à la faute intentionnelle, renvoie à l'idée de l'appréciation d'un comportement fautif nous semble approprié, y compris pour les régimes du fait des choses et du fait d'autrui (Sur ce point, v. *infra,* n° 47). Il permet enfin de caractériser cette responsabilité autrement que par sa seule opposition à la responsabilité contractuelle.

[4] V. J. HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot « responsabilité » », *APD*, 1977, p.60 et s. ; M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », *APD*, 1977, p.45 et s.

[5] *Ibid*

répondre : ses actes, ceux d'autrui, une faute, un risque que l'on crée… Ainsi, la notion même de responsabilité est si large qu'elle « ouvre ainsi à toute une palette de conceptions possibles »[6]. La notion a par ailleurs considérablement évolué depuis 1804, fluctuant au gré des évolutions de la société. Absorbant de nouvelles données sociales, économiques ou philosophiques, elle s'est adaptée à une conception renouvelée du dommage, dont on refuse désormais d'attribuer la production au hasard ou à la fatalité[7], et qui implique dès lors d'intégrer toujours plus d'actes ou de faits dont on doit répondre. Par-delà ces fluctuations, la responsabilité civile, et avec elle la responsabilité délictuelle, qui en constitue le prototype, peut être définie par sa fonction première, la réparation du dommage. Elle est « l'ensemble des règles qui obligent l'auteur d'un dommage causé à autrui à le réparer en offrant à la victime une compensation »[8]. La responsabilité délictuelle n'est ainsi pas une source d'obligations comme l'est le contrat, elle est l'obligation, une obligation secondaire[9], celle de réparer, qui découle d'un fait juridique particulier, le délit ou le quasi-délit[10]. Parce qu'ils ne sont pas la même chose, et qu'ils s'opposent même en tous points, il devrait être aisé de tracer entre le contrat et la responsabilité délictuelle une frontière fixe, et infranchissable, une frontière à même de les préserver d'une rencontre inopportune.

3. Responsabilité délictuelle et contrat : des grammaires opposées. Responsabilité délictuelle et contrat se présentent donc comme des mécanismes juridiques étrangers, que tout semble par ailleurs opposer. Alors que le contrat naît de la volonté des parties, et leur impose ainsi des obligations voulues par elles[11], la responsabilité prend sa source dans un fait qui, même s'il peut être volontaire, n'avait pas pour finalité de soumettre son auteur à une quelconque obligation. L'obligation de

---

[6] J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Coll. Thémis droit, 2ème éd., 2013, p.482
[7] Sur ces évolutions, v. G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 1965 et *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 4ème éd., 2019, n° 17 et s. *Adde* J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804,* PUF, coll. Quadriges, 2ème éd., 2016, n° 95 et n° 128 et s.
[8] G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit*., n° 1, p.1
[9] Sur la distinction entre obligations primaires et obligations secondaires, v. not. H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », *RTD civ.* 1936, p.1 et s. Pour une critique de cette distinction, lorsqu'elle aboutit à une assimilation du contrat à la loi, v. *infra*, n° 128 et s.
[10] Les articles 1240 et 1241 du Code civil sont ainsi le siège d'une responsabilité tant « délictuelle » que « quasi-délictuelle », fondée tant sur la faute intentionnelle, que sur la faute d'imprudence et de négligence.
[11] Et ce même lorsque les obligations sont imposées par la loi, car c'est au regard, et en connaissance de ces obligations qu'elles ont conclu l'accord. Ce n'est plus tout à fait vrai en cas de « forçage du contrat » par les juges, qui sera d'ailleurs source de troubles dans la délimitation des responsabilités délictuelle et contractuelle. V. *infra*, n° 271 et s.

réparer le dommage s'impose malgré, et peut être contre la volonté de ceux qui y seront soumis. Le contrat et la responsabilité délictuelle ne sont par ailleurs pas des instruments au service des mêmes types d'intérêts. Si tous deux ont vocation à régir des relations interindividuelles, le contrat se présente avant tout comme un instrument au service d'intérêts privés[12], particuliers, là où la responsabilité délictuelle, si elle est au service de la réparation d'un dommage, intérêt privé, est également un outil de régulation et de paix sociale, au service de tout un chacun. À la fonction de réparation de la responsabilité délictuelle s'ajoute ainsi une fonction normative[13], dont le contrat, s'il n'en est pas nécessairement dépourvu, se désintéresse de prime abord, centré sur sa fonction d'échange[14]. Enfin, si le contrat et la responsabilité délictuelle peuvent être tous deux décrits comme des instruments au service d'une justice commutative[15], ils sont toutefois animés par des considérations qui apparaissent incompatibles. Alors que le contrat, réceptacle des volontés des parties et de leurs prévisions contractuelles, a pour dessein d'assurer une prise sur l'avenir[16], l'objectif de la responsabilité délictuelle est de rendre, autant que faire se peut, la victime d'un dommage « indemne »[17], de la replacer dans la situation qui était la sienne avant qu'elle ne soit affectée par le dommage. Le contrat est animé par une logique prospective, tourné vers l'avenir, et vise à établir une nouvelle situation pour les créanciers contractuels, une situation

[12] Ce qui ne rend pas le contrat hermétique à la notion d'intérêt général, *via* notamment l'exigence de sa conformité à l'ordre public, affirmée à l'article 1102, alinéa 2 du Code civil. La distinction entre intérêt privé et intérêt général est cependant largement remise en question par l'intégration, dans la notion d'ordre public, de la défense de droits fondamentaux. V. E. RIPOCHE, La liberté et l'ordre public contractuels à l'épreuve des droits fondamentaux, LGDJ, 2023, n° 1594 et s. *Adde* M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, 2004. Sur la définition du contrat comme lien de droit entre des intérêts, v. D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat, Esquisse d'une théorie*, LGDJ, 2020.

[13] Sur cette fonction normative de la responsabilité civile, v. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit*., n° 52 et s.

[14] Sur la distinction du contenu obligationnel et de la force obligatoire du contrat, v. P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 171 et s., qui souligne l'existence, au-delà des obligations imposées par le contrat et qui matérialisent l'échange économique voulu par les parties, d'une norme contractuelle.

[15] Le contrat opèrerait une commutation volontaire, tandis que la responsabilité civile serait la source d'une commutation involontaire. V. F. CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, n° 69 et s. La justice commutative servie par la responsabilité civile s'oppose notamment à la justice « répressive » de la responsabilité pénale. V. not. C. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale, À la recherche d'une cohérence perdue,* LGDJ, 2016, n° 5.

[16] H. LÉCUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré,* Paris, Dalloz, 1999, p.643 et s.

[17] B. DUBUISSON, P. JOURDAIN (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé*, Bruylant, 201, p. 446 : « Réparer ce n'est pas effacer c'est tenir indemne ».

améliorée d'un « plus contractuel »[18], là où la responsabilité délictuelle semble tournée vers un passé détruit, qu'elle cherche à rétablir par le biais des dommages-intérêts. Ces deux logiques, prospective et rétrospective, sont antithétiques, ce dont découle un enjeu essentiel de délimitation entre les sphères contractuelle et délictuelle, afin d'éviter toute rencontre entre le contrat et la responsabilité délictuelle, et tout conflit entre ces deux logiques.

4. Responsabilité délictuelle et contrat : un enjeu de frontières. Entre la sphère du contrat et la sphère de la responsabilité délictuelle, la doctrine a ainsi entrepris de tracer une frontière nette, fixe et prévisible, qui tiendrait en échec toute forme de porosité, et toute interférence entre ces deux mécanismes. La volonté ici déployée va au-delà de l'effort juridique classique de qualification – faire entrer une situation de fait dans une catégorie juridique afin de lui attribuer un régime particulier – et semble exprimer avant tout un désir de faire obstacle à toute intrusion de la responsabilité délictuelle dans le contrat. La question des frontières entre le contrat et la responsabilité délictuelle est ainsi très souvent conçue par la doctrine comme une entreprise de rejet de la responsabilité délictuelle hors du contrat[19] ; l'obsession de la frontière se traduit par le tracé d'une limite à ne pas franchir, une frontière-obstacle. Et ce pour deux raisons. Ce désir de dresser, entre le contrat et la responsabilité délictuelle, une telle frontière-obstacle, s'explique par le fait que les frontières tracées entre le contrat et la responsabilité délictuelle, que l'on voudrait infranchissables, sont irréductiblement poreuses. Ensuite, et surtout, ce rejet de la responsabilité délictuelle hors du contrat se justifie par le danger que comporte une telle intrusion de la responsabilité délictuelle dans le contrat, celui de venir mettre à mal, par l'esprit de réparation qui l'anime, les prévisions contractuelles.

5. Les dommages-intérêts contractuels : un point de rencontre. L'effort de répartition entre responsabilité délictuelle d'un côté, et contrat de l'autre, est en effet mis à mal par une certaine de porosité entre leurs domaines, qui trouve son expression

[18] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Éditions Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2020 [1978], n° 299.
[19] Ce qui explique que son domaine ne soit jamais défini que de manière résiduelle, comme ce qui ne relève pas de la responsabilité contractuelle. V. not. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, 1992, n° 323 : « Les auteurs s'accordent généralement sur le caractère résiduel de la responsabilité délictuelle dont la vocation est d'embrasser toutes les situations autres que celles consistant dans l'inexécution ou la mauvaise exécution d'une obligation contractuelle ».

essentielle dans l'instrument qui incarne la rencontre de ces deux mondes : les dommages-intérêts contractuels. Le Code civil prévoit en effet qu'en cas d'inexécution du contrat, le créancier contractuel pourra choisir, parmi les divers remèdes à l'inexécution du contrat, de demander « réparation des conséquences » de cette inexécution[20], et précise les règles particulières auxquelles ces derniers seront soumis[21]. Si le législateur n'a introduit cette idée de réparation qu'en 2016 par la réforme du droit des contrats[22], le Code faisait déjà référence, en 1804, aux « dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation »[23]. Parce que les dommages-intérêts contractuels empruntent autant à la sphère du contrat, en tant que remède à son inexécution, qu'à celle de la responsabilité civile, en tant qu'instrument permettant de compenser un dommage par l'attribution d'une somme d'argent, ils portent tout à la fois les objectifs de la responsabilité, et ceux du contrat. Les dommages-intérêts, qu'ils soient délictuels ou contractuels, ont en effet en commun d'être définis comme une somme d'argent attribuée pour compenser ce dont se plaint celui qui les demande, victime ou créancier contractuel : une souffrance, une perte, un gain manqué[24], un espoir déçu, l'absence de l'avantage attendu du contrat. Ils constituent cet ersatz monétaire de ce qui a été perdu, lésé ou de la déception contractuelle, ce que reflète d'ailleurs parfaitement la dénomination allemande de *Schadenersatz*[25]. Cette nature de substitut en argent à ce qui a été lésé imprime aux dommages-intérêts contractuels et délictuels une similarité indéniable, quand bien même ils pourront être mis au service de logiques différentes selon qu'ils visent à corriger les effets d'une inexécution contractuelle ou d'un autre fait.

6. Une distinction difficile entre les dommages-intérêts contractuels et délictuels. Par cette forme d'hybridité, les dommages-intérêts contractuels ouvrent la porte à une possible immixtion de la responsabilité délictuelle dans le contrat. Parce que dommages-intérêts contractuels et dommages-intérêts délictuels ont une visée commune – compenser un dommage – ils peuvent être mis en concurrence, au risque

[20] Article 1217 du Code civil.
[21] Articles 1231 à 1231-7 du Code civil.
[22] Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[23] Articles 1146 à 1155 anciens du Code civil
[24] Article 1231-2 du Code civil : « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après ».
[25] Littéralement « substitut au dommage ».

de voir les dommages-intérêts délictuels menacer constamment d'envahir le domaine propre des dommages-intérêts contractuels, à savoir la compensation des conséquences dommageables de l'inexécution. Or, lorsque les dommages-intérêts délictuels empiètent sur le domaine des dommages-intérêts contractuels, et menacent de se substituer à eux pour prendre en charge les dommages causés dans un cadre contractuel, la responsabilité délictuelle risque de rencontrer le contrat. Un critère semble pourtant de prime abord permettre de les distinguer : les uns viennent compenser les conséquences d'une faute, du fait d'une chose, ou du fait d'autrui, quand les autres compensent les conséquences d'une inexécution contractuelle. C'est ainsi encore que les projets de réforme tracent la frontière entre ces deux types de dommages-intérêts, par la nature du fait générateur[26]. Un tel critère révèle toutefois, dès l'origine, ses faiblesses, liées à l'incertitude quant à la définition des contours du contrat[27] et de son contenu[28].

7. Trouble dans la qualification. La jurisprudence, loin de venir clarifier le tracé de la frontière censée séparer les dommages-intérêts contractuels des dommages-intérêts délictuels, a au contraire tiré parti de telles faiblesses originelles, et participé au brouillage entre les domaines des dommages-intérêts contractuels et délictuels. Guidée par les objectifs propres à la responsabilité civile, la jurisprudence a ainsi régulièrement fait varier la qualification des dommages-intérêts, de nature délictuelle ou contractuelle, et, partant, déplacé les frontières entre le contrat et la responsabilité délictuelle, choisissant la qualification qui permettra le mieux à la victime d'obtenir compensation de son dommage. Deux grands mouvements se sont alors dessinés à partir de la fin du XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} siècle. Un mouvement d'hypertrophie du contrat d'abord, ayant pour corollaire le reflux de la responsabilité

[26] Après avoir exposé les dispositions communes aux deux régimes de responsabilité (articles 1235 à 1240 du projet de réforme et articles 1235 à 1239 de la proposition de loi) – préjudice et lien de causalité – le projet de réforme de mars 2017, tout comme la proposition de loi de juillet 2020, distinguent les faits générateurs de responsabilité extracontractuelle (articles 1241 à 1249 du projet de réforme et articles 1240 à 1249 de la proposition de loi), du fait générateur de responsabilité contractuelle (article 1250 du projet de réforme et de la proposition de loi).
[27] V. not. D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat, Esquisse d'une théorie, op. cit.,* p. 33 et s., spéc. p. 58 et s., qui, entreprenant de tracer les « frontières » du contrat, souligne la difficulté face à la porosité des frontières entre contrat et délit, et notamment entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle.
[28] V. *infra*, n° 270 et s.

délictuelle, lorsque les juges, procédant ainsi à un « forçage du contrat »[29], créent des obligations contractuelles de sécurité – le contrat, et plus particulièrement l'obligation contractuelle de résultat, est alors utilisé pour éviter la preuve, parfois difficile, d'une faute[30], fondement ordinaire de la responsabilité délictuelle. Puis, à l'inverse un mouvement de retour de la responsabilité délictuelle, une fois que la nécessité de la preuve d'une faute sera écartée par la création d'un régime de responsabilité délictuelle fondé sur le fait de la chose[31], faisant de la responsabilité délictuelle le régime le plus favorable à la victime par ailleurs souvent tenue de démontrer, en matière contractuelle, l'inexécution d'une obligation de moyens[32].

8. La responsabilité délictuelle, menace pour le contrat. Les incertitudes autour de la qualification entre obligations contractuelles et délictuelles, et les interférences de domaines qui en résultent entre les dommages-intérêts contractuels et délictuels, affectent directement les objectifs du contrat. Malgré leur visée commune – compenser le dommage – les dommages-intérêts contractuels et délictuels sont en effet soumis à un régime en partie distinct. Si la plupart des différences de régimes a disparu au fil du temps, à commencer par celle liée à la prescription[33], celles qui demeurent témoignent de la nature hybride des dommages-intérêts dus en cas de manquement contractuel. Parce qu'ils sont affectés à la prise en charge de l'inexécution du contrat, les dommages-intérêts contractuels sont tout autant au service du créancier contractuel, dont ils compensent le dommage, que du contrat lui-même, dont ils protègent la force obligatoire[34]. Leur régime est donc tenu de refléter cette particularité : ne pourront ainsi

[29] L. JOSSERAND, « L'essor moderne du concept contractuel », in *Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de François Gény*, t.II, p.333 et s.
[30] Civ.1ère, 21 novembre 1911, *S.*1912.1, p.73, note LYON-CAEN ; *D.*1913.1.249, note SARRUT.
[31] Arrêt *Jand'heur*, Chambres réunies, 13 février 1930, *DP* 1930.1.57, rapport Le MARC'HADOUR, concl. MATTER, note RIPERT ; *S* 1930.1.121, note ESMEIN ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, t.II, Dalloz, 14ème éd., 2024, n° 234.
[32] C'est le fameux cas des accidents de gare. Les accidents survenus sur les quais de la gare, avant que la personne munie d'un billet ne soit montée dans le train, ont été un temps considérés comme les conséquences d'une violation, par le transporteur, d'une simple obligation contractuelle de sécurité de moyens. V. Civ.1ère, 1er juillet 1969, *D.*1969.641, note G.M.C ; *JCP* 1969, II, 16091, concl. R. LINDON : l'obligation de sécurité de résultat ne pèse sur le transporteur qu'« à partir du moment où le voyageur commence à monter dans le véhicule et jusqu'au moment où il achève d'en descendre ».
[33] La loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription porte en effet le délai de prescription pour toutes les « actions personnelles et mobilières », à cinq ans.
[34] Ph. STOFFEL-MUNCK, note sous Civ.3ème, 3 décembre 2003, n° 02-18033, *RDC* 2004, p. 280 et s., qui souligne que la responsabilité contractuelle serait ainsi un régime qui « sanctionne la force obligatoire du contrat »

être compensés sur le terrain contractuel que les seuls dommages prévisibles[35], et dans les limites qu'auront éventuellement prévues les parties[36], lors de la conclusion du contrat. Le respect des prévisions contractuelles, tout autant que le souci d'accorder au créancier contractuel déçu un substitut à sa déception contractuelle, sont ainsi au cœur des dommages-intérêts contractuels. Laisser la responsabilité délictuelle s'immiscer dans le contrat, et y déployer ses effets, risque alors de venir perturber cet équilibre au profit de l'objectif de compensation, et au détriment du respect des prévisions contractuelles, qui sont pourtant l'âme du contrat.

9. Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. Au sein des dommages-intérêts contractuels se mêlent ainsi deux logiques étrangères, celle propre à la responsabilité de compensation du dommage, et celle, attachée au contrat, de satisfaction des intérêts des parties. Au point, peut-être, d'opérer une alchimie conceptuelle, en donnant naissance à un concept attestant de cette rencontre : la responsabilité contractuelle. Impossible en effet de parler de dommages-intérêts sans parler de responsabilité, tant les dommages-intérêts sont l'instrument privilégié, en droit français, et dans les systèmes juridiques voisins, de la responsabilité civile, « institution dirigée vers la réparation des dommages »[37]. L'existence de dommages-intérêts contractuels, impliquerait donc celle d'une responsabilité contractuelle. La question de la délimitation des dommages-intérêts contractuels et délictuels est ainsi très vite devenue, en doctrine, celle des frontières entre les responsabilités délictuelle et contractuelle[38].

10. Origines de la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. La distinction entre les responsabilité délictuelle et contractuelle constitue dès lors la première pierre d'achoppement des questions relatives à la

---

[35] Article 1231-3 du Code civil : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive ».

[36] La validité des clauses limitatives de responsabilité est en effet admise par la jurisprudence depuis le XIX^{ème} siècle. V. not. Civ., 24 janvier 1874, *DP* 76.1.133.

[37] G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 4ème éd., 2017, n° 2, spéc. p. 8

[38] La distinction tient une place importante dans les ouvrages traitant de la responsabilité civile. V. not. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit*., p. 373 à 640, qui consacre ainsi un tiers de l'ouvrage à la « distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle ou délictuelle ». *Adde* M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil*, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, p. 61 à 138, Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* p. 58 à 100.

détermination des sphères contractuelle et délictuelle. Il est donc peu surprenant qu'elle ait constitué, et qu'elle demeure l'angle principal d'analyse des rapports entre responsabilité délictuelle et contrat[39], comme en attestent les travaux doctrinaux de ces dernières décennies[40]. Quelques thèses, majeures sur le sujet, traitent de la distinction entre les responsabilités contractuelle et délictuelle[41], ou postulent la nécessité de les fusionner[42], et des dizaines d'articles, abordent les difficultés suscitées par une telle délimitation, proposant pour les résoudre des solutions diverses[43]. Les rapports entre les dommages-intérêts contractuels et délictuels n'ont cependant pas toujours été abordés sous l'angle d'une dualité de régimes de responsabilité. La distinction entre des dommages-intérêts sanctionnant l'inexécution du contrat et ceux qui sanctionnent un comportement détaché de tout contrat semble avoir existé en droit romain, mais n'avait alors qu'une simple portée procédurale. Le droit romain utilise les mêmes termes de *dolus* et de *culpa* pour désigner le comportement de celui qui, par sa faute, a causé un dommage et a la charge de l'indemniser, sans distinguer selon qu'il s'agisse d'une action pour inexécution d'une obligation contractuelle ou pour faute[44]. Le dualisme de ces actions est cependant consacré sur le terrain procédural puisque pour obtenir l'exécution de son obligation, le créancier doit, en droit romain, disposer d'une

---

[39] V. not. J. GRANDMOULIN, *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, 1892 ; J. AUBIN, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, thèse Bordeaux, dacty., 1897 ; Ch. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie,* 1884 ; M. MEIGNE, *Responsabilité et contrat, Essai d'une délimitation des responsabilités contractuelle et délictuelle,* Lille, O. Marquant, 1924 ; A. BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Paris, Sirey, 1931 ; J. VAN RYN, *Responsabilité aquilienne et contrats en droit positif*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1932.

[40] V. not. J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.* ; E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, LGDJ, 2016.

[41] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.*

[42] E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*

[43] V. not., contestant le concept de responsabilité contractuelle : D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique : Écrits en hommage à Gérard Cornu,* PUF, 1994, p. 429 et s. et « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.*1994, p.233 et s. ; Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323 et s. ; L. CADIET, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai,* Dalloz, 2000, p.495 et s. ; H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », *op. cit.* ; L. LETURMY, « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD civ.* 1998, p. 839 et s. ; P. RÉMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005, p.13 et s. V. également, proposant la fusion des régimes : E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, *op. cit.* ; V. WESTER-OUISSE , « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale », *RTD civ.* 2010, p.419 et s. ; M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile,* LGDJ, 2019, spéc. p. 341 et s.

[44] D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2ème éd., 2012, p.580. Cela fait dire à l'auteur que le droit romain voit dans cette action une véritable responsabilité contractuelle.

action particulière qui visera soit à sanctionner le contrat, soit à sanctionner un autre fait générateur, notamment sur le fondement de la *lex Aquilia*[45].

Ce dualisme sera par la suite largement ignoré par l'École du droit naturel[46], qui, préoccupée par l'impératif de réparation, qu'elle fait découler d'un devoir de ne pas nuire à autrui, se désintéresse de la question de l'origine de ce manquement, contrat ou délit. Elle apparaît néanmoins consacré par le droit coutumier médiéval, que ce soit dans la jurisprudence du Parlement de Paris, ou dans certaines coutumes écrites[47]. La distinction réapparaît plus tard en doctrine, notamment sous la plume de DOMAT qui, s'il traite dans les *Lois civiles* des dommages-intérêts en général sans opérer de distinction selon leur cause[48], ordonne le plan de son ouvrage autour de la distinction, que l'on retrouvera dans le Code de 1804, entre les engagements qui se forment sans convention et ceux qui se forment par convention, et distingue trois types de fautes, celles qui ont trait au crime, celles qui sont caractérisées par le manquement à une obligation contractuelle, et enfin celles qui ne sont ni l'un ni l'autre.

11. Dualisme dans le Code civil de 1804 ? La responsabilité contractuelle semble ainsi trouver, avant 1804, une certaine assise doctrinale et pratique[49]. Le dualisme des dommages-intérêts est consacré par le Code, qui prévoit aux anciens articles 1382 et 1147, deux fondements distincts aux dommages-intérêts, qui peuvent découler d'un « délit ou quasi-délit » ou de « l'inexécution de l'obligation ». Mais au-delà d'une telle dualité de dommages-intérêts, les rédacteurs du Code ont-ils entendu consacré une dualité de responsabilités ? L'inexécution contractuelle est-elle entendue comme une source particulière de dommages-intérêts, et partant, d'une responsabilité contractuelle distincte, ou bien comme un délit parmi d'autres ? On pourrait penser, avec certains auteurs, que malgré ce que laisse apparaître un plan de Code « défectueux », l'intention du législateur n'était pas de consacrer un tel dualisme, mais plutôt de traiter des obligations en général, et des dommages-intérêts à raison de l'inexécution d'une

[45] *Ibid*, p. 581.
[46] *Ibid*, p. 581.
[47] *Ibid*, p.582.
[48] J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Seconde édition, 1697, t.I.
[49] *Contra* Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op. cit.*

obligation quelle qu'en soit la cause[50]. Une telle interprétation rejoindrait alors la présentation qu'avait pu faire POTHIER dans son *Traité des obligations*, lequel entendait traiter de manière unitaire des dommages-intérêts résultant d'un délit ou de l'inexécution d'un contrat, tous deux réunis dans un même chapitre traitant de l'inexécution des obligations en général[51]. On pourrait également penser, avec d'autres auteurs, que le plan du Code, qui range alors ces dommages-intérêts contractuels dans un titre III consacré aux « [des] contrats ou [des] obligations conventionnelles en général », laisse apparaître une autre réalité, selon laquelle ces dommages-intérêts n'ont jamais été pensés comme ayant leur cause dans l'inexécution du contrat, mais dans le contrat lui-même, constituant ainsi non pas l'instrument d'une quelconque responsabilité contractuelle, mais bien un mode d'exécution du contrat[52].

12. Le dualisme en droit positif et prospectif. Il est cependant indéniable qu'à partir du XIX^{ème} siècle, la jurisprudence, tout autant que la doctrine, semblent avoir adopté l'idée d'une véritable responsabilité contractuelle, distincte et concurrente de la responsabilité délictuelle. La jurisprudence semble même très tôt avoir considéré que l'article 1147 ancien du Code ne pouvait s'appliquer à des dommages causés par un délit, reconnaissant là une dualité de régimes[53]. Le Code ne traite cependant alors jamais directement de « responsabilité contractuelle », pas plus qu'il ne parle de « responsabilité délictuelle ». Le syntagme « responsabilité contractuelle » apparaît pour la première fois de manière explicite sous la plume de Charles SAINCTELETTE, dans sa thèse consacrée à la démonstration d'un dualisme entre les régimes de responsabilité, qui aura paradoxalement pour proposition de supprimer le concept de responsabilité contractuelle, pour le remplacer par celui de garantie[54]. Que ce soit pour

[50] V. sur cette démonstration, B. MORON-PUECH, « Regard critique sur la consécration du dualisme des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, n° 2, 2018, p. 64 et s., spéc. p. 67 et s.
[51] R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, Dalloz, 2011, [1827], qui traite des « dommages et intérêts résultants, soit de l'inexécution des obligations, soit du retard apporté à leur exécution » dans un article III du chapitre II de la Partie I de l'ouvrage. Il en traite donc au titre des obligations en général, et ne l'insère pas dans le Chapitre I qui traite plus spécifiquement du contrat. V. B. MORON-PUECH, « Regard critique sur la consécration du dualisme des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », *op. cit.,* spéc. p. 68
[52] Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op. cit*.
[53] Civ., 30 janvier 1826, *D*. 1826, 1, 162, cité par D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations, op. cit.,* p. 584. Certains auteurs datent cependant la consécration du dualisme en jurisprudence à la fin du XIX^{ème} siècle. V. B. MORON-PUECH, « Regard critique sur la consécration du dualisme des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », *op. cit*., p. 77 et s.
[54] Ch. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie,* 1884.

le critiquer, le questionner ou le consacrer, le concept de responsabilité contractuelle acquiert, à partir de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, ses lettres de noblesse juridique, et devient l'objet central des débats doctrinaux consacrés aux frontières entre le contrat et le délit. Un tel dualisme semble avoir été définitivement consacré par la réforme du droit des contrats de 2016, qui use à plusieurs reprises du terme de « responsabilité extracontractuelle »[55], semblant dès lors entériner *a contrario* l'existence d'une responsabilité contractuelle[56]. Dans un futur proche, l'existence de ce dualisme ne devrait plus faire de doute, les projets de réforme de la responsabilité civile ayant pris le parti de traiter ensemble des responsabilités contractuelle et « extracontractuelle », et de présenter la responsabilité contractuelle comme un régime de responsabilité à part entière, qui partage avec la responsabilité « extracontractuelle » des principes, et des conditions de mise en œuvre en partie communes.

13. Un débat centré sur la délimitation des responsabilités contractuelle et délictuelle. Le syntagme « responsabilité contractuelle » s'est ainsi imposé relativement tôt en doctrine pour désigner les dommages-intérêts contractuels, et amène avec lui les termes d'un débat doctrinal légèrement renouvelé, centré autour de la distinction entre deux régimes de responsabilité concurrents, la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle. Cette consécration doctrinale de la responsabilité contractuelle a ainsi pour conséquence de déplacer le problème de délimitation des dommages-intérêts contractuels et délictuels, à un problème de frontières entre deux régimes de responsabilité qui répondent à des conditions symétriques : un fait générateur, un dommage, un lien de causalité. La question de la délimitation des régimes délictuel et contractuel de responsabilité va dès lors, à partir du XIX^{ème} siècle, concentrer les énergies de la doctrine civiliste, et va la conduire à s'interroger sur la question de la nature « véritable » de ces dommages-intérêts contractuels – sanctions de l'inexécution ou véritable régime de responsabilité – ainsi que sur les fondements de l'existence d'un tel régime autonome de responsabilité contractuelle. À peine né, le concept de responsabilité contractuelle se retrouve ainsi

[55] Articles 1100-2, 1116 et 1178 du Code civil. Les articles 1240 et suivants sont également regroupés dans un sous-titre II du Titre III consacré aux sources d'obligations, intitulé « La responsabilité extracontractuelle ».
[56] B. MORON-PUECH, « Regard critique sur la consécration du dualisme des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », *op. cit.*, p.71

presqu'immédiatement sous le feu des critiques, opposant aux partisans d'une thèse « dualiste », les tenants de la thèse « moniste »[57]. Qu'ils plaident, nous le verrons, l'inadéquation du concept de responsabilité aux dommages-intérêts contractuels, ou au contraire l'inexistence d'une distinction entre deux régimes de responsabilité en tous points similaires, ces auteurs situent, pour partie, l'origine des problèmes de délimitation dans la reconnaissance d'un régime de responsabilité contractuelle concurrent de la responsabilité délictuelle.

14. Réponses doctrinales à la difficile délimitation des responsabilités contractuelle et délictuelle. Voyant dans l'existence de la responsabilité contractuelle la source des difficultés de délimitation entre les dommages-intérêts délictuels et contractuels, une partie de la doctrine, soucieuse de mettre un terme au flou caractérisant la matière, et déterminée à tracer entre les régimes une limite nette, constante et prévisible, va promouvoir au XIX^{ème}, puis au XX^{ème} siècle, des positions relativement radicales. Deux attitudes se dessinent alors à l'égard de la responsabilité contractuelle, menant à des solutions opposées, ayant néanmoins en commun un objectif : la disparation d'un tel régime autonome de responsabilité. Les thèses de la dualité et de l'unité de nature des responsabilités s'opposent ainsi à la fin du XIX^{ème}. Selon la première, si les relations contractuelles doivent nécessairement être régies par des règles propres, distinctes de la responsabilité délictuelle, ces règles ne relèvent en rien de la responsabilité civile, mais de la garantie[58]. La seconde, à l'inverse, souligne l'identité de nature des dommages-intérêts contractuels et délictuels au point de conclure à la nécessité d'une unité de régimes, fusionnant les responsabilités contractuelle et délictuelle[59].

C'est pourtant, à partir des années 1930, la thèse « intermédiaire » qui va s'imposer en doctrine, et qui, consacrant la place de la responsabilité contractuelle au sein du droit des obligations, semble mettre un terme à ce débat. Selon cette thèse, l'unité de nature et de fonctions des responsabilité contractuelle et délictuelle ne fait pas obstacle à la nécessaire dualité de régimes des responsabilités, en raison de la

[57] Sur les origines de la controverse, v. Z. JACQUEMIN, *Payer, Réparer, Punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais,* LGDJ, 2021, n° 3 et s.
[58] Ch. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie, op. cit.*
[59] J. GRANDMOULIN, *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, *op. cit.*

dualité de leurs sources[60]. Alors qu'un équilibre semblait atteint, la deuxième moitié du XX^{ème} siècle sera pourtant à nouveau le théâtre d'une opposition doctrinale sur cette question, à la faveur du retour des thèses dualiste – au sens d'une dualité de nature des dommages-intérêts – et moniste[61]. La première vise cette fois à démontrer l'inexistence du concept de responsabilité contractuelle, dont la consécration relèverait d'une erreur d'analyse du Code civil, erreur en contradiction avec le sens même de l'histoire[62], tandis que la seconde prône la fusion des régimes[63]. Toutes deux sont cependant animées par le souci de mettre un terme aux difficultés de délimitation entre dommages-intérêts délictuels et contractuels[64].

15. Écueils des thèses radicales. Les thèses radicales ont pour effet de faire disparaître un des éléments du conflit de délimitation entre les responsabilités : la première en niant l'existence même de la *responsabilité* contractuelle, la seconde en niant son autonomie. Si de telles démarches peuvent avoir l'avantage théorique de satisfaire au besoin taxinomique du juriste, elles présentent également des avantages pratiques certains, puisque la prévisibilité du droit, composante essentielle du principe de sécurité juridique[65], ressort nécessairement accrue de la résolution de ce conflit de frontières. Ces gains théoriques et pratiques ne s'obtiennent néanmoins qu'au prix de

[60] A. BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, *op. cit*., spéc. p.382 : « Scientifiquement il n'y a pas deux responsabilités, mais deux régimes de responsabilité ».
[61] Pour plus de développements sur ces thèses, v. *infra*, n° 232 et s.
[62] V. not. Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op. cit*.
[63] V. not. E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, *op. cit.* ; V. WESTER-OUISSE , « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale », *op. cit*. ; M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.*
[64] V. not., niant le concept de responsabilité contractuelle, Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op. cit*., spéc. n° 19 et s., qui traite du « gonflement artificiel du contrat » et de la « multiplication des conflits de frontières entre les deux ordres de responsabilité ». V., prônant la fusion des régimes, E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, *op. cit* : le titre I de la deuxième partie de la thèse, consacrée à la démonstration d'une unité de régimes, est consacré à l'exposé des « failles de la présentation classique des régimes de la responsabilité civile », failles caractérisées par des « incertitudes » liées tant à l'existence du contrat qu'à la caractérisation des conditions d'engagement de l'action en responsabilité contractuelle, fait générateur contractuel et qualité de partie au contrat. C'est bien l'existence même de points de rencontre entre la responsabilité délictuelle et du contrat, et d'interférences entre les sphères contractuelle et délictuelle, qui justifie l'unité de régimes. *Adde* M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, spéc. p. 364 et s.
[65] T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, 2009, n° 30 et s.

ce qui peut apparaître comme un excès de dogmatisme[66] : la fixation par la doctrine, dans un souci de prévisibilité, de frontières étanches entre responsabilité délictuelle et contrat, fait parfois fi d'une réalité complexe et rétive à une catégorisation *a priori*. Ces démarches radicales traduisent une attitude doctrinale que l'on pourrait qualifier de « maximaliste », en ce qu'elle entreprend, à partir de concepts prédéfinis, de tirer un ensemble cohérent, complet et exclusif de conséquences logiques, permettant dès lors de régir *ex ante* toute situation se situant à la frontière du délit et du contrat.

La réalité juridique se trouve alors soumise à un impératif catégorique de conformité aux propositions doctrinales, parfois aveugle au caractère têtu des faits qu'elles appréhendent ou des normes qui les régissent. La thèse postulant une dualité de nature des dommages-intérêts, et niant l'existence de la responsabilité contractuelle, fait ainsi abstraction de l'objet réel de la compensation lorsque les dommages-intérêts contractuels sont mis en œuvre par les juges, objet qui ne correspond pas toujours à l'octroi d'un avantage contractuel. La thèse moniste, quant à elle, semble faire peu de cas de l'existence de normes supranationales directement applicables en droit français, et qui s'appuient sur une telle distinction entre dommages-intérêts contractuels et délictuels[67], dont le droit comparé démontre la pertinence[68].

Enfin, les thèses radicales n'offrent qu'une approche incomplète des rapports entre responsabilité délictuelle et contrat : si elles visent à résoudre les difficultés de qualification entre les différentes espèces de dommages-intérêts, elles ne cherchent pas à appréhender, au-delà de cet effort de délimitation, les situations dans lesquelles cette limite qu'elles posent entre responsabilité délictuelle et contrat, cette frontière-

---

[66] Parler de « dogmatisme » n'est pas en soi une expression péjorative, et fait référence à l'esprit de système propre à la démarche doctrinale. V. J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, n° 50, 2002, p. 103 et s., spéc. p. 105 : « La doctrine juridique est *partie prenante au processus de production du droit* […]. La connaissance du droit qu'elle permet est une connaissance « intéressée » : il s'agit d'apporter une contribution, de toute première importance, au bon fonctionnement de l'ordre juridique, par un travail de mise en cohérence, d'élimination des dissonances, de résorption des contradictions. Ce faisant, la doctrine fait œuvre dogmatique et contribue à la production de la normativité juridique ». *Adde* Ph. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine,* Dalloz, 2004. Nous pointons seulement ici certains excès d'une telle démarche dogmatique, dans une matière *a priori* rétive à la systématisation.

[67] Règlement CE n° 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, Règlement CE n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles. Règlement UE n° 1215/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions commerciales, dit Règlement Bruxelles I bis, qui formule des règles de compétence distinctes en matière contractuelle ou en matière délictuelle aux articles 7§1 et 7 §2.

[68] V. *infra*, n° 72 et s.

obstacle, si elle n'est pas directement franchie, se révèle perméable aux effets perturbateurs de la responsabilité délictuelle. En effet, aux marges du contrat, qu'il s'agisse de son existence – le pré et le post-contractuel – ou de son exécution – lorsque le dommage est causé à un tiers – la responsabilité délictuelle risque en effet de déployer des effets qui perturberont le contrat.

Les difficultés soulevées par ces approches, certes intellectuellement satisfaisantes, nous conduisent à leur préférer l'approche intermédiaire, qui prend acte de l'unité de nature des dommages-intérêts, en tant qu'effets de la responsabilité civile, tout en distinguant leur régime en raison de leurs sources distinctes. L'admission de l'unité de nature des dommages-intérêts ne fera pas obstacle à la reconnaissance du particularisme des dommages-intérêts contractuels, qui poursuivent, parfois, une fonction bien distincte des dommages-intérêts délictuels, tournée vers la satisfaction du créancier contractuel[69]. Il s'agit bien de reprendre à nouveaux frais les thèses qui ont dominé la doctrine des années 1930 jusqu'aux années 1980, lorsque s'affirme en doctrine la critique de la responsabilité contractuelle[70].

16. Une doctrine centrée sur la protection du contrat face à la responsabilité délictuelle. Qu'elles soient radicales ou intermédiaires, les approches doctrinales des rapports entre responsabilité délictuelle et contrat présupposent par ailleurs pour la très grande majorité d'entre elles une approche centrée sur le contrat, laquelle, en cas de conflit de qualification, ou d'interférence de leurs effets, vise à préserver les objectifs du contrat, au détriment des objectifs propres à la responsabilité délictuelle, qui sont pourtant également en jeu. Ces auteurs sont animés par le souci d'exclure à tout prix l'intrusion de la responsabilité délictuelle dans le contrat, parce que cette dernière risque de mettre à mal les objectifs et les principes propres au contrat, au premier chef desquels le respect des prévisions des parties, les principes de force obligatoire et

[69] Nous nous inscrirons en ce sens au sein d'un courant visant à reconnaître la dualité de fonctions de la responsabilité contractuelle. V. not. J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.* ; Z. JACQUEMIN, *Payer, Réparer, Punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais, op. cit.*

[70] Qui débute réellement avec la troisième édition du *Traité de la responsabilité* de Philippe LE TOURNEAU, publiée en 1982. V. Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, Dalloz, 3ème éd., 1982. Sur les débuts de la controverse sur la responsabilité contractuelle, v. Z. JACQUEMIN, *Payer, Réparer, Punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais, op. cit.*, n° 5 et s.

d'effet relatif des conventions[71]. Ces analyses, orientées par la recherche d'un tel résultat, semblent dès lors postuler, chaque fois qu'un conflit surgit de la rencontre de la responsabilité délictuelle et du contrat, une forme de primat normatif du contrat sur la responsabilité délictuelle. Qu'il s'agisse de résoudre le problème de délimitation entre les dommages-intérêts délictuels et contractuel et, partant, entre les responsabilités, ou bien d'interférence des effets de la responsabilité délictuelle aux marges du contrat, ces auteurs sacrifient volontiers l'objectif de réparation propre à la responsabilité délictuelle sur l'autel du contrat. Nous qualifierons de telles approches, qui témoignent d'une appréhension des rapports entre responsabilité délictuelle et contrat centrée sur ce dernier, de « juscontractualiste », par opposition à une approche « jusresponsabiliste »[72], qui poserait au contraire le primat des objectifs de la responsabilité délictuelle sur le contrat.

17. Écueils du juscontractualisme. Deux reproches peuvent être adressés à ces analyses centrées sur le contrat.

D'abord, elles font abstraction des objectifs propres à la responsabilité, ou du moins semble leur attribuer une valeur moindre que celle qu'elles attachent au respect

[71] L'analyse de la réaction de la doctrine à l'affirmation, par la Cour de cassation, de la possibilité offerte au tiers victime de l'inexécution du contrat d'agir en responsabilité délictuelle sur le seul fondement du manquement contractuel en fournit un bon exemple. L'immixtion de la responsabilité délictuelle, qui porterait ici atteinte tout à la fois au respect des prévisions contractuelles et au principe de l'effet relatif des conventions, constituerait même une « machine à faire sauter le contrat ». V. J.-S. BORGHETTI, « Petit exercice de jurisprudence-fiction », *RDC* 2014, p.32 et s. Pour plus de développements sur cette réaction de la doctrine, v. *infra*, n° 510 et s.

[72] Ces néologismes semblent justifiés par deux considérations. D'une part, le terme « contractualiste », en droit, renvoie à un domaine d'étude (le contrat) et non à une prise de position normative. Le terme « responsabiliste », qui en serait le pendant, pour renvoyer à celles et ceux dont l'objet d'étude premier est la responsabilité, n'est quant à lui d'ailleurs pas consacré. Le terme « contractualiste » peut revêtir une acception normative, en philosophie cette fois-ci, pour renvoyer aux auteurs pour lesquels le contrat constitue le modèle des rapports socio-politiques – le célèbre « contrat social ». D'autre part, le préfixe *-jus* permet d'évoquer la querelle classique entre (jus)positivistes et jusnaturalistes afin de penser les conflits entre normes morales et juridiques – les premiers actant leur hétérogénéité, les seconds revêtant la norme morale d'une dimension juridique (en la qualifiant de « droit naturel »). Le préfixe *« jus »* permet donc de caractériser une position normative sur le droit : les juscontractualistes affirmant la primauté normative du contrat sur la responsabilité délictuelle, les jusreponsabilistes affirmant l'inverse.

des principes contractuels[73]. On ne trouve en effet que dans de rares contributions sur le sujet l'idée de la recherche d'un équilibre par la mise en balance des objectifs propres au contrat, et de ceux portés par la responsabilité délictuelle[74]. Or rien ne semble pouvoir justifier le primat normatif du contrat sur la responsabilité délictuelle : pas plus sa source – le contrat tire sa force obligatoire des volontés des parties mais aussi et surtout de la loi[75] – que les intérêts qu'il sert : les intérêts contractuels, définis comme « l'intérêt à voir les termes du contrat respectés »[76], sont avant tout des intérêts privés, propres aux parties, et n'intéressent pas le corps social comme les règles relatives à la responsabilité délictuelle peuvent le faire[77].

Ensuite, cette vision centrée sur le contrat largement dominante en doctrine, dont on pourrait même penser qu'elle reflète une unanimité sur le sujet, semble aboutir à une incompréhension, et à une véritable scission avec la jurisprudence, dont les

---

[73] V. not. P. ANCEL, « Faut-il faire avec ? », *RDC* 2007, p. 538 et s., note sous Ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13.255, qui critique la solution « au regard du droit des contrats » (n° 7) un peu au regard de la faute délictuelle (n° 8), mais surtout au regard de ses conséquences pratiques (n° 9 et s.) pour le contrat : méconnaissance des prévisions du débiteur contractuel, disparité de traitement entre tiers et créancier contractuel. Dans le même sens Ph. DELEBECQUE, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : brèves remarques », *RDC* 2007, p. 556 et s. ; Ph. JACQUES, « Einstein à la Cour de cassation : la relativité de la théorie », *RDC* 2007, p. 569 et s. ; J.-B. SEUBE, « La responsabilité délictuelle du contractant : les prévisions contractuelles sacrifiées sur l'autel de la protection des victimes », *RDC* 2007, p. 379 et s. Ce focus trop prononcé de la doctrine sur le contrat est d'ailleurs reproché par le premier avocat général GARAZZIO dans son avis émis sur l'arrêt d'Assemblée plénière du 6 octobre 2006 (Ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13.255). V. Avis de M. GARIAZZO, Premier avocat général, sous Assemblée plénière, 6 octobre 2006, n°05-13.255, p.13 : qui pointe le danger d'une doctrine figée sur la défense de la relativité contractuelle et qui aurait le défaut « d'être trop axée sur le contrat, au détriment de la responsabilité délictuelle ».

[74] V. cependant not. J.-S. BORGHETTI, « Responsabilité des contractants à l'égard des tiers : pas de pitié pour les débiteurs ! », *D.* 2020, p. 416 et s. : « La responsabilité civile repose, quant à elle, sur un équilibre, assurément délicat à trouver, entre les intérêts des victimes potentielles, ceux des responsables potentiels et même ceux de la société dans son ensemble. […] Les attentes des contractants, relatives notamment au caractère prévisible des dommages-intérêts qu'ils pourraient être amenés à verser en cas d'inexécution du contrat, sont purement et simplement ignorées. » ; M. BACACHE, « L'assimilation des fautes délictuelle et contractuelle réaffirmée par l'assemblée plénière », *D.* 2020, p. 394 et s., qui souligne les difficultés à laisser le tiers sans indemnisation : « Or ce résultat est contraire aux fonctions tant indemnitaire que punitive de la responsabilité civile : il laisse sans réparation des dommages en lien de causalité certaine avec la faute commise ; il laisse relativement impunis des comportements illicites. C'est précisément pour accorder aux tiers victimes un droit à réparation là où le strict respect de l'indépendance des fautes l'aurait interdit que l'assemblée plénière a affirmé à deux reprises la règle de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle ». Les auteurs finissent cependant par sacrifier ces objectifs propres à la responsabilité au nom du principe de l'effet relatif des contrats

[75] V. not. D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat, Esquisse d'une théorie, op. cit.,* p. 263 et s.

[76] H. GUIZIOU, *La réparation du dommage. Contribution à l'étude de la hiérarchisation des intérêts*, Panthéon-Assas Université, 2024, n° 40.

[77] La raison pour laquelle les intérêts contractuels apparaissent plus dignes de protection réside peut-être dans le fait que l'intérêt contractuel, l'intérêt du créancier au contrat, est par essence juridique, alors que l'intérêt dont se prévaut la victime d'un dommage qui n'est pas contractuel, intérêt qui dépend du type de dommage causé, n'est pas *a priori* juridique, mais peut être pris en charge par le droit. Sur ce point, v. H. GUIZIOU, *La réparation du dommage. Contribution à l'étude de la hiérarchisation des intérêts*, Panthéon-Assas Université, 2024, n° 40.

solutions témoignent plutôt d'une faveur à l'objectif de réparation propre à la responsabilité civile. Ces solutions jurisprudentielles, majoritairement critiquées par la doctrine, ne sont en général soutenues que par une petite minorité d'auteurs, que l'on pourrait qualifier de « jusresponsabilistes », et qui insistent au contraire sur l'objectif de la responsabilité délictuelle, réparer le dommage[78], qui, une fois les conditions de l'action en responsabilité réunies, doit pouvoir être satisfait. Le cas de la compensation du dommage causé au tiers par l'inexécution du contrat constitue l'exemple le plus criant d'une telle opposition. Le principe posé par l'Assemblée plénière le 6 octobre 2006[79], selon lequel « 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 », a en effet déclenché une levée de boucliers massive en doctrine. Ses adversaires, en nombre, ont en effet souligné, au nom du respect des prévisions du débiteur contractuel, tant l'ineptie d'une telle solution, que sa dangerosité vis-à-vis du contrat[80], mais également l'injustice qu'elle crée à l'égard du créancier contractuel, qui, victime lui aussi d'un dommage du fait de l'inexécution, se trouve dès lors moins bien loti que le tiers[81], alors que le contrat avait justement pour objet d'améliorer sa situation au regard de celle des tiers. Les rares défenseurs de la solution ont, sinon soutenu en totalité les effets d'une telle solution, du moins rappelé en quoi cette dernière était justifiée tant du point de vue des conditions[82] que de l'objectif de la responsabilité délictuelle. La Cour de cassation, imperturbable, ne semble pas avoir été émue par ces critiques et a pu réaffirmer solennellement, en Assemblée plénière, une telle solution, prenant même le soin de la justifier au moyen d'une motivation enrichie, au sein de

[78] Ces auteurs sont très rares, comme en attestent les commentaires sous l'arrêt d'Assemblée plénière du 6 octobre 2006 précité. V. S. CARVAL, « Droits des tiers d'invoquer un manquement contractuel », *RDC* 2007, p. 279 et s.
[79] Ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13.255, *RDC* 2007.375, obs. J-B. SEUBE ; *RDC* 2007. 556, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RDC* 2007.558, obs. P.-Y. GAUTIER ; RDC 2007. 563, obs. Ph. JACQUES ; *RDC* 2007.609, obs. R. WINTGEN ; *RTD civ.* 2007.123, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2006.2825, obs. G. VINEY ; *RDC* 2007.279, note S. CARVAL.
[80] J.-S. BORGHETTI, « Petit exercice de jurisprudence-fiction », *op. cit.*
[81] V. not. P. ANCEL, « Faut-il faire avec ? », *op. cit.*
[82] S. CARVAL, « Droits des tiers d'invoquer un manquement contractuel », *op. cit. ;* G.VINEY, « La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle », *D.* 2006, p. 2825 et s. et *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit*., n° 357.

laquelle la nécessité de ne pas laisser le tiers sans indemnisation apparaissait comme la principale justification de sa solution[83].

Une telle fracture entre une doctrine quasi-unanime et une jurisprudence constante, rarement observée sur d'autres sujets, témoigne de l'intérêt d'une nouvelle étude sur ce sujet. Un intérêt récemment réactivé par la Cour de cassation elle-même, qui a, contre toute attente, modulé les effets de la solution de principe posée en 2006. Par un arrêt rendu le 3 juillet dernier, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, tout en réaffirmant explicitement le principe posé par l'arrêt Myr'ho, a soudainement décidé de soumettre le tiers aux limites posées par le contrat quant à la réparation du dommage[84]. Notre étude se présentera ainsi aussi comme une réflexion sur les rapports entre doctrine et jurisprudence, souvent conflictuels sur ce sujet.

18. Une étude centrée sur la responsabilité délictuelle face au contrat. « Prendre la responsabilité au sérieux »[85]. Par contraste avec cette vision centrée sur le contrat nous chercherons à replacer la responsabilité délictuelle au cœur des problématiques liées à la rencontre entre responsabilité délictuelle et contrat. Sans pour autant postuler le primat normatif de la responsabilité délictuelle sur le contrat, il s'agira ici d'affirmer la nécessité d'une mise en balance des objectifs propres à la responsabilité délictuelle, et plus largement de la responsabilité civile, avec les visées propres au contrat. Il nous apparaît en effet difficile d'écarter, au seul nom du respect des prévisions contractuelles, le principe voulant que l'on répare les conséquences de sa faute, principe de responsabilité, que le Conseil constitutionnel a lui-même érigé au rang d'« exigence constitutionnelle »[86]. La société tout entière est en effet structurée par un

---

[83] Ass. plén., 13 janvier 2020, n° 17-19.963, *D*. 2020.353, obs. M. MEKKI *; D.* 2020.394, obs. M. BACACHE; *D.* 2020.416, note J.-S. BORGHETTI ; *RTD civ.* 2020.96, note H. BARBIER; *RTD civ.* 2020.395, obs. P. JOURDAIN; *AJ contrat* 2020.80, note M. LATINA; *RFDA* 2020.443, note J. BOUSQUET ; *RDC* 2020.40, obs. G. VINEY ; *LPA* 26 mars 2020, n° 61, p.13, obs. G. TRÉDEZ ; *LPA* 22 juillet 2020, n° 146, p.15, obs. J. LEFEBVRE ; *Gaz. Pal*. 4 février 2020, n° 05, p.15, obs. D. HOUTCIEFF ; *Gaz. Pal*. 7 avril 2020, n° 14, p.37, obs. D. HOUTCIEFF ; *Gaz. Pal*. 21 avril 2020, n° 15, p.29, obs. J. TRAULLÉ ; *JCP G* 2020.93, note M. MEKKI ; *JCP G.*360, obs. G. VIRASSAMY ; *JCP E* 2020.1066, note D. BAKOUCHE ; *CCC* avril 2020, n° 4, p.1, obs. L. LEVENEUR ; *Defrénois* 5 mars 2020, n° 10, p.1, note N. BALAT.

[84] Com., 3 juillet 2024, n° 21-14.947, *D.* 2024.1577, note A. GOUËZEL ; *D.* 2024.1607, note D. HOUTCIEFF ; *CCC* 2024, n° 10, p.11, comm. L. LEVENEUR.

[85] A. SUPIOT, M. DELMAS-MARTY (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux,* PUF, 2015.

[86] N° 99-419 DC du 9 novembre 1999 : la prévision par la loi d'une responsabilité en cas de rupture fautive « met en œuvre l'exigence constitutionnelle prévue par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». La formule est reprise par la suite presque à l'identique dans plusieurs décisions : v. n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010 ; n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010 ; n° 2016-533 QPC du 14 avril 2016.

tel principe : la responsabilité civile, instrument de l'indemnisation des victimes, est plus largement un outil de paix sociale, qui intéresse tout un chacun, là où le contrat n'a vocation, en principe, qu'à préserver les intérêts des parties qui l'ont fait naître et ne peut, pour les servir, totalement s'extraire de la société dans laquelle il s'inscrit, ni s'affranchir de ses règles.

La responsabilité civile apparaît donc comme un enjeu politiquement plus sensible que le contrat, ce dont témoigne le projet de réforme de la responsabilité qui, contrairement à la réforme opérée en droit des contrats, ne sera pas laissée aux mains du pouvoir exécutif, et devra rester l'apanage du législateur. Ceci explique d'ailleurs les difficultés rencontrées pas une telle réforme, soumise à de nombreux obstacles, d'ordre constitutionnel[87]et politique, au point que les projets de réforme les plus récents ont fait le choix de n'intervenir que sur des points faisant consensus[88], au regret de ceux qui appelaient à une réflexion plus audacieuse sur le sens et l'avenir de la responsabilité civile en droit français[89]. Même les auteurs les plus audacieux en la matière soulignent la nécessité d'agir en ce domaine avec prudence[90]. La thèse défendue ici ne sera pas « jusresponsabiliste » à l'excès, faisant primer systématiquement les objectifs de la responsabilité délictuelle sur ceux du contrat, mais aura le souci de rappeler la nécessaire mise en balance de ces objectifs parfois contradictoires, afin d'atteindre les solutions les plus équilibrées.

19. Une étude unitaire et globale d'une dynamique entre responsabilité délictuelle et contrat. Des litres d'encre ont été versés, et d'irréductibles querelles doctrinales se sont nouées autour de la question de la délimitation des sphères

---

[87] Sur de tels obstacles, v. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit*., n° 84.

[88] Le rapport d'information fait au nom de la commission des lois sur la responsabilité civile, et enregistré à la Présidence du Sénat le 22 juillet 2020 fait ainsi explicitement état de « blocages » sur certains points qui iraient au-delà d'une codification de la jurisprudence à droit constant. V. Rapport d'information n° 663 (2019-2020) p. 15, disponible à l'adresse suivante : https://www.senat.fr/notice-rapport/2019/r19-663-notice.html
La plupart des points de blocage listés par le rapport seront par ailleurs abandonnés dans la proposition de loi enregistrée à la Présidence du Sénat le 29 juillet 2020. L'exposé des motifs qui accompagne cette proposition de loi fait état d'une telle volonté de « dégager les axes les plus consensuels de la réforme ». V. https://www.senat.fr/leg/exposes-des-motifs/ppl19-678-expose.html

[89] V. not. J.-S. BORGHETTI, « Le soleil se lève au nord : ou comment la réforme belge de la responsabilité extracontractuelle fait pâlir le projet français », *D.* 2024, p. 643 et s.

[90] V. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 507, qui conclut sa thèse, après avoir soutenu l'idée radicale d'une fusion des régimes de responsabilité, et d'une « refonte du droit de la responsabilité civile » en soulignant cependant que « les changements se doivent d'être particulièrement prudents dans le domaine de la responsabilité civile », à laquelle il ne faudrait toucher « qu'en tremblant ».

délictuelle et contractuelle : délimitation des dommages-intérêts délictuels et contractuels, délimitation des régimes de responsabilité, et plus généralement tentatives de maintenir la responsabilité délictuelle, et ses effets, hors du contrat. Malgré ces efforts répétés de la doctrine, et l'existence de travaux d'importance sur les rapports entre les régimes contractuel et délictuel de responsabilité, il nous est apparu qu'il manquait encore une étude unitaire et globale des rapports entre responsabilité délictuelle et contrat. L'approche globale ici adoptée permet de traiter ensemble des différents points de rencontre de la responsabilité délictuelle et du contrat, qui créent entre ces deux mécanismes des interférences : d'une part la question classique des frontières entre les régimes de responsabilité, et de la détermination de leurs domaines respectifs, d'autre part la question des effets de la responsabilité délictuelle aux marges du contrat. L'intrusion de la responsabilité délictuelle dans le contrat peut en effet se faire par ses conditions, mais aussi par ses effets. Le caractère unitaire de l'étude justifie par ailleurs une approche qui part de la responsabilité civile plutôt que du contrat, qui replace les objectifs propres à celle-ci au cœur des réflexions, et qui se concentre sur l'étude de ses conditions, de ses effets, et de ses fonctions.

20. Terminologie : dommage ou préjudice ? Parce que les fonctions servies par les dommages-intérêts sont au centre de la présente étude, il en sera de même du dommage. Seule l'analyse de l'objet des dommages-intérêts – le dommage – de ses contours, et de sa consistance permet de mettre au jour leur fonction, le résultat qu'ils visent pour celui qui les reçoit : rétablissement d'une situation passée, ou établissement d'une situation contractuelle espérée. Il faut dès lors préciser cet objet : est-ce le dommage ou le préjudice ? Quelle place doit-on accorder à cette distinction ? Plébiscitée par un nombre croissant d'auteurs[91], cette distinction retranscrit une réalité indéniable[92] : le

[91] V. not. Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation,* Dalloz, 9ème éd., 2022, n° 32 ; A. BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Paris, Sirey, 1931, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n° 176 ; Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation, 2023-2024,* Dalloz Action, 13ème éd., 2023, n° 2121-11 ; F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », *RCA* 2010, dossier 3, spéc. n° 1 ; J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Liber amicorum, Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 145 et s. ; M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit*, n° 133 et s. ; A BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable, Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, PUAM, 2014, n° 250 et s.

[92] G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit*., p. 4, qui parle d'une réalité « incontestable ».

dommage serait la lésion directement subie par la personne, atteinte au corps ou aux biens, et serait un « simple fait sans signification juridique »[93], tandis que le préjudice, seul pris en compte par le droit, serait la conséquence, patrimoniale ou extrapatrimoniale, de cette lésion première.

Une telle distinction ne nous apparaît pourtant pas toujours aisée à manier. Si seul le préjudice est un élément de droit, dommage et préjudice apparaissent pourtant souvent mêlés comme condition de l'action en responsabilité. En témoigne la formule utilisée par le projet de réforme de la responsabilité civile, et la proposition de loi qui l'a suivi, qui posent comme condition de l'action en responsabilité, contractuelle ou extra-contractuelle, un « préjudice réparable », défini comme le « préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial »[94]. Dommage et préjudice apparaissent ainsi en réalité tous deux nécessaires à la mise en œuvre de l'action en responsabilité, l'objet des dommages-intérêts étant de compenser les conséquences d'une atteinte faite à la personne dans son corps ou ses biens, et ce faisant, en compensant les préjudices, de compenser, de réparer un dommage. Ce qui intéresse ainsi le juge, lorsqu'il met en œuvre l'action en responsabilité, c'est bien de savoir comment effacer au mieux, pour la victime, les traces de l'atteinte, ce qui implique qu'il regarde tout à la fois le dommage et ses conséquences. Lorsque nous traiterons des fonctions de la responsabilité, délictuelle ou contractuelle, c'est ainsi plus globalement ce qui sera compensé qui sera examiné, et que l'on appellera plutôt volontiers dommage que préjudice. Les deux termes seront toutefois souvent utilisés indistinctement. Lorsqu'il s'agira néanmoins d'encadrer les effets de la clause générale, notamment aux marges du contrat, l'analyse de ce qui peut être réparé ou non, et du tri qui devra être opéré, parmi les lésions subies par la victime, entre celles que le droit considérera réparables et les autres, nous a conduit à utiliser le vocable de préjudice, lorsque cela apparaissait plus pertinent.

21. Délimitation du champ de l'étude. L'étude proposée se présente donc avant tout comme une étude de droit de la responsabilité. L'objet de l'étude entreprise ne portera pas sur les sanctions de l'inexécution du contrat, leur cohérence, et ne cherchera pas à

[93] *Ibid*
[94] Articles 1235 du projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 et de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 juillet 2020.

construire un droit de l'inexécution contractuelle, comme cela a déjà été fait[95]. La question de l'inexécution contractuelle ne pourra manquer d'affleurer dans les développements consacrés aux dommages-intérêts contractuels, et ce pour deux raisons : d'abord parce qu'il faut les situer dans l'économie des remèdes à l'inexécution contractuelle[96], mais aussi parce que la critique du concept de responsabilité contractuelle repose sur l'obstacle que constituerait une telle qualification de « responsabilité » à l'émergence d'un droit plus cohérent de l'inexécution contractuelle[97]. Tel n'est pas pourtant notre objet d'étude propre, dont le postulat initial est que les dommages-intérêts sont un instrument au service d'une responsabilité civile, qu'ils soient contractuels ou délictuels.

Le contrat sera essentiellement étudié à partir des règles du droit commun des contrats, ce qui n'empêchera pas de solliciter certains contrats spéciaux à titre d'exemple, lorsqu'ils permettent d'illustrer de manière particulièrement pertinente notre propos.

Par ailleurs, si le point de départ de notre étude est la responsabilité délictuelle, et plus largement la responsabilité civile, il faut en préciser le domaine. Seront incluses dans le champ de notre étude les régimes de droit commun de la responsabilité délictuelle que sont la responsabilité pour faute de l'article 1240 du Code civil, ainsi que les responsabilités du fait des choses, et du fait d'autrui, qui trouvent leur fondement à l'article 1242, alinéa 1er du Code[98]. Nous ne prendrons cependant pas, comme objet principal de l'étude, les divers régimes spéciaux de responsabilité, qu'ils soient professionnels ou autre, pas plus que des régimes d'indemnisation prévus par le législateur[99], puisque ces régimes visent justement, en général, à dépasser la question

[95] V. not. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution*, LGDJ, 2004.
[96] Article 1217 du Code civil.
[97] V. not. D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *op. cit.*
[98] Sur la qualification de tels régimes de droit commun, v. *infra*, n° 254
[99] Sur lesquels, v. not. J. KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, LGDJ, 2013.

des frontières et le problème de qualification entre contrat et délit[100]. S'ils peuvent constituer une solution intéressante pour remédier à cette problématique[101], ils ne permettent donc pas de traiter la question des rapports entre la responsabilité délictuelle et le contrat, déterminés avant tout par la présence de la clause générale de l'article 1240 du Code civil. Puisque l'étude se concentre sur les points de rencontre entre la responsabilité délictuelle et le contrat, et des conflits qu'ils suscitent, leur étude ne nous apparaît pas pertinente. Ils seront néanmoins ponctuellement évoqués pour mettre en lumière la place particulière de la clause générale de responsabilité délictuelle comme droit commun de la responsabilité civile, et son caractère subsidiaire qui s'exprime également à l'égard de ces régimes spéciaux, mais pas nécessairement avec la même force que pour la responsabilité contractuelle.

Une seconde série d'exclusion doit être ici formulée. La présente étude s'intéresse en effet à la rencontre de la responsabilité délictuelle et du contrat uniquement lorsqu'elle révèle un rapport, une dynamique particulière entre ces deux objets juridiques. Une dynamique faite, nous le verrons, de rejet, d'exclusion de la responsabilité délictuelle du contrat, mais aussi d'attraction du contrat sur la responsabilité délictuelle. Nous écarterons donc de la présente étude d'autres points de rencontre entre la responsabilité délictuelle et le contrat qui ne révèleraient pas cette dynamique particulière, comme c'est le cas notamment de la question de l'encadrement de la responsabilité délictuelle par le contrat.

22. Généalogie et analyse des rapports particuliers entre responsabilité délictuelle et contrat. L'étude des rapports entre la responsabilité délictuelle et le contrat suppose d'établir des frontières : une « frontière-délimitation » entre les types de dommages-intérêts, contractuels et délictuels, et partant entre les responsabilités, qui tend à devenir une véritable « frontière-obstacle » entre la responsabilité délictuelle

---

[100] V. not. Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, art 1er, qui précise que la loi s'applique aux victimes de tels accidents, « même lorsqu'elles sont transportées par un contrat » ; Article 1245 du Code civil relatif à la responsabilité du fait des produits défectueux, et issu de la directive européenne du 25 juillet 1985 (Directive CE 85/374/CEE) qui prévoit que « Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime ». Il en irait également de même, selon certains auteurs, de la responsabilité médicale, intégrée par la loi du 4 mars 2002 au Code de santé publique, et qui pourrait constituer un régime professionnel autonome. Sur cette question v. not. M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil*, t.V, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 3ème éd., n° 796 et s.

[101] V. not. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 395 et s.

et le contrat, afin de protéger le contrat des effets perturbateurs de la responsabilité délictuelle. Cette entreprise de délimitation a fait l'objet de nombreux travaux, tous soucieux de trouver la clé de répartition incontestable, et de dresser une frontière fixe, et prévisible, entre la responsabilité délictuelle et le contrat, et plus particulièrement entre les types de dommages-intérêts. Ces travaux, d'une grande importance, souffrent cependant souvent d'être trop centrés sur un aspect particulier du problème posé par la rencontre de la responsabilité délictuelle et du contrat. Trop centrés, d'abord, sur l'obsession d'une frontière-obstacle infranchissable entre les sphères contractuelle et délictuelle, notamment entre les régimes de responsabilité, aboutissant parfois pour satisfaire cette exigence à des propositions radicales. Trop centrés, ensuite, sur le contrat, et notamment la définition de son contenu, comme outil de répartition, malgré la faiblesse des critères qu'il fournit. Trop centrés, encore, sur les objectifs propres au contrat, contre l'intrusion de la responsabilité délictuelle, aboutissant dès lors à un dialogue de sourds avec la jurisprudence. Trop centrés, enfin, sur la distinction entre les régimes de responsabilité, et donc inaptes à restituer de manière plus globale les rapports entre responsabilité délictuelle et contrat.

Il nous a dès lors semblé nécessaire de substituer à une approche en termes de catégories une approche relationnelle, qui proposerait de restituer la spécificité des rapports entre responsabilité délictuelle et contrat en droit français. Distincte des thèses portant sur la délimitation des frontières entre les responsabilités délictuelle et contractuelle, comme il en a déjà existé[102], c'est la dynamique à l'œuvre lorsque ces deux objets juridiques distincts, la responsabilité délictuelle et le contrat, se rencontrent, qui sera au cœur de ce travail. Pour sortir de l'obsession de la frontière-obstacle dressée par le contrat, il nous faut partir de la responsabilité délictuelle, et plus particulièrement de la clause générale de responsabilité de l'article 1240, pour restituer la complexité des relations qu'entretiennent la responsabilité délictuelle et le contrat. Leur délimitation est caractérisée, dès l'origine, par une certaine porosité, qui nous invite à renoncer, dans une certaine mesure, à chercher une frontière fixe entre les responsabilités, et partant, entre responsabilité délictuelle et contrat, ainsi qu'à fournir

[102] V. not. A. BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Paris, Sirey, 1931 ; J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.* ; E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*

une solution générale et *a priori* à toutes les difficultés de qualifications que de telles distinctions sont susceptibles de faire naître. L'étude ici proposée prend à l'inverse pour point de départ l'existence d'une porosité desdites frontières, laquelle doit d'abord être reconduite à ses origines, avant de pouvoir être, le cas échéant, limitée.

La démarche se veut ainsi dans un premier temps explicative, et généalogique, mais ne se contente pas d'une description de l'existant, qu'elle envisage comme l'étape préalable à la rationalisation, et à l'analyse critique, des rapports entre responsabilité délictuelle et contrat. Elle se veut également être une posture de « minimalisme doctrinal », du moins d'humilité doctrinale face aux solutions jurisprudentielles constantes, qu'elle tentera d'expliquer à la lumière de ces analyses renouvelées des rapports entre responsabilité délictuelle et contrat. L'étude cherchera, enfin, à restituer une vision globale des rapports entre responsabilité délictuelle et contrat, qui, au-delà des seuls enjeux de délimitation, reflètent une dynamique d'immixtion de la responsabilité délictuelle dans le contrat, par ses conditions, et par ses effets, au cœur ou aux marges du contrat.

23. La clause générale comme point de départ. Afin de remettre au centre des discussions la responsabilité délictuelle, il faut donc partir de sa spécificité en droit français, du fait de l'existence d'une clause générale de responsabilité délictuelle. L'article 1240 du Code civil constitue en effet l'une des dispositions les plus emblématiques du droit français des obligations. « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». Une simple formule[103], qui suffit pourtant à susciter effroi, ou moquerie, selon les cas, chez nos voisins, notamment outre-Rhin[104]. Une telle généralité, sans limites apparentes, qu'il s'agisse de la faute, du dommage, ou encore du lien de causalité, porte en germe une invasion potentielle de tout le droit, notamment celui qui régit, et que crée, le contrat. Ce caractère tentaculaire[105] de la clause générale constitue pourtant la marque du droit français, son originalité tant au regard de ce qui l'a

[103] Sur sa qualité littéraire remarquable de cette formule, Ph. SÉGUR, *Revue Droit et littérature,* n° 1, p.109, spéc. p.122.
[104] J. KNETSCH, « La responsabilité civile, un modèle à bout de souffle ? », *RDA* mars 2024, p. 116 et s., spéc. p. 117, qui souligne la stupéfaction suscitée à l'étranger par un tel modèle ouvert de responsabilité.
[105] H. MAZEAUD, « L'"absorption" des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *D.* 1935, p.5 et s

précédée, que des systèmes juridiques voisins. Or une telle clause structure de manière particulière le rapport entre la responsabilité délictuelle et le contrat.

24. La clause générale, instrument d'une responsabilité délictuelle tentaculaire. La question des limites entre le contrat et la responsabilité délictuelle, qui se pose dans la plupart des systèmes juridiques, se présente de manière très spécifique en droit français. La généralité de la clause de responsabilité rend en effet dès le départ difficile l'entreprise de délimitation entre les dommages-intérêts délictuels et contractuels. D'abord parce que son propre domaine ne peut être précisément défini, et ne le sera que de manière résiduelle, en miroir du domaine que l'on attribue aux autres normes, en particulier ici le domaine de la responsabilité contractuelle. Ensuite parce que les juges, acteurs principaux de la mise en œuvre de cette clause générale, n'ont jamais cherché à encadrer une telle généralité, mais la mobilisent au contraire dans un souci de réparation toujours plus étendu[106]. La généralité de la clause de responsabilité devient dès lors l'outil d'une potentielle immixtion permanente du délictuel dans le contractuel, qui ne peut se résoudre que par l'attribution à cette clause générale d'une vocation subsidiaire[107], incarnée par le principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle[108]. De la présence d'une telle clause générale en droit français découle ainsi un rapport particulier entre responsabilité délictuelle et contrat, caractérisé par une impossibilité de définir *a priori* des limites, qui ne pourront être définies qu'*a posteriori*, par l'exclusion ponctuelle de la responsabilité délictuelle chaque fois que l'on se trouvera dans le domaine contractuel.

Même lorsque la responsabilité délictuelle est exclue du contrat par le principe de non-cumul, ses effets peuvent encore venir perturber le contrat. Bénéficiant alors d'une compétence subsidiaire pour régir des situations qui se situent aux marges du contrat –périodes pré- ou post-contractuelles, dommage causé à un tiers par l'inexécution du contrat – situations que l'on qualifiera de para-contractuelles[109], la

[106] Sur ce phénomène, v. not. L. CADIET, « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai,* Dalloz, 2000, p. 495 et s.
[107] H. MAZEAUD, « L'"absorption" des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *op. cit.*
[108] Il s'agit dès lors d'un principe de non-option, plus que d'un principe de non-cumul. V. not. A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 20ème éd., LGDJ, 2023, n° 515 ; H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, Dalloz, 14ème éd., 2024, n° 212.
[109] V. *infra*, n° 379

clause de responsabilité de l'article 1240 impose la généralité de ses effets au contrat. De la mise en œuvre du principe de réparation intégrale, qui impose que les dommages-intérêts soient évalués de manière à réparer tous les dommages, et chaque dommage dans son intégralité, peut alors découler une perturbation pour le contrat, son exécution et les prévisions qu'il sert, la limite fixée au domaine contractuel n'empêchant pas l'onde des effets de la responsabilité délictuelle de se propager au-delà.

25. L'attachement à la clause générale, identité du droit français. Malgré de telles difficultés suscitées par la présence d'une clause générale de responsabilité délictuelle, personne ne songerait à faire disparaître une disposition si caractéristique du droit français des obligations. Cette dernière apparaît si ancrée en droit français, qu'elle constituerait même le modèle de toute responsabilité, ce que critique d'ailleurs une partie des auteurs rétifs à cette approche trop généraliste de la responsabilité [110]. Toutefois, même les auteurs les plus sévères à l'égard de la clause générale et des effets que les juges lui font produire, ne proposent jamais de s'en débarrasser au profit d'un système de responsabilité limitée *a priori*. Tout au plus sont-ils critiques à l'égard d'une certaine mise en œuvre par le juge de cette clause, dont la flexibilité est mobilisée en faveur d'une réparation toujours plus large. Mais à la question pour ou contre la clause générale de responsabilité[111], aucun auteur ne se risquerait à conclure en faveur de sa disparition.

Or c'est bien cette clause générale, qui, par la souplesse de sa formule, a permis l'adaptation du droit français aux révolutions industrielles, techniques et technologiques des XIX^{ème} et XX^{ème} siècle, à l'émergence de dommages nouveaux, et de nouvelles revendications de réparation[112], et a favorisé l'émergence d'une certaine culture de la responsabilité en droit français, une certaine générosité, qui a modelé toute une structure sociale, orientée autour de l'assurance et de la solidarité collective[113]. Au risque, d'ailleurs, de perdre de vue la « responsabilité » en tant qu'elle implique de

[110] V. not. Ph. RÉMY, « Critique du système français de responsabilité civile », *Revue juridique de l'USEK,* 1997, n° 5, p.49 et s., qui parle de « monisme généralisateur » du système français.
[111] G. VINEY, « Pour ou contre un "principe général" de responsabilité civile pour faute ? », in *Le droit privé français à la fin du XXI^{ème} siècle, Études offertes à Pierre Catala,* Lexisnexis, 2001, p.555 et s
[112] réf
[113] V. G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit.* Sur l'avènement d'une société assurantielle, v. F. EWALD, *Histoire de l'État Providence*, Grasset, 1986.

prendre en charge, par les dommages-intérêts, le malheur d'autrui[114]. Ces évolutions de la responsabilité délictuelle, favorisées par la clause générale, radicalisent son opposition avec le contrat, conçu comme un instrument d'échange concentré sur le respect des intérêts privés qu'il sert, en même temps qu'elle favorise l'immixtion de la responsabilité délictuelle dans les affaires du contrat. L'attachement, au-delà des critiques qu'elle lui consacre, à la clause générale de responsabilité[115], caractérise ainsi le paradoxe dans lequel se trouve la doctrine, prise entre cette culture d'une responsabilité généreuse, et le souci de proposer un droit du contrat « attractif »[116], qui préserverait efficacement les intérêts particuliers servis par le contrat. Source des difficultés de partition entre le contrat et la responsabilité délictuelle, la clause générale n'apparait ainsi pourtant pas réellement menacée de disparition. En attestent les projets de réforme de la responsabilité civile rendus publics ces dernières années qui, tout en adoptant des formules légèrement différentes, ne renient pas la généralité qui caractérise la responsabilité délictuelle : « Toute faute oblige son auteur à réparer le préjudice qu'elle a causé »[117], « On est responsable du dommage causé par sa faute »[118], ou encore « Chacun est responsable du dommage causé par sa faute »[119].

26. La mobilisation de l'histoire et du droit comparé. Il nous est apparu nécessaire de comprendre les raisons d'un tel enracinement, à l'aide de deux instruments complémentaires : l'histoire et le droit comparé. En remontant aux racines de la clause générale, et en retraçant son histoire, parfois heurtée, du droit romain au Code civil de 1804, nous chercherons à mettre au jour l'héritage porté par cette disposition

[114] A. SUPIOT, M. DELMAS-MARTY (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux*, *op. cit*., p.11
[115] Et plus généralement au système de responsabilité à la française. V. J. KNETSCH, « La responsabilité civile, un modèle à bout de souffle ? », *op. cit.,* qui, malgré les critiques qui sont formulées à l'égard de l'« ouverture » du système français, auxquelles l'auteur peut souscrire, souligne que ce système continue de constituer un certain modèle, celui d'une socialisation des risques « à la française » qui suscite aussi admiration.
[116] L'argument de l'attractivité du droit était ainsi régulièrement avancé au moment de la réforme du droit des contrats en 2016. V. not. 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, JOFR n° 0035 du 11 février 2016, n° 13 : « les rapports "Doing business" publiés par la Banque mondiale, mettant régulièrement en valeur les systèmes juridiques de Common law, ont notamment contribué à développer l'image d'un droit français complexe, imprévisible, et peu attractif. Dans ce contexte, se doter d'un droit écrit des contrats plus lisible et prévisible, en s'attachant à adopter une rédaction dans un style simple ainsi qu'une présentation plus claire et didactique, constitue un facteur susceptible d'attirer les investisseurs étrangers et les opérateurs souhaitant rattacher leur contrat au droit français ».
[117] Avant-projet de loi, Réforme de la responsabilité civile, Ministère de la Justice, 29 avril 2016.
[118] Projet de réforme de la responsabilité civile, Ministère de la Justice, 13 mars 2017.
[119] Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, Sénat, 29 juillet 2020.

emblématique. L'étude, en parallèle, du droit de la responsabilité de systèmes juridiques voisins, et de l'histoire de leur adoption, permettra de comprendre les divergences actuelles du droit positif, en les restituant dans un contexte historique particulier. L'étude du droit allemand nous est apparue à ce titre particulièrement pertinente. L'adoption par la jeune nation allemande du *bürgerliches Gesetzbuch*, entré en vigueur le 1er janvier 1900, marque en effet un tournant, actant une rupture, tant avec l'héritage du Code civil qui était alors applicable sur une partie de son territoire, qu'avec l'influence de ce dernier sur le continent. À l'hégémonie de la codification de droit naturel portée par le Code civil de 1804, succède la concurrence d'un code marqué par le rationalisme extrême des pandectistes, au premier rang desquels WINDSCHEID – ce qui lui vaudra le surnom de *« Professorenrecht »* – ainsi que par un fort héritage de droit romain. L'adoption de ce nouveau code scelle les particularités du droit allemand, notamment en matière de responsabilité, puisque le rejet de la clause générale, qui l'emporte de peu[120], y est explicite, et justifié par le rejet d'une norme flexible, laissée aux mains du juge[121], au profit d'un système de responsabilité limitée, plus prévisible[122].

L'association de l'histoire et du droit comparé nous révèlera que ces marqueurs culturels d'aujourd'hui trouvent leur source dans une certaine histoire, et ne peuvent être analysés que comme le fruit d'une rupture accidentelle, par les codifications, d'un droit commun européen qui les aurait précédés. Ce droit commun qui est encore aujourd'hui parfois fantasmé, et mis au service, sinon d'une harmonisation européenne des droits civils, laquelle semble désormais avoir été abandonnée, du moins d'un rapprochement de ces droits, et d'un renouveau du dialogue au sein de la doctrine européenne[123]. L'approche historico-comparatiste sera mobilisée ici sans doute moins pour rapprocher les systèmes juridiques en leur trouvant des racines communes[124], que

[120] V. *infra*, n° 82.
[121] A. ACHILLES, A. GEBHARD, P. SPAHN (dir.), *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, vol. II, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 2718 ; S. WOYCIECHOWSKI, *Haftungsgrenzen im französischen Deliktsrecht. Zur Reichweite der delikitischen Generalklauseln in Art. 1382 f. Code. Civil*, Mohr Siebeck, 2017, p.1.
[122] § 823, I, II, et § 826, BGB.
[123] C'est l'ambition de l'ouvrage de Reinhard ZIMMERMANN que de faire revivre une doctrine européenne. R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition,* Juta & Co, 1990.
[124] *Ibid.*

pour en révéler les divergences, notamment quant à l'ancrage culturel des conceptions de la responsabilité dans chaque système juridique.

27. L'étude comparée de la responsabilité. Or c'est cette conception divergente de la responsabilité délictuelle au sein de chaque système juridique, qu'il s'agisse du droit français, allemand, ou anglais, qui modèle les rapports de la responsabilité délictuelle avec le contrat, et la manière dont les limites entre ces deux objets juridiques seront tracées. Comparer le droit français de la responsabilité délictuelle avec celui des systèmes voisins qui ne connaissent pas la clause générale, ou qui, bien qu'ils l'aient connue, en ont changé le destin[125], permet de rendre compte de la particularité des rapports entre responsabilité délictuelle et contrat en droit français. Pour comparer ces droits, il faut cependant choisir l'objet de la comparaison. La méthode fonctionnelle du droit comparé[126] commande d'étudier des règles, plus largement des objets juridiques, qui seraient comparables, c'est-à-dire qui « servent les mêmes fonctions »[127]. En matière de responsabilité, quand bien même le concept de responsabilité ne serait pas forcément transposable tel quel en droit allemand ou anglais, notamment le concept de responsabilité contractuelle[128], on trouve dans ces divers droits un même instrument, qui sert une fonction *a priori* identique : les dommages-intérêts, instrument d'une compensation des dommages, qu'ils soient délictuels ou contractuels. Ce sont donc les règles relatives à la mise en œuvre et aux effets de ces dommages-intérêts qui seront étudiées.

L'étude du droit positif de ces divers systèmes juridiques, règles de droit et mise en œuvre de ces règles par les juges, et leur comparaison, révèlera essentiellement deux choses : d'une part, que les difficultés de délimitation entre contrat et responsabilité délictuelle sont également éprouvées chez nos voisins, et ce même en l'absence de

[125] C'est le cas de la clause générale du *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, Code civil autrichien, qui, sous l'influence de la doctrine pandectiste allemande, va offrir à cette disposition un tout autre destin. V. W. DORALT, « Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) », in *MaxEuP* I, 45–51, 48–49.

[126] Sur les méthodes du droit comparé, v. not. B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *RIDC* vol. 57, n° 1, 2005, p. 29 et s. En réalité la méthode choisie importe peu ici, puisque la comparaison est aisée en matière de responsabilité, tous les systèmes étudiés ici traitant, sous des vocables distincts, de la même chose.

[127] B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *op. cit.,* p.40 : c'est la méthode développée. par Ernst RABEL.

[128] Z. JACQUEMIN, *Payer, Réparer, Punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais, op. cit.*, n° 9, 10, 11.

clause générale ; d'autre part, que la répartition entre les domaines du contrat et du délit, notamment entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, répond à une logique parfois opposée à ce qui est pratiqué en droit français, et enfin que ces solutions divergentes semblent guidées par un objectif similaire, la réparation des dommages. L'opération de qualification, qui doit choisir entre le contractuel ou le délictuel, semble en effet guidée par le même souci, celui de prendre en charge au mieux les intérêts de la victime du dommage. La comparaison nous montre cependant que le chemin pour y arriver reste différent, et met au jour des divergences irréductibles, découlant de définitions opposées de la responsabilité délictuelle, qui rendent difficiles l'utilisation de la comparaison pour modeler les solutions du droit français[129]. Ces particularismes sont encore accentués par la mise en œuvre concrète de ce droit par le juge, qui témoigne là encore d'un certain rapport aux sources du droit : là où outre-Rhin, le droit des obligations reste marqué par une forme de vénération d'un *BGB* qui constituerait le modèle absolu de l'approche rationnelle du droit, en droit français de la responsabilité, la place du juge est telle qu'il en est un véritable auteur[130]. Un tel constat fait dire à certains que le droit français, du moins le droit de la responsabilité, se présente comme un droit bien plus pragmatique qu'on ne le présente habituellement[131].

28. Une approche centrée sur la fonction des dommages-intérêts. L'explication généalogique des frontières entre sphères contractuelle et délictuelle, et sa comparaison avec les systèmes juridiques voisins, nous permet d'accepter une telle porosité comme un élément constitutif du droit français des obligations, et de prendre acte d'une réalité juridique complexe, qui révèle non seulement l'existence d'un rapport particulier entre les régimes contractuel et délictuel de responsabilité, le rapport d'un droit commun – la responsabilité délictuelle – à un droit spécial – la responsabilité contractuelle, mais plus généralement d'une dynamique singulière entre la responsabilité délictuelle et le

[129] V. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution*, LGDJ, 2004, n° 6, spéc. p. 16, qui souligne les défauts d'une approche fonctionnelle qui tendrait à souligner les différences, pour mieux les relativiser, et cela dans une visée d'harmonisation des droits. Il lui préfère une méthode, inspirée de Christian MOULY, qui consiste à s'intéresser plus, ou du moins autant aux raisons de ces différences, en particulier « l'histoire du droit du pays considéré, sa philosophie, ses institutions économiques et sociales, ses traditions politiques etc. ».
[130] M. MEKKI, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 739 et s.
[131] O. MORÉTEAU, « Basic Questions of Tort Law from a French Perspective », in H. KOZIOL (dir.), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*, Jan Sramek Verlag, 2015, p. 3 et s., spéc. p.8.

contrat lorsque, par-delà la frontière-obstacle, les effets de la première perturbent les objectifs du second. À l'analyse descriptive et explicative ici proposée, qui se veut une tentative de rationalisation du droit positif, doit s'ajouter une lecture critique[132], plus normative des rapports entre responsabilité délictuelle et contrat. Parce qu'il faut nécessairement appliquer aux situations de dommages qui se situent à la croisée du contrat et du délit, un régime, (contractuel ou délictuel), il est nécessaire de sortir de l'impasse dans laquelle semble nous plonger la clause générale.

Dans cette perspective, il nous a semblé que l'étude de la responsabilité délictuelle – et plus largement civile – particulièrement l'analyse de ses conditions et de ses fonctions, pourrait, face aux faiblesses des critères fournis par le contrat, et notamment l'analyse de son contenu[133], offrir des éléments de réponse pertinents, tant pour expliquer, que pour apaiser la relation parfois conflictuelle entre responsabilité délictuelle et contrat. L'étude de la fonction servie par les dommages-intérêts, qu'ils soient contractuels ou délictuels, permettra tout à la fois d'offrir un outil de lecture d'une jurisprudence qui apparaît souvent imprévisible, et purement opportuniste, ainsi qu'une clé de répartition entre les régimes concurrents de responsabilité délictuelle et contractuelle. En effet, parce que la clause générale rend impossible toute frontière tracée *a priori*, l'exclusion de la responsabilité délictuelle du contrat constitue le mode particulier de délimitation, *a posteriori*, entre contrat et responsabilité délictuelle, particulièrement entre les responsabilités contractuelle et délictuelle. Deux mécanismes distincts d'exclusion sont pourtant à l'œuvre, qui découlent de la fonction jouée par les dommages-intérêts contractuels. Lorsque les dommages-intérêts contractuels assurent une fonction de réparation, ils seront en concurrence avec les dommages-intérêts délictuels, et cette concurrence ne pourra être résolue que par la mise en œuvre du principe de non-cumul, qui s'apparente alors au principe selon lequel la règle spéciale déroge à la règle générale. Dès lors, les dommages-intérêts délictuels devraient être susceptibles de régir à nouveau la situation, dès lors que la règle spéciale – la responsabilité contractuelle – sera défaillante. Les dommages-intérêts contractuels

[132] Ph. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine, op. cit*., p. 217, qui soulignent cette dualité de fonctions de la doctrine.
[133] De nombreuses études consacrées au contrat, à la notion de contrat, entreprennent ainsi de tracer entre les sphères contractuelle et délictuelle une limite à partir de ce qu'elles reconnaissent comme étant les contours du contrat. V. not. D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat, Esquisse d'une théorie*, *op. cit.,* n° 134 et s.

peuvent cependant également poursuivre une fonction particulière, visant à octroyer au créancier un équivalent monétaire à l'avantage attendu du contrat. En ce cas, ils ne pourront subir la concurrence des dommages-intérêts délictuels, lesquels seront définitivement écartés d'un domaine réservé de la responsabilité contractuelle. Il est donc nécessaire, pour délimiter les régimes de responsabilité, d'en revenir à l'étude de la fonction des dommages-intérêts contractuels, qui a fait l'objet d'ouvrages incontournables[134]. Nous nous inscrirons au sein d'une doctrine qui vise à démontrer la multiplicité de fonctions des dommages-intérêts contractuels, entre réparation et « paiement ». Classique, l'approche sera cependant quelque peu renouvelée au regard du sens et des limites que l'on donne à cette fonction propre à la responsabilité contractuelle.

Lorsque la clause générale déploie ses effets aux marges du contrat, c'est cette fois la fonction des dommages-intérêts délictuels qui sera scrutée. Lorsqu'ils interviennent dans un cadre « para-contractuel » – dommage causé par une faute précontractuelle, inexécution contractuelle causant un dommage à un tiers – les dommages-intérêts délictuels peuvent être amenés à compenser des dommages qui s'apparentent à l'établissement d'une situation contractuelle, l'octroi d'un avantage attendu du contrat. Or, les dommages-intérêts délictuels n'assurent par principe qu'une fonction rétrospective, de rétablissement, autant que possible, de la victime dans un *statu quo ante*, fonction à laquelle ils doivent être limités. L'analyse de la fonction des dommages-intérêts délictuels aux marges du contrat permettra ainsi d'encadrer les effets intrusifs de la clause générale aux marges du contrat. Plus généralement, l'étude des fonctions des dommages-intérêts, délictuels comme contractuels, apportera un éclairage précieux à la compréhension de la dynamique particulière entre responsabilité délictuelle et contrat.

29. Une approche minimaliste mais réaliste. Notre étude se présente ainsi comme une proposition modérée, fondée sur une analyse réaliste de la dynamique entre responsabilité délictuelle et contrat. Modérée en ce qu'elle appelle à reconsidérer les objectifs propres à la responsabilité délictuelle, pour les mettre en balance avec ceux

[134] V. not. J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.* ; Z. JACQUEMIN, *Payer, Réparer, Punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais, op. cit.*

propres au contrat, sans tomber dans l'excès d'un « jusresponsabilisme » dangereux. Notre approche sera également celle d'une prudence doctrinale, et d'une confiance réaffirmée, sans pour autant être aveugle, à l'égard du juge, pour sortir d'une fracture stérile entre doctrine et jurisprudence. Notre étude se présentera enfin comme une analyse globale et unitaire de la dynamique entre responsabilité délictuelle et contrat. Elle aura le défaut de décevoir ceux qui préfèrent les monuments théoriques, les cathédrales de logique comme il se fait souvent en doctrine. Mais elle procurera, nous l'espérons, la satisfaction d'une approche réaliste, au plus près du droit positif, qui n'oublie pas l'importance, au-delà des développements théoriques, des solutions pratiques.

30. Plan. Prendre la clause générale comme point de départ d'une réflexion sur la rencontre de la responsabilité délictuelle et du contrat, nous a permis de dépasser la seule démarche statique de délimitation, de répartition entre catégories prédéterminées, pour tenter de restituer la réalité plus dynamique d'une relation, qui s'analyse comme un mouvement tout à la fois de répulsion de la responsabilité délictuelle hors du contrat, et d'attraction du contrat sur la responsabilité délictuelle lorsqu'elle se trouve à ses marges. Les deux forces de ce mouvement singulier correspondront ainsi aux deux temps de cette étude : refoulement de la responsabilité délictuelle hors du contrat d'abord (**Première Partie**), présence de la responsabilité délictuelle aux marges du contrat ensuite (**Deuxième Partie**).

Première Partie – Le refoulement de la responsabilité délictuelle hors du contrat

Deuxième Partie – La présence de la responsabilité délictuelle aux marges du contrat

PREMIÈRE PARTIE – LE REFOULEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE HORS DU CONTRAT

Ici j'avais fait un chapitre sur les lignes courbes, pour prouver l'excellence des lignes droites…
Une ligne droite ! le sentier où doivent marcher les vrais chrétiens, disent les pères de l'église. —
L'emblême de la droiture morale, dit Cicéron. —
La meilleure de toutes les lignes, disent les planteurs de choux. —
La ligne la plus courte, dit Archimède, que l'on puisse tirer d'un point à un autre. —
Mais un auteur tel que moi, et tel que bien d'autres, n'est pas un géomètre ; et j'ai abandonné la ligne droite[135].
Lawrence Sterne

31. Interférences entre les régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle. La prolifération de travaux doctrinaux – thèse, articles, commentaires d'arrêts – traitant de la question de la distinction entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, et des difficultés soulevées par l'arbitrage entre les qualifications contractuelle et délictuelle dans de nombreuses situations, atteste de l'actualité du problème de la délimitation entre ces deux régimes de responsabilité. Si les réponses apportées pour résoudre cette question varient, elles se rejoignent sur un élément, constant : la question de la délimitation des deux ordres de responsabilité, contractuelle et délictuelle, n'est abordée que sous un angle, celui de la protection du contrat contre l'intrusion de la responsabilité délictuelle. Le contrat, acte de prévision par excellence, et sphère de la rationalité, s'accommode en effet peu de la responsabilité délictuelle, droit du concret, traversé par des considérations d'opportunité, et de toutes les incertitudes qu'elle transporte avec elle. La logique prospective du contrat, tourné vers le futur, apparaît

[135] L. STERNE, *La vie et les opinions de Tristram Shandy,* Chez Jean-François Bastien, 1803, trad. J.-P. FRENAIS (1ère éd. ang. 1759) tome III, chapitre LXXXIV, « Sur les lignes droites », p. 225-226.

heurtée par la logique rétrospective, tournée vers le rétablissement du passé, portée par la responsabilité délictuelle. Seul le régime de responsabilité contractuelle, construit autour de l'idée du respect des prévisions contractuelles, apparaît dès lors à même de préserver cette logique contractuelle. L'exigence est donc d'installer et de protéger l'exclusivité de la responsabilité contractuelle pour prendre en charge la compensation des dommages qui surviendraient dans la sphère contractuelle.

32. L'impossible délimitation des régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle. Cette question de la délimitation des régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle n'est pourtant jamais réellement résolue, en droit français, par le tracé de frontières fixes entre leurs domaines respectifs. Le conflit entre les régimes, qui découle de leur inéluctable concurrence, ne trouve une issue que dans la mise en œuvre d'un principe original, le principe de non-cumul des responsabilités. Ce principe vise à protéger le domaine de la responsabilité contractuelle de la concurrence de la responsabilité délictuelle : chaque fois que le dommage sera causé dans un cercle contractuel – résultat d'une inexécution contractuelle entre parties – la victime du dommage ne pourra faire le choix de la responsabilité délictuelle pour prendre en charge son dommage. Ce principe de résolution du conflit entre les régimes contractuel et délictuel fait la particularité du droit français, qui résout ainsi ce conflit non par la délimitation *a priori* de frontières entre les régimes, mais par l'exclusion ponctuelle, *a posteriori*, de la responsabilité délictuelle chaque fois que la responsabilité contractuelle devra s'appliquer. Seul le domaine de la responsabilité contractuelle devra alors être défini, la responsabilité délictuelle exerçant son empire sur un domaine résiduel, défini en creux.

33. Originalité du droit français. Cette originalité du droit français au regard d'autres systèmes juridiques européens prend sa source dans la grande généralité de la clause de responsabilité. La clause générale, marqueur du droit français, constitue en effet le point de départ des relations troublées entre les responsabilités contractuelle et délictuelle ; elle installe une forme d'omniprésence et d'omnipotence de la responsabilité délictuelle, dont les limites semblent impossibles à saisir, et qui s'immisce dans tous les pans du droit, jusqu'au contrat. La présence d'une telle clause générale dans le droit français ne constitue pourtant pas un accident de l'histoire, dont on pourrait se débarrasser sans conséquences ; elle est un élément d'identité du droit

civil français. Cette intrusion du délit dans le contrat, inéluctable, doit donc être résorbée par le rejet de la responsabilité délictuelle hors du contrat. Si la genèse du problème se situe dans la généralité de la clause de responsabilité délictuelle (Titre I), la solution à ce problème se trouve dans l'exclusion de la responsabilité délictuelle du champ du contrat (Titre II).

TITRE I. LA GENÈSE DU PROBLÈME : LA GÉNÉRALITÉ DE LA CLAUSE DE RESPONSABILITÉ

34. Une clause générale aux mains des juges. Au départ des relations conflictuelles entre les responsabilités délictuelle et contractuelle, il y a la clause générale de responsabilité de l'article 1240 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 ». Une formule qui trouve ses racines dans la doctrine de droit naturel, mais résulte d'une volonté originale des rédacteurs du Code civil de 1804 de fonder le système de responsabilité autour d'une responsabilité pour faute aux contours larges, écartant des propositions plus restrictives. Cette clause générale de responsabilité, qui a inspiré de nombreuses codifications « de droit naturel » à sa suite, se retrouvera au XX^{ème} siècle de plus en plus isolée, concurrencée par la codification allemande de 1900 et son système de responsabilité délictuelle très encadré. Elle incarne aujourd'hui l'originalité du droit français de la responsabilité, et y est tellement ancrée qu'aucun auteur ne suggère aujourd'hui de s'en défaire. De nombreux auteurs critiquent néanmoins ce qu'elle est devenue sous la main des juges. Car si de cette formule ne se dégage aucune certitude quant aux contours de la responsabilité délictuelle pour faute, c'est au juge qu'est revenue la tache de définir, au cas par cas, les conditions auxquelles le dommage pouvait être réparé. Les juges ont en ce domaine fait la démonstration d'une grande liberté, s'appuyant sur la grande flexibilité de la clause générale pour sans cesse élargir le domaine de la responsabilité délictuelle. La clause générale est devenue le socle d'une responsabilité délictuelle toute-puissante, qui, à moins que l'on ne lui interdise, envahit tous les champs du droit.

35. Une généralité acceptée et envahissante. Si la généralité de la clause de responsabilité constitue un marqueur du droit français, un élément tellement inscrit

dans l'identité du droit des obligations qu'aucun ne songerait aujourd'hui à s'en défaire (Chapitre I), cette généralité est devenue, au fil du temps, envahissante (Chapitre II).

Chapitre I. Une généralité singulière

36. Sources de la responsabilité civile. L'élaboration des divers systèmes de responsabilité civile présents sur le continent européen s'est faite par lente sédimentation, sur plusieurs siècles, de multiples couches doctrinales et jurisprudentielles, propres à chaque territoire. Alors que chacun de ces droits plonge ses racines dans les mêmes sources historiques, le droit romain, qui, étudié à une époque par tous les juristes européens, a constitué une source majeure d'inspiration, en matière de responsabilité civile, ces systèmes ne retiennent pas tous la même conception. C'est particulièrement la conception française d'une responsabilité délictuelle formulée en termes généraux qui se trouve isolée, alors même que les rédacteurs du Code civil semblent s'être référés aux mêmes textes et auteurs que leurs contemporains, au-delà des frontières du territoire français. Cette singularité de la position française, au sein d'un espace juridique aux fondations communes, marque son originalité. Une originalité qui se révèle également à l'étude du seul droit français et de ses évolutions, car « l'esprit de l'article 1382 doit en effet être analysé à l'aune des évolutions antérieures à 1804 »[136]. Une étude historiographique nous révèle en effet que les rédacteurs du Code civil ont fait preuve d'un effort inédit de généralisation, marquant une forme de rupture avec ce qui précédait, tout en enracinant la clause de responsabilité délictuelle dans une évolution pluriséculaire. La clause générale de responsabilité est ainsi tout à la fois le réceptacle d'une tradition ancienne, et le lieu d'une pensée radicalement nouvelle.

37. Méthode. À partir de la structure et du contenu actuels de la clause générale, restés identiques depuis 1804, il faudra remonter le fil de l'histoire à la recherche d'éléments de ressemblance et de dissemblance, afin de restituer une histoire de la clause générale qui se révèlera non pas linéaire, mais faite de ruptures et de continuités.

[136] O. DESCAMPS, « L'esprit de l'article 1382 du Code civil ou la consécration du principe général de responsabilité pour faute personnelle », *Droits,* 2005, n° 41, p.91 et s., spéc. p.93.

Les subtilités de cette évolution, qui commence avec le droit romain, ont été dévoilées par le travail effectué par Olivier DESCAMPS, travail sur lequel nous nous sommes appuyés afin de faire ressortir les étapes les plus marquantes de cette longue épopée qui nous mène jusqu'à l'article 1240. Il en ressort que si le contenu de cette disposition, ses conditions et ses effets, apparaissent comme le fruit d'une évolution pluriséculaire, dont les racines se trouvent dans le droit romain, la forme que cette clause prend en 1804 dans le Code civil, celle d'une clause générale, est la marque d'une pensée relativement originale, et constitue encore aujourd'hui la marque du droit français de la responsabilité civile. Pour appréhender la place de la responsabilité délictuelle en droit français, il faut commencer par étudier le développement et la réception dans le Code civil de 1804 de la clause de responsabilité, en découvrant l'héritage historique de son contenu (Section 1), pour ensuite mesurer l'originalité, au regard du droit français comme du droit comparé, de l'adoption d'une clause générale de responsabilité (Section 2).

Section 1. La clause de responsabilité, un héritage historique

38. Histoire de la clause générale. La clause générale de responsabilité de l'article 1240 du Code civil, ancien article 1382, constitue probablement l'une des règles les plus connues des juristes français, l'une de celles dont on ne songerait plus à questionner la légitimité. Elle est l'un des piliers du droit des obligations, voire de l'ordre civil[137], s'ajoutant ainsi à ceux déjà définis par le doyen CARBONNIER : famille, contrat et propriété[138]. Sa présence au sein du droit des obligations français n'est pourtant pas si ancienne, et ne préexiste d'ailleurs pas véritablement au Code civil, bien que l'on puisse en voir des traces timides aux siècles précédents. Certaines

[137] Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », Cours général de droit international privé (2015), volume 387, *RCADI* 2017, spéc. p.61 et 66, n° 38 : l'auteur présente la clause générale de responsabilité délictuelle comme un « instrument de régulation sociale », appuyant sur sa fonction de réparation pour la victime, mais également sur sa fonction normative à l'égard des autres membres de la société, en faisant ainsi le quatrième pilier de l'ordre civil.
[138] J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10ème éd., 2001. p.255.

époques, si l'on remonte notamment au droit romain, connaissent des systèmes qui lui sont même, en apparence, diamétralement opposés. Présentée comme une particularité du droit civil français, la formulation d'une responsabilité délictuelle aux contours très généraux tire pourtant son contenu de sources bien plus anciennes, dont l'étude révèle le caractère en partie « traditionnel ». La clause de responsabilité délictuelle se révèle être le fruit d'une lente sédimentation, au cours de plusieurs siècles, de divers courants de pensées philosophiques, et de couches de doctrine qui se sont superposées, mêlées, et influencées. Et puisque les juristes de l'époque moderne, jusque dans les travaux préparatoires au Code civil, se réfèrent explicitement au droit romain, il faudra y remonter, dans ses versions originelles, comme ses relectures par les juristes médiévaux, pour établir la genèse de cette disposition[139]. C'est tout d'abord le triptyque caractéristique de l'article 1240, une faute, un dommage et un lien de causalité aux contours flexibles dont il faudra retracer l'histoire (§1) avant d'envisager les racines d'un principe essentiel au développement d'une clause générale de responsabilité, le principe de réparation intégrale[140] (§2).

§1. Les prémisses des conditions de l'action en responsabilité, ou l'avènement du triptyque caractéristique de la clause de responsabilité

39. Faute, dommage et lien de causalité. Selon un schéma admis en droit positif, la faute constitue l'élément essentiel de l'action en responsabilité délictuelle, à la fois fait générateur et fondement de la responsabilité subjective. Bien que certains auteurs pointent son affaiblissement[141], voire sa disparition, évoquant ainsi une « crise » de la

[139] A. LEFEBVRE-TEILLARD, préface à la thèse d'O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, LGDJ, 2005.
[140] Nous reprenons ici une idée développée par Olivier DESCAMPS : V. O. DESCAMPS, « L'esprit de l'article 1382 du Code civil ou la consécration du principe général de responsabilité pour faute personnelle », *op. cit.* et *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, LGDJ, 2005, spéc., p.462 et s.
[141] V. not. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles,* LGDJ, 1935, n° 112 et s. ; R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, 3ème éd., 1964, n° 277 et s. ; G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 1965 ; G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3ème éd., n° 18 et s.

responsabilité civile[142], elle a été placée au cœur de la clause générale en 1804, l'est restée malgré la récente réforme du droit des obligations[143], et semble ne pas avoir vocation à disparaître dans le futur[144]. C'est donc par elle que nous commencerons notre plongée dans les racines lointaines de la responsabilité délictuelle « à la française », quand bien même elle ne constitue pas nécessairement l'élément central des systèmes juridiques qui ont précédé celui que nous connaissons, voire leur était parfois inconnue. Le dommage et le lien de causalité, au contraire, sont des conditions qu'on retrouve à toute époque, et qui ont reçu, comme la faute, des définitions différentes. Après avoir exposé comment la faute est devenue l'élément central de l'action en responsabilité (A), nous observerons la présence ancienne du dommage et du lien de causalité, conditions indispensables de cette action (B).

A. La faute, élément central de l'action en responsabilité

40. Genèse de l'article 1382. « Entre le Digeste et l'article 1382 s'interposent des siècles d'effort doctrinal, où ont eu leur part, outre les romanistes, la pratique criminelle et le Droit canon »[145]. C'est donc du droit romain qu'il faut partir, et auquel il faut revenir, un droit romain revisité par les savants, juristes et théologiens du Moyen-Âge, et toujours présent à l'esprit des penseurs de l'ère moderne, pour explorer la genèse de l'une des dispositions phares du Code civil français. Ce point de départ n'est pas anodin lorsqu'on s'intéresse à la place de la faute au sein de la responsabilité civile, le droit romain ignorant non seulement le raisonnement en termes de clause générale, mais également la notion même de faute, du moins initialement. Il nous faut donc

---

[142] V. not. F. TERRÉ, « Libres propos sur la responsabilité civile », *Archives de philosophie du droit* 1977, t.22, p.37 et s. ; A. TUNC, « Le droit en miettes », *Archives de philosophie du droit,* 1977, t.22, p.32 et s. Le terme est régulièrement revenu sous la plume de nombreux auteurs, pointant du doigt tout à la fois les problèmes de fondement de la responsabilité civile, face au développement de responsabilités objectives, et de place de cette responsabilité civile au sein des autres procédés d'indemnisation, notamment de socialisation directe des risques. V. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 33 et s. : l'auteur met en question l'emploi du mot « crise » pour décrire une réalité qui ne se déroule pas à un instant précis, mais est le fruit d'une longue évolution de la responsabilité civile depuis l'essor du machinisme.

[143] Réforme intervenue par ordonnance du 10 février 2016, et entrée en vigueur le 1er octobre. Le texte a maintenu la formule présente à l'ancien article 1382 du Code civil et l'a transférée à l'actuel article 1240.

[144] Les articles 1241 à 1242-1 du projet de réforme de la responsabilité civile rendu public par la Chancellerie le 13 mars 2017 lui sont consacrés.

[145] J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol. II*, Les obligations,* PUF, 2004, §1118, spéc. p.2261.

comprendre comment, d'absente à incontournable, de secondaire à essentielle, la faute est devenue l'élément dominant du système de responsabilité civile, condition, mais aussi fondement de l'action en responsabilité délictuelle. Si le concept de faute émerge progressivement à l'époque romaine (1), il ne s'établira que plus tardivement au cœur de la responsabilité délictuelle (2).

1. L'émergence de la notion de faute dans la responsabilité délictuelle

41. La *Lex Aquilia* : de l'*iniuria* à la *culpa*. Lorsqu'il s'agit de plonger dans les sources romaines du droit de la responsabilité civile, c'est à l'étude de la célèbre *Lex Aquilia* qu'il faut se consacrer. Cette loi, dont l'adoption par plébiscite remonte au III^{ème} siècle avant J.-C.[146], figure au titre 2 du livre 9 du *Digeste*, ainsi qu'au livre 4, titre 3 des *Institutes* de Justinien[147]. Composé de trois chapitres, le texte vise à prendre en charge le dommage causé à certains biens appartenant à autrui[148], et l'action qui en résulte, *l'actio legis Aquiliae* ne peut être mise en œuvre qu'à condition que soit prouvée l'illicéité de l'acte à l'origine du dommage, désignée par le terme *iniuria*[149]. Le dommage doit donc avoir été commis sans droit, concrètement sans qu'aucune règle de droit ne puisse venir rendre licite ce comportement ; on parle alors du *damnum iniuria datum*[150], littéralement le « dommage causé de manière illicite ». La *Lex Aquilia*

[146] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.12 et « L'esprit de l'article 1382 du Code civil ou de la consécration d'un principe général de responsabilité pour faute personnelle », *op. cit.,* p.91 : l'auteur explique que la datation de ce texte ne peut être certaine, mais qu'elle est antérieure à la mise en circulation des deniers d'argent, intervenue en 213 av. J.-C.
[147] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.12.
[148] Il s'agit essentiellement de dommages causés aux esclaves ou animaux vivant en troupeau. *Ibid,* p.30 à 34.
[149] O. DESCAMPS, « L'esprit de l'article 1382 du Code civil ou de la consécration d'un principe général de responsabilité pour faute personnelle », *op. cit.,* p. 94.
[150] R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition,* OUP, Clarendon Paperbacks, 1996*,* p.998 à 1004. L'auteur dresse une liste d'exemples de faits justificatifs qui empêchent la constitution de l'*iniuria*, et font échec à cette action sur le fondement de la *Lex Aquilia* : nécessité, légitime défense, consentement de la victime, … L'auteur note par ailleurs que cette condition d'illicéité, si elle est restée présente dans de nombreux droits européens (« *wrongfulness* » de la Common law, ou « *Rechtswidrigkei*t » du droit allemand), a disparu en droit français, mais est implicitement incluse dans le concept de faute. V. *Ibid,* p.998, note 6 ; O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p. 47 : l'auteur précise que dans la compréhension initiale de la loi *Aquilia*, l'*iniuria* renvoie à une modalité de l'action, signifiant que l'auteur ne peut trouver aucune justification à son acte.

ne contient évidemment pas de clause générale de responsabilité, puisque ce délit constitue un type de délit spécial parmi d'autres, en accord avec ce que l'on nomme la « typicité » du droit romain.

C'est néanmoins à partir de ce *damnum iniuria datum* que vont se développer les prémisses de notre actuel article 1240 du Code civil. Les juristes romains de l'époque classique – la doctrine et le préteur – vont en effet progressivement donner à ce délit une interprétation plus subjective, et au I^er^ siècle avant J.-C., y intégrer la notion de *culpa*, la faute, jusqu'à ce que, progressivement, l'expression *damnum culpa datum* se substitue au délit initial[151]. Au même moment, la faute devient un élément important de la responsabilité du débiteur en matière contractuelle, et fait l'objet d'une classification, notamment selon sa gravité[152]. Par ailleurs, la faute occupe une place de plus en plus centrale au sein de la théologie morale naissante, dont le plus célèbre représentant, saint AUGUSTIN, théorise la place du libre arbitre et de la volonté humaine face à la loi divine, et donne ainsi à la responsabilité de l'homme face à son crime une coloration éminemment subjective[153].

42. Renaissance du droit romain à l'époque médiévale. La perspective d'une responsabilité subjective sera reprise, et développée par les juristes médiévaux, qui, à partir du XI^ème^ siècle, et partout en Europe, redécouvrent le droit romain –notamment le *Digeste* de Justinien – et en font de nouvelles interprétations, des gloses et commentaires, parfois mâtinées de principes chrétiens[154]. S'exerce en effet tout au long de cette période une réelle influence du christianisme, notamment par le biais des canonistes qui, tout en puisant leurs idées et les principes fondateurs de leurs systèmes

[151] R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, op. cit.,* p.1004 et s ; O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.*, p.48.
[152] G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit*., n° 8, spéc. p.11.
[153] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.50. L'auteur rappelle que cette doctrine de la volonté et de l'autodétermination de l'homme opère une véritable rupture au regard de la conception déterministe de la pensée grecque. Chez Saint Augustin, notamment dans son ouvrage *De libero arbitrio*, l'homme ne *« subit pas la loi divine, mais participe à son accomplissement ».* La valorisation de la volonté humaine permet ainsi de théoriser l'imputabilité de la faute à son auteur.
[154] Les premiers signes de renaissance du droit romain se font à Bologne, à la fin du XIème siècle, et cette relecture du droit romain constitue une forme de rupture intellectuelle, alors que dominait en Europe l'enseignement de la Bible et des Pères de l'Église. V. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne,* PUF, coll. Quadriges, 2009, p.139.

dans les écrits des théologiens de l'époque – parmi lesquels saint-Thomas d'AQUIN[155] – continuent de se placer dans une forme d'héritage assumé du droit romain[156]. Ces diverses influences se mélangent, s'entremêlent, et participent de cet ancrage de la faute au sein de la responsabilité civile[157]. Tandis que les Glossateurs réinterprètent la notion d'*iniuria*, l'assimilant à celle de *culpa*, les canonistes maintiennent la distinction[158], mais placent la volonté de l'homme, corollaire de sa liberté, au cœur de la responsabilité, et en font une règle à la croisée du droit et de la morale[159]. Comme le résume Geneviève VINEY « c'est d'une symbiose entre les solutions romaines et les grands principes de la morale chrétienne que devait naître la conception moderne de la responsabilité qu'a finalement consacrée le Code de 1804 »[160]. C'est dans cette longue période de l'Histoire, qui s'étend sur plusieurs siècles, marquée par le foisonnement d'une doctrine juridique, et d'une pensée philosophique autour de la faute, que vont se constituer les prémisses du moralisme qui sera au cœur, en 1804, de l'élaboration de l'article 1240 du Code civil[161].

43. ***Jus commune* et *Jura propria*.** Il ne faudrait cependant pas se figurer le Moyen-Âge comme une période d'unité juridique. Si la notion de faute s'enracine au cœur du droit savant, le *jus commune*, qui fixe un véritable « cadre d'émergence de la responsabilité civile »[162], ce dernier est en concurrence avec les coutumes locales, des droits locaux écrits ou non-écrits aux origines et aux contenus divers, les *Jura propria*.

---

[155] Pour des développements avancés sur la doctrine de Saint Thomas d'Aquin, entre doctrine de droit naturel, et apports de la foi chrétienne, v. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne,* PUF, coll. Quadriges, 2009, p. 132 et s.

[156] Sur l'influence du droit romain dans la construction des divers systèmes juridiques européens, v. R. FEENSTRA, « Le droit romain et l'Europe », *in Droit romain et identité européenne,* Actes du colloque organisé les 12, 13 et 14 mai 1992, *RIDA*, supplément, au tome XLI, 1994, p.16.

[157] O. DESCAMPS, *op. cit.,* p. 16 : l'auteur rappelle que les relations entre droit civil et droit canonique sont alors étroites, et facilitées par une pénétration progressive du droit romain dans le droit canonique, à partir de Justinien. *Adde* P. LEGENDRE, *La pénétration du droit romain dans le droit canonique classique de Gratien à Innocent IV (1140-1254),* thèse Paris, 1964.

[158] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.68 à 70.

[159] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p. 51 à 54 ; J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil,* 2ème éd., Dalloz, 2010, n° 640 : l'auteur rappelle que les canonistes et théologiens lient étroitement le délit au péché, et ainsi à l'intention coupable. *Adde* G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles,* 1949, n° 112 : l'auteur rappelle l'importance de la morale dans le développement de la responsabilité civile, et, à ce titre, le rôle des canonistes, qui, « par leurs subtiles analyses des passions humaines, ont aidé à peser le fardeau de la responsabilité ».

[160] G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit*., n° 11, spéc. p.14.

[161] *Ibid.,* n° 16.

[162] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.17.

Ce dualisme, et l'absence d'unité qui en découle, perdurera jusqu'à la Révolution et l'adoption du Code civil. Bien qu'il ressorte de certaines de ces législations locales de droit écrit[163], en raison de leur imprégnation pénale[164], une forme de responsabilité subjective, une responsabilité qui place la volonté humaine au cœur de toute action, et en fait une condition de l'imputation des actes[165], il ne se dégage, en dehors des droits savants, aucune réelle théorie de la faute, et cette absence constitue un obstacle de taille à l'émergence, à l'époque médiévale, d'une véritable responsabilité individuelle pour faute personnelle. Le doyen CARBONNIER résume ainsi cette disjonction entre droit savant et droit local : « Tandis que chez les juristes, se forgeait une conception intellectuelle de la responsabilité qui devait aboutir à l'article 1382, il se peut qu'au ras du peuple, par la pratique de coutumes rurales […] et de règlements de police […], ait persisté un système tout différent et plus réaliste, où la responsabilité était indépendante sinon de la faute, du moins de la faute prouvée »[166].

44. Conceptions de la faute. Dans le Code civil de 1804, l'article 1382, socle de la clause générale de responsabilité, ne peut se lire sans son corollaire, l'article 1383[167]. Ce que l'on nomme « quasi-délit » renvoie à l'idée que la faute ne serait pas seulement constituée par un comportement intentionnellement malicieux, ni même simplement volontaire, mais également par un comportement négligent ou imprudent. On dit que le standard, en matière délictuelle, est celui de « l'homme très diligent », ce qui permet d'engager la responsabilité pour une faute même très légère, alors qu'en matière contractuelle, le débiteur ne sera responsable que s'il a au minimum commis une faute légère[168]. Cette conception extensive de la faute en matière délictuelle constitue l'une

[163] Ces coutumes, lorsqu'elles sont de droit écrit, sont soumises à la *Lex Aquilia*, qui se voit ainsi adaptée aux besoins de l'époque. V. B. AUZARY-SCHMALTZ, « La responsabilité délictuelle dans l'Ancien droit français. Les origines des articles 1382 et suivants du Code civil », *Revue historique de droit français et étranger,* t.77, 1999, p.163.
[164] *Ibid,* l'auteur rappelle cependant, qu'entre le XII[ème] et le XIV[ème] siècle, la réparation se détache progressivement de la peine, soulignant ainsi l'effort d'autonomisation de la responsabilité délictuelle à l'égard de la responsabilité pénale.
[165] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.251 et s.
[166] J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations,* t.IV, 22[ème] éd. refondue, PUF, 2000, p.369.
[167] Ce binôme d'articles figure à l'identique dans le Code civil depuis la réforme intervenue par ordonnance le 10 février 2016, aux articles 1240 et 1241. Le second prévoit que « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».
[168] F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations,* Dalloz, 13[ème] éd., 2022, n° 954 et s.

des caractéristiques importantes du principe de responsabilité en droit français, mais on en trouve des traces bien avant le XIX[ème] siècle.

L'historien Olivier DESCAMPS note que, dès le droit romain, la notion de *culpa* est « protéiforme », comprenant tout à la fois la négligence, l'impéritie, que l'auteur définit comme « un défaut d'habileté dans l'art qu'une personne exerce ou encore la méconnaissance des règles de la profession appliquée », et l'*infirmitas*[169], c'est-à-dire le fait d'effectuer une action à laquelle on se sait pourtant inapte, notamment parce que trop faible, à mener correctement à terme. Derrière les exemples de comportements caractéristiques d'une *culpa* listés par JUSTINIEN dans ses *Institutes* semble ainsi se dessiner l'idée que le défendeur « ne s'est pas comporté comme on pouvait l'attendre d'une personne ordinaire placée dans les mêmes circonstances que lui »[170]. S'il est aujourd'hui admis que la faute se comprend tant de la faute de commission que d'omission[171], la seconde, absente dans la version initiale de la *Lex Aquilia*, semble avoir été progressivement acceptée[172]. Par ailleurs, la classification des fautes selon leur degré, présente en droit romain, sera reprise et systématisée par les juristes médiévaux. L'École des Glossateurs va ainsi développer des corrélations entre la commission d'une *culpa lata*, *culpa levis* ou *culpa levissima*, classification tripartite classique du droit romain, et le niveau de diligence ou de connaissance de leur auteur[173]. Les Commentateurs, ou Postglossateurs[174], s'efforceront, à partir du XIII[ème] siècle, de

[169] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.66 et 67.
[170] E. DESCHEEMAEKER, « La dualité des torts en droit français », *RTD civ.* 2010.435. L'auteur cite David IBBETSON, pour qui la *culpa* consiste en une « gamme sans limites précises de conduites socialement inacceptables ». V. D. IBBETSON, « Harmonisation of the Law of Tort and Delict : A Comparative and Historical Perspective », in R. ZIMMERMANNN (dir.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrecht*, Baden-Baden, 2003, p.87 : « an open-ended range of conduct that fell short of socially acceptable behaviour ».
[171] F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 719.
[172] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.*, p. 337 et s ; R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, op. cit.,* p. 1029 et 1030 : l'auteur met en lumière les débats au sein des Glossateurs, dont certains, se basant sur des fragments de texte attribués à Ulpien, considèrent qu'il est impossible d'admettre la *culpa in omittendo*, tandis que d'autres s'appuient plutôt sur des exemples particuliers d'actes, correspondant à des formes d'abstention, retenues par le droit romain comme entrant dans le cadre de la *Lex Aquilia*. Tel est le cas, notamment, du médecin arrêtant le traitement de son patient. L'historien Olivier DESCAMPS montre bien d'ailleurs, que sur ces questions, l'analyse se fait alors souvent en termes de comportement négligent.
[173] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.71 à 73.
[174] Cette École prend la relève celle des Glossateurs, et naît en France, à Orléans, pour tenter de renouveler la démarche de glose des textes de droit romain à partir du XIII[ème] siècle.

définir chaque type de faute, aboutissant à une nouvelle distinction intégrant cette fois cinq « espèces » de fautes[175]. La notion de faute délictuelle se construit progressivement au Moyen-Âge, en étendant ses contours pour englober des situations de plus en plus diverses, sans jamais pour autant atteindre ce qu'elle recouvrira en 1804[176].

2. L'établissement de la faute au cœur de la responsabilité délictuelle

45. Moralisme du Code civil. Les rédacteurs du Code civil de 1804 ont fait de la faute le cœur du principe de responsabilité délictuelle. Pas de place pour l'illicéité, pour la non-juridicité de l'acte, condition issue du droit romain que l'on retrouve encore aujourd'hui dans d'autres systèmes juridiques, comme en droit allemand[177]. L'article 1382 est le socle d'une responsabilité individuelle subjective pour laquelle la faute ne constitue pas qu'une simple condition de mise en œuvre, mais un véritable fondement[178]. La rupture apparaît consommée avec les responsabilités « primitives » de nature objectives, fondées avant toute autre chose sur le dommage et la causalité. Selon les mots du doyen CARBONNIER, « la réaction quasi instinctive contre le mal souffert a fait place, par un affinement progressif, à une recherche de justice et à une appréciation de moralité »[179]. L'enracinement de la faute révèle une volonté d'installer une forme de morale au cœur de la clause de responsabilité, de sanctionner un

---

[175] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.73 à 82.

[176] Et ce, bien que les canonistes, liant faute et péché, favorisent l'idée d'une faute caractérisée par une certaine volonté, et donc une certaine gravité O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p. 82 et s., spéc. p.85 : l'auteur précise que les canonistes distinguent le for de la conscience, intérieur, et le for contentieux, extérieur, seul ce dernier pouvant être en accord avec la réparation du dommage causé par une faute légère. *Adde* G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles, op. cit.,* n° 112, spéc. p.200 : l'auteur, qui rappelle l'importance de la morale dans le développement de la responsabilité civile, expose la distinction faite par les canonistes entre faute morale, supposant la conscience de l'acte, l'intelligente et la volonté, et la faut juridique qui peut résulter d'une simple inadvertance, mais oblige à réparer « en conscience » le dommage injuste.

[177] De nombreux auteurs remarquent que cette condition supplémentaire d'illicéité, présente dans de nombreux droits étrangers, est en réalité incluse dans le concept de faute à la française. V. not. R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, op. cit.,* p. 998, note 6. Il n'en reste pas moins que l'absence formelle de cette condition révèle la volonté des rédacteurs du Code de faire de la faute le fondement unique et central de la responsabilité délictuelle.

[178] B. AUZARY-SCHMALTZ, « La responsabilité délictuelle dans l'Ancien droit français. Les origines des articles 1382 et suivants du Code civil », *op. cit.*, p.189.

[179] J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* §202.

comportement « moralement répréhensible »[180] ; on parle du « moralisme »[181] du Code civil.

Cette démarche est très visible au sein même des discours portés par les hommes de lois lors de l'adoption du Code. Dans son rapport devant le Tribunat, Bertrand DE GREUILLE évoque ainsi des dispositions « puisées dans la raison, la sagesse, l'équité naturelle, et dans les principes de la plus saine morale […] »[182], tandis que le Tribun TARRIBLE parle d'une « responsabilité morale qui doit redoubler la vigilance des hommes chargés du dépôt de l'autorité […] »[183]. Cette forte imprégnation morale n'exclut cependant pas du giron de la faute les comportements maladroits, imprudents ou négligents, que l'article 1383 intègre au contraire explicitement. La faiblesse d'esprit ou de caractère ne doit pouvoir justifier que l'on laisse la victime seule avec son dommage, car, comme le dira si bien DE GREUILLE, « la loi ne peut balancer entre celui qui se trompe et celui qui souffre »[184]. La faute, si elle permet de sanctionner l'homme « coupable », se révèle dès l'origine une notion aux contours très larges.

46. Facteurs idéologiques et sociétaux. L'établissement de la faute au cœur de la clause de responsabilité ne traduit pas un caprice de la part des rédacteurs du Code civil, il résulte d'un enracinement idéologique progressif, et bénéficie d'un contexte économique et social favorable[185]. Si le Moyen-Âge est une période propice au développement de la faute, et que l'Ancien droit, qui mélange la *culpa* du droit romain à la vision morale du droit canon, est resté présent à l'esprit des juristes lors de

---

[180] G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 16.
[181] *Ibid*
[182] B. DE GREUILLE, Communication officielle au Tribunat du 6 février 1804, in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET (dir.), 1836, t.XIII, p. 468 et s., spéc. p.477.
[183] TARRIBLE, Discours prononcé devant le Corps législatif, *Recueil Fenet,* t.13, p.478 et s., spéc.491.
[184] B. DE GREUILLE, Communication officielle au Tribunat du 6 février 1804, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET (dir.), 1836, t.XIII, p. 468 et s., spéc. p.474. L'accent semble alors mis sur le dommage, et la victime dont on pressent qu'on ne peut la laisser avec son fardeau. La volonté de « sanctionner » le comportement, même imprudent, n'est cependant pas absente, l'homme rappelant « si elle [la loi] trouve en lui de la légèreté ou de l'imprudence, elle doit le condamner à la réparation du mal qu'il a fait ». La seule différence résultera dans le fait que ce comportement ne saurait être pénalement répréhensible, puisque dénué d'intention de nuire. Le Tribun TARRIBLE reprendra lui-même cette idée à son compte, énonçant que « […]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 justice s'élève et répond que ce dommage doit être réparé par son auteur ». TARRIBLE, Discours prononcé devant le Corps législatif, in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET (dir.), 1836, t.XIII, p.478 et s., spéc.487.
[185] J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations,* PUF, 1992, n° 71 et s. : l'historien montre l'importance de la morale, à toute époque, dans l'élaboration des règles encadrant le droit des obligations, qui se caractérise, selon lui, d'une certaine manière, *« la traduction juridique de préceptes moraux »*.

l'adoption du Code civil, il ne faut pas négliger l'apport de certains courants de pensée tant juridiques que philosophiques qui ont imprégné le développement des idées en Europe.

C'est tout d'abord l'École du droit naturel qui participe largement à cette implantation de la faute au fondement de l'obligation de réparer le dommage. Son premier représentant, et fondateur, Hugo DE GROOT, dit GROTIUS, inscrit sa doctrine sous le sceau d'une morale laïcisée – inspirée, semble-t-il, par la morale stoïcienne de Cicéron[186] –, purgée de toute référence religieuse, et découlant de la raison humaine[187]. De cette morale rationnelle, il tire, dans le discours préliminaire à son ouvrage *De jure belli ac pacis,* quelques principes fondateurs, parmi lesquels « Que l'on doit réparer le dommage causé par sa faute »[188]. Ce mélange inédit de morale et de raison, aura pour « paradoxe », pointé par Michel VILLEY, que le mouvement de rationalisation du droit participera dans le même temps de sa moralisation[189]. À sa suite, PUFENDORF concentrera sa réflexion sur la question de « l'imputation » du dommage, concluant que seule la faute devait obliger son auteur à réparer le dommage[190].

Ces doctrines de droit naturel ont eu un écho certain, bien que la mesure de cette influence soit discutable, nous le verrons[191], notamment par le biais, au XVIII[ème] siècle, des traductions en français par Jean BARBEYRAC des deux ouvrages majeurs de

---

[186] V. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne, op. cit.,* p.527 et s., spéc. 543. L'auteur attribue notamment les principes généraux formulés au §VIII du *De jure belli ac pacis* à la lecture, par GROTIUS, des *De officiis* de CICÉRON. À la lecture de ce Discours préliminaire, on s'aperçoit que les références aux stoïciens sont en effet explicites. V. not. GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix,* traduction de Jean BARBEYRAC, 1724, §VI du Discours préliminaire.

[187] Selon GROTIUS, « Les premiers principes du droit sont les règles morales inscrites dans la conscience de l'homme », *De jure belli ac pacis*, éd.latine, I, I, IX, 1., cité par M.VILLEY, La formation de la pensée juridique moderne, op. cit., p.527 et s., spéc. p.542.

[188] GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix,* traduction de Jean BARBEYRAC, 1724, §VIII du Discours préliminaire.

[189] M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne, op. cit*., p. 527 et s., spéc. p.544.

[190] R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, op. cit.,* p.1033 et 1034. L'auteur compare ici la doctrine de PUFENDORF avec celle du jusnaturaliste allemand Christian THOMASIUS qui, centrant au contraire son analyse sur la victime du dommage plus que sur son auteur, en venait à imputer à celui-ci l'obligation de la réparer dès lors que sans son intervention, devenue « interférence », le dommage ne se serait pas produit, et ce quand bien même le comportement ne serait pas fautif. V. également O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p. 413 : l'auteur montre que c'est cette distinction, faite par PUFENDORF, entre imputation du dommage et culpabilité, qui lui permet d'exclure les situations où le dommage résulte d'un cas fortuit. En revanche, la faute, qu'elle soit intentionnelle ou de négligence, engage la responsabilité de son auteur, et ce en vertu du *« devoir, lié à la vie en société, de ne pas nuire à autrui ».* V. PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium,* III, 1, 6.

[191] V.*infra*, n° 59 et s.

GROTIUS et PUFENDORF[192], que DOMAT, et plus tard POTHIER, auront l'occasion de connaître[193], et qui influencera les juristes contemporains à la naissance du Code civil[194]. Par ailleurs, cette doctrine jusnaturaliste prospère dans un contexte particulier, celui d'une société où la bourgeoisie commerçante se développe et demande que ses intérêts soient protégés, par le biais notamment d'une sécurité des transactions et des possessions, sans que cela n'entrave le développement des échanges économiques. La responsabilité limitée par la faute s'avère être un instrument adapté à l'expansion du capitalisme et du libéralisme économique[195]. C'est ainsi qu'au XIX^{ème} siècle, le principe de responsabilité pour faute semble s'être enraciné en Europe.

47. Faute et responsabilité objective. La présence, dès 1804, des cas spéciaux de responsabilité des articles 1384 et suivants du Code civil ne remet pas en question cette place centrale de la faute en 1804. Ces dispositions renvoient à deux types de responsabilités « indirectes »[196] mentionnées à l'article 1384, alinéa 1er, et déclinées aux articles suivants, la responsabilité du fait des personnes dont on doit répondre, et la responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde[197]. Mais on connaît le destin de cet alinéa premier, devenu, sous la plume des juges de cassation, le socle d'une nouvelle clause générale de responsabilité du fait des choses et de plusieurs cas de

---

[192] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.*, p.416 à 421 : l'auteur insiste sur l'importance des traductions du *De Jure Naturae et Gentium* de PUFENDORF d'abord, puis du *De jure belli ac pacis* de GROTIUS dans la transmission du principe de responsabilité pour faute jusque dans le Code de 1804.

[193] V. not. R. FEENSTRA, « Zum Ursprung des deliktischen Generalklausel in den modernen europäischen Kodifikationen », *Zeitschrift für Europäisches Privarecht (ZEUP),* 9.2001, p.585 et s., spéc. p.593 et « Grotius et le droit européen », *RDC* 1983, 182, p. 453 et s., spéc. p. 463 ; B. AUZARY-SCHMALTZ, « La responsabilité délictuelle dans l'Ancien droit français. Les origines des articles 1382 et suivants du Code civil », *op. cit. ;* M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne, op. cit.,* p.557 et 558.

[194] On remarque en effet, dans les travaux préparatoires au Code, de nombreuses références au droit naturel. Ainsi, B. DE GREUILLE affirme que « c'est uniquement de l'équité naturelle que dérivent les obligations qui résultent du fait dont il s'agit ». V. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET (dir.), 1836*,* t.XIII, p. 468 et s., spéc. p.469.

[195] M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne, op. cit*., p.557 ; G.VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, n° 11 ; R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, op. cit.,* p.1035 : « it fitted the prevailing economic liberalism and served the interests of expanding industry and of the rising middle class ».

[196] Indirecte, au sens où celui sur qui pèsera l'obligation de réparer n'est pas directement à l'origine du dommage. V. O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.*, p. 466 et « La responsabilité dans le Code civil », *Histoire de la justice*, 2009/1, n° 19, p.291 et s., spéc. p.302 et s.

[197] L'article 1384, alinéa 1er ancien énonce que l'on est responsable « de celui [le dommage] qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre », puis précise aux alinéas suivants les cas dans lesquels cette responsabilité se met en œuvre : responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants mineurs, des commettants du fait des préposés, des instituteurs et artisans du fait des élèves et apprentis. Cet alinéa 1er ajoute ensuite que l'on est également responsable du fait « des choses que l'on a sous sa garde », les articles 1385 et 1386 faisant plus explicitement référence au propriétaire de l'animal et au bâtiment en ruine.

responsabilité du fait d'autrui[198], des responsabilités dites « objectives », reposant sur des fondements distincts de la faute.

Pourtant dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, il ne pouvait en réalité exister de responsabilité que subjective, dominée par la faute, et l'alinéa 1er ne devait être qu'une introduction aux cas spéciaux de responsabilité, desquels la faute n'est absolument pas absente[199], mais dont elle constitue bien, dans la lignée de l'article 1382[200], un fondement implicite[201]. L'objectif de moralisation des comportements irrigue ainsi l'ensemble de la responsabilité délictuelle en 1804[202]. Et il ne semble pas avoir totalement disparu de ces régimes objectifs de responsabilité aujourd'hui. En effet, quand bien même les juges ont aujourd'hui abandonné toute référence explicite à la faute dans la mise en œuvre des clauses de responsabilité du fait des choses et du

[198] Pour le fait des choses, ce sont successivement les arrêts *Teffaine* du 18 juin 1896 et *Jand'heur,* rendu en Chambre réunies le 13 février 1930, qui ont établi le principe général de responsabilité du fait des choses, ainsi que son autonomie. V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité,* 4ème éd., LGDJ, 2013, n° 629, spéc. p.784. Quant au fait d'autrui, c'est l'arrêt *Consorts Blieck*, rendu par l'Assemblée plénière le 29 mars 1991, qui en a pour la première fois distingué un cas de responsabilité du fait d'autrui autonome, et fondé également sur l'article 1384, alinéa 1er. V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n° 788-9, spéc. p.977.

[199] Outre la référence explicite à la faute à l'article 1384, alinéa 8, concernant le mode de preuve de la faute commise par les instituteurs, la faute reste une condition et un fondement de ces cas de responsabilité indirecte. Cela est très visible dans les Travaux préparatoires du Code civil, notamment dans les discours de Bertrand DE GREUILLE et du tribun TARRIBLE, qui rattachent explicitement chaque cas de responsabilité à la violation d'un devoir particulier : devoir de surveillance, voire d'éducation pour les parents et les instituteurs qui disposent d'une autorité sur les enfants, devoir de vigilance pour le gardien de la chose ou le propriétaire du bâtiment. V. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET (dir.), 1836*,* t.XIII, p. 475 à 477 et p. 488 à 490. Il est une particularité, en revanche, en ce qui concerne les commettants, qui sont tenus responsables en raison de leur « participation indirecte » au dommage, puisque c'est eux qui retirent le bénéfice de l'activité déployée par le préposé, et c'est dans le cadre de ce travail que le dommage est causé. V. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET (dir.), 1836*,* t.XIII, p.476. *Adde* G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n° 788-10 et 788-11 : les auteurs distinguent deux cas de responsabilité du fait d'autrui, la surveillance d'autrui ou le « modèle parental », et l'association à l'activité d'autrui, ou le « modèle patronal ».

[200] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p. 466 : « […] le principe général apparaît comme ordonnateur des situations prévues dans les articles suivants. En d'autres termes, les articles 1384 et suivants sont une suite logique des deux premières dispositions du système ».

[201] Le tribun TARRIBLE ne dit pas autre chose lorsque, après avoir affirmé que « Le dommage, pour qu'il soit sujet à réparation, doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence de la part de quelqu'un […] », précise ensuite que c'est à ce principe que se rattachent tous les autres cas de responsabilité prévus par le Code. V. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET (dir.), 1836, t.XIII, p.488.

[202] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p. 467 : l'auteur en conclut que ces cas de responsabilité indirecte ont une fonction comminatoire, et qu'en inspirant aux personnes visées par ces articles la « crainte de devoir réparer », on leur impose d'être vigilants quant à l'éducation et la surveillance de leurs enfants, ou encore à l'utilisation ou l'entretien d'une chose.

fait d'autrui[203], on en retrouve des traces, dans certains domaines particuliers, tel que le domaine sportif pour le fait d'autrui[204], mais également « sous des déguisements techniques divers »[205], comme en matière de causalité, que ce soit lors de l'établissement du lien de causalité, par la place faite à l'anormalité de la chose, qui révèle en réalité souvent une faute d'entretien ou de vigilance de son gardien[206], ou qu'il s'agisse au contraire pour d'écarter un tel lien causal, lorsqu'est prise en compte la faute de la victime pour exonérer, ou décharger d'une part de sa responsabilité celui à qui on impute le dommage[207]. Le doyen CARBONNIER, avec beaucoup de justesse, soulignait ainsi qu'« aucun système de risque ne tiendrait s'il n'était soutenu par cette idée de faute diffuse, l'idée qu'il y a eu des fautes commises, dont on a l'intime conviction, quoiqu'on ne puisse en faire la preuve, ni même toujours identifier le

[203] 1) En ce qui concerne la faute de surveillance, il existe une controverse sur le sens à donner à l'arrêt *Blieck*, simple présomption de faute ou responsabilité de plein droit ? Deux éléments semblent faire pencher pour la seconde option, tout d'abord l'arrêt rendu par deuxième Chambre civile le 19 février 1997 qui pose, pour les père et mère, une responsabilité de plein droit, et l'arrêt rendu le 13 décembre 2002 en Assemblée plénière, qui visant à la fois l'alinéa 1er et l'alinéa 4, semble étendre ce régime au principe général. Ce second arrêt, par ailleurs, confirme l'abandon de la faute pour caractériser le fait de l'auteur direct du dommage ; la faute a totalement disparu de ce régime. V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n° 789-21.
2) En ce qui concerne le fait des choses, l'arrêt *Jand'heur* avait abandonné par principe la distinction entre choses dangereuses ou non ; l'anormalité de la chose n'est donc pas par principe un critère de mise en œuvre de la responsabilité du fait des choses. V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n° 634. Cependant, cette distinction, qui masquait souvent une faute du gardien, a été délicate à éliminer, et a pu ressurgir insidieusement lorsque la jurisprudence a établi une distinction supplémentaire entre « garde de la structure » et « garde du comportement », fondée sur « dynamisme propre et dangereux » ou le « vice » de la chose. V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n° 693.
[204] O. DESCAMPS, « La responsabilité dans le Code civil », *op. cit.* spéc. p.309, note 101.
[205] Ph. RÉMY, « Critique du système français de responsabilité civile », *Revue juridique de l'USEK,* 1997, n° 5, p.49 et s., spéc. p.55.
[206]M.BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle,* t.5, 3ème éd., Economica, n° 250 et s. La Cour de cassation a en effet établi des présomptions de causalité lorsque, en matière de fait des choses, la chose à l'origine du dommage était en mouvement, et est entrée en contact avec le siège du dommage. Dans le cas contraire, elle a affirmé, après quelques hésitations, qu'en cas de chose inerte ou d'absence de contact, le demandeur devait alors prouver l'anormalité de la chose, de sa position ou de son comportement. V. Civ.2ème, 24 février 2005, *RTD civ.* 2005, p.407, note P. JOURDAIN. Une lecture minutieuse des arrêts rendus sur cette question révèle souvent une négligence dans le positionnement, ou dans l'entretien de la chose de la part du gardien, et donne le sentiment de sanctionner indirectement une faute. V. Y. FLOUR, « Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ? », *Droits*, n° 6, 1987, p. 29 et s., spéc. p.38 : « Sauf cas marginaux, l'anormalité de la chose n'est rien d'autre qu'une faute du gardien chosifiée ».
[207] M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle,* t.5, 3ème éd., Economica, n° 559 et s. *Adde* Y. FLOUR, « Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ? », *op. cit.*, spéc. p. 38 : Cette difficulté à se départir de la faute est visible dans les suites de la jurisprudence Desmares de 1982 qui avait pourtant comme objectif d'éliminer tout débat autour du comportement fautif de la victime et de lui assurer une réparation quasi automatique. Certaines décisions de la Cour de cassation relevées par l'auteur attestent d'une pesée des fautes respectives des parties pour décider d'une exonération, allant jusqu'à déduire l'existence d'une faute imprévisible et irrésistible de la victime d'une absence de faute prouvée du gardien.

coupable »[208]. Malgré la concurrence d'autres fondements, la faute conserve ainsi une « place privilégiée » au sein de la responsabilité[209], et certains auteurs en soulignent aujourd'hui la résurgence[210] – ou plutôt la permanence[211] – notamment dans les projets de réforme de la responsabilité civile, une résurgence qui marquerait une volonté de « responsabiliser », là où le développement de l'assurance avait eu tendance à « déresponsabiliser », une faute qui, loin d'être désuète, conquiert même de « nouveaux territoires »[212].

B. Le dommage et le lien de causalité, constantes de l'action en responsabilité

48. Permanence du dommage et du lien de causalité. Alors que la faute était initialement absente du système romain de la *Lex Aquilia*, le dommage et le lien de causalité ont toujours constitué des conditions essentielles à la mise en œuvre de la

---

[208] J. CARBONNIER, *Droit civil,* volume II, *Les biens, les obligations,* 1ère éd., PUF, coll. Quadriges, 2004, §1119, spéc. p.2263 ; M.-S. BONDON*, Le principe de réparation intégrale du préjudice. Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile,* PUAM, 2020, n° 100.

[209] M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit*., n° 135. De nombreux auteurs évoquent pourtant la « crise » de la responsabilité subjective, due notamment à la disparition progressive de la faute au profit de nouveaux fondements, tel le risque, voire les droits subjectifs. Plus encore, certains auteurs lui attribuent un rôle perturbateur, cause d'incohérence de la responsabilité civile, et souhaitent la voir disparaître. C'est le cas notamment d'André TUNC, qui à la suite de SALEILLES et JOSSERAND, pointe les effets néfastes de la faute. V. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 67 et s. *Adde* B. AUZARY-SCHMALTZ, « La responsabilité délictuelle dans l'Ancien droit français. Les origines des articles 1382 et suivants du Code civil », *op. cit.*, spéc. p. 189 : l'historienne, après avoir remonté aux racines, dans l'Ancien droit, de la clause générale de responsabilité, conclut que la place prédominante laissée à la faute a créé des incohérences dans le système de responsabilité civile, et privilégie un système plus objectif, à l'image de la *Lex Aquilia*. Pour des propos plus nuancés, et une démonstration de l'autonomie du fait des choses et du fait d'autrui au regard de la faute, v. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.,*n° 40 et 41.

[210] J. LAGOUTTE, « La faute dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *RCA* février 2017, n° 2, p.5 et s.

[211] O. DESCAMPS, « Approche critique et historique de la réforme de la responsabilité civile », *Tribonien, Revue critique de législation et de jurisprudence,* n° 2, 2018, p. 6 et s., spéc. p. 12 et s. : l'auteur note un retour, à plusieurs égards, de la faute, et de l'empreinte moralisatrice du droit de la responsabilité civile, marquant, selon lui, la volonté de réaffirmer la fonction normative de la responsabilité. Un retour qui n'en serait pas vraiment un, puisque la faute n'aurait en réalité « jamais connu d'éclipse » comme cela a été soutenu par une partie de la doctrine, mais n'aurait fait que conquérir de nouveaux territoires. *Adde* M.-S. BONDON, *Le principe de réparation intégrale du préjudice. Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile*, PUAM, 2020, §112 et s : l'auteur, après avoir mis en lumière comment la consécration d'un principe de réparation intégrale avait mis à mal la place de la faute subjective comme fondement de la responsabilité délictuelle, rappelle la place encore prépondérante de la faute et de l'aspect moral de la responsabilité délictuelle dans sa mise en œuvre par les juges.

[212] F. ARHAB, « Les nouveaux territoires de la faute », *in La responsabilité pour faute, RCA* juin 2003, p. 43 et s. V. également, Y. FLOUR, « Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ? », *Droits* 1987, p.29 et s. ; Ph. LE TOURNEAU, « La verdeur de la faute ou de la relativité de son déclin », *RTD civ.* 1988, p.505 et s.

responsabilité civile. Dans les systèmes « primitifs » de responsabilité, elles occupent même une place prépondérante, que l'on ne peut percevoir aujourd'hui tant les auteurs ont été focalisés, depuis le XIX^{ème} siècle, sur la notion de faute[213]. L'analyse du dommage, et dans une moindre mesure de la causalité, précède en effet celle du comportement fautif de son auteur pour des raisons de logique pure : le dommage est le premier élément constaté, celui qui amorce la réflexion sur une éventuelle obligation de réparer. C'est du dommage que l'on part pour rechercher une responsabilité, c'est à partir de lui que l'on remonte, en suivant une chaîne de causalité, jusqu'à celui sur qui pèsera finalement cette obligation de réparer. Dommage et lien de causalité vont de pair dans ces formes de réactions primitives au mal infligé, avant l'émergence des concepts de faute et de culpabilité.

Le droit romain, reposant sur un système casuistique, en est le meilleur exemple. La *Lex Aquilia* n'ouvre une action au demandeur que lorsque le dommage subi est prévu par elle ; son domaine reste alors limité aux dommages causés aux choses, qu'il s'agisse d'animaux, d'esclaves ou de biens incorporels[214]. La mise en œuvre de ces actions exige par ailleurs l'établissement d'un lien causal entre le dommage et son auteur. Si cette exigence se présente de manière assez archaïque et stricte au départ, le droit romain commandant que le dommage soit causé *corpore*, c'est-à-dire par contact entre l'auteur du dommage et la chose endommagée[215], elle évolue rapidement[216]. Dommage et lien

---

[213] J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations,* t.IV, 22ème éd. refondue, PUF, 2000, §210. L'analyse du dommage semble cependant redevenir centrale aujourd'hui. V. not. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.* ; H. GUIZIOU, *La réparation du dommage. Contribution à l'étude de la hiérarchisation des intérêts*, Panthéon-Assas Université, 2024. Une place particulière est d'ailleurs attribuée au dommage dans le projet de réforme de la responsabilité civile, notamment au dommage corporel. V. not. article 1233-1 du projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017 par la Chancellerie.

[214] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, *op. cit.,* p.29 à 35.

[215] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.94 et « L'esprit de l'article 1382 du Code civil ou la consécration du principe général de responsabilité pour faute personnelle », *op. cit.,* p.95. La causalité est ainsi envisagée comme un lien strict et direct. On dit que le droit romain applique la théorie de la *causa sine qua non*. *Adde* R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, op. cit.,* p.988 et s. Il ne s'agit aucunement d'une causalité scientifique ou physique, mais purement factuelle. L'auteur fait le lien avec les questions qui se posent aujourd'hui autour de ce lien de causalité, et les théories développées afin de limiter une imputation déraisonnable du dommage, notamment celles de la prévisibilité du dommage, ou encore la causalité adéquate.

[216] On retrouve d'ailleurs chez les juristes de cette époque des questionnements identiques à ceux que les auteurs formulent encore aujourd'hui, lorsque, notamment, plusieurs auteurs ont participé à la réalisation du dommage, mais qu'il est impossible de déterminer lequel en est réellement l'auteur, ce à quoi JULIEN et ULPIEN, juristes du II^{ème} et III^{ème} siècle après Jésus-Christ, répondent par la solidarité des coauteurs. V. O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804 op. cit.,* p. 95.

de causalité sont donc des constantes de l'action en responsabilité, qui vont évoluer, au fil du temps, vers un certain degré de généralisation, jusqu'à atteindre celui que l'on connaît aujourd'hui.

49. Généralisation et systématisation du dommage et du lien de causalité. Les contours du dommage réparable vont progressivement s'étendre pour englober de nouvelles atteintes. Sous l'influence des juristes médiévaux, le domaine de la *Lex Aquilia* s'étend progressivement des seules atteintes aux biens aux atteintes aux personnes, et ce tout en restant enfermé dans la casuistique qui lui est propre[217]. La notion de *damnum* s'entend alors, dans le droit savant, plus largement d'une « perte »[218], et s'étend à de nombreux types de dommages matériels, y compris corporels[219], sans encore inclure l'indemnisation du dommage moral[220]. Ce dernier a par ailleurs longtemps été l'objet de débats, puisque bien que progressivement admis dans l'Ancien droit[221], il a suscité de grandes hésitations à la naissance du Code civil, pour finalement n'être officiellement reconnu qu'au milieu du XIX^{ème} siècle[222]. Enfin, reste la question de la réparation du dommage purement économique, ou préjudice économique pur, à savoir l'atteinte à un intérêt patrimonial qui ne découlerait d'aucune atteinte aux biens ou à la personne[223]. Si ce préjudice fait déjà l'objet de discussions chez les Glossateurs, dans le prolongement de l'évolution amorcée par le droit romain,

---

[217] O. DESCAMPS, « Approche critique et historique de la réforme de la responsabilité civile », *Tribonien, Revue critique de législation et de jurisprudence,* n° 2, 2018, p. 6 et s., spéc. p. 11: l'auteur note qu'en même temps que la *Lex Aquilia* se dépénalise, elle s'étend aux atteintes aux personnes.
[218] V. R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, op. cit.,* p.981 à 986. Et pose à ce titre la question, chez les juristes médiévaux, du domaine de l'*actio legis aquiliae.*
[219] V. R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, op. cit.,* p.1024 et s ; O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.43 : l'élargissement de la réparation au meurtre de l'homme libre, constitue, pour l'auteur, un apport essentiel du *jus commune*.
[220] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804 op. cit.,* p. 36 à 43. Cela résulte de l'impossibilité, érigée en principe dans le droit romain, de l'estimation du corps d'un homme libre.
[221] Cette évolution a été retracée par Olivier DESCAMPS dans sa thèse. Le refus de principe du droit romain, et dans son prolongement, des juristes médiévaux, s'accompagne de quelques exceptions dans certains cas, et d'une admission plus large dans certains domaines, tel que les fiançailles, tandis que la réflexion sur les modalités de la réparation donne lieu, notamment chez les théologiens, à l'inclusion, dans certains cas, de la réparation du dommage moral. Malgré les réticences persistantes de la doctrine humaniste, qui souligne, outre l'impossibilité héritée du droit romain d'évaluer un corps humain, les difficultés inhérentes à son appréciation, et celles de la jurisprudence, l'admission de la réparation de du dommage moral comme découlant du dommage corporel se fera progressivement à l'époque moderne, entre le XVI^{ème} et le XVIII^{ème} siècle. V. O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804 op. cit.,* spéc. p. 42-32 ; 130 ; 299 et 301.
[222] J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations,* t.IV, 22ème éd. refondue, §208. Le principe de réparation du dommage moral a été consacré par un arrêt rendu en Chambres réunies le 15 juin 1833.
[223] Sur l'identification d'un tel préjudice, v. not. M. CAYOT, *Le préjudice économique pur*, Institut Universitaire Varenne, 2017, p. 181 et s.

elle ne sera officiellement admise, pour la première fois, que par la doctrine jusnaturaliste[224].

Parallèlement, c'est la définition du dommage elle-même qui va s'assouplir. En effet, tandis que la compensation pécuniaire offerte à la victime s'autonomise progressivement de l'amende pénale[225], ses modalités vont s'assouplir, abandonnant l'évaluation standardisée, pour lui préférer une appréciation plus fine et individualisée de l'indemnité[226]. Ce mouvement permettra de dépasser l'analyse du dommage comme seule perte, et d'y intégrer l'idée d'un gain manqué[227]. On aboutira ainsi à la distinction classique que connaît le Code civil entre *damnum emergens* et *lucrum cessans*[228]. En ce qui concerne le lien de causalité, bien que les Glossateurs aient amorcé une réflexion sur la causalité indirecte, ce sont les canonistes qui formuleront les prémisses d'une véritable théorie de la causalité, fondée avant tout sur la *causa remota*, cause éloignée, mais laissant une place à la *causa proxima*, ou cause proche[229]. On retrouve alors des questionnements identiques à ceux que formule encore aujourd'hui la doctrine, entre théories de la causalité adéquate ou de l'équivalence des conditions[230]. On est donc encore loin, à l'aube du XIX^{ème} siècle, de la formulation d'une clause générale de responsabilité telle que nous la connaissons, mais les conditions de son émergence – une faute aux contours élastiques, un dommage qui englobe de plus en plus de situations, un lien de causalité qui s'émancipe de sa seule compréhension factuelle et

[224] R. ZIMMERMANN, *op. cit.,* p.1035 et 1036. Ce dernier point permet d'ailleurs de mesurer l'influence de l'Ecole du droit naturel sur la formulation de la clause générale en droit français, mais également en droit autrichien, l'autre grande codification du XIX^{ème} siècle. D'un autre côté, en Allemagne, l'École des Pandectistes, qui restera beaucoup plus longtemps influencée par le droit romain, optera pour une compréhension stricte du domaine de la réparation, sur le fondement des intérêts protégés, qui ne permettra pas de prendre en compte le préjudice purement économique. Ainsi, à partir de sources communes, notamment le droit romain, les divers droits européens ont divergé. V.*infra*, n° 76 et s.

[225] B. AUZARY-SCHMALTZ, « La responsabilité délictuelle dans l'Ancien droit français. Les origines des articles 1382 et suivants du Code civil », *op. cit.,* spéc. p. 172 et s.

[226] R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, op. cit.,* p. 969 et s.

[227] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804 op. cit.,* p. 126 et s., spéc. p.129 : si la reconnaissance de la réparation du *lucrum cessans* intervient relativement tôt, elle soulève de nombreuses questions, notamment quant à la réparation d'un dommage futur et purement éventuel. Elle reste ainsi relativement timide au départ.

[228] L'actuel article 1231-2 du Code civil reprend l'exact contenu de l'ancien article 1149 : « Les dommages-intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé […] ».

[229] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, *op. cit*., p.96 à 99.

[230] M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* n° 493 et s.

mécanique – sont réunies bien avant que ne commencent les débats autour de l'adoption du Code civil.

§2. Les prémisses du principe de réparation intégrale, condition indispensable à l'émergence d'une clause générale

50. Responsabilité et réparation : histoire d'un couple inséparable. Si les conditions de mise en œuvre d'une action en responsabilité, ou même ses fondements, peuvent être l'objets de débats, l'effet principal de cette action est rarement discuté : il s'agit de réparer, de compenser les effets néfastes d'un dommage pour sa victime, et de la replacer dans un état antérieur à celui-ci, le *statu quo ante*[231]. La réparation est inextricablement associée à la responsabilité, elle est sa fonction première, même si l'on s'accorde aujourd'hui à attribuer à la responsabilité des fonctions de plus en plus variées, une fonction normative, de cessation de l'illicite, voire de punition, et pour la responsabilité contractuelle, de satisfaction du créancier[232]. Cette vertu de réparation que l'on attribue à la somme d'argent reçue par la victime, et qui préside à ses modalités d'évaluation, est déjà bien ancrée dans le droit français lorsque les rédacteurs du Code civil s'attellent à la conception de son article 1382. Si le terme de « responsabilité » n'est apparu que tardivement dans la langue française[233], en revanche « l'idée d'une

---

[231] G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité,* 4ème éd., LGDJ, 2017, n° 2 et n° 11§ et s. ; M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* n° 4 et s. : l'auteur met en lumière non seulement l'existence de cette fonction indemnitaire, mais également son caractère suffisant. En effet, une fois admise la diversité des fondements de l'action en responsabilité, notamment dans la mise en œuvre de responsabilités objectives, seule la fonction indemnitaire semble pouvoir rendre compte de l'ensemble de la responsabilité civile délictuelle, au détriment des fonctions normative et punitive. Néanmoins, l'efficacité de cette fonction indemnitaire de la responsabilité civile est remise en cause par la concurrence d'autres méthodes d'indemnisation tout aussi, si ce n'est plus efficaces. V. M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* n° 22 et s. ; G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 48 et s.

[232] V. *infra*, n° 316 et s. ; M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* n° 46 et s ; G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité,* 4ème éd., LGDJ, 2017, n° 2 et s.

[233] V. not. J. HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot « responsabilité » », *APD*, 1977, p.60 et s., pour qui la première apparition du substantif se trouve dans le *Dictionnaire critique de la langue française* publié en 1787-1788 à Marseille par l'abbé Jean-François Féraud. Il précise d'ailleurs qu'à cette époque l'utilisation de ce substantif du verbe « répondre » reste exceptionnelle, car étonnante d'un point de vue de la linguistique. *Adde* M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », *APD*, 1977, p.45 et s ; O. DESCAMPS, « La responsabilité dans le Code civil », *Histoire de la justice* 2009/1, *op. cit*., spéc. p. 291 et 292.

responsabilité civile, c'est-à-dire d'une obligation de réparer le dommage causé, est sans doute l'une des conceptions premières du droit »[234]. Présent dans les formes les plus anciennes de responsabilité, cet effet de réparation a traversé les époques, se renforçant au gré des siècles, jusqu'à prendre la forme d'une réparation intégrale, et devenir un élément déterminant de la clause générale de responsabilité. Ainsi, la réparation constitue une idée ancienne (A), qui s'est diffusée, à l'époque moderne, sous la forme d'une réparation intégrale, au cœur de la clause générale de responsabilité (B).

A. La réparation, une idée ancienne

51. Une conception initialement limitée. Trois préceptes du droit romain visent à assurer des relations paisibles au sein d'une société, *Honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*, à savoir « Vivre honnêtement, ne pas nuire à autrui, et rendre à chacun ce qui lui revient »[235]. C'est principalement le second, le *neminem laedere*, qui retient notre attention, tant il fait écho à ce que l'on nomme parfois, en matière de responsabilité civile, le « devoir général de ne pas nuire à autrui »[236]. Le précepte *neminem laedere* a traversé les époques, diffusant son influence tout au long du Moyen-Âge, jusqu'à l'époque moderne. On en retrouve notamment les traces jusque chez DOMAT, qui pose comme règle générale, et principe, de « Ne faire tort à personne et

---

[234] Selon les termes de Henri CAPITANT, rapportés par Jean-Louis GAZZANIGA dans son ouvrage *Introduction historique au droit des obligations,* PUF, 1992, § 186.

[235] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.*, p. 14 et 15.

[236] Cette formule, reprise parfois par la jurisprudence, correspond à la fonction, attribuée à la responsabilité civile, de préservation d'une paix sociale ; elle met alors en œuvre une vision rousseauiste du contrat social, qui organise l'harmonie au sein d'une société par le droit, et doit permettre à chacun d'exercer ses libertés sans heurter celles des autres. C'est cette idée qui figure en tête de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui […] ». Sur ce devoir de ne pas nuire à autrui dans la responsabilité civile, v. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles,* 4ème éd., 1949, n° 112 à 132. Les auteurs parlent cependant plus volontiers du « devoir général de prudence et de diligence », qui fait référence au comportement de l'auteur du dommage, plus qu'à son résultat, la nuisance. V. H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* tome I, 6ème éd., Montchrestien, n° 417, spéc. p. 488 : selon les auteurs, il est impossible de poser en principe absolu que l'on ne devrait pas nuire à autrui, car sa mise en œuvre suppose de prêter attention aux circonstances, au degré de nuisance, … M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* n° 144 à 154 : l'auteur fait l'énumération des divers devoirs généraux qui peuvent aujourd'hui être le socle d'un comportement fautif. *Adde :* à noter que dans le projet de réforme de la responsabilité civile rendu public le 13 mars 2017, l'article 1242 définit la faute comme « […] la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence et de diligence ».

rendre à chacun ce qui lui appartient »[237]. L'historien Olivier DESCAMPS parle ainsi d'un principe qui « commande tout le droit de la réparation ».[238] Pourtant, bien que la formulation de ce précepte se pare des atours de la généralité, reflétant ainsi l'importance réelle accordée à la réparation en droit romain, sa mise en œuvre reste contenue dans le cadre très rigide du droit romain, marqué par la casuistique. Ainsi, tandis que le contenu de la réparation s'étend, intégrant un nombre croissant de dommages[239], les modalités de cette réparation restent strictement encadrées[240]. Un cadre que l'on retrouvera sous une autre forme au Moyen-Âge, dans les législations barbares[241], et notamment la plus connue, la loi salique. En associant à la sanction pénale le paiement d'une compensation civile, le *jura propria* – ou droit local – installe, dans le royaume franc, l'idée d'une réparation civile, et joue un rôle déterminant dans l'émergence future d'un principe général de responsabilité[242]. Mais les tarifications de ces compensations pécuniaires sont figées par la loi salique[243], et peinent à s'autonomiser de la logique pénale[244]. Ainsi, si l'idée de réparation, qui est au cœur du principe de responsabilité délictuelle, émerge et s'affirme bien avant 1804, elle reste enfermée dans une logique casuistique, empreinte de droit pénal.

52. Le droit canonique et l'élaboration d'une théorie de la restitution. Tandis que la somme d'argent offerte à la victime en compensation de son dommage s'autonomise, non sans difficultés, de la sanction pénale de son auteur, les juristes médiévaux vont

---

[237] J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Seconde édition, 1697, t.I, Chapitre V, Règle IV : « Que dans tous les engagements de personne à personne, soit volontaires ou involontaires, qui peuvent être des matières des loix civiles, on se doit réciproquement ce que demandent les deux préceptes que renferme la seconde loy ; l'un de faire aux autres ce que nous voudrions qu'ils fissent pour nous, et l'autre de ne faire à personne ce que nous ne voudrions pas que d'autres nous fissent. Ce qui comprend la règle de na faire tort à personne, et celle de rendre à chacun ce qui luy appartient ».
[238] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.15.
[239] *Ibid*, p. 126.
[240] *Ibid*, p.130 à 132.
[241] Sur le développement de la réparation en équivalent dans les lois barbares, notamment la loi Wisigoth, v. M.-S. BONDON, *Le principe de réparation intégrale du préjudice. Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile, op. cit*., n° 25 et s.
[242] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, *op. cit.,* p.171.
[243] G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 9 : pour chaque délit est prévue une pénalité particulière, le « *Wergeld* », dont le montant est fixe, et dépend tant de la nature du dommage que de la victime ; J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations, op. cit.,* n° 208 : alors qu'elles étaient au départ librement consenties entre les parties, les compositions pécuniaires sont récupérées, et imposées par la loi ou la coutume, qui prévoient des tarifs fixes de composition.
[244] Il est intéressant de noter que c'est la responsabilité contractuelle qui va s'émanciper la première de la sanction pénale, et ce, comme le remarque Bernadette AUZARY-SCHMALTZ, dès le XIV^{ème} siècle. V. B. AUZARY-SCHMALTZ, « La responsabilité délictuelle dans l'Ancien droit français. Les origines des articles 1382 et suivants du Code civil », *op. cit.* spéc. p.169 et s.

développer une conception morale de la réparation, permettant l'élaboration d'une véritable théorie de la restitution. À ce titre, l'apport de la religion chrétienne, et son influence sur les divers courants de pensée s'avère déterminant. Au VI^{ème} siècle, l'œuvre de JUSTINIEN, inspirée par le christianisme, fait ainsi du dommage et de sa réparation le cœur de l'action en responsabilité[245], enrichissant alors le fameux précepte du *neminem laedere* d'un fondement chrétien[246]. Bien plus tard, sous la plume des canonistes, droit romain et christianisme se mêleront à nouveau au soutien d'une doctrine juridique de la restitution inspirée de la théologie morale[247], elle-même imprégnée de droit romain[248].

L'obligation de restituer se développe ainsi aux XII^{ème} et XIII^{ème} siècle, et prendra une place importante dans la Seconde Scolastique, courant philosophique qui a pour objet, à partir de la redécouverte d'Aristote, de réconcilier l'apport de la philosophie antique avec la théologie chrétienne. Cette obligation de restituer se fonde sur des textes bibliques[249], et sur les thèses développées par certains théologiens, à commencer par saint Thomas d'AQUIN, qui fait découler ce devoir de la nécessité de préserver une forme de justice commutative[250]. Elle procède, chez les théologiens et les canonistes, d'une répugnance à l'égard de ce qui viendrait perturber l'ordre voulu par Dieu, et se traduit par la volonté de mettre en œuvre les moyens d'y remédier[251]. Restituer, c'est restaurer un équilibre divin. Restituer, c'est également parvenir au

[245] Là où prédominait auparavant l'*iniuria.* V. O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.15.
[246] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.* p.14 : l'auteur cite ici le précepte évangélique « Ne fais pas aux autres ce que tu ne voulais pas qu'ils te fissent », que l'on retrouve chez TOBIE, 4, 15 « Ne fais à personne ce que tu n'aimeras pas subir », MATTHIEU 7, 12 « Ainsi tout ce que vous voulez que les hommes fassent pour vous, faites-le vous-même pour eux » et LUC 6, 31 « Ce que vous voulez que les hommes fassent pour vous, faites-le pour eux pareillement ».
[247] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.117 et s. : l'auteur montre l'influence réciproque des canonistes et des théologiens.
[248] O. DESCAMPS, « L'esprit de l'article 1382 du code civil ou de la consécration du principe général de responsabilité pour faute personnelle », *op. cit.,* p.96 : l'auteur synthétise cette influence réciproque, lorsqu'il nous dit que *«* Les canonistes insistent de leur côté sur l'aspect moral de la réparation. Ils reprennent les thèses développées par la théologie morale qui, le plus souvent, empruntent au droit romain des principes qu'ils analysent à l'aune de la morale chrétienne ».
[249] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, *op. cit.,* p.118.
[250] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, *op. cit.,* 120.
[251] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, *op. cit*, p.142.

Salut[252], et s'assurer d'une balance favorable lors du Jugement dernier[253]. Ceci explique d'ailleurs qu'ait été admis, par les canonistes, le principe d'une transmissibilité de l'action en responsabilité aux héritiers, tant de la victime, que de l'auteur du dommage[254], en contradiction avec les thèses développées par une partie des civilistes[255]. L'obligation de réparer le dommage, en transcendant la mort de ceux qu'elle intéresse, se révèle incontournable. Ainsi, malgré la casuistique qui caractérise encore l'indemnisation des dommages, et la confusion qui continue de régner entre cette indemnisation et la sanction pénale, la réparation devient un but à poursuivre par tous moyens, et, bien qu'il ne soit pas encore formulé de principe général autour de cet objectif, cette évolution pose une pierre fondamentale dans l'édification de la future clause générale. Les juristes de l'époque moderne vont alors faire de cette obligation de réparer qui s'est enracinée dans la doctrine, un principe de réparation intégrale.

B. La réparation intégrale, une idée moderne

53. Réparation intégrale et clause générale. La responsabilité civile s'organise, en droit français comme à l'étranger[256], autour d'un objectif constant : l'indemnisation des victimes[257]. Cet objectif, qui se fonde tant sur l'équité, que sur l'idée de justice commutative[258], implique que la victime n'ait pas à supporter les charges du dommage qu'elle subit injustement, et qu'elle soit donc rétablie dans une situation qui correspond

---

[252] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, *op. cit.,* p.120.
[253] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, *op. cit*., p.140.
[254] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, *op. cit*., p.139 à 141 ; B. AUZARY-SCHMALTZ, « La responsabilité délictuelle dans l'Ancien droit français. Les origines des articles 1382 et suivants du Code civil », *op. cit*.
[255] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.142. Le refus de la transmissibilité de l'action se justifie chez une partie des civilistes par la prédominance de l'aspect pénal de l'indemnisation. Pour d'autres, au contraire, c'est l'aspect civil qui doit prendre le dessus.
[256] F. LEDUC, P. PIERRE, *La réparation intégrale en Europe : Études comparatives des droits nationaux,* éd. Larcier, coll. Europes, 2012. Les auteurs montrent que ce principe existe presque à l'identique dans la plupart des autres droits, tant dans son contenu, que dans sa formulation.
[257] V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité,* 4ème éd., LGDJ, n° 2 ; M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* n° 3 et s.
[258] Sur l'impact de ces notions sur l'idée de réparation intégrale, v. C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé,* PUAM, 2002, n° 72 et s. et M.-S. BONDON, *Le principe de réparation intégrale du préjudice*. *Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile*, *op. cit.,* n° 41 et s.

au plus près à un état antérieur au dommage, le *statu quo ante*[259]. Cette mission indemnitaire qui incombe à la responsabilité civile est mise en œuvre par un principe, qui irrigue et façonne les modalités de cette indemnisation : le principe de réparation intégrale[260]. Ce principe, dont la portée est souvent discutée par les auteurs, emporte deux effets majeurs : tout d'abord, tous les chefs de préjudice doivent être pris en compte dans le calcul de l'indemnisation, ensuite chaque préjudice doit être réparé dans son intégralité[261]. Si cette dernière conséquence semble se retrouver dans la plupart des systèmes juridiques[262], ce n'est pas le cas de la première, qui découle directement de la généralité de la clause de responsabilité du droit français. Cette généralité semble empêcher l'établissement d'une hiérarchie entre les divers préjudices subis[263], et impose une « réparation uniforme » des préjudices[264]. Ainsi, si l'objectif de réparation du dommage est bien présent dans tous les systèmes de responsabilité civile, en revanche la réparation intégrale est étroitement associée à la généralité de la clause de

[259] Le retour à une situation identique à celle qui précédait la survenance du dommage reste cependant un idéal, qui, s'il doit guider la mesure de la réparation, ne peut correspondre à une réalité. Comme l'ont justement fait remarquer certains auteurs « Force est pourtant de constater qu'un tel effacement [du dommage] est loin d'être toujours possible : ainsi le droit ne ressuscite-t-il pas les morts ». V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations,* Dalloz, 11ème éd., 2013, n° 898. Cette exigence du rétablissement de la victime est par ailleurs très présente dans les formules utilisées par la Cour de Cassation elle-même pour désigner le principe de réparation intégrale : « le propre de la responsabilité est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu ». V. not. Civ.2ème, 28 oct.1954, Bull. civ., II, n° 328, p.222 ; *JCP* 1955, II, 8765, note R. SAVATIER ; *RTD civ.* 1955, p.324, n° 34, obs. H. et L. MAZEAUD ; Civ.2ème., 25 mai 1960, *Gaz. Pal.*1960, 2, p.161 ; et plus récemment Com., 10 janvier 2012, n° 10-26837.

[260] L'adéquation de ce principe de réparation intégrale avec l'objectif indemnitaire de la responsabilité civile est souvent mise en avant par la doctrine. V. not. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité,* 4ème éd., LGDJ, n° 116 ; M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* n° 596. V. également M.-S.BONDON, *op. cit.*

[261] G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité, op. cit.,* n° 116, spéc. p. 155 ; M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* n° 600 et s. *Contra* C.COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé, op. cit.*, n° 15 et s., pour qui il est absurde de faire découler du principe de réparation intégrale l'obligation de réparer tous les chefs de préjudice, puisque le juge peut tout à fait indemniser aujourd'hui un préjudice qu'il ne jugeait pas réparable hier, sans pour autant constater le non-respect du principe de réparation intégrale jusqu'alors.

[262] F. LEDUC, P. PIERRE, *La réparation intégrale en Europe : Études comparatives des droits nationaux*, éd.Larcier, coll. Europes, 2012.

[263] C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé, op. cit.,* n° 16.

[264] Discours du Tribun TARRIBLE devant la Corps législatif, le 8 février 1804, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET (dir.), 1836, t.XIII, p.478 et s., spéc. p. 488 : « Cette disposition embrasse dans sa vaste latitude tous les genres de dommages, et les assujettit à une réparation uniforme qui a pour mesure la valeur du préjudice souffert ».

responsabilité du droit français[265]. Cela semble devoir perdurer à l'avenir, quand bien même l'uniformité de traitement des dommages semble être remise en cause par les récents projets et proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile[266]. Ces textes prévoient de nombreuses règles propres au dommage corporel[267], des règles qui visent avant tout à sanctuariser la réparation intégrale du dommage corporel, et ce quel que soit le régime de responsabilité en cause, contractuel ou délictuel, sans pour autant écarter le principe de réparation intégrale. Le principe de réparation intégrale est même explicitement consacré[268], une réparation qui vise tous les préjudices certains, actuels et licites[269], la proposition ne reniant pas ici la généralité traditionnelle de la clause de responsabilité[270].

54. Temps forts de l'élaboration de la clause générale. Ce n'est donc pas un hasard si l'affirmation d'un principe de réparation intégrale va de pair avec l'émergence, sous la plume de certains auteurs, de véritables clauses générales de responsabilité. Si les conditions de l'action en responsabilité se sont considérablement élargies au fil du temps, posant les bases d'une responsabilité au domaine plus étendu, voire d'une forme

[265] *Contra* C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé, op. cit.,* n° 16. L'auteur distingue la généralité de la clause, qui emporte réparation de tous les chefs de préjudice sans hiérarchie, du principe de réparation intégrale, qui seul a pour conséquence la réparation de l'intégralité du préjudice. La première proposition ne peut découler de la réparation intégrale, puisque la liste des préjudices réparables évolue au fil du temps. On opposera à cet auteur que bien que cette « liste » soit évolutive, ce qui définit la réparation intégrale, c'est bien de réparer tous les types de préjudices réparables à un instant T, et chacun en intégralité.

[266] Projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017, Ministère de la Justice et proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, enregistrée à la Présidence du Sénat le 29 juillet 2020.

[267] Articles 1233-1 du projet et 1233 de la proposition de loi (exception au principe de non-cumul des responsabilités), article 1240 du projet de réforme (établissement du lien de causalité pour un dommage causé par une personne indéterminée parmi des personnes identifiées agissant de concert ou exerçant une activité similaire), articles 1254 du projet et de la proposition de loi (faute lourde de la victime exigée en cas de dommage corporel), articles 1262 et 1263 du projet de réforme (sur l'évaluation des dommages-intérêts), articles 1267 à 1277 du projet de réforme et articles 1269 à 1280 (corps de règles spécifiques à l'indemnisation du dommage corporel), article 1281 du projet de réforme et article 1284 de la proposition de loi (interdiction des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité en cas de dommage corporel, pour les responsabilités contractuelle et délictuelle).

[268] Article 1258 du projet de réforme : « La réparation a pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit » ; Article 1258 de la proposition de loi : « La réparation du préjudice est intégrale. Elle a pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu, de sorte qu'il n'en résulte pour elle ni perte ni profit ».

[269] Articles 1235 et suivants du projet de réforme et de la proposition de loi.

[270] Article 1241 du projet de réforme : « On est responsable du dommage causé par sa faute » ; Article 1240 de la proposition de loi : « Chacun est responsable du dommage causé par sa faute ». Aucune distinction n'est ici faite selon le type de dommage ou d'intérêt lésé.

embryonnaire de principe général de responsabilité[271], la véritable formulation de cette clause générale doit être attribuée aux tenants de l'École de droit naturel. C'est chez GROTIUS que l'on trouve la forme la plus ancienne de cette clause[272], qui, influencé par la théologie morale et la Seconde Scolastique, place le devoir de restitution au cœur de son principe général de responsabilité[273]. Dans son *De jure belli ac pacis*, il définit le dommage comme le fait, pour la victime, de voir ce qui est « Sien » diminué par l'atteinte, ce « Sien » pouvant résulter d'une convention, de la loi, ou encore de la nature, dont il résulte une liste étendue d'intérêts composant cet ensemble digne de protection : la vie, le corps, la réputation, l'honneur…[274] Chez PUFENDORF, le précepte issu du droit romain *neminem laedere*, ne pas nuire à autrui, est étroitement associé, dans son œuvre *De jure naturae et gentium*, à une obligation de réparer énoncée de manière très générale[275]. La clause générale est donc soutenue par ces deux obligations, elles-mêmes générales : « De là il s'ensuit que si l'on a fait du mal, ou causé du dommage à autrui, de quelque manière que ce soit qui puisse légitimement nous être imputée, il faut le réparer, autant qu'il dépend de nous »[276]. De surcroît, la définition qu'il donne du dommage accentue cette impression, puisqu'il faut l'entendre « dans un sens plus étendu, qui renferme toute sorte de lésion et de préjudice, soit à l'égard de nos biens, soit à l'égard de notre personne, soit à l'égard de notre réputation

[271] V. not. B. AUZARY-SCHMALTZ, « La responsabilité délictuelle dans l'Ancien droit français. Les origines des articles 1382 et suivants du Code civil », *op. cit.,* p.178 et s. : l'auteur montre que la lecture des arrêts rendus par les Parlements de Paris, entre le XIIème et le XIVème siècle, révèle l'existence d'une forme embryonnaire de principe général de responsabilité.

[272] V. not. R. FEENSTRA, « Zum Ursprung des deliktischen Generalklausel in den modernen europäischen Kodifikationen », *op. cit.,* p.585. L'auteur souligne que certains refusent d'attribuer à GROTIUS la paternité de la clause générale, et trouvent des traces de celle-ci dans l'*Usus Modernus Pandectarum* en Allemagne. V. *ibid*, p.588.

[273] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.412 ; R. FEENSTRA, « Zum Ursprung des deliktischen Generalklausel in den modernen europäischen Kodifikationen », *op. cit.,* spéc. p.587. : l'auteur explique l'influence de la doctrine de la restitution sur la définition que Grotius donne du dommage. V.*infra*, n° 59 et s., en ce qui concerne l'héritage de l'École du droit naturel dans le Code civil de 1804.

[274] GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, traduction Jean BARBEYRAC, 1724, Livre II, Chapitre XVII, §2 : « Le dommage […] consiste en ce qu'on ôte à quelqu'un quelque chose de ce qui est Sien, soit qu'il le tienne de la Nature toute seule, soit que cela lui appartienne en conséquence de quelque acte humain, comme en vertu d'une Convention, ou par une suite de l'établissement de la Propriété des Biens, soit enfin que quelque Loi le lui donne. Ce qui appartient naturellement à chacun, c'est la Vie, […], c'est ensuite notre Corps, nos Membres, notre Honneur, notre Réputation et nos Actions propres ».

[275] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, *op. cit.,* p.412.

[276] PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, traduction Jean BARBEYRAC, Livre III, Chapitre I, §2. Le juriste poursuit en précisant les vertus qu'il attribue à cette obligation générale de réparer : punir l'auteur du dommage et prévenir de tels comportement – fonction comminatoire.

et de notre honneur »[277], ce qui inclut, de manière innovante, jusqu'au dommage moral[278].

Si l'influence de ces deux auteurs sur leurs contemporains français fait débat[279], on retrouvera chez DOMAT, comme chez POTHIER, cette association entre principe de réparation intégrale et clause générale de responsabilité, et dans les travaux préparatoires du Code civil, des références assez explicites à cette doctrine de droit naturel, qui fait de l'obligation de réparer l'un des piliers de la clause générale[280]. Ainsi selon TARRIBLE, l'article 1382 ancien, actuel 1240 « embrasse dans sa vaste latitude tous les genres de dommages, et les assujettit à une réparation uniforme, qui a pour mesure la valeur du préjudice souffert »[281]. Les juristes de l'époque moderne font de cette obligation le cœur de la clause générale[282], et une constante, qui figurera dans les divers projets de Code civil élaborés au XIX^{ème} siècle[283]. Le principe de réparation intégrale constitue donc l'une des conditions essentielles à l'émergence d'une clause générale de responsabilité, et l'un des marqueurs forts de l'identité de la clause de responsabilité à la française.

55. Conclusion : clause générale et tradition. La recherche des origines de l'article 1382, aujourd'hui 1240 du Code civil, nous raconte une histoire complexe, faite de ruptures et de continuités, mais révèle l'empreinte indéniable d'une forme de tradition.

---

[277] PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, traduction Jean BARBEYRAC, Livre III, Chapitre I, §3. L'historien Olivier DESCAMPS note par ailleurs que la note du traducteur vient ici insister sur cette généralité, en comparant cette définition donnée par PUFENDORF du dommage, et celle du droit romain. V. O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.*, p. 420.

[278] PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, traduction Jean BARBEYRAC, Livre III, Chapitre I, §VIII.

[279] V.*infra*, n° 64 et s.

[280] V. not. TREILHARD, Discours prononcé devant le Corps législatif le 30 janvier 1804, in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET (dir.), 1836, p. 464 et s., spéc. p.465 : « Les engagements de cette espèce sont fondés sur ces grands principes de morale si profondément gravés dans le cœur de tous les hommes, qu'il faut faire aux autres ce que nous désirerions qu'ils fissent pour nous dans les mêmes circonstances, et que nous sommes tenus de réparer les torts et les dommages que nous avons pu causer ». On retrouve ici les deux éléments fondateurs de la clause générale : le précepte selon lequel il ne faut pas nuire à autrui, et l'obligation de réparer qui découle du dommage.

[281] *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET (dir.), 1836, t. XIII, p. 488.

[282] L. CADIET, « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation », *in Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 495 et s., spéc. p.496 : « la réparation est au centre de la responsabilité que l'article 1382 définit, précisément, comme l'obligation de réparer le dommage causé à autrui ». Pour une appréciation plus nuancée de la place du principe de réparation intégrale au XIX^{ème} siècle, v. M.-S. BONDON, *Le principe de réparation intégrale du préjudice. Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile*, PUAM, 2020, n° 58 et s.

[283] Y compris dans les projets qui ne retiennent pas la faute comme fondement de la responsabilité, notamment ceux rédigés par CAMBACÉRÈS. V. O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.*, p.447 et s.

Ce lien entre la clause de responsabilité dans le Code civil de 1804 et le passé ne doit cependant pas occulter l'originalité dont ont fait preuve les rédacteurs du Code civil lorsqu'ils en ont accouché.

Section 2. La clause générale, une originalité du droit français

56. Originalité en droit comparé. Si la clause générale de responsabilité, telle qu'elle est formulée en 1804, n'opère pas de rupture radicale avec le passé[284], les obstacles à son émergence sont encore nombreux à la veille de la Révolution. Les rédacteurs du Code civil, par leur choix d'une formule audacieuse, à la structure si particulière[285], vont conférer au droit français de la responsabilité civile une originalité incontestable, tant au regard de l'héritage reçu, que des systèmes retenus par d'autres pays. L'isolement de la clause générale de responsabilité au regard du droit comparé est relativement connu : entre le système de *torts* du *Common law,* et les limites posées par la hiérarchie des intérêts protégés du droit allemand, le droit français fait figure d'anomalie. Il suffit d'ailleurs de discuter avec des juristes allemands ou anglais – pour s'en tenir à eux – pour constater l'effroi que suscite chez eux l'idée d'une responsabilité si générale, à leurs yeux sans limites. L'histoire offre cependant un éclairage différent

[284] V. not. B. AUZARY-SCHMALTZ, « La responsabilité délictuelle dans l'Ancien droit français. Les origines des articles 1382 et suivants du Code civil », *Revue historique de droit français et étranger,* t.77, 1999, p. 163.

[285] Certains auteurs font valoir la qualité littéraire de cet article 1382, et le caractère particulièrement évocateur des figures de style qu'il contient, qui ne trouveraient pas d'égal pour délivrer le message contenu dans cette disposition. V. Ph. SÉGUR, *Revue Droit et littérature,* n° 1, p.109, spéc. p.122 : « […] une allitération en K dans le premier vers qui évoque le martèlement d'un fait préjudiciable, mais aussi la rigueur mécanique de l'application de la règle ; une absence de césure au deuxième vers qui permet une accélération vers le résultat, un glissement imparable de la cause à la conséquence, une course rapide vers le relâchement de la tension provoquée par le fait préjudiciable ; une assonance par répétition de la voyelle (é) dans les derniers mots, procédé qui souligne la réparation et évoque l'apaisement que procure la solution juridique à la crise introduite par le fait quelconque de l'homme ».

sur ces divergences remarquables, puisque c'est à partir d'un héritage en partie commun que ce sont constitués ces divers systèmes de responsabilité[286].

57. Originalité au regard de l'héritage juridique. L'originalité de cette clause générale dans le paysage juridique français du début du XIX^{ème} est moins souvent soulignée. Présenté comme une forme de synthèse des diverses traditions juridiques et philosophiques ayant traversé le territoire, le Code civil de 1804 apparaît comme le réceptacle de l'histoire juridique de notre pays. Pour apercevoir la nouveauté que constitue, dans sa structure, l'article 1240, il nous faut dépasser « l'illusion » d'une immuabilité du droit des obligations, et lever ce que l'historien Jean-Louis GAZZANIGA nomme le « masque des vérités éternelles », parmi lesquelles le principe selon lequel il ne faut pas nuire à autrui, ou le respect des promesses faites[287]. Si la clause générale est une originalité du droit français au regard du droit comparé (§2), c'est d'abord parce qu'elle est une originalité du Code civil au regard de la tradition qui le précède (§1).

§1. Une originalité au regard de la tradition juridique

58. Paternité de la clause générale. Le principe qui se dégage de l'ancien article 1382 ne surgit pas *ex nihilo* de l'esprit des rédacteurs du Code civil, et contient une

---

[286] Le lien entre méthode historique et méthode comparatiste a toujours été extrêmement fort, puisque l'étude des racines historiques de notre droit implique une appréciation de la réception de ces mêmes sources dans les autres droits européens, à commencer par la source commune évidente, le droit romain. En témoigne d'ailleurs toute une première génération de brillants juristes civilistes français à la fin du XIX^{ème} siècle, qui étaient tous historiens de formation, et par cette ouverture d'esprit, ont naturellement ouvert la voie au droit comparé, parmi d'autres disciplines telles que la sociologie et la philosophie. On compte notamment parmi eux ESMEIN, CAPITANT, ou encore SALEILLES et LAMBERT. Pour une description de cette nouvelle génération de juristes, v. J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations,* PUF, 1992, §49. En Allemagne, c'est Friedrich Carl VON SAVIGNY qui, en fondant l'École historique du droit, fera de la connaissance du droit romain un élément fondateur de l'étude comparée des systèmes de droit. Cette tradition mêlant recherche historique et droit comparé perdure aujourd'hui, tant en France qu'à l'étranger. V. not. l'ouvrage célèbre de Reinhard ZIMMERMANN, romaniste et comparatiste allemand, *The Law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, op. cit.,* qui mêle histoire du droit et droit comparé.

[287] V. J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations, op. cit.*, n° 69 et s. L'historien insiste sur la tension qui existe entre une immuabilité apparente du droit des obligations, et sa permanente évolution, parfois dénoncée par les auteurs sous la forme de « crise », de « déclin », voire de « renouveau ». Il constate que si l'immuabilité existe dans les textes, elle n'a aucune réalité dans la vie réelle du droit. En revanche, pointer les permanences permet bien de mettre à jour la forme prise par cette évolution du droit des obligations, qui loin d'être linéaire, prend la forme d'une « ligne brisée ».

part non négligeable de tradition. En particulier, on retrouve dans la doctrine de l'École du droit naturel des formules quasi identiques à celle figurant dans le Code civil, en particulier chez GROTIUS, et plus tard chez PUFENDORF. Reste alors à déterminer quelle influence ont pu avoir ceux-ci sur la pensée des rédacteurs du Code civil et quelle est la part d'originalité dans l'œuvre produite par ces derniers. Les rédacteurs du Code civil, bien qu'ayant directement reçu en héritage la pensée de leurs prédécesseurs, notamment par l'intermédiaire des écrits de DOMAT et POTHIER, ont été eux-mêmes imprégnés par d'autres courants de pensée qui leur sont contemporains. Ce syncrétisme a abouti à la formation d'une pensée originale, soutenue par une volonté particulière des rédacteurs du Code civil de faire du droit français de la responsabilité un droit tout à la fois reflet de son époque, et modèle universel. Ainsi, la remise en question de l'héritage de l'École de droit naturel dans la genèse de la clause générale (A) permet de mettre au jour la volonté originale des rédacteurs du Code civil (B).

A. L'héritage discuté de l'École de droit naturel

59. Une transmission discutée du droit naturel. La filiation qui existerait entre la clause générale de responsabilité et le droit naturel se présente sous la forme d'une chaîne de transmission qui commencerait par la formulation primaire de la clause générale chez GROTIUS, dont les écrits trouveraient un écho direct chez DOMAT, puis POTHIER, pour enfin nourrir la plume des rédacteurs du Code civil qui se réclament expressément de l'influence des deux derniers. La clause générale de responsabilité serait donc un héritage du droit naturel, reçu par l'intermédiaire de DOMAT et POTHIER. Chaque étape de cette transmission se trouve pourtant questionnée : si la primauté de la clause générale chez GROTIUS peut être discutée (1), c'est aussi l'influence du jusnaturalisme sur les écrits de DOMAT et POTHIER (2), et plus directement sur la rédaction du Code civil qui est à relativiser (3).

1. Une primauté discutée de la clause générale chez Grotius

60. Primauté de la clause générale chez GROTIUS. On trouve chez GROTIUS, parmi les premiers paragraphes du Discours préliminaire de son *De jure belli ac pacis*, et posée en axiome premier, l'idée selon laquelle on doit réparer le dommage causé par sa faute, et que la violation de cette règle doit entraîner une punition de celui qui en est l'auteur[288]. Par ailleurs, le chapitre XVII du tome II, intitulé « Du dommage causé injustement et de l'obligation qui en résulte », pose les bases de la mise en œuvre de ce principe général, et on y trouve tous les éléments nécessaires à la mise en place d'une clause générale[289] : un fait générateur et un dommage définis très largement[290], et une causalité qui ne prend pas seulement en compte les causes les plus proches du dommage, mais également celles qui en sont plus éloignées[291]. À partir de ces textes s'est formé chez les historiens du droit privé un consensus autour du caractère précurseur des écrits de GROTIUS dans la formulation du principe général de responsabilité[292]. Michel VILLEY a ainsi montré en quoi la pensée de GROTIUS, construite comme un système axiomatique, au sommet duquel trônent trois maximes morales au caractère général, desquelles on pourrait déduire tout le droit[293], marque un

[288] V. GROTIUS, *De jure belli ac pacis, op. cit.,* Discours préliminaire, §VIII.
[289] Selon Michel VILLEY, les prémisses du principe général figurant dans le *De jure belli ac pacis* se trouvent déjà dans l'un des chapitres de son *De Jure Praedae*, chapitre publié en 1609 sous l'intitulé *Mare liberum*. V. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne,* PUF, coll. Quadriges, 2009, p.139. L'historien Olivier DESCAMPS montre également la présence embryonnaire de ce principe dans l'*Inleidinge*, à savoir la fameuse introduction au droit hollandais. V. O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.396 et s.
[290] Le fait générateur est constitué par toute faute, consistant en une action, comme une omission, résultant de la violation d'obligations auxquelles on est tenus « en tant qu'Homme », tandis que le dommage est défini comme une perte de ce qui nous appartenait, entendu au sens large, et comprend toutes les suites qui découlent de l'action dommageable. V. GROTIUS, *De jure belli ac pacis, op. cit.,* livre II, chapitre XVII, § I.2 pour la faute et § II et XII pour le dommage.
[291] La question de la causalité est en réalité traitée sous l'angle de l'imputabilité du dommage chez GROTIUS, qui pose la question de la responsabilité de ceux qui n'ont pas nécessairement commis directement le dommage, mais qui ont commandé, aidé à la réalisation de celui-ci, ou encore n'ont pas suffisamment dissuadé l'auteur du fait dommageable d'agir. V. GROTIUS, *De jure belli ac pacis, op. cit.,* livre II, chapitre XVII, § VI à XII.
[292] J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations, op. cit*., n° 212.
[293] M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit*., spéc. p. 547 : trois maximes prises à Cicéron : « Qu'il faut s'abstenir religieusement du bien d'autrui, et restituer le profit qu'on peut en avoir entre les mains, ou le profit qu'on en a tiré ; Que l'on est obligé de tenir sa parole ; Que l'on doit réparer le dommage commis par sa faute ». Comme le souligne l'auteur, « là est la source lointaine des trois articles dont on a dit qu'ils constituaient les colonnes de notre Code civil – les articles 544 sur le droit de propriété, 1134 sur le contrat et 1382 ».

tournant[294]. Car si les éléments d'une clause générale étaient déjà en germe chez ses prédécesseurs, mais également dans certaines coutumes applicables sur le territoire à la même époque[295], GROTIUS lui donne sa consistance en y associant pour la première fois un droit subjectif à réparation[296].

L'introduction d'un tel raisonnement en termes de droits subjectifs constitue un bouleversement[297] dans la manière de penser le droit dont atteste également Robert FEENSTRA, célèbre historien hollandais[298], et spécialiste, entre autres, de l'histoire de la responsabilité en Europe. Il s'efforcera, dans de nombreux articles écrits d'abord en français, puis en allemand, en néerlandais et enfin en anglais[299], de démontrer le caractère disruptif des écrits de GROTIUS, dont le rôle n'aura pas été seulement d'effectuer une « transmission de l'héritage commun européen » et évoque notamment, outre l'effort de synthèse inédit d'une véritable théorie de la responsabilité civile, les innovations apportées par lui en matière d'homicide et de lésion corporelle qui

---

[294] M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, *op. cit.,* spéc. p. 546-550.
[295] B. AUZARY-SCHMALTZ, « Liability in Tort in France before the Code Civil », in *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts,* Eltjo J.H. Schrage (dir.), Berlin, Dunckler & Humblot, 2001, p. 309 et s., spéc. p. 331 : l'auteur cite plusieurs exemples, dont une glose sur la coutume de Châtillon en Dombes, caractéristique des formules que l'on retrouve dans les coutumes du Sud, mais aussi un extrait de la *Somme rural* de Jean Boutillier de 1621, ouvrage qui synthétise les coutumes du Nord de la France, et dans lequel il est dit : « Pource que selon droict nul ne peut estre dommagé ne injurié par quelque voye que ce soit, qu'il n'en soit récompensé », ou encore « nul ne peut ne doit faire dommage a aucun […] sans amende et sans rendre ». V. J. BOUTILLIER, *La Somme rural ou le Grand Coustumier de practique civil et canon*, ed. Loys de Charondas le Caron, Lyons, 1621, tit. XXXVII. Bien que ces coutumes et leur glose étaient totalement imprégnées de la démarche casuistique du droit romain, les éléments d'une future clause générale étaient déjà en germe.
[296] M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne, op. cit.,* spéc. p. 555. Ainsi, dans ce système, on peut faire découler de la règle morale selon laquelle on doit réparer le dommage causé par sa faute, un droit subjectif à réparation.
[297] R. FEENSTRA, « Grotius et le droit européen », *op. cit.,* spéc. p.454 : l'auteur fait notamment référence au bouleversement dans la manière de penser le Droit que constitue l'introduction d'un raisonnement en termes de droits subjectifs. En cela, il rejoint Michel VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne, op. cit. Adde* R. FEENSTRA, « Théories sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius », *op. cit.* : l'auteur fait de cette rupture avec le droit romain un élément attestant de l'originalité et du caractère novateur de la pensée de GROTIUS.
[298] Professeur à l'Université de Leyde, il est mort en mars 2013 en laissant derrière lui une œuvre considérable, tant par les thèmes et périodes historiques abordés, que par son rayonnement international, une grande partie de ces articles ayant été rédigé en diverses langues, et notamment en français, dont certains nous auront été utiles dans cette réflexion.
[299] V. not. R. FEENSTRA, « Théories sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius », in *Études d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot,* 1959, p.157 et s. ; « Grotius et le droit privé européen », in *Académie de droit international européen de la Haye, Recueil des cours,* Londres, 1984, t.182, p.453 et s. ; « Zum Ursprung der deliktische Generalklauseln in den modernen europäischen Kodifikationen », *Zeitschrift für Europäisches Privarecht (ZEUP),* 9.2001, p.585 et s. ; « Grotius' Doctrine of Liability for Negligence » in *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts,* Eltjo J.H. Schrage (dir.), Berlin, Dunckler & Humblot, 2001, p. 129 et s.

marquent la distance prise par l'auteur avec le droit romain[300]. L'historien relativise, par la même occasion, le rôle joué par d'autres courants de pensée, ou d'autres auteurs, dans la production de clauses générales de responsabilité au XIX[ème] siècle[301], tout en relevant l'influence de certaines de ces œuvres sur celle de GROTIUS[302], certaines dont l'auteur du *De jure belli ac pacis* se revendique explicitement[303]. C'est en pleine connaissance de ces éléments qu'il confère la paternité de la clause générale de responsabilité au juriste hollandais, et n'hésite pas à contredire la thèse portée par d'autres historiens[304].

61. Discussions autour de la primauté de la clause générale chez GROTIUS. En effet, le consensus autour de la paternité de la clause générale de responsabilité s'est progressivement fissuré, certains auteurs ayant eu à cœur de démontrer l'absence d'originalité réelle des écrits de GROTIUS. Pour certains, l'approche de GROTIUS reste trop imprégnée du particularisme du droit romain, et les formules générales que l'on trouve, notamment dans l'*Inleiding*[305] – introduction à la jurisprudence

[300] R. FEENSTRA, « Théories sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius », *op. cit.*, spéc. p.158 ; « Zum Ursprung der deliktischen Generalklauseln in den modernen europäischen Kodifikationen », *op. cit.,* spéc. p.588.

[301] L'auteur relativise notamment l'apport de VINNIUS, et de son commentaire des *Institutes*, qui connut pourtant un certain succès en France, relevant, plutôt que son originalité, l'influence directe, et revendiquée par VINNIUS lui-même, de l'*Inleidinge* de GROTIUS. V. R. FEENSTRA, « Grotius et le droit européen », *op. cit.,* spéc. p. 461 et 462. *Contra* André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français,* coll. Bibliothèque de philosophie du droit, t.IX, Paris, LGDJ, 1969. *Adde* O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.421-422 : l'historien montre que si VINNIUS s'est en effet inspiré des écrits de GROTIUS, et qu'on ne retrouve pas chez lui la formulation d'une véritable clause générale, il a néanmoins contribué à la diffusion de la pensée de GROTIUS, et surtout de l'effort de systématisation amorcé par lui, chez des juristes tels que POTHIER.

[302] Il insiste plus généralement sur la nécessité d'examiner le contenu de toutes les références faites par un auteur avant de lui attribuer une pensée originale. V. R. FEENSTRA, « Grotius et le droit européen », *op. cit.,* spéc. p.459.

[303] Parmi lesquelles le traité de LESSIUS (LESSIUS, *De iustitia et jure*, 1605), et plus généralement les auteurs de l'École espagnole de la seconde scolastique. V. R. FEENSTRA, « Théories sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius », *op. cit.*, spéc. p. 159. *Adde* R. FEENSTRA, « Grotius et le droit européen », *op. cit.,* spéc. p.460 : l'auteur insiste sur l'influence prédominante du traité *De iustitia et jure* de Dominique SOTO cette fois. Bien qu'il ne soit pas cité explicitement par GROTIUS, cet ouvrage appartenait à sa bibliothèque, et fut l'un des rares qu'il put consulter lors de son incarcération dans le château de Loevestein entre 1619 et 1621, période pendant laquelle il rédige son *Inleidinge*. Sur l'histoire de GROTIUS, v. R. FEENSTRA, « Grotius et le droit européen », *op. cit.,* spéc. p.457. Pour une étude approfondie des influences de l'École espagnole sur l'œuvre de GROTIUS, v. H. THIEME, « Natürliches Privatrecht une Spätscholastik », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung,* 1953, p.230 et s.

[304] R. FEENSTRA, « Zum Ursprung der deliktische Generalklauseln in den modernen europäischen Kodifikationen », *op. cit.,* spéc. p.586.

[305] *Inleiding tot de Hollandsche Rechts-Geleertheid,* The Hague, Wed. H.J. van WOU, 1631.

hollandaise[306] – ne seraient que des dispositions introductives aux délits spéciaux[307]. Pour d'autres, ce n'est pas l'existence d'une telle clause générale dans l'œuvre GROTIUS qui doit être discutée, mais plutôt sa primauté. Selon l'historien allemand Thomas KIEFER, on trouve dans l'*Usus modernus Pandectarum*, c'est-à-dire l'usage fait par les pandectistes allemands du *Digeste* pour régir des situations modernes que le texte romain n'avait pas prévues, usage qui a perduré jusqu'au XX[ème] siècle[308], l'expression d'une clause générale déjà aboutie, et ce bien avant les écrits de GROTIUS[309]. Certains historiens français veilleront eux plutôt à relativiser l'apport de ce dernier dans la formation de l'article 1382 du Code civil, en soulignant que non seulement la pensée de GROTIUS était trop imprégnée de ses prédécesseurs pour être véritablement originale, mais également qu'elle n'était pas assez aboutie pour marquer les rédacteurs du Code civil[310].

2. L'influence du jusnaturalisme dans les écrits de Domat et Pothier

62. Réception matérielle des théories jusnaturalistes chez Domat et Pothier. Le rôle central de l'œuvre de GROTIUS, et plus généralement de l'École du droit naturel, dans la codification de 1804, et particulièrement la rédaction de l'article 1382, ne fait pas l'unanimité chez les historiens. On sait que les rédacteurs du Code civil se sont abondamment nourri des ouvrages de DOMAT et POTHIER, dans lesquels on trouve

[306] Sur l'importance de cet ouvrage dans l'œuvre de GROTIUS, v. D. GAURIER, « Grotius et la mer », *Neptunus*, 2024, 30 (1), p.9 et s.
[307] V. not. E. DESCHEEMAEKER, *RIDC,* vol. 56, n° 1, 2004, p. 261 et s. L'auteur formule ses observations à propos de l'ouvrage dirigé par Eltjo J.H. Schrage, *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts,* Eltjo J.H. Schrage (dir.), Berlin, Dunckler & Humblot, 2001, et y livre une critique de l'article de Robert FEENSTRA dans cet ouvrage.
[308] Ce courant, qui fit son apparition dès le XVI[ème] siècle en Allemagne, a pris une importance considérable au XVIII[ème] siècle, sous l'impulsion notable de Friedrich Carl VON SAVIGNY, fondateur de l'École historique du droit. L'un de ses représentants les plus connus fût par la suite, au XIX[ème] siècle, Bernhard WINDSCHEID. Le droit romain, largement réinterprété, et modifié par le travail de systématisation et d'abstraction effectué par les membres de ce courant, est ainsi resté applicable jusqu'au début du XX[ème] siècle en Allemagne.
[309] T. KIEFER, « Die Aquilische Haftung im « Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794 », 1989.
[310] J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations, op. cit.,* n° 212. *Adde* B. AUZARY-SCHMALTZ, « La responsabilité délictuelle dans l'Ancien Droit français. Les origines des articles 1382 et suivants du Code civil », *op. cit. :* l'auteur montre qu'au Moyen-Âge, dans la pratique, une forme de clause générale semble émerger, notamment dans le coutume méridionale, clause générale qui se trouve entérinée dans les arrêts rendus par le Parlement de Paris.

tous les éléments d'une clause générale de responsabilité[311]. La question s'est ainsi posée, pour de nombreux historiens, en ces termes : DOMAT et POTHIER avaient-ils lu, et s'étaient-ils inspiré des écrits de leurs prédécesseurs et contemporains hollandais et allemands ? Il est certain que les ouvrages de GROTIUS, comme ceux de PUFENDORF, ont fait l'objet d'une diffusion sur le territoire français au sens matériel du terme, puisqu'ils ont chacun été traduits en français par Jean BARBEYRAC au XVIII[ème] siècle[312]. On sait par ailleurs que GROTIUS a résidé en France de 1621 à 1631, et y a fait publier son *De Jure Belli ac Pacis* en 1625[313]. Ainsi, des juristes tels que DOMAT et POTHIER ont très certainement eu entre les mains cet ouvrage fondateur[314], mais au contraire de ce qui s'est passé en Allemagne, qui en a fait un ouvrage officiel, lu et analysé dans toutes les Universités du pays[315], son influence directe sur la doctrine française reste discutée.

63. Réception intellectuelle des théories jusnaturalistes chez Domat et Pothier. Selon Michel VILLEY, les ouvrages de DOMAT et POTHIER s'inscrivent dans une démarche identique à celle du *De Jure Belli ac Pacis*, une démarche de rationalisation et de construction axiomatique, qui prend appui sur la morale. Lorsqu'ils présentent, chacun respectivement dans *Les loix civiles dans leur ordre naturel* et dans le *Traité des obligations*, le principe selon lequel il ne faut causer de tort à personne et l'obligation de réparer qui en découle, les références au droit naturel sont d'ailleurs

[311] J. DOMAT, *op. cit.,* t.II, titre VIII, Section IV et I, 3, 5 : « C'est une suite naturelle de toutes les espèces d'engagements particuliers, et de l'engagement général de ne faire tort à personne, que ceux qui causent quelque dommage, soit pour avoir contrevenu à quelque engagement, ou y avoir manqué sont obligez de réparer le tort qu'ils ont fait » ; R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, éd. Dupin, 1827, I, 1, 2, § 2. V. J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. Précis, 2[ème] éd., 2010, p.948, n° 638.
[312] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.417 et s. : l'auteur rappelle que l'ouvrage de PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, a été traduit en premier, dès 1706, alors que la première traduction du *De Jure Belli ac Pacis* de GROTIUS date de 1724.
[313] R. FEENSTRA, « Grotius et le droit européen », *op. cit.,* p.457.
[314] R. FEENSTRA, « Grotius et le droit européen », *op. cit.,* p.463.
[315] La pensée de GROTIUS a ainsi imprégné toute une génération de juristes se revendiquant de la succession intellectuelle du juriste hollandais, et permis le développement, en Allemagne, d'une véritable École du droit naturel, dont les représentants les plus connus sont PUFENDORF, mais également THOMASIUS. Il inspire également la pensée de nombreux philosophes, qui poursuivront l'effort de rationalisation et contribueront à développer la théorie des droits subjectifs : LEIBNIZ, SPINOZA, WOLFF, …V. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne, op. cit.,* p. 557. *Adde* R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, op. cit.*, p. 1031.

explicites[316], et les formules semblables dans leur contenu[317]. Mais la place qu'occupe la clause générale au sein du système mis en place par chacun diffère nettement. Pour GROTIUS, le principe selon lequel chacun doit réparer le dommage qu'il commet de son fait constitue un principe premier, dont découlent les autres règles, un principe tiré de la raison, et qui fonde, avec d'autres, toute Société[318]. DOMAT évoque pour la première fois ce principe, considéré comme la source directe de l'article 1240 du Code civil[319], en ouverture de la dernière section d'un titre consacré aux dommages causés par des fautes qui ne constituent ni un crime, ni un délit[320], chaque section de ce titre étant consacrée à un type de dommage particulier, causé par un fait générateur propre. Le principe général de responsabilité se trouve ainsi coincé au milieu de cette énumération d'atteintes. Ainsi chez DOMAT, la clause générale n'est « […] pas un point de départ, mais plutôt une transition »[321] entre la liste de dommages qui la précède, et celle qu'elle annonce, qui regroupe tous les cas non traités par la

[316] J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel, op. cit.,* Préface : « On a commencé par la vue des principes naturels et immuables de l'équité comme sont, par exemple, ces vérités générales ; qu'il ne faut faire tort à personne ; qu'il faut rendre à chacun ce qui lui appartient ; qu'il faut être sincère dans les conventions et fidèle en toute sorte d'engagement » ; R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, éd. Dupin, 1827, I,I, II, 3, n° 123 : « La loi naturelle est la cause au moins médiate de toutes les obligations : car si les contrats, délits et quasi-délits produisent des obligations, c'est primitivement parce que la loi naturelle ordonne que chacun tienne ce qu'il a promis, et qu'il répare le tort qu'il a commis par sa faute ». Michel VILLEY rappelle d'ailleurs que POTHIER cite à plusieurs reprises GROTIUS, PUFENDORF et BARBEYRAC. V. M. VILLEY, *op. cit*., p. 558. *Adde* R. FEENSTRA, « Zum Ursprung der deliktischen Generalklauseln in den modernen europäischen Kodifikationen », *op. cit.* : l'auteur met en garde contre toute conclusion trop rapide, rappelant que GROTIUS n'est jamais explicitement cité comme source de ces principes. Il faut néanmoins relativiser l'importance des théories rationalistes chez ces auteurs, notamment chez DOMAT, dont les écrits sont également empreints de la tradition janséniste, hostile par nature à toute morale rationnelle. O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p. 423 et p.436. V. cependant B. AUZARY-SCHMALTZ, « La responsabilité délictuelle dans l'Ancien Droit français. Les origines des articles 1382 et suivants du Code civil », *op. cit.*, qui considère que la synthèse effectuée entre ces deux traditions, janséniste et jusnaturaliste, ne remet pas en cause l'impact qu'a pu avoir la seconde chez DOMAT. L'auteur inscrit également POTHIER dans cette filiation jusnaturaliste, en prenant appui sur son rejet du système romain.

[317] On retrouve en effet chez DOMAT tous les éléments d'une clause générale de responsabilité tels qu'ils étaient déjà présentés par GROTIUS : le fait quelconque, imprudence, légèreté ou ignorance, l'inclusion de tout dommage et toute perte, et l'obligation de réparer qui en découle. V. J. DOMAT, *op. cit.,* t.II, titre VIII, Section IV. Comp. GROTIUS, *De jure belli ac pacis, op. cit.,* Discours préliminaire, §VIII.

[318] V. H. GROTIUS, *De Jure Belli ac Pacis*, t.I, trad. J.BARBEYRAC, Discours préliminaire, §VIII : « […] ce soin de maintenir la Société d'une manière conforme aux lumières de l'Entendement Humain est la source du Droit proprement ainsi nommé et qui le réduit en général à ceci : […] que l'on doit réparer le dommage qu'on a causé par sa faute ».

[319] J.-Ph. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil,* Dalloz, 2ème éd., 2010, n° 638, spéc. p.948.

[320] J. DOMAT, *op. cit.,* t.II, titre VIII, Section IV.

[321] O. DESCAMPS, « L'esprit de l'article 1382 du Code civil ou de la consécration du principe général de responsabilité pour faute personnelle », *op. cit.,* p. 99.

première[322]. Cette démarche, qui reste inspirée de la casuistique romaine, est en décalage avec celle adoptée par le juriste hollandais, qui lui rompt avec le système de droit romain[323]. Le principe de responsabilité chez DOMAT n'est donc pas un calque de celui formulé par GROTIUS. Quant à POTHIER, si les racines de sa pensée sont plus délicates à analyser, l'auteur ne citant pas explicitement ses sources, on constate cependant qu'il ne reproduit pas à l'identique le contenu de la formule élaborée par GROTIUS[324].

3. L'influence du jusnaturalisme dans la rédaction du Code civil

64. Réception des théories jusnaturalistes chez les rédacteurs du Code civil. Si DOMAT est souvent présenté comme le « grand-père » du Code civil[325], POTHIER en serait, avec d'autres, le père. Et si l'on peut attribuer au premier le mérite d'avoir formulé, de manière inédite en droit français, la clause générale de responsabilité, le second a contribué à la dégager de la casuistique dans laquelle elle était enfermée, afin

[322] O. DESCAMPS, « L'esprit de l'article 1382 du Code civil ou de la consécration du principe général de responsabilité pour faute personnelle », *op. cit.,* p. 99 : l'auteur explique cette construction surprenante par l'influence du droit romain sur la pensée de DOMAT, qui reste ainsi marqué pas sa casuistique. *Adde* J. GAUDEMET, « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVIème-XVIIIème) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo congresso internazionale della società italiana di storia del diritto,* Firenze, 1977, p.171.

[323] Sur ce point, v. R. FEENSTRA, « Grotius' Doctrine of Liability for Negligence » in *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts,* Eltjo J.H. Schrage (dir.), Berlin, Dunckler & Humblot, 2001, p. 129 et s. , spéc. p. 168. L'auteur réfute la thèse avancée par Jean-Louis GAZZANIGA, selon laquelle GROTIUS serait resté très attaché au droit romain, et DOMAT aurait permis au contraire d'aller plus loin dans la mise à distance de la casuistique romaine.

[324] O. DESCAMPS*, Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.428 et 436 : l'auteur estime que les assertions de Michel VILLEY ne sont pas assez justifiées, et que notamment, POTHIER ne citant pas ses sources, il est délicat de retracer l'origine de sa pensée. Il relève, par ailleurs, un certain nombre de différences non négligeables entre les formules employées par GROTIUS et POTHIER. *Adde* « Grotius' Doctrine of Liability for Negligence », *op. cit.*, spéc. p. 169 : l'influence directe de GROTIUS est plus probable chez POTHIER que chez DOMAT, pour qui il ne relève aucune preuve d'une quelconque influence directe.

[325] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.*, p.422.

de l'insérer au sein d'un système proche de celui du Code civil[326]. Est-il alors possible d'établir, comme le font certains auteurs, une filiation indirecte entre GROTIUS et l'article 1240, par l'intermédiaire de POTHIER[327], et plus loin, peut-on affirmer que les rédacteurs du Code civil, pourtant pétris de positivisme[328], se sont directement nourris des théories de droit naturel ? Si rien ne prouve qu'ils aient eu entre les mains, et encore moins lu, le *De Jure Belli ac Pacis*, on trouve dans les Travaux préparatoires du Code civil de nombreuses références à la loi naturelle, invoquée par les orateurs comme fondement de l'obligation née sans convention. Ainsi, TREILHARD fait des devoirs de ne pas nuire à autrui et de réparer le dommage causé des « principes de morale [si] profondément gravés dans le cœur de tous les hommes […] », tandis que DE GREUILLE en trouve la source dans « l'équité naturelle », et que TARRIBLE évoque une obligation de réparer le dommage causé imposée par le « droit naturel ». Si elle n'est pas hégémonique[329], l'influence de l'École du droit naturel dans l'élaboration de la clause générale de responsabilité en 1804 n'en est pas moins présente[330].

---

[326] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.434 à 437. *Adde ibid*, p.430 à 431 et p.437 à 439 : l'auteur rappelle que la transmission de la pensée de DOMAT à POTHIER se fait par le biais de l'œuvre de d'Aguesseau, puis que la synthèse entre ces deux auteurs fondamentaux sera effectuée par GARAT au *Répertoire Guyot.* On perçoit ainsi l'importance d'une construction doctrinale progressive, dans laquelle chaque apport compte. *Adde* O. DESCAMPS, « La responsabilité dans le Code civil », *op. cit.,* spéc. p.299 : l'auteur nuance l'influence directe de POTHIER sur la rédaction de l'article 1382 du Code civil, notant l'absence d'une véritable clause générale dans ses écrits, et vante cependant l'influence d'un auteur oublié, Michel PRÉVOST de LA JANNÈS.

[327] V. R. FEENSTRA, « Zum Ursprung der deliktischen Generalklauseln in den modernen europäischen Kodifikationen », *op. cit.,* p.593.

[328] Michel VILLEY considère que l'influence de la pensée de GROTIUS sur la doctrine juridique française, qui œuvre pour la mise en place d'un droit commun applicable à l'ensemble du territoire français, est restée méconnue des historiens, aveuglés par le courant philosophique du positivisme volontariste. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne, op. cit.,* p. 558. L'auteur pointe du doigt l'incapacité des historiens à mettre en lumière l'importance du rôle de la doctrine française dans la production du Droit, qui ne découle pas seulement de la « puissance brute de l'État ». Pour lui, ces auteurs sont dans le déni de cette influence jusnaturaliste : « Ceux mêmes qui se moquent des théories de l'École du droit naturel, et croient pouvoir les négliger, sont nourris de leurs conséquences ». *Adde* A.-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français, op. cit.* ; X. MARTIN, « Sur l'archétype humain du Code civil naissant », *Histoire de la justice,* vol.19, 2009, p.203 et s., spéc. p.204 : l'auteur rapporte les propos de PORTALIS lors de l'adoption du Code civil, qui place la loi civile comme « arbitre suprême », révélant ainsi un positivisme assumé.

[329] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p. 463 : l'auteur rappelle que les membres de la Commission de Thermidor an VIII, composée de PORTALIS, TRONCHET, MALLEVILLE et BIGOT DE PRÉAMENEU, ont tous en commun d'être imprégnés de la tradition janséniste.

[330] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.463. Les rédacteurs du Code civil s'inscrivent ainsi dans le « sillage des thèses jusnaturalistes ».

65. Le droit naturel et l'esprit de l'article 1382. Au-delà des références explicites à la loi naturelle dans les réflexions autour du contenu de la clause générale, l'esprit du droit naturel irrigue la démarche même des rédacteurs du Code civil de 1804, qui, dans leur effort d'unification du droit sur le territoire français, ont eu pour ambition d'élaborer des règles valables « pour tous les pays et toutes les époques »[331], des principes immuables, tirés de l'équité. Mais cette volonté affichée de réaliser, dans le droit positif, et dans l'article 1382 en particulier, le dessein universaliste du droit naturel[332], se heurtera à une réalité territoriale et politique propre à chaque grande codification européenne. Bien loin d'un universalisme revendiqué, le Code civil français, comme ceux des autres pays, constituera plutôt l'expression d'un repli nationaliste[333]. PORTALIS lui-même, malgré les nombreuses références faites au droit naturel dans son *Discours préliminaire*, rejette l'idée selon laquelle la Raison humaine serait au fondement du droit, pour considérer qu'elle n'en permet que la connaissance, par une démarche empirique[334]. Le jurisconsulte adhère ainsi à une vision pragmatique de la législation, inspirée de MONTESQUIEU et de son *Esprit des lois*, qui ne doit pas découler de ce qu'il nomme un « faux esprit philosophique », celui véhiculé par l'esprit révolutionnaire, mais au contraire de l'étude des comportements humains dans une

[331] G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit*., n° 14.
[332] G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 14 : l'auteur identifie, dans les travaux préparatoires du Code civil, de nombreuses références au caractère éternel, immuable, et universel de l'article 1382 ; R.DAVID, C.JAUFFRET-SPINOSI, M.GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporain,* Dalloz, coll.Précis, 12ème éd., 2016, n° 35, spéc. p. 36 : les auteurs rappellent que cette conception d'un droit universel, « commun à tous les temps et à tous les peuples », caractérise le droit naturel, et propose ainsi un changement radical de méthode.
[333] R. FEENSTRA, « Grotius et le droit européen », *op. cit.,* p.454 et 455. L'auteur note que, malgré la volonté de leurs auteurs, les grandes codifications européennes de la fin du XVIIIème et du début du XIXème siècle marquent en réalité la fin d'un « droit commun européen » porté par l'École du droit naturel, et le déclin de l'universalisme. *Adde* R. DAVID, C.JAUFFRET-SPINOSI, M.GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporain, op. cit.* n° 48, spéc. p.50 : l'auteur montre la tension qui existe entre la volonté réelle des rédacteurs de Code d'accomplir, dans le droit positif, le dessein universaliste de l'École du droit naturel, et ce qu'il est advenu ensuite. Il explique cet échec par le fait que pour chaque grande codification européenne, il a manqué les deux, ou l'une des deux conditions nécessaires à cet accomplissement du droit des Universités dans le droit positif : un souverain éclairé, soucieux de donner vie à ces principes nouveaux, et un grand pays, suffisamment influent pour emmener les autres avec lui.
[334] J.-F. NIORT, « Retour sur "l'esprit" du Code civil des Français », *Histoire de la justice,* 2009/1, n° 19, p.121 et s., spéc. p. 137. PORTALIS admet par ailleurs l'existence de principes de droit universels, mais il les fonde plutôt sur une loi naturelle d'origine divine. V. PORTALIS, Discours préliminaire, in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET (dir.), 1836, t. I, p.463 et s., spéc. p. 476 : « Le droit est la raison universelle, la suprême raison fondée sur la nature même des choses. Les lois sont ou ne doivent être que le droit réduit en règles positives, en préceptes particuliers ».

société donnée[335]. Or la vision optimiste d'un homme raisonnable, bon par nature, que prend comme postulat le droit naturel, n'est pas celle qui préside à la rédaction du Code civil, que les excès de la Révolution ont marqué au contraire d'un plus grand pessimisme[336]. Selon Xavier MARTIN, cette vision pessimiste de l'homme explique que l'esprit du Code civil tout entier soit imprégné de positivisme juridique, tandis que le droit naturel ne serait plus invoqué par les rédacteurs du Code « que pour la vitrine »[337]. Si l'idée d'un droit naturel, universel et fondé sur la raison humaine, était bien présent à l'esprit des rédacteurs du Code, en témoignent les multiples références qui y sont faites, l'esprit de l'article 1382 ne se réduit pas à cette seule influence, et s'ancre dans un contexte politique et social particulier, ce qui lui confèrera une originalité.

B. La volonté originale des rédacteurs du Code civil

66. L'article 1382 du Code civil, expression ultime de la clause générale de responsabilité du droit français. L'influence certaine de DOMAT et POTHIER sur la rédaction du Code civil, notamment de son article 1240, et à travers eux de la pensée de GROTIUS, est souvent présentée de telle manière qu'il semblerait presque, parfois, que ses rédacteurs n'ont pas fourni d'effort particulier dans l'élaboration de la clause générale, dont tous les éléments auraient déjà été développés par d'autres. Pourtant, bien que le contenu de cette disposition emblématique se retrouve chez d'autres auteurs, avec un degré de généralisation parfois élevé[338], la structure de la clause générale naît véritablement sous la plume des rédacteurs du Code civil, et la distingue de tout ce qui avait pu lui précéder. Un auteur résume cet écart en affirmant « […] qu'il y a loin, de l'expression d'une formule doctrinale à l'édiction d'une clause générale de

[335] PORTALIS, Discours préliminaire, in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET (dir.), 1836, t. I, p.463 et s., spéc. p.466 : « […] les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites […] ».
[336] V. i*nfra*, n° 68 ; X. MARTIN, « Sur l'archétype humain du Code civil naissant », *Histoire de la justice,* 2009/1, n° 19, p.203-224.
[337] X. MARTIN, « Sur l'archétype humain du Code civil naissant », *op. cit.*, spéc. p. 204.
[338] Comme c'est le cas chez GROTIUS et DOMAT.

responsabilité »[339]. Les artisans du Code napoléonien lui donneront ainsi un « éclat »[340] jamais égalé, dont la qualité littéraire, souvent mise en avant, sert à donner corps à son contenu[341], et en fait l'une des « dispositions phares » du Code civil[342]. L'édiction de la clause générale reflète ainsi l'expression d'une volonté propre à ses auteurs, qui écartent ce faisant des propositions concurrentes[343]. En donnant naissance à l'article 1382 du Code civil, ses auteurs optent pour une structure véritablement originale, qui marquera les esprits.

67. Le choix de la faute comme fondement de la responsabilité délictuelle. Au-delà de sa structure remarquable, le contenu même de cette clause générale est empreint d'une volonté de ses auteurs d'affirmer une identité propre au Code civil naissant. Le Code civil de 1804 fait ainsi le choix d'une responsabilité subjective, fondée exclusivement sur la faute[344], et quand bien même ce moralisme affiché du Code civil se situe en apparence dans la droite lignée du moralisme porté par les thèses jusnaturalistes, la place de la faute au sein de la clause générale de responsabilité n'était en réalité pas acquise au début du XIX^{ème} siècle, comme en attestent les divers projets de Code élaborés pendant la période révolutionnaire. Les projets proposés par CAMBACÉRÈS, alors qu'ils formulent le principe d'une responsabilité délictuelle sous forme de clause générale, ne font pas le choix de la faute subjective, et proposent

[339] C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « Clauses générales ou délits spéciaux », Journées nationales de l'association Henri Capitant, *Les perspectives de modernisation du droit des obligations : comparaisons franco-ibériques,* 2014. *Adde* G. VINEY, « Pour ou contre un principe général de responsabilité civile pour faute ? », *in Le droit privé français à la fin du XX^{ème} siècle, Études offertes à Pierre Catala,* Litec, 2001, p. 555 et s., spéc. p.556 : « […] entre l'énoncé d'une proposition doctrinale – comme celle de Domat – et sa consécration législative, il existe un écart immense ».
[340] J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil, op. cit.,* n° 638, spéc. p.948.
[341] V. Ph. SÉGUR, *Revue Droit et littérature,* n° 1, p.109, spéc. p.122 : « […] une allitération en K dans le premier vers qui évoque le martèlement d'un fait préjudiciable, mais aussi la rigueur mécanique de l'application de la règle ; une absence de césure au deuxième vers qui permet une accélération vers le résultat, un glissement imparable de la cause à la conséquence, une course rapide vers le relâchement de la tension provoquée par le fait préjudiciable ; une assonance par répétition de la voyelle (é) dans les derniers mots, procédé qui souligne la réparation et évoque l'apaisement que procure la solution juridique à la crise introduite par le fait quelconque de l'homme ».
[342] Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », Cours général de droit international privé (2015), volume 387, in *RCADI,* 2017, n° 38, note 184.
[343] Tous les auteurs qui succèdent à DOMAT ne feront en effet pas le même choix d'un principe général de responsabilité clairement exprimé. V. D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations,* 2ème éd., Economica, p.720.
[344] Sur le moralisme affiché du Code civil, v. *supra,* n° 45.

un système de responsabilité totalement objective, voire fondée sur le seul « fait »[345]. L'élément central de cette clause générale n'est dès lors plus la faute, ni même le fait, mais bien l'obligation de réparer, qui opère alors une stricte justice commutative[346]. Cette manière d'envisager la responsabilité n'est pas totalement nouvelle, puisque le précepte romain du *neminem laedere*, qui constitue l'une des fondations de notre actuelle clause générale de responsabilité[347], se satisfait parfaitement d'une responsabilité objective.

68. Raisons du choix d'une responsabilité subjective. La faute ne s'est donc pas imposée avec une telle évidence au cœur de la clause générale. Ce choix d'une responsabilité subjective peut s'expliquer par le contexte social, politique et économique qui entoure la production de la loi civile en 1804. Pour les jusnaturalistes, la faute constitue en effet l'instrument permettant de réaliser un équilibre parfait entre l'épanouissement d'une classe sociale émergente, celle de la bourgeoisie commerçante[348], et la recherche de paix sociale, des exigences que gardent à l'esprit les rédacteurs du Code. Par ailleurs, le Code civil de 1804 est empreint d'une certaine vision philosophique de l'homme, qui s'inscrit dans son temps et irrigue l'esprit de l'article 1382. Alors que s'affrontent, dans l'esprit des rédacteurs, deux archétypes humains, l'un naturellement bon, doué de raison, au cœur de la vision optimiste de Jean-Jacques ROUSSEAU, et l'autre réduit à un être mécanique, privé de volonté et de liberté, inspiré de la philosophie pessimiste de HOBBES[349], le Code civil opère une

[345] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.*, p. 449 et s. : le projet du 9 août 1793 pose le principe selon lequel « Tout homme qui a causé du dommage à un autre, dans sa personne ou dans ses biens, est obligé à le réparer », ne faisant ainsi aucune référence au fait générateur, les deux suivants, datés du 9 septembre 1794 et du 12 juin 1796 font timidement référence au « fait », en précisant que quel qu'il soit, il doit entraîner l'obligation de réparer.
[346] V. J.-M. POUGHON, « Cambacérès. Des approches du Code civil », *Histoire de la justice,* vol.19, 2009, p.161 et s., spéc. p.171.
[347] V. *supra,* n° 51 et s.
[348] R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, op. cit.,* p. 1035: « it fitted the prevailing economic liberalism and served the interests of expanding industry and of the rising middle class ».
[349] Et en partie transporté dans celle des Lumières. V. X. MARTIN, « Sur l'archétype humain du Code civil naissant », *op. cit.*, spéc. p.208-209. L'auteur rappelle ainsi que ce « déterminisme radical » était présent notamment chez VOLTAIRE, ou encore DIDEROT, voire SEYÈS, et qu'il constituait le cœur de « l'anthropologie des Lumières françaises ». *Adde*, pour nuancer, J.-F. NIORT, « Retour sur "l'esprit" du Code civil des Français », *Histoire de la justice,* 2009/1, n° 19, p.121 et s., spéc. p.122 : l'auteur considère que cette condamnation de l'ensemble de la philosophie des Lumières est excessive.

forme de synthèse. Marqués par les excès révolutionnaires[350], les membres de la Commission de rédaction du Code ne peuvent penser l'homme bon par nature[351], mais le tiennent néanmoins pour doué de conscience et de volonté[352]. Le législateur a dès lors pour mission de « diriger ses passions », de canaliser son égoïsme et la recherche de son propre intérêt, vers l'harmonie sociale[353]. Cette conception particulière de l'homme, aux lendemains de la Révolution, se retrouve cristallisée dans l'article 1382[354]. Ainsi, l'homme du Code de 1804 est un « être moral »[355], que seules les mauvaises décisions peuvent rendre responsable, et qui ne peut être réduit à la représentation caricaturale que s'en font certains philosophes des Lumières, celle d'un

[350] Il n'est pas anodin de rappeler que deux des quatre rédacteurs du Code, PORTALIS et BIGOT de PRÉAMENEU furent arrêtés et incarcérés sous la Terreur, désignés comme royalistes et contre-révolutionnaires, et frôlèrent ainsi la mort. Les deux autres, MALLEVILLE et TRONCHET, s'ils ne subirent pas le même sort, durent se cacher pour échapper à la répression du régime révolutionnaire.

[351] V. not. PORTALIS au Conseil des Anciens, 9 messidor an V, cité par X. MARTIN, « Sur l'archétype humain du Code civil naissant », *op. cit.,* spéc. p. 218 : « L'homme n'est plus un mystère pour l'homme ; une courte, mais terrible expérience, a mis à découvert toutes les profondeurs du cœur humain ». *Adde* J.-F. NIORT, « Retour sur "l'esprit" du Code civil des Français », *op. cit.*, spéc. p.129 : l'auteur rappelle que le courant de pensée auquel appartient le jurisconsulte provençal est imprégné avant tout autre chose de tradition chrétienne, et s'il se revendique également comme héritier des Lumières, ce ne peut être en aucun cas du courant des matérialistes, dont le pessimisme anthropologique est décrit à tort par Xavier MARTIN comme résumant l'intégralité de la pensée du XVIII ème. *Contra* X. MARTIN, « Sur l'archétype humain du Code civil naissant », *op. cit.*, spéc. p. 207 et s. : l'auteur montre dans un premier temps l'impact de la Révolution sur la perception de la nature humaine, et le discrédit que ses excès jettent sur la philosophie rousseauiste, auquel on préfèrera désormais Machiavel, puis rappelle dans un second temps que cette vision optimiste n'était qu'un vernis auquel les Lumières ne croyaient déjà plus.

[352] L'historien Xavier MARTIN a ainsi montré, dans de nombreux ouvrages, et à rebours des idées préconçues, que la vision de l'homme qui a prédominé à la rédaction du Code n'est pas celle d'un homme libre, dont les décisions seraient guidées par la raison, mais bien plutôt une vision pessimiste. V. not. X. MARTIN, « Sur l'archétype humain du Code civil naissant », *op. cit. Adde* J.-F. NIORT, « Retour sur "l'esprit" du Code civil des Français », *op. cit.*, spéc. p. 121 : l'auteur critique également cette interprétation purement « positive » de l'esprit du Code civil. Néanmoins, il s'écarte de l'approche renouvelée proposée par Xavier MARTIN, considérant que celle-ci aboutit à une vision tout aussi excessive et caricaturale que les historiens qu'il entend contester, lorsqu'il fait, à l'inverse, de l'archétype humain du Code civil un modèle purement pessimiste. V. *ibid*, spéc. p. 122.

[353] X. MARTIN, « Sur l'archétype humain du Code civil naissant », *op. cit.*, spéc. p.222. Cette idée selon laquelle il faut perfectionner l'homme, le faire progresser, est très présente dans les diverses idéologies qui s'affrontent lors de la confection du Code civil. Partant d'un pessimisme anthropologique initial, de nombreux penseurs croient en la capacité d'amélioration de l'être humain, qui doit être guidé dans la bonne voie, que ce soit par des principes découlant de la Raison, ou encore de la religion chrétienne. V. J.-F. NIORT, « Retour sur "l'esprit" du Code civil des Français », *op. cit.*, spéc. p. 125-127. *Adde ibid*, p. 150 : l'auteur relativise cependant cet « optimisme perfectionniste », qui n'est pas partagé par tous les rédacteurs du Code, certains étant convaincus que seule la religion peut sauver l'homme, mais non la loi.

[354] Y. LEQUETTE, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *op. cit*., spéc. p.60 : l'auteur insiste sur le traumatisme de la Terreur, et le véritable « basculement » que produit le Consulat, qu'il résume ainsi : « À l'optimisme anthropologique des philosophes succède le pessimisme anthropologique des juristes ». Dans ce contexte, le Code civil aura pour fonction d'organiser et de stabiliser la société, ce qu'il fera autour de quatre piliers : propriété, contrat, famille et responsabilité.

[355] O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804, op. cit.,* p.464 ; J.-F. NIORT, « Retour sur "l'esprit" du Code civil des Français », *op. cit.,* spéc. p.154.

« homme-machine »[356] qui devrait être responsable de tout dommage qu'il a matériellement causé. L'influence du christianisme, et particulièrement du jansénisme[357] chez certains rédacteurs du Code civil renforce ce choix de la faute comme fondement exclusif de la responsabilité, qui prend une coloration particulière[358]. L'établissement de la faute au fondement de la clause générale de responsabilité s'inscrit donc dans une période marquée par l'essor de courants philosophiques centrés autour de l'individu, miroir du contexte politique particulier dans lesquelles ils s'inscrivent : espoir, puis errances de la période révolutionnaire, et avènement du Consulat autour de Bonaparte.

§2. Une originalité au regard du droit comparé

69. Originalité du droit français. L'article 1240 du Code civil français, ancien article 1382, se présente comme un objet de curiosité sur la scène des divers systèmes juridiques européens. En effet, malgré quelques exceptions, la plupart des droits européens rejettent l'approche généraliste du principe de responsabilité civile, pour lui préférer une responsabilité aux contours définis. Cette particularité française ressort de l'étude comparée des textes traitant de la responsabilité civile, tout autant que de leur mise en œuvre par les juges. Mais l'étude du seul droit positif ne permet pas d'éclairer les raisons de ces différences, que seule l'analyse historico-comparatiste nous permettra de mettre au jour. Une mise en perspective de la clause générale qui en révèlera la singularité mais aussi la légitimité au sein du droit français, une clause

[356] Selon le titre de l'ouvrage de J.O. de la METTRIE, *L'Homme-Machine,* 1748. Et ce, sans que la morale n'ait à intervenir. V. X. MARTIN, « Sur l'archétype humain du Code civil naissant », *op. cit.*, p.203 et s., spéc. p.210 : La réduction, par de nombreux auteurs du XVIII[ème] siècle, de toute action humaine à une action purement physique permet d'évacuer toute perception morale des comportements humains. *Adde* O. POUGHON, « Cambacérès. Des approches du Code civil », *op. cit.,* spéc. p.165 et s. : l'auteur montre que, outre le droit naturel, Cambacérès a été largement influencé par les penseurs anglais tels que LOCKE ou HOBBES.

[357] Sur cette influence du jansénisme chez les rédacteurs du Code civil, v. M. PENA, « Jansénisme et Code civil », *RRJ*, 1992-3, p. 817 et s.

[358] J.-F. NIORT, « Retour sur "l'esprit" du Code civil des Français », *op. cit.*, spéc. p.123 et s. : l'auteur montre qu'outre l'influence des Lumières et de la Révolution, qu'il juge soulignées de manière excessive par certains historiens, le Code civil est façonné par de nombreux autres courants de pensée, à commencer par le christianisme, mais également le mouvement contre-révolutionnaire, et surtout par ce qu'il désigne comme *« la réaction consulaire »*, qui marque, après le coup d'État du 18 Brumaire, l'avènement d'un pessimisme anthropologique très différent de celui induit par la Terreur, cette fois marqué d'un esprit chrétien.

générale dont la place centrale est encore réaffirmée aujourd'hui, à en croire les propositions de réforme de la responsabilité. Par ailleurs, l'analyse comparatiste ne permet pas seulement de mettre en lumière les différences entre les droits, et par là l'originalité du droit français, elle permet également d'en révéler les atouts. Les différents systèmes étudiés semblent en effet en proie à un même phénomène d'expansion de la responsabilité dans un souci partagé de réparation, et ce face à des situations de plus en plus variées. Dans ce contexte, les qualités d'adaptation de la clause générale font d'elle un instrument enviable. L'analyse comparatiste nous enseigne que la clause générale de responsabilité constitue donc un marqueur du droit français (A), autant qu'elle en est un atout (B).

A. La clause générale, marqueur du droit français

70. Originalité du droit français et *jus commune* européen. Les pays d'Europe, du moins d'Europe continentale, ont longtemps été soumis aux mêmes règles, celles issues du droit romain, qui constitue leur premier fonds juridique commun. Malgré la disparition de l'Empire romain d'Occident, et la dislocation progressive de son territoire, qui entraînera une prolifération de coutumes locales parfois très différentes, la renaissance du droit romain au sein des premières Universités européennes au Moyen-Âge fera renaître l'idée d'un *jus commune* autour duquel sera centré l'enseignement juridique. Pourtant, l'étude comparée des principaux droits positifs, issus pour la plupart des grandes codifications du XIX^{ème} et XX^{ème} siècle, révèle une grande disparité des règles régissant la responsabilité civile. Il nous faudra donc comprendre comment, à partir de sources identiques, les systèmes juridiques européens se sont tant éloignés. Après avoir brièvement exposé les manifestations actuelles de ces différences de droit positif (1), nous exposerons les raisons de ces divergences historiques (2).

1. Manifestations des différences de droit positif

71. Rejets de la clause générale de responsabilité. Pour percevoir l'originalité de la clause générale de responsabilité, il nous faut la mettre en perspective avec des systèmes juridiques qui l'ignorent, et proposent au contraire une responsabilité délictuelle bornée, tout en employant pour ce faire des mécanismes divers. Le choix des systèmes objets de la comparaison contient toujours une part d'arbitraire ; le nôtre, sans originalité, s'est porté sur les droits les plus représentatifs, au sein du continent européen, de cette approche limitative de la responsabilité : le droit allemand, de tradition civiliste, et la *Common law* anglaise. Il existe, bien sûr, entre les droits civils de tradition « romano-française » des différences significatives, tout comme il en existe entre les droits civils de tradition « romano-germanique »[359], et entre les divers *Common laws*[360]. Mais les points de dissemblance entre ces trois systèmes sont si saillants que c'est par leur étude que nous pourrons mettre au jour la cristallisation des divergences à partir d'un *jus commune* européen[361]. Nous étudierons donc tour à tour *Common law* anglaise (a) et le droit allemand (b).

a) La *Common law* anglaise

72. Les *torts* du droit anglais. À rebours des systèmes juridiques romano-germaniques, qui se sont construits sur la recherche rationnelle de la solution la plus juste à un litige, le droit anglais, par sa construction historique particulière, privilégie la procédure au fond du droit. *Remedies precede rights* [362]. Le droit anglais de la « responsabilité » est un droit des actions offertes à la victime d'un dommage, chacune fondée sur un *tort* particulier, en vue de l'obtention de dommages-intérêts. Chaque *tort*

[359] Différences que nous relaterons lorsque cela apparaît nécessaire à la démonstration.
[360] V. not. E. DESCHEEMAEKER, « Comparative common law », *RIDC* 2020, n° 4, p. 915 et s.
[361] L'étude du système mixte de droit écossais, *Scots law*, dont le contenu est grandement influencé par le *Roman-Dutch law* (Droit romano-néerlandais dominant aux Pays-Bas aux XVII[ème] et XVIII[ème]) pourra également, à certains endroits, être pertinente.
[362] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporain,* Dalloz, *op. cit.*, n° 264.

correspond à un délit spécial, c'est-à-dire la violation d'une obligation légale ou morale identifiée, et répond à des conditions de mise en œuvre qui lui sont propres. Dans ce système fondé sur la casuistique, aucune place n'est faite pour un principe de responsabilité délictuelle, et encore moins une clause générale.

73. Histoire du *tort of negligence*. Certains de ces *torts* peuvent cependant recouvrir un domaine relativement large, comme c'est le cas du *breach of statutory duty*[363]. Mais c'est surtout le développement du *tort of negligence*, à partir de la fameuse décision *Donoghue v. Stevenson* rendue par la Chambre des Lords en 1932[364], qui a posé la question de l'émergence d'une clause générale de responsabilité en droit anglais. La généralisation de l'action de *trepass on the case* aux XVIII[ème] et XIX[ème] siècle, qui permettait au demandeur d'agir en dehors des *writs* énumérés en plaidant les faits de l'espèce[365], a servi d'assise à la généralisation de ce *tort*. L'une des possibilités offertes au demandeur était en effet de plaider la *negligence* du défendeur, et ce au regard d'un standard, formulé notamment par Sir William Jones, celui de « l'homme ordinaire ». Sur le fond, la *negligence* avait évolué d'une conception stricte au XVIII[ème], celle de faillir à ses devoirs par omission, à une conception plus large, incluant les actes positifs[366], et s'entendant ainsi plus généralement d'un défaut de diligence[367].

Sur la forme, alors que le caractère supplétif de l'action *on the case* avait déjà largement décliné au XVIII[ème] siècle[368], il est définitivement balayé au siècle suivant lorsque le choix entre l'*action on the case* et l'*action on trespass* devient possible

[363] Ce *tort* se caractérise par une atteinte à un intérêt spécifiquement protégé par une obligation légale. V. Rapport d'information sur la responsabilité civile produit par les sénateurs Alain AZZIANI et Laurent BÉTEILLE le 15 juillet 2009, p. 27.
[364] V. *Donoghue v. Stevenson*, House of Lords [1932] AC 562. Ce célèbre arrêt a permis d'élargir la notion de *duty of care*, que les juges ne faisaient jusqu'alors peser que sur certaines personnes et dans certains cas très spécifiques.
[365] Sur les origines et le caractère supplétif de cette action aux XVI[ème] et XVII[ème] siècles, v. J. BAKER, « Trespass, Case and the Common Law of Negligence 1500-1700 », in *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts,* Eltjo J.H. SCHRAGE (dir.), Berlin, Dunckler & Humblot, 2001, p. 47 et s.
[366] Tournant qui serait pris, selon Peter BIRKS, par Francis BULLER, dans son fameux ouvrage *Nisi Prius*. V. F. BULLER, *An Introduction to the Law relative to Trials at Nisi Prius,* 3[ème] éd., London, 1781, p.25, cité par P. BIRKS, « Negligence in Eighteenth Century Common Law », in *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts,* Eltjo J.H. SCHRAGE (dir.), Berlin, Dunckler & Humblot, 2001, p. 173 et s., spéc. p. 176.
[367] P. BIRKS, « Negligence in Eighteenth Century Common Law », *op. cit.,* spéc. p.179.
[368] Ce qui fait d'ailleurs dire à Peter BIRKS qu'au XVIII[ème] siècle, les conditions sont déjà réunies pour l'émergence d'un « principe général de responsabilité pour dommage causé négligemment ». V. P. BIRKS, *op. cit*., spéc. p. 194.

chaque fois que la première est fondée sur la *negligence*[369]. L'*action on the case* devient alors une *action for negligence,* et le *tort of negligence* est caractérisé chaque fois qu'est violé un *duty of care*, c'est à dire un devoir obligeant celui sur lequel il pèse à prendre toutes les précautions possibles pour éviter la réalisation d'un dommage[370].

Le juriste français se trouve alors face à une figure qui lui apparaît familière, celle d'un principe général de responsabilité pour défaut de diligence. Mais seule la décision de 1932, bien que s'inscrivant dans une continuité historique, marque réellement ce tournant, en substituant à la multitude de *duties of care* particuliers, un *duty of care* conçu de manière générale, comme un standard de comportement abstrait, rompant ainsi avec une forme de casuistique propre au droit anglais. C'est en particulier à Lord ATKIN et son *neighbour principle* que l'on doit l'émergence d'une véritable théorie du *duty of care*[371]*,* mis à la charge de toute personne pour qui le dommage avait été prévisible, et qui entretenait un lien de proximité suffisant avec sa victime[372]. De cette définition nouvelle du *duty of care* ressort un domaine élargi du *tort of negligence*, dont les conditions de mise en œuvre semblent désormais s'apparenter à celles requises par l'article 1240 du Code civil français : l'existence d'un devoir équivalent au devoir de prudence et de diligence, sa violation, et un dommage qui en résulte.

74. Clause générale et *tort of negligence*. En se basant non plus sur le droit violé, comme les autres *torts*, mais sur la conduite de l'auteur du dommage, le *tort of negligence* peut potentiellement s'appliquer à tout dommage, à la violation de tout

---

[369] Suite à la décision *Williams V. Holland* rendue en 1833 par la Court of Common Pleas. Sur cette décision v. M. J. PRICHARD, « Trespass, Case and the Rule in *Williams V. Holland* », *The Cambridge Law Journal*, vol.22, n° 2, 1964, p. 234 et s.

[370] V. D. IBBETSON, « The Tort of Negligence in the Common Law in the Ninteenth and the Twentieth Centuries », in *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts,* Eltjo J.H.SCHRAGE (dir.), Berlin, Dunckler & Humblot, 2001, p. 229 et s., spéc. p.230.

[371] Les autres juges présents opposèrent en réalité une résistance à une telle conception générale du *duty of care*. Tandis que Lord TOMLIN s'opposa à la reconnaissance d'un quelconque *duty of care* dans cette affaire, Lord THANKERTON et Lord Mac MILLAN l'acceptèrent dans des termes différents. Si le premier ne s'oppose pas explicitement contre la formulation générale de Lord ATKIN, il insiste sur le fait qu'il existe ici un *duty of care*, au regard des circonstances particulières de l'espèce, à savoir qu'il n'y avait pas de possibilité, après la mise en bouteille, pour une quelconque vérification intermédiaire avant la mise sur le marché, ce qui créait entre le fabricant et le consommateur, même en l'absence de contrat, un lien direct. Lord Mac MILLAN met en garde explicitement contre la reconnaissance d'un standard de comportement entendu trop largement, et insiste sur l'importance d'une reconnaissance au cas par cas de *duties of care* : « the standard of care exacted in human dealings with each other must not be pitched too high, than as giving any coutenance to the view that negligence may be exhibited with impunity ».

[372] *Donoghue v. Stevenson*, House of Lords [1932] AC 562, 580, Lord ATKIN: « Who, then, in law, is my neighbour ? The answer seems to be – persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question ».

intérêt protégé, et permet de sortir de la casuistique classique des torts anglais[373]. Le destin de ce *tort*, qui prend au cours du XX^{ème} siècle une place prédominante au sein du droit anglais des *torts*, semble rejoindre celui de l'ancien article 1382 du Code civil, celui d'un principe de responsabilité qui « annoncé dans des termes erratiques en 1932 […] est devenu si prédominant que soixante ans plus tard Lord GOFF était en mesure d'affirmer que " le droit des torts est le droit général, auquel les parties peuvent, si elles le souhaitent, déroger par contrat" »[374]. À tel point que dans un célèbre article, Tony WEIR évoque la « marche stupéfiante de la *negligence* »[375].

En réalité, les conditions du *tort of negligence* demeurent très restrictives, à commencer par celle tenant au lien de proximité entre l'auteur du dommage et sa victime[376]. Lord ATKIN avait déjà mis en garde contre la tentation d'offrir compensation à toute victime de dommage, et rappelait la nécessité de distinguer entre l'obligation morale de ne pas nuire à autrui, et l'obligation juridique, ici matérialisée par le *duty of care*, qui doit obéir à certaines conditions[377]. Par ailleurs, quand bien même la liste des dommages pouvant être pris en charge par ce *tort* s'est assouplie, allant jusqu'à inclure ponctuellement des dommages indépendants de tout dommage patrimonial ou corporel[378], et même des pertes économiques pures[379], la mise en œuvre de ce *duty of care* dépend toujours largement de la nature du dommage subi par la victime ; les juges étant plus enclins à le retenir lorsqu'il découle d'une atteinte à l'intégrité physique de la personne[380]. Ainsi, si l'émergence d'un concept général duquel on peut déduire des solutions particulières constitue un changement théorique

---

[373] E. DESCHEEMAEKER, « De la structure de la responsabilité : réflexions comparatistes autour de *Torts and Rights* », *RIDC*, vol.65, n° 1, 2013, p. 51 et s.
[374] T. WEIR, « The Staggering March of Negligence », in P.CANE, J.STAPLETON, *The Law of Obligations. Essays in Celebration of John Fleming*, Oxford, 1998, p.97 et s. Ce qui n'est pas sans rappeler les rapports, en droit français, entre responsabilité délictuelle et contractuelle, que nous évoquerons ultérieurement. L'auteur montre plus généralement, outre le risque de voir le *tort of negligence* phagocyter d'autres *torts,* l'influence de la pensée en termes de *negligence*, *duty of care*, *remoteness of the damage*, sur d'autres sphères du droit, notamment le contrat.
[375] T. WEIR, « The Staggering March of Negligence », *op. cit.,* p.97.
[376] Donoghue v. Stevenson, House of Lords [1932] AC 562, 580, Lord ATKIN : « The rule that you are to love your neighbour becomes in law, you must not injure your neighbour ; and the lawyer's question, Who is my neighbour ? receives a restricted reply ». Selon les dires même de Lord ATKIN, ce lien de proximité doit être entendu de manière stricte, et en fonction des circonstances de l'affaire.
[377] *Donoghue v. Stevenson*, House of Lords [1932] AC 562, 580, Lord ATKIN : « But acts or omissions which any moral code would censure cannot in a practical world be treated so as to give a right to every person injured by them to demand relief ».
[378] E. DESCHEEMAEKER, « De la structure de la responsabilité : réflexions comparatistes autour de *Torts and Rights* », *op. cit.*, p. 61.
[379] Depuis une décision de la House of Lords de 1963. V. *Hedley Byrne v. Heller,* [1963] 2 All ER 575.
[380] M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 329.

majeur, la mise en œuvre du *tort of negligence*, malgré son extension, n'a jamais conduit à s'émanciper complètement du carcan casuistique du droit anglais, pour aboutir à l'élaboration d'une clause générale de responsabilité[381].

b) Le droit allemand

75. Proximité des systèmes de droit continental. Les systèmes juridiques européens dits « continentaux » sont de tradition civiliste, et appartiennent à une même famille de droit, que l'on désigne traditionnellement comme la famille « romano-germanique »[382]. Le droit français et le droit allemand constituent deux modèles représentatifs de cette famille, dont se sont inspirés de nombreux autres systèmes juridiques, empruntant à l'un ou l'autre, voire aux deux[383]. Deux modèles car malgré leur proximité conceptuelle, les systèmes de droit civil issus respectivement du Code civil français de 1804, et du *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1900 présentent de nombreux points de discordance.

76. Le modèle allemand des « petites clauses générales ». Le système allemand de la responsabilité délictuelle pour faute se décompose en trois dispositions contenues dans le *Bürgerliches Gesetzbuch* (ci-après *BGB*). On trouve ainsi aux § 823, I et II, ainsi qu'au § 826 ce que l'on nomme les « petites clauses générales » de responsabilité[384]. Il ne faut cependant pas se laisser abuser par cette dénomination qui

---

[381] Certains auteurs font néanmoins valoir qu'on retrouve, dans la mise en œuvre jurisprudentielle de ce *tort of negligence*, un « succédané de clause générale ». V. not. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « Clauses générales ou délits spéciaux ? », *in* Journées nationales de l'association Henri Capitant, *Les perspectives de modernisation du droit des obligations : comparaisons franco-ibériques,* 2014.

[382] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporain, op. cit.*, n° 17 et n° 26 et s.

[383] C'est le cas du droit suisse notamment, et particulièrement de son Code des obligations qui résulte d'une loi fédérale du 30 mars 1911, et qui prend pour modèle les deux grands Codes jusqu'alors adoptés, le Code civil français et le *BGB* allemand. L'article 41, al.1er du Code des obligations énonce que « Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer ». Si la formule évoque évidemment la structure et le contenu de l'article 1240 du Code civil, sa mise en œuvre est inspirée du modèle restrictif du droit allemand.

[384] G. WAGNER « Comparative tort law » *in* M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (dir.), *Oxford Handbook of Comparative Law,* OUP, p.1003 et s., spéc. p.1008 ; K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, trad. T. WEIR *Introduction to comparative law,* Clarendon Press, 1998, 3ème éd., p.598 et s. ; G.C. SCHWARZ, M. WANDT, *Gesetzliche Schuldverhältnisse,* Vahlen, 3ème éd., 2009, p. 257 ; M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 311 et s. ; M. LACROIX, « La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile – Analyse comparée des systèmes germanique, canadien et québécois », *Revue de droit de McGill,* 2013, p.425 et s.

semble rapprocher le système allemand du modèle français, et le distinguer des *torts* du droit anglais. Si contrairement à ce dernier, le droit allemand ne fait pas l'économie d'un véritable principe de responsabilité délictuelle, celui-ci est en réalité, par son contenu, bien éloigné d'une clause générale de responsabilité à la française. Le cœur de ce dispositif est contenu au § 823, I, qui prévoit que « Quiconque, intentionnellement ou par négligence, porte atteinte illicitement à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à tout autre droit d'autrui, est tenu à l'égard de celui-ci à réparer le préjudice qui en résulte »[385]. Il ressort de cette formule que la responsabilité de l'auteur du dommage ne pourra être mise en œuvre que lorsque ce dommage sera constitué par une atteinte portée à l'un des intérêts spécifiquement visés par cet article, à l'exclusion par exemple des atteintes à la réputation, la dignité, l'honneur, ou encore du préjudice purement économique. La responsabilité est limitée à la réparation de certains types de préjudices, lorsque sont atteints des intérêts qu'on dit « absolus »[386], puisque la compensation du dommage ne dépendra pas de la nature du comportement qui en est à l'origine[387]. Le § 823, II vient compléter ce premier alinéa, et étend l'obligation de réparer à d'autres dommages, ceux découlant de la violation d'une « loi visant à protéger autrui »[388], tout en restreignant cette obligation aux seuls cas où un comportement fautif peut être caractérisé[389]. Prolongeant cette idée, le § 826 permet l'octroi des dommages-intérêts, sans distinction selon le type de dommage cette fois, lorsque le comportement à l'origine du dommage atteint un certain degré de gravité, qu'il représente un acte intolérable aux yeux de la société[390]. Ces deux

---

[385] G. LARDEUX, R. LEGEAIS, M. PÉDAMON, C. WITZ, *Code civil allemand, Traduction commentée,* Dalloz, Juriscope, 2010.
[386] M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.,* n° 314.
[387] Le § 823, I du *BGB* englobe ainsi tous les types de comportements, fautes d'omission ou de commission, intentionnelles ou résultant de négligence, d'imprudence, et même les actes non fautifs, comprenant ainsi des cas de responsabilité objective. Seules les réactions que l'auteur de l'acte ne « maîtrise pas », pour lesquels il manque la volonté et la conscience d'agir, sont exclues du champ de cet article. V. G.C. SCHWARZ, M. WANDT, *Gesetzliche Schuldverhältnisse, op. cit*., p. 308 et s. : « Die Verletzhandlungen des Schädigers kann in einem positiven Tun oder Unterlassen bestehen », « Verhalten Handeln ist jedes menschliche Tun, das der Bewusstseinkontrolle und der Willenslenkung unterliegt, also beherrschbar ist », c'est-à-dire en français *:* « Les comportements à l'origine du dommage, et sanctionnés par la loi, peuvent être de commission ou d'abstention », « Les comportements visés regroupent toute action humaine caractérisée par la volonté et la conscience de son auteur, c'est-à-dire les comportements que celui-ci maîtrise ». Cette définition ressort d'une décision rendue par le BGHZ (*Bundesgerichtshof in Zivilsachen*) le 12 février 1963. V. BGHZ, 30, 103, 106.
[388] §823, II, *BGB* : « La même obligation [de réparer] incombe à celui qui contrevient à une loi protectrice des intérêts d'autrui. […] ».
[389] §823, II : « […] Si, d'après le texte de la loi, une contravention à celle-ci est possible en dehors de toute faute, l'obligation de réparer n'intervient que s'il y a faute ».
[390] § 826 : « Celui qui agissant intentionnellement et contrairement aux bonnes mœurs cause un préjudice à autrui est obligé envers celui-ci à la réparation du dommage ».

dispositions ne permettent pas, contrairement aux § 823, I, la compensation du dommage résultant d'une simple négligence ou imprudence[391]. Il ressort de l'ensemble de ces textes une hiérarchie des intérêts protégés, caractéristique du droit allemand, qui, malgré la prise en charge d'un certain nombre d'intérêts, empêche l'émergence d'une clause générale de responsabilité à l'image de celle présente à l'article 1240 du Code civil.

77. La théorie de la relativité aquilienne. Outre la hiérarchie des intérêts, d'autres instruments permettent, en droit allemand, de contenir la responsabilité délictuelle dans un cadre limité. Le premier est connu par la doctrine française sous l'appellation de théorie de la relativité aquilienne, en droit allemand *Lehre vom Schutzzweck der Norm*, théorie selon laquelle l'auteur du dommage ne sera condamné à payer des dommages-intérêts que si l'acte dommageable met en jeu la finalité protectrice de la norme. Deux séries de conséquences : seules les personnes que la règle visait à protéger peuvent être indemnisées (*persönlicher Schutzbereich*), et seuls les dommages dont la norme cherchait à protéger ces personnes seront compensés (*gegenständlicher Schutzbereich*)[392]. Cette théorie est explicitement consacrée au § 823, II du *Bürgerliches Gesetzbuch*[393]. La jurisprudence allemande a par ailleurs considéré qu'elle était également implicitement contenue au § 823, I, dont elle est devenue une

---

[391] On peut dès lors qualifier les intérêts pris en charge par ces deux dispositions supplémentaires de « relatifs ». V. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 315.

[392] 1) J. LIMPENS, « La théorie de la "relativité aquilienne" en droit comparé », *in Mélanges offerts à Robert Savatier,* Dalloz, 1965, p.559 et s., spéc. p.561 : « L'action en réparation n'appartient qu'aux personnes que la règle protège et ne s'étend qu'aux dommages contre lesquels la règle offrait sa protection ».

2) La mise en œuvre de cette théorie permet notamment d'éviter la réparation de dommages dont la réalisation n'entretient qu'un lien très éloigné, voire indirect avec l'acte dommageable. V. BGH NJW, 1968, 2287 : dans cette affaire très connue, une personne avait été blessée à la tête à la suite d'un accident de la route. Les examens effectués à l'hôpital révélèrent une artériosclérose du cerveau, c'est-à-dire une sclérose des artères irriguant le cerveau. En réaction, le patient est invité à prendre sa préretraite, ce qu'il fait, et touche donc des pensions de retraite diminuées au regard de ce à quoi il aurait eu le droit à taux plein. Il demande réparation de ce préjudice. Le *Bundesgerichtshof* considère ici que l'action ne peut donner lieu à des dommages-intérêts, puisque la norme ici violée, le §823 I, vise à protéger du danger que représentent les atteintes au corps, et non de la découverte d'une maladie qui existait déjà chez la victime. Le dommage subi ne fait donc pas partie du champ de protection de la norme. Il est intéressant de noter que dans un tel cas, l'établissement de la causalité selon les théories classiques de l'équivalence des conditions, voire même de la causalité adéquate, qui existent en droit allemand (*Äquivalenztheorie* et *Adäquanztheorie*), aurait en revanche permis la mise en œuvre de l'action en responsabilité. La relativité aquilienne permet donc un encadrement supplémentaire du principe de responsabilité présent au § 823, I. V. G. C. SCHWARZ, M. WANDT, *Gesetzliche Schuldverhältnisse, op. cit.,* p. 348.

[393] Le § 823, II vise en effet explicitement la violation de normes qui visent à protéger autrui. Le dommage ne sera ainsi compensé que pour celui que la norme violée cherchait à protéger. V. J. LIMPENS, « La théorie de la "relativité aquilienne" en droit comparé », *in Mélanges offerts à Robert Savatier,* Dalloz, 1965, p.559 et s., n° 6, spéc. p. 562 ; M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 183.

condition de mise en œuvre essentielle[394]. Seul le § 826 ne subit pas la limite imposée par cet instrument, puisque par principe le respect des bonnes mœurs est une obligation qui vise à protéger tout un chacun, sans discrimination[395]. Cette théorie, propre au droit allemand, s'est exportée dans les systèmes inspirés du Code civil français, mais largement influencés, au XX^{ème} siècle, par le droit allemand, tels que la Suisse, ou les Pays-Bas[396]. Jamais consacrée par la jurisprudence française[397], son utilisation est rejetée par la majorité de la doctrine[398], en ce qu'elle serait contraire à l'esprit de l'article 1240[399], et incompatible, dans sa mise en œuvre, avec le caractère général du

---

[394] 1) V. BGH, 22 avril 1958, *BGHZ* 27, 137, et BGH 7 juin 1958, *JZ* 1969, 702; G.C. SCHWARZ, M. WANDT, *Gesetzliche Schuldverhältnisse, op. cit*., p.347 et s. ; J. LIMPENS, « La théorie de la "relativité aquilienne" en droit comparé », *op. cit*., n° 6 ; M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit*., n° 183. La jurisprudence a ainsi rejeté, pour exemple, l'action d'un transporteur contre son concurrent qui n'avait pas obtenu les autorisations nécessaires à l'exercice de ce métier, considérant que la loi en question ne visait pas à protéger les intérêts du demandeur. V. RG, 19 janvier 1928, Entsch, 119, 435, cité par J. LIMPENS, « La théorie de la "relativité aquilienne" en droit comparé », *op. cit.*, p.559, n° 7.
2) On notera qu'il existe un débat dans la doctrine française quant au sens à donner à cette condition de l'action en responsabilité : si pour certains, cette limite touche à la faute, qui ne sera caractérisée qu'à l'égard des dommages et des personnes visés par la loi, pour d'autres elle tient à l'établissement du lien de causalité. V. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit*., n° 177, spéc. p.201. La doctrine allemande, elle, a tendance à évoquer cette question lorsqu'il s'agit d'aborder la caractérisation d'un lien de causalité entre faute et dommage. V. G.C. SCHWARZ, M. WANDT, *op. cit.,* p.347 et s.

[395] V. J. LIMPENS, « La théorie de la "relativité aquilienne" en droit comparé », *op. cit.,* p.559, n° 32. On retrouve alors la distinction que font certains auteurs, favorables à l'introduction de la relativité aquilienne en droit français, entre obligations au contenu et au domaine délimité, et obligations de portée générale, tel que le fameux devoir de prudence et de diligence inhérent à la clause générale de responsabilité à la française. V. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 189.

[396] La théorie de la relativité aquilienne s'est exportée dans de nombreux pays d'influence germanique, tels l'Autriche, ou la Suisse, mais a surtout conquis le droit néerlandais, qui en fait une application plus souple que le droit allemand. V. G. VINEY, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n° 441. Par ailleurs, son influence ne s'est pas arrêtée aux droits continentaux, et connaît un relatif succès en Common law, les juges anglais usant de cette théorie pour limiter l'impact du *tort of negligence*. V. A. TUNC, « Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation », *RID comp.* 1953, p.29.

[397] V. cependant J.-S. BORGHETTI, « Manquement du médecin à son obligation d'information : quel préjudice réparable ? », *RDC* 2008, p.769, obs. sous Civ.1ère, 6 décembre 2007 : l'auteur voit, dans le refus de la Cour de cassation de déclarer le préjudice moral du patient réparable, la consécration par la Cour d'une « relativité des devoirs ». En effet, l'obligation faite au médecin d'informer le patient vise seulement à permettre à celui-ci d'éviter la réalisation des risques encourus avec l'opération, et donc seule la perte de chance de les éviter pourra être compensée ; O. BERG, « L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française », *RTD civ.* 2006, p.53, spéc. n° 24 et s. : «Elle [la jurisprudence] n'a certes jamais expressément affirmé qu'il faille par principe rechercher le but du devoir violé. Aussi, elle semble avoir compris qu'il ne s'agit que d'un correctif exceptionnel, destiné à compenser les faiblesses de l'appréciation classique de la causalité face à des prétentions évoluant à la limite de la mauvaise foi. Or, dans ce type de cas, les juges s'interrogent avec une certaine régularité sur le but du devoir violé ».

[398] V. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit*., n° 179 et n° 187 et s. Seul PLANIOL défendra l'intérêt d'une telle théorie en droit français, v. PLANIOL, *D.* 1896, 1, 81, note sous Cass., 17 août 1895. L'auteur de la thèse précitée en vante également les mérites et propose son introduction, « raisonnée », en droit français. V. *ibid,* n° 191 et s.

[399] V. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.,* n° 179 et n° 187 : l'auteur cite ici deux sources, J. DELIYANNIS , *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle,* LGDJ, 1952, n° 74 et M. PUECH , *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle,* LGDJ, 1973, n° 340.

devoir consacré à l'égard de tous par cette disposition. En effet, la relativité aquilienne ne peut fonctionner que lorsque sont en cause des devoirs ou obligations déterminés, et apparaît inconciliable avec le devoir général de prudence et de diligence. Quand bien même une norme précise, pour laquelle on peut déterminer des personnes et des dommages spécifiquement visés, serait violée, ce devoir général, « absolu », pourrait en effet toujours s'y substituer et rendrait, quoiqu'il arrive, la théorie inutile[400].

78. La condition d'illicéité. Enfin, on peut ajouter à cela la condition de l'*illicéité* du comportement, *Rechtswidrigkeit* en allemand, que ne connaît pas le droit français. Pour mettre en œuvre chacune des « petites clauses générales » du droit allemand, le demandeur doit en effet prouver que l'auteur a agi de manière illicite, *widerrechtlich*[401], littéralement d'une manière « contraire au droit ». Cette condition d'illicéité distingue *a priori* encore le droit allemand du droit français, qui n'en fait en apparence pas de cas, se concentrant sur la faute. Cette différence a néanmoins été relativisée par certains auteurs, qui soulignent que la condition d'illicéité est en réalité implicitement contenue dans le concept de faute lui-même[402], celle-ci étant entendue en droit français comme « la violation d'une norme ou d'un devoir qui s'imposait à l'agent »[403], quand bien même ce devoir serait défini très largement comme un devoir de prudence et de diligence. La faute est d'ailleurs largement définie en doctrine comme un « acte illicite

[400] Ch. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010, n° 174.
[401] § 823, I, *BGB* : « Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet ».
[402] R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, op. cit*, p.998, note 6.; E. DESCHEEMAEKER, « La dualité des torts en droit français », *RTD civ.* 2010.435; N. JANSEN, « Duties and Rights in Negligence : A Comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability », *Oxford Journal of Legal Studies,* 2004, vol.24, n° 3, p. 443 et s. ; G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit*., n° 443 ; M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 324 ; J. KNETSCH, « L'avenir de la responsabilité civile pour fait personnel, entre conservatisme et modernité », *APD* 2021, p.305 et s.
[403] G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit*., n° 443, p. 445. Cette définition n'est pas reniée ni par le projet de réforme de la responsabilité rendu public par la Chancellerie en 2017, ni par la proposition de loi de 2020, qui définissent tous deux la faute, respectivement aux articles 1242 du projet et 1241 de la proposition comme « la violation d'une prescription légale ou réglementaire ainsi que le manquement au devoir général de prudence ou de diligence » (l'article 1241 de la proposition de loi a ajouté la référence à la prescription réglementaire et a remplacé le « ou » par un « ainsi que »).

imputable à son auteur »[404], une définition dont les origines seraient à trouver dans le Cours de droit civil français d'AUBRY et RAU, dont on sait qu'il est empreint, *via* ZACHARIAE, de tradition germanique[405]. L'expérience du Code civil néerlandais de 1838, le *Burgerlijk Wetboek* – remplacé depuis par le *Nieuw Burgerlijk Wetboek* en 1992 – est à ce titre édifiante : voulant lever une supposée ambiguïté du Code civil français, son article 1401 décalque l'ancien article 1382 du Code civil, mais en faisant mention tout à la fois de la faute, et d'un fait illicite[406]. À l'illicéité de la faute au sens du Code civil français s'ajoutait donc une condition supplémentaire d'illicéité que la doctrine du XIX^{ème} siècle a peiné à définir, hésitant entre une interprétation héritée de la science pandectiste allemande, qui conduisit à des résultats absurdes, et le retour à une interprétation proche du droit français[407] : tout acte dommageable ne doit pas pouvoir entraîner la responsabilité de son auteur, seuls ceux qui sont illicites le sont, l'illicéité étant entendue comme une non-conformité à des exigences de l'ordre juridique, non-conformité qui n'est pas seulement définie par la violation de la loi.

Ainsi, si entre les droits allemand et français, il y aurait, concernant l'illicéité, bien plus une différence de degré qu'une différence substantielle[408], cette différence n'est pas anodine. Car c'est bien plutôt l'approche pandectiste qui a influencé la

[404] Sur ce débat autour de la définition de la faute civile, v. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *op. cit.*, n° 442 et s. Les auteurs, après avoir rappelé les termes du débat autour de l'inclusion d'un élément d'illicéité dans la notion de faute, tranchent en considérant qu'il s'agit là d'un débat autour de la terminologie plus qu'un débat de fond. En effet, la faute découlant nécessairement en droit français de la violation d'un devoir préexistant, peu importe que l'on qualifie ce comportement d'« écart de conduite » ou d'« illicite ».

[405] E. DESCHEEMAEKER, « La dualité des torts en droit français », *RTD civ.*2010.435. L'auteur explique cette différence par une réception différente du droit romain par les deux systèmes : là où le droit français a ici suivi la vision de GAIUS, qui incorpore l'*iniuria* comme élément de la *culpa*, le droit allemand aurait suivi la vision de JUSTINIEN en les distinguant.

[406] Article 1401, *Burgerlijk Wetboek* : « tout fait illicite, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». (Traduction de E. DESCHEEMAEKER, « Eltjo J. H. Schrage (dir.). Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts », *RIDC* vol. 56, n°, 2004, p. 261 et s., spéc. p.269).

[407] V. Eltjo J.H.SCHRAGE, « Negligence in the discussion during the preparation of the Dutch Civil Code of 1838 », in *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts,* Eltjo J.H.SCHRAGE (dir.), Berlin, Dunckler & Humblot, 2001, p. 391 et s.

[408] V. not. P. MOSSLER, « The discussion on general clause or numerus clausus during the preparation of the German Civil Code », in *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts,* Eltjo J.H.SCHRAGE (dir.), Berlin, Dunckler & Humblot, 2001, p. 361 et s. , qui montre bien qu'entre *numerus clausus* et clause générale, la distinction est plus subtile qu'il n'y paraît, chaque système de responsabilité disposant d'instruments permettant d'en encadrer la mise en œuvre, aucun ne permettant en réalité d'engager la responsabilité d'un auteur pour un simple fait dommageable.

seconde commission de rédaction du *BGB*, dominée par la pensée de WINDSCHEID[409], conduisant à adopter une vision restrictive de l'illicéité : ne sont des comportements illicites que les violations de la loi, de certains droits, ou les atteintes intentionnelles aux bonnes mœurs. On retrouve alors le contenu actuel des §§ 823 et 826 du BGB, ce qui pose une autre question, celle de l'utilité de la condition d'illicéité, qui se confond bien souvent avec la violation de la norme ou d'un droit, première condition requise pour caractériser la faute, désignée en droit allemand par *Tatbestandswidrigkeit*. La plupart des auteurs s'accordent aujourd'hui pour affirmer que cette condition est en réalité presque systématiquement présumée dès lors que cette violation est caractérisée, et ne garde une utilité que dans certains cas comme la mise en œuvre de droits-cadres (*Rahmenrechte*) tels que les droits de la personnalité, pour lesquels l'illicéité ne pourra être caractérisée qu'à la suite d'une mise en balance des intérêts en présence, en tenant compte des éventuelles libertés mises en jeu[410].

2. Explication des divergences historiques

79. Disparition et renouveau du droit commun européen. Malgré les nuances, l'étude comparée des droits positifs nous livre un constat sans appel, celui de l'originalité de la clause générale de droit français. Ces divergences entre les systèmes juridiques européens ne constituent pourtant pas des accidents de l'histoire, et les comprendre permet de résister à la tentation contemporaine de vouloir les lisser, dans un souci de convergence des systèmes européens. Il faut alors pouvoir identifier le moment où, à partir de racines communes, ces systèmes ont divergé. Ainsi, le constat présent d'une différence de droit positif entre les pays européens renvoie au passé juridique commun de ce territoire un temps unifié. Avant que chacun ne prenne

[409] Pour qui l'illicéité ne peut être caractérisée que par la violation d'une interdiction légale ou du droit absolu d'autrui. Sur les hésitations des différentes commissions de rédaction du BGB entre *numerus clausus* et clause générale, v. P. MOSSLER, « The discussion on general clause or numerus clausus during the preparation of the German Civil Code », in *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts,* Eltjo J.H.SCHRAGE (dir.), Berlin, Dunckler & Humblot, 2001, p. 361 et s. L'auteur souligne la filiation intellectuelle entre le projet de la 1ère commission et celui de la 2ème, qui deviendra le *BGB*, malgré d'apparentes différences. Il montre notamment comment le projet rédigé par la première Commission, alors qu'il semble faire place à une clause générale de responsabilité, est en réalité dominé par la pensée des Pandectes et leur approche restrictive de la responsabilité.
[410] M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 324 ; M. FROMONT, J. KNETSCH, *Droit privé allemand*, LGDJ, 2ème éd., 2017, n° 365.

définitivement acte de sa propre législation à travers l'entreprise de codification, une certaine unité juridique, du moins du côté de la doctrine, a été maintenue pendant plusieurs siècles. L'existence, discutée, de ce droit commun européen, suscite aujourd'hui de nouvelles passions, dont il faudra se méfier. Afin de ressusciter un esprit européen, et de renouer avec une tradition oubliée, une partie de la doctrine en exalte désormais l'importance, au-delà des droits propres à chaque pays, Ainsi, le pluralisme de systèmes juridiques doit son existence à l'abandon progressif d'un droit commun européen (a), qui connaît aujourd'hui un renouveau doctrinal (b).

a) L'abandon d'un droit commun européen

80. Disparition et renouveau d'une unité juridique et idéologique : la redécouverte du droit romain. Si chaque pays d'Europe a progressivement développé, depuis la chute de l'Empire romain d'Occident, et les invasions barbares, un droit propre, la science du droit a perpétué, pendant plusieurs siècles, l'idée d'un droit universel, constitué de règles communes à tous. Ainsi, bien que l'unité juridique formée par le droit romain ait concrètement disparue, le droit savant maintient pendant longtemps une forme d'unité intellectuelle sur le territoire européen. On oppose alors classiquement, au Moyen-Âge, le *jus commune* aux *jura propria.* Il faut néanmoins dissocier l'histoire des pays de *Common law* et ceux dit de droit continental, plus particulièrement ceux appartenant à la famille *romano-germanique*. Le droit anglais s'est en effet constitué à l'écart du continent, sans réellement se nourrir de l'apport des romanistes qui, au Moyen-Âge, font revivre le droit romain en le mâtinant de droit canonique[411]. Dans l'Europe continentale en revanche, à partir du XII^{ème} siècle, ce droit savant élaboré par les romanistes en opposition aux coutumes locales, qui se préoccupe de ce qui doit être, et non de ce qui est[412], irrigue progressivement l'ensemble des Universités. La circulation des professeurs et étudiants, et avec eux des idées, est

[411] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporain, op. cit.*, n° 254 et n° 268. Le droit anglais est issu d'une longue tradition historique qui, en plus d'avoir été préservée des influences continentales, ne connaît pas les bouleversements qui font l'évolution des droits continentaux, à savoir la renaissance du droit romain et son impact sur la constitution de systèmes juridiques centrés autour des relations entre individus, et donc du droit civil, et la codification nationale.
[412] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporain, op. cit.*, n° 30 : le droit est ainsi un *Sollen*, et non un *Sein*.

particulièrement intense en Europe à cette époque et contribue à la naissance d'une « culture juridique commune »[413]. Dans les Universités anglaises en revanche, dont l'existence remonte pour certaines au XIII[ème] siècle, et qui ont, à l'instar du reste de l'Europe, enseigné le droit romain et le droit canon, ce droit savant n'a pas su pénétrer ni l'esprit des juristes, plutôt formés par la pratique que par les universitaires, ni l'élaboration du droit[414].

81. Renouveau d'une unité juridique et idéologique : l'influence du droit naturel. Par la suite c'est l'École du droit naturel, qui, tout en effectuant une première rupture idéologique avec le droit romain, et donc le *jus commune*, diffusera, dans le continent, sa vision universaliste d'un droit qui se construit en système, et prend sa source dans la Raison humaine[415]. On parlera alors, plus que de « droit commun », de « patrimoine juridique commun » à l'Europe. Si l'impact des écrits de GROTIUS, sur l'élaboration du droit français, et en particulier de la clause générale de responsabilité, reste discuté[416], en revanche l'influence hollandaise sur le droit allemand est bien plus évidente[417], à commencer par la formation intellectuelle de certains auteurs fondamentaux tels que PUFENDORF, ou encore THOMASIUS. À partir de GROTIUS et PUFENDORF, une certaine conception de la responsabilité va se diffuser en Europe, une conception normative centrée autour de la faute et non seulement autour de l'idée de juste compensation, centrée sur la violation des devoirs et non seulement les conséquences de cette violation, les dommages et leur hiérarchie[418]. Cette vision jusnaturaliste de la responsabilité s'incarnera dans un instrument bien particulier, la

---

[413] O. DESCAMPS, « Histoire de la responsabilité civile en France », in *Flexibles notions*, *La responsabilité civile*, D. FENOUILLET (dir.), 2020, p. 4 et s., spéc. p. 9. L'auteur cite sur cette question P. RICHÉ, J. VERGER, *Maîtres et élèves au Moyen Âge,* Fayard, 2013, p. 185.
[414] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORÉ, *op. cit.*, n° 288. *Contra* É. AGOSTINI, *Droit comparé,* 1[ère] éd., 1988, p.161 et s. : l'auteur tend à rapprocher les systèmes de droit continentaux et de *Common law* quant à leur réception du droit romain, en démontrant que l'accueil du droit romain ne s'est fait pour les premiers que sous « bénéfice d'inventaire », tandis que son rejet par les seconds s'est accompagné d'une « faculté de repentir ». *Adde* M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne, op. cit.,* p.558 : l'auteur oppose les doctrines continentales, d'inspiration rationaliste, des doctrines d'origine anglaise, empreintes d'empirisme et de pragmatisme.
[415] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORÉ, *op. cit.*, n° 35.
[416] V.*supra*, n° 59 et s.
[417] R. FEENSTRA, « Zum Ursprung der deliktischen Generalklauseln in den modernen europäischen Kodifikationen », *op. cit. ;* O. DESCAMPS, « La responsabilité dans le Code civil », *Histoire de la Justice* 2009/1, n° 19, p.291 et s., spéc. p.298.
[418] N. JANSEN, « Duties and Rights in Negligence : A Comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability », *Oxford Journal of Legal Studies,* 2004, vol.24, n° 3, p. 443 et s. L'auteur souligne que cette vision de la responsabilité accompagne également l'expansion du *tort* de *negligence* en droit anglais aux XVIII[ème] et XIX[ème] siècles.

clause générale de responsabilité, marqueur des premières grandes codifications des XVIII[ème] et XIX[ème] siècles : le Code civil français bien sûr, mais déjà avant lui l'*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*, code de loi unifié de la Prusse de 1794[419], et à sa suite l'ABGB (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*), code civil autrichien de 1812[420] et le Code suisse des obligations de 1881[421].

82. Clause générale et BGB. Ces codifications dites de « droit naturel » nourriront les débats autour de l'adoption du *BGB* au cours du XIX[ème], puisqu'outre l'influence savante, le droit qui en découle était directement applicable sur une partie du territoire allemand[422]. Le premier projet de *BGB* issu de la première Commission de rédaction reste ambigu sur l'adoption d'une véritable clause générale de responsabilité, mais l'influence prédominante de WINDSCHEID et de l'école pandectiste laisse à penser qu'il n'y était pas favorable[423]. Les discussions autour de la clause générale de responsabilité continueront lors de la rédaction du second projet de *BGB* par la deuxième commission de rédaction mise en place par le *Bundesrat* le 4 décembre 1890.

---

[419] § 8, 10 ALR I, 6 : « Wer jemand ohne Recht Schaden zufügt, der kränkt und beleidigt denselben » ; « Wer einen anderen aus Vorsatz oder grobem Versehen beleidigtn muß demselben vollständige Genugtuung leisten », en français : « Celui qui cause de manière illicite un dommage à autrui le blesse et l'insulte » ; « Celui qui intentionnellement ou par négligence grave insulte autrui lui doit réparation intégrale ».

[420] §1295 *ABGB* : « Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein », en français « Chacun est fondé à exiger de celui qui cause un dommage la compensation des dommages causés par sa faute ; le dommage peut avoir été causé par la violation d'une obligation contractuelle ou sans lien avec un contrat ».

[421] On pourrait y ajouter le *BGB* Saxon de 1863 ou le *Dresden Entwurf* de 1866 qui adoptèrent également une clause générale. V. P. MOSSLER, « The discussion on general clause or numerus clausus during the preparation of the German Civil Code », *op. cit.,* p. 361 et s.

[422] À la suite de la chute du Saint Empire romain germanique en 1805, l'unité juridique du territoire allemand, constituée par l'application du droit romain, s'effondre, et le Code civil français, dit Code Napoléon, prend le relais dans de nombreux États allemands, notamment ceux de la Confédération du Rhin, sous protectorat napoléonien. Lorsqu'en 1813, cette domination napoléonienne est combattue, la question se pose de nouveau du choix d'un droit applicable, alors que le territoire allemand est morcelé en une quarantaine d'États. Le Code Napoléon reste ainsi applicable à certains endroits de l'actuelle Allemagne, dont, outre les provinces du Rhin, l'Alsace et la Lorraine. Pour parfaire l'unité allemande à la fin du XIX[ème] siècle, le Code civil français s'imposait donc comme l'un des choix potentiels. V. O. BEAUD, « L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne toute entière. Considérations sur l'impensé "territorial" dans la pensée juridique de Savigny », *Droit & Philosophie,* vol.1, 2009, p.9 et s., spéc. p. 11 et s. Le Code civil français était également indirectement appliqué dans le grand-duché de Bade, soumis au *Badisches Landrecht*, un Code directement inspiré du Code civil. V. R. ZIMMERMANN, « Savigny's legacy. Legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science », *Law Quarterly Review,* 112, 1996, p. 576 et s.

[423] P. MOSSLER, « The discussion on general clause or numerus clausus during the preparation of the German Civil Code », *op. cit.,* spéc. p. 370 ; H.-P. BENÖHR, « Die Redaktion der Paragraphen 823 und 826 BGB », in *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, R. ZIMMERMANN (dir.), 1999, p. 510 et s. *Adde* sur l'influence de WINDSCHEID et de l'école pandectiste sur ce premier projet, R. ZIMMERMANN, « Characteristic Aspects of German Legal Culture », in *Introduction to German Law*, J. ZEKOLL, G. WAGNER (dir.), 3[ème] éd., 2019, p.1 et s., spéc. p.8.

Le professeur von CUNY plaide alors en faveur d'un §704 formulé en ces termes : « Celui qui cause de manière illicite, avec intention ou par négligence, un dommage à autrui, est obligé à le réparer »[424]. Il insiste sur les vertus d'une clause générale, considérant qu'il appartient au juge et à la doctrine de tracer les contours de la responsabilité au cas par cas, et s'appuie sur le précédent de l'application du droit prussien et du Code civil français sur le territoire allemand pour souligner le caractère juste et équitable des décisions prises sur le fondement d'une telle clause générale[425]. Le droit allemand en germe est alors tiraillé entre l'influence certaine du droit naturel, et celle, puissante, de la doctrine de l'école pandectiste qui se veut un droit commun, un *gemeines Recht*, influence à laquelle cèdera la version finale du *BGB*.

83. L'impact des codifications. Au-delà de l'influence du droit naturel, la plupart des pays européens ont été touchés par le développement, aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles, d'une philosophie libérale, centrée sur l'individu et le développement des droits subjectifs, que l'on désignera de manière unitaire comme le courant des Lumières, bien qu'il renvoie à une réalité très hétéroclite[426]. Les points de contact idéologiques et philosophiques entre les systèmes juridiques sont alors très nombreux, et la circulation des textes et des idées se fait avec une intensité et une fluidité sans pareille sur le continent européen[427]. Marqués par un fond commun de droit romain, et nourris d'influences philosophiques similaires, ils auraient ainsi pu aboutir à l'élaboration de normes semblables. En ce sens, les grandes codifications marquent une véritable rupture, tant avec le droit commun qui existait, du moins dans les Universités, sur le territoire européen, qu'avec le droit local, souvent coutumier, propre à chaque territoire. Il y a pourtant derrière chaque grande codification, la volonté de figer dans le marbre un droit universel, valable pour tout un chacun, héritage de l'esprit des jusnaturalistes. Il existe ainsi une tension entre la volonté des rédacteurs des divers Codes d'accomplir, dans le droit positif, le dessein universaliste de l'École du droit naturel, et ce qu'il en adviendra ensuite, un isolement de chaque système juridique,

[424] « Wer einem Anderen widerrechtlich Schaden zufügt, sei es aus Vorsatz, sei es aus Fahrlässigkeit, ist ihm zum Ersatze verpflichtet ».
[425] P. MOSSLER, « The discussion on general clause or numerus clausus during the preparation of the German Civil Code », *op. cit.,* spéc. p. 382.
[426] V. J.-F. NIORT, « Retour sur "l'esprit" du Code civil des Français », *op. cit.*
[427] X. MARTIN, « Sur l'archétype du Code civil naissant », *op. cit.,* spéc. p.203 à 211 : l'auteur met en lumière ces influences mutuelles de divers auteurs à travers l'Europe, en particulier de HOBBES et de LOCKE chez les penseurs français des Lumières.

avec ses particularités, en écho au replis nationaux qui caractériseront le XIX^{ème} et le XX^{ème} siècle[428].

La vocation universaliste qui a dominé l'enseignement juridique dans les Universités aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles s'est ainsi heurtée à une réalité : l'élaboration d'un droit positif, par le biais d'une codification, ne pouvait se faire que pour un territoire donné, dans un contexte politique, sociologique et économique particulier. Le refus de l'Allemagne de s'inspirer du modèle de Code civil français marquera le point d'orgue de cette disparition d'un droit commun et est parfaitement illustré par la célèbre controverse allemande entre THIBAUT et SAVIGNY à propos de l'entreprise de codification[429]. Le second, tenant de l'École historique, tient en estime la science du droit bien plus que le droit légiféré, qui ne tient pas assez compte du processus lent et progressif d'élaboration des normes locales, portant l'histoire d'un peuple et d'un territoire[430]. Il s'opposera ainsi aux projets de Codes universalistes et

[428] R. MICHAELS, « Code vs Code : Nationalist and Internationalist Images of the Code civil in the French Resistance to an European Codification » (2012) 8, *European Review of Contract Law* 277. L'auteur rappelle que cette tension entre universalisme et nationalisme était présente dès l'adoption du Code civil en 1804, et ce dans l'esprit même de celui qui restera comme son initiateur. Napoléon lui-même, tout en ayant fait du Code civil un monument français, déplorait son absence de destin européen : « Pourquoi mon Code Napoléon n'eût-il pas servi de base à un Code européen ? De la sorte, nous n'eussions réellement, en Europe, composé qu'une seule et même famille. Chacun, en voyageant, n'eût pas cessé de se trouver chez lui ». Citation tirée de E. de LAS CASES, *Le mémorial de Sainte-Hélène*, vol.7, Paris, Lecointe, 1828, p.353.

[429] En 1814, dans une Allemagne sans unité politique ni juridique, deux historiens s'affrontent sur la question de la codification. Suite à la publication par Anton Friedrich THIBAUT d'un opuscule nommé *De la nécessité d'un droit civil général pour l'Allemagne (Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland)*, Friedrich Carl von SAVIGNY répondra par un ouvrage nommé *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit (Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)*. V. A. DUFOUR, « L'idée de codification et sa critique dans la pensée juridique allemande des XVIII^{ème}-XIX^{ème} siècles », *Droits,* n° 24, *La codification,* 1996, p. 45 et s., spéc. p.51 ; J. LE RIDER, « La codification, objet de la controverse Thibaut-Savigny », in *La codification : perspectives transdisciplinaires*, G. KAMECKE, J. LE RIDER (dir.), 2007, p. 161 et s. Sur cette controverse, v. également O. BEAUD, « L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne toute entière. Considérations sur l'impensé "territorial" dans la pensée juridique de Savigny », *in* « La codification du droit, Savigny et la France », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol.I – 2009, Dalloz, 2010, p.9 et s.

[430] C. BUFNOIR, J. CHALLAMEL, J. DRIOUX, F. GÉNY, P. HAMEL, H. LÉVY-ULLMANN, R. SALEILLES, *Code civil allemand traduit et annoté,* Collection des principaux codes étrangers, « Le droit à formation évolutive s'opposait au droit à formation mécanique, par voie d'élaboration d'un texte légal, le *Gesetzesrecht »* ; R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporain*, *op. cit.,* n° 44.

rationalistes pour l'Allemagne[431]. Par la suite, ce sont les Universités elles-mêmes qui ont abandonné ce projet d'un droit commun, et portées par le nationalisme ambiant, se sont rangées à une attitude de positivisme législatif excessif, les conduisant à ne faire plus que de l'exégèse des textes[432]. Cette attitude positiviste contribue à masquer aujourd'hui encore, selon Michel VILLEY, le rôle des Universités, de la doctrine, dans la formation d'un droit commun tiré de la Raison, dont les grands principes irriguent encore notre droit[433].

84. Explication des divergences de droit positif. Malgré la volonté des codificateurs européens de retranscrire dans le droit positif un projet universel, les grandes codifications auront pour destin d'entériner l'existence de systèmes juridiques irréconciliables. L'adoption du *BGB* allemand marquera à ce titre un tournant, proposant un système en de nombreux points éloignés du droit civil français fraîchement rénové. Le refus d'une clause générale de responsabilité au profit d'un système de protection d'intérêts spécifiques, en est l'un des exemples marquants. Proposée par le premier projet de *BGB*, et discutée par la seconde Commission de rédaction, elle sera finalement rejetée à une faible majorité de 10 voix contre 8[434]. Les rédacteurs mettent en garde contre le danger d'une telle norme générale qui laisserait tout pouvoir au juge, un pouvoir qui serait contraire non seulement à la position de la doctrine, mais surtout à la conception que se fait le peuple allemand du pouvoir

[431] Cela ne signifie pas pour autant que SAVIGNY s'oppose à la formation d'un droit civil unitaire pour toute l'Allemagne. Au contraire, tout comme THIBAUT, il est convaincu de la nécessité de réussir cette unité juridique, sur un territoire qui ne dispose d'aucune unité politique et constitutionnelle. Il s'oppose à lui sur le moyen d'y parvenir, et notamment sur la place que doit occuper, dans le futur droit civil, le droit romain, et par extension, la Science du droit qui le modernise. Si SAVIGNY fait de ce droit romain renouvelé la clé de l'unité juridique, THIBAUT le rejette, et lui préfère une législation radicalement nouvelle, adaptée à son temps, fondée sur le primat de la Raison. V. O. BEAUD, « L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne toute entière. Considérations sur l'impensé "territorial" dans la pensée juridique de Savigny », *op. cit.,* spéc. p.15 et s. ;

[432] R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, M. GORÉ, *Les grands systèmes de droit contemporain, op. cit*., n° 50 et 51 ; R. FEENSTRA, « Grotius et le droit européen », *op. cit.,* spéc. p.455 : « La réorganisation de l'enseignement juridique au lendemain de la codification […] a été orientée vers l'idée que seuls les textes législatifs étaient importants pour connaître le droit ».

[433] M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne, op. cit.,* spéc. p.558.

[434] A. ACHILLES, A. GEBHARD, P. SPAHN (dir.), *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, vol. II, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 2711. *Adde* R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, *op. cit*., p.1036, note 251. La proposition de clause générale de VON CUNY est rejetée au profit d'une proposition faite par la pré-commission du Ministère de la Justice. Cette pré-commission avait été formée avant la seconde Commission, et a délibéré sur le premier projet de BGB, sans à aucun moment prendre en considération l'éventualité d'une clause générale. L'influence de cette pré-commission n'a été découverte qu'en 1974 lorsqu'un auteur, Peter KÖGLER, a mis en lumière le fait que de nombreuses décisions prises par la seconde Commission avaient en réalité déjà été prises par la pré-commission. V. P. KÖGLER, *Arbeiterbewegung und Vereinsrecht*, Berlin, 1974, p. 78 et s.

judiciaire, et qui pourrait conduire à des dérives similaires aux décisions des tribunaux français en la matière[435]. Les membres de cette Commission soulignent alors l'importance d'une norme dont la mise en œuvre répondrait à des critères objectifs bien définis, dont le juge puisse immédiatement s'emparer[436].

85. Une construction contre le modèle français. Ce refus de la clause générale illustre le besoin de la jeune nation allemande de se construire contre le modèle français[437]. La domination napoléonienne au début du XIX^{ème} sur une partie du territoire a en effet cristallisé, chez une partie de la doctrine, un sentiment nationaliste fort, qui s'exprime notamment par le rejet du Code civil français, et la recherche d'un modèle qui s'en distingue. Le contexte juridique est par ailleurs particulier en Allemagne, qui entretient avec le droit romain un lien étroit puisque jusqu'à sa chute en 1805, le Saint-Empire romain germanique offrait, par le biais d'un droit romain applicable sur tout le territoire, une unité au pays[438]. L'influence tardive du courant de l'*Usus Modernus Pandectarum* a mené l'esprit de ce droit romain jusque dans l'élaboration du Code allemand[439], dont l'un des hommes forts, WINDSCHEID, est l'un des plus célèbres représentants, et était favorable à l'adoption d'une responsabilité

---

[435] A. ACHILLES, A. GEBHARD, P. SPAHN (dir.), *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, vol. II, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 2718.

[436] S. WOYCIECHOWSKI, *Haftungsgrenzen im französischen Deliktsrecht. Zur Reichweite der delikitischen Generalklauseln in Art. 1382 f. Code. Civil*, Mohr Siebeck, 2017, p.1. *Adde*, sur ces discussions préliminaires à l'adoption du BGB : A. ACHILLES, A. GEBHARD, P. SPAHN (dir.), *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, vol. II, *Recht der Schuldverhältnisse* ; P. MOSSLER « The discussion on general clause or numerus clausus during the preparation of the German Civil Code », *op. cit.,* p. 361 et s.

[437] Si l'Allemagne n'est, pendant tout le XIX^{ème} siècle, qu'un composite de divers États, le sentiment d'existence d'une Nation allemande, soudée par une unité culturelle, y est fort et cherche à se transcrire dans une unité juridique. O. BEAUD, « L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne toute entière. Considérations sur l'impensé "territorial" dans la pensée juridique de Savigny », *op. cit.*, spéc. p.11 et s. Sur la construction du *BGB* contre le Code civil, v. également R. ZIMMERMANN, « Savigny's legacy. Legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science », *Law Quarterly Review* 112, 1996, p. 576 et s. ; J. LE RIDER, « La codification, objet de la controverse Thibaut-Savigny », in G. KAMECKE, J. LE RIDER (dir.), *La codification: perspectives transdisciplinaires*, 2007, p. 161et s.

[438] O. BEAUD, « L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne toute entière. Considérations sur l'impensé "territorial" dans la pensée juridique de Savigny », *op. cit.*, spéc. p.11

[439] On notera alors le rapport ambivalent de la codification allemande au droit romain, puisque l'entreprise même de codification apparaît au départ comme celle louée par THIBAUT contre SAVIGNY, à savoir une codification qui prend acte de la disparition du droit romain impérial, applicable sous le Saint Empire, et qu'il faut désormais remplacer par une législation civile moderne, propre à l'Allemagne. V. O. BEAUD, « L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne toute entière. Considérations sur l'impensé "territorial" dans la pensée juridique de Savigny », *op. cit*., spéc. p. 13.

au domaine limité[440]. L'héritage du droit naturel sera alors écarté au profit de l'approche rationnelle des pandectistes, réalisant ainsi un changement de paradigme : la fin d'une période marquée par la domination du Code civil français sur la pensée juridique européenne au profit d'une pensée marquée par la rationalité du Code allemand. Car le *BGB* a lui aussi rayonné au-delà des frontières nationales, y compris dans des pays qui avaient été les pionniers d'une codification de droit naturel, changeant le destin des clauses générale de responsabilité qu'ils avaient adoptées[441].

86. L'influence du contexte idéologique. Le contexte idéologique, enfin, peut expliquer ce rejet. La religion, on a pu le voir, a joué un rôle crucial dans l'émergence du principe de responsabilité personnelle, tant, depuis l'époque médiévale, par le biais du droit canon, que par celui, plus récent, de la tradition janséniste, dont sont nourris nombre de rédacteurs du Code civil[442]. Cette tradition intellectuelle empreinte de christianisme s'exprime par ailleurs, en 1804, dans un contexte particulier qui est celui d'une France marquée par la période révolutionnaire, les bouleversements qu'elle a induits, tout comme des excès qu'elle a produits[443]. De l'autre côté du Rhin, l'ancrage progressif du protestantisme luthérien depuis le XVI^{ème} bouleverse cette unité religieuse et donc idéologique. Elle explique, notamment, le rejet de la Seconde scolastique espagnole, qui sera pourtant déterminante dans la construction du droit

[440] R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, op. cit*., spéc. p.1036 : l'auteur rappelle que, malgré l'élargissement progressif des conditions de la responsabilité par les juristes qui réinterprètent le droit romain, les pandectistes resteront favorables à une responsabilité au domaine limité, à l'image du droit romain.

[441] En Autriche, la réception de la pensée de l'école historique s'est faite dès le XIX^{ème} siècle grâce à Joseph UNGER, disciple de SAVIGNY qui fut nommé professeur à Vienne en 1857, et qui a grandement participé au développement du droit autrichien. Il a soutenu une interprétation du code jusnaturaliste autrichien à travers une grille de lecture pandectiste, ce qui a offert à l'*ABGB* un destin bien différent du Code civil français. C'est encore aujourd'hui son œuvre fondamentale, *System des Österreischichen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches,* publié entre 1856 et 1859, qui fournit la structure de pensée du droit civil autrichien. Sur le contexte politique qui a permis l'émergence d'une telle pensée en Autriche, v. W. DORALT, « Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch », in *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, J. BASEDOW, K. J. HOPT, R. ZIMMERMANN (dir.), vol.1, 2012, p. 45 et s., spéc. p. 48 et 49. L'auteur souligne que c'est à la suite des grandes révoltes de 1848 qui ont ébranlé toute l'Europe que le pouvoir impérial autrichien, une fois rétabli, décide de procéder à une grande réforme de l'éducation, considérant qu'une éducation trop libérale constituait un risque majeur de révolution. Dans ce contexte, l'enseignement du droit naturel est pointé du doigt comme étant trop libéral, et de ce fait comme une potentielle source de remise en cause du pouvoir.

[442] J.-F. NIORT, « Retour sur "l'esprit" du Code civil des Français », *op. cit.,* p.128 et s. : l'auteur rappelle avec force l'importance de la religion chrétienne chez les quatre rédacteurs du Code, à commencer par PORTALIS, qui bien que gagné en partie par l'esprit des Lumières, ne détache pas la morale, ni le progrès de la religion chrétienne. Le droit naturel reste pour lui un droit d'origine divine.

[443] J.-F. NIORT, « Retour sur "l'esprit" du Code civil des Français », *op. cit.* p.128 et s. : l'auteur montre que, contrairement aux idées reçues, les rédacteurs du Code appartiennent à un courant plus néo-monarchiste et néo-chrétien que rationaliste et républicain.

commun savant[444]. Ces deux traditions, catholique d'un côté et protestante de l'autre, ont pu induire deux conceptions de la responsabilité : si les rédacteurs du Code civil s'intéressent particulièrement au sort de la victime, ceux du *BGB*, marqués par la pensée libérale, ont en tête la préservation de la liberté d'agir et d'entreprendre des individus[445]. Les premiers ont donc préféré une responsabilité excessivement générale, permettant de prendre en charge tout dommage, tandis que les seconds ont opté pour une responsabilité bornée, instrument privilégié d'une société marchande. La composition de la seconde commission d'adoption du *BGB* n'est probablement pas étrangère à cette orientation : alors qu'au sein de la première commission ne figuraient que des juristes et universitaires, la seconde faisait une place aux représentants du monde financier, dans un souci affiché d'ancrer le futur Code dans le monde réel[446]. Le *BGB*, et particulièrement la conception allemande de la responsabilité qui y figure, s'enracine donc sur le territoire de la nouvelle Nation allemande par opposition au modèle français, proposant alors un modèle nouveau au reste des Nations en devenir.

b) Le renouveau d'un droit commun européen ?

87. Un droit commun exalté. L'histoire des divergences entre les systèmes juridiques européens, c'est donc l'histoire de la disparition d'un droit commun européen, dont la construction aurait été brutalement stoppée par les grandes codifications du XIX^{ème} et du XX^{ème} siècle. Mais ce « droit commun » européen a-t-il autant d'importance historique que ce que certains historiens veulent lui accorder ? Et s'il correspond bien à une réalité historique observable, quelles leçons peut-on en tirer aujourd'hui ? Ces questions se sont récemment posées à de nombreux historiens du

[444] R. FEENSTRA, « Grotius et le droit privé européen », *op. cit.,* spéc. p.455.
[445] O. BERG, *La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages, Essai d'une théorie en droit français et allemand*, Bruylant, 2006, n° 65 à 75 ; « L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française », *RTD civ. 2006*, p.53 et s., spéc. n° 2. *Adde* P. MOSSLER, *op. cit.,* p.385 : l'auteur relève que pour la seconde commission de rédaction du BGB, le droit de la responsabilité doit avoir pour objet de protéger la sphère des droits individuels, ce qui les pousse à retenir un nombre limité d'actes illicites, tels qu'on les retrouve aux §§ 823 et 826 actuels du *BGB*. Les juges ne doivent pas être en mesure de redéfinir cette notion d'illicéité afin d'étendre le champ de la responsabilité. V. A. ACHILLES, A. GEBHARD, P. SPAHN (dir.), *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, vol. II, *Recht der Schuldverhältnisse*, p. 2711.
[446] V. S. WOYCIECHOWSKI, *Haftungsgrenzen im französischen Deliktsrecht. Zur Reichweite der delikitischen Generalklauseln in Art. 1382 f. Code. Civil*, *op. cit*., p. 2.

droit, partis du constat d'une forme de regain d'intérêt pour cette part de l'histoire de la science juridique européenne dans certains pays du continent. En Allemagne et en Italie, à partir du XX^{ème} siècle, la notion de *jus commune* est devenue un objet d'étude incontournable de l'historiographie juridique, et le support d'un courant de pensée très particulier, dont peu d'historiens français ont su mesurer la portée[447]. Si l'existence de ce *jus commune* constitue une réalité historique indéniable[448], elle a été présentée par cette nouvelle école comme la « référence fondamentale de l'histoire du droit européen »[449], une sorte d'« âge d'or » perdu de l'unité juridique européenne, un ordre juridique à part entière présent partout, et capable de transcender les frontières[450]. Dans cette perspective, les codifications nationales sont présentées comme des « cassures », des « déchirures » de cette communauté de droit[451]. Les essors nationaux du XIX^{ème} siècle constituent dès lors une forme de rupture regrettable.

Cette présentation, critiquée aujourd'hui par un certain nombre d'historiens français, ignore deux phénomènes historiques de taille. Elle minimise tout d'abord l'importance, depuis le Moyen-Âge, de la construction de droits propres à chaque territoire, par le biais notamment des coutumes locales, y compris en Allemagne, où le

---

[447] J.-L. HALPÉRIN, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *RIDC*, vol.52, n° 4, oct-déc. 2000, p.717 et s., spéc. p. 718-722. L'étude approfondie de la notion de *jus commune*, et le débat autour de sa réalité comme source historique fondamentale de l'histoire juridique des pays européens, apparaît chez les historiens français dans les années 1990. V. M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « Le droit commun européen entre Histoire et Raison », *Droits,* 1991, n° 14, p.27 et s., spéc. p. 28 : l'auteur évoque l'idée selon laquelle, pour certains historiens, le droit commun européen ne serait qu'un « fantasme de l'historien », relevant de la « construction méta-historique »; O. BEAUD, « Ouverture : L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *Droits*, 1991, n° 14, p. 3 et s., spéc. p.5 : « L'effet pratique de ce système est que le droit enseigné équivaut au droit appliqué ».

[448] Il faut néanmoins en préciser les frontières, puisque, à partir de 1054, le schisme orthodoxe sépare l'Europe orientale et centrale de l'Europe occidentale, restée catholique. La communauté culturelle, et en ce qui nous concerne, juridique, qui naît au Moyen-Âge de la renaissance du droit romain mêlé au droit canon, « épouse des frontières […] qui suivent, en gros, une ligne de partage d'ordre socioculturel, née du schisme orthodoxe, dont la géopolitique reconnaît encore aujourd'hui la validité ». V. O. BEAUD, « Ouverture : l'Europe entre droit commun et droit communautaire », *op. cit.*, spéc. p.4.

[449] J.-L. HALPÉRIN, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *op. cit.*, spéc. p.722.

[450] J.-L. HALPÉRIN, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *op. cit.*, spéc. p.721. L'auteur fait ici notamment référence à l'école allemande d'étude du droit commun, qui prend un tournant en 1973, à l'Institut Max Planck de Francfort, lorsque la revue pour l'histoire du droit européen (*Zeitschrift für Europäische Geschichte*) est symboliquement renommée, par Helmut COING, *Jus commune.* Cet historien allemand sera par ailleurs l'un des artisans de ce renouveau du droit commun en Allemagne, avec la publication des deux tomes de son ouvrage *Europäisches Privatrecht* en 1985 et 1989. *Adde* M. DELMAS-MARTY, HE LINXIN, « Vers un *jus commune* universalisable ? », Note terminologique in *Vers un droit commun universalisable,* Séminaire de recherche coordonné par M. DELMAS-MARTY, K. MARTIN-CHENUT, L. D'AMBROSIO, 10-12 avril 2017, Château de Goutelas.

[451] J.-L. HALPÉRIN, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *op. cit.*, spéc. p.721. *Adde* A. GAMBARO, R. SACCO, L. VOGEL, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs,* LGDJ, 2011, n° 99 : les auteurs semblent aller dans ce sens d'une unité intellectuelle européenne perdue par les codifications du XIX^{ème} siècle.

droit romain occupe pourtant une place importante[452]. Ces droits locaux sont parfois eux-mêmes désignés comme un « droit commun coutumier », dont le *jus commune* n'a pas le monopole[453]. Elle perçoit toute codification nationale, ensuite, et notamment le Code civil de 1804, comme un événement brutal, signifiant à lui seul la disparition du droit commun. Or, la montée du sentiment national est en réalité progressive dans toute l'Europe, à partir du XVI^{ème} siècle, et va de pair avec un affaiblissement notable du droit romain, qui n'a qu'une place supplétive, et un renforcement des lois territoriales[454]. Enfin, la portée de ce « droit commun » est exagérée par ce courant historique qui tend à raconter l'histoire du droit par le prisme unique des constructions doctrinales, du droit savant. Or, si ce phénomène correspond bien à une réalité en ce qui concerne la « science du droit », elle ne reflète pas le droit dans son entier, et son étude ne peut rendre compte à elle seule de l'histoire juridique des pays européens[455].

88. Un droit commun instrumentalisé. Cette exaltation de l'histoire européenne comme celle d'une communauté de droit procède souvent, soit d'une démarche subjective, propre aux historiens allemands et italiens, soit d'une démarche militante, visant à faire de la redécouverte d'un droit commun disparu l'instrument d'une

[452] J.-L. HALPÉRIN, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *op. cit.*, spéc. p.722 et s.. L'historien rappelle ainsi l'importance jouée par les coutumes et le droit territorial en Allemagne, y compris pendant le règne du Saint Empire romain germanique. *Adde* M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « Le droit commun européen entre Histoire et Raison », *op. cit.*, spéc. p. 31 et s. : l'historienne nuance ce propos en faisant du droit romain, non pas un droit commun directement applicable, mais un socle de principes communs dont chaque *« règle particulière devient la mise en œuvre »*.

[453] N. BALAT, *Essai sur le droit commun,* LGDJ, 2016, n° 7 : l'auteur rappelle la multiplicité de sens de l'expression « droit commun », qui peut notamment désigner, sous l'ancien droit, le droit romain, comme la somme des coutumes du pays, ou encore seulement la coutume de Paris ; M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « Le droit commun européen entre Histoire et Raison », *op. cit.*, spéc. p.30.

[454] J.-L. HALPÉRIN, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *op. cit.*, spéc. p. 724 et 727. *Adde*, pour relativiser le rôle de la codification dans la disparition d'un droit commun européen, O. BEAUD, « Ouverture : L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *op. cit.,* spéc. p.8. L'auteur rappelle notamment que les grandes codifications française et allemande servent de modèles en Europe, et participent ainsi paradoxalement à une plus grande circulation des idées. Par ailleurs, c'est à cette époque qu'il place la véritable première rupture avec l'idée d'un « droit commun européen applicable », effectuée par les tenants de l'École du droit naturel qui, tout en diffusant une nouvelle forme d'idéologie commune à l'Europe, appellent à une étatisation du droit, basée notamment sur la notion de souveraineté développée par BODIN dans son traité *Les 6 Livres de la République* paru en 1576.

[455] J.-L. HALPÉRIN, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *op. cit.*, spéc. p. 726 et 727 ; O. BEAUD, « Ouverture : L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *op. cit.*, spéc. p.4 : l'auteur rappelle que ce que l'on nomme droit commun à l'époque médiévale n'utilise le droit romain non pas comme un droit fournissant des solutions directement applicables, mais plutôt comme un *« instrument de découverte du droit à appliquer »*.

harmonisation future des droits à l'échelle européenne[456]. Le premier biais, géographique, permet d'expliquer que cette pensée du *jus commune* ait été essentiellement élaborée par des juristes allemands et italiens, issus donc de pays pour lesquels le droit romain a joué un rôle fondamental[457]. Plus dérangeant est, en revanche, le biais politique, qui amène certains historiens à utiliser ce phénomène historique, et à en accentuer l'importance, afin d'en faire l'instrument d'une construction européenne à venir[458]. Dans cette perspective « militante », certains historiens du droit mêlent étude historique et comparative, afin de faire émerger les survivances de la tradition juridique romaine, particulièrement en matière de droit des obligations, dans les différents systèmes juridiques européens[459]. De cette tradition juridique commune pourrait ainsi émerger une « grammaire juridique commune à l'Europe », dont pourrait découler une « nouvelle unité juridique »[460], dont on aperçoit les premiers signes à travers les divers projets européens d'harmonisation, ou du moins dans l'adoption de principes communs, notamment en droit des contrats[461]. Bien plus qu'un véritable Code civil européen, dont le projet semble bien avoir été définitivement abandonné par les

---

[456] Ce lien entre droit commun historique et droit commun à venir, sous la forme d'un droit communautaire, irrigue l'ensemble des contributions faites à la revue *Droits* de 1991 consacrée à « L'Europe et le droit ». V. not. O. BEAUD, « Ouverture : L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *op. cit.*, spéc. p. 14 à 16.

[457] J.-L. HALPÉRIN, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *op. cit.*, spéc. p. 724. L'auteur évoque la « situation particulière de ces deux pays qui ont été, pour l'un, le berceau de la redécouverte du droit romain et, pour l'autre, le laboratoire ou le conservatoire de sa réception ».

[458] Le regain d'intérêt contemporain pour l'expression même de « droit commun » serait ainsi justifié par cette idée qu'il puisse être un « instrument d'harmonisation, sinon d'unification ». V. *Dictionnaire de la culture juridique,* dir. D. ALLAND et S. RIALS, *V°* « Droit commun », J.-L. THIREAU, PUF, 2003, p.445.

[459] L'exemple le plus abouti de cette démarche mêlant histoire et droit comparé, avec pour objectif la mise en exergue des traits communs à chaque système, est l'ouvrage de Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, op. cit.* V. not. *Ibid, Preface,* II, p. IX et s. Pour une critique de cette démarche ouvertement favorable à l'harmonisation européenne du droit des obligations, v. J.-L. HALPÉRIN, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *op. cit.*, spéc. p.721. *Adde* Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats*, LGDJ, 2004, n° 5, spéc. p.13 : l'auteur, à propos de l'instrumentalisation du droit comparé à des fins d'harmonisation juridique, déplore la « confusion entre une méthode scientifique et un objectif politique ».

[460] J.-L. HALPÉRIN, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *op. cit.*, spéc. p. 721, à propos de l'ouvrage précité de Reinhard ZIMMERMANN. Ce dernier a réaffirmé d'ailleurs, plus récemment, et nettement, cette volonté de faire du droit comparé et de l'étude historiographique des droits européens, la boîte à outils nécessaire pour aboutir à une harmonisation des droits civils à l'échelle européenne. V. R. ZIMMERMANN, « Le droit comparé et l'européanisation du droit privé », *RTD civ.* 2007, p.451 et s. Le résumé en tête de l'article est à ce titre édifiant : « Plus que jamais, le droit comparé doit aujourd'hui se pratiquer dans une visée d'harmonisation du droit privé. Il pourra y parvenir, à condition de ne pas refuser les enseignements d'une approche historique qui fait prendre conscience de la communauté d'origine des différents systèmes juridiques nationaux, et qui explique leurs divergences autrement que comme données irréductibles ».

[461] Principes du droit européen des contrats (PDEC), Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (PCCI), Projet de cadre commun de référence (PCCR), Projet de droit commun européen de la vente (DCEV), Principes de l'acquis communautaire ou encore l'Avant-projet de code européen des contrats, que l'on appelle communément le « Code Gandolfi ».

institutions européennes, ces divers projets ont surtout donné lieu à de nombreux commentaires, et ainsi conduit à la renaissance d'une véritable doctrine européenne, soucieuse de mettre en valeur ce nouvel acquis commun[462].

Si l'approche de cette nouvelle doctrine européenne est louable, et permet d'éclairer non seulement sur l'état de la pensée européenne du droit aujourd'hui, mais également sur nos propres règles[463], elle pèche souvent par une ambition non voilée de renouer avec le *jus commune* d'hier, perdu et brisé par les codifications nationales. Cette vision d'un droit commun « endormi », existant à l'état latent, et que l'Histoire ne demande qu'à réveiller, tend à nier l'importance de la formation territoriale des systèmes juridiques. Lorsque le droit savant prend le pas sur le droit positif, c'est le rapport entre le droit et la société dans laquelle il s'inscrit qui est nié[464]. Il faut dès lors prendre garde, lorsque l'on évoque la tradition, en partie commune, dont est issue la clause générale de responsabilité du Code civil, à ne pas faire de cette grande codification nationale, comme des autres, de simples « accidents » de l'Histoire. L'exaltation du droit commun d'hier, se veut souvent promotion d'un droit commun futur, dans une forme de continuité historique fantasmée qui nie la part de particularisme des droits nationaux. Le Code civil de 1804, et notamment son article 1382, s'il doit s'analyser au regard de la tradition qui le précède, et dont il se nourrit, ne peut se comprendre que dans le contexte, propre à la France, dans lequel il est élaboré. PORTALIS lui-même rejetait l'idée d'une législation brutale, qui s'imposerait à un peuple sans tenir compte de son histoire, lorsqu'il affirmait que « les lois ne sont

[462] L'exemple le plus frappant est aujourd'hui incarné par l'ouvrage titanesque des *Commentaries on European contract laws* dirigé par Reinhard ZIMMERMANN et Nils JANSEN. L'ouvrage se consacre en effet à un commentaire approfondi, mêlant approche historique et comparatiste, des divers projets d'harmonisation européenne du droit des contrats, en partant de la structure des Principes Européens du Droit des Contrats (PDEC). Il permet ainsi de ramener de la cohérence au sein d'un droit européen éclaté entre divers projets doctrinaux et institutionnels, et de mettre en lumière les traits saillants d'une pensée européenne commune. Pour un résumé plus détaillé de cette œuvre, v. J.-S. BORGHETTI, « Nils Jansen et Reinhard Zimmermann (dir.), *Commentaries on European Contract Laws* » *RTD civ.* 2019, p. 207 et s.

[463] J.-S. BORGHETTI, « Nils Jansen et Reinhard Zimmermann (dir.), *Commentaries on European Contract Laws* », *op. cit.*. Le nouveau droit français des contrats, tel qu'issu de la réforme de 2016, se rapproche désormais paradoxalement des principes du droit européen des contrats (PDEC), qui constituent eux-mêmes le modèle sur lequel les *Commentaries* sont basés. Leur lecture permet ainsi d'offrir un nouveau regard sur ces dispositions.

[464] J.-L. HALPÉRIN, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *op. cit.*, spéc. p. 726.

pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison »[465], et que celui qui les édicte doit se rappeler qu'elles « doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ». Il concluait dès lors qu'il faut « être sobre de nouveautés en matière de législation », parce qu'« au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer »[466].

89. Légitimité de la clause générale. L'article 1240 du Code civil ne constitue pas un accident de l'histoire, et la présence de la clause générale de responsabilité s'ancre dans un contexte historique, politique et culturel français et européen qui ne saurait être effacé au profit d'un droit commun européen en partie fantasmé. Quand bien même cette clause constitue une originalité dans le paysage juridique européen actuel, elle perdure comme marqueur du droit français, une spécificité culturelle qui ne saurait être absorbée dans un souci de convergence des systèmes européens, et à laquelle les acteurs du droit restent attachés, comme en attestent les projets et propositions de réforme du droit de la responsabilité[467].

B. La clause générale, atout du droit français

90. La réparation en droit comparé. Si le maintien de la clause générale de responsabilité au sein du Code civil se justifie par un ancrage historique et culturel dans le droit français, elle s'explique également par un mariage réussi entre sa flexibilité et le pouvoir des juges français : entre leurs mains elle devient un atout, qui permet d'adapter le droit de la responsabilité civile aux enjeux toujours renouvelés qui se présentent à elle. Cette capacité d'adaptation de la clause générale constitue un atout dans les mains du juge français, confronté, comme ses homologues des autres pays

[465] Cette formule semble s'opposer en tous points à celle, célèbre, de HOBBES, selon laquelle « Ce n'est pas la sagesse, c'est l'autorité qui fait une loi ». V.T. HOBBES, *Dialogue des Common-Laws d'Angleterre,* Paris, Vrin, 1990, 29, 55.
[466] PORTALIS, *Discours préliminaire,* in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET (dir.), 1836, t. I, p.463 et s., spéc. p.466 et 467.
[467] V. les articles 1241 du projet de réforme publié par la Chancellerie en mars 2017 et 1240 de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile enregistrée au Sénat le 29 juillet 2020 qui disposent respectivement « On est responsable du dommage causé par sa faute » et « Chacun est responsable du dommage causé par sa faute ». S'ils ne reprennent pas la célèbre formule de l'actuel article 1240 du Code civil, ils en gardent indéniablement l'esprit.

européens, aux nouveaux défis de la responsabilité civile. Face à ces défis, les différents systèmes, malgré des approches différentes, semblent converger vers un objectif similaire, la réparation des dommages (1), mais disposent pour se faire de moyens divergents, parmi lesquels la clause générale, qui présente des avantages certains (2).

1. Un objectif convergent : la réparation des dommages

91. La réparation intégrale. Si l'objectif de réparation, et plus précisément la réparation intégrale, est très souvent associée à la clause générale de responsabilité et donc au droit français, à tel point que les auteurs évoquent « l'idéologie de la réparation » qui l'imprègnerait[468], il n'en est pas l'apanage. L'objectif de réparation est inhérent au droit de la responsabilité, même s'il n'est pas le seul pris en charge par elle, et se retrouve d'ailleurs en droit romain et dans l'Ancien droit[469]. Le principe de réparation intégrale du préjudice, qui tend plus particulièrement à replacer la victime dans l'état qui était le sien avant la réalisation du dommage, n'est en revanche pas naturellement lié à l'idée de responsabilité, mais constitue le fruit d'un choix politique en faveur d'une certaine idée de la justice, la justice commutative[470]. Il ne s'agit pas seulement d'octroyer à la victime une forme de « satisfaction équitable »[471], laissée à

---

[468] L. CADIET, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », in *Le juge entre deux millénaires*, *Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 495 et s. Les critiques adressées par les auteurs français à la clause générale du Code civil, en raison de sa propension à indemniser tout type de dommage sans hiérarchie, se fondent d'ailleurs souvent sur une comparaison avec les systèmes allemands, voire anglais, aux responsabilités plus encadrées. V. not. Ph. RÉMY, « Critique du système français de responsabilité civile », *Revue juridique de l'USEK,* 1997, n° 5, p.49 et s., spéc. p.50 ; J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », *in Études offertes à Geneviève Viney*, p.145 et s., spéc. p.146.

[469] V. *supra*, n° 51 et s., et M.-S. BONDON, *Le principe de réparation intégrale du préjudice. Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile*, PUAM, 2020, §54.

[470] *Ibid*.

[471] Le terme figure à l'article 41 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, qui prévoit que la Cour Européenne des Droits de l'Homme peut accorder à la partie lésée par la violation de la Convention ou ses Protocoles une « satisfaction équitable », lorsque « le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation ». Cette simple « satisfaction équitable » ne vise pas nécessairement à la réparation intégrale du dommage subi, en tant qu'elle remettrait la victime dans son état antérieur au dommage. Et peut donc conduire la Cour à octroyer plus que ce que le droit interne avait octroyé conformément au principe de réparation intégrale, permettant l'introduction d'une forme de punition dans les dommages-intérêts. V. récemment, CEDH, 25 juin 2013, *Trévalec c./ Belgique*, n° 30812/07, *D.* 2013.2139, note O. SABARD ; *D.* 2013.2106, note P.-Y. GAUTIER ; *RDLF* 2014, chron. n° 5, C. QUÉZEL-AMBRUNAZ.

la seule appréciation du juge en fonction de critères prenant en compte les circonstances du dommage, la personne et la faute de l'auteur entre autres, ou encore les ressources de la victime, mais bien d'octroyer à cette dernière une somme qui permet, objectivement, d'effacer les traces du préjudice qu'elle subit. Ce choix en faveur d'un idéal, parfois difficile à atteindre, d'équivalence entre le préjudice et la réparation, a été fait par la plupart des systèmes juridiques européens, y compris ceux qui encadrent strictement la réparation[472], mais trouve en droit français son expression la plus extrême.

92. La réparation intégrale en droit comparé. Les différents systèmes européens convergent ainsi quant au sens donné au principe de réparation intégrale, le rétablissement de la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le fait dommageable n'avait pas eu lieu[473]. Par ce choix de la reconnaissance d'un principe de réparation intégrale qui place le rétablissement de la victime en son cœur, c'est le choix d'une responsabilité délictuelle avant tout orientée vers la réparation, et dominée par sa fonction compensatoire, que font ces différents systèmes juridiques. Le tropisme réparateur est donc bien présent dans les systèmes voisins du droit français, même s'il s'exprime avec des nuances non négligeables[474]. Il existe en effet une divergence des différents systèmes européens quant à la portée – principe de non-appauvrissement ou de non-enrichissement de la victime[475] – et l'objet du principe, notamment en ce qui concerne son second volet, à savoir, outre la réparation de l'entier préjudice subi, la

---

[472] F. LEDUC, Ph. PIERRE (dir.), *La réparation intégrale en Europe*. *Étude comparative des droits nationaux*, Larcier, 2012, p.32 : à la question « votre droit consacre-t-il un principe de réparation intégrale », tous les pays interrogés ont répondu positivement, quand bien même la portée de ce principe varie substantiellement d'un pays à l'autre. *Adde*, en ce sens, B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé*, Bruylant, 2015.

[473] F. LEDUC, Ph. PIERRE (dir.), *La réparation intégrale en Europe*. *Étude comparative des droits nationaux*, p.33.

[474] Une preuve de cette convergence quant aux orientations substantielles de la responsabilité civile en droit comparé pourrait être trouvée dans une étude de droit international privé. En effet, comme le remarque Étienne FARNOUX, les systèmes de compétence internationale de droit commun et du Règlement Bruxelles I bis convergent tant que cela laisse à penser qu'il existe, en droit comparé de la responsabilité, des orientations substantielles partagées par tous, ou le plus grand nombre. Il en va de même concernant l'harmonisation des règles en matière de loi applicable réalisée par le règlement Rome II, qui impliquerait, selon l'auteur, « une certaine convergence, même incomplète, sur les fonctions de la responsabilité civile […] ». V. É. FARNOUX, *Les considérations substantielles dans le règlement de la compétence internationale des juridictions. Réflexion autour de la matière délictuelle*, LGDJ, 2022, n° 29, p.30.

[475] V. F. LEDUC, Ph. PIERRE (dir.), *La réparation intégrale en Europe*. *Étude comparative des droits nationaux*, *op. cit.,* p. 41 et s. ; B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé*, Bruylant, 2015, not. p.406 et s.

réparation de tous les préjudices subis, du moins ceux qui remplissent les critères du préjudice réparable. Si seule la combinaison de ces deux éléments permet le rétablissement de la victime dans son entier, c'est sur la définition du préjudice réparable que les visions divergent. En droit français, les critères du préjudice réparable sont suffisamment souples pour que la réparation intègre presque tous les préjudices causés en fait, et aboutit à une vision quasi factuelle du principe[476]. Et ce, quand bien même on pourrait considérer que l'intérêt particulier porté à la réparation du dommage corporel tend à rapprocher le droit français, tant positif[477] que prospectif[478], d'une forme de hiérarchie des intérêts protégés[479]. Au contraire, dans les systèmes qui définissent, hiérarchisent et sélectionnent plus rigoureusement les préjudices juridiquement réparables, la réparation intégrale aura un spectre beaucoup plus restreint. Mais dans ces systèmes, comme dans le système français, la place de la réparation intégrale et la position hégémonique de la fonction de réparation de la responsabilité civile qui en découle, au détriment de ses autres fonctions, induit une tendance à l'élargissement du spectre de la réparation par l'inclusion de nouveaux dommages.

93. La réparation des dommages moraux en droit allemand. À l'instar du système français, mais dans une moindre mesure, le droit allemand a ainsi subi les assauts du dommage moral, dont la reconnaissance s'est accélérée depuis vingt ans. En 2002, la

---

[476] F. LEDUC, Ph. PIERRE (dir.), *La réparation intégrale en Europe. Étude comparative des droits nationaux*, *op. cit*, p. 43 et s.

[477] En témoigne notamment le développement de chroniques et panoramas de jurisprudence, ainsi que d'ouvrages dédiés uniquement à ce type de dommage. [477] V. not. les panoramas de jurisprudence *« dommage corporel »* rédigés par M. BACACHE, A.-G. LÉCUYER, S. PORCHY-SIMON au Recueil Dalloz. *Adde* Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation,* 8ème éd., Dalloz. Par ailleurs, la multiplication de régimes spéciaux de responsabilité est souvent motivée par la volonté de rendre l'indemnisation des dommages corporels rapide et efficace. V. G.VINEY, « Pour ou contre un "principe général" de responsabilité civile pour faute ? », *op. cit.,* n° 13, spéc. p. 564.

[478] Le projet de réforme de la responsabilité présenté en mars 2017 par le Chancellerie, ainsi que la proposition de loi portant réforme de la responsabilité datée du 29 juillet 2020 comportent un certain nombre de dispositions exclusivement applicables au dommage corporel. Certaines sont éparpillées à plusieurs endroits : le dommage corporel ne serait ainsi soumis qu'à la responsabilité extracontractuelle (article 1233-1 du projet de 2017 et 1233, alinéa 2 de la proposition de loi de 2020), et bénéficierait d'un traitement de faveur, notamment par son exclusion de principe du spectre de certains instruments de limitations de la responsabilité ou de l'indemnisation (v. articles 1254,1263, 1281, 1287 du projet de 2017 ; articles 1254 et 1284 de la proposition de loi de 2020) , ou au contraire par une application exclusive à ce type de dommages de certains instruments favorisant la mise en jeu de la responsabilité (extension de la notion de causalité, v. article 1240 du projet de 2017, non repris en 2020). Les deux textes prévoient par ailleurs une sous-section entière de règles particulières dédiées à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel (V. articles 1267 et s. du projet de 2017 et 1269 et s. de la proposition de loi de 2020). *Adde* M. DUGUÉ*, L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.,* n° 338 et s. : pour une analyse des divers projets doctrinaux de réforme du droit français, ainsi que des projets européens, sous l'angle de la hiérarchie des intérêts protégés.

[479] Sur l'idée d'une hiérarchie « souterraine » des intérêts protégés en droit français, v. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, *op. cit*., n° 240 et s.

deuxième loi de modification du droit de la responsabilité civile – *Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz* du 19 juillet 2002 – a étendu le champ d'application du § 253 du *BGB* dédié à la réparation des préjudices immatériels (*Immaterieller Schaden*). Initialement réservée aux actions en responsabilité pour faits illicites du § 823 (*unerlaubte Handlungen*), la réparation est étendue à toute action en responsabilité, y compris celles menées sur un fondement contractuel, dès lors que le dommage découle d'une atteinte à l'intégrité corporelle, à la santé, à la liberté ou à l'autodétermination sexuelle[480]. Certaines limites viennent amoindrir la portée de cette reconnaissance, la compensation monétaire du dommage moral – *Schmerzensgeld* – étant seulement possible dans les cas prévus par la loi, et la mesure des dommages-intérêts visant un « juste dédommagement en argent »[481] de la victime, et non son rétablissement. Un dédommagement pour l'évaluation duquel les juges tiennent compte de la gravité du fait illicite ou des conditions économiques des parties, incluant ainsi une dimension autre que celle de la seule réparation de la victime, sans parler de la fonction satisfactoire, *Genugtuungsfunktion*, qui ajoute une dimension quasi punitive aux dommages-intérêts[482].

En 2017, le droit allemand a franchi un autre cap avec l'inclusion au § 844, al 3 du *BGB* du préjudice d'affection pour la perte d'un être cher, qui vient compléter la théorie de l'indemnisation des *Schockschaden* développée par le *Bundesgerichtshof* sur le fondement du §235, al 2, lorsque la perte d'un être cher a directement causé au proche une atteinte à la santé[483]. Devenue inéluctable à la suite du crash de l'avion de la compagnie Germanwings, et face au sentiment d'injustice suscité par

[480] § 253, Abs 2, *BGB* : « Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadenerssatz zu leisten, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden ».
[481] § 253, Abs 2 : « […] eine billige Entschädigung in Geld […] ». Traduction reprise de l'ouvrage rédigé par M. FROMONT et J. KNETSCH, *Droit privé allemand*, 2ème éd., LGDJ, 2017, §422.
[482] *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t.2, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, § 241-310, 9ème éd., München, Beck, 2022, § 253, spéc. n° 10 et s. et n° 49, par H. OETKER. Sur cette fonction « satisfactoire », v. également M. FROMONT, J. KNETSCH, *Droit privé allemand*, *op. cit*., § 422 et P. KLÖTGEN, « L'appréhension des *punitive damages* par le droit allemand », *RLDA* 2013, n° 85 : cette fonction de « satisfaction » qui accompagne les dommages-intérêts octroyés pour dommage moral, le *Schmerzensgeld*, satisfait deux objectifs, puisqu'elle est conçue « comme une sanction (pécuniaire) de la faute morale, mais ceci pour *« faire du bien »* à la victime. Deux aspects sont donc pris en compte : *réparation* des souffrances et *satisfaction* pour *« ce que l'auteur lui a fait »* ». *Adde* Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, allemand et anglais, op. cit*., p. 325 et s.
[483] V. Z. JACQUEMIN, « La perte d'un être cher fait son entrée dans le droit allemand », *RDC*, juin 2018, p. 303 et s.

l'indemnisation des proches des victimes étrangères, la reconnaissance de ce préjudice témoigne de ce mouvement en faveur de l'inclusion, dans le champ de la réparation, de préjudices dont l'absence de prise en charge apparaît désormais, à la faveur d'une évolution sociétale ou d'une tragédie particulière, comme une injustice criante, et ainsi d'une faveur à la réparation, quand bien même celle-ci reste enfermée dans certaines limites. L'évolution, en droit anglais, du *tort of negligence*, qui tend à prendre en compte de plus en plus de *damages*[484] l'illustre également. Pas d'idéologie de la réparation ici, mais bien un pragmatisme propre au droit anglais, guidé par le souci d'une meilleure réparation des dommages.

94. Les mécanismes d'extension de la responsabilité en droit allemand. Outre la reconnaissance de nouveaux préjudices réparables, ce tropisme réparateur a incité les juges allemands, souvent suivis par le législateur, à développer des mécanismes permettant une extension du domaine de la responsabilité délictuelle et contractuelle, pour y inclure des situations qui ne pouvaient être en principe prises en compte par le § 823 du *BGB*, et ainsi contourner la définition stricte de la responsabilité délictuelle. Ce fut notamment le cas pour l'indemnisation du préjudice économique pur, qui n'est en principe possible qu'en matière contractuelle, mais pour lequel la jurisprudence a repoussé les limites fixées par le § 823, I[485]. Mais dans de nombreux cas, ce sont surtout les contours de la responsabilité contractuelle qui se sont élargis pour englober des cas

---

[484] V. *supra*, n° 73 et s., E. DESCHEEMAEKER, « De la structure de la responsabilité : réflexions comparatistes autour de *Torts and Rights* », *RIDC*, vol.65, n° 1, 2013, p. 51 et s., spéc. p.61 ; T. WEIR, « The Staggering March of Negligence », in P. CANE, J. STAPLETON, *The Law of Obligations. Essays in Celebration of John Fleming*, Oxford, 1998, p.97 et s.

[485] 1) V. K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, trad. T. WEIR *Introduction to comparative law,* Clarendon Press, 1998, 3ème éd.,p. 604. Les auteurs montrent que la jurisprudence allemande, soucieuse de réparer ce type de préjudice, a trouvé des moyens d'étendre les limites fixées par le §823, I, en créant notamment, au titre des « autres droits » visés par la disposition, un droit subjectif des dirigeants d'entreprise à mener une « activité établie et prospère ». Cette jurisprudence a trouvé à s'appliquer notamment dans les cas où le défendeur arguait de l'utilisation, par le défenseur, d'un brevet ou d'une licence dont il avait l'exclusivité, et venait ainsi perturber l'activité commerciale de ce dernier, lui causant des pertes économiques.

2) Il faut noter que cette notion de préjudice économique pur n'a longtemps pas suscité l'intérêt de la doctrine française, qui ne sait d'ailleurs pas vraiment comment le définir. En effet, la clause générale permettant de réparer tout dommage, la problématique peu de questions se posent quant au préjudice réparable. La notion vient donc du *pure economic loss* du droit anglais, et renvoie aux préjudices patrimoniaux ne découlant d'aucune atteinte « première » aux biens ou au corps de la victime. Le préjudice patrimonial est dans ce cas l'atteinte principale, primaire, et non secondaire. On cite souvent en exemple le « manque à gagner », notamment en matière de rupture des pourparlers. En droit allemand le préjudice économique pur (*reine Vermögenschaden)* n'est pas réparable sur le fondement du §823, I, mais seulement sur le fondement du § 826 du *BGB*. Sur cette notion de préjudice économique pur, v. C. LAPOYADE-DESCHAMPS, « La réparation du préjudice économique pur en droit français », *RIDC* 1998, II, p.367 et s. ; M. BACACHE, « Le préjudice économique pur », Rapport français, *in Le préjudice : entre tradition et modernité,* Journées franco-japonaises, Association Henri Capitant, t.I, 2013, p.39 et s.

que la responsabilité délictuelle ne pouvait pas traiter. La responsabilité contractuelle, bénéficie en effet, en droit allemand, de conditions de mise en œuvre relativement souples, et ne se limite pas à la prise en charge d'un certain type d'intérêts protégés par la loi[486]. Par ailleurs, en l'absence d'un principe général du fait des choses, et en présence d'une responsabilité du fait du préposé très encadrée[487], la responsabilité contractuelle s'avère souvent bien plus favorable à la victime[488]. On observe dès lors une extension du domaine de la responsabilité contractuelle, parfois quelque peu artificielle, motivée par une volonté de ne pas laisser systématiquement ce type de dommage à la charge de la victime, et de pallier ainsi les « lacunes » de la responsabilité délictuelle.

Deux exemples illustrent cette tendance : la théorie de la *culpa in contrahendo* d'une part, et la création du « contrat avec effet protecteur pour les tiers » d'autre part. La première, développé au milieu du XIX[ème] siècle par JHERING[489], et reprise par la jurisprudence allemande, propose de considérer qu'au cours de la période précontractuelle, l'obligation de loyauté imposée à chacun durant la négociation est de nature contractuelle[490]. Depuis 2001, cette théorie est consacrée au § 311, II, 1 du *BGB*[491]. La création, par la jurisprudence, du « contrat avec effet protecteur pour les tiers »[492], relève de la même intention. À partir du célèbre cas connu sous le nom de

---

[486] § 280, I, *BGB* : « Lorsque le débiteur viole une obligation découlant du rapport d'obligation, le créancier peut réclamer la réparation du préjudice qui en résulte. La règle ne joue pas si le débiteur n'a pas à répondre de cette violation ».

[487] En matière de responsabilité du fait d'autrui, le régime contractuel est en effet bien plus favorable puisque selon le § 278 du *BGB*, le débiteur est responsable de plein droit des fautes commises par les personnes qui l'assistent ou se substituent à lui dans l'exécution du contrat, tandis que la responsabilité délictuelle des commettants du fait des préposés prévue au § 831 du *BGB* repose sur une présomption de faute du préposé, que celui-ci peut donc renverser. V, R. WINTGEN*, Étude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, 2004, n° 305.

[488] P. ANCEL, « Le contrat avec effet protecteur pour les tiers », *RDC* 2004, p. 471 et s., spéc. p. 474. On peut ajouter à cette liste d'avantages que son fait générateur, la violation de l'obligation contractuelle, repose sur une présomption, dès lors que l'on peut caractériser une faute, de négligence ou intentionnelle. V. B. GSELL, « Die Neuregelungen zu den Vertragsverhandlungen nach der Reform des französischen Schuldsrechts », in *Die Reform des französischen Vertragsrecht,* F. BIEN, J.-S. BORGHETTI (dir.), Mohr Siebeck, 2018, p. 31 et s., spéc. p.39. L'auteur explique cette nécessité d'un régime particulier, en droit allemand, pour traiter des dommages découlant de comportements précontractuels, par les faiblesses de la responsabilité délictuelle telle que prévue par le *BGB*. Dans le texte : « Schwächen des allgemeinen Deliktsrechts machen Sonderregime notwendig ».

[489] R. V. JHERING, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites* (1860), in Œuvres choisies, t.II, trad. O. DE MEULENAERE, Paris, Marescq, 1893, p.1, spéc. n° 10 et s.

[490] Pour une critique de cette théorie, v. *infra*, n° 413 et s.

[491] L'article en question renvoie au § 241, II, BGB, qui fait référence aux *Nebenpflichten*, c'est-à-dire aux obligations contractuelles accessoires, et permet de mettre en œuvre le § 280, I relatif aux dommages-intérêts dus en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle.

[492] En allemand, *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.*

Gemüseblattfall, c'est à dire le « cas de la feuille de salade », le *Bundesgerichtshof* a, en 1976, consacré ce nouveau cas de mise en œuvre des dommages-intérêts contractuels. Un enfant avait en effet glissé, dans un supermarché, sur une feuille de salade, alors qu'il accompagnait sa mère faire des courses, et s'était cassé le bras. N'ayant pas passé de contrat avec le supermarché, il ne devait en principe bénéficier d'aucun recours de nature contractuel pour cette négligence du propriétaire. La Cour fait dès lors application du contrat avec effet protecteur pour les tiers, afin d'étendre à son profit les obligations contractuelles dont sa mère était créancier en tant que cliente[493]. Ce concept à l'application subsidiaire[494] permet au tiers qui subit un dommage à l'occasion de l'exécution, ou plutôt de l'inexécution du contrat, d'engager la responsabilité contractuelle du débiteur, à condition que ce tiers réunisse certaines qualités de proximité avec la prestation[495], et que le dommage soit prévisible pour le débiteur[496]. Or, il est très fréquent que les préjudices subis par ces tiers, notamment lorsque l'obligation inexécutée est strictement contractuelle, soit un préjudice économique pur[497], que seule la responsabilité contractuelle pouvait prendre en charge. Les juges allemands dévoilent ce faisant une attitude favorable à la victime lorsqu'ils développent des mécanismes visant à contourner les limites imposées par les conditions de la responsabilité délictuelle, pour aboutir coûte que coûte à la réparation d'un dommage qu'il apparaît injuste de laisser à la charge de la victime.

95. Particularité de la clause générale. Une différence de taille sépare cependant le droit français des autres systèmes juridiques étudiés. Malgré une tendance partagée à plus de réparation, par l'inclusion de nouveaux dommages ou de nouveaux actes illicites, les systèmes comme le droit allemand ou le droit anglais restent concentrés pour le premier sur la violation des droits, pour le second sur la conduite de l'auteur du dommage, l'illicéité de l'acte (pour le *tort of negligence*), et donc sur les faits générateurs susceptibles d'engendrer une responsabilité. Au contraire, la clause générale de responsabilité du Code civil semble diriger les efforts du droit français vers

[493] V. BGH, 28 janvier 1976, *NJW* 1976, 712.
[494] V. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.,* n° 214. Cette condition implique que le tiers ne puisse trouver de protection dans aucune autre disposition.
[495] La jurisprudence allemande considère que le tiers doit se situer dans la sphère de protection (*Schutzbereich*) du contrat, et présenter ainsi une proximité avec la prestation (*Leistungsnähe*).
[496] P. ANCEL, « Le contrat avec effet protecteur pour les tiers », *RDC* 2004, p. 471 et s., spéc. p. 477.
[497] M. BACACHE, « Le préjudice économique pur », *op. cit.,* spéc. p.49 et s.

la réparation du dommage, une réparation certes encadrée par la limite de la faute et donc du comportement illicite, mais qui apparaît prioritaire. La clause générale, facteur d'identité du droit français, apparaît alors comme un atout pour servir cet objectif de réparation.

2. Des moyens divergents : l'avantage de la clause générale de responsabilité

96. Clause générale et réparation intégrale, un lien organique. La clause générale de responsabilité est l'instrument le plus efficace pour parvenir à la finalité assignée à la responsabilité civile : réparer les dommages injustement causés. Tout d'abord parce qu'elle entretient un lien presque organique avec l'idée de réparation intégrale. La consécration par les juges du principe de réparation intégrale, qui date en droit français de 1954[498], a accompagné l'expansion de la fonction compensatoire de la responsabilité civile. C'est parce que la réparation intégrale vise à saisir l'entier préjudice – tous les préjudices, dans leur intégralité – que les contours de la responsabilité civile seront forcés de s'adapter aux évolutions du préjudice, contraints de s'élargir pour en intégrer les nouvelles manifestations. La clause générale, par sa flexibilité intrinsèque, apparaît dès lors comme l'instrument le plus à même de servir la réparation intégrale.

Mais c'est aussi, dans l'autre sens, la clause générale elle-même, et notamment la définition de la faute qu'elle contient, qui, permet le développement de la fonction compensatoire de la responsabilité civile, au détriment de sa fonction normative. En n'accordant aucun poids à la gravité de la faute dans la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle, les articles 1240 et 1241 du Code civil imposent une conception unitaire de la faute qui englobe tout à la fois le fait volontaire, l'imprudence, la négligence. Parce qu'à un comportement grave n'est attaché aucune conséquence particulière, la fonction normative de la responsabilité se trouve disqualifiée, laissant la place à l'hégémonie de sa fonction compensatoire, qui vise avant tout le

[498] Civ.2ème, 28 oct.1954, *Bull. civ*., II, n° 328, p.222 ; *JCP* 1955, II, 8765, note R. SAVATIER ; *RTD civ.* 1955, p.324, n° 34, obs. H. et L. MAZEAUD : « le propre de la responsabilité est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu ».

rétablissement de la victime sans tenir compte de la gravité de l'acte dommageable[499]. Le développement de la fonction compensatoire, s'il est ainsi porté par la consécration du principe de réparation intégrale, est au départ permis par la clause générale elle-même. Au-delà du lien qui l'unit au principe de réparation intégrale, la clause générale présente l'avantage d'être l'instrument le plus efficace pour atteindre cet objectif de réparation (a), mais également de produire, par sa mise en œuvre, un résultat satisfaisant : des solutions justes et équitables (b).

a) Un instrument efficace

97. Avantages d'une clause générale. Si contrairement aux idées reçues, le droit français de la responsabilité n'est pas le seul soumis à ce tropisme réparateur, le système de la clause générale s'avère souvent être le meilleur instrument pour y parvenir. La malléabilité de l'article 1240 du Code civil a permis au système français de s'adapter aux évolutions technologiques, et d'appréhender des situations inédites plus rapidement que d'autres droits. Un exemple de cette flexibilité avantageuse nous est donné par l'étude comparée des jurisprudences développées autour de la protection des droits de la personnalité, notamment du droit au respect de la vie privée[500]. Le développement incroyable qu'ont connu les médias de presse à sensation, le développement de nouvelles techniques de télécommunication et de la presse en ligne, autant de facteurs qui ont participé, au XX^{ème} siècle, à l'émergence d'un phénomène jusque-là résiduel, l'atteinte à des droits de la personnalité, tel que le droit à la vie privée, à l'image, au nom[501]. Là où l'article 1240 est apparu, aux yeux des juges

[499] M.-S. BONDON, *Le principe de réparation intégrale du préjudice. Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile*, PUAM, 2020, p. 23 : singularité de la fonction compensatoire de la clause générale.
[500] Pour une étude complète et comparée des droits anglais, allemand et français, ainsi que des règles de droit international privé applicables au respect de la vie privée, v. M. DECKER, *Aspects internes et internationaux de la protection de la vie privée en droits français, allemand et anglais* , PUAM, 2001 et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité. Étude de droit comparé français et allemand*, PUAM, 2000.
[501] V. M. DECKER, *Aspects internes et internationaux de la protection de la vie privée en droits français, allemand et anglais*, *op. cit*., n° 3.

français, comme le socle naturel de cette protection nécessaire[502], ayant même permis l'émergence d'une véritable théorie doctrinale des droits de la personnalité[503], le droit allemand, emprisonné dans les limites du § 823, I, a peiné à faire émerger un droit général à la personnalité, qui n'a obtenu de consécration jurisprudentielle qu'en 1954[504]. Jusqu'alors, la protection de ces droits de la personnalité n'était que très fragmentaire, et il aura fallu attendre le bouleversement de la seconde guerre mondiale, et ses atteintes graves à la dignité humaine, pour que la protection de ces droits devienne une nécessité. De la même manière, le développement des techniques de reproduction et de diffusion a bouleversé le statut de ceux qui « gravitent dans l'orbite du créateur d'une œuvre de l'esprit », appelant une protection particulière, qui a trouvé au départ son socle le plus adapté dans la clause de responsabilité délictuelle, à travers l'encadrement de l'action en concurrence déloyale[505].

La plasticité de la clause générale de responsabilité permet ainsi de prendre en charge l'émergence de préjudices inédits, liés au développement d'activités et de médias nouveaux, mais également, comme c'est le cas pendant la période précontractuelle, d'éviter de passer par des rattachements fictifs au contrat pour parvenir à un même but : la compensation du dommage. Plus encore, la présence de la clause générale a permis à la responsabilité civile de jouer un rôle non négligeable dans

---

[502] G. VINEY, « Pour ou contre un "principe général" de responsabilité civile pour faute ? », *op. cit.*, spéc. p.559 à 562 : l'auteur rappelle que c'est grâce à la généralité de 1382 que les juges français ont pu très vite sanctionner les atteintes à la vie privée, notamment sur internet en mettant en œuvre la responsabilité des fournisseurs d'hébergement. Néanmoins, on assiste aujourd'hui à un reflux de l'article 1382 en matière de vie privée, puisque celui-ci, en tant que norme générale, doit s'effacer devant les dispositions de la loi de 1881, étendues par la jurisprudence à la matière civile, et non seulement pénale. V. Ass. plén.., 12 juillet 2000, *D.* 2000, somm.463, obs. P. JOURDAIN, *JCP* 2000.I.280, obs G. VINEY. *Adde* sur ces questions M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 181 et s.

[503] G. VINEY, « Pour ou contre un "principe général" de responsabilité civile pour faute ? », *op. cit*., spéc. p. 561 et 562. L'émergence de cette théorie des droits de la personnalité, et la consécration de nouveaux droits subjectifs, ont permis une meilleure protection des droits de la personne. Quand bien même le législateur est venu consacrer, de manière parcellaire, cette protection nouvelle, l'utilité de l'article 1240 dans ce domaine est restée intacte.

[504] V. M. DECKER, *Aspects internes et internationaux de la protection de la vie privée en droits français, allemand et anglais*, PUAM, 2001, n° 70 et s. Avant 1949, la jurisprudence allemande avait réussi à dégager quelques délits spécifiques d'atteinte à la personnalité en se fondant sur une interprétation extensive des « autres droits » (*Sonstiges Recht*) visés par le § 823, I du *BGB.* En mai 1949, la Loi Fondamentale de la République fédérale d'Allemagne consacre un droit général au respect de la vie privée, de valeur constitutionnelle, qui ne recevra de véritable application en droit civil qu'en 1954, sous l'impulsion du *Bundesgerichtshof*.

[505] Et ce avant que ces « droits voisins » du droit d'auteur ne soient définitivement pris en compte par la loi du 3 juillet 1985. V. T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* 2007, p.277, n° 9. *Adde* L. PFISTER, « La naissance de l'action en concurrence déloyale et le droit commun de la responsabilité délictuelle », *in Cahiers du centre lyonnais d'histoire du droit et de la pensée politique,* 2005, p.119 et s.

l'émergence de droits subjectifs[506]. Il est intéressant de noter qu'au regard de ce même constat, certains auteurs allemands – une minorité – se prononcent en faveur d'une réforme de la responsabilité délictuelle, afin notamment d'en élargir le domaine[507]. Le constat des lacunes d'une responsabilité délictuelle définie trop restrictivement avait déjà conduit la jurisprudence allemande à assouplir les critères de mise en œuvre du § 823 I du *BGB*, par l'introduction de nouveaux « devoirs d'assurer la sécurité d'autrui », les *Verkehrspflichten*, qui permettent, pour les seuls intérêts visés par cet article, de sanctionner les atteintes indirectes et d'abstention, dotant ce texte d'une « souplesse comparable à celle de l'article 1382 du Code civil »[508]. Mais alors que ces évolutions nécessaires auraient pu être l'occasion d'une rupture avec la tradition restrictive de la responsabilité délictuelle allemande, le rejet par la jurisprudence de certaines propositions doctrinales visant à sortir du système d'intérêts protégés prévu par le § 823 I a au contraire contribué à marquer l'attachement du droit allemand au caractère restrictif de sa responsabilité délictuelle[509].

b) Des solutions justes et équitables

98. La clause générale, un instrument vecteur d'équité. La clause générale de responsabilité est, dès son adoption en 1804, désignée comme étant une règle inspirée de l'équité, un principe de justice à la portée universelle, les deux concepts apparaissant ici synonymes. Conçue comme l'une « des premières maximes de la société »[510], elle puiserait « dans la raison, la sagesse, l'équité naturelle et dans les principes de la plus

[506] G. VINEY, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 57.
[507] V. not. B. GSELL, « Die Neuregelungen zu den Vertragsverhandlungen nach der Reform des französischen Schuldrechts », in *Die Reform des französischen Vertragsrecht,* F. BIEN, J.-S. BORGHETTI (dir.), Mohr Siebeck, 2018, p. 31 et s., spéc. p. 40.
[508] R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, 2004, n° 309.
[509] Comme le rappelle Robert WINTGEN dans sa thèse, la proposition de Karl LARENZ d'intégrer ces devoirs d'assurer la sécurité d'autrui non pas au § 823 I, mais au sein du § 823 II, au titre des « lois de protection » dont la violation entraîne la responsabilité de leur auteur, aurait, s'il elle avait été suivie, conduit à aligner de fait le système allemand sur un système de clause générale de responsabilité, puisque ce second fondement de responsabilité ne distingue pas selon l'intérêt lésé. V. K. LARENZ, « Rechtswidrigkeit und Handlungsbegriff im Zivilrecht », in *Vom deustchen zum europäischen Recht : Festschrift für Hans Dölle*, Mohr Siebeck, 1963, t.I, p.169, cité par R.WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, 2004, n° 307.
[510] DE GREUILLE, Rapport au Tribunat, in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET (dir.), 1836, t. XIII, p. 468 et s., spéc. p.474.

saine morale […] »[511]. Elle serait, on l'a vu, l'héritage d'une règle de droit naturel[512]. La clause générale est donc une règle d'équité, qui, par son contenu, réalise un idéal abstrait de justice, la justice commutative[513]. En ce sens, les solutions qu'elle produit doivent chercher à atteindre cet idéal de justice. Mais cela est bien connu, et ne distingue pas particulièrement la clause générale de droit français d'autres systèmes de responsabilité, notamment du droit allemand. Ce n'est donc pas l'objet de ce paragraphe, qui s'intéresse non au contenu abstrait de la règle, mais à sa mise en œuvre concrète. En quoi les solutions concrètes produites par la clause générale sont-elles des solutions justes et équitables ?

Il faut alors basculer vers un sens plus particulier de l'équité, qui n'est pas seulement synonyme de justice au sens abstrait : l'équité incarne l'idée d'une justice du cas particulier, la recherche d'une solution individualisée[514]. On glisse alors d'un sens substantiel de l'équité, à un sens organique : la solution équitable, c'est celle fournie par le juge dans les cas particuliers, et non directement par la règle édictée par le législateur. Ce second sens de l'équité comme justice naturelle s'opposerait alors à la justice légale, lui serait supérieure et l'équité aurait pour fonction de corriger les applications de la règle qui produiraient des effets non conformes à cet idéal. C'est ce qu'on appelle l'effet correctif de l'équité[515]. Or ici la règle a cette particularité que par sa forme même, une clause générale, elle permet, et même invite à une recherche de la justice concrète par le juge, dans les cas particuliers, puisque la solution ne peut s'inférer directement de son contenu. L'équité ne corrige pas la mise en œuvre de la règle, elle en est le cœur. Le caractère flexible et malléable des conditions de mise en œuvre de la clause générale peut même se lire comme une forme de délégation

[511] DE GREUILLE, Rapport au Tribunat, in *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, P.-A. FENET (dir.), 1836, t. XIII, p. 468 et s., spéc. p. 477.
[512] V. *supra*, n° 59 et s.
[513] Ou Justice corrective. V. ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V, 4, 14. Sur le principe de réparation comme « représentation de la Justice commutative », v. M.-S. BONDON, *Le principe de réparation intégrale du préjudice. Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile*, PUAM, 2020, §49 et s. *Adde* J. GARDNER, « What is tort law for ? Part I, The Place of Corrective Justice », *Law and Philosophy*, Janvier 2011, vol.30, n° 1, p. 1, spéc. p.1 et 2.
[514] C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé,* LGDJ, 2000, § 211 et s.
[515] M.-S. BONDON, *Le principe de réparation intégrale du préjudice. Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile*, PUAM, 2020, §45 ; C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé, op. cit.*, p. 167 et s.

implicite, voire explicite, du législateur au juge[516]. Le droit de la responsabilité civile, parce qu'il est laissé au juge, est un droit de l'équité.

99. La clause générale, un instrument vecteur de solutions équitables. Cette solution équitable d'un point de vue organique l'est-elle alors nécessairement d'un point de vue substantiel ? Une fois admis que cette solution sert un idéal abstrait de justice commutative, comment se transcrit concrètement cet idéal dans l'arbitrage fait par le juge entre des intérêts divergents ? La question est alors cette fois celle de l'appréciation de la teneur de la solution dégagée par le juge. Or la définition de ce que représente une solution juste ou équitable dans un cas particulier dépendra de la conception de la justice que se fait chacun. L'idéal de réalisation d'une justice commutative, qui redonne à chacun le sien de manière arithmétique, ne donne en réalité aucune indication concrète quant à la solution, qui peut varier selon le critère de répartition choisi. En matière de responsabilité, le caractère juste d'une solution variera selon la conception que s'en fait chacun, et en particulier en fonction de la place accordée par chacun aux différentes fonctions de la responsabilité, fonction de réparation et fonction normative. Différentes visions de la responsabilité s'affrontent, et ce sont alors différentes visions de la justice qui sont en concurrence : une justice au service avant tout de la victime et de son rétablissement, ou une justice qui prendra en compte la gravité du comportement à l'origine du dommage. Mais l'équité, c'est justement « l'art du tempérament et de l'équilibre »[517] ; l'équité n'est pas une simple intuition mais un « instrument de mesure » qui conduit à comparer deux intérêts, les mettre en « balance »[518], tout comme la recherche du juste par le juge doit être guidée par « le respect des proportions »[519]. Une solution pourra alors être considérée comme

[516] V. *infra*, n° 290. L. CADIET, « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices, Revue générale de droit processuel*, 1998, n° 9, p. 87 et s., spéc. p. 99 : lorsque la règle de droit contient une notion-cadre, un standard, elle implique une pondération d'intérêts. Or la clause générale se base sur des standards aux contours flous, en particulier la faute.
[517] F. ZENATI, « Le juge et l'équité », *Annales de la faculté de droit de Lyon*, Lyon, L'Hermès, 1985, p. 89 et s., spéc. p.94.
[518] L. CADIET, « L'équité dans l'office du juge civil », *op. cit.* Sur le symbole de la balance associé à l'équité, v. C. NILS-ROBERT, « Naissance d'une image : la balance de l'équité », *Justices, Revue générale de droit processuel*, 1998, n° 9, p. 53 et s.
[519] J.-P. LEVET, « La justice "corrective" dans l'*Ethique à Nicomaque* ou les fondements philosophiques de la réparation », in *La Victime II. La réparation du dommage*, J. HOAREAU-DODINAU, G. MÉTAIRIE, P. TEXIER (dir.), *Cahiers de l'Institut d'Anthropologie juridique*, n° 22, Université de Limoges, p.109 : « Pour Aristote, le juste repose sur une sorte de proportion […] qu'il convient de veiller à maintenir ou rétablir lorsqu'il y a eu transgression des lois au détriment d'un citoyen et au profit d'un autre ».

équitable lorsqu'elle réalisera le meilleur équilibre entre ces différentes fonctions de la responsabilité, et par extension, entre les intérêts divergents des parties : réparation pour la victime du dommage d'un côté, et de l'autre une liberté d'agir, d'entreprendre, une liberté d'expression, voire une liberté contractuelle.

100. Pragmatisme et fluidité des frontières entre le délictuel et le contractuel. Car lorsque la responsabilité délictuelle intervient en marge d'un contrat, le juge doit veiller à assurer un équilibre particulier entre l'impératif de réparation du dommage et d'autres impératifs liés au contrat, telle que la liberté contractuelle en période précontractuelle, ou encore la relativité contractuelle et le respect des prévisions contractuelles lorsqu'elle vient compenser le dommage subi par le tiers du fait de l'inexécution du contrat. Or, nous le verrons, les solutions dégagées dans ces contextes para-contractuels réalisent en majorité un compromis satisfaisant entre la réparation et ces grands principes contractuels[520], et révèlent, en la matière, un droit français bien plus pragmatique que dogmatique[521]. Un pragmatisme permis par la flexibilité de la clause générale, dont le caractère « ouvert » revendiqué a permis, et permet l'émergence de solutions concrètes répondant à une réelle nécessité, et qui atteste en la matière d'un rapport particulier au juge en droit français. Mais qu'il s'agisse d'une véritable « idéologie de la réparation », ou d'une forme de pragmatisme imprégné du souci de réparer, l'objectif de réparation poursuivi par les différents systèmes juridiques dans la mise en œuvre de l'action en responsabilité dessine une cartographie particulière des rapports entre les domaines contractuel et délictuel, le tracé des frontières entre les deux apparaissant comme mouvant au gré de la force d'attraction de la réparation. La limite entre le contractuel et le délictuel apparaît comme une variable d'ajustement, un

[520] V. *infra*, n° 435 et 524 et s.
[521] O. MORÉTEAU, « Basic Questions of Tort Law from a French Perspective », *in Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective,* H. KOZIOL (éd.), Jan Sramek Verlag, 2015, p. 3 et s., spéc. p.8 : l'auteur nuance ainsi l'opposition relativement classique que l'on retrouve entre un droit français porteur de grandes maximes morales, prenant la forme de standards parfois flous, et la *Common law* anglaise qui serait plus pragmatique. « The French are formalist realists. They like their system to be open and to evolve according to ever changing social needs. In its practice, French law is averse to all-or-nothing approaches and tend to make pragmatic use of its very few open-ended general Civil Code provisions ». L'auteur met en avant la force du droit de la responsabilité français, qu'il tire de sa grande adaptabilité, et qui a permis son évolution, par le biais d'un dialogue constant et fertile entre la doctrine et les juges. On retrouve ici une opposition connue dans la doctrine française du XX^{ème} siècle entre positivistes légalistes, tel que RIPERT, et le réalisme juridique de François GÉNY. V. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2ème éd., LGDJ, 1955 ; F. GÉNY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif,* 1ère éd., LGDJ, coll. Anthologies du droit, réédition 2016. *Adde* J.-P. CHAZAL, « Léon Duguit François Gény, controverse sur la rénovation de la science juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques,* 2010/2, vol.65, p.85 à 133.

curseur qui se déplace selon des considérations d'opportunité. Cette fluidité est permise par, et atteste du fait que les dommages-intérêts contractuels et délictuels servent, pour partie au moins, une même fonction : réparer les dommages[522], tenir la victime « indemne »[523]. Et se retrouve ainsi dans la plupart des systèmes : on connaît en droit français l'histoire de l'obligation contractuelle de sécurité, intégrée dans le contrat sous la forme d'une obligation de résultat afin d'améliorer la situation des victimes ne pouvant bénéficier du régime objectif du fait des choses[524], en droit allemand la *culpa in contrahendo* ou le contrat avec effet protecteur pour les tiers, et en droit anglais, certains auteurs relèvent que c'est l'émergence de questions pratiques liées à l'expansion du *tort of negligence* qui a placé la distinction entre *tort* et *contract* au cœur du droit des obligations[525]. Ce pragmatisme est également à l'œuvre dans la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union Européenne concernant la définition des matières délictuelle et contractuelle[526].

Conclusion du Chapitre I.

101. Clause générale et tradition juridique européenne. Le Code civil de 1804 est souvent présenté comme opérant une forme de synthèse entre les apports de la Révolution et la tradition juridique représentée par l'Ancien Droit[527], mélange de coutumes locales, dont certaines codifiées[528], et d'un droit savant mêlé de droit romain,

---

[522] T. WEIR, « The Staggering March of Negligence », op. cit., p.97 et s., spéc. p.119. Sur la fonction des dommages-intérêts contractuels, v. *infra*, n° 215 et s.
[523] B. DUBUISSON, P. JOURDAIN (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé*, Bruylant, 201, p. 446 : « Réparer ce n'est pas effacer c'est tenir indemne ».
[524] V. *infra*, n° 271 et s.
[525] D. IBBETSON, « The Tort of Negligence in the Common Law in the Ninteenth and the Twentieth Centuries », *op. cit.,* spéc. p.238. Sur cette question et les évolutions de la distinction entre *tort* et contrat, de distinction procédurale à distinction substantielle structurant le droit des obligations, v. S. WHITTAKER, « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle. Un cadre commun pour la responsabilité civile ? », *RDC* 2019, n° 4, p. 145 et s., spéc. p. 152 et s. Un aspect important de la décision *Donoghue v. Stevenson* est d'ailleurs bien d'affirmer l'indépendance du *tort* par rapport au contrat en détachant la responsabilité pour *negligence* de la sphère contractuelle, quand bien même le *duty of care* serait reconnu à la charge d'une partie au contrat et au bénéfice de l'autre. L'extension d'une responsabilité pour *negligence* affranchie du « sophisme de l'effet relatif du contrat » a fait de la question de la frontière entre contrat et délit une question centrale.
[526] V. *infra*, n° 282 et s.
[527] V. J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations, op. cit.,* n° 46.
[528] Si dès le XIV^{ème} siècle, on trouve la trace d'« ouvrages coutumiers », tel le *Livre de Jostice et de Plet*, la plus célèbre codification de coutume sera celle entreprise par DUMOULIN, suite à l'ordonnance royale de Montilz-lès-Tours de 1454, de la coutume de Paris (1510).V. J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations, op. cit.,* n° 38 et 39.

de droit canon et, plus tard, de *jusnaturalisme*. Ce droit savant, nommé *jus commune*, dépasse les frontières françaises, et se nourrit tout à la fois des racines communes à tous les territoires de l'ancien Empire romain d'Occident, le droit romain, que de la pensée nouvelle de ce droit, élaborée par une doctrine des Glossateurs qui se diffuse à travers l'Europe médiévale. Une contribution fondamentale sera apportée aux XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles par les deux juristes que sont DOMAT et POTHIER à l'élaboration de la clause générale de responsabilité en droit français, qui témoigne de cette volonté de donner corps aux différentes traditions qui se sont croisées et ont parfois fusionné. Et si en matière de responsabilité, les apports révolutionnaires sont plus anecdotiques qu'en d'autres matières[529], l'événement bouleversant que constitue la Révolution n'en laisse pas moins des traces dans l'esprit des rédacteurs. L'article 1240 est tout à la fois le fruit d'une histoire mêlant une tradition juridique française, mais également européenne, et le produit d'une pensée originale au sein de cette « communauté juridique ». Il est nécessaire de se rappeler l'importance qu'a joué le contexte politique, sociétal, et idéologique dans la naissance de ce droit nouveau de la responsabilité, afin de ne pas noyer dans l'idée d'un droit commun européen passé, et l'espoir d'un droit communautaire futur, les spécificités propres à la construction du droit civil français[530].

102. Clause générale et droit comparé européen : une généralité embrassée. La clause générale de responsabilité constitue l'un des marqueurs d'identité du droit français des obligations au sein de l'Europe. Régulièrement opposée aux systèmes concurrents des délits spéciaux de la *Common law* anglaise, ou encore de la hiérarchie des intérêts protégés du droit allemand, sa généralité sans bornes fait l'objet de critiques, ou du moins de remises en question, de la part d'une partie de la doctrine française[531]. En effet, malgré une forme de rapprochement observé entre les divers systèmes de responsabilité civile, unis par l'idée de préservation des intérêts des

[529] V. J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations, op. cit.,* n° 46 : l'historien rappelle qu'en matière de droit des obligations, la part de droit « nouveau » reste faible, l'essentiel étant déjà contenu chez DOMAT et POTHIER, eux-mêmes reprenant pour l'essentiel les apports du droit romain, mâtinés de morale chrétienne et des principes issus du droit naturel.
[530] L'espoir de certains de voir émerger une nouvelle communauté de droit, par le biais du droit communautaire, les amène à considérer les codifications nationales comme de regrettables accidents de l'Histoire. V. J.-L. HALPÉRIN, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *op. cit.*
[531] V. not. G. VINEY, « Pour ou contre un "principe général" de responsabilité pour faute ? », *op. cit.*; Ph. RÉMY, « Critique du système français de responsabilité civile », *op. cit.*

victimes[532], et donc de réparation d'un plus grand nombre de dommages, la clause générale reste un instrument à part entière dans la réalisation de cet objectif. Sa flexibilité et sa malléabilité constituent, à ce titre, des avantages sérieux. L'attachement du droit français à la clause générale de responsabilité est d'ailleurs réaffirmé, comme en attestent les divers projets et propositions de réforme du droit de la responsabilité, à l'heure pourtant où d'autres modèles non seulement existent, mais émergent. Certains systèmes juridiques dont les Codes sont inspirés, voire calqués sur le Code civil français ont en effet pris leur indépendance juridique, comme c'est le cas par exemple du droit autrichien de la responsabilité qui s'est écarté, en pratique, de la clause générale du §1295 du *ABGB*[533]. D'autres, comme le droit belge de la responsabilité, qui a fait l'objet d'une réforme d'ampleur dont le dernier acte a été l'adoption, le 1er février 2024, d'un livre 6 du nouveau code belge, consacré à la responsabilité extracontractuelle, ont au contraire fait le choix d'un attachement renouvelé à la généralité de l'article 1240[534]. Si la généralité originelle de la clause de responsabilité n'est ainsi pas reniée par le droit français, elle n'est pas non plus contenue par les juges dans sa mise en œuvre, et cette généralité envahissante imprime un rapport particulier avec les dommages-intérêts contractuels.

[532] V. *supra*, n° 92 et s. pour l'étude de certains mécanismes utilisés par les autres droits, notamment le droit allemand, afin de contourner les limites imposées par leur système de responsabilité civile encadrée.
[533] V. *supra*, n° 104.
[534] L'article 6.5 dispose désormais que « Toute personne est responsable du dommage qu'elle cause à autrui par sa faute ». Faute elle-même définie avec un peu plus de précision qu'auparavant comme « un manquement à une règle légale imposant ou interdisant un comportement déterminé ou à la norme générale de prudence qui doit être respectée dans les rapports sociaux » à l'article 6.6, §1. Norme générale de prudence elle-même définie avec plus de précisions au §2. V. sur ce point J.-S. BORGHETTI, « Le soleil se lève au nord : ou comment la réforme belge de la responsabilité extracontractuelle fait pâlir le projet français », *D.* 2024, p. 643 et s.

Chapitre II. Une généralité envahissante

103. Changements de paradigmes en droit de la responsabilité. Depuis 1804, la responsabilité civile a connu de nombreux changements, s'adaptant aux évolutions économiques et sociales du XIX[ème] siècle : l'industrialisation intensive et le développement d'activités économiques nouvelles, souvent collectives, utilisant des techniques nouvelles au caractère potentiellement dangereux pour les personnes. De ce contexte nouveau, il résulte une production de dommages toujours plus importante, des dommages que l'on ne peut plus attribuer à un responsable unique, identifié, soit qu'ils soient causés par une activité exercée à plusieurs, en commun, soit qu'aucune faute ne puisse être imputée à quiconque[535]. Cet anonymat dans la genèse du dommage se double d'une certaine gravité des atteintes, souvent portées à l'intégrité physique, que l'on envisage difficilement de laisser sans réparation. Au-delà du débat sur le changement des fondements de la responsabilité auquel conduit cette nouvelle donne, glissant d'une responsabilité pour faute à une responsabilité fondée sur le risque[536], c'est un véritable changement de paradigme qui s'opère alors. L'idéologie de la réparation grandit, et fait de la responsabilité personnelle pour faute du Code civil un instrument qui ne s'intéresse plus tant à la désignation d'un responsable à qui transférer le coût du dommage, qu'à la nécessité de rétablir la victime dans son intégrité, qu'elle soit patrimoniale ou corporelle[537]. Ce nouvel « impératif social » d'indemnisation[538] prend

[535] V. not. G. VINEY, « De la responsabilité personnelle à la répartition des risques », *APD,* t.22, 1977, p.5 et s., spéc. p.6.
[536] G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle,* 2013, LGDJ [1965], n° 251 et s. *Adde* H. BATIFFOL, *APD,* t.22, 1977, *Préface*, p. 1 et s. : l'auteur nuance cette évolution des fondements de la responsabilité en rappelant que la responsabilité ne peut jamais totalement se désintéresser de la faute, de la causalité, et du *« sens du juste »* qui accompagne la recherche d'un responsable fautif. *Adde* O. DESCAMPS, « Le destin de l'article 1382 ou : de la fable du chêne et du roseau en matière de responsabilité civile », *Droits,* 2008, n° 47, p. 23 et s., spéc. p.37 et s.
[537] Ce changement de perspective, de la recherche d'un responsable, à l'objectif de protection des intérêts de la victime, est porté au XX[ème] siècle à son paroxysme dans la thèse de Boris STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée,* Paris, 1947.
[538] G. VINEY, « De la responsabilité personnelle à la répartition des risques », *op. cit.,* spéc. p.6.

le pas sur la fonction préventive de la responsabilité délictuelle[539]. Ce bouleversement, associé à un changement des mentalités caractérisé par un refus de la fatalité, sera en parti pris en compte par le législateur qui crée de nombreux régimes spéciaux d'indemnisation détachés de la faute, à commencer par la loi de 1898 sur les accidents du travail. Mais ce sont surtout les juges qui, encouragés par l'avènement de ce que de nombreux auteurs ont nommé la « société assurantielle »[540], vont prendre en charge ce nouvel impératif[541], utilisant le caractère général et flexible de l'article 1240 pour étendre la responsabilité à un grand nombre de situations, puis en créant, de manière plus audacieuse, de nouvelles clauses générales de responsabilité sans faute, indirectes. Ces changements de paradigmes en droit de la responsabilité exerceront une influence sur le destin de la clause générale de responsabilité.

104. Destin de l'article 1382[542]**.** Malgré son ancrage historique, l'ancien article 1382 ne constitue pas le point d'orgue de l'évolution de la responsabilité civile ; ce principe général de responsabilité constitue bien plus un point de départ qu'une conclusion[543]. Telle qu'elle est conçue en 1804, la responsabilité délictuelle est générale par essence ; sa généralité en est un marqueur génétique, qui l'oppose aux systèmes concurrents de

---

[539] V. not. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 48 ; *Le déclin de la responsabilité individuelle, op. cit*. ; « De la responsabilité personnelle à la répartition des risques », *op. cit.,* spéc. p.6. On présente en effet souvent la responsabilité délictuelle, dans le modèle français, comme l'instrument de gestion sociale par excellence, celui qui permet, notamment par sa fonction normative, d'assurer la paix sociale. V. L. ENGEL, « Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine », *Esprit,* juin 1993, p.5 et s.

[540] Le terme a notamment été popularisé par le philosophe François EWALD, dont les nombreux travaux, notamment sur l'État-Providence, ont contribué à mettre en lumière cet avènement d'une société assurantielle, qui se pense autour de la notion de risque. V. not. F. EWALD, *Histoire de l'État Providence*, Grasset, 1986. Par ailleurs, la revue *Risques*, dont il est l'un des fondateurs, est un vecteur important de ces nouvelles réflexions autour de l'assurance. *Adde* G. VINEY, « De la responsabilité personnelle à la répartition des risques », *op. cit.,* spéc. p.7 : l'audace des juges et leur « libéralisme croissant » à l'égard des conditions de mise en œuvre de la responsabilité est ainsi « doublée et épaulée par l'assurance » ; *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 25 : l'auteur considère que « la responsabilité est devenue un simple support pour l'assurance » et que la démarche à l'œuvre, notamment chez les juges, tient plus de la désignation de celui ayant la meilleure « aptitude à l'assurance », que d'un responsable fautif.

[541] Sur ce rôle du juge, v. not. L. ENGEL, « Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine », *op. cit.,* spéc. p.17 ; L. CADIET, « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices, Revue générale de droit processuel,* 1998, n° 9, p.87 et s., spéc. p.93 ; M. MEKKI, « Le juge et le droit de la responsabilité civile. Propos introductifs », *in Le juge et le droit de la responsabilité civile. Bilan et perspectives, RDC* 2017, n° 4, p.112 et s. : l'auteur évoque un juge tout à la fois « auteur et acteur » de la responsabilité civile.

[542] D'après le titre d'un article d'Olivier DESCAMPS, « Le destin de l'article 1382 ou : de la fable du chêne et du roseau en matière de responsabilité civile », *Droits*, 2008, n° 47, p.23 et s. Cet article se propose comme une suite à celui publié trois années auparavant dans la même revue, consacré à « l'esprit » de l'article 1382. V. « L'esprit de l'article 1382 du Code civil ou de la consécration du principe général de responsabilité pour faute personnelle », *Droits*, 2005, n° 41, p.91 et s.

[543] G. VINEY, « Pour ou contre un "principe général" de responsabilité civile pour faute ? », *op. cit.,* p.556 : « […] la promulgation de ces dispositions, qui pouvait apparaître à l'époque comme un aboutissement, n'a nullement arrêté l'évolution qui s'est poursuivie en faveur des victimes ».

responsabilité limitée à certains délits, ou à la protection de certains intérêts. Si ces systèmes concurrents ont su dépasser les bornes imposées par les textes, et ont ainsi réussi, dans un élan favorable à la protection de la victime, à décloisonner et élargir la protection offerte par leurs dispositifs, le droit français n'a lui pas cherché à encadrer sa clause générale. En miroir de ces cheminements, les juges français auraient en effet pu adopter une démarche consistant à contenir la clause générale, afin qu'elle ne déborde pas de son domaine, en définissant de manière précise les conditions de sa mise en œuvre. Le droit comparé nous enseigne d'ailleurs qu'une telle interprétation restrictive de la clause générale était possible. Présente à l'article 1295 du Code civil autrichien, le *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ci-après *ABGB*), le destin de cette clause générale identique à celle du droit français est pourtant bien différent de celui de l'article 1240 du Code civil, puisqu'il a été très tôt admis que malgré cette formulation très générale, cet article exigeait bien, pour sa mise en œuvre, la violation de certains droits absolus protégeant les intérêts d'autrui[544]. Des systèmes *a priori* opposés auraient pu ainsi converger *a posteriori*, par leur mise en œuvre jurisprudentielle. Poussés par l'impératif de réparation, l'attitude des juges français face à la clause générale a été – et est toujours – toute autre, la laissant au contraire étendre son empire jusqu'à devenir une disposition omniprésente, s'imposant dès lors qu'est causé à quiconque un dommage. Les caractères de cette clause que sont la concision et la généralité, qui en font initialement sa qualité, et lui procurent l'avantage de l'adaptabilité au regard des systèmes plus stricts, vont devenir dès le XIX^{ème} siècle, et particulièrement au XX^{ème} siècle, les instruments de cette vision tentaculaire de la responsabilité délictuelle[545]. Dès lors, le spectre d'une « "absorption" des règles

[544] Cette particularité du droit autrichien qui, d'inspiration jusnaturaliste, ressemble dans sa lettre au droit français, mais est devenu en substance bien plus proche du droit allemand et de sa rationalité de tradition pandectiste, peut s'expliquer par l'influence prédominante de Joseph UNGER, Professeur de droit privé à Vienne au XIX^{ème} siècle, sur le développement du droit privé autrichien. Disciple de Savigny, il a ainsi contribué à introduire les enseignements de l'École historique et des Pandectistes dans le droit privé autrichien. Sur le contexte politique qui a permis à cette influence de devenir prédominante en Autriche, v. W. DORALT, « Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) », in *MaxEuP* I, 45–51, 48–49. *Adde* J.-F. STAGL, « La réception de la théorie de l'acte juridique en Autriche grâce à Joseph Unger », in: C. OPHÈLE, Ph. RÉMY (dir.), *Traditions savantes et codifications*, 2007, p.189.

[545] O. DESCAMPS, « La responsabilité dans le Code civil », *op. cit.*, spéc. p.309 ; J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations, op. cit.*, §186 : l'historien note que jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle, la responsabilité ne représentait pas grand-chose, et que c'était au contraire le contrat qui occupait la plupart des réflexions et discussions. La tendance s'inverse au XX^{ème} siècle, et la responsabilité délictuelle se met alors à envahir tout le droit.

juridiques par le principe de responsabilité civile »[546] rôde, et menace notamment le contrat. En effet, cette invasion de la responsabilité délictuelle est particulièrement décriée au sein du champ contractuel, où règne par principe la responsabilité contractuelle.

105. L'intrusion de la responsabilité délictuelle dans le contrat. La généralité du principe de responsabilité délictuelle, tel qu'il est prévu en 1804, si elle permet d'expliquer la présence hégémonique de la responsabilité délictuelle, ne constitue pas en soi une perturbation de la sphère contractuelle. L'intrusion de la responsabilité délictuelle dans le champ du contrat a pour prémisse l'extension constante de ses conditions de mise en œuvre : dommage, fait générateur et lien de causalité font chacun les frais de la grande générosité des juges à l'égard des victimes. Cette excessive généralité conduit la responsabilité délictuelle à se déployer dans des domaines où existent pourtant des règles spéciales, en paralysant leur mise en œuvre, et à envahir ainsi potentiellement tout espace, y compris celui du contrat[547]. L'ampleur de cette intrusion dans le champ contractuel aboutit alors à un phénomène qui peut susciter des inquiétudes, celui de l'absorption ou de l'intégration du fait générateur contractuel dans le fait générateur délictuel. Aux prémisses de cette perturbation du champ contractuel, il y a une mise en œuvre invasive de la responsabilité délictuelle par les juges (Section 1), qui conduit à une perturbation du champ contractuel d'une ampleur inégalée (Section 2).

Section 1. Les prémisses de la perturbation

106. Extension des conditions de l'action en responsabilité. Des voix se sont élevées au sein de la doctrine, afin de pointer du doigt les maux générés par la généralité qui

[546] Selon le titre du célèbre article d'Henri MAZEAUD, « L'"absorption" des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *D.* 1935, p.5 et s.
[547] Pour des exemples en matière de contentieux familial (recherche en paternité, pension alimentaire en matière de divorce) v. H. MAZEAUD, « L'"absorption" des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *D.* 1935, p.5 et s. *Adde* Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations,* 9ème éd., LGDJ, 2017, n° 26 : les auteurs constatent que une « extension considérable de la responsabilité », conduisant à un « droit tendant à absorber tous les autres : biens, personnes et même contrat ».

caractérise le principe de responsabilité en droit français[548]. En réalité, ce qui est désigné par ceux qui souhaitent remettre en question la clause générale de responsabilité, c'est plutôt l'excès de généralité auquel l'on assiste aujourd'hui, qui se nourrit d'une jurisprudence toujours plus soucieuse des intérêts de la victime. Chacune des conditions à l'action en responsabilité est touchée. À une compréhension souple des constantes de la responsabilité que sont le dommage et le lien de causalité (§1), s'ajoute une extension progressive du fait générateur délictuel (§2).

§1. L'appréciation souple du dommage et du lien de causalité

107. Les constantes de la responsabilité civile. Les deux conditions de l'action en responsabilité que sont le dommage et le lien de causalité constituent ce que certains ont pu nommer les « constantes »[549] de la responsabilité civile, des conditions nécessaires à la mise en œuvre de l'action en responsabilité, quel que soit le régime, délictuel ou contractuel, pour faute ou non. Ces deux conditions fondamentales n'ont pourtant longtemps pas bénéficier d'un intérêt soutenu des juges, qui, sans jamais en préciser les contours, ont pu en faire une application très étendue. La jurisprudence, guidée par le souci de rétablir la victime dans son intégrité, multiplie les dommages réparables (A), et caractérise le lien de causalité en opportunité (B).

A. La multiplication des dommages réparables

108. Vision absolue du principe de réparation intégrale. Le principe de réparation intégrale, dont on a montré qu'il était étroitement lié à la définition, propre au droit français, du principe de responsabilité sous forme de clause générale[550], implique, dans sa vision la plus absolue, que tous les dommages, sans exception, soient réparés, afin que la victime qui les subit puisse être rétablie dans son intégrité, tant physique, psychique, que patrimoniale. Le dommage, par ailleurs, malgré la place centrale qu'il

[548] V. Ph. RÉMY, « Critique du système français de responsabilité civile », *Revue juridique de l'USEK,* 1997, n° 5, p.49 et s.
[549] J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, PUF, coll. Quadrige,1ère éd., 2004, p. 2269 ; S. PORCHY-SIMON, « La réaffirmation des constantes du droit de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle », *APD* 2021, tome 63, p. 283 et s.
[550] V. *supra*, n° 53 et s. et n° 95.

occupe au sein de la responsabilité civile, dont il est souvent présenté comme la condition première[551], souffre d'une absence de définition précise[552]. Ce vide conceptuel a permis aux juges de s'emparer de cette condition pour élargir encore le spectre de la responsabilité délictuelle, une initiative renforcée par deux grandes tendances contemporaines que sont d'une part le développement de « droits à », droits subjectifs, droits fondamentaux dits de « deuxième génération », centrés sur l'individu et qui accréditent l'idée que chaque individu dispose d'un droit à voir sa souffrance reconnue, et prise en charge par le droit, et d'autre part, la généralisation du système de l'assurance, obligatoire dans certains domaines[553], qui encourage et favorise la prise en charge de nouveaux types de dommages réparables, et notamment des dommages moraux[554]. L'expansion des dommages réparables permise par la généralité de l'article 1240, et soutenue par la consécration du principe de réparation intégrale à la moitié du XX^{ème} siècle, donne corps à l'idée selon laquelle la responsabilité délictuelle doit avant tout traiter l'injustice faite à la victime, plus qu'elle ne cherche à désigner un responsable, bascule caractéristique du passage à une société de gestion des risques. Cette hégémonie de la réparation, au détriment de la fonction normative de la responsabilité, est favorisée par la conception unitaire de la faute véhiculée par la clause générale, et impose, en droit français plus qu'ailleurs, une vision absolue de ce principe. Cette sacralisation du principe trouve un écho dans la jurisprudence du

[551] V. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations,* t.2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, 3ème éd., PUF, 2013, p.120.
[552] V. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit*., n° 19.
[553] C'est le cas en matière d'accidents de la circulation, des navires transportant des hydrocarbures, ou encore de l'exploitant d'une centrale nucléaire, situations qui correspondent à des responsabilités prévues de plein droit par le législateur. V. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 25.
[554] V. O. DESCAMPS, « Le destin de l'article 1382 ou : de la fable du chêne et du roseau en matière de responsabilité civile », *op. cit.,* spéc. p.36. Ce soutien apporté par l'assurance à la prolifération des types de dommages, et donc à la hausse des montants d'indemnisation, risque de trouver ses limites face au coût grandissant représenté par la mise en œuvre tentaculaire de la responsabilité civile. Or les limites du système de l'assurance marqueront nécessairement celle du système de responsabilité tel qu'il existe, et conduiront à revoir à la baisse, de manière plus ou moins chaotique, l'indemnisation des dommages. La multiplication des dommages réparables, si elle sert la volonté de réparer au mieux, risque de produire un effet pervers. V. not. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit*., n° 65 ; J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney,* LGDJ, 2008, p. 145 et s. ; V. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.,*n° 4

Conseil constitutionnel[555] qui, s'il a n'a jamais affirmé la valeur constitutionnelle de ce principe, acceptant notamment la mise en place, par le législateur, de régimes d'immunité et de limitations de la réparation[556] – réparation forfaitaire[557] ou partielle[558] – limite ces restrictions à la réparation intégrale à un motif d'intérêt général, et sanctionne celles qui porteraient une « atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs » ou « au recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »[559]. En conséquence, le principe de réparation intégrale, qui ne s'oppose pourtant pas nécessairement à ce que l'on définisse les caractères du préjudice réparable afin d'en limiter la liste[560], est entendu de manière absolue par les juges, qui deviennent les acteurs d'une multiplication débridée des dommages réparables.

109. Multiplication et diversification des préjudices réparables. Car si cette vision absolue du principe de réparation intégrale impose que le droit de la responsabilité prenne en charge tous les aspects de la souffrance de la victime, il assiste, voire encourage la multiplication et la diversification des formes mêmes de cette souffrance. Multiplication des préjudices réparables d'abord, qui touche particulièrement les dommages corporels et moraux, et s'accompagne d'un phénomène d'individualisation, et de nominalisation des préjudices pris en charge par le droit. À chaque fois que le

---

[555] La Cour de cassation refuse de son côté d'intégrer le principe de réparation intégrale dans l'ordre public international, la conduisant à accepter de faire produire effet à des décisions étrangères faisant application de lois nationales ne le reconnaissant pas, et refusant notamment la réparation du dommage moral. V. not. Cass. Crim., 16 juin 1993, n° 92-83871 ; Cass. Civ.1ère, 30 septembre 2003, *RGDA* 2004.270, note V. HEUZÉ ; n° 00-22294 ; Cass. Civ.1ère, 1er mars 2023, n° 21-22015.

[556] Cons.const. 11 juin 2010, *JCP* 2010.698, « La loi "anti-Perruche" au regard de la Constitution » ; J. SAINTE-ROSE et P. PEDROT, « La validation par le Conseil constitutionnel du dispositif "anti-Perruche" et du régime de responsabilités des professionnels et établissements de santé », *D.* 2010.2086.

[557] Cons.const., 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC, *Resp.civ. et assur.2010*, com. 176. Décision qui valide le système d'indemnisation forfaitaire des accidents du travail et des maladies professionnelles prévue par les articles L 451-1 et L 452-1 à. 3 du Code de la sécurité sociale.

[558] Cons.const., 26 septembre 2014, n° 2014-415 QPC, *Resp.civ. et assur*., novembre 2014, veille 34. Décision qui valide la réparation partielle pour faute de gestion de la part des dirigeants de personne morale soumises à une procédure collective prévue à l'article L 651-2 du Code de commerce.

[559] Ces principes avaient été formulés par Guy CANIVET,qui, fort de son expérience comme membre du Conseil, avait dès 2008 publié un article dédié aux fondements constitutionnels de la responsabilité civile, dans lequel il conclut que « des dérogations au régime de droit commun de la responsabilité prévoyant l'obligation à réparation intégrale de l'auteur du dommage sont possibles à la condition qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général et ne conduisent pas à des exonérations totales sans égard pour la gravité de la faute ». V. G. CANIVET, « Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile. Essai de pragmatique jurisprudentielle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 213 et s.

[560] V. *infra,* n° 445 et s. Si certains auteurs plaident pour une limitation, à l'avenir, des préjudices réparables, il semble qu'en droit positif, les seules variables permettant de ne pas faire droit à toute demande soient la faute et le lien de causalité, dont on sait qu'ils subissent également le phénomène d'expansion de la responsabilité délictuelle. V. M.FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations,* t.2, *Responsabilité civile et quasi-contrats,* 3ème éd., PUF, 2013, p.121.

juge découvre un nouveau type de préjudice réparable, il accorde à la victime la reconnaissance d'un aspect particulier de sa souffrance, ce qui tend à isoler de manière toujours plus précise les diverses composantes du dommage corporel et moral. Cette tendance va de pair avec l'obligation faite au juge, lorsqu'il identifie les conséquences dommageables de l'acte fautif, de procéder à l'identification de tous les chefs de préjudice, afin d'évaluer et d'indemniser chaque atteinte de manière autonome[561], dans son intégralité, sans passer par une appréciation globale du dommage[562]. Symptôme de ce morcellement des dommages corporels et moraux en autant de préjudices spécifiques, les nomenclatures prennent de plus en plus de place dans le travail de détermination, par les juges, du montant des dommages-intérêts. En établissant une liste minutieuse des divers chefs de préjudices, ces nomenclatures visent à faciliter le travail du juge, et permettent surtout de veiller à ce qu'il n'en laisse aucun de côté, comme c'est le cas de la célèbre nomenclature Dintilhac[563].

110. Psychologisation des dommages. Diversification des préjudices réparables ensuite, car le juge ne cesse de compléter et d'enrichir ces nomenclatures[564], soit en découvrant de nouveaux postes de préjudice[565], comme ce fut le cas du préjudice

[561] Initiée par la jurisprudence, cette ventilation des chefs de préjudices est aujourd'hui en partie imposée au juge par le biais de lois organisant les recours subrogatoires des organismes de sécurité sociale et d'autres tiers payeurs, et imposant notamment que ceux-ci s'effectuent poste par poste de préjudice. V. J. KNETSCH, « La désintégration du dommage moral », *D.* 2015, p.443 et s., qui cite les lois du 27 décembre 1973 et du 21 décembre 2006.

[562] À l'exception du « préjudice de contamination », identifié par le fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles créé par la loi du 31 décembre 1994. Ce préjudice a vocation à englober tous les dommages actuels et futurs, voire seulement potentiels, susceptibles de découler de la seule contamination par le VIH, dès la seule phase de séropositivité : dommages psychiques, et autres préjudices « apparus ou qui apparaîtraient en phase de maladie avérée, souffrances endurés, préjudice esthétique et l'ensemble des préjudices d'agrément consécutifs ». La Cour de cassation a confirmé cette définition. V. Civ.2ème, 1er février 1995, *RTD civ.* 1995, p.627, obs. P. JOURDAIN. Ce préjudice a ensuite été utilisé par la Cour pour la contamination par le virus de l'hépatite C. V. Civ.1ère, 1er avril 2003, *RTD civ.* 2003, p.506, obs. P. JOURDAIN. Sur cette notion, v. not. F. CHABAS, « La notion de préjudice de contamination », in *Le préjudice : questions choisies, RCA* mai 1998, p.20.

[563] Nomenclature présentée par le groupe de travail dirigé par Jean-Pierre Dintilhac, alors Président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, en juillet 2005, dite « nomenclature Dintilhac ». Cette nomenclature, si elle ne constitue pas un document obligatoire pour le juge dans son travail d'indemnisation, est en réalité très utilisée. V. J. KNETSCH, « La désintégration du dommage moral », *D.*2015, p.443 et s. Sur la valeur normative de cette nomenclature, v. M. ROBINEAU, « Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac des préjudices », *JCP* 2010.612.

[564] La nomenclature elle-même se veut souple, et n'a pas pour ambition de figer la liste des postes de préjudices réparables. V. J.-P.DINTILHAC (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels* , 2005, p.42 : le rapport précise, pour les pathologies évolutives, que la liste des préjudices extra-patrimoniaux a vocation à s'enrichir.

[565] V. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.,* n° 72, qui cite les préjudices de « déception », de « vacances gâchées ».

d'impréparation[566], ou plus récemment de la reconnaissance de deux préjudices autonomes d'angoisse d'une mort imminente[567] et d'attente et d'inquiétude des proches[568], soit encore en subdivisant une atteinte déjà connue[569]. Ces derniers préjudices sont déconnectés de toute forme d'atteinte corporelle ou patrimoniale et témoignent d'un mouvement de psychologisation du dommage[570]. Ils constituent des dommages moraux autonomes, caractérisés par le sentiment anxiogène lié non pas à un dommage corporel existant, mais au risque que ce dommage se réalise. La difficulté réside alors dans l'estimation de ce risque, et de son degré de certitude : plus le risque devient hypothétique, plus l'on chemine vers la reconnaissance d'un dommage moral

[566] En cas de manquement à son obligation d'information par le médecin sur les risques d'une opération, la Cour considère que, outre l'indemnisation d'une éventuelle perte de chance, pour la victime, d'éviter le dommage résultant de la réalisation de ce risque en exerçant un choix libre et éclairé de procéder ou non à ladite opération, le patient souffre, lorsque ce risque se réalise effectivement, du fait de ne pas y avoir été préparé par la délivrance d'une information. V. Civ.1ère, 23 janvier 2014, n° 12-22.123, *D.* 2014, p.590, obs. M. BACACHE ; CA Toulouse, 13 novembre 2017, RG n° 16/00155. Par ailleurs, la Cour a précisé que ces deux préjudices, perte de chance et préjudice d'impréparation, pouvaient se cumuler. V. Civ.1ère, 25 janvier 2017, n° 15-27.898, *RTD civ.* 2017, p.403, note P. JOURDAIN ; *D.* 2015.555, note S.-M. FERRIÉ.

[567] La Chambre mixte a en effet mis fin à la controverse entre sa deuxième Chambre civile et sa Chambre criminelle sur l'autonomie du préjudice d'angoisse d'une mort imminente ressenti par une victime juste avant son décès. Le 25 mars 2022, la Chambre mixte de la Cour de cassation a reconnu ce préjudice concernant une jeune femme décédée plus de deux heures après avoir subi une agression au couteau, considérant qu'elle avait été, pendant ces heures, dans un état de conscience suffisant pour voir son état se dégrader, et se représenter sa propre fin, en raison de la gravité des blessures infligées. Une question reste cependant en suspens : l'éventuelle caractérisation d'un tel préjudice pour une victime qui survit à ces blessures graves, mais a tout de même pu, avant de savoir que son pronostic vital n'était pas pou plus engagé, ressentir une telle angoisse, et même encore pour une victime qui, sans être directement blessée, a été placée dans une situation lui ayant fait se représenter sa fin prochaine, comme c'est notamment le cas lors d'attaques terroristes. Ch.Mixte, 25 mars 2022, n° 20-15.624 ; *D.* 2022.774, note S. PORCHY-SIMON.

[568] Il s'agit ici du préjudice subi cette fois par les proches d'une victime qui se trouve dans une situation de danger et qui éprouvent alors une « inquiétude liée à la découverte soudaine de ce danger et à l'incertitude pesant sur son sort », qui ne se confond pas avec le préjudice d'affection. Il est néanmoins conditionné au fait que la victime doit avoir subi une atteinte grave ou être décédée. Ch. mixte, 25 mars 2022, n° 20-17.072, *D.*2022.774, note S. PORCHY-SIMON.

[569] V. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.,* n° 71.

[570] N. MOLFESSIS, « La psychologisation du dommage », in *Quel avenir pour la responsabilité civile ?,* Dalloz, Thèmes et commentaires, p.39 et s.

pur, parfaitement autonome[571]. Cette évolution vers un dommage moral parfaitement autonome se profile d'ailleurs pour certains préjudices comme en matière de préjudice d'impréparation, sur le fondement d'un droit subjectif du patient à l'information[572]. Elle semble même acquise pour certains évènements traumatiques, lorsque le dommage moral ne découle d'aucun risque futur, mais au contraire d'un traumatisme passé qui, s'il n'a pas laissé de traces physiques, a durablement endommagé la psyché de la victime. Ce sera notamment le cas lorsqu'elle a été exposée à une situation particulièrement éprouvante et exceptionnelle, telle qu'un acte terroriste[573], ou encore, selon la nomenclature Dintilhac, à des « catastrophes collectives ou naturelles ou

[571] Lorsqu'il s'agit d'un risque de maladie lié à une exposition à l'amiante, le risque est avéré, étant donné les dommages déjà constatés sur de très nombreuses personnes de ce composé utilisé dans les constructions. V. Soc., 11 mai 2010, *D.* 2010.2048, note C. BERNARD ; *D.* 2001.35, obs. O. GOUT ; *D.* 2012.901, obs. P. LOKIEC ; *RTD civ.* 2010.564, obs. P. JOURDAIN ; Soc., 2 avril 2014, n° 12-28.616 et n° 12-29.825, *D.* 2014.1312, note C. WILLMANN et 1404, chron. E. WURTZ. La Cour définit le préjudice d'anxiété comme « l'ensemble des troubles psychologiques, y compris ceux liés au bouleversement dans les conditions d'existence résultant du risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante ». Le risque devient en revanche plus hypothétique face à une sonde cardiaque dont la défectuosité n'est pas encore constatée, mais présumée au regard des accidents survenus avec des sondes appartenant par le même groupe et/ou faisant partie de la même série de production. V. Civ.1ère, 19 décembre 2006, n°05-15.719 ; *JCP G* 2006, II, 10052, note S. HOCQUET-BERG ; *RTD civ.* 2007, p.352, obs. P. JOURDAIN ; CA Paris, 12 septembre 2008, *D.* 2008, p.2429, obs. I. GALLMEISTER ; CJUE, 5 mars 2015, n° C-503/13 et C-504/13 : la Cour affirme ici que « le constat d'un défaut potentiel des produits appartenant au même groupe ou relevant de la même série de production, tels que les stimulateurs cardiaques et les défibrillateurs automatiques implantables, permet de qualifier de défectueux un tel produit sans qu'il soit besoin de constater dans ce produit ledit défaut ».

[572] V. J. KNETSCH, « La désintégration du préjudice moral », *op. cit.* Si la jurisprudence semble récemment avoir tranché, en 2014, sur les conditions de l'indemnisation du préjudice d'impréparation, en exigeant la réalisation du risque sur lequel le médecin aurait dû informer, et fermant ainsi la porte à un préjudice totalement autonome, il n'en a pas toujours été ainsi. Dans un arrêt rendu en 2010, elle avait au contraire posé le principe d'une présomption de préjudice, dès lors qu'il y avait manquement à son obligation d'information par le médecin, sur le fondement des articles 16, 16-3 et 1382 du Code civil, faisant ainsi naître parmi les droits de la personnalité un nouveau droit : le droit à l'information. Cette jurisprudence a été confirmée notamment par deux arrêts rendus en 2012, faisant l'un référence aux « principes de dignité de la personne humaine et d'intégrité du corps humain », et l'autre directement à un « droit personnel détaché des atteintes corporelles » dont la « lésion entraîne un préjudice moral ». V. Civ.1ère, 3 juin 2010, n°09-13.591, *D.* 2010.1484, obs. I. GALLMEISTER, 1522, note P. SARGOS ; *D.* 2011.35, note O. GOUT ; *RTD civ.* 2010.571, note P. JOURDAIN ; *JCP* 2010.788, note S. PORCHY-SIMON ; *RDC* 2011.335, note M. BACACHE et Civ.1ère, 12 juin 2012, n° 11-18.327, *D.* 2012.1610, obs. I. GALLMEISTER ; Civ.1ère, 12 juillet 2012, n° 11-17.510, *D.* 2012.2277, note M. BACACHE. *Contra* Civ.1ère, 23 janvier 2014, n° 12-22.123, *D.* 2014.590, note M. BACACHE.

[573] Le Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et autres infractions (FGTI) a validé en 2017, suite au rapport remis le 6 mars 2016 par le groupe de travail dirigé par Stéphanie PORCHY-SIMON, l'indemnisation de deux nouveaux postes de préjudices pour les victimes d'actes terroriste : le préjudice d'angoisse de mort imminente pour les victimes directes, et le préjudice d'attente et d'inquiétude pour les proches des personnes décédées.

industrielles de type AZF »[574]. Ce mouvement de consécration de nouveaux préjudices moraux autonomes témoigne de la possible multiplication à l'infini des postes de préjudices réparables, et de l'emprise croissante de la responsabilité civile. Comme le souligne un auteur : « Avec cette forme de responsabilité dépersonnalisée, l'idéologie de la réparation est à son paroxysme »[575].

111. L'objectivation de la preuve des dommages moraux. À ce mouvement de psychologisation du dommage s'associe une tendance à l'assouplissement de sa preuve, tant il pourra être particulièrement difficile pour la victime de prouver un simple sentiment : angoisse, peur, inquiétude. Ainsi, paradoxalement, plus l'on introduit de subjectivité dans la notion de « dommage réparable », plus la démonstration de sa preuve sera empreinte d'objectivité. L'angoisse liée au risque de maladie à la suite d'une exposition à de l'amiante sera ainsi souvent caractérisée par cette seule exposition, sans que le demandeur n'ait même à effectuer de bilan de santé, ni de contrôles médicaux réguliers[576]. De même, en matière médicale, le préjudice d'impréparation se déduit du seul manquement par le médecin à son obligation d'information, couplé au constat de la réalisation de l'un des risques connus par lui[577]. Cette réduction des conditions traditionnelles de l'action en responsabilité au seul constat d'un élément objectif, associée à la prolifération de dommages nouveaux, élargit considérablement le spectre de la responsabilité délictuelle, qui trouve alors peu d'obstacles sur son chemin.

---

[574] V. J.-P. DINTILHAC (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporel* , 2005, p.41. Le rapport vise ce type de situation pour ce qu'il nomme les « préjudices permanents exceptionnels », qui affectent la victime tout au long de sa vie, et « prennent une résonance toute particulière en raison des circonstances ou de la nature de l'accident à l'origine du dommage ». C'était notamment le cas lors de la catastrophe, citée par le rapport, de la destruction de l'usine AZF à Toulouse le 21 septembre 2001 suite à l'explosion d'un stock de nitrate d'ammonium, causant 31 décès, 2500 blessés, mais surtout de lourds traumatismes psychiques.

[575] M. MEKKI, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 739 et s., spéc. p.752.

[576] V. Soc., 4 décembre 2012, n° 11-26.294, *D.* 2013.2658, obs. M. BACACHE, A. GUÉGUAN-LÉCUYER, S. PORCHY-SIMON.

[577] V. M. BACACHE, « Réparation du défaut d'information médicale : revirement ou affinement de jurisprudence ? », *D.* 2014. 590, n° 18 : l'auteur point le paradoxe de cette jurisprudence qui, tout en refusant de consacrer un droit subjectif à l'information, en garde l'une des caractéristiques essentielles : la contraction des conditions de la responsabilité qui se résume dès lors au constat de la violation, par le médecin, de son obligation d'informer le patient des risques de l'opération.

B. L'opportunité dans la caractérisation du lien de causalité

112. La causalité, variable d'ajustement. Au sein du triptyque caractéristique de l'action en responsabilité, le lien de causalité apparaît comme la dernière étape du raisonnement, le lien qui unit le dommage réparable à un fait générateur de responsabilité. La causalité constitue pourtant une condition essentielle de la responsabilité civile, voire en est le « marqueur »[578], et le jugement de responsabilité serait avant tout « un jugement sur la causalité d'un événement »[579]. Sa mise en œuvre judiciaire reste cependant entourée de mystère, et la causalité apparaît bien souvent comme une variable d'ajustement dans la mise en œuvre de la responsabilité civile. Elle permet au juge d'adapter, en dernier ressort, la réponse donnée par le droit à la réalisation d'un dommage, au regard tant de l'objectif prioritaire d'indemnisation, que des intérêts de la victime, comme du défendeur[580]. Il en découle une absence de solution de principe en matière de causalité (1), en raison de la diversité des problématiques que soulève sa caractérisation (2).

1. L'absence de solution de principe

113. Causalité adéquate ou équivalence des conditions. Malgré l'existence d'une controverse doctrinale quant à la notion de causalité, entre partisans d'une notion

---

[578] V. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.,* n° 25 : l'auteur évoque une condition « marqueur » de la responsabilité civile, au sens où l'exigence d'un lien unissant le fait générateur au dommage permet de distinguer la responsabilité des autres modes d'indemnisation automatiques. *Adde* J.-S. BORGHETTI, « Peut-on se passer de la causalité en droit de la responsabilité ? », *in Quel avenir pour la pour la responsabilité civile ?* Y. LEQUETTE, N. MOLFESSIS (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2015, p.11 et s. L'auteur relève que l'exigence de causalité se retrouve dans la plupart des systèmes juridiques, y compris ceux qui s'éloignent du droit français sur de nombreux autres points, mais également dans les divers projets d'harmonisation européenne du droit de la responsabilité civile.

[579] F. EWALD, « La faute civile : droit et philosophie », *Droits*, n° 5, 1987, p.45 et s., spéc. p.47.

[580] L. CADIET, « L'idéologie de la réparation », *in Mélanges en l'honneur de Pierre Drai, op. cit.,* p. 495 et s., spéc. p.497 : « La responsabilité civile est indexée sur le principe de causalité ». *Adde* Ph. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité délictuelle pour manquement contractuel : quelle perspective en l'absence de réforme ? », in *Écrits sans esprit de système, Mélanges en l'honneur de Philippe Delebecque*, Dalloz, 2024, p. 962 : « Elles laissent penser que les juges usent de cette condition pour statuer ainsi qu'ils le pensent juste […] ».

unitaire et défenseurs d'une conception dualiste[581], et en l'absence d'une définition législative[582], la problématique majeure qui entoure cette condition essentielle de l'action en responsabilité semble être celle de sa caractérisation par le juge. À l'opposé des efforts relativement vains de la doctrine, la jurisprudence fait fi de l'effort de définition de la causalité, et s'efforce plutôt de l'identifier concrètement, au cas par cas, à l'aide de deux théories entre lesquelles elle semble osciller : l'équivalence des conditions et la causalité adéquate. La première, libérale, permet de prendre en compte dans l'établissement de la causalité la plupart des évènements ayant matériellement participé à la réalisation du dommage[583]. La seconde, plus stricte, est dite « sélective », et ne retient que le ou les fait(s) dont on pouvait raisonnablement prévoir qu'ils auraient pour conséquence la réalisation du dommage constaté[584]. Si cette seconde théorie permet de circonscrire le domaine de la responsabilité, l'injustice qu'elle peut produire, notamment au regard des difficultés à manipuler cette idée de prévisibilité, et parce qu'elle exclut systématiquement les dommages qui ne sont causés que de manière exceptionnelle, amène la doctrine à s'en détourner. De même, une application dogmatique de l'équivalence des conditions risquerait de conduire à des situations absurdes, où n'importe quel fait ayant participé de manière infime et très indirecte, voire donc hypothétique, serait engagée la responsabilité cas fréquents en matière médicale. C'est pourquoi, en pratique, le juge ne procède à aucun choix de principe, et ne semble faire une application systématique d'aucune des deux théories.

114. L'opportunité jurisprudentielle face à la multiplicité des situations. L'analyse de la jurisprudence révèle qu'il est quasiment impossible, à la lecture d'un

[581] V. M. BACACHE, *Traité de droit civil,* t.5*, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 493 et s.

[582] Si les textes relatifs tant à la responsabilité du fait personnel, que du fait d'autrui ou des choses (articles 1240 à 1244 du Code civil), ainsi que les récentes dispositions relatives aux produits défectueux (articles 1245 à 1245-17), posent l'exigence d'un lien de causalité entre dommage et fait générateur, aucune définition n'en est donnée. Le projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 consacre quant à lui les articles 1239 et 1240 à l'exigence d'un lien de causalité, mais n'en donne toujours aucune définition, ni ne choisit, pour son établissement, entre causalité adéquate et équivalence des conditions. Il en va de même de l'article 1239 de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 juillet 2020.

[583] V. M. BACACHE, *Traité de droit civil,* t.5*, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* n° 495.

[584] Contrairement à une version primitive de cette théorie qui ne retenait que la *causa proxima*, la cause la plus proche du dommage, la causalité adéquate invite le juge à une réflexion rétrospective à partir du dommage, pour retrouver le fait qui devait, de manière prévisible, ou « selon le cours naturel des choses », l'engendrer. V. M. BACACHE, *Traité de droit civil,* t.5, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* n° 497.

arrêt, d'identifier la théorie mise à l'œuvre par le juge, et chacun pourra d'ailleurs trouver dans un même arrêt, un soutien en faveur de l'une ou de l'autre. Prenons la situation suivante, tirée d'un arrêt de la Cour de cassation[585] : à la suite d'une chute d'un rayon de marchandises dans un supermarché, un client subit une fracture des vertèbres, et décède au cours de son hospitalisation. À l'origine de ce décès l'expert invoque de multiples causes, parmi lesquelles le traitement médicamenteux d'une crise de *delirium tremens*, elle-même conséquence d'un alcoolisme chronique, ainsi que des séquelles au poumon, causées cette fois par un cancer, dû au tabagisme chronique de la victime. La convergence de ces évènements aurait entraîné une surcharge médicamenteuse, liée à l'insuffisance hépatique du patient, et causé une détresse respiratoire. Alors que la cour d'appel ne retient comme cause directe du décès que la surcharge médicamenteuse, et refuse d'établir entre cet événement et la fracture initiale un lien de causalité direct, la Cour de cassation considère que, l'hospitalisation ayant été rendue nécessaire par la fracture initiale, celle-ci constituait une condition *sine qua non* du dommage final, le décès[586]. On pourrait voir dans cette censure une opposition entre la causalité adéquate, retenue par les juges d'appel, et l'équivalence des conditions, préférée par les juges de cassation. En réalité, aucune référence explicite n'est faite à aucune des deux théories, et l'on pourrait tout aussi bien dire que les juges de cassation ont usé de la causalité adéquate pour déterminer l'événement qui leur semblait le plus probablement avoir causé le dommage, à savoir l'accident. Ainsi, la jurisprudence ne fournira, en matière de causalité, aucune solution de principe. Tout au plus peut-on avancer que dans une société du risque collectivisé, dans laquelle se déploie aujourd'hui la responsabilité, le juge serait enclin à aller vers une causalité facilitée, et donc à faire le choix le plus généreux pour la victime[587].

Pour mieux comprendre la difficulté à laquelle fait face le juge, il nous faut présenter les différents cas de figures qui se présentent en pratique, et qui cachent des problématiques variées. Deux types de situations rendent notamment l'établissement du lien de causalité délicat, et donnent lieu à un contentieux : soit on constate un dommage unique, mais plusieurs faits générateurs potentiels, soit l'on fait face au

[585] V. Civ.2ème, 7 avril 2005, n°04-12.882, *RCA* 2005, comm.173, H. GROUTEL.
[586] V. Civ.2ème, 7 avril 2005, n°04-12.882 : « […] de telle sorte que le décès ne se serait pas produit en l'absence de cet accident qui en était la cause certaine ».
[587] O. BERG, « Le dommage objectif », *in Études offertes à Geneviève Viney,* p.63 et s.

contraire à une multiplicité de dommages, plus précisément un dommage initial, et des dommages successifs, dits « en cascade ».

2. *La diversité des problématiques*

115. Causalité et contribution à la dette. Dans la première situation, il s'agira essentiellement de déterminer le fait générateur avec lequel le dommage entretient un lien causal, et donc de désigner le ou les responsables, voire de préciser les modalités d'un partage de responsabilités. La question qui se pose à la Cour est alors celle de l'identification, en opportunité, de celui à qui doit être transférée la charge de ce dommage, décision qui sera notamment guidée par la gravité, et donc le poids de ce dernier pour le débiteur des dommages-intérêts, ainsi que du fait générateur en question. Si la Cour veut préserver le potentiel responsable de la charge d'un dommage trop lourd, alors qu'il n'a été causé que très indirectement par ses actes, elle sera plus encline à caractériser un tel lien de causalité entre ce dommage et cette cause lointaine lorsqu'il ne s'agira que de blessures[588]. En revanche, lorsque l'atteinte à l'intégrité physique sera plus grave – un décès –, la Cour sera plus réticente à retenir un fait générateur autre que celui ayant causé « directement » le dommage, surtout lorsqu'il s'agit d'une faute d'imprudence ou de négligence[589]. À l'inverse, lorsque les juges

[588] V. not. Civ.2ème, 18 avril 2013, n° 12-13.579. Dans cet exemple, une petite fille avait été confiée par ses parents à un autre couple, dans le cadre de l'anniversaire de leur fils. Au cours de cet événement, et alors qu'elle était sous leur garde, la petite fille sort de la maison, et en traversant la rue, se fait renverser par un véhicule. Le conducteur, reconnu coupable de blessures involontaires, est condamné à verser des dommages-intérêts à la jeune victime (et à ses parents), versés par son assureur. Ce dernier, subrogé dans les droits de l'assuré, se retourne alors contre les parents organisateurs de l'anniversaire, et leurs assureurs, « afin de voir reconnaître leur responsabilité à concurrence des deux tiers dans la production du dommage ». La Cour d'appel procède à un tri entre les faits générateurs, et considère que seul le comportement imprudent du conducteur avait été déterminant dans la réalisation du dommage, tandis que le défaut de surveillance des organisateurs ne constitue pas un fait déterminant, mais seulement « périphérique », qui n'explique pas la survenance du dommage. La Cour de cassation censure, et affirme simplement que dès lors que sans cette faute initiale de surveillance, le dommage ne se serait pas produit, un lien de causalité direct et certain devait être établi.

[589] V. not. Civ.2ème, 28 avril 2011, n° 10-17.380. Dans cet exemple, une jeune fille décède au cours d'une soirée pendant laquelle se déclenche un incendie. À l'origine de cet incident, deux éléments : tout d'abord la négligence de l'organisatrice qui, après avoir allumé quelques bougies pendant la soirée, est partie se coucher sans ranger celles qui n'avaient pas été utilisées et sans mettre en garde les autres convives sur l'état dégradé de celles-ci. Ensuite, l'imprudence des autres invités qui, alors que l'organisatrice et la victime étaient parties se coucher, ont prolongé la soirée en allumant des bougies qu'ils ont oublié d'éteindre, a directement provoqué l'incendie. La Cour de cassation approuve ici la Cour d'appel de n'avoir pas retenu la responsabilité de l'organisatrice pour sa négligence initiale, alors même que ce dommage a contribué indirectement à la production du dommage final. Elle rejette ici pourtant l'établissement d'un lien de causalité direct.

seront avant tout guidés par le souci d'indemniser la victime, plus le dommage subi par elle sera grave, plus elle s'accommodera d'un lien de causalité même très indirect. Dans tous les cas, la recherche du lien causal jouera ici un rôle déterminant au stade de la contribution à la dette[590], bien plus que de l'obligation à la dette.

116. Causalité et identification des préjudices réparables. Dans le second cas de figure, le premier constat est plutôt celui d'une multitude de dommages, plus précisément d'un dommage initial, suivi de dommages successifs, ainsi que d'un fait générateur « initial » imputé au défendeur. Ainsi, le dommage initial sera directement relié au fait du défendeur, alors que les autres dommages entretiendront avec lui un lien plus distendu. Il s'agira dès lors, à partir de ce fait générateur, de trier entre ces multiples dommages, et les préjudices qu'ils engendrent, afin de déterminer ceux qui seront réparables[591]. Dans ces arrêts, plus que de savoir « qui » sera responsable, on cherchera plutôt à déterminer « à quoi » le défendeur peut être tenu. Deux approches sont possibles : soit on s'attarde sur la prévisibilité du dommage au regard du fait générateur initial, et l'on se demande s'il constitue une conséquence exceptionnelle, ou au contraire naturelle de ce fait, soit l'on prend en compte tous les dommages qui découlent, même indirectement, du fait imputé, du moment que celui-ci a joué un rôle, même éloigné, dans leur réalisation. Bien que l'on semble retomber ici sur les deux théories de la causalité évoquées précédemment, leur identification sera rendue délicate par la diversité des situations présentées au juge. Encore une fois, deux « situations types » se profilent, que nous allons exposer à partir d'arrêts rendus par la Cour de cassation.

117. Détermination des dommages prévisibles. Prenons le cas d'un ouvrier qui décède des suites d'une contamination à l'amiante, elle-même due à la faute de son employeur. Il en résulte par ailleurs une série de dommages par ricochet pour sa fille, son petit-fils, mais aussi pour sa petite-fille née postérieurement au décès, du fait de ne

[590] De nombreux auteurs tentent ainsi de décrypter l'application faite par la Cour de l'une ou l'autre des théories : à la détermination de l'obligation à la dette, l'équivalence des conditions, et à celle de la contribution à la dette, la causalité adéquate. V. Y. LAMBERT-FAIVRE, « De la poursuite à la contribution : quelques arcanes de la causalité », *D.* 1992, p.311. Les arrêts cités montrent pourtant que cette grille d'analyse ne permet pas parfaitement de distribuer l'application des diverses théories de la causalité.

[591] Les caractères du dommage et du lien de causalité, qui tous deux se doivent d'être directs et certains, amènent, de manière générale, une forme de confusion entre les deux conditions.

pouvoir connaître son grand-père[592]. Dans cet exemple, les dommages finaux sont ceux que subissent les membres de la famille, et ils découlent eux-mêmes du dommage subi par le défunt. Dans cette chaîne de dommages, chacune des atteintes devient le fait générateur de la suivante, et aucun événement ne vient réellement rompre la causalité qui les relient à la faute initiale. En revanche, si la causalité est certaine, elle devient de plus en plus indirecte, et pose la question de la prévisibilité du dommage pour le défendeur[593]. Ici, le dommage qui pose problème est celui causé à la petite-fille née après le décès du grand père, dommage moral résultant de la privation de liens affectifs avec son grand-père. Outre le caractère hypothétique de ce préjudice, qui part du postulat que de tels liens sont systématiques, l'employeur pouvait plus difficilement envisager de telles conséquences, l'enfant n'étant pas né au moment où le dommage survient. La Cour affirmera d'ailleurs qu'il n'existe en l'espèce aucun lien de causalité entre la faute initiale, et le dommage moral de la petite-fille.

118. Incertitude du lien de causalité. Plus problématique est le cas où, au sein de cette chaîne de dommages qui se succèdent, jusqu'au dommage final, le lien de causalité s'étiole et devient de plus en plus incertain. Reprenons l'exemple précité de l'accident de supermarché, qui cause une fracture, qui conduit au dommage ultime, le décès[594]. Au sein de cet enchaînement linéaire de dommages, s'immiscent en réalité de nombreuses autres causes, certaines propres à l'état de la victime, d'autres liées au traitement médicamenteux administré par le personnel hospitalier, mais qui ne découlent pas du fait générateur initial. En effet, aucun de ces éléments n'est directement lié à la fracture initiale, et donc à l'accident, qui n'explique que l'hospitalisation, et crée ainsi seulement le contexte de réalisation du dommage final. Non seulement la chaîne de causalité est ici interrompue, mais elle l'est par des évènements qui rendent difficile l'identification des causes directes du dommage final. Les causes « parasites » relèvent en effet tant de l'état de santé de la victime, que de l'intervention du personnel médical, qui comprend en soi une part d'aléa. La question dépasse alors celle de la prévisibilité du dommage final, et retombe sur celle, plus

[592] V. Civ.2ème, 4 novembre 2010, n° 09-68.903, *Bull. civ.* II, n° 177 ; *JCP* 2011.435, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.
[593] Si la prévisibilité du dommage n'est pas explicitement prévue en matière délictuelle, à l'inverse de la responsabilité contractuelle, il ne faut en revanche pas confondre le dommage prévisible de la responsabilité contractuelle et délictuelle. V.*infra*, n° 234.
[594] V. *supra*, n° 114.

classique, de l'incertitude du lien de causalité. Dès lors ni la causalité adéquate, ni l'équivalence des conditions ne permettent de fournir ici une réponse. La Cour ignore pourtant cette question essentielle, et établit la causalité en constatant que sans la fracture, et donc sans la chute d'un rayon dans le supermarché, l'hospitalisation, au cours de laquelle le décès a eu lieu, ne serait pas advenue. La caractérisation du lien de causalité, utilisé par le juge comme une variable d'ajustement de la responsabilité, se fait selon des considérations d'opportunité, et contribue ainsi à l'expansion sans limites du spectre de la responsabilité civile.

§2. L'extension du fait générateur délictuel

119. L'absence d'obstacles juridiques à l'extension de la faute délictuelle. La particularité du droit français de la responsabilité civile s'illustre, nous l'avons vu, dans l'expression du principe de responsabilité sous forme d'une clause générale, dont les limites sont *a priori* inexistantes. Cette particularité s'est trouvée renforcée *a posteriori* dans la mise en œuvre du principe par les juges français qui, au lieu de recruter les divers instruments à leur disposition, telles que la relativité aquilienne, ou encore la notion d'illicéité[595], ont adopté une vision particulièrement large du fait générateur de responsabilité délictuelle.

120. L'absence d'obstacles doctrinaux à l'extension de la faute délictuelle. Le débat sur les mutations du fondement de la responsabilité délictuelle, et la substitution du risque à la faute, initié par ESMEIN au début du XX^{ème} siècle, et continué avec succès par SALEILLES[596] et JOSSERAND[597], auxquels s'opposa notamment, en défenseur de la faute, PLANIOL[598], a eu pour vertu de faire converger, au-delà des dissidences apparentes, la majorité des auteurs vers une nécessité nouvelle, celle de protéger mieux les victimes en permettant à la responsabilité civile de prendre en

[595] À l'instar des juges allemands qui ont pu faire usage de ces notions hors des seuls cas où des textes les prévoyaient explicitement, afin de limiter le domaine du principe de responsabilité délictuelle. V. *supra*, n° 77 et s.
[596] R. SALEILLES, « Le risque professionnel dans le Code civil », *D.*1897.433 ; *La réforme sociale*, 1898 ; *Les accidents du travail*, 1897.
[597] L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897.
[598] M. PLANIOL, « Études sur la responsabilité civile », *Rev.crit.* 1905, p.277 et s.; 1906, p.80 et s.

charge un plus grand nombre de dommages. Le débat s'est donc progressivement déplacé d'une querelle sur les fondements de la responsabilité, vers la question de l'aptitude de la faute ou du risque à justifier des solutions qui, selon tous, s'imposent en équité[599]. La prééminence de la fonction compensatoire et l'assouplissement des conditions de la responsabilité qu'elle exige, à commencer par le fait générateur de responsabilité, ne rencontre alors plus de réels obstacles doctrinaux. Une partie de la doctrine de la seconde moitié du XX^{ème} siècle s'est dès lors concentrée sur la définition de la faute et son assouplissement, afin de servir ces nouvelles orientations légales et jurisprudentielles tournées vers un élargissement du spectre de la responsabilité civile.

121. La définition extensive de l'élément objectif de la faute délictuelle. On enseigne classiquement que la notion de faute se compose de deux éléments, l'un objectif, l'acte « illicite »[600] à l'origine du dommage, et l'autre subjectif, l'imputabilité de l'acte, c'est-à-dire la conscience, par son auteur, de la portée et des conséquences de cette action. Ce second élément a été l'objet d'une vive controverse doctrinale[601], avant d'être abandonné par la jurisprudence[602], laissant l'identification de la faute délictuelle au seul constat du « manquement à une obligation préexistante »[603], et plus largement à la « méconnaissance d'une norme imposée par le droit »[604], qu'il s'agisse d'une obligation légale ou d'un devoir plus général de prudence et de diligence.

La question de la qualification d'un comportement fautif et susceptible d'engendrer la responsabilité de son auteur se réduit dès lors à celle de l'identification des normes, obligations et devoirs, dont la violation constituerait un fait générateur de responsabilité délictuelle. La jurisprudence a eu le loisir de définir, au fil des espèces,

---

[599] G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit*., n° 70.
[600] L'emploi de ce terme, qui renvoie en substance à l'élément objectif de la faute, c'est-à-dire la violation d'un devoir préexistant, a fait l'objet de débats au sein de la doctrine, dont une partie a considéré qu'il s'agissait d'un concept confus et dangereux, notamment parce qu'il serait impossible de définir avec précision les devoirs dont la violation constituerait un fait générateur de responsabilité. V. G. MARTY, « Illicéité et responsabilité », *in Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière,* 1964, p.339 et s. ; H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* t.I, *op. cit.*, n° 388 et s. Par ailleurs on sait que dans de nombreux droits étrangers, la condition d'illicéité est une condition autonome de l'action en responsabilité ; l'emploi de ce terme en droit français peut donc prêter à confusion.
[601] V. G. VINEY, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit*., n° 444.
[602] Dans le célèbre arrêt *Lemaire*, la Cour a en effet considéré que la faute d'un jeune enfant pouvait être caractérisée, sans avoir à rechercher si celui-ci disposait d'une capacité de discernement suffisante. V. Ass. plén.., 9 mai 1984, *D.* 1984.525, concl. CABANNES, note F. CHABAS ; *JCP* 1984.II.20256, note P. JOURDAIN ; *RTD civ.* 1984.508, obs. J. HUET.
[603] M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t.II, n° 863.
[604] G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit*., n° 443.

ce que signifiait cette « obligation préexistante », non de manière absolue et dogmatique, mais au contraire dans une approche casuistique, qui s'appuie à la fois sur un standard, celui de l'homme raisonnable, mais prend aussi en compte toutes les données de l'espèce, en particulier les compétences de l'agent[605]. L'analyse de la jurisprudence ne permet donc pas de faire émerger de notion de faute aux contours précis, d'autant plus qu'elle inclut dans son élément objectif, outre les obligations résultant de la loi ou du règlement, toutes sortes de devoir de comportement et normes de conduite caractérisées au fil du temps par la jurisprudence. La Cour de cassation fait ainsi parfois référence au « devoir de prudence ou de diligence »[606], ou encore au « devoir général de ne pas nuire à autrui ».

122. Glissement de la faute au préjudice. Ce glissement sémantique n'est pas anodin. Entre le « devoir de prudence et de diligence », qui renvoie au standard d'un homme raisonnable, et le « devoir général de ne pas nuire à autrui », le fameux *neminem laedere* du Digeste, il n'y a pas identité, mais il n'y a pas non plus qu'une simple différence de degré dans la généralité de l'expression. On pourrait en effet penser que de l'un à l'autre, la jurisprudence procède à un simple élargissement du fait générateur délictuel, en fonction des circonstances de l'espèce. Or, si le premier devoir, celui de « prudence et de diligence » renvoie bien à l'idée d'un comportement imposé à l'individu en cause, le second semble simplement lui imposer de respecter l'intégrité, tant physique que patrimoniale, d'autrui. Dans ce second cas, le juge n'apprécie donc plus réellement la « faute », c'est-à-dire l'« écart de conduite »[607] résultant de l'exercice de son libre arbitre par l'homme, mais s'intéresse à l'atteinte que génère son action aux droits d'autrui. De fait, l'identification de la faute délictuelle se retrouve réduite au constat d'un préjudice pour la victime[608], et non de l'appréciation positive

[605] G. VINEY, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit*., n° 464 et s.
[606] G. VINEY, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n° 477 et s. Expression reprise par les articles 1242 du projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 et 1241 de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 juillet 2020.
[607] G. MARTY, « Illicéité et responsabilité », *op. cit.,* spéc. p. 344 et 345 ; G. VINEY, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n° 443.
[608] Cette idée d'une fusion de la faute et du préjudice n'est d'ailleurs pas nouvelle, et avait été proposée par un magistrat belge, procureur général près la Cour de cassation de Belgique, Paul LECLERCQ, dans une intervention prononcée lors de l'audience solennelle de rentrée du 15 septembre 1927. V. P. LECLERCQ, « Le conducteur d'une automobile qui tue ou blesse un piéton commet-il un acte illicite ? », Bruxelles, Bruylant, 1927 ; cité par H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de responsabilité délictuelle et contractuelle, op. cit.,* n° 385 ; G. VINEY, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n° 457 : l'auteur parle ici de « devoirs extra-contractuels de résultat ».

d'un comportement fautif. Derrière ce qui n'apparaît que comme un simple changement de termes plus ou moins équivalents, il y a une véritable mutation, sur le fond, du fait générateur délictuel, une mutation qui amènerait à sa disparition en tant que condition de l'action en responsabilité. Il n'est d'ailleurs pas anodin, nous le verrons, que cette formule se retrouve essentiellement dans les arrêts qui de la Chambre commerciale qui, avant 2006, exigeaient du tiers au contrat victime d'un manquement contractuel qu'il prouve, au soutien de son action en responsabilité délictuelle, une violation du devoir général de ne pas nuire à autrui[609].

123. Responsabilité et droits subjectifs. Cette évolution a été menée à son terme en matière d'atteinte aux droits de la personnalité[610] ou à la liberté individuelle[611] puisque dès lors qu'est caractérisée une atteinte à l'un de ces droits, il en résulte automatiquement un préjudice, qui suffit à mettre en œuvre la responsabilité. Dès lors, la responsabilité délictuelle ne serait plus fondée ni sur la faute, ni sur le risque, mais

[609] Cette seconde expression a été régulièrement utilisée par la jurisprudence de la Chambre commerciale, antérieure à l'arrêt Myr'ho du 6 octobre 2006, et consacrée à l'action du tiers victime d'un dommage du fait de l'inexécution contractuelle. Elle exigeait alors, qu'en plus de la seule inexécution d'une obligation contractuelle, le tiers prouve que le débiteur avait manqué à son « devoir général de ne pas nuire à autrui ». V. Com., 8 octobre 2002, n° 98-22.858, *JCP* 2003, I, 152 ; Com., 5 avril 2005, *Bull. civ. I*V, n° 81 ; *RDC* 2005.687, obs. D. MAZEAUD ; *CCC* 2005, n° 149, note L. LEVENEUR ; *RCA* 2005, n° 174, note H. GROUTEL ; *RTD civ.* 2005.602, obs. P. JOURDAIN.

[610] 1) Selon la Cour de cassation, qui se fonde sur l'article 9 du Code civil, « la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation ». V. Civ.1ère, 5 novembre 1996, n° 94-14.978, *GAJC*, t.2, *op. cit.,* , n° 24 ; Civ.1ère, 25 février 1997, n° 95-13.545 ; Civ.3ème, 25 février 2004, n° 95-13.545 ; Civ.2ème, 18 mars 2004, n°02-12.743. *Adde* G. VINEY, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n° 257, spéc. p.42 ; T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* 2007, p.227, § 2 et § 24 : l'auteur montre que si le droit commun de la responsabilité, notamment les conditions de faute et de préjudice, sont évincées par la nécessité de protéger le droit de la personne, la responsabilité civile délictuelle ne joue pas moins un rôle tant dans l'apparition de droits subjectifs, que dans leur réalisation. Ainsi, l'indemnisation octroyée sur le fondement d'un droit subjectif ne peut totalement évincer la clause générale de responsabilité délictuelle, mais elle se satisfait d'un allègement de la preuve de la faute et du préjudice, présumés par l'atteinte au droit.

2) Il faut cependant nuancer l'idée selon laquelle la responsabilité de l'agent à l'origine de l'atteinte serait automatiquement engagée puisque très souvent, la violation d'un droit fondamental est à mettre en balance avec le respect d'un autre droit du même type. L'exemple le plus fréquent est celui de l'atteinte à l'image, ou encore à la vie privée d'un individu, pour laquelle l'auteur du dommage fait valoir sa propre liberté d'expression, voire le droit à l'information du public. En ce cas, l'invocation de son propre droit subjectif par l'auteur du dommage peut lui permettre de faire reculer le seuil de caractérisation de sa propre faute. V. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 81 et s.

[611] Civ.1ère, 26 juin 2019, n° 18-12630 : En cas d'internement illégal, la responsabilité de l'auteur n'est pas subordonnée à la preuve d'une faute de sa part.

directement sur la protection de droits subjectifs[612], consacrés la plupart du temps par les textes internationaux comme des droits fondamentaux, et peut-être plus généralement sur un « droit à la sûreté »[613], ou encore « à la sécurité » des personnes[614]. Ainsi, la souplesse de la clause générale, qui en fait sa supériorité au regard d'autres systèmes enfermés dans des conceptions plus strictes[615], a conduit les juges à élargir la notion de faute délictuelle, au point d'en faire disparaître la substance pour mieux servir la préoccupation première de la responsabilité, l'atteinte faite à autrui. Il résultera de cet élargissement du spectre de l'article 1240 un certain nombre de perturbations pour d'autres domaines du droit, et en particulier pour la sphère contractuelle.

124. Conclusion de section. L'article 1240 du Code civil imprime au droit français de la responsabilité délictuelle, par son énoncé particulier sous forme d'une clause générale, sa spécificité, celle d'une responsabilité délictuelle *a priori* sans bornes. Laissée aux mains des juges, cette clause générale aurait pu s'en trouvée encadrée *a posteriori*, par une définition plus précise de ses conditions – faute, dommage, lien de causalité. Il en est allé autrement, les juges ayant fait le choix opposé de s'appuyer sur la flexibilité de la clause générale, et sur le caractère ouvert de sa formule, pour englober toujours plus de dommages dans le champ de sa réparation, chercher à toujours leur trouver un responsable, même lorsque le lien de causalité entre le fait de ce dernier et le dommage subi apparaît ténu. C'est surtout l'appréciation de plus en plus souple qu'elle fait du fait générateur délictuel, la faute, qu'elle va jusqu'à caractériser de violation d'un « devoir général de ne pas nuire à autrui » qui va offrir à

[612] Cette idée irriguait déjà la thèse de Boris STARCK pour qui, en présence d'une atteinte aux biens ou à la personne, l'action en responsabilité doit se fonder sur l'idée de garantie. V. B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée,* 1947. On la retrouve aujourd'hui avec force chez une partie de la doctrine, notamment dans les thèses de Marc PICHARD et de Marie DUGUÉ. V. M. PICHARD, *Le droit à, étude de législation française,* Economica, 2006, n° 389 et s. ; M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit*. Une étude publiée en 2005 propose nettement de faire du respect des droits de l'homme le nouveau fondement de la responsabilité civile. V. O. LUCAS, « La Convention européenne des droits de l'homme et les fondements de la responsabilité civile », *JCP G* 2005 I.111.286.

[613] C. RADÉ, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile », *D.*1999, chron.p.313 ; « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », *D* 2003, p.2247 : l'auteur propose la mise en place d'un système combinant un droit de la responsabilité civile rénové avec un régime subsidiaire d'indemnisation des dommages corporels fondé sur la solidarité collective, et s'éloigne en cela légèrement de la théorie de la garantie développée par Boris STARCK.

[614] B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée,* 1947, n° 61 à 67 : l'auteur milite dans sa thèse pour la consécration d'un « droit à la sécurité corporelle ».

[615] G. VINEY, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit*., n° 482-1.

la clause générale le pouvoir de s'immiscer sans cesse dans le contrat, et donner à la perturbation que cette immixtion induit toute son ampleur.

Section 2. L'ampleur de la perturbation

125. Particularités de la perturbation en matière contractuelle. Ce phénomène d'expansion de la responsabilité délictuelle a pour conséquence d'offrir à celle-ci le pouvoir de prendre en charge toute situation de survenance d'un dommage, empiétant parfois sur le domaine réservé à d'autres dispositions[616]. La vocation de la responsabilité délictuelle à régir des situations juridiques est devenue tentaculaire et le spectre de la responsabilité délictuelle rôde désormais derrière toute situation dans laquelle un sujet de droit se trouverait lésé. Cette « absorption » de tout le Droit, ou presque, par la clause générale de responsabilité délictuelle[617] prend une forme particulière lorsqu'elle s'attaque à la sphère contractuelle. La compréhension particulièrement ouverte des conditions de l'action en responsabilité délictuelle conduit cette dernière à empiéter sur le domaine du contrat, et surtout de la responsabilité contractuelle. C'est particulièrement visible en ce qui concerne les faits générateurs de responsabilité, puisque rien ne semble plus empêcher l'absorption du manquement contractuel dans cette définition souple que donne désormais la jurisprudence de la faute délictuelle[618]. Par ailleurs, l'émergence de nouvelles clauses générales de responsabilité, indirectes et objectives, à partir de dispositions présentes dans le Code

[616] On peut dès lors parler de « crise de croissance » de la responsabilité délictuelle, qui entraînerait une « crise d'identité » de celle-ci. V. M. POUMARÈDE, « Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avant-projet Catala », *D*. 2006, p. 2420 et s.
[617] H. MAZEAUD, « L'"absorption" des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *op. cit.*
[618] M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.,* n° 145. L'auteur montre que cette absorption s'est en partie réalisée en cas de dommage subi par le tiers du fait de l'inexécution du contrat, puisque la Cour de cassation a affirmé, le 6 octobre 2006, l'identité des fautes contractuelle et délictuelle. *Adde,* pour une lecture nuancée de cette absorption, M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.,* n° 209 et s.

civil[619], et à l'image de l'article 1240, si elle témoigne de l'incapacité du droit français à raisonner en d'autres termes que ceux de la généralité[620], entraîne surtout un risque d'intrusion d'autant plus inquiétant pour la sphère contractuelle qu'elles ne se fondent plus sur la faute, mais sur un simple fait objectif. L'immixtion de la responsabilité délictuelle sous sa forme objective entraînerait alors des perturbations inacceptables pour les parties au contrat. Le contrat, parce qu'il est le réceptacle des prévisions contractuelles, et l'instrument qui en assure la protection, exige que la violation des obligations qu'il édicte soit sanctionnée par des règles respectant ces exigences. Or la citadelle des prévisions contractuelles se retrouve régulièrement assaillie par l'effet d'intrusions toujours plus nombreuses de la responsabilité délictuelle, qui induisent une perturbation d'une certaine ampleur. Ces perturbations particulières de la sphère contractuelle qui sont décuplées par la multiplication des clauses générales de responsabilité (§2) prennent notamment la forme d'une absorption du fait générateur contractuel (§1).

§1. L'absorption du fait générateur contractuel

126. Faits générateurs de responsabilité. Malgré les tentations récurrentes d'une partie de la doctrine de rapprocher, voire de fusionner les responsabilités contractuelle et délictuelle, par l'adoption d'une définition unique du fait générateur de responsabilité, il est important de rappeler le principe de leur distinction (A), avant de

[619] C'est une histoire bien connue que celle de l'interprétation faite par les tribunaux tout d'abord de l'article 1384, alinéa 1er, pour faire émerger un principe général de responsabilité du fait des choses puis, de manière plus progressive, du fait d'autrui. Arrêt *Jand'heur*, Chambres réunies, 13 février 1930, *DP* 1930.1.57, rapport Le MARC'HADOUR, concl. MATTER, note RIPERT ; *S* 1930.1.121, note ESMEIN. Cette clause générale met plus de temps à émerger et épouse des contours plus incertains. En effet, à la même période où la Cour fait de l'article 1384, alinéa 1er, le siège d'une clause générale du fait des choses, elle refuse d'en faire de même avec le fait d'autrui, et réserve la présomption de faute aux seuls père et mère. Il en résulte une « absence de symétrie dans l'interprétation de 1384, alinéa 1er », jusqu'à un arrêt d'Assemblée plénière du 29 mars 1991, l'arrêt *Blieck*, qui étend timidement cette disposition aux associations ayant accepté « d'organiser et de contrôler, à titre permanent, le mode de vie d'un handicapé mental ». V. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.II, Dalloz, 13ème éd., n° 229-231.

[620] V. not. Ph. RÉMY, « Critique du système français de responsabilité civile », *op. cit.* , spéc. p. 53 : l'auteur reproche à la jurisprudence d'avoir opté pour un principe général du fait des choses, préférant ainsi bouleverser les fondements même de la responsabilité délictuelle, plutôt que d'en faire un « cas particulier de responsabilité sans faute ». Il explique ce choix par le fait que la doctrine se soit trouvée « démunie du modèle intellectuel des "délits spéciaux" », l'obligeant ainsi à créer une nouvelle clause générale.

décrire le phénomène d'absorption, de fait, du manquement contractuel dans la définition de la faute délictuelle (B).

A. La distinction de principe des faits générateurs contractuel et délictuel

127. Rejet des doctrines tendant à l'assimilation des faits générateurs. Pour établir la distinction de principe entre les faits générateurs délictuel et contractuel, il nous faudra tour à tour rejeter l'assimilation du fait générateur contractuel au fait générateur délictuel (1), puis l'assimilation du fait générateur délictuel au fait générateur contractuel (2)[621].

1. Le rejet de l'assimilation du fait générateur contractuel au fait générateur délictuel

128. La distinction entre obligations primaires et secondaires et l'indifférence aux sources de l'obligation de réparer. À partir de la fin du XIX^{ème}, et tout au long du XX^{ème} siècle, se développe la thèse selon laquelle les faits générateurs de responsabilité délictuelle et contractuelle ne présenteraient aucune différence. Cette approche unitaire des faits générateurs, et souvent ensemble des régimes de responsabilité, se retrouve sous la plume de divers auteurs, qui tiennent en substance un propos identique, ressuscitant pour l'occasion une distinction oubliée entre obligations primaires d'un côté, et obligations secondaires de l'autre[622].

Selon GRANDMOULIN, l'obligation de payer des dommages-intérêts pour compenser un dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle ne

[621] Il est intéressant de noter, avec Lüden DIKOFF, que si la théorie de l'assimilation de la loi et du contrat revient à la mode dans la doctrine moderne, c'est « avec cette différence cependant que jadis on identifiait la loi avec le contrat […] tandis qu'à présent, par contre, on affirme que le contrat s'incorpore dans l'ordre juridique et s'identifie avec la loi […] ». L. DIKOFF, « L'évolution de la notion de contrat », *in Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant,* Dalloz, 1939, p.201 et s., spéc. p.217.

[622] Cette distinction ne naît pas strictement sous la plume ni de GRANDMOULIN, ni de PLANIOL, mais existe bien avant déjà, notamment chez POTHIER. Elle est simplement utilisée par ces auteurs afin de démontrer l'identité des faits générateurs de responsabilité contractuelle et délictuelle. V. D.GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, *op. cit*., n° 85 et s.

constitue qu'une obligation secondaire, distincte de l'obligation née du contrat. Or si cette obligation initiale, de nature contractuelle, a été éteinte par l'impossibilité d'exécuter, alors l'obligation secondaire, celle de payer des dommages-intérêts, ne peut trouver sa source que dans la loi et particulièrement dans l'article 1240 ancien du Code civil. Les faits générateurs contractuel et délictuel résulteraient alors tous deux de la violation d'une obligation légale qui trouverait sa source dans l'article 1240, et seraient ainsi de nature identique, constituant tous deux des délits[623].

Séduit par cette thèse, PLANIOL poursuivra cette assimilation en proposant une nouvelle doctrine des sources d'obligations construite autour d'une opposition entre sources primaires – loi, contrat – et sources secondaires – le délit, seule source de l'obligation de réparer[624]. Il deviendra même, aux yeux d'une partie de la doctrine qui rejette ce rapprochement entre dommages-intérêts contractuels et délictuels, et en dénonce les effets, le principal responsable de cette dérive[625].

C'est enfin sous la plume d'Henri MAZEAUD que cette thèse de l'assimilation des faits générateurs trouvera une expression particulièrement aboutie. Dans son célèbre article sur la classification des obligations, il fait de la loi la seule source de toutes les obligations, y compris contractuelles, renouvelant alors l'analyse sur les fondements de la force obligatoire du contrat[626].

Cette distinction entre obligations primaires et secondaires est aujourd'hui à nouveau utilisée afin de servir les thèses d'une partie de la doctrine qui plaide, à nouveau, pour une fusion des régimes de responsabilité[627]. À partir de cette nouvelle

---

[623] J. GRANDMOULIN, *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, 1892, p. 7, cité par G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 228.
[624] V. not. PLANIOL, *D.* 1896.2.457 ; *Rev crit.* 1904.224 et s. spéc. p.233; *Rev.crit.* 1905.283. *Adde* P. ESMEIN, « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », *RTD civ.* 1933.627.
[625] V. not. Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p.323 et s. Le nom de PLANIOL revient en effet à de nombreuses reprises sous la plume de cet auteur hostile au concept de responsabilité contractuelle, et est désigné comme le principal responsable de la dérive délictuelle des dommages-intérêts contractuels, qui ne devraient selon lui avoir qu'une fonction d'exécution par équivalent.
[626] H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », *RTD civ.* 1936, p.1 et s.
[627]E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, op. cit*., n° 41 et s. ; V. WESTER-OUISSE , « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale », *RTD civ.* 2010, p.419 et s. : l'auteur dissocie l'inexécution contractuelle, qui se constate en premier, de la faute contractuelle, seule véritable condition de la responsabilité contractuelle. Pour une critique de cette thèse, v. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.,* n° 43.

classification des obligations, les auteurs en viennent ainsi à assimiler responsabilités contractuelle et délictuelle, en assignant à l'obligation de réparer, qualifiée d'obligation secondaire, une source unique, le délit, et donc la loi. C'est donc par indifférence aux sources de l'obligation de réparer[628], violation d'une obligation contractuelle ou délictuelle, que les auteurs en viennent à assimiler les régimes de responsabilité et à nier les particularismes liés à l'existence d'un contrat. Derrière cette seule indifférence aux sources de l'obligation de réparer se profile pourtant, dans les écrits de cette doctrine favorable à l'unité des régimes de responsabilité, un rapprochement bien plus substantiel entre la faute délictuelle et la « faute contractuelle », par le rapprochement cette fois des sources mêmes de l'obligation de réparer – une forme d'assimilation du contrat à la loi.

129. L'assimilation des sources de l'obligation de réparer ou l'assimilation du contrat à la loi. Ces auteurs contribuent en effet au rapprochement dangereux du contrat et de la loi. En attribuant à l'obligation de réparer une source unique, le délit, ils attribuent aux faits générateurs contractuel et délictuel les mêmes conséquences, niant ainsi leurs différences. Dès lors « en définissant la faute comme le manquement à une obligation préexistante, que cette obligation soit indifféremment légale ou contractuelle, le contrat est mis sur le même pied que la loi »[629]. Cette assimilation est particulièrement visible chez certains auteurs contemporains qui, favorables à l'unité des régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle, en trouvent le fondement dans l'assimilation totale du contrat, norme contractuelle, à la norme légale. C'est le cas de la thèse d'Emmanuelle JUEN, qui consacre un chapitre entier de son ouvrage à la démonstration de cette identité de nature entre le contrat et la loi, assimilant même prévisibilité de la norme contractuelle et prévisibilité de la norme légale[630].

---

[628] C'est très visible chez GRANDMOULIN lorsqu'il affirme que « qu'il s'agisse de l'obligation légale ou d'une obligation contractuelle, toute lésion causée par le débiteur ou un tiers est un délit. L'origine de l'obligation violée est indifférente ». V. J. GRANDMOULIN, *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles,* 1892, p.33 et 34, cité par G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 228.

[629] D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, *op. cit*., n° 96.

[630] E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, op. cit.,* spéc. n° 542 et s. et n° 630 et s. Pour une réfutation de cette assimilation, v. *infra*, n° 232 et s.

Pourtant, s'il l'on peut admettre que par certains aspects, le contrat puisse constituer ce que l'on nomme parfois une « norme contractuelle »[631], dont la force obligatoire ne dériverait pas que de l'autonomie pure des volontés, mais également de la loi[632], il ne peut en aucun cas constituer une norme assimilable à la loi[633], toutes deux étant de portée, de contenu et de nature différente[634]. On pourrait certes penser que la remise en cause progressive du rôle des volontés au sein du contrat, par l'émergence de contrats dont le contenu se trouve de plus en plus réglementé par le législateur – comme c'est le cas de nombreux contrats spéciaux – ou encore augmenté par le juge, voire de contrats dont le contenu n'est aucunement négocié par les parties – telle la figure du contrat d'adhésion – amenuise ces différences de nature. Mais en réalité la volonté des parties joue un rôle déterminant pour la naissance du contrat, puisque c'est bien cette rencontre initiale des volontés qui permet au contrat d'émerger et de trouver une existence juridique, quand bien même l'expression et la rencontre de ces volontés individuelles ne suffirait pas à l'expliquer complètement[635]. Ainsi, quand bien même le contenu du contrat n'est pas choisi par les parties – ou l'est par l'une d'entre elles seulement – le choix de se placer initialement dans ce lien d'obligation, et de s'imposer de nouvelles obligations, reste libre. Cette volonté n'est par ailleurs pas complètement absente du contenu contractuel, des contours de la « norme contractuelle » en elle-

[631] V. not. H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD* 1940, p.33 et s. ; P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999.771, spéc. n° 5 et s. Les conceptions que ces auteurs proposent de la « norme contractuelle » ne coïncident cependant pas totalement, puisque le second ne prétend pas retirer au contrat son rôle de création de droits subjectifs.
[632] La théorie de l'autonomie de la volonté a été maintes fois critiquée, et ne reflète d'ailleurs pas les dispositions du Code civil relatives à la force obligatoire du contrat. V. not. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique,* A. Rousseau, 1912. *Adde* A. BÜRGE, « Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ.* 2000.1 : l'auteur démontre, par une approche historique, que les rédacteurs du Code civil, autant que la doctrine qui a accompagné et suivi cette œuvre, n'étaient absolument pas acquis à cette théorie issue de la philosophie libérale, mais plutôt au contraire à une vision jusnaturaliste fondée sur la raison humaine et imprégnée de la théorie du contrat social. Pour une synthèse édifiante de ces critiques et lacunes de l'autonomie de la volonté, v. D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie, op. cit*., n° 482 et s.
[633] KELSEN lui-même distingue ces deux normes que sont la norme contractuelle et la norme légale, plaçant la première à un rang inférieur de la seconde, dont elle tire autorité, dans la pyramide représentant la fameuse hiérarchie des normes.
[634] D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie, op. cit*., n° 97 et s.
[635] Il s'agit ici d'une réalité que même KELSEN, chef de file des normativistes, dont la thèse a pour objet notamment de combattre l'autonomie de la volonté, ne peut nier, puisqu'il fait de la rencontre des volontés la « procédure » permettant de donner naissance à la norme contractuelle. V. H.KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD,* 1940, p.33 et s., spéc. p.36. *Adde* D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat, Esquisse d'une théorie, op. cit*., 2018. Dans le premier Titre de sa seconde Partie, l'auteur montre que c'est la convergence des volontés qui compte initialement dans la naissance de l'accord de volontés, avant de donner naissance à l'intérêt, critère à la croisée des théories subjectivistes et normativistes.

même, dont il ne faudrait pas retenir une approche « désincarnée, purement objective » en la coupant de ses « racines subjectives »[636]. Le fait générateur de responsabilité contractuelle porte ainsi la marque de cet acte volontaire, qui le différencie du fait générateur délictuel[637].

130. La spécificité du fait générateur contractuel au regard du fait générateur délictuel. Ainsi, si le fait générateur contractuel ne peut être assimilé au fait générateur délictuel, c'est avant tout en raison de la relativité qui caractérise tant le contrat, que les obligations contractuelles qu'il contient. Puisque les parties ont librement choisi de se placer dans un lien d'obligation, qui n'aurait pas existé en l'absence de contrat, ces obligations nées du contrat ne peuvent obliger qu'elles[638], et dans la mesure où elles l'ont décidé. En conséquence, si leur violation entraîne, pour le débiteur, une obligation de réparer le dommage de son cocontractant, c'est uniquement parce que le contrat obligeait à faire, voire à ne pas faire quelque chose, et que cette obligation visait une personne déterminée, le créancier cocontractant[639]. Le comportement du débiteur n'est « illicite » et donc sanctionné par des dommages-intérêts, que parce que le contrat le prévoit[640]. Ainsi la « situation contractuelle étant une situation spécialement aménagée par les contractants pour eux-mêmes et en quelques sorte sur mesure, elle est en principe une situation individuelle sans portée générale »[641]. La loi, elle, s'applique à tous, sans distinction, et de manière égale ; elle est par essence générale et abstraite[642].

---

[636] D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat, Esquisse d'une théorie, op. cit*., n° 722.
[637] V. *infra*, n° 127 et s.
[638] G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 252 et s.
[639] *GAJC,* t.2, n° 177, §13.
[640] V. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.,* n° 43, spéc. p. 49. L'auteur reprend ici un exemple fourni par Véronique WESTER-OUISSE, celui de médecins ayant fondé ensemble une société, dont le contrat fondateur précise qu'en cas de retrait de l'un d'eux, il ne pourrait s'établir à moins de 20 km du lieu d'établissement de ladite société. L'un des médecins ayant violé cette obligation, il est condamné à des dommages-intérêts envers les autres. Là où Véronique WESTER-OUISSE voit un comportement fautif, semblable à une faute délictuelle, puis une inexécution en résultant, l'auteur rappelle avec pertinence que *« si l'installation constitue une faute, […] c'est bien parce que le contrat l'interdit ; abstraction faite de la convention, le comportement serait parfaitement licite »*. V. V. WESTER-OUISSE, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale », *RTD civ.* 2010, p.419 et s.
[641] G. MARTY, « Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », *in Études sur le rôle du juge,* Travaux de l'association Henri Capitant, 1949, t.V, Dalloz, 1950, p.84 et s., spéc. p.87.
[642] V. not. l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, de valeur constitutionnelle qui déclare que « la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». *Contra* P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999.771, spéc. n° 7 : l'auteur conteste la distinction effectuée entre norme contractuelle et norme légale sur la base de ce critère, rappelant, avec Denis de BÉCHILLON, que la généralité n'est ni un critère, ni une condition de la normativité juridique. V. D. DE BÉCHILLON, « Le contrat comme norme en droit public positif », *RFD admn.* 1992.15.

La relativité qui caractérise le contrat ne peut s'accorder de cette généralité abstraite de la loi ; ces deux sources d'obligations ne sont pas de même portée[643].

De cette différence de portée découle également une différence de contenu entre le contrat et la loi, puisque le contrat crée un certain nombre d'obligations qui ne lui préexistaient pas, et qui ne disposaient donc d'aucune assise légale. Ce que l'on présente classiquement comme l'effet relatif des contrats, révèle surtout une relativité des obligations créées par le contrat. Or cette relativité inhérente aux obligations contractuelles n'est que le pendant de ce que, par le contrat, les parties se sont obligées à quelque chose de plus que la loi, ce qu'a très distinctement mis en lumière Jérôme HUET[644], et qui prend aujourd'hui souvent le nom de « plus contractuel »[645]. La relativité propre au contrat pris comme source d'obligations, se prolonge dans l'obligation contractuelle elle-même, et imprime au fait générateur contractuel une spécificité.

131. La spécificité du fait générateur délictuel au regard du fait générateur contractuel. Les faits générateurs contractuel et délictuel ne peuvent s'assimiler : au fondement de la responsabilité délictuelle il y a, entre autres, la faute, et au fondement de la responsabilité contractuelle il y a l'inexécution contractuelle[646], et ces deux notions sont en principe bien distinctes. D'un côté, un fait générateur caractérisé par une faute délictuelle, et donc l'appréciation d'un comportement[647], avec une connotation morale, et de l'autre l'inexécution d'une obligation contractuelle qui ne contient en principe pas d'élément subjectif conduisant à apprécier le comportement

[643] D.GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie, op. cit.,* n° 97. L'auteur montre d'ailleurs que cette relativité inhérente au contrat et à son contenu peut être expliquée tant par les théories normativistes – on la retrouve d'ailleurs chez KELSEN – que par la philosophie volontariste.
[644] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Éditions Panthéon-Assas, coll. Les introuvables, 2020 [1978], n° 299.
[645] M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDJ, 1996, n° 58.
[646] M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de responsabilité contractuelle*, LGDJ, 2003, n° 164 et s.
[647] V. not. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général, I, Source des obligations,* t.III, 1923, n° 225 ; H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique ;* P. ESMEIN, « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », *RTD civ.* 1933, p.627 et s. et « Trois problèmes de responsabilité civile », *RTD civ.* 1934, p.317 et s. ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *RDC* 2007, p.587, n° 2 : « la faute suppose, *in abstracto*, ou *in concreto* un jugement de valeur sur un comportement ».

du débiteur[648] : l'inexécution contractuelle ne comprend pas de composante morale[649], ni sociale, visant à dicter un comportement[650]. Quand bien même certains auteurs feraient valoir que la qualification de la faute délictuelle ne suppose pas toujours l'appréciation d'un comportement, et au contraire, lorsqu'elle se matérialise par la violation d'une obligation légale, s'apparente à une obligation de résultat[651], il n'en reste pas moins que la responsabilité délictuelle a pour fonction de normer les comportements en société, et sanctionner ceux qui seraient déviants. On ne devrait dès lors plus parler de « faute contractuelle »[652], ou du moins pas dans le sens où l'on comprend la faute délictuelle[653].

132. L'indifférence de la distinction entre obligations de moyens et de résultat. Outre l'objectivation de la faute délictuelle, c'est également la distinction doctrinale et jurisprudentielle entre obligations de moyens et de résultat qui opèrerait un rapprochement entre les régimes de responsabilité[654], en introduisant dans l'appréciation du fait générateur contractuel une analyse du comportement du débiteur.

---

[648] V. M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de responsabilité contractuelle, op. cit*., n° 169 et n° 277 et s. : « Le droit de l'inexécution ne s'intéresse pas à la faute de comportement du débiteur, mais seulement à la différence entre le "promis" et l'"accompli" […] ». C'est d'autant plus vrai aujourd'hui que la distinction doctrinale et jurisprudentielle entre obligations de moyens et de résultat n'a pas été reprise par la réforme qui a fait disparaître le fondement textuel utilisé au soutien de cette distinction, l'article 1137. Plus aucune référence n'est faite dans le Code civil à un comportement de « débiteur consciencieux », et encore moins dans le projet de réforme de la responsabilité civile. Le fait générateur de la responsabilité contractuelle y est présenté comme « toute inexécution du contrat ». Adde D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1995, p.429 et s.

[649] On peut nuancer néanmoins cette affirmation en considérant que la responsabilité contractuelle constitue une sanction de la force obligatoire du contrat, elle-même tirée du principe tiré de la morale selon lequel on doit respecter la parole donnée. V. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 16, spéc. p.24.

[650] V. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 252. L'obligation contractuelle n'a pas pour objet de créer une véritable norme sociale, elle ne vise pas à dicter un comportement. *Adde* M. BACACHE, « Office du juge et responsabilité civile », *in Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron,* p.23 et s., spéc. p. 42.

[651] V. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.,* n° 64.

[652] V. not. D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *op. cit.,* p.429.

[653] V. M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle, op. cit.,* n° 169 et 196 : l'auteur explique que si l'idée de faute de comportement est identique en matière contractuelle comme délictuelle, en revanche elle ne constitue pas un critère de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, qui ne prend en compte que l'inexécution de l'obligation contractuelle. *Contra* H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », *RTD civ.* 1936, p.1 et s., spéc. p.19.

[654] Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p.323, n° 28 ; G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 255 et s. La parenté entre le concept de « bon père de famille », désormais « personne raisonnable », utile à l'appréciation de la faute délictuelle, et celui de « débiteur consciencieux », auquel il est fait implicitement référence pour apprécier l'exécution d'une obligation contractuelle de moyens est évidente, tandis que les conséquences de l'inexécution de l'obligation de résultat, s'apparentent elles à la mise en œuvre d'un régime objectif de responsabilité. *Adde* H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations »*, op. cit.* : l'auteur substitue à l'expression « obligations de moyens », celle d'« obligation de prudence et de diligence ».

Mais ce rapprochement n'est qu'une illusion. Il ne faut en effet pas voir dans l'existence de ces deux catégories d'obligations contractuelles la traduction, en matière contractuelle, de la distinction, connue en matière délictuelle, entre faute et fait objectif. Cette distinction implique seulement que l'objet et le contenu de l'obligation contractuelle varient, et que ce à quoi est obligé le débiteur diffère[655]. Le constat de l'inexécution sera différent selon le type d'obligation en jeu, ainsi que la charge de sa preuve, mais c'est toujours cette inexécution qui permettra de mettre en œuvre la responsabilité contractuelle[656].

133. Distinction entre les faits générateurs *de lege ferenda*. Le projet de réforme de la responsabilité civile rendu public en mars 2017 supprime toute référence à la faute contractuelle ou au comportement du débiteur, et dispose, en son article 1250, que « toute inexécution du contrat ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre »[657]. Par ailleurs, malgré le phénomène d'objectivation du fait générateur délictuel, la faute subjective n'a pas disparu[658], et semble même appelée à faire un retour – ou plutôt un « faux retour »[659] si on considère qu'elle n'a jamais été abandonnée. Malgré la codification proposée des régimes objectifs de responsabilité, le projet de réforme consolide une vision morale de la faute délictuelle, et avec, la

[655] V. not. Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.,* spéc. n° 810 ; M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de responsabilité contractuelle, op. cit*., n° 296.
[656] M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de responsabilité contractuelle, op. cit.,* n° 296. L'auteur montre que quelle que soit le type d'obligation en jeu, la preuve de l'inexécution contractuelle se résumera toujours, en définitive, au constat d'un écart entre le « promis » et l'« accompli ». Ainsi, l'inexécution contractuelle constitue le seul fait générateur de responsabilité contractuelle.
[657] Formule reprise par l'article 1250 de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 juillet 2020 : « Toute inexécution du contrat, y compris le retard dans l'exécution, ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre ».
[658] V. G. VINEY *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 77; Ph. LE TOURNEAU, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile », *RTD civ.* 1988, p.505. On observe par ailleurs que, même au sein des régimes de responsabilité objectifs, la faute a du mal à disparaître totalement, et tend à ressurgir, que ce soit dans l'appréciation de l'anormalité de la chose objet du dommage, derrière laquelle on entrevoit parfois une analyse du comportement de son gardien, ou encore par la caractérisation implicite d'une faute de surveillance d'autrui.
[659] O. DESCAMPS, « Approche critique et historique de la réforme de la responsabilité civile », *Revue Tribonien*, n° 2, 2018, p. 6 et s., spéc. p.12 et s.

fonction normative de la responsabilité délictuelle[660]. En intégrant dans sa définition la violation d'un devoir de prudence et de diligence, le projet adopte une certaine vision de la faute qui, au-delà du constat de la seule violation d'une obligation préexistante, exige l'appréciation d'un comportement dont le caractère objectivement déviant révèle un « état d'esprit » condamnable[661]. L'assimilation du fait générateur contractuel au fait générateur délictuel apparaît ainsi impossible.

2. Le rejet de l'assimilation du fait générateur délictuel au fait générateur contractuel

134. Assimilation du fait générateur délictuel au fait générateur contractuel : la thèse du contrat social. La philosophie libérale propose une conception particulière des rapports entre loi et contrat, considérant que derrière toute obligation légale se niche nécessairement l'expression d'une volonté, celle d'un homme libre[662], celui-là même qui a en partie inspiré la rédaction du Code civil de 1804[663]. Dans cette perspective, les hommes ne peuvent jamais s'obliger que par eux-mêmes, et toute obligation résulte forcément d'un contrat, y compris celle faite à l'auteur d'un acte

[660] Sur ce retour de la morale et de la culpabilité dans le projet de réforme de la responsabilité délictuelle, v. O. DESCAMPS, « Approche critique et historique de la réforme de la responsabilité civile », *Revue Tribonien*, n° 2, 2018, p. 6 et s., spéc. p.12 et s. ; J. LAGOUTTE, « La faute dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *RCA*, 2 (février 2012), p. 2 et s. : l'auteur insiste sur la présence tant quantitative que qualitative de la faute dans l'avant-projet de réforme de 2016, dont on retrouve l'essentiel dans le projet de 2017. Il relève notamment qu'outre la présence de la faute comme fondement et condition de la responsabilité délictuelle, l'exigence d'une faute qualifiée, faute lourde ou inexcusable, revient plusieurs fois, notamment lorsqu'il s'agit des limitations de responsabilité ou de la faute de la victime qui exonère de la responsabilité, lorsqu'est en jeu la réparation d'un dommage corporel. Sur la survivance de l'idée de faute dans les régimes de responsabilité objective, v. *supra*, n° 45 et s.

[661] J. LAGOUTTE, « La faute dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *op. cit.* : la culpabilité est ici entendue comme le pendant subjectif de l'illicéité du fait générateur. Là où l'illicéité constituerait « l'anormalité objective, extérieure », la culpabilité serait « l'anormalité subjective, intérieure », un « état d'esprit » qui peut consister en une « tension insuffisante de la volonté », faute d'imprudence ou de négligence, ou une « tension malveillante de la volonté », la faute intentionnelle. Sur cet aspect subjectif dans l'article 1241 du projet de réforme, et le rôle des volontés, v. H. LÉCUYER, « Volontés et responsabilités », in *La réforme du droit de la responsabilité. Actes du colloque du 25 novembre 2016*, L.-F. PIGNARRE (dir.), Montpellier, 2017, p. 36 et s.

[662] F. EWALD, *Histoire de l'État-Providence,* Grasset, 1986, éd. Livre de Poche, p.66.

[663] V. *supra*, n° 68.

dommageable pour autrui, d'en réparer les conséquences[664]. Par quelle fiction cette obligation de nature délictuelle, et donc née sans convention, pourrait-elle émerger d'un accord de volontés ? Grâce à la figure du contrat social, chère à ROUSSEAU, on peut considérer que le fait générateur délictuel, que l'on comprend comme la violation d'une obligation imposée par la loi, ou plus généralement d'un devoir général de ne pas nuire à autrui, résulte en réalité d'un engagement contractuel pris par chaque membre de la société envers tous. Ainsi, la responsabilité délictuelle ne serait que la sanction d'un type de contrat spécifique, le contrat social, et constituerait une forme de responsabilité d'« ordre public »[665]. Cette conception de l'individu expliquerait d'ailleurs la place de la faute dans la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle, conçue comme le corollaire de sa liberté. En effet, la philosophie libérale part du postulat que l'exercice de leur liberté par les individus produit par principe un résultat vertueux, et harmonieux[666]. Dès lors qu'une action humaine engendre du désordre, en l'occurrence, cause un dommage, ce désordre résulte nécessairement d'un dysfonctionnement, qui sera caractérisé par la faute[667]. Le principe de responsabilité individuelle pour faute élaboré en 1804 ne serait donc que l'expression juridique de cette pensée libérale, et surtout de cette vision rousseauiste de la société comme résultant d'une adhésion volontaire de chacun de ses membres. La responsabilité délictuelle se retrouve ainsi réduite à son rôle d'instrument de gestion sociale, se fondant sur une forme de risque accepté[668].

---

[664] F. EWALD, *Histoire de l'État-Providence, op. cit.,* p.67. Il s'agit là d'une vision absolue de l'autonomie de la volonté, telle que KANT et ROUSSEAU la perçoivent. V. E. KANT, *Critique de la raison pratique,* 1, 1, §1. Le philosophe allemand, après avoir énoncé son impératif catégorique, formule le principe de l'autonomie de la volonté : « La législation universelle de la conduite, c'est la volonté de l'être raisonnable qui doit en être la législatrice » ; *Adde* E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Paris, 1912, p.58.

[665] F. EWALD, *Histoire de l'État-Providence, op. cit.,* p. 67.

[666] Cette idée de réalisation harmonieuse des libertés individuelles, qui, malgré le chaos apparent, s'ajoutent pour contribuer à l'avènement d'un ordre parfait se retrouve dans de nombreuses métaphores du libéralisme économique, telles que la « Fable des abeilles » de MANDEVILLE, ou encore la « main invisible » d'ADAM SMITH.

[667] F. EWALD, *Histoire de l'État-Providence, op. cit.,* p.56.

[668] Ainsi pour certains auteurs, le développement d'une responsabilité fondée sur le risque, plus que sur la faute, tel le fait des choses, contribue à rapprocher la responsabilité délictuelle de la responsabilité contractuelle, en retirant à la première son fondement moral. Dans les deux cas, on est responsable non pas en raison d'une faute, mais car l'on est tenu à une charge que l'on doit assumer. V. G.RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd., 1949, LGDJ, coll. Anthologie du droit, réédition 2014, n° 120.

135. Fiction de l'assimilation. Cette conception de l'obligation délictuelle comme résultant de l'adhésion de chacun au contrat social ne constitue plus aujourd'hui qu'une fiction philosophique. Le fait générateur délictuel est par essence purgé de toute idée de volonté, et ne peut pas en aucun cas reposer pas sur l'idée d'acceptation. C'est ainsi qu'à l'opposition entre une obligation née d'un acte fautif et une obligation née d'un contrat répond la distinction doctrinale entre le fait juridique et l'acte juridique – distinction consacrée par la réforme du droit des contrats et des obligations de 2016[669] – fondée sur le rôle joué par la volonté individuelle dans la production d'effets juridiques[670]. De fait, les limites de cette fiction se sont révélées lorsque, à partir du XIX^{ème} siècle, on a assisté à la multiplication de dommages injustes, qu'on ne pouvait rattacher à aucune faute. L'idée d'un risque accepté, face à de tels dommages, ne pouvait plus tenir, et il a fallu admettre que le dysfonctionnement devait pouvoir résulter d'autre chose que d'une simple faute[671]. Dès lors, la responsabilité s'est émancipée de la vision purement libérale consistant à considérer le dommage comme un « risque individuel »[672], dans une société organisée autour d'un pivot, l'homme libre et donc responsable de ses fautes. Elle a laissé entrevoir les prémisses d'une vision plus sociale, et donc collective de la prise en charge des dommages, qui va de pair avec la naissance d'un État-Providence, et le développement d'une socialisation indirecte *via* le système des assurances. Cette évolution rend impossible l'assimilation du fait générateur délictuel, dont la compréhension de plus en plus large et diffuse a permis de passer d'une société de la faute à une société du risque, au fait générateur contractuel, par essence relatif aux parties contractantes, et donc limité par l'expression de leurs volontés.

---

[669] Article 1100, alinéa 1er du Code civil, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques, ou de l'autorité seule de la loi ».

[670] Seul l'acte juridique est destiné à produire des effets de droit, recherchés par son ou ses auteur(s), tandis que le fait juridique est un fait quelconque auquel le droit attribue des effets juridiques qui ne sont pas nécessairement recherchés par son ou ses auteur(s). V. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique,* 11ème éd., PUF, 2016, *V°* « Acte juridique » et « Fait juridique » ; D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat, Esquisse d'une théorie, op. cit*., n° 39 et s. : l'auteur montre comment, à partir de la classification quadripartite des Titres III et IV du Livre III du Code civil de 1804, la doctrine a fait émerger le critère de la volonté pour répartir ces diverses sources d'obligations entre acte juridique et fait juridique. *Adde*, sur cette *summa divisio*, P. AMSELEK, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », *in La pensée de Charles Eisenmann,* Economica, 1986, p.30 et s.

[671] On assiste alors à un changement de paradigme lorsque le constat se fait de ce que toute société est « normalement dommageable », et que la théorie de l'acte anormal, de l'acte fautif, ne suffit plus à expliquer la réalisation de certains dommages. V. F. EWALD, *Histoire de l'État-Providence, op. cit.,* p.56.

[672] F. EWALD, *Histoire de l'État-Providence, op. cit*., p. 67.

B. L'absorption de fait du manquement contractuel dans la faute délictuelle

136. Constat d'une phagocytose du fait générateur contractuel. Si en théorie les faits générateurs de responsabilité contractuelle et délictuelle sont bien distincts, en pratique, l'extension par la jurisprudence du fait générateur délictuel conduit à une absorption du fait générateur contractuel.

137. Les devoirs généraux extracontractuels, instrument de l'absorption. La faute délictuelle peine, nous l'avons vu, à être précisément définie. Bien qu'il existe une définition doctrinale de la faute délictuelle, que l'on retrouve dans le projet de réforme de la responsabilité rendu public en 2017, la faute étant alors définie comme « la violation d'une prescription légale ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence »[673], cette définition brille plutôt par son absence en jurisprudence, tant chez les juges du fond que dans les décisions de la Cour de cassation. En effet, malgré l'existence, depuis près de 150 ans, d'un pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur la qualification de faute par les juges du fond, celle-ci semble se refuser à en livrer une définition claire[674]. Cette définition de la faute comme violation d'un devoir de prudence et de diligence, bien qu'explicitement absente de la jurisprudence, est pourtant bien présente en filigrane dans la manière dont les juges caractérisent la faute délictuelle. Apprécier le respect d'une certaine prudence et diligence, c'est en effet vérifier que le comportement de l'auteur du dommage ne s'écarte pas d'un certain standard de comportement, celui d'un homme raisonnable. Or ce standard de référence est par essence très souple, si souple qu'il englobera en pratique la plupart du temps le comportement d'un débiteur contractuel défaillant qui n'exécuterait pas son obligation, ou l'exécuterait avec retard, et ferait ainsi preuve, au minimum, d'une forme

[673] Article 1242 du projet de réforme de la responsabilité civile présenté par la Chancellerie le 13 mars 2017. L'article 1241 de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 juillet 2020, reprend presque à l'identique l'article 1242 du projet de réforme présenté par la Chancellerie en mars 2017 : « La violation d'une prescription légale ou réglementaire, ainsi que le manquement au devoir général de prudence ou de diligence ».

[674] J.-S. BORGHETTI, « Responsabilité des contractants à l'égard des tiers : pas de pitié pour les contractants ! », *D.* 2020.416, note sous Ass. Plén., 13 janvier 2020, n° 17-19.963. L'auteur relève cependant que pour la première fois dans l'arrêt de 2020 commenté, la Cour de cassation reprend à son compte cette définition doctrinale et fait ainsi explicitement référence au devoir de prudence et de diligence.

d'imprudence ou de négligence au sens de la responsabilité délictuelle. La faute délictuelle, si elle s'apprécie *in abstracto*, au regard du standard abstrait de l'homme raisonnable, n'est pas totalement déconnectée de l'environnement concret dans lequel se produit le dommage, puisqu'il s'agira toujours pour le juge de comparer le comportement de l'auteur du dommage à celui qu'aurait adopté un homme raisonnable placé dans les mêmes circonstances. Ainsi, le standard de l'homme raisonnable s'exporte aisément en matière contractuelle, pour devenir le standard du débiteur raisonnable. Au regard de ce standard de comportement du « bon débiteur », on pourra considérer que presque toute inexécution contractuelle, lorsqu'elle ne peut être justifiée par un cas de force majeure, relève de d'un manquement du débiteur à ce comportement idéal[675].

138. Subsumption du fait générateur contractuel dans le fait générateur délictuel. Ainsi, si la caractérisation du fait générateur contractuel, nécessaire à la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, se démarque, en principe, de la faute délictuelle par une absence d'appréciation du comportement du débiteur défaillant, cela ne signifie pas que ce comportement du débiteur ne puisse servir de base à la qualification d'une faute délictuelle, pour la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle. Il n'y a en effet « pas d'obstacle à inférer du manquement contractuel la faute délictuelle »[676]. L'absorption du fait générateur contractuel par le fait générateur délictuel ne signifie donc pas nécessairement que le premier doive abandonner sa spécificité et que l'un et l'autre ne seraient au fond qu'une seule et même chose, comme certains partisans d'une fusion des régimes s'évertuent à le montrer, mais seulement que la faute délictuelle englobe, par sa définition, le fait générateur contractuel. L'absorption n'est pas l'assimilation, l'assimilation renvoyant plus directement non plus seulement à un phénomène observable d'absorption, mais plus nettement à une volonté de certains

[675] L.LEVENEUR, note sous Com., 12 mars 1991, *Contrats, conc., consom.* 1991, n° 135 : « le bon père de famille ne se rend pas coupable de l'inexécution, préjudiciable à un tiers, d'obligations qu'il a contractées ». *Adde* C. GRIMALDI, *RDC* 2007.563.

[676] M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.,* n° 124 : l'auteur, si elle parle volontiers d'assimilation de l'inexécution contractuelle à la faute délictuelle, qu'elle soit définie comme la violation d'un devoir de prudence ou de diligence, ou comme la violation d'un devoir imposé par la loi, conclut à la nécessité de repenser la faute délictuelle.

auteurs d'assimiler[677], de fusionner les faits générateurs, qui seraient identiques en nature, pour aboutir *in fine* à une fusion des régimes de responsabilités[678].

139. Une absorption qui n'est pas une assimilation des faits générateurs. L'assimilation est en effet une technique juridique à part entière, qui consiste à opérer un « rattachement de la catégorie assimilée à la catégorie assimilatrice, tout en omettant certaines différences, jugées non essentielles au regard de critères de comparabilité prédéfinis »[679], dans le but de « soumettre, en tout ou en partie, l'élément assimilé au même régime juridique que la catégorie de rattachement »[680]. Or si les juges ne recherchent pas l'absorption du fait générateur contractuel par le fait générateur délictuel, qui n'est qu'incidente à la mise en œuvre large qu'ils font de la faute délictuelle, ils recherchent encore moins l'assimilation des faits générateurs : celle-ci n'existe que dans la lecture que font les commentateurs de certains arrêts, notamment ceux concernant l'action en responsabilité du tiers au contrat, et dans le souhait que certains formulent d'une fusion des faits générateurs[681]. Cette thèse de l'assimilation des faits générateurs, nous la réfuterons, au profit de celle d'une dualité de régime des responsabilités[682]. Ce rejet d'une fusion des faits générateurs de responsabilité contractuelle et délictuelle est d'ailleurs confirmé par le projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017, ainsi que par la proposition de loi de juillet 2020 : tous deux reprennent la définition doctrinale de la faute délictuelle, et distinguent le fait générateur contractuel, caractérisé par la seule inexécution contractuelle[683].

---

[677] Le Littré définit ainsi l'assimilation comme « l'action de présenter comme semblable », et le Trésor de la langue française précise qu'il peut s'agir de l'action de « rendre identique à quelqu'un ou quelque chose, soit par intégration complète dans un autre être ou une autre substance, soit par une comparaison procédant d'un acte de jugement ou de volonté ». V. E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française,* Paris, 1873, *v° Assimilation*, 1 ; *Trésor de la langue française informatisé, v° Assimilation.* Cette place de la volonté dans la technique juridique de l'assimilation est mise en lumière par René DEKKERS, un jurisconsulte belge du XX[ème] siècle, dans sa thèse de doctorat : « […] toutes les assimilations juridiques ont ceci en commun, d'être plus ou moins forcées : car on n'assimile que les choses qui ne s'assimilent pas toutes seules ». v. R. DEKKERS, *La fiction juridique, étude de droit romain et comparé*, Sirey, 1935.

[678] V. not. E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, op. cit.,* n° 41 et s. ; V. WESTER-OUISSE , « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale », *RTD civ.* 2010.419.

[679] É. NICOLAS, *L'assimilation en droit. Essai de philosophie de la technique juridique,* Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2022, spéc. n° 8.

[680] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. Quadriges, 13[ème] éd., 2020, *V°* « Assimilation ».

[681] Pour une critique de cette lecture, v. *infra*, n° 234 et s.

[682] V. *infra*, n° 205 et s.

[683] Articles 1250 du projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 : « toute inexécution du contrat ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre » et article 1250 de la proposition de loi de juillet 2020 : « Toute inexécution du contrat, y compris le retard dans l'exécution ayant causé un dommage au créancier, oblige le débiteur à en répondre ».

140. Le glissement vers le devoir général de ne pas nuire à autrui. Bien qu'il nous apparaisse difficile d'affirmer que les juges aient consacré l'assimilation ou l'identité des faits générateurs contractuel et délictuel[684], l'utilisation ponctuelle, par ces juges, d'une définition de la faute délictuelle comme la violation d'un devoir général de ne pas nuire à autrui, pourrait mettre à mal leur distinction. Cette définition doctrinale de la faute délictuelle se retrouve dans une certaine jurisprudence consacrée à l'action en responsabilité du tiers victime de l'inexécution contractuelle, et plus particulièrement dans les arrêts de la Chambre commerciale qui ont précédé l'arrêt d'Assemblée plénière de 2006 – l'arrêt Myr'ho – et qui exigeaient du tiers qu'il prouve, outre le manquement contractuel, une faute délictuelle alors définie comme la « violation d'un devoir général de ne pas nuire à autrui »[685].

Ce glissement opéré par la jurisprudence dans la définition du fait générateur délictuel n'est pas anodin, et pourrait avoir pour conséquence, cette fois, l'assimilation des faits générateurs contractuel et délictuel. Elle permet en effet de laisser de côté le seul élément qui les discrimine, puisque la caractérisation du fait générateur de responsabilité délictuelle par la preuve d'un comportement « anormal » s'avère n'être dans ce cas qu'une illusion. Seule compte l'atteinte aux droits d'autrui, préoccupation qui anime tant les dommages-intérêts contractuels que délictuels, et qui permet de transcender la distinction entre les ordres de responsabilité. Purgée de toute connotation morale, la faute délictuelle pourrait ainsi réellement fusionner avec le fait générateur contractuel, qui deviendrait dès lors une simple « variété de faute civile »[686]. En réalité cette jurisprudence, et la définition de la faute délictuelle qu'elle soutient, tend surtout, plus qu'à une fusion avec le fait générateur contractuel, à nier l'exigence d'un fait générateur de responsabilité à part entière puisque seule semble alors subsister l'exigence d'un préjudice. La responsabilité n'apparaît plus tant fondée sur la faute que sur l'atteinte à un droit subjectif du tiers vidant à protéger son intégrité physique ou patrimoniale. Surtout, bien loin d'une prise de position dogmatique à l'égard des

[684] V. *infra*, n° 518 et s.
[685] V. Com., 8 octobre 2002, n° 98-22.858, *JCP* 2003, I, 152 ; Com., 5 avril 2005, *Bull. civ. I*V, n° 81 ; *RDC* 2005.687, obs. D. MAZEAUD ; *CCC* 2005, n° 149, note L. LEVENEUR ; *RCA* 2005, n° 174, note H. GROUTEL ; *RTD civ.* 2005.602, obs. P. JOURDAIN. Sur les conséquences de cette jurisprudence, v. *infra*, n° 518 et s.
[686] Sur ce point, v. également M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.,* n° 124, qui montre que la définition de la faute délictuelle telle qu'elle existe aujourd'hui englobe naturellement le manquement contractuel.

théories de l'assimilation des faits générateurs[687], la jurisprudence n'use de cette forme ouverte de la faute délictuelle que dans un seul but : favoriser l'indemnisation du tiers en lui ouvrant les conditions de l'action en responsabilité délictuelle, malgré la source contractuelle du fait dommageable[688], tout en maintenant l'exigence, au moins de façade, de la preuve d'une faute délictuelle.

§2. La multiplication des clauses générales

141. Perturbations multiples. Le changement de paradigmes qui s'opère en matière de responsabilité civile au cours du XIX^{ème} siècle et l'importance croissante accordée à sa fonction d'indemnisation, vont conduire à des transformations sans précédent de la responsabilité civile. L'un des points d'orgue de cette révolution sera atteint lorsque les juges créeront, à partir des quelques articles présents dans le Code civil, de nouveaux modèles de responsabilité sans faute, fondées sur un fait objectif. La particularité de cette innovation tient alors tant au contenu, une responsabilité objective, qu'à la forme : sous la plume des juges vont apparaître de nouvelles clauses générales de responsabilité, calquées sur le modèle de la responsabilité du fait personnel, mais fondées cette fois sur un fait objectif. Le particularisme du droit français s'en trouve encore renforcé, qui semble alors destiné à penser la responsabilité civile sous la forme de clauses générales. Tout comme le modèle originel, la généralité de ces nouveaux régimes leur confère des potentialités invasives, d'autant plus néfastes cette fois, qu'elles permettent de désigner des responsables sans se soucier de caractériser à leur égard un comportement fautif. Par ailleurs, dans une habitude de mimétisme à l'égard du régime délictuel, le modèle porté par ces nouvelles clauses générales vient progressivement contaminer le champ contractuel, au point que l'on envisage désormais l'existence de responsabilités contractuelle du fait des choses ou du fait d'autrui. Le champ contractuel se trouve ainsi tant perturbé par l'intrusion du fait objectif (A), que contaminé par le modèle des responsabilités indirectes (B).

[687] V. *infra*, n° 518 et s.
[688] V. *infra*, n° 524 et s.

A. L'intrusion du fait objectif dans le champ contractuel

142. Une intrusion source de perturbations supplémentaires. Le développement de responsabilités objectives sur le modèle de la clause générale de responsabilité du fait personnel a pour conséquence d'associer au caractère intrusif de la généralité, le caractère dangereux, pour le contrat, du fait objectif. Si l'intrusion du fait objectif dans le champ contractuel est causé par la généralité des responsabilités objectives (1), la perturbation qu'elle produit est telle qu'elle a pour conséquence l'adoption du principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle (2).

1. Les causes de l'intrusion : la généralité des clauses de responsabilité objective

143. Le fait générateur objectif de responsabilité. Aux côtés de l'article 1240 du Code civil existent plusieurs régimes de responsabilités dites « indirectes », c'est-à-dire des responsabilités pour lesquelles celui sur qui pèsera définitivement la charge du dommage n'est pas directement à l'origine de sa réalisation. En effet, en ce qui concerne tant le fait des choses que le fait d'autrui, un élément vient s'immiscer entre ce responsable et la victime du dommage. Bien que ces deux types de faits, venant d'autrui, ou venant d'une chose, soient au départ très dissemblables, le second exigeant initialement un fait fautif de la part de l'auteur direct du dommage, l'objectivité a progressivement gagné du terrain au sein de la responsabilité du fait d'autrui, puisque la responsabilité des parents du fait de leur enfant peut désormais être caractérisée alors même que dernier n'a commis aucune faute[689]. Par ailleurs, le fait de la chose, dépouillé de toute condition d'anormalité par l'arrêt fondateur du 13 février 1930, dit arrêt *Jand'heur*[690], présente désormais, en principe, un caractère purement objectif. Or, ce fait objectif, fait des choses ou fait d'autrui, représente un danger particulier pour la

[689] Ass. plén.., 9 mai 1984, *Fullenwarth*, *D.* 1984.525, 2ème arrêt, concl. CABANNES, note CHABAS ; *JCP* 1984.II.20555, 2ème arrêt, note DEJEAN DE LA BÂTIE ; *GAJC* t.2, *op. cit.,* n° 228
[690] *Jand'heur*, Chambres réunies, 13 février 1930, *DP* 1930.1.57, rapport Le MARC'HADOUR, concl. MATTER, note RIPERT ; *S* 1930.1.121, note ESMEIN.

sphère contractuelle : en l'absence de caractérisation d'une faute, et d'appréciation d'un comportement – alors même que ces éléments sont parfois exigés en matière contractuelle, notamment face à ce que la doctrine nomme encore souvent les « obligations de moyens » – l'expansion de la responsabilité délictuelle ne semble plus soumise à aucune limite.

144. Fait objectif et responsabilité contractuelle. Pourtant, la cohabitation de la responsabilité contractuelle avec ces régimes, pour partie créés par la jurisprudence pour répondre à des besoins nouveaux, n'a pas toujours été conflictuelle. Dans une étude particulièrement documentée sur le principe de responsabilité du fait des choses, ses relations avec la responsabilité contractuelle, et son impact sur la structure du droit des obligations, Jean-Sébastien BORGHETTI relève ainsi qu'au début du XX^{ème} siècle, lorsqu'étaient en jeu des régimes restreints de responsabilité sans faute, le cumul – ou plutôt le concours[691] – entre ceux-ci et la responsabilité contractuelle était régulièrement admis par la jurisprudence. Ce fut le cas tant pour les anciens articles 1385 et 1386 relatifs au fait des animaux, ainsi qu'aux bâtiments en ruine, que pour les débuts du principe du fait des choses tiré de l'article 1384, alinéa 1er, lorsqu'il se fondait encore sur le défaut ou la dangerosité de la chose[692]. Ce n'est donc pas uniquement le caractère objectif de ces régimes qui induit une perturbation du champ contractuel, mais bien la convergence de cette particularité avec la généralité qui va progressivement s'y associer.

145. La généralité des nouvelles clauses de responsabilité. On enseigne traditionnellement que se sont ajoutées à la clause générale de responsabilité du fait personnel, une, et peut être même deux nouvelles clauses générales de responsabilités objectives, fondées sur l'article 1384, alinéa 1er ancien du Code civil. Si le champ d'application de la plus récente, portant sur les dommages causés par le fait d'autrui,

[691] Pour ce terme, v. R. RODIÈRE, « Études sur la dualité des régimes de responsabilité – La combinaison des responsabilités », *JCP* 1950.I.868, n° 1.
[692] J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.* 2010, p.1, spéc. n° 46. Dès lors que le régime de responsabilité sans faute dispose d'un champ d'application défini et restreint, visant à la réparation de dommages résultant d'un risque identifié, le concours pourrait être autorisé.

fait encore débat[693], en revanche le principe de responsabilité du fait des choses a atteint aujourd'hui une ampleur telle que son champ d'application apparaît illimité. En effet, initialement pensée pour remédier aux dommages résultant du machinisme, accidents du travail d'abord, puis accidents de la circulation – domaines pour lesquels la loi a successivement pris le relai en 1898 et 1985[694] –, elle s'est ensuite déployée au-delà, pour finir par prendre en charge tous types de dommage, dès lors qu'une chose a participé à sa production, que cette chose présente un caractère dangereux ou anormal[695], qu'elle soit de nature mobilière ou immobilière[696], y compris pour les choses dont la « consistance physique est plus diluée », telle que des liquides, fumées ou vapeurs[697]. Tous types de dommages, y compris des dommages qui ne correspondent plus à la raison d'être de ce régime, initialement prévu pour soulager les victimes de dommages corporels de la charge que représente une telle atteinte. Ainsi, au même titre que la responsabilité du fait personnel, dont elle mime la structure, la responsabilité du fait des choses permet la réparation des préjudices purement économiques. Le risque existe alors d'une interférence avec les règles contractuelles concernant la conformité

---

[693] V. Ass.Plén., 29 mars 1991, *Blieck*, *D.* 1991.324, note C. LARROUMET, Somm.324, obs. J.-L. AUBERT, p.157, chron. G. VINEY ; *JCP* 1991.II.21673, concl. DONTENWILLE, note J. GHESTIN ; *Gaz. Pal.* 1992.2.513, obs. F. CHABAS ; *RTD civ.* 1991.541, obs. P. JOURDAIN et Ass.Plén. 29 juin 2007, *D.* 2007, chron.p.2903, obs. Ph. BRUN ; *JCP* 2007.II.10150, note J.-M. MARMAYOU ; *RTD civ.* 2007.782, obs. P. JOURDAIN. Par ces deux arrêts, la Cour admet, sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1er ancien, qu'une personne puisse être responsable des actions d'autrui dès lors qu'elle organise et contrôle, pour le premier, le « mode de vie » de cet autrui, et pour le second, « l'activité d'autrui ». Si par ces deux arrêts, la Cour ne ferme pas la porte à une possible extension, au-delà des cas de ces décisions, de la responsabilité du fait d'autrui, elle n'affirme pas non plus réellement l'existence d'un principe général. Sur ce champ d'application, v. *GAJC*, t.2, 13ème éd., Dalloz, n° 229-231, spéc. n° 9 et s. Les récents projets de réforme de la responsabilité civile confirment cette vision restreinte de la responsabilité du fait d'autrui, qui se décline en plusieurs régimes spéciaux de responsabilité, parmi lesquelles les deux cas dégagés par la jurisprudence. V. les articles 1243 et suivants du projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 et les articles 1246 et suivants de la proposition de loi du 29 juillet 2020.

[694] Loi du 9 avril 1898 sur les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail et loi du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation. L'adoption de ces deux lois a privé le régime général du fait des choses d'une grande partie de son utilité. Selon certains auteurs, ses applications ne seraient d'ailleurs plus que relativement résiduelles. V. J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.,* n° 21 ; F. LEDUC, « L'état actuel du principe général de responsabilité délictuelle du fait des choses », *in La responsabilité du fait des choses : réflexions autour d'un centenaire,* F. LEDUC (dir.) Economica, 1997, p.35 et s. *Contra* E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, op. cit.,* n° 90 et s.

[695] Ch.réunies, 13 février 1930, préc. : « […] la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme ; il n'est pas nécessaire qu'elle ait un vice inhérent à sa nature et susceptible de causer le dommage, l'article 1382 rattachant la responsabilité à la garde, et non à la chose elle-même ».

[696] M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 224.

[697] M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 224.

ou l'utilité de la chose objet de l'exécution du contrat, ou de la chose dont fait usage le débiteur pour l'exécution de son obligation contractuelle[698]. Tant par ses conditions de mise en œuvre que par ses effets, le principe de responsabilité du fait des choses s'est transformé en une véritable clause générale de responsabilité autonome[699].

2. Les conséquences de l'intrusion : le principe de non-cumul

146. Perturbations du champ contractuel. L'objectivité du fait générateur, associée à la généralité de ces nouvelles clauses de responsabilité, introduit un degré supplémentaire de perturbation du champ contractuel. En effet, sans la barrière de la faute, le débiteur d'une obligation de moyens, dont la violation suppose un comportement au minimum négligent ou imprudent, peut être retenu responsable, alors même qu'il avait mis en œuvre tous les moyens nécessaires à l'exécution, et donc respecté son obligation, dès lors qu'il utilise une chose pour l'exécution de cette obligation, et que le dommage a été causé par l'intermédiaire de cette chose. La matière sportive fournit de nombreux exemples de ces interférences entre fait des choses et contrat, dès lors que l'exercice de cette activité sportive implique l'utilisation d'une chose[700].

---

[698] J.S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps ? », *op. cit.,* n° 47 et G. VINEY, *Traité de droit civil*, *Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 262. Il faut cependant préciser que, pour la Cour de cassation, les dommages-intérêts accordés à l'acheteur sur le fondement de l'action en garantie des vices cachés sont distincts de la responsabilité contractuelle, et autonomes à son égard. Ainsi, par exemple, les clauses limitatives de responsabilité présentes dans le contrat de vente ne peuvent s'appliquer lorsqu'est mise en œuvre la garantie des vices cachés. La garantie des vices cachés est ainsi préservée par la jurisprudence de l'intervention de la responsabilité contractuelle, qui elle-même, par le biais du principe de non-cumul, exclue la responsabilité délictuelle. V. Com., 19 mars 2013, n° 11-26.566, *RDC* 2013/4, p.1360, note J.-S. BORGHETTI ; *JCP G* 2013.705, note G. PILLET ; *JCP E* 2013.1309, note S. Le GAC-PECH.

[699] C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « Clauses générales ou délits spéciaux ? », in *Journées nationales de l'association Henri Capitant*, *Les perspectives de modernisation du droit des obligations : comparaisons franco-ibériques*, 2014. À l'instar de Philippe RÉMY, l'auteur évoque la tendance naturelle, quasi instinctive, du droit français de recourir, en matière de responsabilité, à des clauses générales. « Il est sans doute dans l'ADN du juriste français de se ranger derrière des clauses générales ».

[700] La situation se présente régulièrement pour des dommages causés, dans le cadre d'une pratique sportive en clubs, ou dans une association, par l'un des pratiquants, et par le biais d'une chose. V. not. Civ.2ème, 18 octobre 2012, n° 11-14155 : la responsabilité du centre de formation nautique pour le dommage causé à l'un des élèves par un autre lors de la navigation est retenue sur le fondement contractuel, pour violation de son obligation de sécurité à l'égard des apprentis navigateurs, et non sur le fondement du fait des choses.

147. L'exemple de la responsabilité médicale. La responsabilité du médecin en cas de dommage causé tant par le matériel utilisé par lui, que par les produits qu'il administre au patient, fournit une bonne illustration de ces perturbations de la sphère contractuelle par le fait objectif. Rappelons que depuis l'arrêt *Mercier* de 1936, et jusqu'à loi du 4 mars 2002, et surtout jusqu'à un arrêt rendu par la Cour de cassation en 2010, la responsabilité du médecin à l'égard de son patient était de nature contractuelle, et fondée, en ce qui concerne l'obligations de soins, sur une obligation de moyens, c'est-à-dire l'obligation pour le médecin de fournir des « soins consciencieux, attentifs et, […] conformes aux données acquises de la science »[701]. Les raisons de cette dérive vers une nature contractuelle de la responsabilité du médecin, qui pour certains n'avait « de contractuelle que le nom »[702], était justement de « recréer au sein même de la sphère contractuelle, les conditions d'un régime typiquement délictuel purgé des excès de l'arrêt *Jand'heur* »[703]. Protégée par la règle du non-cumul et l'obligations de moyens, la responsabilité du médecin semblait ainsi mise à l'abri des perturbations de la responsabilité du fait des choses. La nature contractuelle de cette responsabilité a été discutée depuis la loi de 2002[704], et définitivement remise en cause par l'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation en 2010[705], mais elle reste, selon les termes de la loi, une responsabilité pour faute[706].

Dans cette parenthèse contractuelle, qu'en est-il lorsque le patient subit un dommage du fait du défaut de la chose utilisée par le professionnel de santé dans le cadre des soins, alors même que ceux-ci étaient conformes à ce qui était attendu ? Le

---

[701] Civ., 20 mai 1936, *D.* 1936, I, 88, concl. MATTER, rap. JOSSERAND ; *S* 1937.I.321, note A. BRETON ; *GAJC* t.2, *op. cit.,* n° 162-163.
[702] J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité délictuelle du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.*
[703] J. BELLISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, LGDJ, 2001, n° 821.
[704] V. not. M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit*., n° 794 et s. ; « La responsabilité médicale : entre droit commun et régimes spéciaux », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Batteur,* p. 17 et s.
[705] Civ.1ère, 28 janvier 2010, n°09-10.992 : les juges ne se fondent plus sur l'article 1147 ancien, socle de la défaillance contractuelle, pour mettre en œuvre la responsabilité du médecin, mais directement sur les articles du Code la santé publique. Les auteurs en ont déduit un abandon du fondement contractuel et un retour du fondement délictuel de la responsabilité médicale. *GADS*, 2010, n° 1-2 ; *D*.2010.1522, note P. SARGOS ; *RDSS* 2010.375, obs. F. ARHAB-GIRARDIN ; *JCP* 2010, n° 41, chron.1015, n° 6, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *Gaz. Pal.* 2010.2.3619, note M. MEKKI ; *RTD civ.* 2011.128, obs. P. JOURDAIN ; *RDC* 2011.77, note J.-S. BORGHETTI. Contre cette interprétation, v. M. BACACHE, « Longue vie à l'arrêt *Mercier* », *RDC* 2011.335 ; F. LEDUC, « Pas de requiem prématuré pour l'arrêt *Mercier* », *RDC* 2011.345 ; Ph. PIERRE, « Feu l'arrêt *Mercier* ! Feu l'arrêt *Mercier* ? », *RDC* 2011.357.
[706] Article 1142-1, I, alinéa 1er du Code de la santé publique.

Code de la santé publique exclut dans ce cas la responsabilité pour faute[707], et met à la charge du professionnel de santé une obligation de résultat. Mais il ne précise pas les conditions de cette responsabilité objective, et laisse ainsi subsister la question de l'éventuelle mise en œuvre, à l'encontre du gardien de cette chose, de la responsabilité objective fondée sur l'article 1242, alinéa 1er [708]. Si la jurisprudence n'utilise pas explicitement ce fondement, elle a longtemps mis à la charge du médecin, pour des faits antérieurs à la loi de 2002, une obligation de résultat quant à la sécurité du produit utilisé, et plusieurs fois retenu à son encontre une responsabilité objective, dès lors que le dommage n'était pas causé par le comportement du médecin, mais par le défaut de la chose : pose d'une prothèse défectueuse[709], transfusion de sang contaminé[710]. La logique objective propre au fait des choses semble donc avoir « contaminé » la responsabilité médicale, que ce soit avant ou depuis la loi de 2002.

Cette contamination est particulièrement visible lorsque le dommage est causé par du matériel utilisé par le médecin, telle une table d'examen, puisque la Cour y applique la jurisprudence développée en matière de fait des choses : le patient doit prouver la défectuosité de ladite chose, son anomalie, dès lors qu'elle est inerte[711]. Cette intrusion de la responsabilité objective, du seul fait que le débiteur, ici le médecin, utilise une chose pour exécuter son obligation, vient transformer une obligation de moyens – les soins – en obligation de résultat – la sécurité du produit. Cette immixtion gênante peut d'ailleurs expliquer le récent revirement de jurisprudence de la Cour de cassation. Dans un arrêt de 2012, se fondant sur l'inapplicabilité des règles relatives à

[707] Article 1142-1,I, alinéa 1er du Code de la santé publique : « Hors les cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé […] ».
[708] Du moins dans les cas où le régime spécial de responsabilité du fait des produits défectueux, prévu aux articles 1245 à 1245-15 du Code civil, ne peut pas jouer. V. M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* n° 792 et s.
[709] V. Civ.1ère, 15 novembre 1972, *D.* 1973.343 ; Civ.1ère, 23 novembre 2004, *D.* 2005, pan.406, obs. J. PENNEAU ; *RTD civ.* 2005.139, obs. P. JOURDAIN. La Cour distingue la pose de la prothèse, pour laquelle le médecin est soumis à une responsabilité pour faute, et la qualité de cette prothèse, pour laquelle le médecin est soumis à une obligation de résultat. V. not. Civ.1ère, 4 février 2003, *RCA* 2003, comm. n° 142.
[710] Il s'agit dès lors de la responsabilité des établissements de santé. V. not. Civ.2ème, 21 avril 2005, *RCA* 2005, comm. n° 223, obs. C. RADÉ. Pour des développements sur les évolutions de cette responsabilité du fait de transfusions de sang contaminé, v. M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 904 et s.
[711] M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* n° 907.

la responsabilité du fait des produits défectueux au professionnel de santé[712], elle revient à une responsabilité pour seule faute du médecin, hormis les cas où ils seraient eux-mêmes les producteurs du produit[713]. Cette jurisprudence n'apparaît cependant pas compatible avec l'obligation de résultat prévue par l'article L 1142-1, I, alinéa 1er du Code de la santé publique.

148. Intrusion du fait objectif et principe de non-cumul. L'intrusion du fait objectif au sein des relations entre les parties contractantes induit une perturbation telle, qu'elle ne pouvait que conduire au rejet de la responsabilité délictuelle hors du champ contractuel. À partir de l'adoption du principe général de responsabilité du fait des choses, la méfiance à l'égard des prétentions hégémoniques de la responsabilité délictuelle grandit, et conduit dès lors, comme l'a démontré Jean-Sébastien BORGHETTI, à l'adoption progressive d'un principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, et au reflux de cette dernière aux marges du contrat[714]. Ce rejet de la responsabilité délictuelle hors de l'enceinte contractuelle s'impose vis-à-vis de tous les régimes, pour faute, et *a fortiori* sans faute, ce que la jurisprudence rappelle régulièrement[715]. La généralité initiale des clauses de responsabilité n'imposait pourtant pas nécessairement cette organisation particulière des rapports entre délictuel et contractuel, qui s'est imposée comme un rempart contre la vocation tentaculaire de la responsabilité délictuelle. Si le principe de non-cumul est devenu, à l'instar de la clause générale, l'un des marqueurs forts du droit français de la responsabilité civile,

---

[712] La Cour reprend en cela la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne, qui réserve le champ d'application du régime spécial des produits défectueux aux seuls producteurs, et exclut son application aux seuls prestataires de service. V. CJUE, 21 décembre 2011, C-495-10, *D.* 2012, p.926, note J.-S. BORGHETTI ; *RTD civ.* 2012.329, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2013.50, obs. O. GOUT.

[713] Civ.1ère, 12 juillet 2012, n° 11-17.510, *D.* 2012.2277, note M. BACACHE ; *JCP* 2012.1036, P. SARGOS ; *RTD civ.* 2012.737, obs. P. JOURDAIN ; *Gaz. Pal.* 26-27 sept. 2012, obs. M. MEKKI ; *RCA* 2012.8, note S. HOCQUET-BERG ; *RDC* 2013.111, obs. G. VINEY, *JCP* 2013.484, obs. C. BLOCH ; *D.* 2013.50, obs. O. GOUT.

[714] J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité délictuelle du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.,* n° 43 et s.

[715] Civ.1ère, 28 juin 2012, pourvoi n° 10-28492 ; *Gaz.pal.* 10 janvier 2013, p.14, note L.-F. PIGNARRE ; *Gaz.pal.,* 10 octobre 2012, p.20, note D. HOUTCIEFF ; *RLDC* 98/2012, p.7, note E. GARAUD ; *JCP G* 2012.1069, note J. DUBARRY ; *Gaz.pal.*26-27 septembre 2012, obs. M. MEKKI ; *D.* 2013, p.40, note Ph. BRUN et O. GOUT. Dans cette affaire, la Cour avait refusé de faire application de l'article 1384, alinéa 1er pour l'indemnisation d'un dommage causé à un enfant sur une aire de jeux d'un restaurant dans lequel il était venu avec ses parents pour le goûter d'anniversaire d'un ami, au motif que l'aire de jeux étant uniquement réservé à la clientèle du restaurant, la responsabilité était ici nécessairement de nature contractuelle. Cet arrêt a été longuement commenté en ce qu'il fait ici une application excessive du principe de non-cumul, alors que d'une part il n'était pas évident que l'obligation de sécurité que le restaurant a à l'égard de ses clients s'étende jusqu'à l'aire de jeux de celui-ci, et que d'autre part, si le lien contractuel unissant l'enfant au restaurant était inexistant, celui liant les parents au restaurant était très discutable.

un élément du patrimoine juridique français, il ne relevait pas, en 1804, de l'évidence[716]. Il s'est imposé progressivement comme une règle de résolution de conflit de normes incontournable, dans un système où la responsabilité délictuelle peut s'immiscer partout, et surtout dans le champ du contrat.

B. La contamination du champ contractuel par le modèle des responsabilités indirectes

149. Tentation du mimétisme. Outre l'intrusion du fait objectif au sein des relations contractuelles, le modèle même de ces régimes objectifs de responsabilité délictuelle, fait des choses et fait d'autrui, risque de contaminer celui de la responsabilité contractuelle. Dans un effet de mimétisme poussé à l'extrême, certains auteurs plaident ainsi pour la reconnaissance de régimes « autonomes »[717] de responsabilité contractuelle du fait des choses, lorsqu'une chose est utilisée par le débiteur dans l'exécution de son obligation, et du fait d'autrui, lorsque l'obligation en question n'est pas directement exécutée par l'une des parties mais par un tiers désigné à cet effet[718]. Une partie de la doctrine moderne, favorable à la fusion des régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle, réactive cette proposition[719], considérant notamment que l'inexécution de l'obligation contractuelle ne fait pas l'originalité du régime

---

[716] J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.,* n° 31 et s. L'auteur remet en cause la « fable doctrinale » d'une adhésion de tous temps, par la jurisprudence, au principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle. Il combat ici le « mythe » qui tend à considérer cette règle comme une règle fondamentale du droit de la responsabilité, ne tolérant aujourd'hui aucune remise en question. Il cite à l'appui plusieurs études étrangères sur la question. V. P.-H. SCHLECHTRIEM, *Vertragsordnung und außervertragliche Haftung,* Alfred Metzner Verlag, 1972, 1ère partie ; P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale et extracontrattuale,* CEDAM, 1989, chap.3, spéc. n° 12-14 et 20-21. *Contra* Ph. BRUN, « De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses », *RTD civ.* 2010, p. 487, spéc. n° 4 et s. : l'auteur réfute l'idée selon laquelle le principe de non-cumul ne se serait que tardivement imposé, ainsi que celle d'une conjonction, établie par Jean-Sébastien BORGHETTI, entre ce principe et l'adoption d'un principe général de responsabilité du fait des choses. Il considère que bien plus qu'une question de concours des responsabilités, il s'agit en réalité à chaque fois du problème de leur délimitation. Ces deux questions, bien que différentes, nous semblent au contraire intimement liées comme nous nous efforçons de le démontrer.

[717] Sur la notion d'autonomie d'un régime, et son application à la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, v. D. REBUT, « De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui et de son caractère autonome », *RRJ* 1996-2, p. 409 et s., spéc. n° 4 et s.

[718] V. not. G. VINEY, Traité de droit civil, Introduction *à la responsabilité, op. cit.,* n° 258 et s. L'auteur présente tour à tour la faute, le fait d'autrui et le fait des choses comme faits générateurs de responsabilité contractuelle.

[719] V. not. E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, op. cit*., n° 79 et s.

contractuel, puisqu'elle n'en est pas le véritable fait générateur. Cette inexécution ne serait que la conséquence soit d'une faute, soit d'un fait de la chose, ou encore d'un fait d'autrui[720]. Ces régimes dont ils affirment l'existence autonome ne seraient que la réplique de ceux que l'on retrouve en matière délictuelle, et justifieraient alors d'autant plus le rapprochement des responsabilités contractuelle et délictuelle. L'exemple de la responsabilité médicale, que nous avons présenté plus tôt, serait même une preuve de la vigueur actuelle du régime de responsabilité contractuelle du fait des choses[721].

150. Rejet de la responsabilité contractuelle du fait des choses. Les régimes contractuels du fait des choses et du fait d'autrui ne disposent d'aucune réelle existence en droit positif. À leur absence de consécration par le législateur, s'ajoute leur inexistence en jurisprudence, et ce malgré ce que pourraient laisser penser certaines décisions. Ainsi la responsabilité contractuelle du fait des choses a semblé faire l'objet d'une éphémère reconnaissance dans un arrêt daté du 17 janvier 1995, rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation, dans lequel il était explicitement fait référence à la responsabilité d'une école à l'égard de l'une de ses élèves, « […] non seulement par sa faute mais encore par le fait des choses qu'il [l'établissement d'enseignement] met en œuvre dans l'exécution de ses obligations contractuelles ». La distinction entre faute et fait des choses est ici faite sans ambiguïté par la Cour, ce qui laisse penser à une reconnaissance officielle du fait des choses en matière contractuelle[722]. Néanmoins, cette formule n'a jamais plus été réutilisée par la suite dans la jurisprudence, qui préfère se fonder aujourd'hui sur l'obligation contractuelle de sécurité, dont la nature peut varier selon les situations entre obligation de moyens ou de résultat[723]. Par ailleurs, lorsqu'une chose participe à l'inexécution d'une obligation contractuelle, la responsabilité contractuelle du débiteur sera engagée seulement si ce contrat contient, ou que le juge lui rattache, une obligation contractuelle de sécurité. Dès lors, comme certains auteurs l'ont fait remarquer, la seule question qui se pose est celle de la nature de cette obligation, de moyens ou de résultat. Et c'est sur

[720] V. not. V. WESTER-OUISSE, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale », *op. cit.*
[721] V. E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, op. cit.*, n° 92.
[722] V. Civ.1ère,17 janvier 1995 ; *D.* 1995, p.350, note P. JOURDAIN, *Resp.civ.et assur.*1995, ch., n° 16, H. GROUTEL ; *JCP* 1995.I.3853, n° 9 à 14, obs. G. VINEY.
[723] V. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 259 et s.

cette variable que peut jouer l'intervention d'une chose dans l'exécution de l'obligation, qui aura tendance à faire d'une obligation de moyens une obligation de résultat[724]. Mais en définitive, ce qui permet d'engager la responsabilité contractuelle, c'est toujours le constat d'un manquement contractuel, seul véritable fait générateur contractuel, et jamais le fait de la chose en tant que tel.

151. Rejet de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui. Quant à la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, elle semble au contraire bénéficier, en plus d'un soutien doctrinal quasi unanime[725], d'un appui jurisprudentiel, puisque la Cour de cassation a régulièrement admis que le débiteur d'une obligation contractuelle devait être tenu responsable des dommages causés par l'inexécution de celle-ci, y compris lorsque cette inexécution relève du fait d'un tiers qu'il s'est substitué ou adjoint[726], faisant ainsi exception au principe d'irresponsabilité du fait d'un tiers. Pourtant, outre les cas spéciaux de responsabilité contractuelle du fait d'autrui prévus par le législateur[727], la responsabilité du débiteur du fait de l'inexécution du contrat par un tiers qu'il a désigné repose encore sur le manquement contractuel, puisque bien que

---

[724] M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* n° 215 et 216. *Adde* F. LEDUC, « La spécificité de la responsabilité contractuelle du fait des choses », *D.* 1996, p.164 et s., spéc p. 164 : l'auteur montre qu'en matière contractuelle, la chose importe plus que la garde, pourtant essentielle en matière délictuelle, et conduit à retenir responsable un débiteur dont on peut penser qu'il n'était pas vraiment gardien.

[725] L'admission d'une responsabilité contractuelle du fait d'autrui suscite l'adhésion de nombreux auteurs à partir du début du XX^{ème} siècle, qui s'appuient notamment sur une jurisprudence qui admet que soit engagée la responsabilité du débiteur contractuel lorsque l'inexécution n'est pas de son fait, mais de celle de son préposé ou du tiers auquel il l'a déléguée. Pour ces auteurs, l'admission d'un principe général de responsabilité contractuelle du fait d'autrui procède directement du respect de la force obligatoire du contrat, qui n'admet pas que le débiteur puisse s'exonérer de sa responsabilité, et se délester ainsi de son engagement, en déléguant l'exécution de son obligation à un tiers. V. not. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n° 818.

[726] Pour des exemples, v. E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, op. cit.,* n° 109. Outre des décisions anecdotiques, l'exemple le plus flagrant se trouve encore une fois en matière médicale, puisque d'une part le chirurgien est reconnu responsable des fautes commises par chacun des membres de son équipe, et que d'autre part l'établissement privé de santé est tenu responsable, en vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant au patient, des fautes commises par le médecin salarié. C'est d'ailleurs dans ce type de situation que la Cour de cassation a initialement admis l'existence d'un principe général de responsabilité contractuelle du fait d'autrui, dans un arrêt rendu par la première Chambre civile le 18 octobre 1960. La Cour y autorise une action en responsabilité contractuelle à l'égard d'un chirurgien, alors que le dommage avait été causé par le fait de l'anesthésiste. V. Civ.1ère, 18 oct.1960, *JCP* 1960.II.18446, note R. SAVATIER; *RTD civ.* 1960, p.120, obs. A. TUNC

[727] V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n° 816 ; M. BACACHE-GIBEILI*, Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 283 et s. ; M. POUMARÈDE, « Notion d'inexécution d'une obligation contractuelle », in *Droit de la responsabilité et des contrats,* Dalloz Action, 2023/2024, chapitre 3121, spéc. n° 3121-52. Il s'agit de cas particuliers où la responsabilité du débiteur va pouvoir être engagée du fait du tiers, alors même que l'obligation inexécutée par celui-ci ne pesait pas sur le débiteur.

l'inexécution soit du fait d'un tiers, et non du débiteur lui-même, l'obligation en question était bien à la seule charge du contractant, et non du tiers[728].

La doctrine qui a vu dans cette jurisprudence une consécration de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui semble avoir été inspirée par le droit allemand qui reconnaît, au § 278 du *BGB*, une responsabilité du débiteur pour les faits de tiers qu'il aurait volontairement introduit dans l'exécution du contrat[729]. La situation est bien différente en droit français, qui ne tient pas le débiteur responsable du fait du tiers, mais bien de son propre fait. La nature relative par essence de l'obligation contractuelle[730] fait en effet obstacle à l'assimilation de ces situations d'inexécution par un tiers à la responsabilité délictuelle du fait d'autrui, qui elle fait peser la charge du dommage sur une personne n'ayant commis aucune faute. En réalité, l'inexécution pèse sur le débiteur en vertu du principe de force obligatoire du contrat, qui implique que le débiteur soit seul tenu de la bonne exécution du contrat et qu'il assume seul le « risque d'inexécution » qui en découle[731]. La responsabilité qui pèse sur le débiteur, tenu d'exécuter correctement son obligation, du fait d'un tiers n'est en réalité qu'une simple responsabilité contractuelle du fait personnel et ne découle pas de la reconnaissance d'une responsabilité indirecte ; elle n'est en aucun cas le « décalque » de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui[732].

152. Conclusion : rejet des responsabilités contractuelle du fait des choses et du fait d'autrui. Dans les deux cas, responsabilité contractuelle du fait d'une chose ou du fait d'autrui, ce qui prime, c'est la relation contractuelle existant entre les parties, plus que la manière dont est exécutée, en l'occurrence ici inexécutée, l'obligation en question. Dans les deux cas, il s'agira avant tout autre chose de caractériser une

---

[728] M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* n° 277 et s.
[729] § 278 BGB : « Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. », ce que l'on traduira par « Le débiteur est tenu de répondre des fautes de son représentant légal et des personnes dont il s'est adjoint les services pour l'exécution de son obligation dans la même mesure que de ses propres fautes ».
[730] V. *supra,* n° 130.
[731] M. POUMARÈDE, « Notion d'inexécution d'une obligation contractuelle », *op. cit*., chapitre 3121, spéc. n° 3121-71
[732] *Ibid. Adde* D. REBUT, « De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui et de son caractère autonome », *RRJ* 1996-2, p. 409 et s., spéc. n° 42 et s. :l'auteur démontre le caractère personnel de la responsabilité contractuelle du débiteur du fait d'un tiers en insistant notamment sur l'impossibilité pour lui de former un recours subrogatoire contre le tiers qu'il s'est adjoint dans l'exécution du contrat, à la différence des régimes de responsabilité délictuelle du fait d'autrui, conçus comme des garanties.

inexécution contractuelle, seul véritable fait générateur de responsabilité contractuelle, qui absorbe le fait de la chose[733], comme le fait d'autrui. Ainsi, la nature contractuelle de la responsabilité entre parties au contrat empêche l'émergence de réels régimes autonomes du fait des choses et du fait d'autrui dans cette matière. La tentation du mimétisme doit être rejetée[734], et l'est d'ailleurs par le législateur en droit prospectif[735].

153. Conclusion de Section. L'intrusion de la responsabilité délictuelle dans le champ du contrat, si elle est inhérente à la généralité de clause de responsabilité, a pris une ampleur particulière au cours du XX^{ème} siècle. Deux phénomènes sont venus accentuer les perturbations induites par l'intrusion de la responsabilité délictuelle dans le contrat : d'une part une absorption du fait générateur contractuel par le fait générateur délictuel, dont les contours sont si larges qu'ils semblent pouvoir englober tout manquement contractuel, d'autre part une multiplication des clauses générales de responsabilité délictuelle fondées sur un fait objectif, dont la mise en œuvre en l'absence de faute rend l'intrusion de la responsabilité délictuelle dans le champ du contrat plus systématique. Pour contrer ces intrusions qui, trop nombreuses, risquaient de perturber les prévisions contractuelles, s'est imposé le principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle. De cette généralité envahissante de la clause générale découle ainsi un rapport particulier entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, un rapport d'exclusion et non de cohabitation.

Conclusion du Chapitre II

154. Une généralité envahissante. La généralité de la clause de responsabilité, caractéristique du droit français, s'est transformée au cours du XX^{ème} siècle, sous l'impulsion des juges, en une généralité envahissante. Aux prémisses de cette vocation

[733] F. LEDUC, « La spécificité de la responsabilité contractuelle du fait des choses », *D.* 1996, p.164 et s. ; M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.,* n° 43
[734] V. également, en accord avec cette position, D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat, Esquisse d'une théorie, op. cit.,* n° 82
[735] Le projet de réforme de la responsabilité civile rendu public en mars 2017 ne contient en effet aucune disposition relative au fait d'autrui ou au fait de la chose en matière contractuelle, alors qu'il les consacre en matière délictuelle.

quasi hégémonique de la responsabilité délictuelle se trouve une extension de toutes les conditions de sa mise en œuvre : une multiplication des dommages réparables, une utilisation pragmatique du lien de causalité, une extension des contours de la faute délictuelle. Cette extension des conditions de l'action en responsabilité délictuelle est sous tendue par une idéologie, celle de la réparation, qui place la fonction compensatoire de la responsabilité délictuelle au premier rang, et fait de la responsabilité délictuelle la première réponse à toute situation dans laquelle un individu se retrouve lésé. La vocation tentaculaire de la responsabilité délictuelle envahit alors potentiellement tous les champs du droit, et de manière particulière la sphère contractuelle. Lorsqu'elle s'impose pour régir des situations appartenant à la sphère contractuelle, des situations où un contractant, voire un tiers, serait lésé par un manquement contractuel, elle risque alors de venir perturber l'équilibre recherché par les contractants, et remettre en cause leurs prévisions contractuelles. Cette perturbation du champ contractuel devient particulièrement intense lorsque, l'extension du fait générateur délictuel conduit à une absorption du fait générateur contractuel : derrière tout manquement contractuel pourra se cacher un manquement délictuel, sans pour autant que ces deux éléments puissent être considérés comme identiques et donc fusionnés. Cette perturbation devient par ailleurs plus fréquente dès lors qu'est reproduit, dans le champ des responsabilités délictuelles objectives développées au cours siècle dernier, le modèle de la clause générale. L'ampleur de la perturbation du champ contractuel par la responsabilité délictuelle appelle dès lors une solution pour contrer ses intrusions du champ contractuel, solution qui sera trouvée dans le principe de non-cumul des responsabilités.

Conclusion du Titre I.

155. Le point de départ : la généralité de la clause de responsabilité. La clause générale constitue le point de départ, en droit français, des problèmes de frontières entre le contractuel et le délictuel, et plus précisément des perturbations causées par l'intrusion de la responsabilité délictuelle dans le champ du contrat. Mais la clause générale, telle qu'elle est formulée à l'article 1240 du Code civil, et telle qu'elle est en

substance reprise dans les projets de réforme de la responsabilité civile[736], symbolise surtout la particularité du droit français de la responsabilité civile au regard des systèmes juridiques voisins, elle en constitue l'ADN. Il semble impossible au droit français de la responsabilité civile de s'en séparer, outre que cela ne serait pas souhaitable, la clause générale présentant, par sa flexibilité caractéristique, de nombreux avantages d'adaptation aux nombreuses évolutions affectant directement le droit de la responsabilité civile. Elle apparaît comme l'instrument le mieux à même de satisfaire l'impératif de réparation qui, également présent dans le systèmes juridiques voisins, impose de laisser le moins de dommages possible à la charge des victimes. Mais cette flexibilité présente un risque : celle de l'extension sans limites du spectre de la responsabilité délictuelle. Le caractère tentaculaire de la responsabilité délictuelle telle qu'elle est mise en œuvre aujourd'hui par les juges est en effet contenu dans la clause générale elle-même, conçue, par sa grande généralité, comme une forme de délégation implicite du législateur au juge. Cette généralité est devenue au fil des années et des siècles envahissante, et conduit même à une forme d'absorption des conditions de l'action en responsabilité contractuelle par celles de la clause générale, et conduit ainsi à ce que toute situation de dommage causé par l'inexécution du contrat puisse être prise en charge par la responsabilité délictuelle. La responsabilité contractuelle, phagocytée par la clause générale de responsabilité, risque alors de ne plus pouvoir assumer, outre la réparation du préjudice, son objectif de préservation des prévisions contractuelles.

156. Délimitation ou coordination des responsabilités contractuelle et délictuelle. De manière assez traditionnelle, ce problème a souvent été abordé par les auteurs sous l'angle de la question de la délimitation des frontières entre les régimes de responsabilité. En effet, en redonnant à chacune ce qui lui appartient, on se débarrasse alors des interférences causées par l'intrusion du régime délictuel dans le régime contractuel. Cette démarche s'inscrit dans un effort intellectuel propre à la pratique du droit, relevant presque de l'ordre du réflexe pour tout juriste aguerri, celui de la qualification, qui agit comme un filtre permettant de faire entrer ce qui n'est au départ

[736] Article 1242 du projet de réforme de la responsabilité civile de la Chancellerie de mars 2017 et article 1241 de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile enregistrée à la présidence du Sénat le 29 juillet 2020.

que du fait, au sein de la catégorie juridique qui lui correspond, tout cela afin de lui attribuer un régime propre. Qualifier, c'est donc également délimiter, attribuer à chaque règle son pré carré, le protéger par des frontières qui permettent d'en exclure les autres. C'est oublier que la généralité de la responsabilité délictuelle, dont il nous est apparu qu'elle constituait, par la flexibilité et l'adaptabilité qu'elle offrait, un avantage dont il serait regrettable de se passer, empêche d'en saisir les contours, qui ne seront jamais dessinés qu'en creux de ceux attribués au domaine contractuel. La question n'est plus celle, classique, et que l'on retrouve dans d'autres systèmes juridiques, d'une délimitation des frontières entre deux régimes de responsabilité concurrents qui cohabitent en se frôlant, mais bien plutôt celle de la résolution d'un conflit de normes généré par l'intrusion de la responsabilité délictuelle dans la sphère contractuelle[737]. La solution à ce problème n'est donc pas à trouver dans le tracé de frontières, mais bien dans l'exclusion de la responsabilité délictuelle du contrat, ce que permet le principe de non-cumul des responsabilités.

[737] V. B. HAFTEL, « Entre "Rome II" et "Bruxelles I" : l'interprétation communautaire uniforme du règlement "Rome I" », *Clunet* 2010, n° 3, doctr.11, spéc. n° 28. A propos du principe de non-cumul, et de la primauté de la responsabilité contractuelle sur la responsabilité délictuelle qui en résulte : « Ce phénomène peut parfois donner l'impression qu'il existe une véritable frontière entre les ordres de responsabilité là où, en réalité, il existe plus exactement des chevauchements régulés par deux règles de coordination ».

TITRE II. LA SOLUTION AU PROBLÈME : L'EXCLUSION DE LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE DU CHAMP DU CONTRAT

157. Domaine résiduel de la responsabilité délictuelle. L'impossibilité de tracer des frontières prédéfinies entre deux catégories, deux régimes de responsabilité concurrents que sont les responsabilités contractuelle et délictuelle, constitue un marqueur du droit français de la responsabilité, et découle directement de l'énoncé particulier de la responsabilité délictuelle dans le Code civil, sous la forme d'une clause générale qui ne connaît *a priori* pas de bornes. La possibilité d'intrusions multiples de la responsabilité délictuelle dans l'espace des prévisions contractuelles empêche une cohabitation sereine des deux régimes, et la concurrence des normes de responsabilité contractuelle et délictuelle se traduit ainsi, du fait de la généralité envahissante de la responsabilité délictuelle, par un véritable conflit de normes dont la résolution passe par la nécessaire exclusion de la responsabilité délictuelle hors de la sphère contractuelle. La délimitation des frontières entre les régimes contractuel et délictuel de responsabilité ne se fait donc pas *a priori*, mais plutôt *a posteriori* : c'est une fois définies les limites du domaine contractuel, que l'on peut en exclure la responsabilité délictuelle. Cette délimitation par l'exclusion tend à attribuer à la responsabilité délictuelle un domaine résiduel – ce qui n'est pas contractuel. L'enjeu se situera alors dans la définition du domaine contractuel, l'objectif premier de la résolution de ce conflit de normes étant d'en assurer la préservation contre les intrusions de la responsabilité délictuelle, au bénéfice de la responsabilité contractuelle.

158. Exclusion de la responsabilité délictuelle du contrat. Il existe alors deux manières d'éviter l'immixtion de la responsabilité délictuelle en matière contractuelle. L'exclusion de la responsabilité délictuelle pourra être ponctuelle, décidée chaque fois que les deux régimes ont vocation à régir la situation – ce qui sera le cas lorsqu'il s'agira de réparer le dommage subi par le créancier lésé – mais que les conditions de

l'action en responsabilité contractuelle sont réunies. Dans cette configuration, il existe alors un véritable conflit de normes suscité par le partage d'une fonction commune aux dommages-intérêts contractuels et délictuels : la fonction de réparation. Ce conflit se résout à l'aide d'une règle de résolution de conflit de normes, le principe de non-cumul des responsabilités, qui conduit à l'exclusion ponctuelle de la responsabilité délictuelle, et instaure ainsi une hiérarchie entre les régimes de responsabilité, une primauté de la responsabilité contractuelle sur la responsabilité délictuelle. La responsabilité délictuelle se voit assigner une vocation subsidiaire, une subsidiarité qui, caractéristique des normes de droit commun, constitue un corollaire de sa généralité[738]. Cette vocation subsidiaire comporte cependant un risque, celui du retour de la responsabilité délictuelle comme droit commun, dès que la norme spéciale, la responsabilité contractuelle, sera défaillante. La question sera alors celle des limites au principe de non-cumul des responsabilités pour permettre, dans certains cas, à la responsabilité délictuelle de retrouver son empire. Mais il est des situations d'inexécution contractuelle où la présence de la responsabilité délictuelle ne peut être tolérée : sa concurrence doit être définitivement écartée. Elle le sera alors par la définition d'un domaine réservé de la responsabilité contractuelle, un domaine exclusif de toute concurrence. Ce sera le cas lorsque les dommages-intérêts ne viseront pas tant à réparer le dommage subi par le créancier lésé, qu'à lui offrir une forme d'équivalent à la prestation attendue du contrat. La responsabilité contractuelle remplit alors une fonction de satisfaction du créancier que la responsabilité délictuelle ne peut en aucun cas avoir vocation à assouvir.

Ces deux modes d'exclusion de la responsabilité délictuelle, par sa subsidiarité d'une part, et par la délimitation d'un domaine réservé à la responsabilité contractuelle d'autre part, se complètent, chacun intervenant dans une configuration particulière des rapports entre les régimes de responsabilité. L'exclusion de la responsabilité délictuelle sera tantôt fondée sur une identité, et donc une concurrence de fonctions entre les régimes de responsabilité (Chapitre I), tantôt, au contraire, sur la distinction de leurs fonctions (Chapitre II). Mais avant d'exposer ces deux modes d'exclusion de la responsabilité délictuelle du contrat, il nous faudra d'abord démontrer l'existence

[738] H. MAZEAUD, « L'"absorption" des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *D.* 1935, p. 5 et s.

même d'un concours entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, et pour cela affirmer l'existence d'un régime de responsabilité contractuelle, dual dans ses fonctions (Chapitre préliminaire).

Chapitre préliminaire. Le concours entre les responsabilités délictuelle et contractuelle

159. Concours entre les dommages-intérêts et entre les responsabilités contractuels et délictuels. L'intrusion des dommages-intérêts délictuels dans le domaine des dommages-intérêts contractuels ne peut se produire que parce que, malgré des sources distinctes, ils poursuivent une visée commune : la compensation d'un dommage. Cette finalité commune, associée à une symétrie de conditions, conduit à ce que les dommages-intérêts contractuels et délictuels puissent être perçus comme deux instruments distincts d'un même objet juridique : la responsabilité civile. Les dommages-intérêts contractuels sont bien l'instrument d'une véritable responsabilité contractuelle, et le concours entre les dommages-intérêts délictuels et contractuels devient dès lors la question du concours entre les régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle. Un concours qui appelle une résolution particulière visant à empêcher l'intrusion de la responsabilité délictuelle dans le domaine de la responsabilité contractuelle, et partant dans la sphère du contrat, pour éviter les perturbations induites par ses effets qui ne prennent pas en compte les prévisions contractuelles.

160. La responsabilité contractuelle, un « faux concept »[739]. Or certains auteurs ont entrepris de remédier à ce concours entre les dommages-intérêts contractuels et délictuels, et partant entre des régimes concurrents de responsabilité, par l'affirmation d'une nature distincte des dommages-intérêts contractuels. Selon ces auteurs, il est faux de décrire ces dommages-intérêts particuliers comme l'instrument d'une responsabilité civile, qui viserait à « réparer » le dommage subi par le créancier contractuel. Ils cherchent dès lors à restituer à ces dommages-intérêts contractuels leur véritable nature, celle d'un instrument au service de l'exécution du contrat, qui n'auraient pour seul but que de procurer au créancier contractuel l'équivalent monétaire de l'avantage

[739] Selon la célèbre contribution de Philippe RÉMY à cette controverse : Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997.323.

qu'il espérait obtenir de la bonne exécution du contrat. Une partie de la doctrine tend dès lors à assigner aux dommages-intérêts contractuels une simple fonction d'exécution par équivalent, et en conclut à l'inexistence de la responsabilité contractuelle.

161. L'existence de la responsabilité contractuelle, condition de la concurrence entre les régimes. Pour affirmer, au contraire, l'existence d'un concours entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, il nous faudra donc d'abord affirmer l'existence d'un véritable régime de responsabilité contractuelle, à rebours de cette tendance doctrinale à la négation du concept de responsabilité contractuelle. Le concours entre ces deux régimes de responsabilité ne sera cependant pas abordé de la même manière selon que les dommages-intérêts contractuels poursuivent une fonction identique, ou distincte de celle poursuivie par les dommages-intérêts délictuels. La dualité de fonctions de la responsabilité contractuelle impliquera une dualité des modes d'exclusion de la responsabilité délictuelle de son domaine. Il nous faut donc restituer la genèse et le contenu de cette controverse sur l'existence de la responsabilité contractuelle (Section 1), avant de trancher et de démontrer l'existence d'une responsabilité contractuelle, duale dans ses fonctions (Section 2).

Section 1. La controverse sur l'existence de la responsabilité contractuelle

162. Prémisses et conséquences de la controverse. Après avoir exposé les prémisses de cette controverse (§1), nous en étudierons les conséquences sur les fonctions de la responsabilité contractuelle (§2).

§1. Les prémisses de la controverse

163. Négation de la responsabilité contractuelle. Les auteurs hostiles au concept de responsabilité contractuelle, persuadés qu'il s'agit d'une erreur historique, contestent

ses origines doctrinales (A) autant qu'ils dénoncent les conséquences néfastes de son « invention » (B).

A. Les origines contestées de la responsabilité contractuelle

164. Une dénaturation de l'esprit des textes du Code civil. D'abord très minoritaire[740], la position doctrinale consistant à nier l'existence du concept de responsabilité contractuelle s'est affirmée avec force sous la plume de Philippe RÉMY dans un article devenu célèbre, intitulé « La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept »[741]. Dans ce plaidoyer argumenté pour la disparition de la responsabilité contractuelle, l'auteur en retrace les origines ; il nous rappelle que l'expression, très récente, est née vers la fin du XIX^{ème} siècle[742], et soutient qu'elle procède d'une dénaturation des textes du Code civil au regard des intentions de ses rédacteurs[743]. Les articles relatifs aux dommages-intérêts contractuels se trouvent en effet au sein du titre III du livre III ancien du Code civil, dans un chapitre III intitulé « De l'effet des obligations », et précisément dans la section IV de ce chapitre, « Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation ». Cela semble indiquer que c'est

[740] *V.* les ouvrages généraux rédigés par Ph. LE TOURNEAU et consacrés à l'étude du droit des obligations dans lesquels l'auteur affirme que les dommages-intérêts contractuels ne correspondent qu'à une simple forme d'exécution par équivalent, et doivent, à ce titre, être exclus de l'étude de la responsabilité civile : Ph. LE TOURNEAU, *Responsabilité civile,* Paris, Dalloz, 1982, 3ème éd. Dans les éditions suivantes de l'ouvrage, le terme même de responsabilité contractuelle disparaîtra progressivement jusqu'à ne plus faire partie du titre puisque depuis la 6ème éd., corédigée avec Loïc CADIET et parue en 2000, l'ouvrage s'intitule *Droit de la responsabilité et des contrats*, et affirme dès la préface le rejet du concept de responsabilité contractuelle, pour lui préférer celui de « défaillance contractuelle ». V. également pour les prémisses de la controverse D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique : Écrits en hommage à Gérard Cornu,* PUF, 1994, p. 429 et s. et « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.*1994, p.233 et s.

[741] Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323 et s.

[742] Ph. RÉMY, *ibid*, n° 6 et suivants, spéc. n° 10 à 15 L'auteur situe la naissance du concept de *responsabilité contractuelle* autour des années 1880 à 1900, et en attribue la véritable paternité à PLANIOL qui, dans son *Traité élémentaire,* dans le tome II, défend le concept de faute en s'opposant notamment à la thèse rédigée en 1884 par Charles SAINCTELETTE. V. PLANIOL*, Traité élémentaire de droit civil,* t.II. C'est d'ailleurs au sein de la thèse de SAINCTELETTE que l'on trouve la première véritable utilisation du terme de *« responsabilité contractuelle »*. V. Ch. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie,* 1884.

[743] Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op. cit.,* n° 1 : « Le concept d'une « responsabilité contractuelle » ayant une *fonction de réparation* des dommages injustement causés s'oppose absolument à la doctrine du Code, selon laquelle les dommages-intérêts dus en cas d'inexécution du contrat sont un effet des obligations contractées et remplissent donc une *fonction d'exécution par équivalent* ».

comme un effet de l'obligation inexécutée, et non comme une forme de responsabilité à part entière, qu'ont été initialement envisagés les dommages et intérêts contractuels. Les rédacteurs du Code civil, inspirés par DOMAT et POTHIER[744], n'auraient ainsi entendu assigner aux dommages-intérêts contractuels qu'une simple fonction d'exécution par équivalent de l'obligation violée, et non une fonction de réparation du dommage, à l'image des dommages-intérêts délictuels. L'auteur identifie alors les causes de cette dérive vers le concept de responsabilité contractuelle, « mutation fondamentale de notre droit des obligations »[745], dont il trouve les origines dans l'impuissance de la responsabilité délictuelle fondée sur le fait personnel à traiter de situations de dommages nouvelles dans lesquelles il était apparu difficile de caractériser une faute et de trouver un responsable à qui l'imputer[746], tels que les accidents du travail ou de transport.

165. L'invention du concept de responsabilité contractuelle. La tentation de faire intervenir la responsabilité contractuelle pour pallier les lacunes de la responsabilité délictuelle s'est alors faite fait sentir[747], et la réponse d'un auteur va accélérer la mise en place du concept de responsabilité contractuelle. Selon l'auteur, c'est PLANIOL, dans une volonté de combattre à la fois les théories de SALEILLES en matière de risque et de SAINCTELETTE en matière de garantie, qui commettra la grande faute de théoriser d'une part l'unité de la faute[748], et d'autre part l'identité des sources de l'obligation de réparer le dommage, qu'il soit la résultante de la violation d'une obligation délictuelle ou contractuelle[749]. Cette construction purement doctrinale d'une

---

[744] R. -J. POTHIER, *Traité des obligations,* éd. Dupin, 1827, I, n° 2 et s.
[745] *Ibid*, n° 6.
[746] Sur cette évolution contemporaine de la responsabilité civile, V. not. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 17.
[747] Visible notamment dans la thèse de Ch. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, 1884.
[748] M. PLANIOL, *Traité élémentaire,* 3ème éd., 1905, II, n° 1857.
[749] M. PLANIOL, « Classification des sources des obligations », *Rev.crit.,*1904.224, spéc. p.231 L'auteur y démontre l'inexistence des quasi-contrats et quasi-délits comme sources d'obligations, et en retient que deux sources d'obligations : le contrat et la loi. Il considère ainsi que les obligations délictuelles, quasi-délictuelles et quasi-contractuelles ne sont que la « transformation *en argent* d'une obligation légale préexistante qui a été *inexécutée* ou *violée* », de la même manière selon l'auteur que les obligations contractuelles se transforment en dommages-intérêts, rapprochant ainsi les deux sources d'obligations.

responsabilité contractuelle calquée sur le modèle de la responsabilité délictuelle constitue alors, selon Philippe RÉMY, une dérive à laquelle il faut remédier[750].

B. Les conséquences décriées de la responsabilité contractuelle

166. Le gonflement artificiel du domaine du contrat. Cette dérive sémantique et théorique des dommages-intérêts dus à raison de l'inexécution d'une obligation contractuelle vers une responsabilité contractuelle à part entière, a conduit certains auteurs, emmenant la jurisprudence dans leur sillage, à proposer de pallier à certaines difficultés de mise en œuvre de la responsabilité délictuelle, notamment de preuve de la faute, à l'aide de ce nouveau régime de responsabilité fondé sur l'inexécution contractuelle. L'évolution est bien connue qui consiste à enrichir le contrat de nouvelles obligations dites « accessoires » qui n'y figuraient initialement pas, notamment sur le fondement de l'article 1135 du Code civil. La plus connue est probablement l'obligation de sécurité[751], introduite au début du XX^{ème} siècle au sein des contrats de transport de personnes par les juges. Le développement de ces obligations accessoires au sein du contrat aboutit à la contractualisation artificielle d'obligations relevant en réalité d'un devoir de portée générale, dont la violation aurait habituellement entraîné la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle. Trois conséquences à cette évolution : le domaine contractuel est artificiellement « gonflé », la responsabilité délictuelle est refoulée de manière excessive, et les frontières entre les deux responsabilités se brouillent[752].

167. Des différences de traitement injustifiées entre tiers et victimes. La distinction se complique d'autant plus qu'en parallèle, la responsabilité délictuelle subit elle-même

---

[750] Dans le même sens, V. D. TALLON, « L'inexécution du contrat, pour une autre présentation », *op. cit.*, spéc. n° 15 à 20. L'auteur dénonçait déjà, avant Philippe Rémy, l'emprise théorique du délictuel sur le contractuel du fait de l'assimilation des dommages-intérêts contractuels à une forme de responsabilité calquée sur le modèle délictuel. L'auteur parle « d'envahissement abusif de la responsabilité délictuelle », qui a notamment pour conséquence pour le domaine contractuel la perte de sa spécificité.

[751] Civ.1ère, 21 novembre 1911, *S.*1912.1, p.73, note LYON-CAEN ; *D.*1913.1.249, note SARRUT. La Cour ne se fonde ici pas sur l'article 1135 du Code civil, mais bien l'article 1134, considérant ainsi que l'inclusion de l'obligation de sécurité dans le contrat de transport découle de l'intention réelle des parties. *Adde* F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 454 : les auteurs soulignent que c'est en réalité bien l'équité qui guide ici les juges.

[752] Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op. cit.,* n° 19

une évolution : pour saisir les dommages modernes liés à la révolution industrielle[753] tout en évitant de passer par la responsabilité contractuelle et les obligations accessoires au contrat, la jurisprudence formule un principe général de responsabilité du fait des choses à partir de l'article 1384, alinéa 1er du Code civil[754], régime de responsabilité fondé non sur la faute, mais sur la garde de la chose. Ce régime de responsabilité objective vient directement faire concurrence aux obligations contractuelles de sécurité pensées initialement comme des obligations de résultat. La confusion atteint son paroxysme lorsque bon nombre de ces obligations de sécurité sont finalement qualifiées d'obligations de moyens par la jurisprudence[755], appelant la preuve d'une véritable faute contractuelle imputable au débiteur de l'obligation violée[756]. Responsabilité contractuelle et délictuelle se rapprochent alors, chacune comprenant un régime subjectif et un régime objectif de responsabilité[757]. Plus grave, la différence de traitement entre parties et tiers au contrat, voie contractuelle pour les uns, délictuelle pour les autres[758], conduit à des injustices lorsque le contractant se heurte à la preuve d'une faute face à une obligation de moyens, alors que le tiers, lui, peut bénéficier du régime plus favorable de la responsabilité du fait des choses. L'obligation de sécurité développée pour protéger les victimes s'avère parfois moins protectrice que le régime délictuel, et ce pour des faits identiques. Face à ces

---

[753] *Adde* G. VINEY, *Traité de droit civil*, *Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 17

[754] Ce sont les fameux arrêts *Teffaine,* Civ.,16 juin 1896, *DP* 1897.1.433, concl. L. SARRUT, note R. SALEILLES ; *S.*1897.1.17 et surtout *Jand'heur*, Ch.Réunies, 13 février 1930, *DP* 1930.1.57, rap.cons. LE MARC'HADOUR, concl.proc.gén. MATTER, note G. RIPERT ; *S.*1930.1.121, note P. ESMEIN

[755] La distinction a été systématisée par R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t.V, n° 1237 et reprise à de nombreuses reprises par la jurisprudence en matière d'obligations de sécurité, dans divers domaines. Pour une série d'exemples, V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 590

[756] La jurisprudence opère un découpage temporel au sein du contrat de transport, et qualifie l'obligation du transporteur, lorsque l'on se situe juste avant ou juste après le transport lui-même, d'obligation de moyens, c'est à dire une « obligation générale de prudence et de diligence », V. Civ.1ère, 11 juillet 1970, *D.*1970.767, note R. ABADIR ; *JCP* 1970.II.16488, *RTD civ.*1971.163, obs. G. DURRY

[757] Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op. cit.,* n° 20. L'auteur évoque des responsabilités qui se « dédoublent ainsi chacune en deux régimes, l'un plus favorable à la victime, l'autre moins favorable […] ». Il dénonce de ce fait un rapprochement théorique des deux régimes de responsabilité, V. *ibid.*, n° 25 l'idée se propage que « le vrai clivage est entre les cas de responsabilité subjective et les cas de responsabilité objective ».

[758]V. P. ESMEIN, « La chute dans l'escalier », *JCP G,* 1956.I.1321. Les inconvénients de cette disparité de traitement sont déjà dénoncés. L'auteur propose une forme d'unification entre les régimes en mettant au cœur de sa réflexion l'utilisation de la présomption de responsabilité, en matière contractuelle, comme en matière de fait des choses. (présomption de rôle actif de la chose et donc de fait causal utilisée par la jurisprudence lorsque la chose est mouvement et qu'il y a contact avec le siège du dommage. V. not. Civ.2ème, 28 novembre 1984, *JCP* 1985.II.20477, note N. DEJEAN de la BÂTIE).

inconvénients[759], l'auteur conclut à la nécessité d'abandonner le concept de responsabilité contractuelle[760].

§2. Les suites de la controverse

168. Oppositions doctrinales. À la suite de cette charge menée contre le concept de responsabilité contractuelle, plusieurs auteurs se sont rattachés à cette thèse de la fonction de paiement des dommages-intérêts contractuels, faisant d'eux une simple mesure d'exécution du contrat par équivalent (A). D'autres auteurs, au contraire, se sont attachés à défendre le concept de la responsabilité contractuelle, en insistant sur l'existence d'une fonction de réparation des dommages-intérêts contractuels, mettant alors de côté l'existence d'une dualité de fonctions de la responsabilité contractuelle (B).

A. Défense de la fonction de paiement et négation de la fonction de réparation

169. Fonction de paiement des dommages-intérêts. À la suite de cet article, de nombreux auteurs se rallièrent à ce mouvement de négation de la responsabilité contractuelle[761]. Pour ces derniers, les dommages et intérêts contractuels ne peuvent constituer qu'une forme d'exécution par équivalent de l'obligation contractuelle

[759] Pour une analyse exhaustive de la jurisprudence et de ces inconvénients, V. Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op. cit.,* n° 18 à 24.
[760] Certains auteurs, s'ils partagent le constat des inconvénients de la confusion opérée entre les régimes de responsabilité, concluent à la nécessité d'en redéfinir les frontières, et non de se passer de la responsabilité contractuelle. V. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit.,* n° 239 : l'auteur remet en cause l'application absolue du principe de non-cumul des responsabilités face aux obligations contractuelles accessoires qui ne font que reprendre un devoir de portée générale. *Adde* J. HUET, *Responsabilité contractuelle et délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, op. cit.*
[761] V. not. C. ATIAS, *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, 5ème éd., Paris, Litec, 2010 ; L. CADIET, « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation », *op. cit. ;* H. LÉCUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré,* Paris, Dalloz, 1999, p.643 et s. ; L. LETURMY, « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD civ.* 1998.839 ; P. RÉMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005, n° 1, p.13 ; F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats,* Paris, Dalloz, 2009. *Adde* M. FAURE-ABBAD*, Le fait générateur de la responsabilité contractuelle,* Paris, LGDJ, 2003.

violée[762] car il ne peut y avoir de novation de l'obligation initiale, celle issue du contrat, en une obligation de réparer un dommage[763]. Les dommages-intérêts contractuels ont donc pour unique fonction d'assurer la « réalisation contentieuse du contrat »[764] et constituent le remède naturel à l'inexécution du contrat lorsque l'exécution en nature est refusée au créancier.

170. Exclusivité de la fonction d'exécution par équivalent. De cette redécouverte d'une fonction de paiement de le responsabilité contractuelle, déjà exposée par Jérôme HUET dans sa thèse quelques années auparavant[765], les tenants de cette vision des dommages-intérêts contractuels comme simple instrument d'une exécution par équivalent du contrat tirent des conséquences définitives. Les auteurs concluent à l'exclusivité de cette fonction de paiement et nient l'existence d'une quelconque fonction de réparation des dommages-intérêts contractuels. La responsabilité contractuelle serait alors vouée à disparaître, pour ne laisser place qu'aux dommages-intérêts contractuels, remède à l'inexécution parmi d'autres, la réparation d'éventuels dommages devant être réservée à la responsabilité délictuelle. Si cette conception doctrinale des dommages-intérêts contractuels a pu trouver un certain écho au sein de propositions faites en vue d'une réforme du droit des contrats, en particulier dans celle formulée par le groupe de travail dirigé par le Professeur François TERRÉ, sous l'égide

[762]V. not. Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op. cit.,* n° 1 ; L.CADIET, « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation », *op. cit.,* spéc. p.503 : « elle [la responsabilité contractuelle] n'est qu'un mode d'exécution forcée par équivalent des obligations contractuelles, obéissant à ses propres règles dont sont parfaitement absentes les notions de faute et de dommage ».

[763] V. notamment P. RÉMY-CORLAY, « Exécution et réparation, deux concepts ? », *RDC* 2005, n° 1, p.13. L'auteur insiste sur cette conséquence de l'attribution d'une fonction de réparation aux dommages-intérêts contractuels. Selon elle, « ce qui est sanctionné est donc la faute ; ce qui est dû n'est pas le contrat, mais une obligation nouvelle, née de la faute, de réparation par le paiement de dommages et intérêts. Dire que les dommages et intérêts en matière contractuelle ont une fonction de réparation et non d'exécution, c'est donc présupposer la création d'une obligation nouvelle ». L'auteur y voit deux inconvénients majeurs : la disparition de l'obligation initiale empêcherait le choix du créancier entre les remèdes, et surtout la naissance d'une créance nouvelle de réparation contreviendrait à la force obligatoire du contrat.

[764] Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit*, 2008-2009, n° 807. Expression reprise par M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle, op. cit.*

[765] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit*.

de l'Académie des sciences morales et politiques[766], elle ne semble pas avoir de traduction en droit positif. Depuis la réforme du droit des obligations portée par l'ordonnance du 10 février 2016, le Code civil énumère à l'article 1217 les différentes « sanctions »[767] de l'inexécution du contrat, parmi lesquelles, tout en bas de la liste, le fait de « demander réparation des conséquences de l'inexécution ». Cette formule est par la suite reprise dans la sous-section consacrée à cette sanction particulière, qui traite de la « réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat »[768]. Il est alors explicitement attribué aux dommages-intérêts contractuels une fonction de réparation, quand bien même le contenu des dispositions relatives à ces dommages-intérêts n'est que peu amendé[769]. Car la question de ces dommages-intérêts, et plus loin de l'existence d'une responsabilité contractuelle, est laissée à une future réforme du droit de la responsabilité, comme en attestent les divers projets et propositions de lois en ce sens, qui traitent de la responsabilité contractuelle comme un régime de responsabilité à part entière[770].

[766] F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats,* Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009. Le choix avait été fait par ses auteurs de ce projet de traiter des dommages-intérêts contractuels au sein d'un chapitre 3 consacré aux « effets du contrat », et particulièrement dans un paragraphe 3 dédié à « l'inexécution », paragraphe présentant de manière groupée les divers remèdes à l'inexécution. L'article 118 insiste sur la fonction spécifique des dommages-intérêts contractuels qui est de « placer le créancier dans la situation où il se trouverait si le contrat avait été dûment exécuté […] », et non de réparer un dommage, fonction réservée à la responsabilité délictuelle. V. Ph. RÉMY, in *Pour une réforme du droit des contrats,* Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, F. TERRÉ (dir.), p.281. L'auteur explique ici l'esprit des textes retenus par le projet en matière de dommages-intérêts contractuels, et insiste nettement sur le rejet d'une quelconque fonction de réparation, fonction exclusive à la responsabilité délictuelle.

[767] Terme retenu par la réforme, au détriment du terme « remèdes » qui, dérivé du terme *remedies* en droit anglais, était préféré par une partie de la doctrine pour qui il avait l'avantage de s'attarder plus sur un objectif de satisfaction du créancier que de sanction du débiteur défaillant. Sur la distinction que l'on peut faire entre les deux termes, V. S. LE GAC-PECH, « Vers un droit des remèdes », *LPA*, 4 décembre 2007, n° 242. Contre l'utilisation du terme remède, v. not. Y.-M. LAITHIER, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles. Articles 1217 à 1231-7 », *JCP* 2015, suppl. au n° 21, p. 47, n° 7.

[768] Sous-section 5, articles 1231 à 1231-7 du Code civil.

[769] V. not. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil,* 3ème éd., Dalloz, 2024, p. 733 et s. Les auteurs soulignent que cette reprise quasi à l'identique des articles du Code concernant les dommages-intérêts contractuels crée même une rupture de style, certaines dispositions, tel l'article 1231-3, semblant presque plagier POTHIER, tout cela au milieu d'autres textes datant du XXIème siècle.

[770] Que ce soit dans le projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017, ou dans la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile de juillet 2020, les sections 1 et 3 du Chapitre II traitent de la responsabilité contractuelle, que ce soit pour annoncer les dispositions communes aux deux régimes (Section 1), ou les dispositions propres à la responsabilité contractuelle (Section 3).

B. Défense de la fonction de réparation et mise à l'écart de la fonction de paiement

171. La cohérence historique de la responsabilité contractuelle. Face à cette « mise à mort » de la responsabilité contractuelle, les voix de nombreux auteurs se sont élevées pour défendre un concept qui garde, selon eux, une pertinence indéniable. Parmi elles, celles de Geneviève VINEY[771] et de Christian LARROUMET[772] se sont accordées pour critiquer la démonstration faite par Philippe RÉMY d'une « erreur historique » aux origines de la responsabilité contractuelle[773], en se livrant, à leur tour, à une lecture des auteurs ayant précédé le Code, mais également des textes du Code civil relatifs aux dommages-intérêts dus à raison de l'inexécution du contrat, parfois ceux-là mêmes qui avaient été utilisés par les détracteurs de la responsabilité contractuelle pour justifier son anéantissement. Chez DOMAT et POTHIER, ces auteurs identifient ainsi un champ lexical de la réparation, et une absence de référence à l'exécution par équivalent[774] tandis que, dans le Code civil lui-même, ils relèvent la présence, au sein des textes relatifs à l'inexécution contractuelle, du triptyque de conditions caractéristique de la responsabilité civile[775]. Tout semble indiquer que le concept de responsabilité contractuelle ne constitue pas une « anomalie » historique. Pour Geneviève VINEY,

---

[771] G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », in *Le contrat au début du XXIème siècle : études offertes à Jacques Ghestin,* Paris, LGDJ, 2001, p.920 et s.
[772] C. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », in *Le droit privé français à la fin du XX*ème *siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p.543 et s.
[773] Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op. cit.,* n° 7 et suivants.
[774] G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *op. cit.,* spéc., n° 5 et 6. Elle développe longuement son analyse des écrits des deux auteurs, insistant notamment sur la présence d'une part chez DOMAT du champ lexical de la réparation lorsqu'il évoque les dommages-intérêts dus en raison de l'inexécution contractuelle (« dédommagement », « réparer le tort »), et d'autre part chez POTHIER de l'affirmation nette selon laquelle «[…] il [le débiteur] doit indemniser le créancier de la perte qu'il lui a causée et du gain dont l'a privé l'inexécution de l'obligation », c'est-à-dire que les dommages-intérêts contractuels ne visent pas la seule satisfaction par équivalent du créancier. Chez les deux auteurs, l'absence de référence à une « exécution par équivalent » est relevée.
[775] C. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », *op. cit.,* spéc., n° 5 et 6. L'auteur considère même que les rédacteurs du Code civil avaient en réalité envisagé, mais « sans en avoir véritablement conscience », le concept de responsabilité contractuelle dès 1804. Pour preuve, la présence des articles 1147, 1149, et 1148 anciens du Code civil qui traitent respectivement du fait dommageable (ici l'inexécution ou le retard dans l'exécution), du dommage ([…]la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé […]), et enfin du lien de causalité (en évoquant l'exonération par la force majeure). On retrouve ainsi la fameuse trilogie des conditions de la responsabilité délictuelle, adaptée au contrat. *Adde* G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3ème éd., 2008, n° 166-3, pour qui « dès 1804, l'assimilation de l'inexécution du contrat à un cas de « responsabilité » était déjà dans l'air et qu'elle n'attendait […] que la conceptualisation de la notion de responsabilité […] ».

c'est même au contraire cette doctrine de négation de la responsabilité contractuelle qui constituerait une rupture avec la « tradition historique »[776].

172. L'existence d'une fonction de réparation. Pour ces auteurs favorables au concept de responsabilité contractuelle, l'autonomie des dommages-intérêts contractuels au regard de l'exécution du contrat se révèle tant dans leurs fonctions, que leurs éléments constitutifs[777]. Les fonctions des dommages-intérêts contractuels se distinguent en effet nettement de celles des autres remèdes à l'inexécution, car si ces derniers s'attachent soit à l'accomplissement de la prestation, soit à l'anéantissement du contrat, les dommages-intérêts contractuels, par leur essence même, ne pourraient jamais s'attacher qu'à « compenser » le dommage, et jamais à exécuter une prestation contractuelle[778]. La fonction de réparation de la responsabilité contractuelle, qu'elle prenne la forme d'une réparation en nature[779] ou par équivalent, existerait donc bien. Certains auteurs, telle que Geneviève VINEY, insistent par ailleurs sur le danger de l'assimilation des dommages-intérêts contractuels à une forme d'exécution du contrat, fût-ce par équivalent, car une telle assimilation reviendrait à nier la primauté de l'exécution en nature du contrat, et ainsi à remettre en cause sa force obligatoire[780]. Pour ces auteurs, ce sont également les éléments constitutifs de la responsabilité contractuelle qui la distinguent des autres remèdes à l'inexécution, en particulier

---

[776] G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *op. cit.,* n° 9.

[777] P. JOURDAIN, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in Les *métamorphoses de la responsabilité*, Paris, PUF, 1997, p.65 et s., spéc. p.67 à 73.

[778] V. not. B. FAGES, *Droit des obligations,* 5ème éd., LGDJ, 2015, n° 307 ; P. ANCEL, « La responsabilité contractuelle », in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 243, spéc. n° 10 : l'auteur relève que l'article 1184 du Code civil, qui admet le cumul de la résolution du contrat et des dommages-intérêts (contractuels), exclut l'attribution d'une stricte fonction d'exécution à ceux-ci, et révèle au contraire leur fonction de réparation puisque le créancier a justement renoncé à l'exécution du contrat en en demandant la résolution. Dans le même sens, V. G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *op. cit.,* n° 7.

[779] La pertinence de ce concept de *réparation en nature* est remis en cause par de nombreux auteurs, qui considèrent souvent qu'il est impossible de la distinguer de *l'exécution en nature*. V. not. Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit*., spéc. n° 65 et suivants. Pour une présentation éclairante de ce mode de réparation, V. G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français, chapitre V, rapport français, in M. FONTAINE et G. VINEY (dir., *Les sanctions de l'inexécution de l'obligation contractuelle. Études de droit comparé,* LGDJ, 2001, p.167. Sur ce point, v. *infra*, n° 216 et s.

[780] G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *op. cit.,* n° 28. Qui insiste : « ce qui caractérise en effet l'exécution, c'est qu'elle porte, par définition, sur ce qui est promis et non sur une prestation de remplacement ». Il est intéressant de noter que l'argument de la force obligatoire du contrat est utilisé également par certains adversaires de la responsabilité contractuelle. V. Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op. cit.*

l'exigence du dommage[781]. Ils s'inquiètent par ailleurs des conséquences d'une négation de la responsabilité contractuelle, qui conduirait à laisser à la responsabilité délictuelle le soin de prendre en charge de nombreux dommages causés par l'inexécution du contrat, et aboutirait à un gonflement excessif du domaine de cette dernière, qui viendrait « phagocyter » la responsabilité contractuelle[782]. Notamment, la proposition faite par les détracteurs de la responsabilité contractuelle de soumettre à la responsabilité délictuelle tout ce qui découle de la violation d'une obligation qualifiée d'« accessoire », et qui constituerait donc un dommage « extrinsèque »[783] ou encore « consécutif »[784], laisse de côté les cas dans lesquels ce type de dommage est causé par l'inexécution d'une obligation dite « strictement contractuelle »[785].

173. Négation d'une fonction de paiement de la responsabilité contractuelle. La démonstration faite par une partie de la doctrine de la fonction de réparation des dommages-intérêts contractuels, et de l'existence de la responsabilité contractuelle, répond à la théorie selon laquelle les dommages-intérêts contractuels auraient pour unique fonction l'exécution par équivalent de l'obligation contractuelle violée. La « renaissance » du concept de responsabilité contractuelle s'accompagne alors de la négation, par ceux qui la portent, de ce que Jérôme HUET avait qualifié de fonction de paiement de la responsabilité contractuelle[786], et que les détracteurs de la responsabilité contractuelle retiennent comme fonction exclusive des dommages-intérêts

---

[781] C. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », *op. cit.,* spéc. n° 2 : « L'inexécution par le débiteur est source de dommage […]. C'est ce dommage qu'il faut réparer » et n° 4 « Le préjudice est nécessaire pour que le débiteur soit condamné à des dommages-intérêts […] » ; P. ANCEL, « La responsabilité contractuelle », *op. cit.,* spéc. n° 9 : l'auteur rappelle l'exigence constante par la jurisprudence d'un préjudice pour obtenir des dommages-intérêts contractuels, alors que pour obtenir l'exécution en nature du contrat, cette exigence fait défaut.

[782]L. GRYNBAUM, « Responsabilité et contrat : l'union libre », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau,* p.409 et s., spéc. p.412. L'auteur rejette la volonté des détracteurs de la responsabilité contractuelle de « rattacher la sanction du comportement à la responsabilité délictuelle » car cela reviendrait à « gonfler artificiellement le champ de cette dernière [la responsabilité délictuelle] ». *Adde* Ph. BRUN, « Le principe général de responsabilité du fait des choses », *Lamy Droit de la responsabilité*, Lamy, 2000, n° 92.

[783] Selon la terminologie de POTHIER, qui distingue entre dommage *intrinsèque* et *extrinsèque* dans son *Traité des obligations*, spéc n° 162

[784] Selon une terminologie plus récente développée par Paul GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat, essai de classification*, thèse Paris I, 2000

[785] G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *op. cit.*, n° 14 et 15 : l'auteur parle plutôt d'inexécution de « l'obligation principale ou caractéristique du contrat ». Il s'agit des obligations qui n'auraient pas existé en l'absence de contrat, ce que Jérôme HUET nomme le « plus contractuel », V. *Responsabilité contractuelle et délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, op. cit*., p.637, n° 672

[786] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, op. cit*

contractuels. Pour la plupart des auteurs affirmant l'existence de la responsabilité contractuelle, le concept même d'exécution par équivalent doit aussi être rejeté. En effet, l'exécution du contrat n'aurait de sens que dans le cas d'une exécution en nature, c'est-à-dire par l'octroi de la prestation attendue du contrat, mais les dommages-intérêts, eux, ne peuvent avoir pour fonction que de « compenser »[787] les conséquences de l'inexécution, et non d'exécuter le contrat, fût-ce par équivalent. De plus, la distinction entre ce qui relèverait alors de l'exécution par équivalent et ce qui, au contraire, constituerait bien la réparation d'un dommage, apparaît pour certains illusoire.[788] Mais en niant le concept même d'exécution par équivalent, ces auteurs ont mis de côté une particularité des dommages-intérêts contractuels au regard de la responsabilité délictuelle : s'ils ne peuvent jamais que compenser un dommage, les dommages-intérêts contractuels peuvent le faire en visant non seulement la réparation, mais parfois plus spécifiquement l'octroi d'un avantage proche de celui attendu du contrat. La dualité de fonctions des dommages-intérêts contractuels a été mise à l'écart par les défenseurs de la responsabilité contractuelle, et c'est cette dualité qu'il faudra réhabiliter.

174. Multiplication des théories en doctrine. L'impression qu'il nous reste lorsque l'on se plonge dans le tumulte de la controverse sur l'existence de la responsabilité contractuelle est bien que l'on se trouve face à un choix binaire, qui divise la doctrine, entre affirmation d'une fonction exclusive de paiement d'un côté, et rejet de cette fonction de paiement de l'autre, au profit d'une fonction de réparation souvent considérée comme exclusive[789]. Plus nuancés, certains auteurs admettent néanmoins la fonction d'exécution du contrat attribuée aux dommages-intérêts contractuels, sans pour autant faire disparaître la responsabilité contractuelle, faisant ainsi cohabiter ses

---

[787] P. JOURDAIN, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », *op. cit.,* spéc. p.69 : « Verser des dommages-intérêts, n'est pas exécuter, […] ; c'est seulement compenser un dommage. Exécuter, c'est au contraire fournir ce qui a été convenu, c'est-à-dire accomplir la prestation promise de façon satisfactoire pour le créancier ».

[788] C. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », *op. cit.,* n° 2 : « […] la distinction entre les deux mécanismes [exécution par équivalent et réparation] est une pure illusion. […] une cause de désordre et une complication inutile ». Plus loin, n° 6 : « […] l'exécution par équivalent n'est rien d'autre que la responsabilité contractuelle ».

[789] V. J. HUET, *Responsabilité contractuelle et délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, op. cit.,* n° 20, qui confirme ce sentiment : « Selon qu'ils insistent sur le second (réparation) ou sur le premier aspect (paiement) de la responsabilité contractuelle, les auteurs sont conduits à la rapprocher ou à la distinguer de la délictuelle, si bien qu'ils se prononcent en faveur de la thèse de l'unité ou de la dualité des deux matières ».

deux fonctions : exécuter le contrat et réparer le dommage[790]. Ils réconcilient se faisant l'« idéologie du contrat » et l' « idéologie de la réparation »[791], ou admettent du moins leur coexistence au sein du concept de responsabilité contractuelle. C'est également la thèse que nous défendrons.

Section 2. La démonstration de l'existence d'une responsabilité contractuelle aux fonctions duales

175. Existence d'un régime de responsabilité contractuelle aux fonctions duales. La démonstration de l'existence d'un véritable régime de responsabilité contractuelle passe par l'affirmation de ce que les dommages-intérêts contractuels, loin d'être réductibles à une mesure d'exécution du contrat, sont bien l'instrument d'une véritable responsabilité civile, de nature contractuelle (§1), qui peuvent servir deux fonctions complémentaires, de réparation ou de satisfaction du créancier (§2).

[790] Dans la lignée de Jérôme HUET, qui fut le premier dans sa thèse à affirmer et démontrer l'existence de ces deux fonctions de la responsabilité contractuelle, une poignée d'auteurs sont venus se ranger dans cet entre-deux. V. not. M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Traité de droit civil*, t.5, 2ème éd., Paris, Economica, 2012, spéc. n° 72 ; M. BACACHE, « Le dommage prévisible : exécution par équivalent du contrat ou responsabilité contractuelle ? », *D.* 2011.1725 ; Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.*, spéc. n° 85 et s. Beaucoup plus nuancée, et limitant strictement la fonction de paiement, V. G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *op. cit.,* spéc. n° 11 : l'auteur accepte l'assimilation des dommages intérêts à une forme d'exécution du contrat dans le seul cas où le dommage causé par l'inexécution est qualifié de « consubstantiel » et seulement lorsque l'obligation contractuelle violée est une obligation de payer une somme d'argent.

[791] P. ANCEL, « La responsabilité contractuelle », *op. cit.,* n° 5 qui considère que la négation ou l'affirmation de la responsabilité contractuelle relève d'un choix guidé notamment par la place que l'on souhaite réserver à l'une ou l'autre idéologie. Il reprend en ce sens une formule de Loïc CADIET pour qui c'est justement « l'idéologie de la réparation » qui a gangréné les dommages-intérêts contractuels et implique une remise en cause de la responsabilité contractuelle. V. L. CADIET, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai,* Dalloz, 2000, p.495 et s.

§1. Les dommages-intérêts contractuels comme instrument d'une responsabilité contractuelle

176. Les dommages-intérêts contractuels sont l'instrument d'une responsabilité civile (A), qui se distinguent des dommages-intérêts délictuels par leur nécessité de préserver les prévisions contractuelles (B).

A. Les dommages-intérêts, instrument d'une responsabilité civile

177. Identité d'objet et de conditions entre les dommages-intérêts. La description des dommages-intérêts contractuels comme simple mesure d'exécution du contrat par équivalent apparaît réductrice, tant ils partagent avec les dommages-intérêts délictuels un objet (1), et des conditions de mise en œuvre symétriques (2).

1. Une identité d'objet avec les dommages-intérêts délictuels

178. Le concept de responsabilité. Le concept de responsabilité est à l'origine, dans la langue ordinaire, un concept juridique, dont on trouve trace en droit romain : du verbe *respondere* découle en effet diverses institutions juridiques qui traduisent une idée, celle de se tenir garants d'évènements futurs, voire plus largement le fait de répondre à une question[792]. Mais ce sens de la responsabilité ne renvoie pas à la conception juridique moderne, celle d'une responsabilité liée à un acte, une conduite, une faute, qui génère la réparation d'un dommage[793]. Le terme même de « responsabilité », substantif de « responsable » n'est apparu que très tardivement, au

[792] M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », *APD*, 1977, p.45 et s. *Adde* G. PIGNARRE, « La responsabilité : débat autour d'une polysémie », in *Les métamorphoses de la responsabilité,* 6ème journée Savatier, *RCA* Hors-série, Juin 2001.
[793] G.VINEY, « La responsabilité », *APD* 1990.275.

XVIII[ème] siècle, sous la plume de NECKER[794], qui l'utilise alors pour faire référence à une responsabilité politique, celle du gouvernement[795]. La notion se construira véritablement sous l'influence de la morale, chrétienne d'abord, qui fait répondre l'Homme de ses actes devant Dieu, puis la morale laïque, qui en transforme largement le sens, faisant de l'homme responsable celui qui se constitue comme sujet moral, responsable devant lui-même[796]. Michel VILLEY parle ainsi de « captation du mot responsable par le langage de la morale »[797]. Il s'agit alors d'une responsabilité centrée sur le comportement de l'auteur d'un acte, et sur le caractère déviant de la norme morale de ce comportement, plus que sur les conséquences de cet acte. Cette responsabilité morale est individuelle, et centrée sur l'idée d'amélioration de l'individu concerné, qui doit, en tant qu'être rationnel par essence, pouvoir « répondre de » ses actes[798]. Cette imprégnation morale se retrouvera lorsque le terme s'intègrera, désormais détaché de ses origines romaines, dans le langage du droit grâce à l'effort d'exégèse du Code fait par la doctrine au XIX[ème] siècle. En atteste le rôle de la faute en matière délictuelle, mais également l'importance, en matière contractuelle, du respect de la parole donnée, illustrée par la célèbre formule développée par l'École du droit naturel : *pacta sunt servanda*[799].

---

[794] J. HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot « responsabilité » », *APD*, 1977, p.60 et suivantes, pour qui la première apparition du substantif se trouve dans le *Dictionnaire critique de la langue française* publié en 1787-1788 à Marseille par l'abbé Jean-François Féraud. Il précise d'ailleurs qu'à cette époque l'utilisation de ce substantif du verbe « répondre » reste exceptionnelle, car étonnante d'un point de vue de la linguistique. Michel VILLEY fait remarquer, dans la même revue, que le terme « responsable » à l'origine du substantif, et qui apparaît lui au Moyen-Âge, est en soi mal construit car il devrait s'appliquer à la demande susceptible d'une réponse, et non au sujet dont on attend cette « réponse », v. M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », *op. cit.*, p.47.

[795] J. HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot « responsabilité », *op. cit*. :« La confiance dans ce papier naît de la responsabilité du gouvernement ». Ainsi la valeur d'un titre réside dans la possibilité de se retourner contre l'Etat qui s'en porte garant. On retrouve d'ailleurs cette utilisation de la « responsabilité » aujourd'hui dans la Constitution de la Vème République, qui précise en son article 20 que « Il {le Gouvernement} est responsable devant le Parlement dans les conditions et suivant les procédures prévues aux articles 49 et 50 », et surtout à l'article 49 qui indique que « le Premier ministre, après délibération du Conseil des ministres, engage devant l'Assemblée nationale la responsabilité du gouvernement sur son programme ou éventuellement sur une déclaration de politique générale », ou encore que « L'Assemblée nationale met en cause la responsabilité du Gouvernement par le vote d'une motion de censure ».

[796] G. VINEY, « La responsabilité », *APD* 1990, p.275 et s. ; M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », *op. cit*, spéc. p.55 : pour l'École du droit naturel notamment, le responsable est celui qui répond devant sa conscience parce que, dans cette celle-ci, est inscrite une loi morale conforme à la nature et la raison.

[797] M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », *op. cit.*

[798] V. not. J. GARDNER, « The Mark of Responsability », *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.23, n° 2, 2003, p. 157 et s.

[799] Que l'on doit essentiellement à Hugo DE GROOT, dit GROTIUS, *De iure belli ac pacis,* 1625, même si l'adage est alors utilisé pour traiter des relations entre Etats et concerne donc le droit international plus que le droit privé.

179. La responsabilité, une notion fonctionnelle. Cette conception morale de la responsabilité ne suffit pourtant pas à décrire ce qu'est la responsabilité en droit aujourd'hui, qui renvoie plus précisément aux conséquences d'un comportement moralement réprouvé : l'obligation de « réparer » le dommage. Déjà au XIV^{ème} siècle, chez les pères de la clause générale que sont GROTIUS et DOMAT, c'est bien de l'obligation de réparer qu'il s'agit avant tout. La responsabilité n'est alors plus seulement tournée vers l'amélioration individuelle, mais devient un instrument de la paix sociale. La vision morale n'est cependant pas absente, qui nourrit l'obligation de réparer, imputée en principe à celui qui a eu une conduite s'écartant de la norme morale. La responsabilité est ainsi tant un « appel à répondre » de ses actes que la réponse elle-même, la « réaction du droit au fait qui a provoqué l'appel »[800]. Dans d'autres langues, deux termes distincts désignent d'ailleurs ces deux réalités : en allemand *Verantwortung* d'un côté, et *Haftung*, terme juridique, de l'autre, et en anglais *Responsibility* et *Liability*. La responsabilité a ainsi pour objet tant la désignation d'un responsable, que la compensation du dommage.

180. Responsabilité civile et réparation. La « réparation » est ainsi très classiquement associée à la responsabilité civile, dont le prototype constitue la responsabilité délictuelle. La mise en œuvre de la responsabilité délictuelle a en effet pour but essentiel la réparation du dommage, et cette réparation s'entend comme un rétablissement de la victime dans son *statu quo ante*, dans la situation qui était la sienne avant le dommage, et aurait dû le rester en son absence. Le scénario contrefactuel propre à la responsabilité délictuelle, et partant associé à la responsabilité civile en général, nous conduit à regarder en arrière, pour tenter de rétablir un passé perdu. En ce sens, dommages-intérêts et indemnité sont souvent tenus pour synonymes[801] : ils

[800] G. VINEY, « La responsabilité », *op. cit.*
[801] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique,* 11ème éd., PUF, 2016, *V°* « indemnité », sens 1. La définition est identique à celle donnée pour les dommages-intérêts ; *Dictionnaire de français,* LAROUSSE, édition en ligne, *V°* « indemnité » : « Somme d'argent destinée à dédommager quelqu'un d'un préjudice subi (Dans le cadre de la responsabilité civile, l'indemnité prend le nom de dommages et intérêts) ». *Adde* C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé*, LGDJ, 2007, n° 7 à 9 : l'auteur nuance en montrant que l'indemnité « ne se résume pas aux effets de la responsabilité », et, puisqu'elle existe parfois en dehors de celle-ci, ne peut être tenue complètement pour synonyme des dommages-intérêts.

remplissent une fonction d'indemnisation[802], c'est-à-dire l'« action d'indemniser, moyen ou résultat de cette action. Plus précisément, [l'] opération consistant à rendre indemne la victime d'un dommage en réparant celui-ci de la manière la plus adéquate, soit en nature […], soit en argent (indemnité) »[803]. Les dommages-intérêts ont pour fonction d'indemniser, c'est-à-dire tenir la victime indemne, en rétablissant la situation brisée par le dommage. Si cette définition correspond bien à la fonction indemnitaire que l'on attribue traditionnellement à la responsabilité civile[804], elle contribue d'un côté à exagérer le rôle des dommages-intérêts dans la réparation du dommage, et d'un autre côté à le réduire à cette seule fonction de réparation[805].

Cette association entre la réparation au sens d'un rétablissement et la responsabilité civile conduit en effet à exclure du champ de la responsabilité civile des dommages-intérêts qui n'assureraient pas une telle fonction rétrospective. C'est d'ailleurs bien par ce prisme que certains auteurs ont critiqué le concept de responsabilité contractuelle : parce que les dommages-intérêts contractuels auraient, selon ces auteurs une fonction essentiellement prospective, d'établissement pour le créancier, par équivalent monétaire, d'une situation contractuelle espérée, ils ne sauraient être l'instrument d'une responsabilité civile, une « responsabilité contractuelle ».

---

[802] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*, *V°* « indemnité », sens 1 : la définition renvoie directement au terme « indemnisation ». On peut d'ailleurs constater que les termes « indemnité », « indemniser » et « indemnisation » ont tous pour racine latine le mot *damnum*, qui signifie « dommage », auquel on a ajouté le préfixe privatif *in*. Littéralement « sans dommage » donc.

[803] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*., *V°* « indemnisation ». *Adde* C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé, op. cit.,* n° 6

[804] V. not. M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Traité de droit civil, op. cit*., spéc. n° 4 ; G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 48 ; C. LARROUMET, *Réflexions sur la responsabilité civile. Évolution et problèmes actuels en droit européen*, Cours Mc Gill 1983, p.12 et s. ; G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit.* (L'auteur montre comment le déclin du rôle de la faute au sein de la responsabilité a renforcé la fonction indemnitaire de cette dernière au détriment de sa fonction normative).

[805] Indemnisation et réparation du dommage ne sont pas nécessairement synonymes. E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, *V°* « indemniser » : présenté comme synonyme de « dédommager », indemniser « c'est compenser une perte par une valeur équivalente. […] il n'indique pas que la réparation soit égale au dommage » ; *Adde* C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé, op. cit.,* spéc. n° 6 : qui nous montre également que l'indemnisation peut être détachée de la réparation intégrale du dommage ; J.-M. PONTHIER, « Le dommage et le préjudice », *Actes du colloque « Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique »,* Palais du Luxembourg, 11 et 12 mai 2001 : qui insiste sur la distinction entre indemnisation et réparation, et précise que la « véritable réparation » peut, et même doit se faire par d'autres voies que l'indemnisation. En effet, si l'on admet la possibilité d'une réparation en nature, alors on accepte que les deux termes ne soient pas synonymes.

181. Les dommages-intérêts, instrument de compensation du dommage. Ce rétablissement de la victime du dommage dans sa situation antérieure au dommage par l'octroi d'une somme d'argent apparaît néanmoins, dans une large mesure, un mythe. Le pouvoir de restauration par l'argent peut en effet être nuancé. Sauf lorsqu'ils visent la compensation d'une obligation de somme d'argent, auquel cas leur mise en œuvre produit une réparation en nature, ou une exécution du contrat en nature, et non en équivalent[806], voire lorsqu'ils permettent de financer la réparation intégrale d'un dommage matériel, les dommages-intérêts ne pourront jamais que compenser le déséquilibre causé par le dommage, dans une visée de justice commutative. Qu'ils soient contractuels ou délictuels, les dommages-intérêts, plus qu'à tenir la victime véritablement indemne, ne visent qu'à « compenser », par l'octroi d'une somme d'argent, un préjudice[807], perte subie ou gain manqué. Ils offrent un ersatz monétaire à la perte, la blessure, la souffrance et même la déception contractuelle, à ce qui a été perdu, ou ce qui était attendu, notamment d'un contrat, pour non pas effacer totalement le dommage, mais en atténuer le ressenti[808]. Ils sont cependant impuissants à rétablir la situation passée, tout comme à établir une situation attendue du contrat, comme pourrait le faire la réparation en nature ou encore l'exécution en nature d'un contrat. Georges RIPERT ne disait rien d'autre lorsque, traitant de la délicate indemnisation du dommage moral, il rappelait que « […] les dommages-intérêts alloués pour le préjudice matériel ne permettent pas une restitution de choses détruites ou disparues et ne constituent qu'une satisfaction compensatoire »[809]. Ainsi, sauf lorsque les dommages-intérêts visent la compensation d'une obligation de somme d'argent, auquel cas leur mise en œuvre produit une réparation en nature, ou une exécution du contrat en nature, et non en équivalent, le rétablissement du *statu quo ante* que l'on attribue à la responsabilité reste une utopie, un idéal qui, bien que souvent inatteignable, guide leur évaluation. Les juges, lorsqu'ils évaluent les dommages-intérêts, cherchent ainsi à

[806] Sur l'inexistence du concept d'exécution en équivalent, v. *infra*, n° 318 et s.
[807] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t.3, *Le rapport d'obligation, op. cit.*, n° 275 : « L'équivalent n'est en réalité rien d'autre qu'une compensation […] ». D'où l'appellation de dommages-intérêts compensatoires, que l'on oppose traditionnellement aux dommages-intérêts moratoires qui viendraient réparer les dommages liés au retard de l'exécution. V. not. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 570.
[808] Ce que reflète en partie la formule utilisée par la Cour de cassation pour désigner le principe de réparation intégrale. V. Civ.2ème, 28 octobre 1954, *préc.* : « le propre de la responsabilité est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu ».
[809] G. RIPERT, « Le prix de la douleur », *D.* 1948.1.

octroyer à celui ou celle qui subit le dommage une « indemnisation appropriée », dont le but serait « d'apaiser » la victime[810].

182. Unité d'objet des dommages-intérêts contractuels et délictuels. Si l'on entend les dommages-intérêts non pas seulement comme l'instrument d'une réparation-rétablissement de la victime, mais plus humblement comme l'instrument d'une compensation du dommage, peut alors se dessiner entre les dommages-intérêts contractuels et délictuels une unité de but. Les dommages-intérêts délictuels, s'ils visent la réparation, le rétablissement, ne peuvent que rarement l'atteindre, et l'exigence de réparation intégrale constituerait plus un objectif, qu'une réalité atteignable. Les dommages-intérêts contractuels eux, qu'ils visent, nous le verrons, à octroyer un équivalent de l'avantage attendu du contrat, ou réparer un dommage qui, bien que causé par l'inexécution, ne correspond pas à la perte de cet avantage attendu du contrat, ne peuvent en réalité également que compenser un tel dommage. Ils ne peuvent ni rétablir parfaitement le passé, ni placer le créancier dans l'exacte situation de correcte exécution du contrat, à moins que l'obligation inexécutée ne soit une obligation de somme d'argent. Ainsi, les dommages-intérêts délictuels comme contractuels ont en commun de viser à compenser un dommage, une perte ou un gain manqué, et sont ainsi résolument tournés vers le créancier de l'obligation inexécutée, mais également vers son débiteur, à qui on impute une obligation de rétablir cet équilibré brisé. Ils compensent le dommage de l'un, la victime ou plus particulièrement le créancier lésé, en en transférant la charge à l'autre, le responsable. Or c'est cette compensation du dommage, en ce qu'elle traduit le transfert de la charge du dommage sur un responsable, à qui l'on demande de soulager les conséquences de ses actes, qui constitue la marque de la responsabilité civile[811], et non seulement la réparation, au sens d'une capacité à remettre la victime dans son exacte position avant le dommage.

---

[810] Ph. LE TOURNEAU, *Répertoire de droit civil, V°* « Responsabilité : généralités », spéc. n° 10. L'auteur indique préférer à l'expression « réparation intégrale », celle de « réparation appropriée », et même d'« indemnisation appropriée ».

[811] P. RICOEUR, « Le concept de responsabilité, essai d'analyse sémantique », *Revue Esprit,* novembre 1994, p.28 et s., spéc. p.30 et s. L'auteur met en lumière le lien entre le terme « responsable » et la notion d'imputation, elle-même définie par « l'action d'imputer à quelqu'un, de mettre sur le compte de quelqu'un une action blâmable, une faute » par le dictionnaire le Robert. Il cite également le Dictionnaire de Trévoux de 1771 qui nous dit que « imputer une action à quelqu'un, c'est la lui attribuer comme à son véritable auteur, la mettre pour ainsi parler sur son compte et l'en rendre responsable ». On voit ainsi que la responsabilité est tournée avant tout vers l'agent responsable.

Cet objectif de compensation du dommage est l'essence de la responsabilité civile, qui s'oppose en ce sens à la responsabilité pénale[812].

183. Les dommages-intérêts contractuels, instrument d'une responsabilité civile. En ce qu'ils visent uniquement la compensation d'un dommage, les dommages-intérêts contractuels sont donc l'instrument d'une véritable responsabilité civile, qui se concentre sur la relation entre les individus, là où les autres remèdes à l'inexécution du contrat se concentrent uniquement sur l'objet de leurs volontés, le contrat, visant soit à son anéantissement, soit au contraire à assurer sa survie[813]. Parce qu'ils poursuivent un objectif semblable à celui des dommages-intérêts délictuels, la compensation du préjudice, ils doivent être rangés auprès d'eux comme mettant en œuvre un régime de responsabilité civile. En atteste d'ailleurs le point de départ de la prescription de la dette de dommages-intérêts contractuels qui, comme pour les dommages-intérêts délictuels, est déterminé au jour de la « réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance »[814], et non pas au jour de la conclusion du contrat[815] ou de l'exigibilité

---

[812] Sur la distinction entre responsabilité civile et pénale, v. not. C. DUBOIS, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue,* LGDJ, 2016.

[813] En ce sens, v. P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification,* thèse Paris, dacty., 2000 : l'auteur propose une classification des sanctions de l'inexécution du contrat selon les finalités propres à chacune. Il met ainsi en lumière deux finalités distinctes, et donc deux catégories de sanctions : celles « orientées vers le contrat », ayant pour objet de « remédier au déséquilibre » créé par l'inexécution de l'obligation, et celles orientées vers les parties au contrat, ayant pour objet de remédier aux conséquences de l'inexécution du contrat pour elles. *Adde* P. JOURDAIN, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité,* 6ème journées Robert Savatier, PUF, 1998, p.65 et suivantes. L'auteur démontre que les « fonctions de la responsabilité contractuelle diffèrent sensiblement de celles des autres sanctions de l'inexécution ».

[814] La formule est celle reprise par la Cour de cassation face à la prescription des actions en responsabilité, délictuelle comme contractuelle. V. not., en matière contractuelle : Civ.3ème, 24 mai 2006, *RDC* 2006.217, note S. GERRY-VERNIÈRES, Civ.1ère, 9 juillet 2009, n°08-10.820, *JCP E* 2010, n° 7, p.9, note D. LEGEAIS ; *RTD civ.* 2009.728, obs. P. JOURDAIN ; Com., 26 janvier 2010, n°08-18.354, *RDC* 2010.843, note J.-S. BORGHETTI ; Civ.2ème, 18 mai 2017, n° 16-17.754, *CCC* 2017, n° 164, obs. L. LEVENEUR ; *RCA* 2017, n° 238, obs. H. GROUTEL ; *RTD civ.* 2017.865, obs. H. BARBIER.

[815] La date de réalisation du dommage peut cependant coïncider avec celle de la conclusion du contrat, notamment lorsqu'il s'agit de la perte de chance de ne pas contracter découlant de la violation d'une obligation de mise en garde incombant à une banque. V. Com., 26 janvier 2010, n°08-18.354, *RDC* 2010.843, note J.-S. BORGHETTI. Cette solution a d'ailleurs été critiquée par certains auteurs, dont Jean-Sébastien BORGHETTI, qui souligne que le dommage ne peut s'être réalisé à la conclusion du contrat puisque l'emprunteur, non informé, ne peut avoir réalisé le piège dans lequel il entrait par le contrat qu'à partir des premières difficultés de paiement. Mais cette solution n'est pas systématique : v. Civ.1ère, 9 juillet 2009, n° 08-10.820, *JCP E* 2010, n° 7, p.9, note D. LEGEAIS ; *RTD civ.* 2009.728, obs. P. JOURDAIN : la Cour fit ici courir le délai de prescription à partir des premières difficultés de remboursement. V. également Civ.2ème, 18 mai 2017, n° 16-17.754, *CCC* 2017, n° 164, obs. L. LEVENEUR ; *RCA* 2017, n° 238, obs. H. GROUTEL ; *RTD civ.* 2017.865, obs. H. BARBIER : le dommage résultant d'un manquement au devoir de conseil dû à l'assuré sur l'adéquation de la garantie souscrite à ses besoins se réalise au moment du refus de garantie opposé par l'assureur et non au jour de la conclusion du contrat d'assurance.

de l'obligation contractuelle, ce qui devrait être le cas s'il s'agissait d'une action en paiement et non en responsabilité[816].

184. Une possible fonction punitive de la responsabilité contractuelle. En droit français, le rejet de ce que l'on nomme les *dommages-intérêts punitifs*[817] interdit *a priori* la prise en compte d'une fonction punitive de la responsabilité civile, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle[818]. Cette fonction apparaît en effet comme l'apanage exclusif de la responsabilité pénale, qui n'a pas pour but affiché, contrairement à la responsabilité civile, de réparer un dommage, mais bien, entre autres fonctions, de sanctionner celui qui en est la cause[819]. Cette position pourrait cependant évoluer à l'avenir : une part non négligeable de la doctrine y est en effet favorable[820], et le législateur semble prêt à recevoir cette idée[821]. L'analyse de cette fonction punitive ne nous intéressera cependant guère pour l'étude de la distinction entre les responsabilités délictuelle et contractuelle puisque la question de son existence se pose dans des termes similaires pour les deux. On notera enfin que si les fonctions de satisfaction et de réparation sont toutes deux « orientées vers le créancier », la fonction punitive de la

[816] Sur les liens entre le point de départ de la prescription et la nature des dommages-intérêts contractuels, v. not. J.-S. BORGHETTI, « Le point de départ de l'action en responsabilité contractuelle en cas de manquement du banquier à son obligation d'information », *RDC* 2010.843, note sous Com., 26 janvier 2010, n°08-18.354. L'auteur distingue entre les fonctions des dommages-intérêts contractuels, et considère que ce point de départ au jour de la réalisation du dommage ne vaut que lorsqu'ils visent à réparer une faute causée par le manquement à une obligation contractuelle, comme c'est le cas de l'emprunteur non informé ici. Lorsque les dommages-intérêts contractuels visent non plus à réparer, mais à exécuter par équivalent, il s'agirait non plus d'une action en responsabilité mais d'une action en paiement, dont le délai de prescription devrait courir à partir du moment où la prestation est devenue exigible.

[817] La responsabilité civile obéit en effet au principe de réparation intégrale qui veut que l'on répare tout le dommage, mais rien que le dommage. V. not. M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Traité de droit civil, op. cit.*, spéc. n° 60 et n° 607 et s.

[818] Néanmoins, puisque l'évaluation de l'étendue du dommage relève du pouvoir souverain des juges du fond, certaines décisions octroyant des dommages-intérêts très élevés ont suscité des doutes quant à la non-admission de principe des dommages-intérêts punitifs. V. not. Civ.1ère, 1er décembre 2010, *D* 2011, 423, obs. I. GALLMEISTER ; note F.-X. LICARI ; *RTD civ.* 2011, 317, obs. P. JOURDAIN ; *RDC* 2011, note S. CARVAL ; *JCP* 2010, Chron.435, n° 11, Ph. STOFFEL-MUNCK.

[819] Pour une étude approfondie de cette distinction et de ses nuances, V. C.DUBOIS, *op. cit.*

[820] V. not. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, *op. cit*., n° 4 à 6-5 ; S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995; C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Dalloz, 2005, Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.,* n° 254 et s. ; S.PIÉDELIÈVRE, « Les dommages-intérêts punitifs, une solution d'avenir ? », *RCA* hors-série juin 2001, p.68 ; « Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages », colloque Paris 5, M. BÉHAR-TOUCHAIS (dir.) ; J.-L. BAUDOIN, « Les dommages punitifs : un exemple d'emprunt réussi à la Common law », in *Études offertes à Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p.1 et s.

[821] Projet de réforme de la responsabilité civile, mars 2017, article 1266-1 relatif à l'amende civile.

responsabilité serait elle « orientée vers le débiteur », visant à en « corriger » la situation[822].

2. *Une symétrie des conditions avec les dommages-intérêts délictuels*

185. Symétrie entre les dommages-intérêts délictuels et contractuels. Outre l'identité d'objet entre les dommages-intérêts délictuels et contractuels, l'étude du droit positif révèle que la mise en œuvre des seconds obéit à des conditions similaires à la mise en œuvre des dommages-intérêts délictuels, indiquant l'existence d'un véritable régime de responsabilité contractuelle. Ainsi, à la différence des autres remèdes à l'inexécution du contrat, la mise en œuvre des dommages-intérêts contractuels exige la réunion des éléments constitutifs de la responsabilité civile, du moins de ses « constantes » que sont le dommage et le lien de causalité[823]. La mise en œuvre des dommages-intérêts contractuels répond à un schéma identique à celui que l'on connaît en matière délictuelle, et qui s'organise autour d'un triptyque de conditions : un fait générateur – dont nous avons déjà perçu que bien que distinct du fait générateur délictuel, il pouvait se trouver subsumé dans sa définition[824] – un dommage (a), et un lien de causalité qui les relie (b).

a) La nécessité d'un dommage en matière contractuelle

186. La difficile affirmation du dommage en matière contractuelle. L'exigence d'un dommage dans la mise en œuvre des dommages-intérêts contractuels a fait l'objet de controverses doctrinales (i), et d'hésitations jurisprudentielles (ii).

---

[822] V. Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.*, n° 18.
[823] S. PORCHY-SIMON, « La réaffirmation des constantes du droit de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle », *APD* 2021, p.283 et s. : « […] l'existence de ces constantes révèle en revanche la conception unitaire de la responsabilité, et l'affirmation de la responsabilité contractuelle comme une technique principale de réparation des préjudices, et non uniquement d'exécution par équivalent du contrat ».
[824] Sur l'absorption du fait générateur contractuel par le fait générateur délictuel, v. *supra*, n° 136 et s.

i. Les discussions doctrinales

187. L'exigence d'un dommage : les discussions doctrinales. L'exigence d'un dommage comme condition de l'octroi de dommages-intérêts contractuels permet de ne pas laisser la responsabilité contractuelle se faire totalement absorber par le contrat, et fait du dommage « l'élément discriminant de la responsabilité contractuelle par rapport aux autres sanctions de l'inexécution »[825]. Cette exigence est pourtant contestée, entre autres, par les auteurs qui assimilent les dommages-intérêts contractuels à une mesure d'exécution du contrat par équivalent[826], pour qui seule l'inexécution contractuelle doit conditionner leur mise en œuvre[827]. Selon cette vision, l'exigence de la preuve d'un dommage restreint de manière excessive le spectre de la responsabilité contractuelle puisqu'il conduit à laisser « impunie » l'inexécution d'une obligation contractuelle lorsque le créancier ne souffre d'aucun préjudice. Or il est des situations pour lesquelles l'inexécution du contrat n'entraîne objectivement aucun préjudice. Prenons pour exemple le cas proposé par Philippe STOFFEL-MUNCK[828] : un entrepreneur commande 1000 poutres métalliques d'un dessin particulier estimant, d'après les plans qu'il détient, que c'est ce dont il aura besoin. Il ne reçoit de son

---

[825] P. JOURDAIN, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité,* 6ème journées Robert Savatier, PUF, 1998, p.65 et suivantes.

[826] Ce refoulement du dommage comme condition de l'octroi de dommages-intérêts contractuels n'est pas l'apanage des détracteurs de la responsabilité contractuelle, mais se retrouve également chez des auteurs qui affirment l'existence de la responsabilité contractuelle, tout en affirmant l'existence de sa fonction de paiement. V. not. Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.*, spéc. n° 160 et n° 169 à 172, qui érige l'inexécution d'une obligation contractuelle en condition fondamentale de l'existence des dommages-intérêts ayant fonction de substitut à l'exécution ; J. HUET, « Observations sur la distinction entre les responsabilités délictuelle et contractuelle dans l'avant-projet de réforme de droit des obligations », *RDC* 2007, n° 1, p.31, spéc. n° 7.

[827] V. not. Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op. cit.*, spéc. n° 1 à 4. ; Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation,* 10ème éd., spéc. n° 809 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « Responsabilité contractuelle », chron., *RDC* 2004. 280, spéc. p.285 et 286. Pour ces auteurs, les dommages-intérêts contractuels n'ayant vocation qu'à exécuter le contrat par équivalent, et non à réparer un dommage, la preuve du dommage ne peut être une condition de leur mise en œuvre. *Contra* P. RÉMY-CORLAY, « Exécution et réparation, deux concepts ? », *op. cit.,* spéc. p.25 et 26 : l'auteur, tout en adhérant au mouvement de négation de la responsabilité contractuelle et à son assimilation à une exécution par équivalent, considère que l'exigence d'un préjudice reste utile afin de déterminer « l'intérêt au contrat », élément déterminant dans l'octroi des dommages-intérêts contractuels.

[828] Ph. STOFFEL-MUNCK, « Responsabilité contractuelle », *op. cit.*, spéc. p.284. Cet exemple est repris par Zoé JACQUEMIN dans sa thèse, V. Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.,* spéc. n° 175. Pour d'autres exemples, v. R. DEMOGUE, *Traité des obligations, op. cit.,* n° 254 et s.

fournisseur que 750 poutres, soit les trois quarts. Il réalise cependant en cours de chantier qu'il n'aura pas besoin de plus que ces 750 poutres reçues, et ne demande donc pas d'exécution forcée de son contrat. S'il ne souhaite pas demander la résolution du contrat – si tant est qu'il le puisse – peut-il obtenir des dommages-intérêts ? N'ayant pas eu besoin finalement des poutres qui n'ont pas été livrées, il ne subit aucun préjudice, sauf à considérer qu'il résulte de la seule inexécution du contrat un préjudice moral, et ne peut donc prétendre à la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, ce qui constitue, selon l'auteur, une atteinte inadmissible à la force obligatoire du contrat. Ces situations sont en réalité très particulières et renvoient à une fonction de la responsabilité contractuelle tout autant tournée vers le contrat, et sa force obligatoire, que vers le créancier lésé : la fonction de satisfaction. Nous verrons que même lorsque les dommages-intérêts contractuels ont pour objet de placer le créancier dans une situation de « satisfaction contractuelle », la preuve du dommage restera nécessaire, mais prendra une consistance particulière[829].

ii. Les hésitations jurisprudentielles

188. L'exigence d'un dommage : les hésitations de la jurisprudence. Au-delà des controverses doctrinales, le dommage n'en est pas moins, en droit positif, une condition essentielle de mise en œuvre de l'action en responsabilité contractuelle[830]. Après quelques hésitations, la Cour de cassation est venu le réaffirmer.

189. L'arrêt *Bolmont* ou la négation du préjudice. C'est sur le terrain des contrats spéciaux, particulièrement des contrats de baux, que l'occasion a été donnée à la Cour de cassation de s'exprimer sur l'exigence du préjudice en matière contractuelle[831].

---

[829] V. *infra*,n° 337 et s.
[830] C. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », *op. cit.,* spéc. n° 2 : « L'inexécution par le débiteur est source de dommage […]. C'est ce dommage qu'il faut réparer » et n° 4 « Le préjudice est nécessaire pour que le débiteur soit condamné à des dommages-intérêts […] » ; P. ANCEL, « La responsabilité contractuelle », *op. cit.,* p.243 et s., spéc. n° 9 : l'auteur rappelle l'exigence constante par la jurisprudence d'un préjudice pour obtenir des dommages-intérêts contractuels, alors que pour obtenir l'exécution en nature du contrat, cette exigence fait défaut.
[831] Le contrat de bail a constitué un véritable laboratoire pour la jurisprudence sur cette question, et par extension sur celle de la nature des dommages-intérêts contractuels. V. É. SAVAUX, R.-N. SCHÜTZ, « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs. Réflexions à partir du contrat de bail », in *Propositions sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert,* Dalloz, 2005.

Quand bien même on peut lui trouver des précédents[832], c'est l'arrêt *Bolmont*, rendu par la troisième Chambre civile le 30 janvier 2002[833], qui marque un tournant. Les faits y sont très simples : à la suite de la rupture par accord mutuel des parties d'un contrat de bail, la société locataire demande la restitution de son dépôt de garantie, ce à quoi les bailleurs lui opposent une demande de dommages-intérêts pour réparations locatives. Une obligation contractuelle spécifique au contrat de bail a bien été ignorée, l'obligation qui incombe au locataire d'effectuer les réparations locatives[834]. Nous sommes bien en présence d'un fait générateur de responsabilité contractuelle, mais c'est une autre condition de la responsabilité qui se trouve au cœur de l'arrêt : le préjudice. En effet, les bailleurs ont revendu l'immeuble sans effectuer lesdites réparations, à un promoteur qui l'a par la suite fait démolir. Ainsi, aucun préjudice ne peut être caractérisé puisque les bailleurs n'ont pas eu à relouer, et que, le promoteur ayant acheté pour démolir, le prix de vente n'a pas été affecté par ce manquement contractuel. Pourtant, la Cour de cassation, au visa notamment de l'article 1147 ancien du Code civil – l'actuel article 1231-1– affirme 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 […] ». L'abandon du préjudice comme condition des dommages-intérêts contractuels fait l'objet, du moins en apparence, d'une affirmation de principe, quand bien même la formulation de l'attendu fait référence au contrat de bail et à l'obligation spécifique de faire les réparations locatives. Puisque rien ne justifie une solution propre au droit du bail qui serait dérogatoire au droit commun, l'on doit considérer alors qu'elle vise l'action en dommages-intérêts contractuels en toute matière, ce que confirme le visa de l'article 1147 du Code civil[835]. Moment d'égarement ou tentation affichée de la Cour

[832] Civ.1ère, 13 octobre 1993, *Bull. civ.* I, n° 287 ; Civ.3ème, 13 novembre 1997, *Bull. civ. I*II, n° 202 ; *RTD civ.* 1998, p.124, obs. P. JOURDAIN et p.696 obs. P.-Y. GAUTIER.
[833] Civ.3ème, 30 janvier 2002, n°00-15.784.
[834] Article 1731 du Code civil : « S'il n'a pas été fait d'état des lieux, le preneur est présumé les avoir reçus en bon état de réparations locatives, et doit les rendre tels, sauf la preuve contraire ». L'article figure au visa de cet arrêt rendu par la Cour, avec l'article 1147 ancien.
[835] Sur cette question, V. S. BEAUGENDRE, « La responsabilité contractuelle à l'épreuve du droit du bail », *LPA* 13 septembre 2002, n° 184, p.3.

de rejoindre les contempteurs de la responsabilité contractuelle en adoptant une logique d'exécution par équivalent ?[836]

190. Les suites de la jurisprudence *Bolmont.* Un second arrêt, rendu par la Chambre sociale cette fois[837], dans une espèce très différente, viendra confirmer cette deuxième lecture. Le 4 décembre 2002, la Cour affirme, après avoir rappelé le contenu des articles 1142 et 1147 anciens du Code civil, que « […] les dommages-intérêts alloués au créancier au titre de l'inexécution de l'obligation ou d'un retard dans son exécution, constituent une modalité d'exécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire […] ». La formule n'est pas anodine, et reprend une expression utilisée par les auteurs niant l'existence de la responsabilité contractuelle[838]. Elle révèle une véritable volonté de faire des dommages-intérêts contractuels une mesure d'exécution de l'obligation, et non l'instrument d'une action en responsabilité contractuelle. D'autres arrêts viendront sporadiquement étayer cette nouvelle jurisprudence[839].

191. Le retour du préjudice comme condition des dommages-intérêts contractuels. C'est encore une fois le contrat de bail, ou plutôt son inexécution, qui va offrir à la Cour de cassation l'opportunité de revenir sur la question du préjudice en matière contractuelle. Le 3 décembre 2003, la troisième chambre civile est amenée à statuer sur une question identique à celle qui lui avait été soumise le 30 janvier 2002,

---

[836] V. D. MAZEAUD, « Responsabilité contractuelle sans préjudice : confusion ou conversion ? », *D.* 2003.458 : l'auteur expose deux interprétations possibles de cet arrêt, dont l'une serait une confusion entre les concepts d'exécution forcée de l'obligation et de réparation du préjudice, bien plus que l'adhésion à un courant doctrinal plaidant pour la fin de la responsabilité contractuelle.

[837] Soc., 4 décembre 2002, n°00-44.303, *Bull. civ.* 2002, IV, n° 368 ; *RTD civ.* 2003.711, note P. JOURDAIN ; *RDC* 2003, n° 1, p.54, note Ph. STOFFEL-MUNCK.

[838] V. *supra*, n° 163 et s.

[839] V. not. Civ.3ème, 3 décembre 2003 ; *AJDI* 2004, p.204, note S. BEAUGENDRE ; *RTD civ.* 2004. 295, note P. JOURDAIN ; *D.* 2005, p.185, note Ph DELEBECQUE ; *RDC* 2004, n° 2, p.280, note Ph. STOFFEL-MUNCK. *Adde* Civ.1ère, 10 mai 2005, pourvoi n°02-15.910 et Civ.1ère, 31 mai 2007, pourvoi n°05-19.978 : pour ces deux arrêts l'espèce était particulière puisqu'il s'agissait de l'inexécution d'une clause de non-rétablissement ou de non-concurrence par un médecin, et donc d'une *obligation de ne pas faire*. La Cour vise ainsi dans les deux cas l'article 1145 ancien du Code civil qui énonce que « si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit des dommages-intérêts par le seul fait de la contravention », ce qui semble circonscrire la solution à ce seul type d'obligation. Néanmoins, la Cour n'en avait pas toujours décidé ainsi : V. not. Civ.1ère, 26 février 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 68. Par ailleurs, cette solution n'a plus lieu d'être depuis la réforme du droit des contrats du 10 février 2016, puisque la distinction entre les obligations de faire, ne pas faire ou de donner a désormais été abandonnée. Sur ce point v. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. *Commentaire article par article,* 2ème éd., Lexisnexis, 2018, p. 58 et p. 429 et s. : qui soulignent que, malgré le fait que le rapport au Président de la République ait lui-même souligné la disparition de cette distinction entre les obligations de faire, ne pas faire et de donner (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, JORF n° 0035 du 11 février 2016), une telle distinction devrait garder une certaine utilité sur le terrain des effets du contrat.

et dans une espèce très similaire[840]. Dans cette espèce, le bailleur se plaignait de l'état dans lequel les locaux lui avaient été rendus par le locataire, arguant ainsi d'une violation de l'obligation qui incombait à ce dernier de « restituer les lieux dans un état d'entretien permettant une relocation immédiate et aisée ». Or, cette fois encore, le bailleur ne prouvait l'existence d'aucun préjudice, n'ayant effectué aucune réparation ou amélioration du bien lui-même et ne justifiant pas avoir reloué à des conditions défavorables puisque le nouveau preneur avait par la suite effectué des travaux de réaménagement complet du local pour y installer son entreprise. La troisième chambre civile profite ici de cette occasion pour effectuer un véritable revirement de jurisprudence, comme il ressort de cet attendu formulé en principe : « attendu 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 ».

Plusieurs éléments attestent du virage tant sémantique que substantiel pris par la Cour de cassation. Tout d'abord, le vocabulaire utilisé – préjudice, faute – relève du champ lexical de la responsabilité, et non de l'exécution contractuelle. L'utilisation du terme de « faute contractuelle », souvent contesté[841], même par certains auteurs favorables à la responsabilité contractuelle[842] révèle la volonté de la Cour d'insister sur ce point, même si d'un point de vue substantiel, le rappel de la nécessité d'une faute contractuelle n'est pas nouveau, et peut faire référence à toute défaillance contractuelle en général[843]. En revanche, l'exigence d'un préjudice est fermement exprimée, d'autant plus qu'elle est accompagnée d'une précision quant au moment d'appréciation du préjudice qui doit se faire, selon la Cour, au moment où le juge statue, accréditant l'idée qu'il ne s'agit pas d'une modalité d'exécution de l'obligation. La Cour tranche définitivement sur la nature des dommages-intérêts contractuels : ils sont bien la mise en œuvre d'une action en responsabilité, et non une mesure d'exécution. Cette exigence, constante depuis en jurisprudence[844], est par ailleurs reprise par les projets

[840] Civ.3ème, 3 décembre 2003, n° 02-18.033, *Bull. civ.* 2003, n° 405.
[841] V. not. D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in *Mélanges Gérard Cornu,* PUF, 1994, p.429 et s. ; Ph. RÉMY, « Critique du système français de responsabilité civile », *op. cit.*
[842] V. not. Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.,* spéc. n° 170.
[843] Ph. STOFFEL-MUNCK, « Responsabilité contractuelle », *RDC* avril 2004, p.280, spéc. p.282
[844] V. not. récemment Civ. 3ème, 27 juin 2024, n° 22-24.502, *CCC* 2024.12, n° 10, comm. L. LEVENEUR.

de réforme de la responsabilité civile, qui font du préjudice l'une des conditions « communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle »[845].

b) L'exigence d'un lien de causalité en matière contractuelle

192. L'exigence d'un lien de causalité. L'action visant à l'attribution de dommages-intérêts suit un schéma identique en matière contractuelle et délictuelle, et requiert pour sa mise en œuvre, outre le constat d'un préjudice, celui d'un lien de causalité, qui, s'il apparaît de prime abord différent en matière contractuelle, peut s'analyser dans les deux régimes de responsabilité comme la détermination d'une « sphère de risques ».

193. La causalité ou la détermination d'une « sphère de risques ». La problématique de l'établissement du lien de causalité cache un éventail large de questions, et explique l'impossibilité de poser en principe une unique méthode d'identification du lien de causalité. L'analyse de la jurisprudence sur la question de la causalité comme condition de l'action en responsabilité délictuelle révèle qu'en cette matière, c'est l'opportunité, ou plutôt « l'empirisme » qui règne[846], et offre au juge un espace supplémentaire de liberté. Ainsi, alors que l'établissement du lien causal est rendu de plus en plus difficile, notamment à l'égard de dommages dont le processus de production apparaît obscur, les juges auront tendance au contraire à en faciliter la preuve, afin que cette difficulté ne fasse pas obstacle à une indemnisation jugée absolument nécessaire[847]. Ce fût régulièrement le cas pour l'établissement de la causalité entre l'administration de médicaments, vaccins, transfusions, et le constat

[845] Articles 1235 et suivantes des projets de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 et de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 juillet 2020.
[846] L'évocation de « l'opportunité » dans l'office du juge renvoie souvent, dans la doctrine française, à une forme de méfiance à l'égard d'un pouvoir arbitraire du juge, dont les décisions ne donneraient à lire aucune cohérence, ne serviraient aucun objectif particulier. En réalité, la plasticité de la causalité permet au juge d'adapter, dans un sens généreux ou au contraire plus restrictif, les effets de l'objectif d'indemnisation, selon des considérations d'équité.
[847] J.-S. BORGHETTI, « Peut-on se passer de la causalité en droit de la responsabilité ? », in Y. LEQUETTE, N. MOLFESSIS (dir.), *Quel avenir pour la responsabilité civile ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2015, p.11 et s.

d'une pathologie développée chez le patient à la suite du traitement administré[848]. En réalité, lorsque le juge examine la causalité, il décide de la nécessité et de la justesse d'une indemnisation, en équité. Pour ce faire, il ne décide pas de manière arbitraire[849], car au moment où il apprécie l'existence d'un lien de causalité direct et certain, il est amené à porter un regard sur les autres conditions de l'action en responsabilité. Il pourra prendre en compte la gravité du fait générateur, réintroduisant ainsi une forme d'appréciation morale du comportement du défendeur[850], et la fonction normative de la responsabilité[851], et plus généralement le contexte de production du dommage, et sa gravité[852], autant d'éléments qui lui permettront de mettre en œuvre l'objectif d'indemnisation, tout en en ajustant les effets. En somme, le juge s'efforce de déterminer ce que Jean Sébastien BORGHETTI nomme une « sphère de risques ».

---

[848] Il en est ainsi de la preuve de la causalité entre le vaccin contre l'hépatite B et la maladie de la sclérose en plaques, dont la Cour de cassation admet désormais qu'elle soit établie, même en l'absence de certitude d'une causalité scientifique, à l'aide de présomptions de fait « graves, précises et concordantes ». V. Civ.1ère, 22 mai 2008, n° 05-20.317, 06-10.967, *Bull civ.* I, n° 148 et 149 ; *JCP G* 2008, II, 10131, note L. GRYNBAUM ; *JCP G* 2008, I, 186, n° 3, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RCA* 2008, étude 8, C. RADÉ ; *D.* 2008, p.1544, obs. I. GALLMEISTER ; *D.* 2008, p.2894, obs. P. JOURDAIN ; *RTD civ. 2008*, p.492, obs. P. JOURDAIN. Cependant, il ne faut pas en déduire que les juges font montre d'une forme de laxisme, puisque la Cour se montre en réalité exigeante quant à la réunion des ces divers éléments de fait. V. Civ.1ère, 18 octobre 2017, n° 15-20.791 et n° 14-18.118, *D.* 2018.490, note J.-S. BORGHETTI ; *RTD civ.* 2018.140, note P. JOURDAIN ; *D.* 2018.35, obs. Ph. BRUN ; *RDSS* 2017.1140, note J. PEIGNÉ. Il faut d'ailleurs préciser que ces dernières décisions, qui manifestent une vision plus restrictive de la Cour de cassation, font écho à la position prise par la Cour de Justice de l'Union Européenne dans une décision du 21 juin 2017. V. CJUE, n° C- 621/15, *D* 2017.1807, note J.-S. BORGHETTI ; *D.* 2018.35, obs. Ph. BRUN ; *RTD civ.* 2017.877, note P. JOURDAIN.

[849] V. J.-S. BORGHETTI, « Peut-on se passer de la causalité en droit de la responsabilité civile ? », *op. cit.,* p. 22. L'auteur affirme la nécessité de caractériser le lien de causalité, afin que celle-ci ne devienne pas le « cache-sexe de l'équité du juge ».

[850] V. M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, 3ème éd., Economica, 2016, n° 497 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.* , n° 344.

[851] On en trouve un exemple en cas de responsabilité des laboratoires pharmaceutiques pour la mise en circulation d'un médicament dont la défectuosité avérée est source de pathologies pour les patients. Lorsque la molécule est produite et mise en circulation par divers laboratoires, il devient difficile pour la victime d'imputer le dommage à l'un d'eux, et ce lien de causalité sera donc présumé établi à l'égard de tous au stade de l'obligation à la dette. En revanche, au stade de la contribution à la dette, il faut déterminer la part de responsabilité de chacun dans la production du dommage. Or, pour cela, le juge prendra souvent en compte la gravité des comportements de chacun, leur faute, dans une logique punitive. V. M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* n° 525. Certains auteurs font valoir d'autres critères de répartition, tel que celui du « deep pocket », c'est-à-dire la recherche de celui le plus à même de prendre en charge le coût du dommage. V. J.-S. BORGHETTI, « Peut-on se passer de la causalité en droit de la responsabilité ? », *op. cit.,* p.13. Ce critère s'inscrit par ailleurs assez naturellement dans une logique de collectivisation des risques telle que nous la connaissons. Geneviève VINEY montrait déjà dans sa thèse que l'un des critères de désignation du responsable était devenu « l'aptitude à l'assurance ». G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 1965 ; G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*

[852] V. Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile,* Dalloz, 1983, n° 55 et 56. Selon l'auteur, la nature du dommage, atteinte à la personne ou aux biens, influence le juge dans son choix entre équivalence des conditions et causalité adéquate. Il sera en effet amené à être plus généreux dans l'établissement d'une causalité lorsque le dommage sera corporel, ou en découlera, que lorsque celui-ci n'est que patrimonial.

Caractériser le lien causal en matière de responsabilité civile, ce n'est pas tant « trouver une cause ou un antécédent au dommage », pour tenter « d'expliquer les phénomènes physiques », que de sélectionner l'une des causes afin « d'attribuer la charge de certains dommages ou préjudices à d'autres que ceux qui les ont subis »[853]. Or cette méthode incite le juge à se demander, pour chaque situation concrète, quels étaient les risques assumés par le défendeur, et si le dommage constaté en faisait partie. Au-delà du sentiment immédiat d'un manque de cohérence juridique flagrant de la jurisprudence en matière de responsabilité civile, le pragmatisme pratiqué par les juges donne à voir une forme de cohérence différente, irriguée d'équité, et de recherche de la « juste indemnisation », à l'égard tant des intérêts du défendeur, que de ceux de la victime[854].

194. Rapprochement des régimes de responsabilité. Cette analyse de l'exigence de causalité en termes de répartition des risques entre individus, permet de décrire un mécanisme d'engagement de la responsabilité civile centré sur l'imputation de l'obligation de réparer, et non seulement sur l'appréciation du comportement du défendeur[855]. C'est grâce à cette dernière étape que le juge peut, une fois le principe des dommages-intérêts admis, en faire peser la charge sur un débiteur. Or, cette démarche centrée sur la répartition des risques entre individus résonne particulièrement en matière contractuelle. En effet, le contrat est l'instrument de gestion des risques par excellence, et les conséquences de son inexécution, y compris les dommages-intérêts, ne peuvent s'affranchir de la répartition des risques telle qu'elle est prévue au contrat, comme en atteste le principe de validité des clauses limitatives de responsabilité contractuelle, et le fréquent recours qui y est fait par les parties contractantes[856]. Ainsi, si l'exigence de causalité ne suffit pas à décrire intégralement le mécanisme de la

[853] J.-S. BORGHETTI, « Peut-on se passer de la causalité en droit de la responsabilité ? », *op. cit.,* p.17.
[854] V. également O. MORÉTEAU, « Basic Questions of Tort Law from a French Perspective », in H. KOZIOL (dir.), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective*, Jan Sramek Verlag, 2015, p. 3 et s., spéc. p.8. *Adde* M. MEKKI, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », *op. cit.,* p. 739 et s., spéc. p.753 et s. : qui met en lumière la cohérence sociologique de la responsabilité civile, et notamment la correspondance entre l'évolution de la responsabilité d'une logique de faute-imputation à une logique de gestion-répartition des risques, et les changements sociétaux qui la sous-tendent.
[855] V. *supra*, n° 178 et s. sur le sens de la responsabilité.
[856] Même si celles-ci ont plutôt vocation à limiter le *quantum* de la réparation en cas d'inexécution contractuelle, que le type de dommage réparable. V. O. DESHAYES, « Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et répartition des risques d'inexécution », *RDC* 2008/3, p. 1008 et s., spéc. p. n° 2.

responsabilité contractuelle[857], en revanche l'attribution de dommages-intérêts en raison d'une inexécution contractuelle est soumise à l'analyse de la répartition des risques assumés au contrat par les parties, et rejoint sur ce point la responsabilité délictuelle. Seule la substance de ce risque diffère entre les deux régimes : en matière délictuelle, il est imposé au débiteur, apprécié *a posteriori*, dans une démarche rétrospective, tandis qu'en matière contractuelle, il est accepté, voire négocié par la partie sur lequel il pèsera, *a priori*, lors de la conclusion du contrat.

Dommage et lien de causalité constituent ainsi les constantes de la responsabilité civile[858] : elles sont requises pour mettre en œuvre tant le régime de responsabilité délictuelle que contractuelle, et présentent les mêmes caractéristiques dans les deux régimes[859].

195. Dommages-intérêts contractuels et responsabilité civile. Les dommages-intérêts contractuels répondent ainsi à un schéma de mise en œuvre calqué sur celui propre aux dommages-intérêts délictuels et, partant, à la responsabilité délictuelle. Ils partagent par ailleurs un objectif commun, celui de la compensation du dommage, qui, plus que la seule réparation, caractérise la responsabilité civile. Ces dommages-intérêts, au même titre que les dommages-intérêts délictuels, sont l'instrument d'une responsabilité civile. Une responsabilité qui, parce qu'elle doit également se mettre au service du respect des prévisions contractuelles, sera nécessairement de nature contractuelle.

---

[857] V. J.-S. BORGHETTI, « Peut-on se passer de la causalité en droit de la responsabilité ? », *op. cit.,* spéc. p.17 : l'auteur insiste sur l'absence d'exigence d'un lien de causalité, et d'un fait générateur, l'absence de promis devant suffire à déclencher les dommages-intérêts, du moins lorsqu'ils ont vocation à compenser l'absence de prestation contractuelle.

[858] C'est ainsi que les nomme notamment le doyen CARBONNIER. V. J. CARBONNIER, *Droit civil,* t.IV*, Les obligations,* 21ème éd. refondue, PUF, coll. Thémis Droit Privé, p.359 et s. *Adde* S. PORCHY-SIMON, « La réaffirmation des constantes du droit de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle », *op. cit.*

[859] Nous verrons que les notions de dommage prévisible et de risque assumé, qui influent la démarche d'établissement du lien de causalité, se comprennent différemment en matière contractuelle, en raison de la présence d'un contrat, et donc d'une rencontre de volontés préalable, v. *infra*, n° 234 et s. Néanmoins, cela ne change en rien l'identité de schéma des actions en responsabilité contractuelle et délictuelle.

B. Les dommages-intérêts contractuels, instrument au service du respect des prévisions contractuelles

196. Le respect des prévisions contractuelles soutient l'existence d'un régime particulier de responsabilité contractuelle. Elles sont au cœur du contrat, acte de prévision par excellence (A), et impriment au régime de responsabilité contractuelle ses spécificités (B).

1. Le contrat, acte de prévision

197. Respect des prévisions contractuelles. Malgré le partage d'un objet commun avec la responsabilité délictuelle, la responsabilité contractuelle reste marquée par certaines exigences du contrat, en premier lieu le respect des prévisions contractuelles, vers lesquelles sont orientées les spécificités de son régime. Le lien contractuel a en effet cette particularité qu'il découle de l'expression spontanée de volontés privées, dont les auteurs se sont décidés à s'obliger à quelque chose de « plus » que ce à quoi ils auraient été tenus en l'absence de contrat. Ce contrat devient à la fois le réceptacle des volontés individuelles, et un acte créateur d'obligations[860], et c'est ce double aspect qui lui confère un statut particulier. Puisque les parties acceptent librement[861] de se placer dans un lien d'obligation qui doit pour partie son existence à l'accord qu'elles ont choisi de passer, alors elles doivent pouvoir en aménager les divers effets, y compris les conséquences d'une éventuelle violation de leur engagement[862]. Car si les parties ont décidé de s'imposer des obligations supplémentaires, c'est parce qu'elles souhaitent, en enfermant leur relation dans le cadre du contrat, en avoir la maîtrise, pour le futur, ainsi que de l'environnement qui l'entoure. Pour les parties, le contrat

---

[860] V. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.,* n° 424 et 426 : l'auteur désigne ici les caractères « volontaire » et « créateur » du contrat comme manifestations des spécificités contractuelles.

[861] Conscients que cette liberté était parfois un leurre, les rédacteurs du Code civil ont envisagé un certain nombre de dispositions, au premier rang desquelles les sanctions des vices du consentement, pour garantir le consentement éclairé. La célèbre phrase de LACORDAIRE est ainsi présente à tous les esprits : « entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit, et la loi qui affranchit ». Cette considération n'enlève rien à la spontanéité initiale du contractant qui prend la décision de se placer dans un lien d'obligation contractuel avec un autre.

[862] V. H. LÉCUYER, « Le contrat, acte de prévision », *op. cit.,* spéc. p.651 : « c'est tant l'inexécution du contrat par l'un ou l'autre des contractants que son exécution qui sont prévues par les parties ».

constitue un acte d'« emprise sur l'avenir », un « acte de prévision »[863]. Et il est d'autant plus nécessaire de leur offrir la possibilité d'envisager tous les risques contenus par cet accord, et de décider de leur répartition, que la relation contractuelle en elle-même, par la proximité qu'elle crée, constitue, par un « effet pervers », un contexte favorable à la réalisation de dommages inédits. Cette prévisibilité contractuelle concerne ainsi tous les dommages dont la convention « favorise » indirectement la survenance, y compris ceux qui ne surviennent qu'à « l'occasion de l'inexécution » : les dommages extrinsèques, caractéristiques de la fonction de réparation de la responsabilité contractuelle.

198. Préservation de la sphère contractuelle. Une question se posera cependant face aux obligations intégrées de force dans le contrat par le législateur ou le juge. La question de l'emprise croissante de la loi sur le contrat peut être résolue par le constat que dès 1804, la force obligatoire du contrat découle en réalité tant de la volonté des parties que de la loi. Cela ne remet pas en cause le particularisme du régime contractuel, qui se fonde sur la nécessité de protéger non pas seulement les obligations nées de la volonté des parties, mais le contrat en tant que tel, « tel que les parties l'ont aménagé avec l'assentiment du législateur »[864]. Au-delà de la préservation des volontés individuelles des contractants, dont on sait qu'elles ne suffisent plus à justifier le caractère obligatoire des obligations nées du contrat[865], il s'agit de protéger la situation créée par le contrat, qui imprime à la relation entre parties contractantes une spécificité

[863] *Ibid*, spéc. p.643 : « Le contrat offre aux parties contractantes de s'approprier le futur : la prévision serait de l'essence du contrat ». L'auteur reprend ainsi, en le citant, les propos de J.-M. TRIGEAUD que l'on retrouve dans « Promesse et appropriation du futur », in *Le droit et le futur, Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris*, PUF, 1985, p.63 et s.
[864] G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.*, n° 234. Cette idée de protection du contenu du contrat contre les perturbations du délit concorde avec l'idée d'un contrat acte de prévision, car derrière le contrat en tant que tel, ce sont les volontés des parties et leurs prévisions qui sont en jeu.
[865] V. D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat, Esquisse d'une théorie, op. cit*. Dans sa seconde Partie, l'auteur expose une notion du contrat qui se situe à l'intersection des thèses centrées sur l'autonomie de la volonté et des thèses normativistes développées notamment par KELSEN, puis Georges ROUHETTE. Tout en distinguant, à leur suite, l'accord de volontés, le « contracter », de la norme qui en découle, « le contracté », elle montre que le rôle des volontés n'est pas exclusif au sein du premier, qui se « teinte d'objectivisme », tout en leur accordant un rôle dans la naissance et le contenu de la seconde, qui est « empreinte de subjectivisme ».

qui ne peut être niée[866]. Or l'obligation de réparer le dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle, si elle ne correspond pas à une obligation « primaire du contrat », en constitue bien une « obligation secondaire »[867] qui ne naît pas de la loi, mais bien du contrat[868], et participe donc de l'originalité de cette situation contractuelle. Et quand bien même on considèrerait que l'obligation de réparer, obligation secondaire, ne naîtrait pas directement du contrat, source primaire, mais plus généralement du délit – ce dont on a critiqué les conséquences en termes d'assimilation du contrat à la loi[869] – l'obligation faite au débiteur d'indemniser les conséquences dommageables de son acte pour son cocontractant, porte l'empreinte du contrat, et doit être préservée de l'intrusion d'une responsabilité délictuelle qui viendrait perturber, par ses effets généraux, les prévisions contractuelles.

199. Respect des prévisions contractuelles et forçage du contrat. La question du « forçage du contrat » par le juge est quelque peu différente, et fait en pratique écho au problème de la contractualisation de certaines obligations générales, notamment de l'obligation de sécurité. Le débat est alors déplacé sur le terrain des frontières entre les responsabilités, et plus particulièrement de leur mise à l'épreuve par la question de réparation du dommage corporel. Le besoin d'une prise en charge particulière du dommage corporel, qui semble s'enraciner en droit français, est indéniable, mais ne suffit pas à remettre en cause la nécessité de préserver le contrat comme acte de prévision, ni le besoin d'un régime de responsabilité adapté.

2. La responsabilité contractuelle au service du respect des prévisions contractuelles

200. Limitations de la réparation en matière contractuelle. Ces particularités du régime contractuel, qui le distinguent du régime délictuel de responsabilité, tiennent

---

[866] V. J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, op. cit.,* n° 5. L'auteur explique l'originalité des règles du régime contractuel de responsabilité, non pas tant par les clauses qu'auraient pu prévoir les parties dans leur accord, mais bien plus par « […] le contexte dans lequel se trouvent les contractants : ceux-ci ont créé une situation qui leur fournit l'occasion de se causer mutuellement préjudice et qu'il est impossible d'assimiler à ces rencontres de hasard entre tiers auxquelles ont vocation à s'appliquer les règles délictuelles ».
[867] Sur la distinction entre obligation primaire et obligation secondaire, v. *supra*, n° 128 et s.
[868] V. not. D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat, Esquisse d'une théorie, op. cit.,* n° 94.
[869] V. *supra*, n° 128 et s.

essentiellement aux effets de la responsabilité, en particulier à l'étendue de la réparation du dommage, et à la mise en œuvre de l'action en responsabilité. Étendue de la réparation car ce n'est qu'en matière contractuelle que la réparation se limite aux seuls « dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat »[870], et que les clauses limitatives de responsabilité sont valables[871]. Cette exception au principe de réparation intégrale ne peut se justifier que par l'idée que le créancier ne peut assumer une charge plus grande que celle qu'il a acceptée au moment de la conclusion du contrat, une charge qui inclut tant la prestation contractuelle elle-même que les conséquences de son inexécution. Le respect des prévisions contractuelles concerne l'intégralité du contenu du contrat : les obligations et les conséquences de leur violation participent ensemble d'un certain équilibre contractuel accepté par les parties. Cette exigence de prévisibilité concerne toutes les conséquences de l'inexécution, tous les dommages, ceux qui correspondent à l'absence de prestation contractuelle comme les autres suites de l'inexécution.

201. Prévisibilité du dommage en matière contractuelle. Cette condition de prévisibilité du dommage constitue la particularité la plus importante du régime contractuel de responsabilité, une « spécificité indispensable de la responsabilité contractuelle par rapport à la responsabilité délictuelle »[872]. Cette prévisibilité du dommage doit s'apprécier *in abstracto*, c'est-à-dire relativement à ce qui pouvait être prévu lors de la conclusion du contrat, et non seulement ce qui était précisément prévu par le débiteur[873]. Cette spécificité du régime contractuel était pourtant, jusqu'à récemment, si peu utilisée par la jurisprudence qu'elle en était presque tombée en

[870] Article 1231-3 du Code civil.
[871] La validité de principe de ces clauses en matière contractuelle est admise par la jurisprudence depuis longtemps, et approuvée par la doctrine, qui discute régulièrement de leur nullité de principe en matière délictuelle. V. G. VINEY, P.J OURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, *op. cit*., n° 333 et s. (validité en matière contractuelle) et n° 354 et s. (nullité en matière délictuelle).
[872] I. SOULEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel,* thèse Paris II, 1979, n° 457. *Adde* G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité, op. cit.*, spéc. n° 530 : les auteurs évoquent à son égard « l'expression la plus nette du particularisme de la responsabilité contractuelle ».
[873] V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité, op. cit.,* spéc. n° 526. La Cour de cassation a pu récemment jeter le doute sur la manière dont devait être apprécié le dommage prévisible : dans un arrêt rendu le 14 janvier 2016, elle précise que la réparation doit se faire « à concurrence du dommage *strictement prévisible* ». V. Civ.1ère, 14 janvier 2016, n° 14-28227, *RDC* 2016, n° 2, p.210 et s., note T. GENICON ; *RDC* 2016, n° 3, p.462 et s., note M. LATINA ; *D.* 2016, p.981 et s., note C. GAUCHON.

désuétude[874]. En effet, dans un contexte où la responsabilité de certains acteurs économiques peut devenir excessivement lourde, la notion floue de dommage prévisible se révèle être un excellent instrument de politique de modération judiciaire des dommages-intérêts contractuels[875], comme le montre la jurisprudence récente en matière de transport ferroviaire. Les difficultés d'exécution au sein des contrats de transport ont en effet donné lieu, depuis 2011, à une renaissance du dommage prévisible. Les situations générées par l'inexécution de ce type de contrat sont classiques : l'arrivée du voyageur avec du retard l'empêche soit d'accomplir ce pourquoi il se rendait à cette destination – par exemple plaider devant le tribunal de commerce à Paris[876], ou encore donner un cours de droit à l'Université de Nantes[877] –, soit d'avoir la correspondance qui devait l'emmener à une destination finale[878]. On a donc bien à chaque fois une inexécution – l'heure d'arrivée, voire le lieu d'arrivée, ne sont pas ceux prévus au contrat – et au minimum deux dommages distincts : celui découlant directement de l'arrivée à destination avec du retard – que l'on peut nommer dommage consubstantiel[879] –, et celui, plus lointain, consistant en une impossibilité, pour le voyageur, d'accomplir ce pourquoi il avait conclu ce contrat de transport – un dommage consécutif.

Les juges, en offrant au dommage prévisible une seconde vie, s'offrent ainsi la possibilité de cantonner la responsabilité contractuelle au sein de certaines limites, la distinguant nettement de la responsabilité délictuelle. Mais la lecture de ces arrêts, au-delà de rappeler l'existence de cette originalité du régime contractuel, permet également d'en saisir la portée, ainsi que l'enjeu qui entoure sa mise en œuvre, enjeu qui varie selon le type de contrat analysé. En effet, lorsque les parties se trouvent, au

---

[874] Elle suscitait néanmoins l'hostilité de certains auteurs, jusqu'à aujourd'hui, qui ont encouragé la disparition de cette condition. V. not. H et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* 6ème éd., n° 2391 ; C. ROLLAND, « Responsabilité contractuelle ou responsabilité à dommages contractuels ? », *RRJ* 2005, p.1 et s.
[875] V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité, op. cit.,* n° 533.
[876] Civ.1ère, 26 septembre 2012, n° 11-13177, *D.* 2012.2305, obs. I. GALLMEISTER et 2649 édito F. ROME ; *RTD com.* 2012.843, obs. B. BOULOC ; *RCA* 2012, Comm. 330, obs. S. HOCQUET-BERG ; *Gaz. Pal.* 29 novembre 2012, obs. M. MEKKI.
[877] TI Paris, 2 novembre 2011, n° 91-11-000024, *D.* 2012.609, obs. V. AVENA-ROBARDET et 1439, obs. H. KENFACK.
[878] Civ.1ère, 28 avril 2011, n° 10-15056, *D.* 2011.1725, obs. I. GALLMEISTER, note M. BACACHE et 1745 édito F. ROME ; *CCC* 201 comm.154, obs. L. LEVENEUR ; *RCA* 2011 comm.242, obs. S. HOCQUET-BERG.
[879] Dommage qui correspondra en pratique au coût du transport devenu inutile ou excessif au regard du retard.

moment de la conclusion du contrat, dans une position permettant d'en négocier le contenu, alors on peut envisager que le créancier ait exprimé tout ce qu'il attendait de l'exécution du contrat, rendant ainsi prévisibles pour le débiteur tous les dommages résultant de la déception de cette attente. Ainsi, dans un contrat de gré à gré[880], les parties choisissent librement la répartition des risques assumés par chacune d'entre elles. La situation est très différente face à ce que l'on nomme des contrats d'adhésion[881], contrats dont le contenu est imposé par l'une des parties à l'autre, dont le seul choix devient alors de l'accepter ou non. Or, dans la plupart des arrêts qui ont fait ressurgir le dommage, le transporteur – souvent la SNCF – ne laisse pas le soin aux voyageurs d'exprimer ce pourquoi ils choisissent telle destination ou tel horaire d'arrivée, ni ce qu'ils attendent globalement de l'exécution du contrat. Le contrat passé entre eux n'est pas négocié, ni négociable, ce qui a pour conséquence de limiter drastiquement la responsabilité en cas d'inexécution contractuelle puisque, hormis le dommage consubstantiel à l'inexécution dont la compensation donnera lieu au mieux à une indemnisation à hauteur du prix du billet, aucun autre dommage ne pourra être prévisible pour le transporteur[882]. Aucun des dommages consécutifs ne pourra donc donner lieu à indemnisation[883], ce que rappelle désormais régulièrement la jurisprudence.

202. Instrumentalisation du dommage prévisible par les tenants de l'inexistence de la responsabilité contractuelle. Cette résurgence du dommage prévisible intervient alors que le débat sur l'existence d'une véritable responsabilité contractuelle divise la doctrine civiliste, offrant à certains des éléments de réponse quant à la nature des dommages-intérêts contractuels. Pour les tenants de l'inexistence de la responsabilité contractuelle, il faut en effet voir dans cette limitation de la réparation au dommage

---

[880] Contrat défini depuis la réforme de 2016 à l'article 1110, alinéa 1er, comme *« celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties »*. Il est à noter que, dans le cadre de la ratification de l'ordonnance par le pouvoir législatif, le Sénat a déposé un projet de loi modifiant quelque peu cet énoncé, proposant de remplacer les stipulation « librement négociées », par les stipulations « librement négociables ».

[881] Article 1110, alinéa 2 : « Le contrat d'adhésion est celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties ».

[882] Sur ce point, v. C. GAUCHON, *D.*2016, p. 981 et s., spéc. n° 22 et 23 ; *D.* 2012.2649, édito F.ROME.

[883] Cette limitation très stricte de la réparation est en quelque sorte compensée par la souplesse quant à la reconnaissance de la faute du transporteur, puisque la Cour a également consacré, par son arrêt rendu le 14 janvier 2016, une *obligation de ponctualité de résultat* à la charge du transporteur. V. Civ.1ère, 14 janvier 2016, n° 14-28227, *RDC* 2016, n° 2, p.210, note T. GENICON ; *RDC* 2016, n° 3, p.462, note M. LATINA ; *D* 2016, p.981, note C. GAUCHON.

prévisible l'affirmation de ce que les dommages-intérêts contractuels ne viennent simplement qu'exécuter par équivalent l'obligation inexécutée[884]. Certains auteurs ont ainsi vu dans la résurgence de cette disposition une manière implicite pour la Cour de trancher le débat. Un arrêt en particulier, rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 28 avril 2011[885], a pu semer le doute. En effet, non seulement la Cour censure, sur le fondement de l'ancien article 1150 du Code civil, la décision de la juridiction de proximité qui avait accepté l'indemnisation du dommage consécutif au retard du train, mais ce faisant elle semble donner du crédit à la thèse développé par le moyen au pourvoi. Le moyen se fondait en effet sur l'idée selon laquelle « les dommages-intérêts exigibles au titre de la responsabilité contractuelle sont une modalité d'exécution de l'obligation non respectée », c'est-à-dire sur la thèse de la négation du concept de responsabilité contractuelle. Il n'en est pourtant rien : il semble que la Cour n'ait pas pour intention ici de rejeter le concept de responsabilité contractuelle, puisque la cassation se fait pour manque de base légale, ce qui laisse entendre que ce dommage aurait pu être prévisible, si les parties l'avaient intégré dans leurs prévisions[886]. Bien plus que d'attester de l'inexistence de la responsabilité contractuelle, l'exigence de prévisibilité du dommage fait de la responsabilité contractuelle le seul régime à même de prendre en charge la compensation du dommage contractuel.

203. Autres spécificités de la responsabilité contractuelle. L'action en responsabilité contractuelle doit également se plier à quelques spécificités procédurales, telles que la nécessité de mettre en demeure le débiteur de l'obligation inexécutée afin de rendre l'inexécution certaine[887] et imputable au débiteur[888], ce qui,

[884] Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept, *op. cit.,* n° 41 : l'auteur écarte le volet psychologique de la prévisibilité, considérant
[885] Civ.1ère, 28 avril 2011, n° 10-15056, *D.* 2011.1725, obs. I. GALLMEISTER, note M. BACACHE et 1745 édito F.ROME ; *CCC* 201.comm.154, obs. L. LEVENEUR ; *RCA* 2011 comm.242, obs. S. HOCQUET-BERG
[886] V. M. BACACHE, *D.*2011, p.1725.
[887] Article 1231 du Code civil. Cette idée de certitude de l'inexécution comme condition de la mise en demeure découle de ce que l'article précise « À moins que l'inexécution ne soit définitive […] ».
[888] Le Code civil prévoit d'ailleurs, à l'article 1344-2, que « la mise en demeure de délivrer une chose met les risques à la charge du débiteur, s'ils n'y sont déjà ». Néanmoins, cette règle ne concerne qu'un certain type d'obligations, celles de livrer une chose.

dans les faits, ne concernera que les cas de retard dans l'exécution du contrat[889]. Loin d'être anecdotiques, ces limites prennent en compte une réalité contractuelle que l'application du régime de la responsabilité délictuelle viendrait fouler aux pieds. Seul le régime de la responsabilité contractuelle concilie les impératifs de réparation de la responsabilité et ceux de respect du contrat et de ses prévisions. Il en découle une compétence de principe de la responsabilité contractuelle pour compenser tous les dommages qui découlent de l'inexécution du contrat.

204. Existence de la responsabilité contractuelle. Les dommages-intérêts contractuels sont l'instrument d'une responsabilité civile particulière car, en plus d'être orientée vers la compensation du dommage, doit également veiller à préserver les prévisions contractuelles. Ils sont l'instrument d'une véritable responsabilité contractuelle. La particularité de ce régime, imprégné tant des considérations propres à la responsabilité civile que de celles propres au contrat, se prolonge dans ses fonctions, et plus précisément dans une dualité de fonctions des dommages-intérêts.

§2. Les dommages-intérêts contractuels au service d'une dualité de fonctions de la responsabilité contractuelle

205. Dualité de fonctions des dommages-intérêts. Les dommages-intérêts contractuels, parce qu'ils partagent avec les dommages-intérêts délictuels un objectif – la compensation du dommage – et répondent à des conditions, si ce n'est en tous points identiques, du moins symétriques à celles qui conditionnent l'octroi des dommages-intérêts délictuels, se présentent donc comme l'instrument d'une responsabilité civile,

[889] C'est ainsi que la jurisprudence a interprété cette disposition, jugeant que pour un retard d'inexécution la mise en demeure était indispensable (V. not. Civ.3ème, 16 mars 2011 ; *D.* 2011.947 ; *RTD civ.* 2011.533, obs. B. FAGES ; *CCC* 2011, n° 135, obs. L. LEVENEUR), tandis que lorsque l'inexécution du contrat est acquise et a causé un préjudice certain au cocontractant, les dommages-intérêts restent dus, même en l'absence de mise en demeure (Ch. mixte, 6 juillet 2007, n°06-13823, *BICC* 1er nov.2007, rap. HEDERER, avis DE GOUTTES ; *D.* 2007.2642, note G. VINEY ; *D.* 2007.1956, obs. GALLMEISTER ; *D.* 2007.2974, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *JCP* 2007.II.10175, note M. MEKKI ; *JCP* 2008, I, 125, n° 12, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *Defrénois* 2007.1442, obs. E. SAVAUX ; *CCC*, n° 295, note L. LEVENEUR, *Dt et patr.* 2008, p.94, obs. L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK). Cette dichotomie se retrouve d'ailleurs dans le projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017, dont l'article 1252 prend le soin de préciser que « la réparation du préjudice résultant du retard dans l'exécution suppose la mise en demeure préalable du débiteur. La mise en demeure n'est requise pour la réparation de tout autre préjudice que lorsqu'elle est nécessaire pour caractériser l'inexécution »

de nature contractuelle. Ils présentent cependant une particularité. Lorsqu'ils œuvrent à la compensation du dommage, les dommages-intérêts contractuels peuvent être amenés à viser le rétablissement du *statu quo ante* de la victime, poursuivant dès lors une fonction classique de réparation, mais ils peuvent également viser à octroyer au créancier contractuel déçu un équivalent monétaire à l'avantage qu'il attendait du contrat, poursuivant en ce cas une fonction qui leur est propre, que certains auteurs ont qualifié d'« exécution par équivalent », et que nous qualifierons de « fonction de satisfaction du créancier »[890]. Les dommages-intérêts contractuels poursuivent ainsi alternativement, selon le dommage en cause[891], des finalités distinctes – s'approcher au mieux du rétablissement d'une situation passée ou de l'établissement d'une situation contractuelle espérée – et des fonctions divergentes – réparer le dommage ou satisfaire le créancier. Ces deux fonctions sont ainsi distinctes l'une de l'autre, et correspondent à la compensation de dommages différents, mais apparaissent complémentaires. Seule la combinaison de ces deux fonctions permet d'assurer, par les dommages-intérêts contractuels, la « réparation intégrale » du créancier contractuel, non pas au sens d'un rétablissement de sa situation passée, mais au sens plus large d'une compensation de tous les dommages qu'il subit[892]. Dans les deux cas, on parlera toujours de « responsabilité contractuelle ».

206. Conséquences de la dualité de fonctions sur l'exclusion de la responsabilité délictuelle hors du contrat. Les dommages-intérêts contractuels se présentent toujours comme l'instrument d'une responsabilité contractuelle. Parce qu'ils peuvent poursuivre, dans la compensation du dommage, des finalités distinctes, ils sont l'instrument d'une responsabilité contractuelle duale dans ses fonctions. Si cette dualité de fonctions n'a aucun impact sur la nature des dommages-intérêts contractuels – la poursuite d'une fonction de satisfaction du créancier n'ayant pas pour conséquence d'en faire une mesure d'exécution par équivalent du contrat[893] – elle produit cependant

[890] Sur ces développements sur l'identification et les contours de la fonction de satisfaction, v. *infra*, n° 316 et s.
[891] Sur l'identification des fonctions de réparation et de satisfaction par le dommage, v. *infra*, n° 216 et s ; n° 316 et s.
[892] Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.,* n° 113 : qui souligne la nécessité de combiner les deux fonctions de la responsabilité contractuelle pour assurer le « rétablissement » du créancier.
[893] Sur le rejet du concept même « d'exécution par équivalent », v. nos développements, *infra*, n° 318 et s.

des conséquences sur la manière dont le concours entre les responsabilités contractuelle et délictuelle devra être abordé. Quelle que soit la fonction servie par les dommages-intérêts contractuels, le concours entre les responsabilités existera bien, résultant de l'identité d'objet et de la symétrie des conditions des deux types de dommages-intérêts. Ce concours entre les responsabilités trouvera pour issue le rejet de la responsabilité délictuelle hors du domaine de la responsabilité contractuelle, et partant hors du contrat. Cette exclusion ne se fera néanmoins pas avec la même intensité selon que les dommages-intérêts poursuivent une fonction de réparation ou de satisfaction du créancier.

Ce concours se transformera en effet en une véritable concurrence, et même un conflit entre les régimes de responsabilité lorsque les dommages-intérêts contractuels et délictuels poursuivront une même fonction de réparation, chaque responsabilité étant alors potentiellement amenée à régir la situation. Cette concurrence ne pourra être résolue que par la mise en œuvre d'une règle de résolution du conflit de normes, le principe de non-cumul des responsabilités[894]. Le tracé de la frontière entre les régimes de responsabilité ne se fera alors qu'*a posteriori*, par l'exclusion ponctuelle de la responsabilité délictuelle chaque fois que seront réunies les conditions de la responsabilité contractuelle. Cette exclusion par l'attribution à la responsabilité délictuelle d'une vocation subsidiaire est la plus connue, et apparaît comme le corollaire de la généralité de la clause de responsabilité délictuelle de l'article 1240 du Code civil.

Le concours entre les responsabilités sera en revanche résolu de manière beaucoup plus définitive, par le tracé, de manière exceptionnelle, d'une frontière plus franche entre les responsabilités, lorsque les dommages-intérêts contractuels poursuivront une fonction de satisfaction du créancier. Lorsqu'ils visent à octroyer au créancier l'équivalent de l'avantage attendu du contrat, les dommages-intérêts contractuels servent une fonction exclusive à la responsabilité contractuelle, et tracent

[894] Pour les développements sur la résolution du conflit entre les responsabilités par le principe de non-cumul et la subsidiarité de la responsabilité délictuelle, v. *infra*, n° 252 et s.

les contours d'un domaine qui lui est réservé au sein duquel elle ne souffrira plus la concurrence de la responsabilité délictuelle[895].

Selon qu'ils visent la réparation ou la satisfaction du créancier, la fonction servie par les dommages-intérêts contractuels sera ainsi soit un vecteur de concurrence entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, soit au contraire une clé de répartition entre les deux régimes. Il en résultera deux modes d'exclusion bien distincts de la responsabilité délictuelle hors du contrat.

Conclusion du Chapitre préliminaire

207. Le rejet des dommages-intérêts contractuels comme simple mesure d'exécution du contrat. La controverse doctrinale sur l'existence de la responsabilité contractuelle a installé l'idée, au sein d'une partie de la doctrine et notamment de la doctrine contractualiste, que les dommages-intérêts contractuels avaient été artificiellement rattachés à la responsabilité civile pour en épouser le schéma, alors qu'ils constitueraient avant tout un remède à l'inexécution du contrat, et auraient pour unique fonction non pas de réparer le dommage, mais plutôt d'exécuter, par équivalent monétaire, la prestation attendue du contrat. Les dommages-intérêts contractuels se distinguent pourtant des autres remèdes à l'exécution du contrat tant par leurs fonctions que par leurs conditions de mise en œuvre. Les fonctions des dommages-intérêts contractuels se distinguent nettement de celles des autres remèdes à l'inexécution, qui, tournés exclusivement vers le contrat, visent soit à en assurer la survie en assurant sa bonne exécution, soit à organiser l'anéantissement de la relation contractuelle. Les dommages-intérêts contractuels, eux, ne peuvent jamais viser, par essence, qu'à compenser un dommage, et jamais à exécuter la prestation, le concept même d'exécution par équivalent apparaissant comme une anomalie[896]. Les conditions de

[895] Sur l'exclusion de la responsabilité délictuelle hors du contrat par le tracé d'un domaine réservé de la responsabilité contractuelle, v. *infra*, n° 314 et s.
[896] Sur le rejet du concept d'exécution par équivalent, pour lui préférer le terme de satisfaction du créancier, v. *infra,* n° 318 et s.

mise en œuvre de ces dommages-intérêts les distinguent également des autres remèdes à l'inexécution, puisque ceux-ci suivent le triptyque classique des conditions de la responsabilité civile : fait générateur, dommage et lien de causalité. De nombreux éléments, dans l'histoire qui a précédé le Code civil comme en droit positif, indiquent ainsi que les dommages-intérêts contractuels sont bien l'instrument d'un régime de responsabilité contractuelle.

208. Concours des responsabilités et exclusion de la responsabilité délictuelle. Cette symétrie d'objet et de conditions de mise en œuvre des dommages-intérêts délictuels et contractuels est accentuée par le phénomène, décrit plus haut, d'absorption du fait générateur contractuel par le fait générateur délictuel[897]. Il en résulte une situation de concours des responsabilités délictuelle et contractuelle[898], toutes deux susceptibles de prendre en charge des situations similaires de réalisation d'un dommage, peu importe que ceux-ci découlent d'un fait générateur délictuel ou contractuel. Ce concours entre les responsabilités devra pourtant être systématiquement refusé, et devra se solder par une exclusion de principe de la responsabilité délictuelle du contrat. C'est en effet l'exigence de protection des prévisions contractuelles qui imprime au régime de responsabilité contractuelle ses spécificités, et ces prévisions risqueraient d'être mises à mal par l'intrusion de la responsabilité délictuelle.

209. Degrés du refoulement de la responsabilité délictuelle. Ce refoulement de la responsabilité délictuelle du contrat ne se fera cependant pas avec la même force selon que l'on se rapproche, ou au contraire que l'on s'éloigne de l'objet même du contrat : offrir au créancier la satisfaction de la prestation attendue du contrat. L'exclusion de la responsabilité délictuelle ne prendra donc pas la même forme selon que les dommages-intérêts contractuels poursuivront la même fonction que la responsabilité délictuelle, réparer le dommage, ou bien une fonction spécifiquement contractuelle, la

---

[897] Sur l'absorption du fait générateur contractuel par le fait générateur délictuel, v. *supra*, n° 136 et s.
[898] Il s'agit bien ici d'un véritable concours de normes, qui dépasse le simple « concours d'actions ». V. A. GOUEZËL, *La subsidiarité en droit privé, op. cit.,* n° 39 ; P. ANCEL, « Le concours de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle », *RCA* 2012, n° 2, dossier n° 8, p. 38 et s., spéc. n° 5. D'autres parleront alors d' « opposition de normes ». V. C. DESNOYER, « Du bon usage de la règle *specialia generalibus derogant* : le contre-exemple de la jurisprudence relative à l'articulation des articles 1386 et 1384, alinéa 1er du Code civil », in F. PERALDI-LENEUF et S. SCHILLER (dir.), *Les conflits de normes – Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes,* CRDP Lille II et Mission de recherche droit et justice, 2012, p.128 et s. ; A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse Lyon III, 1975, spéc. n° 368.

satisfaction du créancier. Lorsqu'elles assumeront toutes les deux une fonction de réparation, il existera un véritable conflit de normes, qui se devra se résoudre par la mise en œuvre d'une règle de résolution des conflits de normes, ici le principe de non-cumul, et de fait par la subsidiarité de la responsabilité délictuelle. Cette exclusion ne sera cependant pas aussi définitive que lorsque la responsabilité contractuelle assumera une fonction spécifique de satisfaction du créancier, auquel cas la concurrence de la responsabilité délictuelle sera définitivement écartée par la détermination d'une sphère protégée de la responsabilité contractuelle. L'exclusion de la responsabilité délictuelle hors du contrat peut ainsi être fondée soit sur la concurrence des fonctions (Chapitre I), soit sur la distinction entre les fonctions des responsabilités (Chapitre II).

Chapitre I. L'exclusion fondée sur la concurrence fonctionnelle

210. Conséquences de l'intrusion de la responsabilité délictuelle dans le contrat. Outre l'intrusion, permise par sa généralité, de la responsabilité délictuelle dans la sphère contractuelle, son modèle constitue le prototype même de la responsabilité civile, modèle à partir duquel se structure ainsi la responsabilité contractuelle. Cette construction en miroir permet au régime délictuel de responsabilité de venir se superposer sur le régime contractuel, jusqu'à en ingérer les composantes. Ainsi, outre le phénomène d'absorption du fait générateur contractuel par le fait générateur délictuel que nous avons décrit plus haut, il existe un véritable enchâssement des domaines des responsabilités délictuelle et contractuelle, qui ont par ailleurs vocation à assurer une même fonction, celle de réparer les dommages causés au créancier lésé. La conjonction de ces différents éléments rend inévitable le conflit entre les deux normes de responsabilité, qui ne peut être résolu par la distinction, en amont, de leurs domaines ou de leur nature. On ne peut cependant accepter la potentielle invasion du délictuel dans le champ contractuel, dont il faut préserver les spécificités. Ce conflit latent appelle alors une seule solution : l'établissement d'une hiérarchie entre les deux régimes de responsabilité qui conduira à l'exclusion de la responsabilité délictuelle du contrat.

211. Subsidiarité de la responsabilité délictuelle. C'est l'objet du principe de non-cumul des responsabilités. La responsabilité délictuelle est ainsi désignée comme une norme subsidiaire, dont l'influence s'arrête là où se dressent les frontières de la responsabilité contractuelle. Mais cette exclusion de la responsabilité délictuelle du fait de sa vocation subsidiaire ne peut en principe qu'être temporaire, car cette subsidiarité, si elle implique qu'elle ne puisse pas être mise en œuvre toutes les fois où la règle spéciale, la responsabilité contractuelle, est amenée à régir la situation, impose également son retour dès lors que cette norme est défaillante. La responsabilité délictuelle joue alors le rôle d'un droit commun de la responsabilité, amené à prendre

le relai dès lors qu'aucune autre règle ne peut le faire. Il faudra ainsi établir le sens de cette subsidiarité de la responsabilité délictuelle, pour poser les limites nécessaires au principe de non-cumul des responsabilités. En d'autres termes, la subsidiarité de la responsabilité délictuelle apparaît nécessaire (Section 1), encore faut-il en déterminer le sens (Section 2).

Section 1. Nécessité de la subsidiarité de la responsabilité délictuelle

212. La subsidiarité de la clause générale. De nombreux auteurs ont mis en lumière la nécessité d'attribuer à la responsabilité délictuelle un caractère subsidiaire, en raison des trop nombreuses interférences produites par son extrême généralité avec d'autres normes[899], certaines n'ayant même aucun lien avec la responsabilité civile. Henri MAZEAUD avait ainsi démontré que si l'on laissait se déployer les tentacules de la responsabilité civile délictuelle sans régulation aucune, c'est le droit civil tout entier qui risquait de s'y voir absorbé : recherches en filiation, conséquences d'un divorce[900]… La responsabilité délictuelle vient ainsi parfois se substituer à des règles préexistantes, en remplaçant l'effet spécifique d'une règle dédiée, alors même que l'application de cette règle fait échec à la demande initiale[901], et vient d'autres fois plus simplement compléter les effets de la règle spécifiquement prévue à cet effet, même

[899] La clause générale risque notamment de rentrer en concurrence avec des régimes spéciaux de responsabilité, des règles amenées à régir des situations particulières et prévoyant déjà une indemnisation. C'est le cas de manière flagrante en matière de délits de presse, puisque la loi de 1881 régit déjà spécialement la question de l'indemnisation des dommages causés par de tels agissements. La Cour de cassation a ainsi à plusieurs reprises affirmé le rejet de la clause générale de responsabilité civile dès lors que la situation entrait dans les prévisions de la loi de 1881 (V. Ass. plén., 12 juillet 2000), et plus largement dès lors qu'il s'agissait d'atteintes par voie de presse (V. Civ.1ère, 27 septembre 2005, *RTD civ.* 2006.126, obs. P. JOURDAIN).

[900] H. MAZEAUD, « L'"absorption" des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *op. cit. Adde* H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, op. cit.,* n° 15-2 ; L. JOSSERAND, préface à la thèse d'André Brun. (A. BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, op. cit.*) : ce problème « tend à occuper le centre du droit civil, donc du droit tout entier ; en chaque matière, dans toutes les directions, c'est à lui que l'on aboutit […] ». Plus récemment, T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* 2007, p.227 et s. : « À l'image de l'action *de in rem verso*, la responsabilité délictuelle aurait une vocation essentiellement subsidiaire et ne s'appliquerait qu'en l'absence de toute autre forme de protection ».

[901] V. H. MAZEAUD, « L'"absorption" des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *op. cit.* : l'auteur prend l'exemple de l'action paulienne, prévue à l'article 1342-2 du Code civil, ancien article 1167, qui échouerait faute de preuve de la fraude, et qui devrait alors, selon lui, faire également échec à l'application du principe de responsabilité civile.

lorsque la possibilité d'une condamnation à des dommages-intérêts n'y est pas explicitement prévue[902]. Plusieurs situations de « concurrence », c'est-à-dire pour lesquelles au moins deux règles « ont vocation à s'appliquer à une même situation de fait »[903] peuvent être distinguées : soit cette concurrence ne soulève pas de problème particulier d'incompatibilité, et l'on peut envisager l'option, voire le cumul entre les deux, soit cette concurrence se présente entre deux dispositions aux résultats ou aux objectifs incompatibles[904], et alors se présente un véritable conflit de normes[905]. Si la subsidiarité est a priori amenée à régir toute situation de concurrence, quelle qu'en soit l'issue, afin d'apporter « cohérence » et « ordre » au sein du système juridique[906], elle s'impose d'autant plus lorsque cette concurrence se transforme en conflit. Or, si la responsabilité délictuelle, de par sa généralité excessive, se trouve structurellement en concurrence avec un grand nombre de règles du droit civil, cette concurrence se transforme en un conflit de normes dès lors qu'elle vient contrarier, au moins en partie, les objectifs poursuivis par la règle plus spécifique. C'est ainsi qu'en matière de délits de presse, ou encore d'accidents de la circulation, le cumul est interdit[907]. Chacun de ces régimes spéciaux vise un objectif précis ou du moins ajoute au souci d'indemnisation de la victime, d'autres considérations : protéger la liberté d'expression pour le premier, apporter un supplément de protection à la victime dans la seconde. La subsidiarité de la responsabilité délictuelle s'imposera de la même manière à l'égard

[902] René RODIÈRE distinguait ainsi deux types de situations pour le demandeur : soit les deux normes peuvent régir la situation, et l'on se pose la question d'une option, voire d'un cumul entre les deux, soit l'une d'entre elles ne permet pas de satisfaire le demandeur, la responsabilité contractuelle, et il faut alors se demander s'il peut faire appel à l'autre règle, ici la responsabilité délictuelle : c'est la question du concours de normes. V. R. RODIÈRE, *Étude sur la dualité des régimes de responsabilité, La combinaison des responsabilités, JCP* 1950.I.868, n° 1, cité par J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *op. cit.,* spéc. n° 28.

[903] P. CASSON, « Le subsidiaire et le droit privé », *RRJ* 2001, p.143 et s., spéc. p.153.

[904] Sur les règles antinomiques, v. *infra*, n° 237 et s.

[905] A. GOUEZËL, *La subsidiarité en droit privé,* Economica, 2013, n° 44. *Adde* S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, Varenne, 2013, n° 16 et s. : l'auteur distingue le conflit de normes, qui se situe entre les normes aux finalités incompatibles, et le « concours de normes », entre des normes aux finalités identiques, mais aux résultats différents.

[906] A. GOUEZËL, *La subsidiarité en droit privé, op. cit.,* n° 44 et 46. L'auteur insiste sur le caractère potentiellement néfaste ou inopportun, bien qu'a priori apaisant pour les parties, du cumul ou de l'option, qui n'apportent qu'une réponse ponctuelle au problème de concurrence des normes, et ne participent ainsi pas à leur régulation.

[907] En matière de délits de presse, la Cour de cassation est même allée jusqu'à interdire le recours à la responsabilité délictuelle en cas d'échec des dispositions de la loi de 1881 à traiter de la situation. Antoine GOUEZËL qualifie cette situation de « subsidiarité renforcée », situation désignée comme « anormale ». V. A. GOUEZËL, *La subsidiarité en droit privé, op. cit.,* n° 102 et s.

de la responsabilité contractuelle, lorsque leurs fonctions de réparation du dommage se trouveront en concurrence.

213. Causes du conflit de normes. Contrairement à ce qu'affirme une partie de la doctrine, les dommages-intérêts contractuels sont toujours l'instrument d'une responsabilité contractuelle, et répondent aux mêmes conditions de mise en œuvre que les dommages-intérêts contractuels. Le concours de normes qui en résulte ne suffit pourtant pas à justifier l'exclusion de la responsabilité délictuelle du contrat. Cette exclusion de la responsabilité délictuelle par l'attribution à cette dernière d'un caractère subsidiaire suppose l'existence d'une fonction de réparation des dommages-intérêts contractuels, dont il résulte une véritable concurrence des responsabilités délictuelle et contractuelle, qui pourraient, face à certains types de dommages, avoir toutes deux vocation à intervenir. Elle suppose également l'existence d'un véritable conflit entre les régimes, qui justifie l'exclusion de l'une au profit de l'autre, dès lors que l'on peut constater entre les deux régimes de responsabilité une antinomie[908]. Ainsi à la concurrence entre les responsabilités délictuelle et contractuelle (§1) s'ajoute un véritable conflit entre les deux régimes (§2).

§1. L'existence d'une concurrence entre les normes

214. Négation de la concurrence des normes. L'existence même de cette concurrence entre les régimes contractuel et délictuel de responsabilité est aujourd'hui niée, ou du moins résolue par une partie de la doctrine qui tend à nier soit l'existence d'une véritable responsabilité contractuelle en assignant aux dommages-intérêts contractuels une simple fonction d'exécution par équivalent et en niant leur fonction de réparation, soit au régime de responsabilité contractuelle son autonomie, considérant qu'il peut être fusionné avec la responsabilité délictuelle. Pour rejeter ces deux théories et attester de l'existence d'une véritable concurrence de normes, il nous faudra démontrer tant

[908] S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit*., n° 16 et s. : l'auteur distingue le conflit de normes, qui se situe entre les normes aux finalités incompatibles, et le « concours de normes », entre des normes aux finalités identiques, mais aux résultats différents.

l'existence d'une fonction de réparation des dommages-intérêts contractuels (A), que l'autonomie du régime de responsabilité contractuelle (B).

A. La fonction de réparation de la responsabilité contractuelle

215. Concurrence des fonctions de réparation. Le conflit entre les responsabilités contractuelle et délictuelle est d'abord caractérisé par la concurrence de leurs fonctions de réparation du dommage. Contrairement à ce qu'affirme une partie de la doctrine qui nie l'existence de la responsabilité contractuelle, les dommages-intérêts contractuels peuvent avoir pour fonction de réparer le dommage, et ne sont pas cantonnés à offrir au créancier un substitut à l'exécution du contrat. L'exposé de cette fonction a déjà été fait plus haut, afin de caractériser la dualité de fonctions des dommages-intérêts contractuels, et partant des modes d'exclusion distincts de la responsabilité délictuelle[909]. Il nous appartient désormais d'en faire la démonstration, afin de démontrer l'existence d'une véritable concurrence entre les régimes, qui appelle à une exclusion de la responsabilité délictuelle par sa subsidiarité. Avant d'exposer les contours de cette fonction de réparation (2), il nous faudra en donner une définition (1).

1. Définition de la fonction de réparation des dommages-intérêts contractuels

216. Mise au point : réparation en nature et réparation par équivalent. Avant de procéder à la démonstration d'une fonction de réparation des dommages-intérêts contractuels, il nous faut préciser ce dont on parle quand on évoque la réparation du dommage en matière contractuelle. Il est classiquement exposé que s'offre au créancier de l'obligation inexécutée qui subit un dommage deux manières de le voir réparé : d'une part la réparation en nature, et d'autre part une réparation par équivalent. La réparation en nature s'entendrait des moyens autres que monétaires pour compenser le dommage subi, comme le fait de restituer un bien, ou de détruire ce qui a été fait en

[909] V. *supra*, n° 178 et s.

contravention d'une obligation[910]. Selon le Vocabulaire juridique, seule la réparation en nature opèrerait la *restitutio in integrum* et permettrait de rétablir la situation antérieure au dommage[911]. Si la notion se comprend assez bien en matière délictuelle, en matière contractuelle en revanche, elle se trouve enserrée entre l'exécution et la réparation, et devient difficile à appréhender. Qu'est ce qui justifierait en effet de rattacher des mesures telles que la destruction de ce qui a été fait en contravention de l'obligation contractuelle, ou encore celle de remplacement du bien[912], à l'idée de réparation plus qu'à une forme particulière d'exécution en nature ? Certains auteurs considèrent ainsi que la réparation en nature n'existe pas, soit qu'elle corresponde à une forme d'exécution en nature parmi d'autres[913], voire à une forme de cessation de l'illicite[914], ce qui la disqualifierait comme une véritable forme de réparation[915], soit qu'elle supplante l'exécution en nature, ne laissant exister d'exécution que volontaire[916]. L'autonomie de la notion est ainsi souvent discutée[917], et elle peine à se

[910] Pour certains, elle s'entend plus largement encore de toute condamnation tendant à contraindre le débiteur à exécuter son obligation. En ce cas, il n'y a plus d'exécution forcée, mais seulement une exécution volontaire des obligations, le reste étant alors entendu comme une forme de réparation en nature. V. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* tome III, n° 2303. *Adde* M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation, op. cit.*, p.139 et s.

[911] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit., V°* « réparation », sens 1, A. La distinction est faite entre réparation par équivalent (au sens de réparation en argent), et réparation en nature.

[912] Prévues aux anciens articles 1143 et 1144 du Code civil.

[913] V. Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.,* spéc. n° 66 et s. ; R. DRAGU, *De l'exécution en nature des contrats,* Thèse Paris, 1936 : l'auteur ne reconnaît d'ailleurs aucune autre forme que l'exécution, qui va de l'exécution volontaire jusqu'à l'exécution par équivalent (en argent), en passant par *« l'exécution en nature dérivée »* qui correspond à ce que l'on classe habituellement dans la réparation en nature.

[914] V. C. BLOCH, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, 2008 ; *Adde* C. BLOCH, *Dalloz action droit de la responsabilité et des contrats*, dir. Ph. LE TOURNEAU, spéc. n° 2440 et s. : après avoir distingué cessation de l'illicite et réparation, l'auteur inclut certaines mesures attribuées à la réparation en nature dans la cessation de l'illicite.

[915] V. L. RIPERT, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle,* thèse Paris, 1933, spéc. n° 12 et s. : l'auteur n'admet de réparation qu'en argent ; Z.JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.*, spéc. n° 75 et s.

[916] V. H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, tome III, n° 2303 ; *Adde* M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation, op. cit*., p.142 et s.

[917] V. G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français, chapitre V, rapport français, in M. FONTAINE (dir.), *Les sanctions de l'inexécution de l'obligation contractuelle. Études de droit comparé,* p. 167 et s. L'auteur, après avoir exposé, dans cet article et dans son Traité de droit civil, (V. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit*., spéc. n° 171-1 et *Les effets de la responsabilité, op. cit.,* n° 26 et s.) la distinction entre réparation en nature et exécution en nature, et affirmé l'autonomie de chaque notion, considère finalement que l'on pourrait assez bien se passer de la première.

faire une place en droit positif[918]. L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 10 février 2016 a d'ailleurs explicitement rattaché ces mesures particulières à l'exécution et non à la réparation en nature, puisque l'article 1222 insère les facultés de remplacement et de destruction au sein d'une sous-section portant sur l'exécution en nature. Ainsi, quand bien même le projet de réforme du droit de la responsabilité, publié en mars 2017, consacre la réparation en nature comme une forme autonome et commune aux deux régimes de responsabilité[919], il semble qu'elle n'ait de réalité qu'en matière délictuelle. La réparation en nature ne nous semble en effet pas trouver une place suffisamment significative en matière contractuelle, ce qui justifiera son exclusion de cette étude. En effet, les dommages-intérêts constituent le seul véritable mode de « réparation » commun aux responsabilités contractuelle et délictuelle, ce qui justifie qu'ils soient au centre de nos développements. Par ailleurs, c'est sous cette forme de réparation par équivalent que l'existence même de la responsabilité contractuelle a pu être contestée, et qu'il convient de la restaurer, ici dans sa fonction de réparation.

217. Sens de la réparation en matière contractuelle. La réparation est la fonction classiquement attribuée aux dommages-intérêts, contractuels comme délictuels, visant l'indemnisation, c'est-à-dire le « dédommagement d'un préjudice par la personne qui en est responsable civilement »[920], et ce faisant le « rétablissement de l'équilibre détruit par le dommage »[921], en plaçant celui qui subit le dommage dans un état aussi proche que possible de celui dans lequel il aurait été si le fait générateur de dommage n'avait pas existé. En matière contractuelle, la réparation se décline ainsi au regard de la situation particulière, spécifiquement créée par l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat : il s'agira, pour le débiteur défaillant, de compenser le dommage causé par l'inexécution de son obligation contractuelle à son créancier, afin de placer ce dernier dans une situation aussi proche que possible d'une situation de bonne exécution du contrat. Les dommages-intérêts contractuels viseraient ainsi largement au

[918] La jurisprudence assimile régulièrement les termes réparation et exécution en nature et peine à dégager un régime autonome de la première. V. not. Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.* spéc. n° 70
[919] Articles 1259, 1260 et 1261 du projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017. Le projet est en cela suivi par la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 juillet 2020, dans ses articles 1259 à 1261.
[920] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit*., *V° « Réparation »,* sens 1.
[921] *Ibid*

rétablissement[922] de la situation du créancier. Le terme est alors entendu en réalité comme un synonyme de la compensation du préjudice. C'est d'ailleurs ce sens qui est retenu par les projets de réforme de la responsabilité civile qui attribuent à la celle-ci, délictuelle et contractuelle, une fonction de réparation, entendue comme ayant « pour objet de replacer autant que possible la victime dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu »[923].

218. Hybridité des dommages-intérêts contractuels. Ce rétablissement peut en réalité impliquer deux choses, car les dommages intérêts contractuels sont, d'un point de vue fonctionnel, hybrides : la compensation monétaire qu'ils offrent au créancier lésé peut impliquer une part prospective – l'octroi pour le créancier d'un équivalent monétaire de la prestation attendue du contrat et dont il a été privé – mais ce rétablissement du créancier implique également une part rétrospective visant à effacer les traces de tous les dommages consécutifs à cette inexécution, qui ne peuvent être identifiés à l'absence de la prestation attendue. L'hybridité des dommages-intérêts contractuels vient ainsi combattre l'idée reçue selon laquelle « le contrat est créateur, la responsabilité est protectrice », qui impliquerait que « la responsabilité délictuelle pèse sur des gens qui ont détérioré la situation, la responsabilité contractuelle, sur des gens qui ne l'ont pas améliorée »[924]. Bien qu'ils aient en commun avec les dommages-intérêts délictuels de viser à la compensation d'un préjudice, leur hybridité les distingue en partie des dommages-intérêts délictuels, et cette hybridité nous invite à préciser la fonction de réparation en matière contractuelle. Là où le terme « réparation » est

[922] Le terme est ainsi entendu dans un sens large, comme le « fait de faire cesser l'état dommageable », que ce soit en replaçant la victime dans son état antérieur au dommage, *statu quo ante*, ou bien en lui octroyant un substitut à l'exécution du contrat, et donc en la plaçant dans un état différent que celui dans lequel elle se trouvait avant le dommage. Sur ce point, v. not. E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, op. cit.,* spéc. n° 274. Nous n'en tirons néanmoins pas les mêmes conclusions que l'auteur qui entend assimiler totalement les responsabilités contractuelle et délictuelle, et nier toute forme de dualité de fonctions de la responsabilité contractuelle.

[923] Articles 1258 du projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 et de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 juillet 2020.

[924] T. WEIR, *Encyclopédie,* ch.12, s.6.

souvent entendu comme synonyme de « compensation »[925], son sens se précise dans son opposition à l'autre fonction servie par les dommages-intérêts contractuels : la fonction d'exécution ou, comme nous préfèrerons la nommer, de satisfaction du créancier[926].

219. Distinction et combinaison des fonctions de réparation et de satisfaction. En d'autres termes, l'objectif de compensation du préjudice servi par les dommages-intérêts contractuels permet de les opposer aux mesures d'exécution du contrat, mais englobe tant la réparation que la satisfaction. La réparation, pour sa part, vise plus spécifiquement les cas dans lesquels ces dommages-intérêts vont avoir pour fonction de reconstituer une situation passée brisée par le dommage, en en effaçant le plus possible les traces. En ce sens, la fonction de réparation des dommages-intérêts contractuels s'oppose à la fonction de satisfaction qui, toujours tournée vers le créancier de l'obligation inexécutée, visera à reconstituer une hypothétique situation future, celle dans laquelle le créancier se serait trouvé s'il avait reçu la prestation attendue du contrat. Pour assurer le rétablissement du créancier dans son intégralité, deux types de scénarios contrefactuels sont ainsi mis en œuvre, l'un tourné vers le passé, c'est la dimension rétrospective classique de la responsabilité civile, et l'autre tourné vers le futur contractuel, c'est la dimension prospective particulière à la responsabilité contractuelle. Puisque l'idéal de rétablissement de la situation du créancier implique que les dommages-intérêts le placent dans la situation la plus proche possible de celle qui aurait dû être la sienne si le contrat avait fait l'objet d'une correcte exécution, seule la combinaison de ces deux fonctions complémentaires des dommages-intérêts contractuels permet d'assurer le respect du principe de réparation intégrale du préjudice[927].

---

[925] Pour d'autres développements sur l'objectif de compensation, et non seulement de réparation des dommages-intérêts, v. *supra*, n° 181 et s. Le terme de compensation nous apparaît plus neutre que celui de réparation. De nombreux auteurs emploient néanmoins indifféremment les deux termes, assimilant compenser et réparer le dommage, ne tenant en réalité pas compte, pour la plupart, de la dualité de fonctions de la responsabilité contractuelle. V. not. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité, op. cit.,* spéc. n° 2 ; P. JOURDAIN, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité,* 6ème journées Robert Savatier, PUF, 1998, p.65 et suivantes, spéc. p.69 : qui y oppose la compensation à l'exécution, de la même manière qu'il oppose et distingue les concepts de réparation et d'exécution.

[926] V. *infra*, n° 324 et s.

[927] Sur ce point, v. Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.,* spéc. n° 113.

2. Contours de la fonction de réparation des dommages-intérêts contractuels

220. Les dommages réparés par les dommages-intérêts contractuels. Dans la compensation du préjudice, la réparation se définit par sa complémentarité avec la fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle, mais elle s'en distingue par son effet rétrospectif, qui fait des dommages-intérêts contractuels une véritable mesure de rétablissement du *statu quo ante* de la victime. Démontrer l'existence d'une fonction de réparation assumée par les dommages-intérêts contractuels, c'est vérifier qu'en droit positif, la mise en œuvre de ces dommages-intérêts sert à compenser des pertes distinctes de l'absence de prestation attendue du contrat, et vise ainsi au rétablissement d'une situation passée que le dommage est venu briser. Ainsi, outre l'exigence d'un dommage, qui atteste de l'existence d'un régime de responsabilité contractuelle, c'est la consistance du dommage compensé qui délimitera les contours de la fonction de réparation[928]. Quels sont ces dommages consécutifs à l'inexécution du contrat qui, distincts de l'absence de prestation contractuelle, sont pris en charge par la responsabilité contractuelle ? Il nous faut distinguer selon l'intérêt pris en charge par les dommages-intérêts contractuels. Si la fonction de réparation coïncide parfaitement avec la compensation de l'intérêt négatif du créancier (a), elle peut également être amenée à prendre en charge des intérêts hybrides (b).

[928] C'est ainsi que certains auteurs ont pu critiquer le critère de l'absence de dommage pour analyser la jurisprudence *Bolmont* (sur cette jurisprudence v. *supra*, n° 189 et s.) comme une reconnaissance de la théorie de l'exécution par équivalent, et ont insisté sur la nécessité de s'intéresser à la consistance du dommage pour pouvoir aboutir à cette conclusion. V. not. É. SAVAUX, R.-N. SCHÜTZ, « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs. Réflexions à partir du contrat de bail », *op. cit.*, spéc. n° 15 : « […] l'octroi des dommages-intérêts sans préjudice ne correspond pas nécessairement à une exécution par équivalent. Cela n'est vrai que si leur montant est effectivement à la mesure de l'avantage que le créancier attendait du contrat ». Ils mettent ainsi en lumière l'importance de la consistance du dommage comme critère d'identification des fonctions des dommages-intérêts contractuels, et l'insuffisance de celui de l'existence du préjudice.

a) L'adéquation de la réparation du dommage et de l'intérêt négatif

221. Intérêt positif et intérêt négatif. La distinction entre l'intérêt positif et l'intérêt négatif est une distinction doctrinale formulée au XIX[ème] siècle par JHERING[929] et reprise depuis par plusieurs systèmes juridiques, notamment le droit allemand. Elle ne bénéficie en droit français d'aucune consécration explicite en droit positif, mais semble avoir inspiré certaines solutions jurisprudentielles[930] et dispositions du Code civil adoptées depuis 2016[931]. L'intérêt positif du créancier correspond à l'intérêt que revêt pour lui l'exécution satisfaisante du contrat, ce que l'on désigne également comme l'intérêt d'exécution[932], tandis que l'intérêt négatif correspond à l'intérêt qu'a le créancier à la non-conclusion du contrat[933]. Cette distinction nous sera utile dans l'identification des fonctions poursuivies par les dommages-intérêts contractuels grâce au principe d'équivalence entre le dommage et l'indemnisation, qui guide la détermination du *quantum* de ces dommages-intérêts. Ce principe implique que de la mesure des dommages-intérêts, on puisse déduire la consistance du préjudice, et

[929] R.V. JHERING, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites* (1860), in *Œuvres choisies*, t.II, trad. O.DE MEULENAERE, Paris, Marescq, 1893, p.1, spéc. p.16 et s. L'auteur utilise cette distinction pour répondre à la question des dommages-intérêts dans le cadre de la responsabilité précontractuelle et de la responsabilité mise en œuvre en cas de nullité du contrat. Il conclura plus loin qu'en présence d'un contrat entaché de nullité, on ne doit prendre en compte que l'intérêt qu'avait le créancier à la non-conclusion dudit contrat, autrement dit l'intérêt négatif.

[930] En droit français, on peut déceler une forme de consécration de cette distinction dans la jurisprudence concernant la rupture des pourparlers. La Cour de cassation, dans le célèbre arrêt *Manoukian* (Com., 26 novembre 2003, V. not. *GAJC*, t.2, *op. cit.* n° 162) a rejeté, en cas de rupture fautive des pourparlers, l'indemnisation de la « perte de chance de réaliser les gains espérés du contrat », qui s'apparenterait à l'indemnisation de l'intérêt contractuel positif, pour ne retenir que l'indemnisation des frais engagés pour la conclusion du contrat, c'est-à-dire l'intérêt négatif. Néanmoins, elle ne fait mention de cette distinction nulle part et préfère se fonder sur le terrain du lien de causalité. Si certains auteurs plaident pour l'introduction de ces concepts en droit français, notamment concernant la nullité des contrats, son intégration reste globalement un échec. V. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.,* spéc. n° 108.

[931] Article 1112, alinéa 2, Code civil : « En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser ni la perte des avantages attendus du contrat non conclu, ni la perte de chance d'obtenir ces avantages » et article 1116, alinéa 3, Code civil : « Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat ».

[932] R.V. JHERING, *op. cit.,* spéc. p.16 : « […] intérêt au *maintien*, donc à l'*exécution* du contrat […] » ; H. BOUCARD, *Répertoire de droit civil, V°* « Responsabilité contractuelle », spéc. n° 460 ; Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.*, spéc. n° 110.

[933] R.V. J HERING, *op. cit.,* spéc. p.16. *Adde* Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.,* spéc. n° 119.

inversement[934]. Ainsi, la compensation de l'intérêt positif aura nécessairement pour but de placer le créancier dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté[935], tandis que la compensation de l'intérêt négatif visera à rétablir le créancier dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu[936].

222. Fonction rétrospective et compensation de l'intérêt négatif du créancier. Les dommages-intérêts, lorsqu'ils prennent en charge l'intérêt négatif, compensent ainsi un préjudice lié à la conclusion du contrat. Il en est ainsi, par exemple, lorsque le créancier victime de l'inexécution demande la compensation de frais qu'il a engagés pour la conclusion ou à l'exécution du contrat[937], exception faite des frais dits « préparatoires » à la conclusion du contrat[938]. Lorsqu'ils compensent l'intérêt négatif, les dommages-intérêts sont alors tournés vers le passé, et tendent à rétablir le *statu quo ante* de la victime ; la responsabilité contractuelle est dès lors indubitablement rétrospective. Il faut néanmoins préciser ce que recouvre ici la notion d'intérêt négatif, qui peut dans certains cas être difficile à distinguer de l'intérêt positif[939].

---

[934] V. not. H. BOUCARD, *op. cit.*, spéc. n° 444 : « la teneur du préjudice contractuel est la mesure des dommages-intérêts en vertu du principe d'équivalence ».

[935] R.V. JHERING, *op. cit.,* spéc. p.16 : « […] et dans ce cas [l'intérêt au maintien du contrat] l'acheteur obtiendrait en argent l'équivalent de tout ce qu'il aurait eu en cas de validité du contrat » ; Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.*, spéc. n° 110 : « […] dans la même situation patrimoniale que celle où il se serait trouvé si l'obligation avait été complètement et ponctuellement exécutée » ; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit*., spéc. n° 1009.

[936] R.V. JHERING, *op. cit.,* spéc. p.16 : « […] il obtiendrait ce qu'il aurait eu si le fait extérieur de la conclusion du contrat n'avait point existé » ; *Adde* Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.*, spéc. n° 106, l'auteur précise : « si le contrat n'avait pas été conclu avec un débiteur défaillant ».

[937] R.V. JHERING, *op. cit.,* n° 9, spéc. p.19 et 20 ; *Adde* Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.,* spéc. n° 126 et 127 : l'auteur fournit un ensemble détaillé d'illustrations de cet intérêt négatif.

[938] Les frais engagés au cours de la période précontractuelle ne semblent pas pouvoir être pris en compte au titre de l'intérêt négatif, puisque la compensation de cet intérêt vise à replacer le créancier dans la situation qui aurait été la sienne avant la conclusion du contrat, et non avant le début des négociations. V. not. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.,* spéc. n° 126. La question de leur indemnisation ne se poserait alors que lorsque la responsabilité précontractuelle de l'un des [potentiels] contractants est engagée, notamment en cas de faute dans la rupture des pourparlers.

[939] V. not. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.,* n° 127, spéc. p. 185. L'auteur illustre ce recoupement des notions d'intérêt positif et négatif à l'aide du célèbre exemple proposé par Lon L.FULLER du troupeau contaminé par une bête malade : ce dommage ne se serait pas produit si le contrat avait été correctement exécuté, ce qui correspond à l'intérêt positif du créancier à l'exécution, mais il ne serait pas non plus produit si le contrat n'avait pas été conclu, ce qui renvoie cette fois à l'intérêt négatif. V. L.L. FULLER, W. PERDUE, « The Reliance Interest in Contract Damages », (1936-1937), 46 *Yale LJ*, 52 (Part I), 373 (Part II), spéc. p.75.

223. L'exemple des dépenses nécessaires à la conclusion ou l'exécution du contrat. L'exemple des dépenses engendrées pour les besoins de la conclusion ou de l'exécution du contrat, et restant à la charge du créancier, est sur ce point éclairant[940]. En cas d'inexécution, ces dépenses peuvent constituer un dommage qui ne se serait pas produit si le contrat n'avait pas été conclu, mais qui se serait tout de même produit si le contrat avait été correctement exécuté. Prenons l'exemple du passager victime d'un retard de train : il se peut que ce passager ait, afin de prendre ce train, engagé certains frais, soit pour la conclusion du contrat – ce sera le cas si, afin de réserver son billet par internet de son mobile, il a spécialement acheté du forfait internet –, soit pour son exécution, si par exemple il a dû parcourir en voiture une certaine distance jusqu'à la gare, voyage lui ayant occasionné des frais d'essence. En effet, les dépenses auraient eu lieu que le contrat soit exécuté ou non, mais elles seront vaines, et constitueront un dommage réparable au titre de l'intérêt négatif, seulement s'il y a inexécution[941]. Au titre de l'intérêt positif en revanche, ces dépenses ne pourront donner lieu à aucune condamnation à des dommages-intérêts, car elles constitueront ce qu'un auteur a qualifié de « préjudice accepté » par le créancier à la conclusion du contrat[942]. La fonction de réparation de la responsabilité contractuelle est ainsi parfaitement illustrée lorsqu'elle prend en charge cet intérêt négatif du créancier ; elle se désintéresse de l'exécution du contrat, pour ne se préoccuper que de la situation du débiteur lésé.

224. Responsabilité contractuelle et résolution. Un préjudice bien particulier illustre parfaitement cette fonction de réparation de la responsabilité contractuelle. Il s'agit du préjudice compensé par les dommages-intérêts additionnels à la résolution puisque, comme le permet l'article 1217 du Code civil, le créancier lésé par l'inexécution du

---

[940] On en trouve de nombreuses illustrations en jurisprudence, sans que celle-ci les qualifie d'intérêt négatif ou positif, cette classification n'étant pas réellement adoptée en droit français. V. Civ.1ère, 16 mai 2013, pourvoi n° 12-19.032, pour la compensation des dépenses engagées par un médecin en vue d'un contrat d'exercice privilégié à la suite de l'inexécution de celui-ci par la clinique.

[941] Il faut ici distinguer ces dépenses liées à la conclusion ou l'exécution du contrat, devenues inutiles à la suite de l'inexécution, des dépenses rendues nécessaires par l'inexécution même, qui seront traitées au titre de l'intérêt positif. Il s'agit ici notamment de toutes les dépenses effectuées par le créancier pour limiter ou effacer les conséquences dommageables de l'inexécution. V. not. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité, op. cit.,* spéc. n° 179-5 ; Y.-M. LAITHIER*, Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.,* spéc. n° 116 ; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* spéc. n° 1011.

[942] V. A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, LGDJ, 2007, spéc. n° 45 et 57 : qui distingue le sort de ce dommage selon que le créancier choisit la réparation de son intérêt positif ou de son intérêt négatif. Lorsqu'il demande compensation de l'intérêt positif, le dommage constitué par les frais engagés constituerait alors une forme de « préjudice accepté » par le créancier dès la conclusion du contrat

contrat peut cumuler tout remède à l'inexécution du contrat avec la compensation des « conséquences de l'inexécution »[943]. La nature contractuelle de cette responsabilité ne fait pas débat, tout d'abord parce que le préjudice que les dommages-intérêts additionnels à la résolution visent à compenser découle directement de l'inexécution du contrat, et non de sa résolution. Ensuite, parce que la résolution du contrat a pour but de remédier à l'inexécution d'un contrat valablement formé en y mettant fin et en replaçant les parties dans la situation qui serait la leur si ce contrat n'avait pas été exécuté. La remise en état des parties qui suit la résolution vise alors à éviter tout enrichissement sans cause de l'une ou l'autre partie[944]. Contrairement à la nullité, la rétroactivité de la résolution ne vise ainsi qu'à mettre en place le jeu des restitutions, sans nier l'existence du contrat – ce qui explique la nature contractuelle de la responsabilité qui l'accompagne[945]. Les dommages-intérêts peuvent alors épauler les restitutions dans cet objectif de remise en état.

225. Réparation du préjudice de résolution. Mais quel préjudice peuvent-ils prendre en charge pour satisfaire cet objectif ? Thomas GENICON, s'inspirant ici de la doctrine italienne, le nomme « préjudice de résolution » : il s'agit du « dommage qui subsiste malgré le prononcé de la résolution du contrat et qui est différent de celui qui suit immédiatement l'inexécution »[946]. Bien que découlant de l'inexécution et non de la résolution, ce dommage ne peut donc être apprécié qu'une fois les restitutions effectuées. Or, une chose est certaine, c'est qu'une fois que le créancier a récupéré ce qu'il avait fourni au débiteur en échange de sa prestation, il ne peut plus demander qu'on lui accorde l'équivalent de la prestation attendue du contrat, à moins de l'enrichir injustement. La résolution, et les restitutions qui l'accompagnent, ont pour fonction de rétablir un *statu quo ante*, de remettre les choses dans un état antérieur à l'inexécution

[943] Article 1217 du Code civil issu de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations qui dispose que « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : […] provoquer la résolution du contrat, demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages-intérêts peuvent toujours s'y ajouter ». Cette possibilité de cumuler résolution et dommages-intérêts était déjà prévue par l'ancien article 1184 du Code civil.
[944] Sur la différence de nature entre résolution et nullité, v. *supra*, n° 450 et s.
[945] V. *supra*, n° 451 et s.
[946] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.,* n° 1029.

en effaçant les traces de ses conséquences dommageables[947]. Les dommages-intérêts demandés en plus de la résolution devront logiquement suivre la fonction de la sanction principale, et ainsi viser au rétablissement du *statu quo ante* – en compensant les dommages que les restitutions n'ont pas suffi à traiter – et ne pourront donc pas avoir pour fonction la satisfaction du créancier[948]. Ils compensent alors en ce cas un préjudice similaire à celui pris en charge par les dommages-intérêts pouvant accompagner le prononcé de la nullité du contrat[949] : l'intérêt du créancier à la non-conclusion du contrat. Cette apparente coïncidence entre compensation de l'intérêt négatif et réparation du dommage explique probablement que la fonction de réparation des dommages-intérêts contractuels additionnels à la résolution n'ait que rarement été questionnée[950], la compensation du « préjudice de résolution »[951] étant souvent présentée par la doctrine comme ne pouvant correspondre qu'à l'indemnisation de l'intérêt négatif du créancier[952]. Le débat portant sur l'existence de la responsabilité contractuelle – et donc sur sa fonction de réparation – s'est ainsi concentré avant tout sur les dommages-intérêts demandés à titre principal, et non additionnels à un autre remède à l'inexécution. Nous verrons ultérieurement que la compensation de l'intérêt

---

[947] Cette fonction de rétablissement de *statu quo ante* était présente dans la lettre de l'article 1183 ancien du Code civil, qui précisait que la condition résolutoire « […] opère la révocation de l'obligation et [qui] remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé ». La réforme du droit des contrats n'a pas retenu cette formule, lui préférant une formulation succincte et plus ambigüe à l'article 1129 : « La résolution met fin au contrat », tout en précisant ensuite les conditions des restitutions ; *Adde* T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit,* LGDJ 2007, spéc. n° 893 à 895 : l'auteur désigne les effets de la rétroactivité de la résolution et des restitutions comme une *« petite remise en état ».*

[948] V. A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.,* spéc. n° 46 et 54 ; Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.*, spéc. n° 145 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité,* thèse LGDJ 1992, spéc. n° 181 et 182 (l'auteur pose une similitude entre le préjudice lié au contrat résolu et celui né du contrat annulé) ; M. FABRE-MAGNAN, *Les obligations,* PUF, 2004, spéc. n° 222 ; *Contra* V. not. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil,* t.2, 8ème éd. 1921, n° 1317.

[949] Pour une distinction entre les dommages-intérêts accompagnant la résolution du contrat et ceux accompagnant la nullité du contrat, v. *infra*, n° 451 et s.

[950] Reprenant les termes de Philippe RÉMY, Thomas GENICON qualifie ainsi l'étude de la responsabilité contractuelle en cas de résolution du contrat de « question oubliée ». V. not. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* p.715 ; *Adde* Ph. RÉMY, « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages-intérêts », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat, La sanction du droit,* PUF, Paris, 2001, p.121.

[951] Le préjudice qui subsiste aux restitutions et aux divers effets du prononcé de la résolution est couramment appelé « préjudice de résolution », et correspond, selon les termes de Thomas GENICON au « dommage qui subsiste malgré le prononcé de la résolution du contrat et qui est différent de celui qui suit immédiatement l'inexécution » ; V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* spéc. n° 1092 et s.

[952] Selon certains auteurs, cette présentation est néanmoins réductrice. V. not. Ph. RÉMY, « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages-intérêts », *op. cit.* ; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* spéc. n° 1033 et s. : ces deux auteurs réfutent l'incompatibilité de la compensation de l'intérêt positif et de la résolution du contrat.

positif n'est pourtant pas nécessairement incompatible avec la compensation du préjudice de résolution, qui s'écarte en ce cas substantiellement du préjudice compensé par les dommages-intérêts accompagnant la nullité du contrat[953].

226. Réserves de la doctrine à l'égard de la compensation de l'intérêt négatif. L'indemnisation de l'intérêt négatif par les dommages-intérêts contractuels, si elle correspond bien à une réalité du droit positif français, n'a pourtant pas la faveur de la doctrine, laquelle, dans un souci de sauvegarde de la force obligatoire du contrat, considère que les suites de l'inexécution du contrat doivent être compensées exclusivement sur la base de l'intérêt positif, reléguant l'intérêt négatif à la seule période précontractuelle[954]. Cette association par la doctrine de la responsabilité contractuelle à la compensation d'un intérêt positif est pourtant battue en brèche par le constat de la prise en charge, par les dommages-intérêts contractuels, de la réparation des dommages consécutifs à l'inexécution, et de leur effet rétrospectif. Il ne faudrait pas pour autant nécessairement réduire la fonction de réparation des dommages-intérêts contractuels à la compensation de l'intérêt négatif. Si la compensation de l'intérêt à l'exécution du contrat, l'intérêt positif, apparaît de prime abord tournée seulement vers l'avenir, ou du moins l'établissement d'une situation nouvelle[955], elle n'est en réalité pas totalement incompatible avec la fonction de réparation.

---

[953] V. *infra*, n° 451 et s.

[954] V. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.,* spéc. n° 131. L'auteur oppose les doctrines « civilistes », dont celle développée par JHERING, à celles de *Common law*, ouvertes à la prise en compte de l'intérêt négatif pour la compensation des dommages découlant de l'inexécution. Cet auteur, ayant théorisé la compensation de l'intérêt négatif, invitait d'ailleurs à penser différemment la force obligatoire d'un contrat ou d'une promesse, ce qui explique certainement une vision différente de la mesure des dommages-intérêts, incluant les intérêts positif et négatif. V. L.L. FULLER, W. PERDUE, « The Reliance Interest in Contract Damages », (1936-1937), 46 *Yale LJ*, 52 (Part I), 373 (Part II), spéc. p.57 et s.

[955] V. L.L. FULLER, W. PERDUE, *op. cit.*, spéc. p.53 à 56 : qui associent régulièrement la compensation du *reliance interest* à un effet rétrospectif des dommages-intérêts (p.54 :*« to put him in as good a position as he was before the promise was made »*) et au contraire l'indemnisation de l' *expectation interest* à un effet prospectif (p.53 : *« we compensate the plaintiff by giving him something he never had »* ; p.54 *« put the plaintiff in as good position as he would have occupied had the defendant performed his promise »*). Cette opposition est résumée par les auteurs de la manière suivante, p.56 : *« The law no longer seek merely to heal a disturbed status quo, but to bring into being a new situation »*.

b) La compatibilité de la réparation du dommage et de l'intérêt hybride

227. Dommages-intérêts extrinsèques et fonction de réparation. Outre la prise en charge de l'intérêt « strictement » négatif que nous venons de décrire, il subsiste une catégorie de dommages qui ne correspondent ni à l'absence de l'avantage attendu du contrat, et n'a donc pas vocation à être pris en charge par la fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle[956], ni à cet intérêt strictement négatif caractéristique de la réparation. Il s'agit cette fois du dommage qui « ne se serait pas produit, non seulement si le contrat avait été correctement exécuté, mais également si le contrat n'avait pas été conclu, c'est-à-dire s'il n'avait donné lieu à aucun type de relation entre les contractants »[957]. Le dommage, en ce cas, est bien causé par l'inexécution, mais également, en amont, par la conclusion du contrat elle-même. C'est la conclusion du contrat qui a créé l'environnement propice à la réalisation du dommage, par la suite définitivement causé à l'occasion de l'inexécution. Ce type de dommage correspond, dans les faits, à la définition des dommages extrinsèques[958], c'est-à-dire touchant non pas à l'objet même du contrat, mais aux autres biens du créancier, voire à sa personne[959], et qui ne s'identifie donc pas à la simple frustration du créancier de n'avoir pas reçu la prestation attendue[960]. La compensation de ces dommages, qui correspondront souvent aux dommages corporels – lorsque le contrat n'a pas pour objet principal la préservation ou la guérison du corps du créancier – ou encore aux dommages moraux – atteintes à la réputation par exemple[961] –, puisqu'elle ne correspond pas à la fonction de satisfaction du créancier, relèvera de la fonction de

[956] V. *infra*, n° 339 et s.
[957] A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.,* spéc. n° 23 et 45.
[958] V. *infra*, n° 346 et s.
[959] En vertu du principe de réparation intégrale, tous les types de dommages seront compensés, corporels comme moraux. V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* spéc. n° 597.
[960] Pour plus de développements sur les notions de dommages intrinsèques, extrinsèques, consubstantiels ou consécutifs, v.*infra*, les développements sur la fonction de satisfaction du créancier, n° 339 et s.
[961] V. A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.,* spéc. n° 37 : l'auteur offre un exemple de ce type de dommage dans le cas de l'inexécution d'un contrat de distribution par le fournisseur qui a pour conséquence pour le distributeur non seulement une perte de profits, mais aussi une atteinte à son image et à sa réputation auprès de ses clients insatisfaits. On pourrait ici reprendre l'exemple du retard du train qui, en plus d'empêcher l'avocat de plaider, et lui faire perdre une chance de gagner ce procès, endommage sévèrement sa réputation.

réparation de la responsabilité contractuelle. La particularité, face à ces dommages causés tant par la conclusion du contrat que par son inexécution, réside dans la nature hybride de l'intérêt pris en charge par leur compensation, à cheval entre l'intérêt positif à l'exécution du contrat, et l'intérêt négatif à la non-conclusion du contrat.

228. Difficulté face à des intérêts hybrides. Contrairement au dommage qui caractérise la fonction de satisfaction, lequel ne peut correspondre qu'à la lésion d'un intérêt strictement positif[962], la compensation du dommage découlant de l'inexécution du contrat, mais qui aurait pu être évité si le contrat n'avait pas été conclu, peut se faire tant sur la base de l'intérêt positif que de l'intérêt négatif du créancier[963]. Prenons ici le célèbre exemple proposé par POTHIER[964], et que l'on retrouve chez FULLER et PERDUE[965], de l'acquisition d'une bête malade qui contamine le troupeau de son acquéreur. Le propriétaire du troupeau subit tout d'abord un dommage du fait de n'avoir pas reçu l'animal sain qu'il attendait, dommage intrinsèque, mais également du fait d'avoir perdu une partie de son troupeau, contaminés par l'animal malade, cette fois qualifié de dommage extrinsèque. Que visent alors les dommages-intérêts qui viennent compenser ce dommage causé par l'inexécution du contrat, mais qui ne correspond pas à l'absence de l'avantage attendu du contrat ? Puisque ce dommage aurait pu être évité si le contrat avait été correctement exécuté, à savoir si l'animal fourni n'avait pas été malade, les conséquences de ce dommage pourront être effacées par l'établissement d'une situation équivalente à une correcte exécution du contrat. Les dommages-intérêts peuvent donc compenser cette perte subie sur la base de l'intérêt positif du créancier. Mais la réalisation de ce dommage est également due, en amont de la chaîne de causalité, à la seule conclusion du contrat, puisque c'est l'accord conclu entre les parties pour la livraison d'une nouvelle bête qui a permis la contamination du troupeau, fait qui ne se serait pas produit si les parties n'étaient pas entrées en contact. Pour faire disparaître ce dommage, les dommages-intérêts peuvent donc faire appel à l'intérêt négatif, et s'attacher à rétablir une situation équivalente à la non-conclusion

[962] V. *infra*, n° 341 et s.
[963] V. P. JOURDAIN, G. VINEY, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité, op. cit.,* spéc. n° 179-7.
[964] POTHIER, *Traité des obligations, op. cit.,* n° 166, p.191.
[965] L.L. FULLER, W. PERDUE, *op. cit.*, spéc. p.75.

du contrat. Face aux dommages extrinsèques, qui touchent une forme d'intérêt hybride, la distinction entre intérêt positif et intérêt négatif est ainsi mise à l'épreuve[966].

229. Fonction rétrospective et compensation de l'intérêt positif. Le caractère hybride de ce type de dommage implique que la compensation de l'intérêt positif puisse, dans ce cas particulier, être compatible avec la fonction de réparation de la responsabilité contractuelle. En effet, si la compensation du dommage peut, en matière contractuelle, conduire soit à rétablir le passé, soit à faire advenir un futur contractuel espéré, la compensation des dommages extrinsèques ne peut se faire que selon un seul type de scénario contrefactuel, qui conduit toujours à rétablir un *statu quo ante*, une situation passée, et non à accorder un avantage contractuel. Pour ces dommages, l'octroi d'un substitut à l'exécution ne permettrait donc pas de compenser l'équilibre rompu par le dommage ; les dommages-intérêts vont nécessairement regarder vers le passé, et rétablir une situation qui n'aurait pas pu exister si le contrat n'avait pas été conclu, mais qui, une fois le contrat conclu, aurait pu être évitée par une correcte exécution des obligations contenues par lui[967]. Lorsqu'ils compensent ces dommages particuliers, les dommages-intérêts contractuels réparent, rétablissent ce passé perdu par la survenance du dommage. Mais la particularité réside dans le fait qu'en réparant, ils effacent ici non seulement les traces de la conclusion du contrat, mais également de son inexécution ; ils compensent ensemble l'intérêt à la non-conclusion du contrat et l'intérêt à sa correcte exécution, sans pour autant accorder l'avantage attendu du contrat. La fonction de réparation de la responsabilité contractuelle s'incarne ainsi dans la compensation, par les dommages-intérêts contractuels, tant de l'intérêt strictement négatif, que d'un intérêt hybride, à cheval entre intérêt négatif et positif.

230. Synthèse. Lorsqu'ils prennent en charge la compensation de dommages correspondant à l'intérêt négatif – intérêt qu'avait le créancier à la non-conclusion du contrat – ou à un intérêt hybride – lorsque le dommage est causé à la personne ou aux

[966] Ce constat est d'ailleurs fait par divers auteurs. V. not. P. JOURDAIN, G. VINEY, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité, op. cit.,* spéc. n° 179-7 ; A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.,* spéc. n° 45 et 57 ; Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.,* n° 127, spéc. p.185 ; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* spéc. n° 1014.

[967] C'est d'ailleurs cet élément qui permet de distinguer ces dommages extrinsèques, des dommages qui sont consécutifs à l'inexécution, mais qui correspondent à l'avantage attendu du contrat, et ne sont causés que par l'inexécution du contrat. V. *infra*, n° 349 et s.

biens du créancier qui ne sont pas l'objet du contrat – les dommages-intérêts contractuels poursuivent une fonction de réparation, tournée vers le rétablissement d'un *statu quo ante* du créancier contractuel. L'analyse du droit positif atteste ainsi de l'existence d'une telle fonction de réparation des dommages-intérêts contractuels, et partant de la responsabilité contractuelle, qui crée entre les régimes de responsabilité une concurrence.

B. L'autonomie du régime de responsabilité contractuelle

231. Négation de la concurrence des normes et réduction du champ contractuel. Une partie de la doctrine a proposé de mettre fin à cette concurrence, et au trouble qu'elle sème dans la délimitation des domaines contractuel et délictuel, en faisant disparaître l'un des éléments du problème, la responsabilité contractuelle. L'une de ces voies, nous l'avons vu, vise à nier l'existence d'une telle responsabilité en transférant la charge de dommages caractéristiques de la fonction de réparation à la seule responsabilité délictuelle, réduisant ainsi le champ des dommages-intérêts contractuels à une fonction d'exécution du contrat[968].

232. Négation de la concurrence des normes et fusion des régimes contractuel et délictuel. La seconde proposition suit un chemin presque inverse, mais aboutit à un résultat semblable. Loin de nier l'existence ou la nature de la responsabilité contractuelle, certains auteurs partent au contraire de la démonstration d'une unité de nature des responsabilités contractuelle et délictuelle, pour en faire découler une nécessaire unité de leurs régimes. La distinction même entre les responsabilités est alors reniée, pour laisser la place à une fusion des régimes contractuel et délictuel. Formulée pour la première fois par Jean GRANDMOULIN[969], cette thèse n'est pas nouvelle, mais elle connaît un certain renouveau, se proposant comme la solution aux problèmes insurmontables de définition des frontières entre les responsabilités. Dans sa thèse dédiée à la remise en cause de la distinction entre les responsabilités,

[968] V. *supra*, n° 164 et s.
[969] J. GRANDMOULIN, *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, 1892.

Emmanuelle JUEN s'attelle d'ailleurs, après avoir démontré l'unité de nature des responsabilités[970], à dénoncer « l'illusion » de la dualité de régimes[971], pour mieux affirmer leur unité, et ce en exposant en premier lieu les « failles de la présentation classique »[972], présentation qui se fonde sur la distinction des régimes, pour en second lieu proposer la « solution d'un régime unique de la responsabilité civile »[973]. Ces « failles » que l'auteur identifie dans le système fondé sur la distinction des responsabilités correspondent précisément à toutes les situations bien connues dans lesquelles les frontières entre responsabilité délictuelle et contractuelle, et plus largement entre responsabilité délictuelle et contrat, sont brouillées : précontractuel, post contractuel, questions liées à l'existence du contrat, à son contenu et enfin réparation du dommage causé au tiers. La réponse à toutes ces questions serait unique, et aurait l'avantage de la simplicité[974] : faire disparaître la distinction, et avec, le problème des frontières.

233. La thèse de la fusion des régimes. Pour prévaloir, la thèse de la fusion des régimes doit cependant lever un obstacle dirimant : l'existence de spécificités du régime contractuel de responsabilité, fondées sur le respect des prévisions contractuelles. Impossible pourtant de supprimer cette exigence, sans remettre en cause l'essence même du contrat, acte de prévision[975]. Les auteurs favorables à cette thèse proposent dès lors d'intégrer cette exigence au régime unique de responsabilité, incarné par la responsabilité délictuelle, niant à l'exigence de prévisibilité toute spécificité contractuelle[976]. La thèse d'Emmanuelle JUEN s'attache ainsi à mettre au jour des similitudes entre les idées de prévisibilité en matière délictuelle et contractuelle. Selon cette thèse, en matière contractuelle, la prévisibilité du dommage doit s'entendre non pas de ce qui est prévisible pour les parties en tant que destinataires de la norme, mais en tant qu'auteurs de cette norme. La particularité de la norme contractuelle réside en

---

[970] E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, LGDJ, 2016, spéc. Première Partie intitulée « La réalité de l'unité de nature entre la " responsabilité contractuelle " et la responsabilité délictuelle ».
[971] *Ibid,* Deuxième Partie, n° 362 et s.
[972] *Ibid*, Titre I de la Deuxième Partie, n° 365 et s.
[973] *Ibid*, Titre II de la Deuxième Partie, n° 541 et s.
[974] *Ibid.,* n° 652 : l'auteur oppose la « simplicité » de la fusion à l'« artificialité » du choix du régime par les juges.
[975] H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », *op. cit.*
[976] E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, op. cit.,* n° 630 : qui qualifie la prévisibilité de « fausse spécificité contractuelle ».

effet dans le fait que ceux qui sont les auteurs de cette norme en sont également les destinataires : les parties au contrat créent la norme contractuelle, et deviennent par la suite débiteurs et créanciers des obligations que celle-ci contient[977]. Or c'est également de cette manière que doit s'apprécier la prévisibilité en matière délictuelle, à l'égard de l'auteur de la norme, c'est-à-dire du législateur, et non de ceux qui la reçoivent. S'il n'est pas possible, face à des obligations de nature délictuelle, de prévoir en amont la réalisation d'un type de dommage, il est revanche tout à fait possible de découvrir ce que le législateur a prévu lorsqu'il a rédigé cette norme. En matière délictuelle comme en matière contractuelle, l'idée de prévisibilité, appréciée au regard de l'auteur de la norme, viendrait donc limiter l'étendue de la réparation. Cette remise en cause de la prévisibilité comme spécificité contractuelle à partir de la prise en compte non pas des prévisions des parties au contrat, mais de l'auteur de la norme quelle qu'elle soit, est partagée par une certaine doctrine favorable à la fusion des régimes. On en trouve notamment trace, sous une forme amendée, dans la thèse de Marie DUGUÉ. Selon l'auteur, le déclin de l'autonomie de la volonté ferait en réalité céder l'impératif de respect des prévisions contractuelles devant un autre, classique celui-là, de respect de la volonté de l'auteur de la norme, connu de la responsabilité délictuelle[978]. L'assimilation faite par ces auteurs entre les normes contractuelle et délictuelle ne nous apparaît pourtant pas tout à fait exacte.

234. Rejet de la fusion des régimes : obstacle théorique. Ce parallèle entre l'auteur de la norme contractuelle et celui de la norme délictuelle est en réalité imparfait précisément en raison de la « double casquette » des parties au contrat, à la fois auteurs et destinataires de la norme contractuelle, ce que l'on ne peut transposer à la norme délictuelle. Or l'exigence de prévisibilité qui existe en matière contractuelle s'impose aux parties au contrat en tant que destinataires et non auteurs de la norme contractuelle. Si c'est bien en tant qu'auteurs de cette norme qu'elles font du contrat le réceptacle de leurs prévisions, c'est parce qu'elles reçoivent cette norme, qu'elles doivent pouvoir en anticiper les effets, et notamment ceux liées à la réparation des dommages causés par l'inexécution du contrat. C'est parce qu'elles ont accepté de s'imposer des obligations nouvelles, qui les contraignent, que les parties doivent en maîtriser les

[977] *Ibid*, n° 630.
[978] V. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 431.

risques. À l'inverse, le fait que le dommage soit prévisible pour l'auteur de la norme délictuelle, le législateur, n'a aucun intérêt en termes de gestion des risques pour ses destinataires. La maîtrise de la répartition des risques du contrat constitue en quelque sort la « contrepartie » nécessaire à l'engagement contractuel, qui ne peut trouver aucun équivalent en matière délictuelle. Le projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 ne remet d'ailleurs pas en cause cette originalité du régime contractuel[979]. Enfin, il faut relever que l'extension, préconisée par ces auteurs, de l'exigence de prévisibilité à la responsabilité délictuelle, impliquerait l'exportation, dans cette matière, de toutes les règles contractuelles spécifiques découlant de cette exigence. La fusion des régimes se ferait alors à la condition que le régime de la responsabilité délictuelle, destinée à absorber le régime contractuel, s'adapte[980], au risque de se travestir[981]. La création d'un régime unique se ferait ainsi au détriment de la cohérence de la responsabilité délictuelle ; c'est là une solution qui nous semble radicale et qui ne trouve pas d'autre justification profonde que les difficultés inhérentes à la distinction des responsabilités.

235. Rejet de la fusion : nuance des apports pratiques. Outre les obstacles théoriques, la thèse de la fusion, présentée comme une réponse aux difficultés pratiques de la distinction entre les responsabilités, ne permet en réalité pas totalement de lever ces obstacles pratiques, et en crée même de nouveaux. C'est tout d'abord l'argument du droit comparé qui est utilisé pour remettre en question l'opportunité de la distinction des régimes de responsabilité en droit français. Or, outre le fait que la fonction du droit comparé n'est pas nécessairement de permettre l'importation de construction légales, jurisprudentielles ou doctrinales nées à l'étranger, l'analyse des systèmes étrangers et des textes internationaux ne nous conduit pas forcément à l'abandon de la distinction. En effet, si le principe de non-cumul des responsabilités constitue une spécificité –

[979] Article 1251, selon lequel : « Sauf faute lourde ou dolosive, le débiteur n'est tenu de réparer que les conséquences de l'inexécution raisonnablement prévisibles lors de la formation du contrat ».
[980] V. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.,* n° 493 : « L'intégration de l'inexécution de la convention à la faute délictuelle "contaminerait" en quelque sorte, le régime de la responsabilité délictuelle, qui se verrait marqué du sceau de quelques nouveautés ».
[981] Certains auteurs ont d'ailleurs noté cette nécessité de redéfinir la notion de prévisibilité au contact de la responsabilité délictuelle. V. A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable, Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile,* PUAM, 2014, n° 443, cité par M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.,* n° 488.

relative – du droit français[982], l'existence d'une distinction entre les actions en dommages-intérêts contractuels ou délictuels n'est pas spécifique au droit français. Il semble au contraire que non seulement cette question occupe une grande partie des développements de la doctrine d'autres pays mais que, de surcroît, les problématiques posées se rejoignent, notamment celle touchant à la distinction entre obligations strictement contractuelles et devoir généraux, avec au cœur la question de l'obligation de sécurité[983]. Ceci explique d'ailleurs que l'on retrouve cette dichotomie dans certains textes internationaux, notamment les règlements européens adoptés en matière de droit international privé, et relatifs tant au droit applicable qu'à la compétence juridictionnelle[984]. L'existence européenne de cette dichotomie, au sein de textes directement applicables en droit français, nuance l'apport pratique que constituerait la fusion des régimes ; en droit français, elle risquerait même de créer des incohérences et de la confusion.

Par ailleurs, l'un des arguments des auteurs favorables à la fusion des régimes est celui de la « simplicité » du système proposé, qui opèrerait une « clarification » bienvenue à l'heure de la mise en concurrence des systèmes juridiques au plan international, du moins européen[985]. Si l'exigence de clarté de la loi, principe à valeur constitutionnelle[986], qui se fonde en partie sur l'exigence de sécurité juridique pour le justiciable et sur l'idée que la règle de droit doit être claire pour éviter un éventuel

---

[982] V. not. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 415 et s. Seuls les droits belge et québécois le retiennent, mais il fait l'objet de houleux débats. L'auteur démontre que la tendance globale serait alors plutôt non pas de permettre le véritable « cumul » des actions contractuelle et délictuelle, mais d'ouvrir au créancier l'option entre les régimes.

[983] V. A. TUNC, *La responsabilité civile,* Economica, 1981, n° 35 et s. Les effets attribués à cette distinction, en revanche, diffèrent d'un pays à l'autre.

[984] En matière de loi applicable, la question est divisée en deux règlements, dits Rome I et Rome II, applicables respectivement aux obligations contractuelles (Règlement CE n° 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles) et aux obligations non-contractuelles (Règlement CE n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles). En matière de compétence juridictionnelle, c'est le règlement UE n° 1215/2012 du Parlement Européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions commerciales, dit Règlement Bruxelles I bis, qui est applicable, et formule des règles de compétence distinctes en matière contractuelle ou en matière délictuelle aux articles 7§1 et 7 §2.

[985] V. WESTER-OUISSE, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale », *RTD civ.* 2010.419.

[986] Conseil constitutionnel, n° 98-401 DC, 10 juin 1998, cons.10 : le Conseil dégage ce principe de clarté de l'article 34 de la Constitution. Par la suite, le Conseil a réaffirmé ce principe tout en veillant à le distinguer, pendant un temps, de l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité : V. Conseil constitutionnel, n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002, cons. 9 ; n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001, cons.13.

arbitraire du juge[987], a un sens juridique, et implique un impératif de « concrétisabilité » de la norme[988], cette exigence, qui implique une forme de prévisibilité des décisions, ne doit pas conduire mettre à mal la prévisibilité contractuelle, qui elle, prémunit les contractants contre un bouleversement de la répartition des risques assumés au contrat.

236. Synthèse. À la faveur de l'émergence d'une controverse sur l'existence de la responsabilité contractuelle, est réapparu l'éternel débat sur la nature de la responsabilité contractuelle, et avec lui la question de l'identité ou de la dualité de nature des responsabilités. Sans directement trancher cette question, nous avons constaté une identité d'objet des dommages-intérêts contractuels et délictuels, qui semblent ainsi appartenir au même genre et, partant, l'existence d'une concurrence des fonctions de réparation des responsabilités contractuelle et délictuelle. Les dommages-intérêts dus à raison de l'inexécution du contrat, lorsqu'ils prennent en charge certains types de dommages, qui correspondent au moins pour partie à l'intérêt négatif du créancier lésé, ont pour fonction de replacer ce créancier dans une situation équivalente à celle qui aurait été la sienne en l'absence de conclusion du contrat. Le scénario contrefactuel mis en place par les dommages-intérêts conduit au rétablissement d'un *statu quo ante* caractéristique d'une fonction de réparation, qui place la responsabilité contractuelle en concurrence directe avec la responsabilité délictuelle. Ainsi, en plus du concours qui existe entre les responsabilités du fait d'une identité de conditions et de domaines[989], le partage d'une fonction de réparation implique que les deux régimes de responsabilité aient vocation à prendre en charge les mêmes types de dommages, et crée entre eux une concurrence.

Cette concurrence ne peut être contournée par l'absorption de la fonction de réparation de la responsabilité contractuelle par la responsabilité délictuelle, en raison de la nécessité de protéger les prévisions contractuelles par la mise en œuvre d'un régime de responsabilité adapté. La concurrence entre les normes pose alors la question, pour la personne qui subit le dommage, d'un éventuel choix entre ces deux

[987] V. not. Conseil constitutionnel, n° 2005-514 DC, 28 avril 2005, cons.14.
[988] Elle se distingue en principe ainsi de l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, malgré une absorption croissante par ce dernier dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. V. A. FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambigüité d'un idéal », *Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 21, janvier 2007.
[989] V. *supra*, n° 177 et s.

régimes disponibles, comme cela peut être permis dans une telle configuration. La réponse devra ici être nécessairement négative, à partir du moment où l'on constate, entre les régimes, l'existence d'une antinomie. Cette antinomie, caractéristique non pas seulement d'une concurrence, mais d'un véritable conflit de normes, justifiera l'exclusion de la responsabilité délictuelle au profit de la responsabilité contractuelle et l'attribution à la première d'un caractère subsidiaire.

§2. L'existence d'un conflit de normes

237. Antinomie et conflit de normes. D'un concours entre deux normes, qui peuvent en principe se cumuler, peut découler un véritable conflit de normes qui justifiera au contraire que l'une prévale sur l'autre, chaque fois que pourra être constatée une véritable antinomie. L'idée même de conflit est au cœur de cette notion, qui se définit dans le langage courant comme une « opposition, quelquefois contradiction, réelle ou apparente, entre deux idées, deux principes, deux lois, etc… »[990], et peut s'appliquer tant aux idées qu'aux normes[991]. Dans son sens juridique, la définition s'enrichit d'un élément supplémentaire à la seule contradiction, mis en lumière par Chaïm PERELMAN : l'antinomie, en droit, qui se définit comme « l'existence d'une incompatibilité entre les directives relatives à un même objet »[992]. La démonstration d'un conflit de normes entre les régimes de responsabilité reviendra donc, en substance,

[990] *Trésor de la langue française*, V° « Antinomie », sens spécial, a) : « opposition apparente ou apparente entre deux lois ou deux dispositions d'une même loi dans leur application à un cas particulier » ; A. LALANDE (dir.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 3ème éd., PUF, coll. Quadriges, 2010, *V°* « Antinomie », sens A : « En droit et en théologie : contradiction entre deux lois ou principes, dans leur application à un cas particulier ».

[991] Chez KANT, c'est encore cette idée de conflit qui est au cœur du concept d'antinomie, et avec, l'idée d'un choix nécessaire. Le philosophe allemand, dans sa *Critique de la raison pure*, expose ce qu'il nomme les « conflits entre les lois de la raison pure », qui se présentent comme quatre couples de propositions, Finitude ou non du Monde, existence ou non d'une entité indivisible, existence ou non de la liberté, et enfin existence ou non de Dieu, chacun contenant un conflit insoluble concernant une question métaphysique, et propose des outils de résolution adaptés à chaque situation. V. E. KANT, *Critique de la raison pure*, PUF, p. 338.

[992] Ch. PERELMAN, « Les antinomies en droit. Essai de synthèse », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 392.

à celle d'une antinomie. L'antinomie se caractérise ainsi en deux étapes[993] : une identité d'objet d'une part (A), et une incompatibilité entre les normes d'autre part (B).

A. L'identité d'objet entre les responsabilités délictuelle et contractuelle

238. L'identité d'objet, critère de l'antinomie. Condition première à l'identification d'une antinomie[994], l'identité d'objet permet de faire le tri entre les situations de concours de normes pour lesquelles le cumul, ou le choix restera possible, et celles qui conduiront à l'exclusion de l'une des règles, par exemple la plus générale, au profit de l'autre, la plus spéciale[995]. L'objet d'une règle peut se définir comme la « question juridique traitée par la règle », ou encore « le problème abstrait auquel elle fournit une réponse »[996]. Il ne se confond donc pas avec le résultat visé par la règle, ou l'objectif qu'elle poursuit, la finalité[997], qui renvoie à une vision procédurale de l'objet, du litige cette fois[998]. Cependant, certaines normes présentent une généralité telle qu'elles peuvent englober un nombre de situations presque illimité, et il peut, en ce cas, s'avérer délicat de trouver au sein d'une norme concurrente un objet strictement identique. Il faudra alors recherche s'il y a une inclusion de l'objet d'une des normes dans l'objet

---

[993] L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé,* LGDJ, 2001, n° 124 : « Aussi, la condition d'identité d'objet entre les règles en conflit constitue-t-elle le préalable indispensable à l'identification de l'antinomie » ; J. HAUSER, « Aliments, divorce et surendettement », *RTD civ.* 1993.814 : « La hiérarchie des normes n'a d'intérêt, à l'évidence, que si ces normes […] ont le même objet et qu'elles sont totalement incompatibles ».

[994] V. L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé, op. cit.*, n° 124 ; C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 386.

[995] Ainsi, par exemple, malgré l'existence d'un rapport de spécialité, l'absence d'identité d'objet entre l'action en nullité pour erreur sur la substance, qui touche à la formation du contrat, et l'action en garantie des vices cachés, qui se situe sur un autre terrain, celui de l'exécution du contrat, devrait conduire le juge à admettre que le demandeur puisse choisir le fondement sur lequel il souhaite agir. Pourtant, la troisième Chambre civile de la Cour de cassation persiste, depuis un arrêt rendu le 7 juin 2000, à refuser toute action fondée sur l'erreur lorsque celle-ci découle d'un vice caché, « unique fondement de l'action exercée pour défaut de la chose vendue la rendant impropre à sa destination ». V. H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, 14ème éd., Dalloz, 2024 n° 303-304 ; C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, n° 406 et s.

[996] A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse Université Lyon III, 1975, n° 378 ; C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.,* n° 386.

[997] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit*., n° 386, spéc. p. 495 : « L'objet d'une règle ne doit pas être confondu avec le résultat auquel elle tend, avec la fin qu'elle poursuit ».

[998] L'objet du litige se définit comme « l'avantage auquel prétend une partie et que conteste l'autre ; ce qu'une partie demande et à quoi s'oppose son adversaire ; la chose demandée et contestée, donc litigieuse ». V. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *V°* « Objet », sens 3, « Objet du litige ».

de l'autre, sans qu'il n'y ait réellement d'identité d'objet, au sens classique[999]. C'est pourquoi une partie des auteurs propose d'assouplir le critère de l'objet identique, pour lui substituer celui de l'« objet commun »[1000], plus à même de prendre en compte ces situations.

239. Identité d'objet entre les régimes contractuel et délictuel de responsabilité. Qu'en est-il des régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle ? Outre l'absorption du fait générateur contractuel par le fait générateur délictuel, et la symétrie des conditions des actions en responsabilité délictuelle et contractuelle qui en résulte, et crée la situation de concours de normes, il faut vérifier ici que les deux régimes de responsabilité se situent bien sur un « même terrain »[1001], qu'elles partagent un objet commun. L'objet de la responsabilité civile dans son ensemble, entendu comme ce à quoi la règle s'efforce de répondre, n'est pas seulement d'octroyer des dommages-intérêts au demandeur qui s'estime victime d'un dommage, ce qui constituerait l'objet de l'action en responsabilité, mais bien également d'identifier un responsable, c'est-à-dire celui à qui l'on peut imputer le dommage, que ce soit en raison d'une faute, de sa qualité de gardien, de commettant, de parent, ou encore de débiteur d'une obligation contractuelle, pour qu'il répare le dommage[1002]. La responsabilité civile peut ainsi, tout en ayant pour objet de désigner un responsable, commander autre chose que l'octroi de dommages-intérêts[1003]. Cette recherche d'un responsable à qui transférer la charge et le coût du dommage est au cœur de toutes les actions en dommages-intérêts, peu importe que le dommage résulte d'une faute, de la qualité de gardien, de commettant, de parent, ou encore de créancier d'une obligation contractuelle. Les responsabilités contractuelle et délictuelle ont ainsi pour objet commun la désignation d'un responsable et la compensation du dommage, notamment par des dommages-intérêts.

---

[999] V. Ch. PERELMAN, « Les antinomies en droit. Essai de synthèse », *op. cit.*, spéc. p. 393.
[1000] L.GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé, op. cit.*, n° 125 ; C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.,* n° 386.
[1001] G. BOLAND, « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1965*,* p. 183 et s., spéc. p.198 : « pour pouvoir se combattre, il faut se trouver sur un même terrain ».
[1002] Ces deux idées, désigner un responsable et compenser le dommage, sont au cœur, nous l'avons vu, du concept de responsabilité. V. *supra*, n° 178 et s.
[1003] Comme en attestent les projets de réforme de la responsabilité civile qui placent en tête de la sous-section dédiée aux effets de la responsabilité la réparation en nature. V. articles 1260 et s. du projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 ainsi que la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 juillet 2020. On mettra de côté la fonction, décrite dans ces deux projets, de cessation de l'illicite qui est dirigée uniquement vers le dommage et la personne qui le subit.

B. L'incompatibilité entre les responsabilités délictuelle et contractuelle

240. Incompatibilité et exclusion d'une norme : l'exemple de l'adage *specialia*. Pour que le concours de normes devienne conflit de normes, antinomie, et conduise à l'exclusion de l'une au profit de l'autre, il faut qu'il existe entre elles « une véritable incompatibilité, autrement dit [d'] une impossibilité de les exécuter ou de les appliquer simultanément »[1004]. Prenons comme exemple la règle de résolution de conflits de normes bien connue qu'est la règle *specialia generalibus derogant*, qui veut qu'en principe la mise en œuvre de la règle spéciale exclut la règle générale, de droit commun. Pour qu'une situation de concurrence entre deux normes aboutisse à l'exclusion de l'une, identifiée comme droit commun, au profit de l'autre, règle spéciale, il faut qu'il existe entre elles une incompatibilité. L'adage *specialia* n'est ainsi pas systématiquement applicable, et peut même, lorsque sont applicables à une même situation une norme générale et une norme plus spéciale, laisser la place au cumul, ou plutôt au choix de l'action appropriée par le demandeur. Ce sera le cas notamment toutes les fois où le droit spécial ne fait que répéter, prolonger le droit commun sur un terrain plus spécifique[1005]. En ce cas, la concurrence ne se double pas d'une contradiction entre les normes ; l'antinomie n'est qu'apparente, et rien ne justifie la primauté du droit spécial[1006]. Pour exclure le droit commun, la règle spéciale doit donc nécessairement y apporter une dérogation mais, plus encore, l'étude des textes en concurrence doit révéler une véritable incompatibilité. Seule cette incompatibilité, qui

[1004] V. G. BOLAND, « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », *op. cit.,* spéc. p. 185.
[1005] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, n° 367, spéc. p.471, qui donne de nombreux exemples en droit des contrats, de dispositions servant la fonction de « complément de la disposition générale ».
[1006] G. BOLAND, « Quelques propos sur les antinomies et pseudos-antinomies en particulier en droit administratif », *op. cit.,* spéc. p.184.

rend l'application « simultanée » des dispositions impossible[1007], peut justifier que l'application de l'une des règles soit paralysée au profit de la norme concurrente[1008].

241. Exclusion et cohérence du système juridique. Mais pourquoi cette exclusion ? Quelle en est la *ratio legis* ? Il faut en effet rappeler que la situation de concurrence entre deux ou plusieurs normes ouvre différentes perspectives au destinataire de ces normes, notamment, outre la possibilité de cumuler les actions visées, celle de pouvoir opter librement pour l'une ou l'autre[1009]. Or, si l'on comprend pourquoi l'application cumulative de deux normes incompatibles est strictement impossible, c'est moins évident lorsqu'il s'agit de choisir l'une d'entre elles, puisque si l'une seulement s'applique, le conflit disparaît, ou du moins est contourné. La doctrine considère cependant que l'éviction systématique de la norme commune au profit de la norme spéciale résulte d'un souci de cohérence du système juridique, qui ne peut tolérer qu'une option subsiste entre deux règles « inconciliables »[1010].

242. Sens de l'incompatibilité. Qu'entend-on alors par « incompatibilité » ? Prenons à nouveau comme exemple l'adage « le spécial déroge au général ». Pour expliquer le processus d'éviction de la règle commune par la règle spéciale, on parle alors souvent de « contradiction » entre les normes. Mais comme l'a montré Chaïm PERELMAN, ce que l'on nomme « contradiction » revêt un sens particulier lorsque sont en jeu non pas des idées, mais des normes. Les normes ont en effet cette spécificité qu'elles ne tendent pas, à la différence d'idées ou de postulats philosophiques, voire scientifiques, à

[1007] *Ibid,* spéc. p.185 ; C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.,* n° 386, spéc. p. 496 et 497. L'auteur ajoute, au regard des définitions données auparavant, cette précision quant à l'application « cumulative ou alternative », estimant qu'elle permet mieux de prendre en compte les diverses situations, tant de cumul que de choix entre les actions. L'auteur précise, à raison, que c'est d'ailleurs plus souvent la question du choix que du véritable cumul qui se pose.

[1008] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit*., n° 391 et s., qui étudie ici les divers fondements de cette éviction des règles de droit commun par la mise en œuvre de *specialia*, et rejette celui selon lequel ce serait la volonté implicite du législateur qui pourrait expliquer cette exclusion.

[1009] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit*., n° 386, spéc. p.496 et 497. C'est pourquoi l'auteur ajoute à la définition donnée par Georges BOLAND, l'idée que l'application simultanée doit être impossible, « que ce soit de manière cumulative ou alternative ».

[1010] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit*., n° 391 et « Droit commun et droit spécial », *RDA* février 2013, n° 7, p. 29 et s., n° 18, spéc. p.42. L'option alors proposée aboutit quoiqu'il arrive à une « impasse », à un « non-sens ». L'auteur rappelle que cet objectif de cohérence du système juridique n'implique pas qu'il n'y subsiste aucune faille, ni lacune, mais plutôt l'existence de « guide aux interprètes », au premier rang desquels le juge.

exprimer des propositions qui pourraient être jugées vraies ou fausses[1011], et ainsi entrer en contradiction les unes avec les autres, obligeant le sujet pensant et doué de raison à choisir l'une d'elles pour résoudre le conflit que sa raison ne peut tolérer, en identifiant celle qui porte la vérité, et en délaissant définitivement celle qui s'en détourne. En droit, l'antinomie appelle le destinataire de la norme, et celui qui l'applique, non pas à faire triompher une vérité, mais à œuvrer pour la coordination des normes, au sein d'un système juridique qui vise à une forme d'harmonie, et ce en utilisant ponctuellement, et pour une situation identifiée de concurrence, des clés de résolution, tel que l'adage *specialia*. Car ce que la norme contient, ce sont des « directives », des « prescriptions » qui, au lieu de simplement se contredire, peuvent se révéler objectivement incompatibles. Seul le constat objectif de cette incompatibilité permet de justifier la primauté de la règle spéciale, contribuant à une vision pratique, et non seulement théorique de l'antinomie, vision qui prend comme objet le contenu de la norme, et non simplement les orientations divergentes des normes[1012], mais un contenu interprété, plutôt qu'un contenu brut[1013].

243. Incompatibilité des régimes contractuel et délictuel de responsabilité. Existe-t-il une telle incompatibilité entre les régimes délictuel et contractuel de responsabilité ? De prime abord, les directives portées par chacun des régimes de responsabilité semblent concorder : compenser, à l'aide de dommages-intérêts, le dommage injustement causé, en l'imputant à celui qui sera désigné comme responsable[1014]. Pourtant, l'existence du contrat imprime, à la responsabilité qui découle de sa violation, une spécificité. Il se greffe en effet à l'objectif commun de

---

[1011] Ch. PERELMAN, « Les antinomies en droit. Essai de synthèse », *op. cit.*, spéc. p.393.
[1012] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, n° 384. L'auteur retient cette conception restrictive de l'antinomie, seule à même de caractériser et d'expliquer l'éviction du droit commun par le droit spécial. La conception plus souple, fondée sur la contradiction entre les orientations des règles, serait en revanche plus adaptée à la conciliation entre règles et principes généraux, et particulièrement les droits fondamentaux. Le rôle du juge s'y retrouve alors profondément modifié, puisqu'il ne doit pas tant chercher à faire un choix entre deux normes, afin d'en faire prévaloir une sur l'autre, qu'il ne doit « trouver le point d'équilibre entre deux règles aux tendances contraires », ou encore la « formule adéquate de compromis ». V. Ch. HUBERLANT, « Antinomies et recours aux principes généraux », in Ch. PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit,* Bruylant, Bruxelles, 1965, p.204 et s., spéc. p.208. *Adde*, sur le rôle du juge face à cette conception extensive de l'antinomie, notamment lorsque sont en jeu des droits fondamentaux, L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé, op. cit.*, n° 126 et s.
[1013] C. PERELMAN, « Les antinomies en droit. Essai de synthèse », *op. cit.,* spéc. p.402 ; C. GOLDIE-GENICON, « Droit commun et droit spécial », *op. cit.,* n° 18, spéc. p.42.
[1014] V. *supra*, n° 178 et s.

compensation des dommages un objectif supplémentaire, celui de préserver le contrat, ce qui prendra même la forme, dans certains cas, d'une fonction exclusive de satisfaction du créancier[1015]. Malgré une directive de départ commune, le régime de la responsabilité contractuelle se détache partiellement, par son contenu, du régime de la responsabilité délictuelle. Si la grande partie des règles composant chaque régime, dont un certain nombre sont d'origine jurisprudentielle, sont communes aux deux responsabilités[1016], en revanche certains pans non négligeables des régimes divergent. Et ce sont ces différences, souvent présentées comme ponctuelles et relativement négligeables par certains auteurs, ceux-là qui plaident pour une distinction étanche des régimes, ou au contraire pour leur réunion[1017], qui rendent en réalité les régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle incompatibles. C'est d'autant plus flagrant que ces points de divergence, justifiés par la protection du contrat et des prévisions contractuelles, touchent à des principes considérés comme essentiels en droit de la responsabilité civile, tel que le principe de réparation intégrale, principe d'origine jurisprudentielle qui interdit tout à la fois la limitation au seul dommage prévisible, ou encore la mise en place de clauses limitatives de responsabilité[1018], éléments particulièrement importants du régime de la responsabilité contractuelle[1019]. Les régimes contractuel et délictuel de responsabilité, tiraillés entre similitudes et autonomie, s'opposent ainsi sur des points trop importants pour être compatibles. Face à l'antinomie qui les caractérise, en raison de leur identité d'objet, conjuguée à leur incompatibilité de contenus, la responsabilité délictuelle, ayant le domaine le plus

---

[1015] V. *infra*, n° 316 et s.

[1016] C'est d'ailleurs le parti pris du projet de réforme de la responsabilité civile rendu public par la Chancellerie le 13 mars 2017, que de présenter en premier lieu, après quelques dispositions liminaires, l'ensemble des dispositions communes aux deux régimes aux articles 1235 et 1240, ce qui comprend les règles relatives au préjudice et au lien de causalité dont on a déjà vu qu'elles constituaient les constantes de la responsabilité civile. Il apparaît cependant que cette présentation visant à mettre en évidence les points communs des régimes est quelque peu artificielle puisque la majorité des dispositions présentées par la suite révèlent des différences de taille.

[1017] V. not. E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*

[1018] Principe qui connaîtra peut-être, si l'on en croit l'actuel projet de réforme de la responsabilité civile, un renversement modéré, puisque l'article 1281 pose leur validité de principe tant en matière contractuelle, qu'extracontractuelle, tout en précisant, dans son alinéa 2, qu'elles ne sont pas valables lorsque le dommage est corporel, puis à l'article 1283 qu'elles ne peuvent concerner la responsabilité extracontractuelle pour faute.

[1019] La limitation de la responsabilité du débiteur de l'obligation contractuelle au seul dommage découlant de manière prévisible de l'inexécution contractuelle trouve son siège à l'article 1231-3 du code civil. Quant au principe de validité des clauses de responsabilité, il a été dégagé et encadré par la jurisprudence. V. H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, *op. cit.*, n° 166-167.

vaste, doit céder devant la responsabilité contractuelle, par un procès qui caractérise, nous le verrons, un rapport de spécialité.

244. Conclusion de Section. Les deux théories visant à nier le conflit de normes – négation du concept de responsabilité contractuelle, ou fusion des régimes –, bien qu'elles partent de postulats opposés quant à la nature de la responsabilité contractuelle, produisent des conséquences similaires, à savoir gonfler le champ de la responsabilité délictuelle en y intégrant, soit par le rejet de la fonction de réparation des dommages-intérêts contractuels, soit par leur intégration dans le champ délictuel, la réparation des dommages consécutifs à l'inexécution du contrat. Ces deux thèses nient à la fois le besoin d'un régime propre aux dommages-intérêts contractuels lorsqu'ils viennent réparer le dommage et les raisons de son existence : la nécessaire préservation des spécificités contractuelles. Bien loin de nier les difficultés suscitées par la dualité des régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle, et qui sont au fondement de ces deux thèses, il nous faudra les accepter et comprendre qu'elles procèdent d'un entremêlement des régimes de responsabilité, induit par la présence de la clause générale. C'est cette généralité qui, confrontée à la compétence de la responsabilité contractuelle pour réparer les suites de l'inexécution, conduit à un véritable conflit de normes qui ne peut se résoudre, pour préserver les spécificités contractuelles, que par la subsidiarité de la responsabilité délictuelle. Or la mise au jour de ce mécanisme d'exclusion par la subsidiarité, incarné par le principe de non-cumul, révèle un rapport particulier entre les responsabilités, celui d'un droit commun et d'un droit spécial. Un droit commun nécessairement subsidiaire, mais dont l'exclusion n'est pas nécessairement définitive. C'est ce sens de la subsidiarité qu'il nous faut désormais exposer.

Section 2. Sens de la subsidiarité de la responsabilité délictuelle

245. Exclusion et recours à la norme subsidiaire[1020]. La généralité qui caractérise la responsabilité délictuelle, à laquelle s'ajoute la concurrence des fonctions de réparation du dommage, génère entre les responsabilités contractuelle et délictuelle un véritable conflit de normes et empêche le tracé *a priori* de frontières entre les régimes. La subsidiarité s'impose alors comme un mécanisme de coordination de normes qui permet de tenir la norme la plus générale et la plus intrusive, ici la responsabilité délictuelle, à distance de la norme à protéger, la responsabilité contractuelle. La subsidiarité de la clause de responsabilité délictuelle est rendue nécessaire par sa généralité, elle en est le corollaire. Mais cette subsidiarité, si elle permet de résoudre le conflit par l'exclusion de la responsabilité délictuelle du contrat, implique également que celle-ci doit pouvoir revenir, en tant que norme subsidiaire, chaque fois que la norme en principe compétente faillit[1021]. La subsidiarité de la responsabilité délictuelle implique tant son exclusion de principe du contrat (§1), que son retour ponctuel dans le contrat (§2).

§1. L'exclusion de principe de la responsabilité délictuelle du contrat

246. Particularité du rapport entre les régimes de responsabilité. Pour mettre au jour la particularité du rapport entre les régimes de responsabilité, lorsqu'ils partagent une fonction de réparation, et trouver des clés de résolution à ce conflit de normes, nous commencerons par exposer une réalité incontestable, celle de la définition du domaine de la responsabilité délictuelle en creux du domaine attribué à la responsabilité contractuelle – elle se voit ainsi attribuer un domaine résiduel –, avant de dire ce qu'une telle méthode de délimitation révèle sur ce rapport singulier entre les responsabilités,

[1020] A. GOUEZËL, *La subsidiarité en droit privé, op. cit.,* n° 3 et s. : ces deux aspects sont consubstantiels à la notion de subsidiarité, c'est pourquoi on les retrouve dès la formulation originelle du mécanisme, sous la forme d'un principe de subsidiarité de l'État à l'égard des individus.
[1021] A. GOUEZËL, *La subsidiarité en droit privé, op. cit.,* n° 143. Cette dualité de la subsidiarité permet de répondre à deux questions légèrement différentes, mais complémentaires. La première est celle du choix de la norme applicable face à un concours de normes, ce à quoi elle répond par le rejet de celle qualifiée de subsidiaire, tandis que la seconde est celle de la réaction face à l'échec de la norme désignée comme applicable, et la possibilité de recours à l'élément subsidiaire.

pour enfin aboutir, à l'enjeu principal de cette entreprise de délimitation : la définition du domaine contractuel. L'exclusion de la responsabilité délictuelle du contrat par sa subsidiarité implique l'existence, entre les régimes de responsabilité, d'une hiérarchie (A) qui ne peut être mise en œuvre qu'une fois définis les contours du domaine contractuel (B).

A. La hiérarchie entre les régimes de responsabilité

247. Conséquences de la subsidiarité. La méthode pour délimiter les frontières et exclure la responsabilité délictuelle du contrat découle de son caractère si général et donc nécessairement subsidiaire : elle consiste à attribuer à la responsabilité délictuelle un domaine résiduel, domaine dessiné en creux de celui attribué à la responsabilité contractuelle (1). Cette méthode de résolution du conflit entre les responsabilités, et de tracé de leurs domaines, met au jour l'existence d'une hiérarchie entre les régimes de responsabilité, caractérisée par la primauté de la responsabilité contractuelle (2).

1. L'attribution d'un domaine résiduel à la responsabilité délictuelle

248. Assignation à la responsabilité délictuelle d'un domaine résiduel. Lorsque la doctrine aborde la question du tracé des frontières entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, elle y répond toujours par une recherche des critères permettant de délimiter et de définir le domaine contractuel de la manière la plus convaincante. Aucune trace d'un quelconque effort de détermination du domaine de la responsabilité délictuelle, et pour cause : ses contours n'apparaissent que de manière résiduelle, définis en creux de ceux caractérisant le domaine contractuel. Ainsi, si la doctrine s'essaye à définir les conditions de mise en œuvre de l'action en responsabilité

délictuelle, elle n'en caractérise jamais le domaine de manière positive[1022]. L'utilisation, de plus en plus répandue en doctrine, des termes « responsabilité extracontractuelle »[1023], en lieu et place ceux de « responsabilité délictuelle », révèle cette dépendance de la responsabilité délictuelle à l'égard du régime contractuel, qui se traduit ici jusque dans son identité : elle n'est plus que la responsabilité qui est hors du domaine contractuel.

249. Subsidiarité et attribution d'un domaine résiduel. Cette méthode de délimitation des frontières entre les régimes de responsabilité n'est jamais discutée, tant elle apparaît naturelle aux auteurs français : elle semble en effet s'imposer du fait de l'existence d'un principe caractéristique du droit français de la responsabilité civile, le principe de non-cumul des responsabilités, qui exige que l'on se demande toujours en premier lieu si l'on ne se situe pas sur le terrain de la responsabilité contractuelle, auquel cas aucune action en responsabilité délictuelle ne pourra être formulée. C'est pourtant l'inverse. L'assignation à la responsabilité délictuelle d'un domaine résiduel est en réalité une conséquence directe de sa nécessaire subsidiarité. C'est bien cette subsidiarité qui permet de la tenir à distance des domaines d'application de régimes de responsabilité aux contours plus définis, plus restreints. Cela vaut tant pour la responsabilité contractuelle, que pour d'autres régimes spéciaux de responsabilité[1024]. La responsabilité délictuelle, en tant que norme subsidiaire, est alors réduite à n'intervenir que dans les interstices laissés vacants par ces régimes de responsabilité

[1022] V. not. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, 1992, n° 323 : « Les auteurs s'accordent généralement sur le caractère résiduel de la responsabilité délictuelle dont la vocation est d'embrasser toutes les situations autres que celles consistant dans l'inexécution ou la mauvaise exécution d'une obligation contractuelle » ; M. ESPAGNON, *Jurisclasseur de responsabilité civile*, fasc. 16.1, n° 2, n° 15 et n° 52 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations,* t.IV, PUF, coll.Thémis droit privé, 22ème éd. refondue, n° 198 : « […] c'est tout le domaine de la responsabilité extracontractuelle, […] – par opposition à la responsabilité contractuelle […] » ; M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 65 et s. : l'auteur dédie une section à la « délimitation du domaine de la responsabilité extracontractuelle », où elle ne traite que de ses rapports avec la responsabilité contractuelle, et des difficultés de distinguer les deux régimes.

[1023] V. not. M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op.cit.* : l'auteur justifie l'emploi de cette expression qui regroupe, selon elle, à la fois les régimes généraux de responsabilité (fait personnel, fait des choses et fait d'autrui), et à la fois les régimes spéciaux de responsabilité, dont ceux qui transcendent la distinction entre les régimes de responsabilité. C'est également le choix qui a été fait par les divers projets de réforme de la responsabilité civile, qui traitent des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. V. projet de réforme de la responsabilité civile proposé par la Chancellerie le 13 mars 2017 et la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 juillet 2020.

[1024] V. sur ce thème, J. TRAULLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, LGDJ, 2007.

aux contours tracés, et ne peut alors avoir qu'un domaine résiduel. Cette méthode de définition du domaine par défaut, en miroir du domaine assigné à une autre norme au domaine plus spécifique, s'attache d'ailleurs à toute norme subsidiaire[1025], dont le principe de non-cumul n'est alors qu'une incarnation particulière.

250. Définition résiduelle du domaine délictuel en droit de l'Union Européenne. Cette logique de détermination par la négative du domaine de la responsabilité délictuelle transcende la conception purement nationale, puisque c'est également ainsi que raisonne la Cour de justice de l'Union européenne lorsqu'il s'agit de donner corps à la notion de « délit » au sens du règlement dit « Bruxelles I bis » relatif à la « compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière commerciale ». Dans un arrêt *Kalfelis* daté du 27 septembre 1988[1026], la Cour, dans le cadre d'une question préjudicielle, tranche en affirmant que la notion de « matière délictuelle » utilisée dans l'article 5, paragraphe 3 de la Convention de Bruxelles[1027] – qui précédait les règlements Bruxelles I, puis Bruxelles I bis – est une notion autonome[1028] « comprenant toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la "matière contractuelle"[1029] ». Elle fait donc

[1025] N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, LGDJ, 2016, n° 85 : « Ce qui est subsidiaire est résiduel ; c'est ce qui demeure applicable lorsque rien d'autre ne l'est ».
[1026] CJCE, *Kalfelis,* 27 septembre 1988, C-189/87, *D.* 1989, comm.254, obs. B. AUDIT ; *Rev.crit. DIP* 1989.117, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1989.457, obs. A. HUET.
[1027] Adoptée en 1968, elle est restée en vigueur jusqu'à ce que les règlements Bruxelles I en 2011, puis Bruxelles I bis en 2012, prennent le relai pour organiser les règles de compétence judiciaire en matière civile et commerciale.
[1028] Ainsi, la notion de « matière délictuelle » ne recouvre pas nécessairement la définition retenue par le droit du juge saisi, et a une acception autonome dans le cadre de la mise en œuvre des règlements européens. Cette définition autonome est alors délivrée par la CJUE.
[1029] La notion de « matière contractuelle », notion autonome selon la Cour de justice de l'Union européenne, est notamment définie par un arrêt du 17 juin 1992, *Jakob Handte.* V. CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte,* C-26/91, *Rev.crit. DIP* 1992.726, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1993.469, note J.-M. BISCHOF ; *RTD eur.* 1992.709, note P. de VAREILLES-SOMMIÈRES. Elle a par ailleurs précisé par un arrêt de 2014 que certaines actions considérées comme relevant de la responsabilité délictuelle en droit national, devaient être regardées comme appartenant à la matière contractuelle, dès lors que le comportement reproché relevait d'un manquement à une obligation contractuelle. V. CJUE, 13 mars 2014, *Brogsitter,* C-548/12.

de cette catégorie, la « matière délictuelle », une catégorie résiduelle, qui ne se comprend qu'au regard de sa jumelle, la « matière contractuelle »[1030].

251. Conclusion. La subsidiarité de la responsabilité délictuelle organise son rejet hors de la zone d'influence du contrat, et la contraint à n'avoir aucun domaine proprement défini. Celui-ci, en effet, ne se dessine qu'en creux des frontières assignées à chaque régime de responsabilité spécifique, en particulier de celles qui entourent le domaine contractuel. Il en découle une méthode bien particulière de délimitation des frontières entre les responsabilités délictuelle et contractuelle, qui implique qu'on définisse en premier lieu les contours de la norme au domaine le plus restreint, dont l'application primera celle de la norme subsidiaire.

2. La primauté de la responsabilité contractuelle

252. Existence d'un rapport de droit commun à droit spécial. La hiérarchie entre les responsabilités contractuelle et délictuelle caractérise entre les deux régimes un rapport de droit commun à droit spécial. Si la subsidiarité de la responsabilité délictuelle est la caractéristique d'un droit commun de la responsabilité (a), la primauté de la responsabilité contractuelle est la conséquence de la mise en œuvre du principe selon lequel les règles spéciales dérogent aux règles générales (b).

a) Subsidiarité de la responsabilité délictuelle caractéristique d'un droit commun

253. Subsidiarité et norme de droit commun. L'exclusion de la responsabilité délictuelle du domaine contractuel se fait par la neutralisation de sa mise en œuvre,

[1030] D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé,* t.II, PUF, coll. Thémis droit, 5ème éd., 2021, n° 880, spéc. p.389, note 3. Sur les notions de matière contractuelle et délictuelle, les problèmes de qualification en droit international privé, et l'interprétation des règlements européens à cet égard, v. not. B. HAFTEL, *La notion de matière contractuelle en droit international privé : Étude dans le domaine du conflit de lois,* thèse Paris II, 2008 ; B. HAFTEL, « Entre "Rome II" et "Bruxelles I" : l'interprétation communautaire uniforme du règlement "Rome I" », *JDI* 2010, n° 3, doctr.11, spéc. n° 28 et 29 : l'auteur s'inscrit dans cette démarche qui consiste à percevoir les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, tant en droit interne qu'en droit international privé, plus comme une question de « coordination » de règles, que comme une question de frontières entre des règles aux domaines distincts.

malgré la réunion de ses conditions d'application, chaque fois que celles de l'action en responsabilité contractuelle sont réunies. Cette mise à l'écart de la responsabilité délictuelle caractérise sa subsidiarité : il n'est possible d'y avoir recours que lorsque les conditions de la responsabilité contractuelle font défaut ; lorsque la norme spéciale est défaillante[1031]. Cette subsidiarité est l'un des attributs caractéristiques d'une norme de droit commun[1032], dont le rôle est précisément de n'intervenir qu'à défaut d'autre chose, ce qui explique qu'elle reste cette norme aux contours imperceptibles, dessinés en creux de son exclusion[1033]. On perçoit alors le double sens de cette subsidiarité du droit commun : s'effacer devant les règles plus spéciales, dans un souci de coordination nécessaire à l'harmonie du système juridique, mais également constituer un socle qui permette d'assurer la cohésion de la matière[1034]. C'est là tout le paradoxe de la règle de droit commun, dont la mise en application est reléguée au second rang, mais dont le rayonnement dans la matière est primordial[1035]. C'est ce double rôle qu'assure parfaitement la clause générale de responsabilité délictuelle de l'article 1240 du Code civil.

254. Subsidiarité de la responsabilité délictuelle caractéristique du droit commun. La généralité de la clause de responsabilité, si elle justifie en effet son exclusion face aux règles prévues spécialement pour la réparation du dommage contractuel, lui permet également de prendre en charge toute situation de dommage qui ne serait par ailleurs prise en charge par aucune règle spéciale. C'est d'ailleurs cette généralité quasi absolue, qui lui donne en principe vocation à gérer toute situation qui se présenterait à elle et ainsi à s'immiscer dans le domaine de toute règle, qui lui est souvent

---

[1031] V. *infra*, n° 295 et s.

[1032] Si toute règle subsidiaire n'est pas nécessairement de droit commun, en revanche la règle de droit commun a un caractère nécessairement subsidiaire. V. N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, *op. cit*., n° 84 et s., qui y affirme que la subsidiarité du droit commun est « obligatoire ».

[1033] Le droit commun présente tout d'abord un domaine résiduel et indéfini, contrairement à la règle spéciale. *Ibid*, n° 80. V. *supra*, n° 248 et s.

[1034] C. GOLDIE-GENICON, « Droit commun et droit spécial », *RDA* février 2013, n° 7, p.29 et s., n° 4.

[1035] On peut néanmoins regretter que ce rôle de « socle » de la matière, qui reste disponible dès lors que la règle spéciale apparaît défaillante, soit mis à mal par le rôle que réserve la procédure civile au juge, et notamment au regard de l'absence d'obligation, à sa charge, de relever d'office le moyen du non-cumul, afin de pouvoir, lorsque le demandeur s'est placé à tort sur le terrain délictuel, vérifier si il ne peut pas obtenir satisfaction sur le terrain contractuel, sans simplement rejeter sa demande. On peut ajouter à cela l'absence d'obligation faite au juge de changer le fondement juridique de la demande, couplée à l'obligation faite au demandeur de concentrer ses moyens dès la première instance, qui enferment l'office du juge. Sur ces aspects procéduraux, v. M. BACACHE, « Office du juge et responsabilité civile », in *Liber amicorum, Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron,* LGDJ, 2008, p.23 et s.

reproché[1036]. Elle est la première caractéristique d'un droit commun de la responsabilité[1037], aussi la jurisprudence elle-même s'appuie-t-elle parfois sur cette généralité typique du principe de responsabilité pour faute pour le qualifier de « droit commun ». Un auteur a récemment mis en lumière cette utilisation expresse et régulière du qualificatif de droit commun par la jurisprudence du XIX[ème] siècle, à propos de la responsabilité délictuelle, lui permettant ainsi de régir des pans de la réparation du dommage contractuel non pris en charge par les règles spéciales[1038]. Plus récemment encore, la Cour de cassation a réaffirmé la vocation de cette disposition à constituer un socle commun à disposition de tous, et à régir toute situation qui ne le serait pas autrement. Dans un arrêt rendu en 2005, à propos des conséquences d'un divorce et de la prise en charge du préjudice en résultant, elle censure la cour d'appel qui avait refusé l'application de l'ancien article 1382 du Code civil en considérant que la situation relevait de l'article 266 spécifiquement prévu à cet effet, et affirme que « l'époux qui invoque un préjudice distinct de celui résultant de la rupture du lien conjugal peut en demander la réparation à son conjoint dans les conditions du droit commun […] »[1039].

[1036] H. MAZEAUD, « L'"absorption" des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *D.* 1935, p.5 et s.

[1037] La généralité apparaît naturellement comme le premier critère d'une norme de droit commun, et selon certains auteurs, elle doit être absolue, c'est-à-dire à même de gérer tous les cas de figure qui se présentent à elle. N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, *op. cit.,* n° 63 et n° 70 et s., qui renvoie d'abord aux définitions du langage courant, en commençant par le *Dictionnaire critique de la langue française* qui associe le terme à ce qui est « général, universel », puis aux dictionnaires contemporains qui évoquent cette même idée : « Qui s'applique, qui appartient ou incombe à toutes les personnes ou à toutes les choses d'un ensemble considéré ». V. *Trésor de la langue française*, *V°* « commun, une », sens A, 3, b. *Adde* R. GASSIN, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron.91. L'auteur ajoute à la généralité de la norme, sa stabilité. Or s'il est bien une disposition stable, depuis 1804 dans le Code civil, c'est la clause générale de responsabilité du fait personnel.

[1038] V. B. MORON-PUECH, « Regards critiques sur la consécration du dualisme des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », *Tribonien, Revue critique de législation et de jurisprudence*, n° 2, 2018, p. 64 et s., spéc. p. 77 et s. L'auteur présente de nombreux arrêts faisant de la clause générale de l'ancien article 1382 un « droit commun », une disposition tellement générale qu'elle était utilisée par le juge pour contourner l'application d'un certain nombre de dispositions plus spécifiques. V. not. Cass. Req., 2 juillet 1878, *S.* 1879, 1, p.155 et Cass. civ., 6 juin 1896, *DP* 1896, 1 ; p.465. Il cite notamment un arrêt rendu par une juridiction de premier degré en 1893, qui fait de l'article 1382 une « règle générale, absolue, applicable dans tous les cas, que le dommage ait été causé au cours de l'exécution d'un contrat quelconque, à l'un des contractants par son cocontractant, ou qu'il soit le fait d'un tiers juridiquement étranger à la personne lésée ». V. CA Rennes, 20 mars 1893, *S.* 1894, 2, p.36.

[1039] Civ.1[ère], 11 janvier 2005, n° 02-19.016, cité par N. BALAT, *Essai sur le droit commun, op. cit.,* n° 82.

La doctrine elle-même a pu utiliser ce qualificatif de droit commun à propos de la clause générale, sans que cela ne conduise cependant à plus d'analyse[1040].

La clause générale de responsabilité de l'article 1240 cumule en effet les deux qualités essentielles d'une règle de droit commun, la subsidiarité et la généralité. Dans cette perspective, tout autre régime de responsabilité qui y déroge se situe dans un rapport de spécialité à son égard[1041]. On observera cependant que face à la responsabilité du fait des choses ou du fait d'autrui, la responsabilité fondée sur le fait personnel n'est pas sommée de s'écarter, et la victime peut ainsi choisir le régime qui lui convient le mieux[1042], signe peut être de ce que l'article 1242, alinéa 1er du Code serait le siège d'un droit commun du fait des choses et du fait d'autrui, qui devraient à leur tour s'écarter face à des normes spéciales[1043]. Ainsi, une fois passé le phénomène d'exclusion de la responsabilité délictuelle par le droit spécial, la subsidiarité des clauses générales leur offre un « nouvel élan » afin de venir au secours des victimes que le droit spécial, et la prise en charge par les fonds d'indemnisation, n'ont pas satisfaites[1044].

[1040] Ph. BRUN, « Les mots du droit de la responsabilité : esquisse d'abécédaire », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, p.117 et s., spéc. p.121, qui montre la polysémie que peut recouvrir cette idée de « droit commun de la responsabilité », qui selon les auteurs, désignera la clause générale de responsabilité pour faute, ou plus généralement toutes les règles prévues par le Code civil, en opposition aux régimes spéciaux plus récents. V. cependant L. LETURMY, « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD civ.* 1998, p.839 et s., qui insiste sur cette idée d'un régime délictuel qui, « ayant une vocation générale et résiduelle, […] constitue le droit commun de la responsabilité ».

[1041] Sur les rapports entretenus entre la clause générale et les régimes spéciaux de responsabilité, v. J. TRAULLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extra-contractuelle*, LGDJ, 2007, spéc. le Titre 1 de la première Partie. L'auteur privilégie, dans une seconde Partie, ce qu'elle nomme l'approche « bilatérale », permettant d'éviter la neutralisation systématique de la clause générale du fait personnel, à laquelle elle attribue la valeur de « principe général du droit », face à une règle plus spéciale.

[1042] V. not. Civ.2ème, 18 octobre 2012, n° 11-23.585 : « […] la responsabilité du fait des choses n'exclut pas la responsabilité pour faute lorsque ses conditions sont réunies […] ».

[1043] On a longtemps considéré que la responsabilité du fait des bâtiments en ruine par exemple, prévue à l'ancien article 1386 constituait une disposition spéciale au regard de la responsabilité du fait des choses fondée sur l'ancien article 1384, alinéa 1er, actuel 1242, alinéa 1er. Sur la coordination de ces deux règles, v. not. C. DESNOYER, « La jurisprudence relative à l'articulation des articles 1386 et 1384, alinéa 1er, du Code civil », *RTD civ.* 2012, p.461 et. s.

[1044] O. DESCAMPS, « Le destin l'article 1382 ou : de la fable du chêne et du roseau en matière de responsabilité civile », *Droits*, n° 47, p.23 et s., spéc. p.37. L'articulation du droit commun de la responsabilité délictuelle avec certains régimes spéciaux révèle cependant aussi les limites du principe *specialia*, dont les insuffisances conduisent les juges à user d'une certaine liberté dans la mise en œuvre. Les résultats ne sont pas toujours satisfaisants, comme en atteste l'évolution de la jurisprudence sur l'articulation entre l'ancien article 1382 et la loi du 19 juillet 1881 sur la liberté de la presse : après avoir considéré que l'article 1382 devait s'écarter chaque fois que la situation entrait dans les prévisions de la loi de 1881 (Ass. plén.., 12 juillet 2000, *Bull. civ. ass.plén*., n° 8, *arrêt préc*.), elle en a écarté l'application dès lors que la situation concernait la matière de la presse, quand bien même le texte de 1881 ne prévoyait pas spécifiquement ce délit, élargissant ainsi le spectre de la loi spéciale au détriment du droit commun (Civ.1ère, 27 septembre 2005, *arrêt préc).*

255. Existence d'un rapport d'espèce à genre. La désignation de la responsabilité délictuelle comme « droit commun » de la responsabilité ne choquera ainsi personne, tant la clause générale de responsabilité en détient les attributs. Ce qui pourra surprendre en revanche, c'est l'analyse des rapports qu'elle entretient avec la responsabilité contractuelle comme un rapport de droit commun à droit spécial. Une certaine doctrine combat férocement cette idée, favorable soit à la thèse de la dualité de nature des responsabilités, et dans le même temps à l'inexistence de la responsabilité contractuelle, soit à la fusion des régimes, concluant donc à l'inutilité d'un régime propre à la réparation du dommage contractuel[1045]. Et même lorsque les auteurs sont favorables à la thèse de l'identité de nature et de la dualité de régimes, ils présentent les régimes contractuel et délictuel tout au plus comme deux ordres de responsabilité concurrents dont il faudrait définir les frontières[1046]. Le rapport de spécialité se définit comme un « rapport d'espèce à genre » entre la norme de droit commun et la norme

[1045] V. *supra*, n° 232 et s. ; v. cependant B. MORON-PUECH, « Regards critiques sur la consécration du dualisme des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », *Tribonien, Revue critique de législation et de jurisprudence*, n° 2, 2018, pp. 64 et s., spéc. p. 77 et s., qui tire de cette analyse des rapports entre les responsabilités contractuelle et délictuelle comme un rapport de droit spécial à droit commun, un argument en faveur de la thèse moniste.

[1046] Rares sont ceux qui analysent les rapports entre la clause générale de responsabilité délictuelle et les règles relatives à la responsabilité contractuelle comme un rapport de droit commun à droit spécial. V. not. A. BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Sirey, Paris, 1931, spéc. n° 202 ; M. BACACHE, « L'office du juge et la responsabilité civile », in *Liber amicorum, Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, p. 23 et s., spéc. p.38 : « La responsabilité délictuelle est conçue en droit positif comme une responsabilité de droit commun, ne jouant que dans les hypothèses où les conditions de la responsabilité contractuelle ne sont pas réunies » ; Ph. LE TOURNEAU, « Principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle : application à la concurrence déloyale », *AJ Contrats d'affaire-Concurrence-Distribution* 2014, p.335 et s. ; J. DUBARRY, « Questions naïves sur la règle de non-option entre les responsabilités contractuelle et délictuelle », *JCP G* 2012.1069 : « Une confrontation de cette disposition [l'article 1382 du Code civil] aux article 1146 et suivants de ce même code conduit à penser qu'il y a entre les deux un rapport de spécial à général » ; D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat, Esquisse d'une théorie*, Thèse Paris II, 2018, n° 945 : « La première [la responsabilité contractuelle] est en effet généralement présentée comme une responsabilité d'exception […], la seconde [la responsabilité délictuelle] étant la catégorie balai de droit commun » ; B. MORON-PUECH, « Regards critiques sur la consécration du dualisme des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », *Tribonien, Revue critique de législation et de jurisprudence*, n° 2, 2018, p. 64 et s. *Contra*, v. G. DURRY, *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*, Collection de droit comparé de McGill, Québec, Université McGill, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1986, spéc. p.48, n° 70 : l'auteur refuse explicitement de qualifier la responsabilité délictuelle de « régime de droit commun » et la responsabilité contractuelle de « régime d'exception », affirmant qu'il n'existe aucune hiérarchie entre ces deux normes, mais seulement une concurrence. Pour autant, l'auteur admet ensuite qu'il n'existe qu'une seule méthode pour résoudre ce problème de concurrence : vérifier, en premier lieu, si les conditions de la responsabilité contractuelle sont réunies, ce qui semble attester de l'existence d'une situation semblable à un rapport de spécialité.

spéciale[1047]. Peut-on dès lors caractériser ainsi le rapport entre les responsabilités contractuelle et délictuelle? Les dommages-intérêts contractuels et délictuels appartiennent, nous l'avons vu, à un même genre, la responsabilité[1048]. Au-delà de cette identité de genre, existe-t-il entre ces normes concurrentes un rapport d'« espèce à genre »[1049], qui implique que les « domaines d'application respectifs se recoupent partiellement, celui de la règle spéciale étant compris dans celui de la règle de droit commun »[1050] ? L'identification d'un rapport de spécialité entre les régimes de responsabilité implique ainsi non seulement que le domaine de la responsabilité contractuelle soit plus restreint que celui de la responsabilité délictuelle, mais par ailleurs qu'il y soit inclus[1051].

256. Domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle. Le domaine d'application d'une règle permet de déterminer « l'ensemble des hypothèses dans lesquelles elle est appliquée »[1052], c'est-à-dire « toutes les situations régies par cette règle »[1053]. Cette définition laisse cependant les auteurs hésitants : le domaine d'une

---

[1047] V. not. C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.,* n° 367. Il s'agit ici de la définition étymologique du terme *spécialité*, qui vient du latin *specialis*, signifiant relatif à l'espèce. V. J. TRAULLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extra-contractuelle, op. cit.*, n° 16. On retrouve également cette définition originelle dans le *Trésor de la langue française*, qui définit le terme « spécial » comme ce « qui concerne, qui constitue une espèce, par opposition à ce qui est, dans le même domaine, général ». V. *Trésor de la langue française, V°* « spécial », sens I, A.

[1048] V. *supra*, n° 177 et s.

[1049] R. GASSIN, « Lois spéciales et droit commun », *D*. 1961, p.91 et. s., spéc. n° 1.

[1050] N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, *op. cit*., n° 177. *Adde* M. POUMARÈDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003, n° 133.

[1051] C'est ce que Christine DESNOYER nomme, à l'instar d'Antoine JEAMMEAUD, les « oppositions de normes », qu'elle distingue des simples situations de concurrence, que l'on peut voir naître entre deux normes applicables à une même situation de fait, sans pour autant qu'elles aient un domaine d'application commun. V. C. DESNOYER , « Du bon usage de la règle *specialia generalibus derogant* : le contre-exemple de la jurisprudence relative à l'articulation des articles 1386 et 1384, alinéa 1er du code civil », in F.PERALDI-LENEUF, S.SCHILLER (dir.), *Les conflits de normes – Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes,* CRDP Lille II et Mission de recherche droit et justice, 2012, p.128 et s. C'est ce que l'on constate notamment face à la concurrence entre l'action en vice caché et celle fondée sur l'erreur, qui entrent en concurrence alors qu'elles ont en principe des domaines bien distincts. V. *supra,* n° 238.

[1052] A. GOUEZËL, *La subsidiarité en droit privé, op. cit.,* n° 164, qui s'appuie ici sur l'analyse structurale de la règle de droit proposée par Henri MOTULSKY, selon lequel tout règle de droit se décompose en deux éléments, le présupposé et l'effet juridique. Ainsi, dès lors que les faits de l'espèce correspondent au présupposé de la règle, cela déclenche l'effet juridique qui lui est attaché, et la règle est ainsi considérée comme « appliquée ». V. H. MOTULSKY, *Principes de réalisation méthodique du droit privé,* Sirey, 1948.

[1053] C. DESNOYER, « Du bon usage de la règle *specialia generalibus derogant* : le contre-exemple de la jurisprudence relative à l'articulation des articles 1386 et 1384 alinéa 1er du code civil », in *Les conflits de normes - Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes*, *op. cit*., p. 128 s., spéc. n° 11 et s.

règle est-il caractérisé par son objet ou ses conditions d'application[1054] ? Dans un cas comme dans l'autre, l'inclusion du domaine de la responsabilité contractuelle dans celui de la responsabilité délictuelle sera caractérisée. Le rapport de spécialité entre deux règles se caractérise en effet d'abord par un objet commun, qui implique que « la règle spéciale régit une fraction de la règle générale »[1055]. En l'espèce, l'objet de la responsabilité contractuelle, s'il est commun à celui de la responsabilité délictuelle – désigner le responsable et compenser le dommage[1056] – est nécessairement plus restreint puisqu'il ne peut viser en principe que le débiteur à l'origine de l'inexécution, et uniquement pour la compensation des dommages découlant de cette inexécution contractuelle. Par ailleurs, si l'on entend le domaine cette fois plutôt comme le champ d'application de la règle, déterminé par ses conditions d'application, alors « le rapport de spécialité correspond à une superposition partielle des champs d'application de deux normes, l'un étant entièrement inclus dans l'autre »[1057]. Or c'est précisément ce que nous avons déjà décrit lorsque nous avons présenté le phénomène d'absorption de fait générateur contractuel par le fait générateur délictuel[1058]. En effet, bien que les faits générateurs contractuel et délictuel soient par principe distincts, le second, la faute délictuelle, recouvre une réalité tellement large aujourd'hui, qu'il englobe la définition du premier, l'inexécution contractuelle. Si l'on ajoute à cela la symétrie présentée par les régimes quant aux autres conditions de l'action en responsabilité, il en résulte que la responsabilité contractuelle se présente comme un calque de la responsabilité délictuelle, mais aux frontières réduites, et contenues, au moins partiellement, dans celles du modèle initial. L'existence d'un domaine exclusif au sein de la responsabilité contractuelle, attaché à la fonction spécifique de satisfaction du créancier que celle-ci

[1054] On distingue en principe le domaine d'application de la règle de ses conditions d'application. V. A. GOUEZËL, *La subsidiarité en droit privé, op. cit.,* n° 160 et s. Certains auteurs font cependant dépendre les contours du domaine d'application d'une règle de ses conditions d'application. Ils distinguent alors ces conditions d'applications, lesquelles permettent, en matière de responsabilité, « non pas de déterminer les personnes qui doivent l'endosser [la responsabilité], mais à déterminer les personnes qui peuvent l'endosser », des conditions de réalisation de cette action, lesquelles permettent de désigner définitivement le responsable. V. S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle,* thèse Orléans, 2011, n° 163. *Adde* M. POUMARÈDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile,* thèse Toulouse 1, 2003.
[1055] C. GOLDIE-GENICON, « Droit commun et droit spécial », *RDA* février 2013, n° 7, p. 29 et s., spéc. n° 16.
[1056] V.*supra*, n° 178 et s.
[1057] É. UNTERMAIER, *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, n° 792.
[1058] V.*supra*, n° 136 et s.

peut servir, ne remet pas en cause l'existence, entre les régimes de responsabilités, de ce rapport de spécialité[1059].

257. Subsidiarité substantielle et procédurale du droit commun de la responsabilité. L'existence d'un rapport d'espèce à genre, couplé à l'incompatibilité qui existe entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, justifie l'exclusion de la responsabilité délictuelle, norme subsidiaire de droit commun, du domaine de la responsabilité contractuelle, règle spéciale. Cette subsidiarité fait d'elle également un socle de protection, lorsque la norme spéciale s'avère défaillante. Ce double visage de la subsidiarité de la clause générale à l'égard de la responsabilité contractuelle, à la fois mise à l'écart et utilisée comme norme de secours, se prolonge sur le terrain procédural. En effet, le principe de non-cumul n'interdit pas que l'on formule, sur le terrain procédural, une demande principale sur le fondement de la responsabilité contractuelle et, dans le même temps une demande subsidiaire[1060] sur le fondement de la responsabilité délictuelle, puisque cette demande ne sera examinée par le juge qu'en cas d'échec de la première[1061]. La Cour de cassation a d'ailleurs confirmé, à plusieurs reprises, le devoir du juge de considérer et étudier la demande subsidiaire fondée sur la responsabilité délictuelle, lorsque la demande principale ne peut aboutir, malgré l'impossibilité de choisir, sur le terrain substantiel, cette voie en raison de l'existence

[1059] V. C. GOLDIE-GENICON, « Droit commun et droit spécial », *op. cit.,* n° 15, spéc. p.40.
[1060] Cette notion fait l'objet d'assez peu de développements, y compris dans les ouvrages de procédure civile, ce que l'on peut regretter. Tout au plus est-elle distinguée de la demande incidente qui vise, selon l'article 4, alinéa 2, du Code de procédure civile, à modifier l'objet du litige. V. not. S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile,* 5ème éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2017, spéc. n° 125.
[1061] Le juge ne peut ainsi en aucun cas examiner ou même simplement tenir compte de cette demande subsidiaire tant qu'il n'a pas constaté l'échec de la demande principale. V. Ass. plén., 29 mai 2009, *BICC* 15 septembre 2009 p.1, rapport GÉRARD et avis MELLOTTÉE ; *Gaz. Pal.* 2009, p.12, note FRICERO ; *Dr.et proc*. 2009/5, p.277, obs. E. PUTMAN ; *JCP* 2009.129, note SALATI. La Cour censure les juges d'appel qui avaient considéré que la demande subsidiaire visant à contester la somme due constituait un aveu de non-paiement, de nature à faire échec à la demande principale fondée sur une courte prescription.

d'une règle plus spéciale, et d'un principe de non-cumul entre elles[1062]. De nombreux auteurs s'accordent pour dire que cette possibilité doit toujours être ouverte au demandeur, sans que les règles qui encadrent l'instance ne prennent nécessairement en compte la nature des relations entre les règles invoquées respectivement aux diverses demandes, et notamment l'existence d'une quelconque hiérarchie entre elles[1063]. Il semble en être autrement en pratique, du moins en ce qui concerne les actions en responsabilité contractuelle et délictuelle.

Sur ce terrain, l'organisation procédurale des demandes principale et subsidiaire paraît en effet indiquer qu'il existe entre les actions en responsabilité contractuelle et délictuelle une hiérarchie, qui ferait ainsi écho à celle qui existe, sur un plan substantiel, entre les deux normes[1064]. Si cette hiérarchie n'est pas explicitement consacrée dans la

---

[1062] V. not., en ce qui concerne le non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, Com., 13 juillet 2010, n° 09-14.985, *JCP G* 2011.435, n° 10, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RDC* 2011/1, p.51, note Y.-M.LAITHIER ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 304, p.17, note D. HOUTCIEFF. La Cour de cassation avait alors censuré la décision de la cour d'appel de déclarer irrecevable, au nom du principe de non-cumul, la demande subsidiaire fondée sur la concurrence déloyale, et donc sur la responsabilité délictuelle. Elle affirme sans détours, au visa des articles 1147 et 1382 anciens, que « ce principe [le non-cumul] interdit seulement au créancier d'une obligation contractuelle de se prévaloir, contre le débiteur de cette obligation, des règles de la responsabilité délictuelle ». Cette jurisprudence a été confirmée notamment par un arrêt rendu cette fois par la troisième Chambre civile en 2011. V. Civ.3ème, 28 avril 2011, n° 10-13.646, *Droit et patrimoine* 2012.211, obs. L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK ; *Gaz Pal* 2011, n° 279, p.19, obs. M. MEKKI. La Cour d'appel avait cette fois fondé le rejet de la demande subsidiaire en invoquant le non-cumul et l'incohérence d'invoquer à la fois les régimes contractuel et délictuel pour des mêmes faits. La Cour de cassation censure en soulignant simplement le caractère subsidiaire de la demande fondée sur la responsabilité délictuelle.

[1063] En effet, la demande en justice ne doit pas être confondue avec l'action en justice, et il ne devrait donc pas y avoir d'identité nécessaire entre la qualité subsidiaire d'une action, et la subsidiarité de la demande en justice qui en est le support. La demande en justice peut être présentée comme la traduction procédurale de l'action en justice, qui elle se définit comme le droit de saisir le juge. V. not. S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile,* 5ème éd., Dalloz, coll. Hypercours, 2017, spéc. n° 120 : « la demande est donc la mise en œuvre de l'action, la traduction procédurale de la prérogative légale que constitue l'action, telle qu'elle est reconnue par la loi et entourée de conditions de recevabilité » ; L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 9ème éd., Lexisnexis, 2016, spéc. n° 332 : « l'action en justice est le droit de saisir le juge et la demande en justice est la manière dont s'exerce ce droit ». Sur la distinction entre subsidiarité substantielle et procédurale, v. not. E. PUTMAN, « Remarques sur la demande subsidiaire », *JCP* G 1991.I.3493, qui distingue la subsidiarité substantielle de la subsidiarité procédurale, la seconde ne devant pas influer sur la possibilité de la seconde. Il prend notamment pour exemple les responsabilités contractuelle et délictuelle, et affirme que le subsidiaire, entendu au sens procédural, est « en harmonie avec la notion même de non-cumul », puisque bien loin de laisser les parties exercer un choix entre les régimes de responsabilité, il laisse cette décision entre les seules mains du juge saisi. V. également en ce sens, C. HABRE, *La subsidiarité en droit privé,* LGDJ, éd.DELTA, 2016, spéc. n° 484 et 495, qui affirme que demande subsidiaire et action subsidiaire sont « dissociées », et qu'ainsi une action qui serait subsidiaire peut tout à fait faire l'objet d'une demande principale, à charge pour le juge de vérifier que la condition de subsidiarité de l'action est bien remplie.

[1064] Nous partons ici du postulat que le concours d'actions se résout d'une manière identique au concours de normes, puisque le premier ne résulte que d'une transposition, face au juge, du second. Dans certains cas en revanche, le concours de normes n'entraîne pas nécessairement concours d'actions, et les deux doivent être dissociés, notamment lorsque l'une des normes en question n'ouvre pas d'action en justice, ou encore que l'une accorde cette action tandis que l'autre lui refuse. Sur ce point, v. not. C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.*, n° 111.

jurisprudence de la Cour de cassation, on peut en effet constater qu'elle n'a admis, pour le moment, qu'une seule manière d'organiser ces deux actions, selon un schéma qui reflète la primauté de la responsabilité contractuelle, puisque l'action en responsabilité délictuelle n'y fait toujours l'objet que d'une demande subsidiaire[1065]. Certains auteurs vont plus loin et affirment qu'il pèse sur le demandeur une obligation de respecter cet ordre précis des demandes principale et subsidiaire, sous peine de contrevenir au principe de non-cumul des responsabilités[1066].

258. Droit commun, droit spécial et coordination de normes. Mise en concurrence avec la responsabilité contractuelle, la responsabilité délictuelle se voit donc attribuer un rôle subsidiaire : exclue dès lors que les éléments nécessaires à la mise en œuvre de la première sont réunis, elle doit pouvoir rester un recours pour la victime en cas de défaillance. Si ce rôle subsidiaire semble l'inscrire dans un rapport de droit commun à droit spécial à l'égard de la responsabilité contractuelle, il faut garder en tête que cette notion de droit commun est toujours relative[1067], et que cette *summa divisio* entre droit

---

[1065] Il faut néanmoins préciser qu'elle n'a jamais explicitement refusé que soit placée en demande principale l'action en responsabilité délictuelle, et en demande subsidiaire l'action en responsabilité contractuelle.

[1066] V. not. Ph. LE TOURNEAU, « Principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle : application à la concurrence déloyale », *AJ Contrats d'affaires-concurrence-Distribution* 2014, p.335 et s. : « le principe de non-option n'interdit nullement au demandeur de se fonder à titre principal sur la défaillance contractuelle et, à titre subsidiaire, sur la responsabilité délictuelle […] mais l'inverse n'est pas possible » ; Y.-M. LAITHIER, « La portée procédurale de la règle du "non-cumul" des responsabilités contractuelle et délictuelle », *RDC* 2011/1, p.51 et s. : dans cette note à propos de l'arrêt précité du 13 juillet 2010, l'auteur considère que sont réunies les deux problématiques liées à la subsidiarité de la responsabilité délictuelle, à savoir la subsidiarité procédurale, qui affecte « les modalités de l'acte », et la subsidiarité substantielle qui affecte les « règles de la responsabilité civile », affirmant que cette subsidiarité « introduit, par un effet d'éviction, un rapport hiérarchique » entre les régimes de responsabilité. De cette double subsidiarité, il conclut que « l'ordre hiérarchique établi entre les modalités de l'acte ne saurait être contraire à l'ordre hiérarchique impérativement établi entre les normes ». L'organisation par le demandeur de ses demandes principale et subsidiaire, doit donc suivre la hiérarchie qui existe entre les normes objet des demandes. *Contra* E. JUEN, « Le droit des tiers à la réparation du dommage causé par une faute contractuelle », *RDC* 2017, p.533 et s., spéc. p. 537, qui dans une perspective prospective, propose au contraire au tiers victime de l'inexécution du contrat, dont l'action doit en principe se fonder sur la responsabilité délictuelle, de formuler, selon la possibilité qui lui serait ouverte par l'article 1234, alinéa 2 du projet de réforme de la responsabilité civile, une demande subsidiaire fondée sur la responsabilité contractuelle. La situation est ici particulière puisque cette disposition du projet de réforme porte déjà en soi une forme d'atteinte au principe de non-cumul, en permettant à un certain type de tiers, « ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat », de choisir de fonder son action en dommages-intérêts sur la responsabilité contractuelle.

[1067] Le droit ne sera commun qu'au regard d'un certain référentiel, et une règle pourra ainsi être commune à l'égard d'une autre, qui sera spéciale à son égard, mais deviendra elle-même spéciale confrontée à d'autres normes. V. J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy,* p. 279 et s., spéc. p. 281 ; R. GASSIN, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chron.91. *Adde*, sur la formation « par paliers » d'un droit commun, v. A. BALLOT-LÉNA, *La responsabilité civile en droit des affaires – Des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ, 2008, qui évoque la création d'un droit commun de la responsabilité civile en droit des affaires, palier intermédiaire entre les clauses générales et les régimes plus spéciaux.

commun et droit spécial « n'a nullement pour ambition de décrire ce qui est – un illusoire ordre naturel dans lequel coexisteraient des caractéristiques communes et particulières – mais de participer à la construction d'un système juridique qui se veut harmonieux »[1068]. La distinction entre droit commun et droit spécial n'a d'intérêt que dans une perspective de coordination de normes concurrentes, assurée ici par la mise en œuvre d'un principe, celui selon lequel les normes spéciales dérogent aux générales.

b) Primauté de la responsabilité contractuelle et mise en œuvre du principe *specialia*

259. Primauté de la responsabilité contractuelle et principe de non-cumul. Au-delà de l'aspect dit « quantitatif » du rapport de spécialité, c'est-à-dire la caractérisation d'un rapport d'espèce à genre, René GASSIN a décrit ce qu'il désigne comme l'aspect « qualitatif », à savoir qu'une norme pourrait être désignée comme spéciale dès lors qu'elle « déroge » à une autre[1069]. En effet, la question qui se pose, face au constat d'un conflit permanent entre les régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle, est celle de la coordination de deux règles antinomiques[1070], or cette coordination pourrait prendre le chemin d'un choix offert à la victime du dommage entre deux régimes de responsabilité applicables et concurrents[1071]. Comme le faisait remarquer le doyen CARBONNIER, « lorsque le droit positif met deux moyens juridiques à la disposition du même individu, le sens le plus élémentaire de ce double don est le cumul »[1072]. En effet, si l'on comprend pourquoi l'application cumulative de deux normes incompatibles est strictement impossible, c'est moins évident lorsqu'il s'agit de choisir l'une d'entre elles, puisque si l'une seulement s'applique, le conflit

[1068] C. GOLDIE-GENICON, « Droit commun et droit spécial », *op. cit.*., spéc. p.29.
[1069] R. GASSIN, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961.91, spéc. p. 93 et s., qui entend « dérogation » non pas seulement comme de simples exceptions à une norme plus générale, mais comme une dérogation fondée sur des « conceptions étrangères au droit commun ».
[1070] V. B. HAFTEL, « Entre "Rome II" et "Bruxelles I" : l'interprétation communautaire uniforme du règlement "Rome I" », *Clunet* 2010, n° 3, doctr.11, spéc. n° 28, à propos du principe de non-cumul, et de la primauté de la responsabilité contractuelle sur la responsabilité délictuelle qui en résulte : « Ce phénomène peut parfois donner l'impression qu'il existe une véritable frontière entre les ordres de responsabilité là où, en réalité, il existe plus exactement des chevauchements régulés par deux règles de coordination ».
[1071] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit.,* n° 386, spéc. p.496 et 497. C'est pourquoi l'auteur ajoute, à la définition donnée par Georges BOLAND, l'idée que l'application simultanée doit être impossible, « que ce soit de manière cumulative ou alternative ».
[1072] J. CARBONNIER, *RTD civ.* 1961, p.332 et s.

disparaît, ou du moins est contourné. Pourtant, cette coordination entre les régimes concurrents de responsabilité se solde non pas par un possible choix entre les deux normes concurrentes, mais par l'exclusion systématique de la norme la plus générale et la plus intrusive, à qui l'on assigne un caractère subsidiaire. Cette coordination par l'exclusion est ici assurée par un principe caractéristique du droit français de la responsabilité civile, le principe dit de non-cumul des deux ordres de responsabilité qui, malnommé, n'interdit pas tant le cumul des responsabilités, que justement la possibilité pour la victime d'un dommage subi dans le « cadre contractuel » – entre contractants et du fait d'un manquement contractuel – de choisir la responsabilité délictuelle[1073]. Plus qu'un principe de non-cumul, il s'agit donc d'un principe de non-option[1074], dont la teneur a été dévoilée par la Cour de cassation en 1922 tout d'abord en ces termes : « […] les articles 1382 et suivants du Code civil sont sans application lorsque la faute a été commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat »[1075], avant de prendre la forme plus nette d'une absence d'option : « le créancier d'une obligation contractuelle ne peut se prévaloir contre le débiteur de cette obligation, quand bien même il y aurait intérêt, des règles de la responsabilité délictuelle »[1076]. La résolution du conflit de normes par la mise à l'écart de la norme subsidiaire s'incarne ici de manière particulière dans le principe de non-cumul des responsabilités, et a pour conséquence d'instaurer une hiérarchie entre les régimes de responsabilités, caractérisée par la primauté de la responsabilité contractuelle.

260. Principe de non-cumul et principe *specialia generalibus derogant*. Par l'exclusion de la norme subsidiaire et l'instauration d'une hiérarchie entre les régimes délictuel et contractuel de responsabilité, le principe de non-cumul est en réalité l'incarnation particulière d'un principe de coordination de normes concurrentes bien connu : le « principe selon lequel les lois spéciales dérogent aux lois générales », *specialia generalibus derogant*. Ce principe, dont la portée dépasse le droit privé et l'articulation entre les seules lois, et dont l'importance est capitale en droit

[1073] Sur le contexte d'émergence du principe de non-cumul en droit français, v. *supra*, n° 144 et s.
[1074] A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 20ème éd., LGDJ, 2023, n° 515. H.CAPITANT, F.TERRÉ, Y.LEQUETTE, F.CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, t. 2, 14ème éd., 2024, n° 212
[1075] Civ., 11 janvier 1922. V. H.CAPITANT, F.TERRÉ, Y.LEQUETTE, F.CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, t. 2, 14ème éd., 2024, n° 212
[1076] Civ.1ère 11 janvier 1989, *Bull. civ.,* I, n° 3.

international public, relève presque du droit naturel. On en trouve d'ailleurs trace dans les écrits de GROTIUS, qui le justifie ainsi « les dispositions spécifiques sont généralement plus appropriées que celles qui ne présentent qu'un aspect général »[1077]. Mais alors que le rôle de ce principe d'articulation des normes se révèle de plus en plus important face à la multiplication des règles spéciales, peu d'études lui sont consacrées par la doctrine française, malgré sa consécration explicite en droit positif[1078].

261. Sens et raisons du principe *specialia*. Face à un conflit entre deux normes incompatibles, ce principe organise l'exclusion de la norme qualifiée de droit commun au profit de la norme spéciale, chaque fois que l'on se situe dans le domaine de cette dernière. Mais contrairement à ce qui se passe entre deux normes incompatibles de même portée, dont le conflit se résout par l'abrogation implicite de la norme la plus ancienne, ici la coordination entre les normes spéciale et générale n'implique qu'une simple neutralisation de la seconde dans le domaine de la première[1079]. Cette éviction systématique de la norme commune au profit de la norme spéciale dans son domaine, et l'impossibilité du choix dans une telle situation, résulterait alors d'un souci de cohérence du système juridique, qui ne peut tolérer qu'une option subsiste entre deux règles « inconciliables »[1080]. Elle découle aussi et surtout de la nécessité de préserver l'utilité de la règle spéciale, dont la « raison d'être est de déroger à la règle générale » afin d'apporter à certaines situations pouvant être prises en charge par la règle générale une réponse plus appropriée[1081]. C'est une logique similaire qui est à l'œuvre dans le phénomène d'exclusion de la responsabilité délictuelle du contrat, et l'interdiction du choix de ce régime pour la réparation des dommages causés par un manquement

---

[1077] G. E. DO NASCIMENTO E SILVA, « Le facteur temps et les traités », *RCADI* 1977, vol.154, p.215, spéc. p.245.
[1078] Article 1105 du Code civil : « Les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières ». Cet article reprend, depuis la réforme de 2016, l'ancien article 1107. Ce principe est par ailleurs assez peu utilisé par la Cour de cassation. V. cependant Civ.1ère, 9 mars 2016, n° 15-18.899, *D.*2016.1328, chron. A. PELISSIER ; *RGDA* 2016.186, note L. MAYAUX ; *JCP E* 2016.1260, note A. FRANÇOIS.
[1079] F. TERRÉ, N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, 14ème éd., Dalloz, 2022, n° 568 : « […] on admettra alors que la loi ancienne est maintenue sauf dans le domaine spécial de la loi nouvelle ».
[1080] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op. cit*., n° 391 et « Droit commun et droit spécial », *RDA* février 2013, n° 7, p. 29 et s., n° 18, spéc. p.42. L'option alors proposée aboutirait quoiqu'il arrive à une « impasse », à un « non-sens ». L'auteur rappelle que cet objectif de cohérence du système juridique n'implique pas qu'il n'y subsiste aucune faille, ni lacune, mais plutôt l'existence d'un « guide aux interprètes », au premier rang desquels le juge.
[1081] P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, 7ème éd., LGDJ, 2023, n° 293.

contractuel, entre contractants. La compensation de ces dommages, parce qu'elle soulève des questions particulières, liées au respect du contrat et ses prévisions, et à la relation contractuelle, doit être prise en charge par une règle spéciale plus adaptée, en l'occurrence un ensemble de règles, la responsabilité contractuelle.

262. Primauté de la responsabilité contractuelle caractéristique du droit spécial. Pour confirmer l'idée selon laquelle le principe de non-cumul ne serait qu'une application particulière de l'adage *specialia* et viserait ainsi à exclure la norme de droit commun, la responsabilité délictuelle, du domaine d'application de la norme spéciale, la responsabilité contractuelle, il faut identifier entre les deux régimes, outre une incompatibilité que l'on a déjà mise en lumière[1082], un rapport d'espèce à genre. À l'image de ce qui se passe lorsqu'est mis en œuvre l'adage *specialia*, qui instaure entre la norme de droit commun et la norme spéciale une hiérarchie, conduisant à la primauté de la seconde sur la première[1083], le principe de non-cumul, parce qu'il empêche l'intervention de la responsabilité délictuelle dans le cadre contractuel, quand bien même ses conditions seraient réunies – ce qui est en pratique presque systématiquement le cas du fait de la symétrie des conditions de mise en œuvre des régimes[1084] – instaure une primauté de la responsabilité contractuelle[1085]. Tout comme dans les rapports entre droit commun et droit spécial, il ne s'agit dès lors pas de délimiter les frontières qui entourent chacune des règles afin de leur assigner un domaine d'application propre,

[1082] Sur cette antinomie entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, v. *supra*, n° 237 et s. L'antinomie permet de faire le tri entre les situations de concurrence pour lesquelles le cumul, ou le choix restera possible, et celles qui conduiront à l'exclusion de l'une des règles, la plus générale, au profit de l'autre, la plus spéciale. Seule cette incompatibilité, qui rend l'application « simultanée » des dispositions impossible, peut justifier que l'application de l'une des règles soit paralysée au profit de la norme concurrente. G. BOLAND, « Quelques propos sur les antinomies et pseudos-antinomies en particulier en droit administratif », in Ch.PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit,* Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 183 et s., spéc. p.185 ; C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, *op.cit*., n° 391 et s., et n° 406 et s., qui étudie les divers fondements de cette éviction des règles de droit commun par la mise en œuvre de *specialia*, et rejette celui selon lequel ce serait la volonté implicite du législateur qui pourrait expliquer cette exclusion.

[1083] J. RAYNARD, « À propos de la subsidiarité en droit privé », in *Mélanges Christian Mouly,* p.131 et s., spéc. n° 5. Pour un exposé des différentes théories doctrinales sur la mise en œuvre de l'exclusion du droit commun, v. A. GOUEZËL, *La subsidiarité en droit privé*, Economica, 2013, n° 155 et s.

[1084] V. *supra*, n° 185 et s.

[1085] P. ANCEL, « Le concours de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle », *RCA* 2012, n° 2, dossier n° 8, p. 38 et s., spéc. n° 9. L'auteur propose même de nommer ce principe de non-cumul, également souvent désigné comme le principe de non-option, le principe de « primauté de la responsabilité contractuelle ».

mais bien de résoudre, voire de prévenir le conflit de normes[1086], par la mise en place d'une hiérarchie entre les règles concurrentes[1087]. La résolution du conflit entre les responsabilités contractuelle et délictuelle par ce principe de non-cumul, et la hiérarchie de normes qui en découle, fait ainsi largement écho aux effets du rapport de spécialité. C'est d'ailleurs souvent ainsi qu'est perçu ce principe très spécifique au droit français chez les auteurs étrangers[1088], et parfois par la doctrine française elle-même[1089].

263. Conclusion. Une forme de hiérarchie s'instaure ainsi entre le régime contractuel et le régime délictuel, en faveur du premier : la responsabilité contractuelle prime la responsabilité délictuelle. Le domaine de la responsabilité délictuelle n'existe qu'en miroir de celui octroyé à la responsabilité contractuelle, et de ce rapport particulier semble émerger une grille de lecture pertinente des relations entre les régimes de responsabilité, à travers le prisme du droit commun et du droit spécial. Le principe de non-cumul, qui organise la neutralisation de la responsabilité délictuelle dans le domaine contractuel doit être alors compris comme une mise en œuvre particulière du principe *specialia generalibus derogant*. Afin de pouvoir mettre en œuvre ce principe et de résoudre le conflit entre les responsabilités, il faut donc définir les contours de la norme la plus spéciale, la responsabilité contractuelle.

[1086] V. R. LIBCHABER, « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », *RTD civ.* 1997, p.792 et s. L'auteur constate qu'il n'existe pas en droit privé, de directive générale de résolution des conflits de normes, et que mêmes les maximes telle que *specialia generalibus derogant* constituent plus des « esquives », que des véritables solutions, et cherchent plus à éviter le conflit qu'à véritablement le résoudre.

[1087] J. RAYNARD, « À propos de la subsidiarité en droit privé », *in Mélanges Christian Mouly,* p.131 et s., spéc. n° 5.

[1088] V. not. R. ZIMMERMANN*, The Law of obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, *op. cit*., spéc. p. 906: « As a result, French doctrine has to protect the rules relating to contractual liability by means of the principle of "*non-cumul des responsabilités*". Where a contractual bond exists between two parties, the law of contract must be given preference as the lex specialis […] ».

[1089] Si cette idée est moins présente en doctrine aujourd'hui, c'est ainsi que certains auteurs ont pu présenter et justifier le principe de non-cumul des responsabilités. V. R. RODIÈRE, « Études sur la dualité des régimes de responsabilité », 2ème partie, « La combinaison des responsabilités », *JCP* 1950.I.868. *Adde* J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.,* n° 6, p. 6, pour qui : « Ce principe dit du « non-cumul » s'impose en bonne logique, dès lors qu'une organisation spéciale est donnée à la responsabilité contractuelle ».

B. Les contours du domaine contractuel

264. Critères du domaine contractuel. Entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, la frontière ne peut donc être tracée qu'*a posteriori*, une fois définis les contours du domaine contractuel, assignant alors en creux à la responsabilité délictuelle un domaine résiduel[1090]. La définition du domaine contractuel est donc l'enjeu principal de la coordination des responsabilités contractuelle et délictuelle. Les critères permettant d'en tracer les limites se révèlent pourtant insuffisants (1), laissant prédominer en la matière l'opportunisme juridique (2).

1. L'insuffisance des critères classiques

265. Délimitation traditionnelle du domaine contractuel. Le domaine contractuel est traditionnellement défini par le contexte dans lequel le dommage a émergé : le dommage doit être survenu dans un cadre contractuel (a), et résulter de la violation d'une obligation contractuelle (b).

a) Un dommage survenu dans un cadre contractuel

266. L'existence d'un contrat. Le domaine de la responsabilité contractuelle est en principe déterminé par des critères attestant du fait que le dommage ait été causé dans un cadre contractuel, c'est-à-dire, en premier lieu, dans le cadre d'un contrat et en second lieu, dans le cadre d'une relation contractuelle, c'est-à-dire entre contractants. Il faut donc en premier lieu qu'un contrat existe, ce qui implique de distinguer le contrat d'autres situations qui pourraient lui ressembler ou gravitent autour de lui, des situations qualifiées par Geneviève VINEY de « para-contractuelles »[1091]. Si l'on met

[1090] L. LETURMY, « La responsabilité délictuelle entre contractants », *op. cit.* : « Le domaine respectif des deux régimes de responsabilité est ainsi délimité selon cette équation très simple à énoncer : si les conditions positives de la responsabilité contractuelle ne sont pas remplies, le régime délictuel doit être retenu ».
[1091] G. VINEY, *Traité de droit civil*, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.,* p.529 et s.

de côté les marges de l'existence du contrat, c'est-à-dire les périodes pré- et post-contractuelles, qui soulève des problématiques particulières[1092], dans lesquelles nous inclurons la question des dommages-intérêts en cas nullité du contrat, il s'agit alors essentiellement de distinguer le contrat d'autres figures qui pourraient partager avec lui certains traits caractéristiques, sans en être. C'est le cas face à des situations « créées par des actes de volonté », mais qui ne présentent pas les caractéristiques du contrat[1093], tel que désormais défini à l'article 1101 du Code civil[1094]. Deux types de situations se sont présentées aux juges.

267. Actes bénévoles et loteries publicitaires. Les premières s'apparentent à des situations de pur fait juridique, auxquelles la jurisprudence va pourtant attacher une qualification contractuelle ou simplement faire produire, en raison d'une apparente similitude avec le contrat, certains effets attachés au contrat, en particulier la responsabilité contractuelle. On y comptera notamment les actes bénévoles et services gratuits et les fameuses loteries publicitaires. Dans ces deux cas, c'est la réalisation d'un préjudice dans ce cadre particulier, et la perspective d'une action en responsabilité, et donc la nécessité de trancher entre régime contractuel et délictuel de responsabilité, qui va entraîner la jurisprudence dans une série d'hésitations autour de la qualification. Les actes bénévoles et services gratuits ont ainsi, en grande majorité, fait l'objet d'une qualification délictuelle[1095] avant que la jurisprudence ne découvre dans certains cas un contrat dit « d'assistance bénévole » ou de « bienfaisance ». Cette découverte d'un contrat en l'absence totale de manifestation de volonté suscite encore aujourd'hui des critiques[1096] : si l'on peut accepter la fiction selon laquelle l'assisté aurait consenti à une offre d'aide de la part de l'assistant, caractérisant ainsi une

[1092] V. *infra*, n° 382 et s.
[1093] G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, p. 504 et s.
[1094] « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».
[1095] Les victimes d'accidents survenus dans le cadre d'un transport bénévole se sont ainsi vu appliquer le régime de la responsabilité délictuelle. V. G. VINEY, *Traité de droit civil*, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.,* n° 299.
[1096] V. not. D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, LGDJ, 2020, p. 97 et s., qui critique ces « fictions de volonté » créées par la jurisprudence tant pour les contrats d'assistance bénévole que pour les loteries publicitaires.

rencontre de volontés, et l'existence d'un acte gratuit[1097], il semble plus difficile d'accepter qu'émerge de cette conjoncture un accord portant sur la sécurité de celui qui a porté assistance[1098]. Or c'est bien cela qui est en cause lorsqu'il faut réparer le dommage subi par ce dernier, et c'est donc ce contrat dont la jurisprudence reconnaît l'existence lorsqu'elle décide d'appliquer ici la responsabilité contractuelle.

L'exemple des loteries publicitaires illustre également ces tâtonnements de la jurisprudence en matière de qualification contractuelle ou délictuelle. Le cas est bien connu des sociétés de vente par correspondance qui, après avoir adressé à des clients des documents publicitaires leur laissant croire, à tort, qu'ils avaient gagné un lot ou une somme importante, se sont vues assigner en responsabilité par les clients déçus. Malgré l'absence nette de volonté de s'engager desdites sociétés, les juges ont un temps reconnu l'existence d'un engagement unilatéral de volonté[1099], avant d'opter pour la qualification contractuelle[1100] et enfin de décider, de manière inattendue, de fonder l'engagement des sociétés envers leurs clients sur l'existence d'un nouveau quasi-contrat[1101]. Cette nouvelle qualification laisse cependant planer le doute quant au régime de responsabilité à appliquer, puisque ni le Code civil, ni la jurisprudence n'ont pour l'heure déterminé le régime applicable à la violation d'une obligation quasi-contractuelle[1102].

268. Engagement unilatéral de volonté. Le second type de situation se situe cette fois plutôt du côté de l'acte juridique. Face à certaines manifestations de volonté ne

---

[1097] Quand bien même dans certains cas cette fiction est poussée à l'extrême, notamment lorsque l'assisté était dans un état d'inconscience qui ne lui permettait manifestement pas de consentir à quoi que ce soit. V. not. Civ.1ère, 1er décembre 1969, *Bull. civ*. I, n° 299 ; *Gaz. Pal.* 1970, I, Somm., p.18 ; *D.*1970.422, note PUECH ; *JCP* 1970.II.16445, note J.-L. AUBERT. Malgré les critiques doctrinales et un espoir d'infléchissement de cette tendance (Civ.2ème, 13 mai 1971, *JCP* 1971.IV.158 ; Civ.1ère, 7 avril 1998, Bull. civ. I, n° 141 ; *JCP* 1998.II.10203, note O. GOUT), certains arrêts persistent dans cette ligne (V. récemment Civ.2ème, 12 septembre 2013, n° 12-23530, *RDC* 2014.16, note T. GENICON, *Resp.civ. et assur*. 2013, comm.330, note S. HOCQUET-BERG ; Civ.1ère, 15 octobre 2014, n° 13-20875, *Resp.civ.et assur*. déc.2014, comm. 364, note S. HOCQUET-BERG ; Civ.2ème, 5 février 2015, n° 13-27780, *Resp.civ.et assur*. 2015, comm.144).

[1098] G. VINEY, *Traité de droit civil*, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 299, spéc. p. 474.

[1099] Civ.1ère, 28 mars 1995, *Bull. civ. I*, n° 150, *D.*1996.180, note J.-L. MOURALIS.

[1100] Civ.2ème, 11 février 1998, *JCP* 1998.II.10156, note G. CARDUCCI, *JCP* 1998.I.135, n° 1, obs. M. FABRE-MAGNAN, *JCP* 1998.I.185, n° 1, obs. G.VINEY ; Civ.1ère, 12 juin 2001, *JCP* 2002.II.10104, note D. HOUTCIEFF.

[1101] Ch. mixte, 6 septembre 2002, n° 98-22.981, *D.* 2002.2963, note D. MAZEAUD ; *JCP* 2002.II.10173, note S. REIFEGERSTE ; *RTD civ.* 2003.94, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *GAJC*, t. 2, *op. cit.*, n° 278.

[1102] G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit.,* n° 314, spéc. p. 510, qui considère qu'en cas de doute, c'est nécessairement le régime de responsabilité extracontractuelle qui doit s'appliquer, en tant que « régime de droit commun ».

présentant pas les critères du contrat, et notamment en l'absence de rencontre des volontés, la question s'est posée de la qualification de ces déclarations de volonté comme des actes juridiques créateurs d'obligations, et concurrents du contrat. Le débat s'est alors principalement centré sur la reconnaissance, en droit français, de l'engagement unilatéral de volonté[1103] comme source d'obligations. Si, depuis la réforme de 2016, le Code civil fait désormais mention de l'acte juridique comme source d'obligations et en donne une définition qui laisse place, aux côtés des actes « conventionnels », à des actes « unilatéraux »[1104], il n'est presque plus fait mention de l'acte juridique par la suite, le contrat restant l'épicentre des dispositions suivantes, et le seul véritable modèle d'acte juridique[1105]. Cette difficulté à faire émerger, en droit français, une théorie générale de l'acte juridique tient à l'existence d'obstacles tant historiques que structurels, mais surtout dogmatiques[1106]. Le caractère obligatoire des actes juridiques est en partie fondé, en droit français, sur la théorie de l'autonomie de la volonté, qui met au cœur du contrat les volontés des parties. Or ce fondement est peu compatible avec la notion d'engagement unilatéral de volonté qui se fonde en principe, dans le droit allemand dont il est issu, sur la théorie de la déclaration de volonté, *Willenserklärungtheorie*[1107], qui fait de la volonté exprimée, déclarée, la source de l'obligation. L'existence de l'engagement unilatéral de volonté aux côtés du contrat reste donc relativement incertaine. L'alinéa 2 de l'article 1100-1 du Code civil soumet néanmois tous les actes juridiques « en tant que de raison, aux règles qui gouvernent les effets du contrat ». En matière de responsabilité, l'engagement unilatéral de volonté intègrerait donc le domaine contractuel[1108].

[1103] L'engagement unilatéral de volonté se définit comme une catégorie d'actes qui crée, par la seule volonté de son auteur, une obligation à la charge de celui-ci. V. not. 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, JOFR n° 0035 du 11 février 2016.
[1104] Article 1100-1, alinéa 1er du Code civil. Le rapport au Président de la République précité affirme que « ce texte, en précisant que l'acte juridique peut être conventionnel ou unilatéral, inclut l'engagement unilatéral de volonté […] ».
[1105] V. not. C. BRENNER, « Source des obligations dans le Code civil rénové : passage à l'acte ou acte manqué ? », *JCP G* 2016, p. 898.
[1106] V. not. J. KNETSCH, « L'acte juridique et le nouveau droit français des obligations. Réflexions sur les pérégrinations franco-allemandes d'un concept juridique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz,* Lexisnexis, 2018, p. 420 et s. ; S. FULLI-LEMAIRE, D. PERROUIN-VERBE, « Can't buy me love : The French Reluctance to Embrace the Juridical Act », in *Iurium itinera. Historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte, Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, Mohr Siebeck, 2022, p. 291 et s.
[1107] *Ibid.*
[1108] E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, op. cit.,* n° 430.

269. Dommage causé entre contractants. Il faut ensuite que ce dommage ait été causé par un contractant à son ou ses cocontractants. Cette question de la délimitation des frontières « personnelles » du domaine contractuel est rarement discutée par la doctrine, et ne soulève *a priori* pas de problème majeur. Identifier une partie au contrat apparaît en effet une tâche plutôt aisée. Mais elle soulève, en creux, une autre question, celle de l'identification des tiers au contrat, qui se posera alors essentiellement dans la perspective de la réparation du dommage causé par l'inexécution du contrat à un tiers. Sur le spectre allant du statut de partie au contrat à celui de tiers étranger au contrat, il y aurait en effet des catégories intermédiaires, des tiers dont la situation pourrait, en cas de dommage, déclencher la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle[1109]. Hormis cette situation particulière, dont nous traiterons plus loin, les contours du domaine contractuel, et avec lui de la responsabilité contractuelle, sont en partie définis par la qualité de partie tant de l'auteur du dommage que de sa victime.

b) Un dommage causé par la violation d'une obligation contractuelle

270. Un dommage causé par la violation d'une obligation contractuelle. Quand bien même un contrat existe, et que le dommage découle de la relation contractuelle dont il est le support, il faut encore que ce dommage soit le fruit de la violation – inexécution ou mauvaise exécution – d'une obligation contractuelle. Le dommage doit donc résulter de la violation par l'un des contractants, débiteur de l'obligation contractuelle, de l'obligation mise à sa charge par le contrat, à l'égard de son ou ses cocontractants, le ou les créanciers de cette obligation. C'est le critère principal de délimitation entre les ordres de responsabilité et de mise en œuvre du principe de non-cumul : dès lors que l'on est face à une inexécution contractuelle, la responsabilité contractuelle seule doit s'appliquer, à l'exclusion de la responsabilité délictuelle. C'est ainsi que la Cour de cassation affirme en 1922 : « les articles 1382 et suivants sont sans application lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant du contrat »[1110], et précise plus tard que « pour qu'une responsabilité

[1109] V. *infra*, n° 555 et s.
[1110] Civ., 11 janvier 1922, *arrêt préc.*.

contractuelle soit engagée, il ne suffit pas qu'un dommage ait été causé à l'occasion d'un contrat, il faut encore que le dommage résulte de l'inexécution d'une des obligations créées par ce contrat »[1111]. Ce critère de distinction des ordres de responsabilité se trouve également au cœur du projet de réforme de la responsabilité de 2017 et de la proposition de loi qui l'a suivi en 2020 : outre l'article 1233 qui dispose que « 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 », le texte distingue les dispositions communes aux deux régimes de responsabilité – préjudice et lien de causalité – des dispositions propres à chaque régime. Les dispositions propres à la responsabilité contractuelle, articles 1250 à 1252, font essentiellement état d'une condition propre à cette action en responsabilité : le fait générateur, caractérisé par une inexécution contractuelle[1112].

271. Rôle du juge dans la détermination du contenu du contrat. La caractérisation d'une inexécution contractuelle implique de pouvoir affirmer que l'obligation violée par le créancier était de nature contractuelle, et donc de déterminer avec précision le contenu du contrat dont l'exécution a été l'occasion du dommage. La réponse à cette question pourrait être simple : il suffit de regarder quelles sont les obligations que les parties ont entendu mettre à leur charge lorsqu'elles ont scellé leur accord. Mais outre qu'en l'absence de formalisme, il est fréquent que le juge ne puisse se référer à aucun document contractuel pour apprécier le contenu du contrat, ces documents contractuels, quand ils existent, ne suffisent pas à apprécier l'entièreté du contenu obligationnel du contrat. Ils peuvent tout d'abord ne retranscrire qu'une certaine de la volonté des parties, celle qui est exprimée, et laisser de côté des obligations implicitement incluses dans le contrat. Surtout, la volonté des parties ne peut être considérée comme le seul point de référence du contenu obligationnel du contrat, puisqu'elle n'en est pas la seule source. Le rejet de la conception purement volontariste du contrat, qui ne reflète d'ailleurs pas l'esprit du Code de 1804[1113], laisse place, dans la détermination du contenu du contrat, à d'autres acteurs : le législateur d'abord, mais aussi, à la marge,

[1111] Civ.1ère, 7 novembre 1961, D. 1961.2.146, note P. ESMEIN.
[1112] Les articles 1251 et 1252 concernent l'encadrement des effets de la responsabilité contractuelle : limite du dommage prévisible, et nécessité d'une mise en demeure dans certains cas.
[1113] V. not. D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, *op. cit.,* p. 266 et s.

les juges. Sur la base de l'ancien article 1135 du Code civil[1114], ces derniers disposent en effet d'une certaine liberté pour enrichir le contenu du contrat, dont ils ont fait, à partir de la fin du XIX^{ème} siècle, et surtout au début du XX^{ème}, la démonstration.

272. Difficultés dans la détermination du contenu du contrat. L'intégration par le juge, dans les contrats de transport d'abord, puis dans de nombreux contrat spéciaux[1115], d'obligations contractuelles de sécurité non explicitement prévues par les contractants témoigne de cette grande liberté. Cette démarche, répliquée par le juge en ce qui concerne les « obligations d'information, de renseignement, de conseil et de mise en garde »[1116], a rendu illisible le principal critère de distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle et est venue, selon de nombreux auteurs, ajouter du trouble à la distinction entre contrat et délit. En effet, l'obligation de sécurité, et dans une moindre mesure celle d'information, s'apparentent en réalité à des devoirs généraux qui préexisteraient au contrat et n'en seraient pas exclusivement le fruit. Or puisque la violation de tels devoirs, tel que le devoir de ne pas porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui, constitue en principe le socle de la responsabilité délictuelle, leur intégration dans le contrat conduit nécessairement à un gonflement excessif du domaine contractuel. C'est donc cette fois le contrat qui vient phagocyter une obligation de nature délictuelle, pour en travestir la nature.

C'est pourquoi de nombreux auteurs proposent que ces obligations agrégées par le juge au contrat, quand bien même elles seraient nécessaires à la bonne exécution du contrat – on ne songerait pas à considérer qu'un contrat de transport de personnes peut être correctement exécuté lorsque le transporté arrive à destination dans un état physique qui n'était pas le sien au départ[1117] – soient sorties du contrat,

[1114] Dont le contenu est repris à l'actuel article 1194 du Code civil : « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ».
[1115] Particulièrement des contrats dont l'objet est la mise à disposition par une partie, souvent un professionnel, à une autre, le client, de matériel ou installations pouvant être la source d'accidents. V. not. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit.,* n° 301, spéc. p.478. V. également Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op. cit.*, spéc. n° 24 : l'auteur parle d'obligation de sécurité « quant aux biens ».
[1116] G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit.,* n° 301, spéc. p.478.
[1117] Cela est particulièrement vrai dans les contrats de transport de personnes, mais pas seulement.

« décontractualisées »[1118] et renvoyées à leur vraie nature délictuelle[1119], ou du moins distinguées des véritables obligations contractuelles, celles qui constituent le cœur du contrat. Il y aurait alors des obligations « strictement contractuelles », qui doivent au contrat leur existence et ne lui préexistent pas – le fameux « plus contractuel » développé par Jérôme HUET[1120] – et des obligations qui ne seraient contractuelles que « par accessoire »[1121]. Dans les deux cas, l'exclusion de ces obligations du véritable cercle contractuel sert à rejeter la compétence de la responsabilité contractuelle, quand bien même le dommage aurait été causé dans un « cadre contractuel », et à rendre à la responsabilité délictuelle sa compétence en matière de « bras cassés et de morts d'hommes »[1122]. Cet argumentaire est en partie repris par le projet de réforme de la responsabilité présenté par la Chancellerie en 2017 qui, tout en reconnaissant l'existence d'un régime de responsabilité contractuelle partageant avec la responsabilité délictuelle une architecture commune, déplace cette question sur le terrain non plus de la nature de l'obligation violée, mais du dommage subi. Tout dommage corporel devrait ainsi être pris en charge par la responsabilité dite extracontractuelle, quand bien même il aurait été causé dans le cadre de l'inexécution

[1118] P. JOURDAIN, *D.*1995, p.350. et. s.
[1119] Proposition notamment faite par les détracteurs de la responsabilité contractuelle, qui considèrent que les dommages-intérêts contractuels ont pour unique fonction d'exécuter la prestation contractuelle par équivalent, ce qui par principe ne concernera que les cas dans lesquels l'obligation violée correspondra à la prestation attendue du contrat. Sur cette controverse, v. *supra*, n° 169 et s. V. not. Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op. cit.*, n° 17 et s. Ces auteurs, comme de nombreux auteurs du XX^{ème} siècle, dénoncent un « forçage du contrat » par le juge. V. not. L. JOSSERAND, « L'essor moderne du concept contractuel », in *Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de François Gény*, t.II, p.333.
[1120] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.,* spéc. n° 299 et 672 : la convention, et son contenu, sont en effet caractérisés par le fait d'exiger « "quelque chose de plus" que le simple respect des règles ordinaires de prudence et de diligence » et n° 674 : « Ce "surcroît " d'obligations, ce "quelque chose de plus" est le bénéfice que les parties attendent de la convention […] ».
[1121] V. not. M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDJ, 1996, spéc. n° 58 et s. : l'auteur expose la distinction entre les obligations « strictement contractuelles » et les obligations « contractuelles par accessoire ».
[1122] J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome IV, *Les obligations, op. cit*, n° 295 : : « Au surplus, ce que l'on appelle responsabilité contractuelle devrait être conçu comme quelque chose de très limité : l'obligation de procurer au créancier l'équivalent de l'intérêt (pécuniaire) qu'il attendait du contrat ; c'est artifice que de faire entrer là-dedans des bras cassés et des morts d'hommes ; les tragédies sont de la compétence des articles 1382 et suivants ».

du contrat[1123]. Ce faisant, tout en accordant au dommage corporel une place particulière, et adoptant ainsi en partie l'idée d'une hiérarchie des intérêts en droit français, les projets tranchent la question des obligations de sécurité, dont la violation aura toujours pour conséquence la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle[1124].

273. Critique de la distinction entre obligations « strictement contractuelles » et obligations contractuelles « par accessoire ». Le critère de l'obligation contractuelle n'est plus si évident depuis que la jurisprudence en a brouillé les contours, et les solutions proposées par la doctrine pour remédier à ce trouble ne suffisent pas à le dissiper : à la difficulté de savoir ce qu'est une obligation contractuelle se substitue désormais celle de distinguer entre celles qui le sont « strictement » et celles qui ne le sont que « par accessoire »[1125]. Or cela n'a rien d'évident et ne peut se déterminer qu'au cas par cas, en sondant l'âme de chaque opération contractuelle. Si l'on prend à nouveau comme exemple l'obligation de sécurité, il serait difficile de considérer qu'elle occupe, dans un contrat de transport de personnes, une place aussi importante que la prestation de transport elle-même, pour autant, on peut hésiter à admettre qu'elle serait systématiquement « accessoire » au contrat dans des contrats de biens ou de services, alors que la bonne exécution de la prestation principale apparaît parfois impossible en son absence. Ainsi, sans nécessairement considérer qu'elle existerait dès lors qu'une personne pénètre « dans un local ou une enceinte dépendant plus ou moins de l'autorité ou de l'emprise du débiteur », il faut admettre que dans certains cas, lorsqu'il s'agit d'un peu plus que de simplement « pénétrer » un endroit, et que cet endroit est destiné à accueillir ou héberger du public, elle devienne partie intégrante de

[1123] Article 1233-1, alinéa 1er : « 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 ». L'alinéa 2 offre cependant une option à la victime qui peut « invoquer les stipulations expresses du contrat qui lui sont plus favorables que l'application des règles de la responsabilité extracontractuelle ». La proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile faite exposée au Sénat en 2020 ne reprend pas tout à fait cette idée, puisque l'article 1233, alinéa 2, qui se présente comme une exception au principe de non-cumul formulé à l'alinéa 1er, offre seulement une option à la victime qui, en cas de dommage corporel, peut invoquer les règles de la responsabilité extracontractuelle, sans y être soumise par principe.
[1124] Sur la décontractualisation du dommage corporel par le projet de réforme de la responsabilité, v. J. KNETSCH, « Faut-il décontractualiser la réparation du dommage corporel ? », *RDC* 2016.801.
[1125] Plusieurs critères ont été proposés par la doctrine, des critères qui distinguent selon les types de contrats. V. M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil*, t.V, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 71, spéc. p.68.

la bonne exécution du contrat[1126]. S'il semble ainsi peu discutable de la rejeter dans le cas d'accidents survenus aux clients dans les magasins[1127], il est apparu aux juges qu'une telle obligation pesait nécessairement sur l'hôtelier[1128], le restaurateur, ou encore l'organisateur de soirées ou évènements[1129]. Par ailleurs, la multiplication des devoirs généraux est telle que, comme l'indique un auteur, « rares seraient les obligations contractuelles dans le contenu desquelles on ne pourrait percevoir l'écho de l'un de ces devoirs »[1130]. Cette dernière remarque souligne d'ailleurs que deux phénomènes en apparence inverses se répondent en réalité parfaitement : l'absorption du fait générateur contractuel par la faute délictuelle comme la contractualisation des devoirs généraux témoignent de ce flou des frontières, qui a pour origine la clause générale de responsabilité[1131].

274. De l'obligation contractuelle au dommage contractuel. Un autre critère pourrait cependant émerger, en filigrane, de ce débat autour du contenu du contrat. Le parti pris du projet de réforme de la responsabilité nous montre en effet que derrière la question de la détermination du contenu du contrat s'en cache une autre : celle de la réparation, en matière contractuelle, de dommages qui ne seraient pas, pour le débiteur de l'obligation violée, prévisibles. La notion de dommage prévisible, particularité du régime de responsabilité contractuelle, n'a pourtant en principe pas pour objet d'en déterminer les contours, mais simplement d'en limiter les effets, en excluant la prise en charge des dommages non prévisibles[1132].

[1126] Cela rejoint le critère formulé par Jacques BECQUÉ, qui proposait de cantonner l'obligation de sécurité aux seuls contrats dans lesquels le créancier était placé sous la « garde temporaire » du débiteur, tels que le transport bien sûr, mais également l'organisation d'activités ou de loisirs, tel que le manège forain. V. J. BECQUÉ, *La protection de la victime d'un dommage corporel et de ses proches dans le cadre contractuel*, thèse Montpellier, 1943, p.162.

[1127] V. not. Civ.1ère, 7 novembre 1961, *D.* 1962.146, note P. ESMEIN ; Civ.2ème, 19 novembre 1964, *D.* 1965.93, note P. ESMEIN, *JCP* 1965.II.14022, note R. RODIÈRE ; Civ.2ème, 11 mai 1966, *D.* 1966.735, note P. AZARD.

[1128] Civ.1ère, 22 mai 1991, n° 89-21.791, *RTD civ.* 1991.757, obs. P. JOURDAIN ; Civ.1ère, 8 février 2005, n°01-10.309, *D.* 2005.2058, note C. CORGAS-BERNARD ; *Dr.et patr.* 2005, n° 136, p. 99, obs. F. CHABAS : cette obligation de sécurité est exclusive de toute responsabilité délictuelle.

[1129] Obligations qualifiées par la jurisprudence d'obligation de moyens : Civ.1ère, 17 mars 1947, *D.* 1947.269 (exploitant de cinéma) ; Civ.1ère, 10 juin 1986, *Bull. civ*. I, n° 164 et Civ.1ère, 22 juin 1999, n° 97-10.126 (discothèque) ; Civ.1ère, 18 juin 2014, n° 13-14.843, *D.* 2014.1625, note C. MÉNABÉ ; *D.*2015/124, obs. O. GOUT ; *RTD civ.* 2014.663, obs. P. JOURDAIN ; *JCP* 2014, n° 920, note D. BAKOUCHE (association organisatrice de soirée pour les élèves d'une école).

[1130] Ph. JACQUES, « Einstein à la Cour de cassation : la relativité de la théorie », *RDC* 2007/2, p. 569 et s.

[1131] V. *supra*, n° 200 et s.

[1132] On remarquera par ailleurs que la jurisprudence dédiée à cette question traite principalement d'un type de dommage caractéristique, nous le verrons, de la fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle, les dommages consécutifs.

Mais on peut établir un lien entre ce dommage prévisible et la nature de l'obligation violée : lorsque le contrat n'a pas pour objet principal la sécurité et l'intégrité physique de l'une des parties, on peut en effet se demander si l'atteinte qui découle de l'inexécution d'une obligation de sécurité, le dommage corporel, constitue pour le débiteur un dommage prévisible. Chez les auteurs qui soutiennent l'existence d'une fonction d'exécution par équivalent, ou de paiement de la responsabilité contractuelle, que ce soit pour nier l'existence d'une responsabilité contractuelle ou pour définir, en son sein, un domaine réservé, on trouve, aux côtés de l'obligation contractuelle, le critère du dommage « purement contractuel »[1133], qui correspondrait alors à la stricte perte des avantages espérés du contrat[1134]. Dans l'ouvrage de Philippe LE TOURNEAU, partisan d'une négation de la responsabilité contractuelle, à laquelle il substitue le terme de « défaillance contractuelle », le lien entre dommage et fait générateur est particulièrement flagrant, lorsque l'auteur consacre un paragraphe entier intitulé « Inexécution du contrat et dommage contractuel »[1135], dans lequel il pose comme critère du régime contractuel l'inexécution d'une obligation contractuelle[1136] – le fait générateur – puis en fait découler comme corollaire le jeu de la responsabilité délictuelle lorsque le « dommage est extérieur au contrat »[1137].

Ce faisant, ces auteurs réhabilitent et transposent à la responsabilité contractuelle la théorie de la relativité aquilienne si chère au droit allemand et aux systèmes qui s'en sont inspirés[1138] : l'idée qu'à la violation d'un type d'obligation, ici l'obligation strictement contractuelle, devrait être attaché un type de dommage particulier, ici le dommage purement contractuel, et que seul ce dommage que l'obligation violée avait en vue et visait à prévenir devrait pouvoir être pris en compensé. Du type de dommage, on pourrait ainsi induire les contours du domaine contractuel, et en creux ceux, résiduels, du domaine délictuel.

[1133] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.,* n° 660 et s.
[1134] Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.,* spéc. n° 1005 : l'auteur démontre que le régime de « défaillance contractuelle » est celui qui vise à « fournir l'avantage économique promis » par le contrat, et qu'à l'inverse, dès lors que c'est une obligation « secondaire » qui est inexécutée, sans que cela remette en question l'octroi de cet avantage attendu du contrat, on se situe hors des limites de ce régime.
[1135] Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.,* spéc. n° 1005.
[1136] *Ibid,* n°s 1006 à 1010.
[1137] *Ibid,* n° 1011 et s. Ce dommage extérieur au contrat est lui-même défini comme la conséquence d'une « faute *extérieure* au contrat », prouvant à quel point ces deux éléments sont inextricablement liés.
[1138] V. *supra*, n° 77.

275. Critique du critère du dommage contractuel. Ce critère souffre pourtant du même écueil que celui de l'obligation contractuelle, puisque « ces deux aspects se fondent dans une seule et même idée : l'inexécution ». Ainsi, « ce qui est purement contractuel, faute ou dommage, c'est l'inexécution proprement dite : l'absence des avantages particuliers que le créancier pouvait espérer du contrat »[1139]. Il est ainsi discutable de considérer que dès lors que le dommage ne correspondrait pas à la perte de l'avantage attendu du contrat, il devrait être « décontractualisé ». Quand bien même ces dommages ne seraient pas strictement contractuels, mais simplement « causés à l'occasion de l'exécution du contrat », ils découlent en réalité de ce que Jérôme HUET nomme la « situation » créée par le contrat, une « situation nouvelle, qui est l'occasion pour les parties de se causer mutuellement d'autres sortes de dommages, notamment des atteintes à l'intégrité physique […] »[1140]. Ainsi, le contrat ne se contente pas de créer des obligations, il crée une « situation particulière entre les parties », ce qui implique que « les dommages causés à l'intérieur de cette situation contractuelle doivent bien relever de la fonction de réparation de la responsabilité contractuelle »[1141].

Par ailleurs, plus que d'en être le simple support, le contrat imprime sa marque et transforme ces obligations dites « accessoires » en les dépouillant de leur stricte nature délictuelle. Mises en œuvre au service de la relation contractuelle, elles se transforment en « obligations de comportement précises », dont « l'existence, la forme et l'intensité sont moulées sur le contrat conclu »[1142] ; c'est alors le contrat qui « absorbe en quelque sorte l'article 1382 »[1143].

276. Inaptitude du critère de l'obligation strictement contractuelle à résoudre le conflit. Enfin ces deux critères, nature de l'obligation et type de dommage, ne coïncident pas toujours, et c'est là le second écueil. La violation d'une obligation strictement contractuelle, en effet, n'a pas forcément pour seule conséquence l'absence

---

[1139] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.*, n° 671.
[1140] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.,* n° 300. *Adde* H. MAZEAUD, *Cours de doctorat,* 1946-1947, p.103 : « s'il est vrai que l'article 1382 du Code civil créait déjà une obligation de prudence et de diligence, le contrat crée des relations entre contractants, relations qui n'existaient pas ; il a créé par là-même des possibilités d'imprudence et de négligence qui n'existaient pas ».
[1141] D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, *op. cit*, n° 137, spéc. p. 92.
[1142] *Ibid*
[1143] G. VINEY, « Pour une interprétation mesurée et raisonnée du refus d'option entre les responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle », *Rev. Mac Gill* 1994, p.813 et s.

de prestation attendue au contrat, et peut aussi dans le même temps causer ce que nous avons qualifié plus haut de dommage extrinsèque[1144]. Le fameux exemple du troupeau de moutons contaminé par l'animal malade l'illustre très bien[1145]. Le dommage qui résulte directement de l'inexécution d'une obligation strictement contractuelle entre les parties, quand bien même il ne correspondrait pas strictement à l'absence de prestation promise, ne doit donc pas pour autant être rejeté du cercle contractuel et renvoyé au domaine du délictuel, sauf à accepter explicitement l'idée d'une hiérarchie des intérêts protégés en droit français[1146], au sommet de laquelle se trouverait le dommage corporel, justifiant ainsi par sa situation particulière, peu importe qu'il soit purement contractuel ou non, son traitement par la responsabilité délictuelle.

La qualification délictuelle pourrait aussi être justifiée par l'idée que dès lors que la violation d'une obligation strictement contractuelle n'a pas pour seule conséquence l'absence de prestation, c'est qu'elle avait en réalité intégré un devoir général préexistant au contrat, ce qui implique que l'on rejette l'idée d'une fonction de réparation de la responsabilité contractuelle. Or on a déjà acté que d'autres dommages que le dommage purement contractuel, qui résulterait de la violation d'une obligation strictement contractuelle, pouvaient être pris en charge par la responsabilité contractuelle, dans sa fonction de réparation. Cette concurrence entre les régimes de responsabilité dans leur fonction de réparation est d'ailleurs bien ce qui suscite le conflit entre les régimes, et appelle, pour sa résolution, la détermination d'un domaine contractuel. La question est alors en réalité de savoir si tous ces dommages dits extrinsèques doivent être pris en charge par la responsabilité contractuelle ou si certains devraient être renvoyés dans le domaine délictuel[1147], mais le critère de l'obligation

---

[1144] V. *supra*, n° 227 et s.
[1145] V. *supra*, n° 228 et s.
[1146] La modulation des effets de la responsabilité en fonction de l'intérêt pris en charge est soutenue par quelques auteurs en droit français. V. not. J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p.145 et s. ; C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « La responsabilité civile et les droits du Titre I du Livre I du Code civil : à la découverte d'une hiérarchisation des intérêts protégés », *RTD civ.* 2012.251 ; G. VINEY, « Les intérêts protégés par le droit de la responsabilité civile. Synthèse », in GRERCA (dir.), *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, IRJS éditions, 2012, p.149 et s. ; M.DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.*
[1147] C'est là que l'idée de prévisibilité du dommage pourrait être mobilisée, mais elle ne saurait fournir de clé de répartition entre les régimes, et permettra seulement d'exclure certains dommages du champ de la réparation. On notera par ailleurs que la jurisprudence sur cette question ne concerne pas tant les dommages extrinsèques que les dommages dits consécutif, caractéristiques de la fonction de satisfaction. V. *supra*, n° 200 et s.

strictement contractuelle se révèle impuissant à livrer des éléments de réponse[1148] ; il permettra seulement de tracer les contours d'un domaine réservé de la responsabilité contractuelle, prise dans sa fonction de satisfaction du créancier[1149].

2. *La prédominance de l'opportunisme juridique*

277. Une jurisprudence illisible. Lorsqu'il s'agit de fixer les contours du domaine contractuel, la jurisprudence est apparue dans de nombreux cas illisible, alternant pour certaines obligations entre qualification contractuelle et délictuelle au regard de considérations d'opportunité (a). Derrière le chaos émerge pourtant une forme de cohérence, assurée par la poursuite d'un objectif propre à la responsabilité, l'objectif de réparation (b).

a) Une jurisprudence opportuniste et illisible

278. Impossibilité de fixer les frontières du contrat. Les divers critères proposés pour tracer les frontières du délit et du contrat révèlent ainsi leur insuffisance car chacun, pris isolément, ne permet pas de définir à lui seul les limites du contrat. Les différents critères se mêlent et se répondent, soulevant chacun des questions délicates : nature de l'obligation et contenu du contrat, et donc question des sources de l'obligations contractuelle, mais aussi prévisibilité du dommage. Insuffisance également car chacun soulève des problématiques particulières auxquelles la doctrine peine à répondre, tandis que le jurisprudence apparaît de plus en plus illisible, n'apportant aucune justification au soutien des changements de qualification opérés. Il apparaît en conséquence impossible de déterminer avec certitude et de manière définitive les contours du domaine contractuel. Un seul élément semble alors guider les juges dans leur entreprise de distinction entre les domaines du contrat et du délit :

[1148] Ph. STOFFEL-MUNCK, « La relativité de la faute contractuelle », *RDC* 2007/2, p.587 : « […] la distinction entre "devoirs généraux" et "obligations contractuelles", toute exacte et utile que nous la jugions, est inopérante pour délimiter le champ des responsabilités contractuelle et délictuelle […] ».
[1149] V. *infra*, n° 316 et s.

le résultat auquel aboutira la mise en œuvre du régime choisi de responsabilité, ce qui a conduit à qualifier cette démarche « d'opportunisme jurisprudentiel »[1150].

279. Fluidité des frontières entre contrat et délit : l'exemple des obligations de sécurité. C'est en effet au regard des avantages et inconvénients de la mise en œuvre de l'un ou l'autre régime de responsabilité que les juges ont déplacé les frontières du contractuel, élargissant ou réduisant en conséquence celles du délictuel. Plusieurs exemples notables attestent de cette « fluidité des frontières entre le contrat et le délit »[1151], et de l'impossibilité de les fixer de manière définitive. Les obligations de sécurité constituent certainement l'exemple le plus connu : intégrées au contrat de transport de personnes dans un premier temps[1152], elles se sont par la suite exportées dans de nombreux contrats de services et de biens, et ce toujours dans un même but : pallier les difficultés liées à l'absence de preuve d'une faute, nécessaire pour mettre en œuvre la responsabilité délictuelle. La contractualisation de ces obligations a par la suite perdu de son attractivité, car la jurisprudence a adopté la distinction entre obligations de résultat et de moyens développée par DEMOGUE[1153], et s'est montrée rapidement réticente à la qualification d'obligation de résultat concernant les obligations de sécurité incluses dans les contrats de service et de biens autres que le contrat de transport de personnes[1154]. Or depuis 1930 la jurisprudence a également développé, sur ce terrain, un régime de responsabilité de plein droit, la responsabilité du fait des choses, dont la mise en œuvre se révèle plus avantageuse pour la victime que l'obligation de sécurité de moyens dans ces contrats[1155]. Par ailleurs, l'obligation de moyens s'est invitée jusque dans les contrats de transport, aux marges de son

[1150] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit,* n° 122, qui évoque une jurisprudence en particulier, celle relative aux relations de service gratuit.
[1151] D. MAZEAUD, « Loteries publicitaires : la fluidité des frontières entre le contrat et le délit… », *D.* 2002.1316.
[1152] Civ., 21 nov.1911, *S.* 1912, 1, p.73, note C.-L. LYON-CAEN ; *D.* 1913, 1, p.249, note L.S ARRUT.
[1153] Distinction théorisée par DEMOGUE. V. R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t.V, n° 1237.
[1154] Pour des exemples, v. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 4ème éd., LGDJ, 2013, n° 552.
[1155] L'adoption de la directive européenne de 1985 sur les produits défectueux a par ailleurs achevé de convaincre les juges de décontractualiser l'obligation de sécurité imposée au vendeur. V. Civ.1ère, 13 février 2001, *Bull. civ. I*, n° 35 ; *JCP* 2002, II, 10099, note C. LISANTI-KALCZYNSKI ; *JCP* 2002, I, 338, n° 8, obs. G. VINEY ; *Contrats, conc. consom.,* 2001, comm.n° 86, obs. L. LEVENEUR ; *Defrénois* 2001.712,obs. É. SAVAUX ; *RTD civ.* 2001.367, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2001.2235, obs. Ph. DELEBECQUE.

exécution – c'est le fameux cas des accidents de gare[1156] – réduisant le spectre de l'obligation de résultat à la stricte exécution du transport[1157]. Juste avant et juste après le transport, le « parapluie contractuel »[1158] sous lequel la jurisprudence avait voulu placer les victimes de dommages corporels souffre alors de la concurrence du régime de plein droit du fait des choses, ce qui finira par convaincre les juges de redonner à l'obligation de sécurité, dans ces seules marges du contrat, son caractère délictuel[1159]. La nature de l'obligation ne dépend donc pas tant d'un effort pour déterminer le contenu du contrat, que d'une appréciation en opportunité, par les juges, des conséquences d'une qualification contractuelle ou délictuelle pour la compensation des dommages.

280. Autres exemples. La même logique est à l'œuvre dans la découverte de contrats d'assistance bénévole, lorsqu'est en jeu l'indemnisation de celui qui a porté assistance et subit un dommage au cours de cet élan altruiste : la fiction est particulièrement poussée, qui consiste à découvrir entre les intéressés un véritable contrat de sécurité, à l'initiative de l'assisté, parfois inconscient, en faveur de l'assistant, tout cela pour permettre la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle. De même pour les loteries publicitaires : avant que la jurisprudence ne les transforme en quasi-contrats, la qualification contractuelle permettait à la victime d'obtenir compensation de l'avantage promis par la société de vente, et non de sa seule déception. Dans ces deux cas, le souci d'indemniser au mieux la victime poussait les juges à créer une fiction de relation contractuelle là où il n'y avait aucune manifestation de volonté, même unilatérale.

281. Porosité des frontières entre contrat et délit hors du droit français. Cette porosité des frontières entre le contrat et le délit n'est d'ailleurs pas propre au droit français et se retrouve dans l'œuvre de juges étrangers ou supranationaux, eux aussi souvent guidés par les intérêts de la victime et le souci de réparer au mieux son

---

[1156] Sur lesquels, v. not. D. MAZEAUD, « À partir d'un petit cas tragique Outre-Rhin : retour sur le désordre de la distinction des ordres de responsabilités… », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 711 et s.
[1157] Civ.1ère, 1er juillet 1969, *D.* 1969.641, note G.M.C ; *JCP* 1969, II, 16091, concl. R. LINDON : l'obligation de sécurité de résultat ne pèse sur le transporteur qu' « à partir du moment où le voyageur commence à monter dans le véhicule et jusqu'au moment où il achève d'en descendre ».
[1158] Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op. cit.*, n° 23.
[1159] Civ.1ère, 7 mars 1989, *Bull. civ. I*, n° 118 ; *D.* 1991.1, note Ph. MALAURIE ; *Gaz. Pal.* 1989, 2, p.632, note G. PAIRE ; *RTD civ.* 1989.548, obs. P. JOURDAIN.

dommage. En droit allemand, les juges ont usé d'artifices pour repousser les frontières de la responsabilité contractuelle dans des contrées par principe délictuelles, lorsque les conditions strictes de mise en œuvre de la responsabilité délictuelle ne permettaient pas d'offrir une réparation, ou que, de manière encore plus opportuniste, les effets de la responsabilité contractuelle étaient plus favorables à la victime, notamment en cas de dommage purement économique. La *culpa in contrahendo*, extension du domaine contractuel dans les marges de la conclusion du contrat, ou encore le contrat avec effet protecteur pour les tiers, extension du domaine contractuel au-delà du cercle des parties, constituent des exemples notoires de cet opportunisme tourné vers la victime[1160].

282. Jurisprudence de la CJUE : la matière contractuelle. Cette fluidité se retrouve également, quoique d'une manière peut-être moins strictement liée aux intérêts de la victime, dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne à propos des règlements Rome I, Rome II, et Bruxelles I bis. Dans ces trois textes, l'enjeu de la définition de la matière contractuelle, et en creux, de la matière délictuelle[1161], est crucial. Elle permet de savoir si, en matière de loi applicable, il faut faire application de Rome I qui concerne la loi applicable aux obligations contractuelles[1162], ou Rome II, qui concerne la loi applicable aux obligations extracontractuelles[1163], mais également de départager, au sein de Bruxelles I bis, ce qui relève de la compétence de l'article 7§1 et ce qui relève de l'article 7§2, qui déterminent respectivement la compétence juridictionnelle en matière contractuelle et délictuelle[1164]. Pourtant, à l'instar du droit français, les contours de la matière contractuelle apparaissent difficiles à cerner, se déplaçant au fil des arrêts de la Cour. Devant composer avec plusieurs acceptions nationales de ce que recouvre cette matière contractuelle, la Cour de Justice

[1160] Sur « l'idéologie de la réparation » en dehors du droit français, v. *supra*, n° 92 et s.
[1161] V. *supra*, n° 248 et s.: l'arrêt *Kalfelis* de la CJUE fait de la matière délictuelle un domaine résiduel, défini en creux de la matière contractuelle.
[1162] Règlement CE n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.
[1163] Règlement CE n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.
[1164] Règlement UE n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. La jurisprudence antérieure concernant les articles 5§1 et 5§3 du règlement CE n° 44/2001 du 20 décembre 2000 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit Bruxelles I, sera transposable à Bruxelles I bis.

a d'abord fait de cette notion une notion autonome[1165], mais n'en a jamais vraiment donné de définition[1166]. Les contours de cette matière contractuelle sont en effet définis uniquement négativement : elle ne peut inclure une « situation dans laquelle il n'existe aucun engagement librement assumé »[1167]. L'absence d'un tel engagement fait alors retomber la situation dans le domaine délictuel, ce qui est le cas en « l'absence de lien contractuel » entre un sous-acquéreur et le fabricant de la chose[1168], ou dans une chaîne de contrats[1169], mais aussi pour les dommages causés par la rupture des négociations précontractuelles[1170].

283. Extension de la matière contractuelle par la CJUE. *A contrario*, la présence d'un engagement librement assumé devrait donc caractériser la matière contractuelle. Ce critère n'est pourtant pas simple à manier ; il est suffisamment imprécis pour que les contours de la matière contractuelle restent flexibles. À partir de 2014 et de l'arrêt *Brogsitter*, l'extension du domaine contractuel sera d'ailleurs constante. Dans cet arrêt, la Cour, confrontée à la question d'une action en concurrence déloyale d'une partie au contrat envers une autre, action qualifiée de délictuelle par le droit allemand applicable en l'espèce, affirme que la « seule circonstance que l'une des parties contractantes intente une action en responsabilité civile contre l'autre ne suffit pas pour considérer que cette action relève de la " matière contractuelle" », avant de préciser que tel sera le cas uniquement lorsque « le comportement reproché peut être considéré comme un manquement aux obligations contractuelles, telles qu'elles peuvent être déterminées compte tenu de l'objet du contrat »[1171]. Le critère semble familier, celui d'une obligation contractuelle déterminée au regard du contenu du contrat, et soulève les mêmes incertitudes qu'en droit français. Mais la Cour ne s'arrête pas là et livre un indice supplémentaire : ce sera « *a priori* le cas chaque fois que l'interprétation du

[1165] CJCE, 27 septembre 1988, n° C-189/87, *Athanasios Kalfelis c./Banque Schröder, Münchmeyer, Hengst et Cie*, spéc. n° 16. La Cour réaffirme régulièrement cette solution, notamment dans son arrêt *Brogsitter* de 2014 : v. CJUE, C-548/12, 13 mars 2014, *Brogsitter*, spéc. n° 16 et s. La Cour répond alors à une question préjudicielle portant précisément sur la question de savoir si une action en responsabilité qualifiée de délictuelle en droit national pouvait être considérée comme relevant de la « matière contractuelle » au sens de l'article 5§1 du règlement Bruxelles I bis. V. encore récemment CJUE, 14 septembre 2023, n° C-393/22, *Extéria c./Spravime*, spéc. n° 25.
[1166] V. *supra*, n° 282 et s.
[1167] CJCE, C-26/91, 17 juin 1992, *Jakob Handte*.
[1168] CJCE, C-26/91, 17 juin 1992, *Jakob Handte*, spéc. n° 16. Le critère de l'absence de lien contractuel est explicitement repris dans l'arrêt *Réunion européenne* de 98.
[1169] CJCE, C-51/97, 27 octobre 1998, *Réunion européenne*.
[1170] CJCE, C-334/00, 17 septembre 2002, *Tacconi*, spéc. n° 24.
[1171] CJUE, C-581-12, 13 mars 2014, *Brogsitter*, n° 24 et s.

contrat qui lie le défendeur au demandeur apparaît indispensable pour établir le caractère licite ou, au contraire, illicite du comportement reproché au premier par le second »[1172]. Or en l'espèce, le comportement caractérisant une concurrence déloyale ne pouvait s'apprécier qu'au regard de l'accord d'exclusivité contenu dans le contrat, et relèvait donc de la matière contractuelle, ce qui a fait dire à certains auteurs que la Cour consacrait un « principe de l'absorption du délictuel par le contractuel »[1173].

284. Une jurisprudence fonctionnelle de la CJUE autour de la matière contractuelle. Mais surtout, le critère retenu est suffisamment flou pour laisser place à une jurisprudence fonctionnelle, « recherchant au regard de chaque difficulté la qualification la plus adaptée au for du contrat »[1174]. Sera ainsi assimilée à une relation contractuelle le lien entre un gérant et sa société[1175], ainsi que des « relations commerciales établies », dans lesquelles le juge national peut trouver les éléments d'un accord contractuel tacite, et dont la rupture brutale devra donc donner lieu à l'application de la responsabilité contractuelle[1176], contrairement à ce que prévoit le droit français[1177]. La Cour de justice place ainsi le curseur du contractuel à des endroits différents du juge national, au regard d'objectifs qui ne sont pas nécessairement centrés sur la réparation du dommage[1178] mais autour cette fois d'objectifs propres au droit international privé européen, à commencer par le respect de la prévisibilité et de la sécurité juridique, objectifs inscrit au cœur du règlement européen[1179]. Cette recherche conduira, comme en droit français, à une extension du domaine contractuel, au-delà même du cercle des parties, comme en témoigne une série d'arrêts rendus entre 2017 et 2019. La matière contractuelle y est en effet définie par la « cause de l'action » plus que par « l'identité des parties »[1180], et inclut toutes les obligations qui « trouvent leur source dans le contrat dont l'inexécution est invoquée à l'appui de l'action »[1181], sans

---

[1172] CJUE, C-581-12, 13 mars 2014, *Brogsitter*, n° 25.
[1173] B. HAFTEL, « Absorption du délictuel par le contractuel, application du Règlement (CE) n° 44/2001 à une action en responsabilité délictuelle », *Rev.crit. DIP*, 2014.863.
[1174] D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. II, 4ème éd., PUF, 2017, n° 880, p. 357.
[1175] CJUE, C-47/14, 10 septembre 2015, *Holterman*, n° 54.
[1176] CJUE, C-196/15, 14 juillet 2016, *Granarolo*, n° 24 et s.
[1177] Sur ce point v. *infra*, n° 309 et s.
[1178] Sur la place des considérations substantielles dans la détermination de la compétence internationale, v. É. FARNOUX, *Les considérations substantielles dans le règlement de la compétence internationale des juridictions. Réflexion autour de la matière délictuelle*, LGDJ, 2022.
[1179] V. not. CJUE, C 337-17, 4 octobre 2018, *Feniks*, n° 44.
[1180] CJUE, C-274-16, 7 mars 2018, *Flightright*, n° 61. Il s'agissait d'une action d'un créancier contractuel contre un tiers. Accusé d'avoir participé à la violation d'engagements contractuels.
[1181] CJUE, C- 249/16, 15 juin 2017, *Kareda*, n° 30. Action entre codébiteurs solidaires

qu'elles lient contractuellement le demandeur et le défendeur. Il suffit donc d'un lien entre la demande et le contrat pour que la situation se rattache à la matière contractuelle, ce qui laisse à la Cour une grande liberté pour en définit les contours au regard des objectifs poursuivis par le règlement[1182].

b) Une cohérence assurée par l'objectif de réparation

285. Fluctuations jurisprudentielles et remise en cause de la distinction. Ces fluctuations jurisprudentielles autour de la qualification du contrat et du délit, guidées par des considérations d'opportunité, et l'incapacité de la jurisprudence à fixer les limites du contractuel qui en résulte, ont été régulièrement dénoncées comme étant la cause de la porosité entre les domaines contractuel et délictuel et des difficultés qui en découlent. Elles constituent d'ailleurs l'argument premier de tous les développements doctrinaux qui remettent en cause la distinction entre les régimes de responsabilité, détracteurs de la responsabilité contractuelle comme partisans de la fusion des régimes[1183]. Il nous semble que le raisonnement doit pourtant être inversé : c'est bien parce qu'il est en réalité impossible de fixer ces frontières de manière définitive, tant il est notamment fastidieux, et peut-être vain, de distinguer ce qui serait une obligation contractuelle « pure » ou stricte, d'une obligation accessoirement contractuelle, que ces frontières échappent à toute tentative de rationalisation. L'entremêlement des régimes de responsabilité, qui résulte tant de la symétrie de leurs conditions, que de l'absorption du fait contractuel par le fait délictuel, et de la concurrence de leurs fonctions, rend de fait les frontières entre les régimes poreuses. Cette porosité est inhérente aux rapports particuliers qu'entretiennent, en droit français, les deux régimes. Les propositions doctrinales autour de critères de distinction ne sont pourtant pas inutiles, et permettent de délimiter une « sphère » du contractuel dont les frontières ne seraient néanmoins jamais totalement figées, et évolueraient en fonction de considérations d'opportunité. Il est d'ailleurs assez symptomatique de cette inéluctable fluidité des frontières entre contrat et délit que les seules entreprises doctrinales ayant été à même de fournir des

[1182] V. encore récemment les arrêts *Feniks* et *Reitbauer* à propos de l'action paulienne : CJUE, C 337-17, 4 octobre 2018, *Feniks* et CJUE, C-722/17, 10 juillet 2019, *Reitbauer*.
[1183] V. *supra*, n° 166 et s.

critères fixes de délimitation des domaines contractuel et délictuel consistent en des propositions radicales, visant soit à anéantir le concept même de responsabilité contractuelle, soit à lui dénier son autonomie, c'est-à-dire dans les deux cas à rejeter la distinction plus qu'à résoudre les difficultés qu'elle suscite.

286. Une jurisprudence fonctionnelle. Ce qui est en effet notable dans tous les exemples précités, c'est que le déplacement des frontières du contractuel et du délictuel intervient non seulement à partir du moment où un dommage est causé, et une action en responsabilité intentée, mais par ailleurs que ce déplacement n'intervient pas forcément qu'une seule fois : les allers retours entre les qualifications délictuelle et contractuelle peuvent être nombreux, comme en atteste la jurisprudence sur les obligations de sécurité. Plutôt que de chercher à fixer des frontières, le juge déplace, face à chaque situation qui lui est présentée, et à partir de critères qui sont le cadre contractuel et la violation d'une obligation de nature contractuelle, un curseur entre les « sphères » contractuelle et délictuelle. Ce curseur ne se déplace cependant pas selon le bon vouloir du juge, ou des considérations de pure équité, mais au regard de considérations d'opportunité tirées des fonctions même de la responsabilité civile, car l'opportunisme n'est pas forcément l'arbitraire[1184]. Le curseur se déplace en effet guidé par un objectif : la réparation optimale du dommage, c'est-à-dire la réparation qui rétablira au mieux l'équilibre rompu par le dommage, celle qui s'approchera le plus du principe de réparation intégrale. Que ce soit parce que le régime choisi permet à la victime de se passer de la preuve d'une faute, résultat atteint soit par le biais des obligations contractuelles de résultat, soit par celui du régime délictuel du fait des choses, ou parce qu'il permet de prendre en charge un certain type de dommage, dont la compensation permettra de rétablir au mieux la situation de la victime ; dans tous les cas, les juges cherchent à protéger avant tout les intérêts de la victime. Certains auteurs parlent alors d'une jurisprudence « fonctionnelle », qui instrumentaliserait la notion de contrat pour octroyer à la personne lésée la réparation la plus satisfaisante possible[1185]. Cet objectif tiré de la fonction princeps de la responsabilité civile, la réparation, offre

[1184] *Contra* J. HONORAT, « Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel », *RTD civ.* 1969.653, n° 32, qui critique « le découpage totalement arbitraire entre les domaines respectifs de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle ».
[1185] D. FENOUILLET, note sous Civ.1ère, 18 mars 2003, *RDC* 2003/1, p. 80 : l'auteur parle de « jurisprudence fonctionnelle, qui instrumentalise le quasi-contrat pour obliger en pratique à la délivrance du lot ».

en réalité à la jurisprudence une cohérence qui semblait, en la matière, lui faire défaut, et qu'elle ne peut trouver dans le respect de critères contractuels impossibles à fixer.

287. Un arbitrage entre les logiques responsabiliste et contractualiste. L'objectif de réparation du dommage ne peut cependant être le seul à animer la jurisprudence. La particularité de la responsabilité contractuelle réside en effet dans le fait qu'elle se situe à la croisée du monde de la responsabilité, traversé par l'idée de réparation, et de celui du contrat, sous-tendu par la volonté des parties et le respect des prévisions contractuelles. Entre ces deux logiques, il semble y avoir un fossé : d'un côté un monde, celui du contrat, terre d'élection de l'abstraction et du souci de prévisibilité, de l'autre un univers, celui de la responsabilité délictuelle, traversé par le souci de rétablir un équilibre et dominé par le concret, le fait et l'opportunité des solutions[1186]. Un arbitrage doit alors se faire entre plusieurs objectifs et intérêts, afin de concilier un objectif propre à la responsabilité, la réparation, avec l'objectif strictement contractuel de respect des prévisions. La solution à ce potentiel conflit entre des objectifs qui peuvent apparaître contradictoires ne peut être tranché dans l'abstrait par l'établissement d'une quelconque hiérarchie entre ces objectifs, et dépendra du regard que l'on pose sur la situation. Il ne sera pas tranché de la même manière selon que l'on envisage la situation de l'auteur du dommage, qui sera pris essentiellement en sa casquette de débiteur contractuel, ou celle de la victime, qui peut elle-même être perçue de deux manières, comme une partie au contrat, ayant accepté certaines limites contractuelles et dont les prévisions doivent être respectées, ou comme la victime du dommage, celle dont la situation doit être rétablie. Un arbitrage semble néanmoins en pratique avoir été fait par la Cour de cassation qui, tout en gardant à l'esprit la présence du contrat, et sans sortir la situation de sa sphère d'influence, tranche la question de la qualification avant tout au regard des effets du régime de responsabilité pour la victime du dommage. Entre l'intérêt délictuel à la réparation du dommage et l'intérêt contractuel à la protection des prévisions, la Cour favorise visiblement le premier.

[1186] V. not. M. MEKKI, « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », *op. cit.,* p. 739 : l'auteur expose son sentiment premier à la découverte, en tant qu'étudiant, de la responsabilité civile, celle d'un contraste entre « l'abstraction, parfois à outrance, du droit des contrats » et « l'impressionnisme, du moins apparent, de la responsabilité civile ».

288. Critique fondée sur l'absence de sécurité juridique. La fluidité des frontières du contractuel, fixées *a posteriori* par l'ajustement permanent d'un curseur qui, entre la sphère strictement contractuelle et la sphère strictement délictuelle, passe par toutes les zones intermédiaires et litigieuses, fait du juge l'ultime arbitre de la distinction entre contrat et délit. Mais ce n'est pas tant cette fluidité qui pose problème, que l'insécurité juridique qu'elle engendre, tout autant que l'absence de légitimité démocratique du juge. L'impératif de sécurité juridique constitue en effet une « valeur fondamentale du droit »[1187]. Cet impératif n'impose pas, néamoins, une rigidité et une stabilité sans faille des normes dans le temps. Ainsi, « la sécurité juridique n'est pas l'immutabilité pure et simple »[1188] et à cet impératif, « condition *sine qua non* de notre ordre juridique » devrait répondre un « impératif de souplesse », car « à la nécessaire constance du droit dans le temps s'ajoute la nécessité de s'adapter »[1189]. La sécurité juridique n'impose donc pas une stabilité à toute épreuve du droit, tournée vers le passé, mais *a minima* une prévisibilité du droit, tournée vers le futur[1190].

En droit des contrats, cet impératif rejoint alors avec le « respect des prévisions juridiques des parties », c'est-à-dire des prévisions contenues dans le contrat[1191]. Si ce respect des prévisions contractuelles impose en principe la mise en œuvre d'un régime contractuel de responsabilité, conçu pour les préserver[1192], force est de constater que ce n'est en réalité pas ce qui guide le juge dans son entreprise de qualification, lorsqu'il s'agit de choisir entre régime contractuel ou délictuel de responsabilité. Le choix, fait par la jurisprudence du régime contractuel dans des situations où celui-ci ne s'impose pas avec évidence, n'est alors fait qu'au regard des avantages que ce régime procure à la victime pour la compensation de son dommage.

Le respect des prévisions contractuelles ne s'impose donc pas face à l'impératif de compensation du dommage, ce qui s'explique dès lors que la sécurité juridique prend un sens différent pour la partie lésée par l'inexécution contractuelle lorsque celle-ci est

---

[1187] T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Defrénois, 2009.
[1188] *Ibid*, n° 30.
[1189] A.-L. RANDEGGER, *La donation indirecte. Recherches sur l'instrumentalisation de sa qualification*, thèse Paris 2, 2022, n° 7, spéc. p.30.
[1190] T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, *op. cit.,* n° 31.
[1191] À l'exclusion donc des prévisions tenant aux motifs des parties, lorsque ceux-ci ne sont pas intégrés à l'acte. *Ibid,* n° 33, spéc. p. 47 et 48.
[1192] V. *supra*, n° 196 et s.

envisagée en sa qualité de victime d'un dommage ; la prévisibilité est alors celle qui irrigue la responsabilité civile : prévisibilité du dommage, causalité adéquate qui permet de retenir « le fait dont on pouvait prévoir, au moment où il s'est produit que, d'après le cours normal des choses, il entraînerait le dommage […] »[1193]. Dès lors que la réalisation du dommage, en conséquence de cette inexécution contractuelle, était prévisible, sa compensation l'est aussi, et c'est cet objectif tiré de la responsabilité qui domine alors. L'impératif de sécurité juridique n'impose donc pas que l'on déplace le curseur en faveur de l'un ou de l'autre, car le respect d'une certaine prévisibilité contractuelle pour l'auteur du dommage ne préserve pas plus l'impératif de sécurité juridique que la certitude, pour le créancier contractuel pris comme victime d'un dommage, qu'à tel type de comportement illicite causant tel dommage prévisible, la réponse viendra de la responsabilité, pour restaurer l'équilibre rompu.

289. Insécurité juridique et absence de réponse du législateur. Ce défaut de sécurité juridique pourrait par ailleurs constituer un argument en faveur d'une reprise en main de cette question par le législateur. Or c'est bien l'inverse que l'on constate : les projets de réforme de la responsabilité civile, s'ils affirment le principe de non-cumul des responsabilités dès leurs dispositions liminaires, ne fournissent en revanche à aucun moment les critères de la distinction entre les deux ordres de responsabilité. Tout au plus la différence entre les faits générateurs contractuel et délictuel est-elle exposée dans leurs définitions, sans pour autant que ne soit livrées les clés de cette distinction entre devoir de prudence et diligence et obligation contractuelle. Et quand bien même une réponse est apportée par le choix de la « décontractualisation » du dommage corporel, les projets n'échappent pas à cette fluidité puisqu'ils y apportent immédiatement une exception de taille en offrant à la victime la possibilité d'un choix du régime contractuel. Le législateur, tout en adoptant de façade une solution radicale, celle d'une frontière définitive du contractuel, entérine ici encore la fluidité des frontières entre le contrat et le délit, dans le seul but d'offrir à la victime la compensation la plus satisfaisante de son dommage.

[1193] P. HÉBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Études offertes à Pierre Kayser,* t.2., PUAM, 1979, p.1, spéc. n° 23.

290. Critique fondée sur l'absence de légitimité démocratique. Ce renoncement du législateur fournit des éléments de réponse quant à la deuxième critique, celle de l'absence de légitimité démocratique. Le pouvoir du juge pour combler les lacunes de la loi est en effet admis, imposé par l'interdiction du déni de justice que porte l'article 4 du Code civil[1194]. Il n'est cependant justifié que face aux délégations explicites de pouvoir, lorsqu'il s'agit de venir combler des lacunes techniques[1195] de la loi, c'est-à-dire lorsque le législateur s'abstient de réglementer une situation. Il en va autrement face aux lacunes pratiques de la loi, définies comme le résultat d'une contradiction entre deux normes ou principes dans leur application à un cas particulier[1196], et qui peuvent être caractérisées notamment par la contradiction entre une norme écrite et une « "source réelle de droit non écrite" fondée sur des considérations d'opportunité »[1197], ce qu'un auteur nomme avec raison des « lacunes d'inadéquation »[1198].

En l'espèce, le législateur n'est pas totalement muet quant aux critères du contractuel, puisqu'il postule notamment comme critère principal, derrière la définition du fait générateur contractuel comme une inexécution contractuelle[1199], l'obligation contractuelle. Il ne donne néanmoins aucun élément permettant de définir avec précision cette obligation, faisant de ce critère un élément inapte à résoudre, seul, la question des contours du domaine contractuel. Même lorsque, de manière prospective, le législateur tente de résoudre cette question de manière plus définitive, comme c'est le cas avec la décontractualisation du dommage corporel dans le projet de réforme, il réintroduit de la fluidité dans la qualification de la situation, laissée à la main, cette fois, de la victime elle-même. On pourrait alors voir ici une délégation presque explicite du législateur au juge, dans une matière caractérisée par la flexibilité : puisque les frontières de la clause générale de responsabilité sont de fait laissées à la main du juge,

---

[1194] Article 4, Code civil :« Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice ».
[1195] P. FORIERS, « Les lacunes du droit », in *Le problème des lacunes en droit*, Logique et Analyse, vol.X., 1967, p.71.
[1196] *Ibid*, p.71.
[1197] A.-L. RANDEGGER, *La donation indirecte. Recherches sur l'instrumentalisation de sa qualification*, *op. cit.,* n° 298. L'auteur cite alors FORIERS : « il y a notamment lacune pratique en présence d'une norme que le juge considère, dans l'état actuel de nos conceptions et de nos mœurs, comme inadéquate et qu'il écarte ». V. P. FORIERS, « Les lacunes du droit », *op. cit.,*p.71.
[1198] A.-L. RANDEGGER, *La donation indirecte. Recherches sur l'instrumentalisation de sa qualification*, *op. cit.,* n° 298.
[1199] Article 1231-1, Code civil : « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages-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 ».

ce que les projets de réforme ne renient pas, alors le curseur de ce qui est contractuel ou délictuel ne peut être détenu que par le juge. Par ailleurs, la mise en œuvre stricte du critère de l'obligation contractuelle conduirait à des contradictions avec l'objectif poursuivi par la responsabilité civile, la réparation du dommage. Perçue cette fois comme une lacune pratique, d'inadéquation, la situation offre au juge un autre fondement à son pouvoir[1200] : la recherche de cohérence du droit[1201]. Ici, c'est la cohérence du droit de la responsabilité qui est recherchée par le juge, à travers l'objectif de réparation, et vient rendre acceptable l'incertitude des frontières entre contrat et délit.

291. Le pouvoir du juge en droit de la responsabilité. La tradition positiviste du droit français peine cependant à accepter totalement le pouvoir du juge et la liberté avec laquelle il l'exerce, notamment lorsqu'il est aussi imposant qu'en droit de la responsabilité, où il est directement tiré de la flexibilité de la clause générale, et reste enserré entre une obligation de ne pas faire de déni de justice[1202] et l'interdiction des arrêts de règlement[1203]. Pour que cette cohérence soit visible aux yeux de tous, acteurs du droit et justiciables, et que le pouvoir du juge en ce domaine soit mieux accepté, il faudrait que les décisions des juges en général, et de la Cour de cassation en particulier, puissent exposer leurs motifs de manière plus convaincante. Lancée par le premier président de la Cour Bertrand LOUVEL à partir de 2015[1204], la réforme de la Cour de cassation a abouti à l'introduction de formes de motivation plus développées, dites

---

[1200] Outre l'idée d'une délégation implicite de pouvoir du législateur au juge, critiquable lorsqu'il ne s'agit pas de résoudre un conflit entre deux normes écrites. L'argument de la délégation implicite du législateur au juge s'entend en effet lorsqu'il s'agit de résoudre le conflit entre deux normes contradictoires portant sur le même objet, tant il semble raisonnable de dire que le législateur n'a pas pu vouloir cette situation, qui doit donc se résoudre par l'exclusion du général au profit du spécial. Il s'entend cependant beaucoup moins face à une lacune « d'inadéquation », lorsque la norme est en conflit avec des considérations d'opportunité ; celles-ci sont en effet laissées à l'appréciation du juge qui crée donc en quelque sorte la lacune pratique lui-même « en comparant les valeurs portées par la loi et les valeurs qu'il entend prendre en compte ». V. C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit.,* n° 388 et 389 ; A.-L.RANDEGGER, *La donation indirecte. Recherches sur l'instrumentalisation de sa qualification*, *op. cit.,* n° 298.

[1201] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit.,* n° 391 : l'auteur propose de substituer ce critère à celui de la délégation implicite de pouvoir par le législateur au juge. La recherche de cet idéal de cohérence, si elle se passe d'interpréter la volonté du législateur, et se fonde sur le seul constat objectif d'une incompatibilité des normes, rejoint en réalité la théorie de la délégation implicite en ce qu'elle invite à interpréter les textes en postulant l'existence d'une figure de législateur idéal, le législateur rationnel.

[1202] Article 4 du Code civil.

[1203] Article 5 du Code civil.

[1204] V. not. B. LOUVEL, *JCP G* 2015, n° 43, p.1906 ; « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation », *JCP G*, supplément au n° 1-2, 11 janvier 2016.

« enrichies ». Outre l'introduction d'un style plus direct et l'abandon des attendus, le mouvement a introduit des formes de motivation enrichie des arrêts, permettant à la Cour de substituer à des attendus sibyllins un véritable exposé des motifs ayant mené à la décision. L'entreprise est louable, mais fait face à plusieurs obstacles. Le premier, d'ordre procédural, tient au fait que bien qu'elle soit recommandée dans certains cas – revirements de jurisprudence, contrôle de proportionnalité, « question de principe ou retenant une solution qui présente un intérêt pour le développement du droit ou pour l'unité de la jurisprudence », « affaire susceptible d'avoir un retentissement social et/ou médiatique important »[1205] – aucune obligation d'y avoir recours n'est imposée. Par ailleurs, contrairement aux cours suprêmes anglo-saxonnes dont le modèle semble avoir inspiré en partie la réforme, la Cour de cassation ne peut pas recruter, dans l'exposé des motifs, des arguments qui seraient tirés de considérations d'opportunité, de bonne justice, voire d'équité[1206]. Elle ne peut exposer que des arguments de droit, dans une matière qui, contrairement au droit des contrats, tire sa cohérence bien plus de considérations concrètes que d'une rationalité à toute épreuve.

292. Le paradoxe du juge entre flexibilité sur les frontières et fermeté sur le non-cumul. Le véritable problème posé par l'instabilité de cette jurisprudence quant aux frontières du contractuel réside peut-être ailleurs, dans un paradoxe créé par le juge lui-même entre la fluidité de sa jurisprudence sur les frontières entre contrat et délit et une rigueur excessive dans la mise en œuvre du principe de non-cumul des responsabilités. Un arrêt rendu par la Première chambre civile de la Cour de cassation en 2012 illustre très bien ce paradoxe[1207]. Dans cette affaire, la Cour refuse de faire application de l'article 1384, alinéa 1er pour l'indemnisation d'un dommage causé à un enfant sur une aire de jeux d'un restaurant dans lequel il était venu avec ses parents pour le goûter d'anniversaire d'un ami, au motif que l'aire de jeux étant uniquement réservé à la clientèle du restaurant, la responsabilité était ici nécessairement de nature

[1205] Recommandations formulées par le guide de rédaction publié par la Cour de cassation en septembre 2023.
[1206] La Cour censure d'ailleurs systématiquement les juges du fond qui feraient référence à l'équité dans leur décision. V. not. Civ.2ème, 10 juillet 2014, n° 13-19.498 : la Cour affirme que « l'équité n'est pas une source du droit ».
[1207] Civ.1ère, 28 juin 2012, pourvoi n° 10-28492 ; *Gaz. pal.* 10 janvier 2013, p.14, note L.-F. PIGNARRE ; *Gaz. pal.,* 10 octobre 2012, p.20, note D. HOUTCIEFF ; *RLDC* 98/2012, p.7, note E. GARAUD ; *JCP G* 2012.1069, note J. DUBARRY ; *Gaz.pal.*26-27 septembre 2012, obs. M. MEKKI ; *D.* 2013, p.40, note Ph. BRUN et O. GOUT.

contractuelle. La situation est ici caractéristique à la fois de la grande liberté du juge pour arbitrer entre les qualifications contractuelle et délictuelle et de la rigidité dont il fait preuve dans l'application du non-cumul. La qualification contractuelle pouvait ici être discutée sous deux angles : il n'était tout d'abord pas évident que l'obligation de sécurité du restaurant envers ses clients s'étende jusqu'à l'aire de jeux, et il était d'autre part très discutable d'établir entre les parents de l'enfant et le restaurateur, ou entre l'enfant et le restaurateur, un quelconque lien contractuel. La cour d'appel avait ainsi insisté sur le fait que les parents n'étaient en aucun cas directement liés contractuellement au restaurant, et ne pouvaient l'être « que par le biais de leur fils, qui lui-même, mineur au moment de l'accident, ne s'était pas trouvé engagé dans un lien contractuel, même par stipulation pour autrui, avec cette société, en utilisant une aire de jeux, indépendante du contrat de restauration ». La Cour de cassation censure pourtant l'application par la cour d'appel du régime délictuel du fait des choses et considérant qu'elle a violé ce texte en en faisant mauvaise application, tout autant qu'elle a violé l'article 1147 ancien, siège de la responsabilité contractuelle, par refus d'application. La qualification contractuelle résulte, selon elle, du seul « usage » par l'enfant de l'aire de jeux « exclusivement réservée à la clientèle du restaurant ».

293. Les conséquences de la rigidité du principe de non-cumul. Le choix d'une qualification contractuelle, discutable, entraîne alors la mise en œuvre du principe de non-cumul, et interdit à la victime de se prévaloir du seul régime de responsabilité qui lui aurait peut-être permis d'obtenir ici une indemnisation, le fait des choses[1208]. L'indemnisation *via* le régime contractuel de responsabilité sera en effet ici conditionnée à la preuve d'un manquement à une obligation de sécurité de moyens, délicate en l'espèce. Les juges, après avoir librement qualifié la situation de contractuelle, font ainsi une application rigoureuse du principe de non-cumul, qui interdit à chacune des parties contractantes de faire entrer le régime délictuel au sein de la relation contractuelle, quand bien même la situation litigieuse relèverait de son domaine d'application et que les conditions de l'action seraient réunies, mais surtout sans considération du résultat de chaque action pour la victime. Dans une logique

[1208] L'anormalité de la chose nécessaire à la mise en œuvre du régime objectif du fait des choses était de surcroît aisée à prouver, le grillage dans lequel le doigt de l'enfant s'était pris étant affecté d'une « aspérité ».

relativement éloignée de l'idéologie de la réparation qui non seulement cherche à prendre en charge tout dommage, mais tend à permettre à la victime d'obtenir la meilleure réparation possible, le principe de non-cumul interdit le recours à tout régime délictuel – fait des choses, fait d'autrui compris – qui lui serait plus favorable, dès lors que la victime est un créancier lésé par l'inexécution du contrat du fait de son débiteur. Dans la mise en œuvre du principe de non-cumul, c'est cette fois l'objectif de préservation du contrat qui dépasse l'idée de faveur à la victime irriguant habituellement le droit de la responsabilité civile, et guide le choix des qualifications. L'atteinte à la sécurité juridique, entendue du côté de la victime qui pensait pouvoir obtenir une indemnisation est alors grande. Il faudrait envisager une certaine souplesse dans la mise en œuvre du principe de non-cumul, en accord avec ce qu'il représente réellement, à savoir un principe de coordination entre une norme spéciale, la responsabilité contractuelle, et une norme de droit commun, la responsabilité délictuelle, dont la subsidiarité n'implique pas seulement l'exclusion du domaine contractuel, mais également la possibilité d'un retour comme norme de secours, en cas de défaillance de l'élément spécial[1209].

§2. Le retour ponctuel de la responsabilité délictuelle dans le contrat

294. Double sens de la subsidiarité du droit commun. La méthode utilisée pour tracer la frontière entre les domaines d'application de chacun des régimes de responsabilité illustre la subsidiarité de la responsabilité délictuelle, et la hiérarchie qui existe entre les régimes. Cette hiérarchie révèle, nous l'avons vu, un rapport particulier entre les régimes[1210] : celui d'une norme spéciale à une norme générale, une norme de droit commun nécessairement subsidiaire. Si la subsidiarité de cette norme de droit commun qu'est la responsabilité délictuelle implique qu'elle soit par principe exclue

[1209] Sur la nécessité de ne pas appliquer avec trop de rigidité le principe de non-cumul, v. not. R. SAVATIER, note sous Civ.2ème, 13 mai 1955, *D*. 1956.53 : « En revanche, s'imaginer *a priori*, entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, une force de répulsion telle que l'existence d'un contrat rendrait une des parties irrecevable à demander, à titre délictuel, justice d'une faute dont le principe est distinct de la violation du contrat, et qui lui a causé un préjudice différent de l'inexécution du contrat, c'est se prendre aux mots. On attribuerait ainsi à la règle du non-cumul un effet que, sans doute, peut suggérer la formule, mais que repoussent les réalités ».
[1210] V. *supra*, n° 252 et s.

du domaine de la norme spéciale, comme le veut le principe *specialia* incarné ici par le principe de non-cumul, mais aussi qu'elle puisse revenir déployer ses effets dès lors que la norme contractuelle sera défaillante. Ainsi, « si on choisit de faire prévaloir la règle spéciale sur la règle commune, cette dernière n'est qu'amputée d'une fraction de son domaine d'application et conserve un terrain sur lequel étendre son empire »[1211]. Reste à savoir à quelles conditions elle peut retrouver cet empire, et jusqu'où il peut ainsi s'étendre. Après avoir envisagé le critère du retour de la responsabilité délictuelle dans le contrat (A), nous en étudierons les manifestations (B).

A. Le critère du retour

295. Subsidiarité substantielle de la responsabilité délictuelle. Le qualificatif « subsidiaire » renvoie en effet, à l'origine, à ce qui vient « en renfort » ou « à l'appui de quelque chose de principal »[1212]. Si la sphère d'influence de la responsabilité délictuelle est réduite à un domaine résiduel, n'existant qu'en creux des normes plus spéciales, elle n'en est pas moins importante. Et si « tout ce qui n'est pas contractuel est délictuel », le domaine de la responsabilité délictuelle, si résiduel soit-il, n'en est pas moins étendu. La subsidiarité de la responsabilité délictuelle en fait donc tout à la fois une norme « secondaire » au regard de la norme principale que représente la responsabilité contractuelle, mais également une « référence »[1213], un socle de « protection minimale mis à disposition de toutes les victimes qui ne disposent pas d'un instrument plus efficace »[1214].

296. La défaillance de la règle spéciale. Le principe de non-cumul, incarnation particulière du principe *specialia*, en connaît les mêmes limites : lorsque l'élément spécial, ici la responsabilité contractuelle, sera défaillant, alors la norme de droit commun, ici la responsabilité délictuelle, devra pouvoir revenir déployer ses effets. Le

---

[1211] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit.,* n° 392.
[1212] A. GOUEZËL, *La subsidiarité en droit privé, op. cit.,* n° 2
[1213] C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « Clauses générales ou délits spéciaux ? », in *Journées nationales de l'association Henri Capitant, Les perspectives de modernisation du droit des obligations : comparaisons franco-ibériques*, 2014, Chambéry.
[1214] G. VINEY, « Pour ou contre un "principe général" de responsabilité civile pour faute ? », in *Le droit privé français à la fin du XXI^ème^ siècle, Études offertes à Pierre Catala,* p.555 et s., spéc. p.557.

critère du retour de la responsabilité délictuelle comme droit commun de la responsabilité réside donc dans la défaillance de la règle spéciale, la responsabilité contractuelle.

297. Sens de la défaillance. La subsidiarité de la responsabilité délictuelle impose donc, dans le cadre de ses rapports avec la responsabilité contractuelle, que sa mise en œuvre soit de nouveau possible, dès lors que la responsabilité contractuelle a échoué à prendre en charge la réparation du dommage[1215]. Ainsi soit l'on se situe dans le « domaine » de deux normes concurrentes, et ce sera « l'un ou l'autre », que le choix soit permis, ou que le non-cumul le prohibe, soit la mise en œuvre de l'élément premier a été un échec, et il s'agira alors de mettre en œuvre « l'un puis l'autre ». Dans ce second cas, la règle subsidiaire jouera un rôle de « secours », viendra en « renfort », en supplément de l'élément premier ; elle n'intervient plus seulement « à la place de » l'élément premier, mais « en plus de » cet élément. En ce cas, « ce n'est plus de conflit mais de carence dont il s'agit »[1216]. Une « carence », un « échec », ou plus précisément une « défaillance » [1217] de l'élément premier, qui se présente comme une *condition sine qua none* du recours à l'élément subsidiaire, et dont il faut préciser les conditions. En effet, on peut considérer plusieurs situations dans lesquelles l'élément premier ne parviendra pas à déployer ses effets juridiques, mais seules certaines permettront de mettre fin à la paralysie de l'action en responsabilité délictuelle. On peut tout d'abord entendre la défaillance au sens strict, dès lors que la situation de fait ne se situe pas dans le domaine d'application de l'élément premier, et retombe alors dans le domaine résiduel de la règle subsidiaire. Mais on peut aussi l'entendre dans un sens plus large, chaque fois que l'on se situe dans le domaine de la règle première, mais que celle-ci est inapte à produire son effet juridique[1218], soit qu'elle ne parvienne pas à remplir ses

[1215] M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, t.V, *op. cit*., n° 112.
[1216] J. RAYNARD, « À propos de la subsidiarité en droit privé », in *Mélanges Christian Mouly,* p. 131 et s., spéc. n° 8.
[1217] A. GOUEZËL, *La subsidiarité en droit privé, op. cit.*, n° 48 et s. ; n° 61 et s.
[1218] A. GOUEZËL, *La subsidiarité en droit privé, op. cit.*, n° 167 et s. : l'auteur rappelle ici une définition classique de la subsidiarité tirée du *Trésor de la langue française* comme « ce qui fait défaut, qui est absent, qui ne répond pas à l'attente de quelqu'un ». *Adde* J. RAYNARD, « À propos de la subsidiarité en droit privé », in *Mélanges Christian Mouly,* p. 131 et s., spéc. n° 10 : « La défaillance doit alors s'entendre en ce que la règle essentielle normalement applicable se révèle exceptionnellement inefficace pour le cas d'espèce ».

objectifs, soit qu'elle ne produise pas de résultat satisfaisant[1219]. L'application d'une règle se fait en effet toujours en deux temps : le premier pour vérifier que la règle est « apte à régir la situation »[1220], ce qui correspondrait au domaine de la règle, et le second, pour vérifier si elle peut donner satisfaction au demandeur. Il faut donc distinguer entre l'aptitude de la règle à régir la situation et son aptitude à produire un résultat satisfaisant pour le demandeur, qui répond à la question de savoir si l'application de la règle à la situation conduit à l'échec ou au contraire au succès de des prétentions du demandeur[1221].

298. Domaine et conditions d'application de la règle. Cette distinction fait écho à une autre, celle qui est faite entre le domaine d'application et les conditions d'application de la règle, et dont on a déjà vu qu'elle était parfois délicate[1222], notamment en raison de la difficulté qu'il peut y avoir à s'entendre sur ce qu'est le domaine d'une règle, et donc à définir la première partie de l'équation, la question de l'aptitude à régir. Le domaine est tantôt défini par l'objet de la règle, tantôt par ses conditions d'application, auquel cas on opposera à ces conditions d'application, entendues comme critères du domaine, les « conditions de réalisation » de la règle. En matière de responsabilité par exemple, les conditions d'application permettraient « non pas de déterminer les personnes qui doivent l'endosser [la responsabilité], mais de

[1219] Sur ces différentes situations de défaillance de l'élément premier, v. A. GOUEZËL, *La subsidiarité en droit privé, op. cit*, n° 48 et s.
[1220] V. M. POUMARÈDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, 2003, spéc. n° 161 : l'auteur distingue entre les « conditions permettant de dire qu'une règle est apte à régir une situation, et les conditions permettant de réaliser une situation conforme à la règle appliquée ».
[1221] V. B. RÉMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2008, n° 680. L'auteur nuance l'analyse de MOTULSKY selon laquelle la règle ne serait appliquée que lorsque les faits de l'espèce correspondent à son présupposé, et donc lorsque ses conditions sont réunies. En réalité, le juge applique la règle, pour vérifier tant son domaine, ses conditions, que son résultat, et lorsque le juge rejette une prétention, ce n'est pas tant parce qu'il n'a pas appliqué la règle en question, que parce qu'il constate son échec à produire des effets et à satisfaire le demandeur. *Adde*, sur ce point, A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse Lyon III, 1975, p.246-247 : l'auteur estime, en prenant exemple sur l'ancien article 1386 relatif à la responsabilité du propriétaire en cas de dommage causé par la ruine d'un bâtiment, que dès lors que c'est l'article lui-même qui commande la réponse donnée par le juge, qu'elle soit positive ou négative, on peut considérer qu'il est « appliqué ». Ainsi, lorsque le dommage est causé par la ruine d'un bâtiment, mais que l'on ne peut pas imputer au propriétaire un défaut d'entretien ou un vice de construction, conditions de l'article, le refus de l'indemnisation découle bien de l'application même du texte.
[1222] V. *supra*, n° 297 et s.

déterminer les personnes qui peuvent l'endosser », tandis que les conditions de réalisation de cette action, permettraient de désigner définitivement le responsable[1223].

299. Caractérisation de la défaillance du droit spécial par le domaine de la règle. Or si l'on veut que la subsidiarité de la norme de droit commun puisse assurer son objectif de protection de la compétence de l'élément spécial, ce n'est qu'à la condition que cette norme de droit commun n'empiète pas sur le domaine de la règle spéciale, sur son aptitude à régir la situation. En effet, si l'on permet au droit commun de revenir dès lors que l'application de la règle spéciale ne fournit pas le résultat escompté, alors la compétence de la règle spéciale ne sera plus préservée, elle deviendra une simple norme de « convenance » à la disposition du demandeur. La défaillance de l'élément spécial, déclenchant le retour du droit commun, ne devrait donc être caractérisée que par la défaillance de son aptitude à régir la situation, lorsque les éléments qui caractérisent son domaine ne sont pas réunis. Dans un certain nombre de cas, en revanche, l'élément subsidiaire doit ainsi rester paralysé malgré l'absence d'une condition d'application, et donc malgré l'échec de la règle première à satisfaire celui qui l'invoquait. L'exemple le plus connu et le plus symptomatique est celui de l'exclusion de la responsabilité délictuelle par la loi de 1881 sur les délits de presse[1224]. La jurisprudence est en effet passée d'une conception souple de la subsidiarité, permettant à la victime d'invoquer le régime fondé sur la clause générale de responsabilité dès lors que manquaient les éléments constitutifs d'un délit pénal[1225], à une conception « renforcée » dans laquelle le domaine de la loi de 1881 ne correspond plus seulement à ses conditions d'application, mais s'est étendu à toutes les situations d'abus de la liberté d'expression[1226]. On perçoit alors nettement que le domaine de la

---

[1223] V. S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle,* thèse Orléans, 2011, n° 163. *Adde* M. POUMARÈDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile,* thèse Toulouse 1, 2003.

[1224] Sur ce thème, v. not. J. TRAULLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, LGDJ, 2007 ; G. LÉCUYER, *Liberté d'expression et responsabilité, Étude de droit privé*, Dalloz, 2006 ; N. MALLET-POUJOL, « De la "cohabitation" entre la loi du 19 juillet 1881 sur la liberté de la presse et l'article 1382 du Code civil », Légipresse 2006.II.93 ; E. DREYER, « Disparition de la responsabilité civile en matière de presse », *D.* 2006.1337 ; B. DE LAMY, « Les tribulations de l'article 1382 du Code civil au pays de la liberté d'expression », in *Mélanges Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p.275 et s.

[1225] J. CARBONNIER, « Le silence et la gloire », *D.* 1951, chron. 119, spéc. p.120 : « […] l'article 1382 demeure partout sous-jacent à la loi du 29 juillet 1881, et des faits qui ne sont pas, à défaut d'un élément constitutif, pénalement répréhensibles comme diffamation ou injures, peuvent encore être saisis comme délits civils, en vertu des principes généraux de la responsabilité ».

[1226] Civ.1ère, 27 septembre 2005, *D.* 2006.485, note T. HASSIER, 768, note G. LÉCUYER, 1337, obs. E. DREYER, et 1932, obs. P. JOURDAIN ; *RTD civ.* 2006.126, obs. P. JOURDAIN.

règle, très étendu, ne correspond pas ici strictement à la réunion de ses conditions, et ce dans un souci de préserver l'empire d'une loi spéciale. C'est la même idée qui anime la coordination des régimes contractuel et délictuel de responsabilité, et illustre la spécificité de leur rapport comme normes de droit commun et de droit spécial.

300. Défaillance et *ratio legis* de la règle spéciale. Si la caractérisation de la défaillance n'est pas toujours aussi stricte et que, dans de nombreuses situations de concurrence entre normes, il suffira qu'une condition d'application manque pour que le blocage de l'élément subsidiaire soit levé[1227], c'est parce qu'il faut prendre en compte un critère supplémentaire : la caractérisation du seuil de défaillance de la règle spéciale ne sera pas toujours le même, et dépendra de la *ratio legis* de la règle. Prenons la responsabilité contractuelle. La protection de la sphère contractuelle, et des volontés qui y sont exprimées, implique que la prévisibilité contractuelle s'étende, pour les parties, aux conséquences d'une action en responsabilité[1228]. Tout recours à la responsabilité délictuelle au sein du domaine d'application de la responsabilité contractuelle, défini par les conditions de l'article 1217 du Code civil, est donc interdit, sous peine de perturber les prévisions des parties au contrat[1229]. Dès lors, le régime de responsabilité contractuelle n'a pas pour objet d'accroître la protection de la victime au regard de ce qu'elle pourrait obtenir sur le terrain délictuel, et les particularités de son régime – admission des clauses restreignant la responsabilité du débiteur, réparation du seul dommage prévisible – le restreignent plutôt, dans l'optique de préserver les prévisions contractuelles. La *ratio legis* de la responsabilité contractuelle ne justifie donc pas que sa défaillance permette systématiquement le recours à la responsabilité délictuelle comme « renfort ». À l'inverse, si la règle dérogatoire a pour objectif d'apporter une protection supplémentaire, son échec à prendre en charge une situation doit systématiquement déclencher l'intervention de la norme subsidiaire

[1227] A. GOUEZËL, *La subsidiarité en droit privé, op. cit.* n° 162.
[1228] V. *supra*, n° 201 et s.
[1229] M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle,* t.V, Economica, 3ème éd., n° 112, Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats,* Dalloz, Paris, 2006, 7ème éd., n° 1022 : l'auteur insiste sur la nécessité de se protéger contre l'« empire universel » de la responsabilité délictuelle.

comme norme de secours. À défaut, la *ratio legis* de l'élément premier ne serait pas respectée[1230].

301. Un domaine défini par l'objet de la règle. La défaillance de la responsabilité contractuelle comme norme spéciale doit donc être entendue de manière restrictive, et sera caractérisée chaque fois que l'on ne sera plus dans son domaine. Il faut alors s'entendre sur ce qui fait le domaine d'application d'une règle, dont nous avons déjà vu qu'il était défini comme « l'ensemble des hypothèses dans lesquelles elle est appliquée »[1231], c'est-à-dire « toutes les situations régies par cette règle »[1232]. Si on définit ce domaine trop largement, alors le risque est de bloquer le retour de la règle subsidiaire de manière excessive et de la dépouiller de sa vocation de droit commun, mais si à l'inverse on le définit de manière trop restrictive, alors cela ne permet plus de protéger la sphère de la règle spéciale. Le domaine doit-il être défini par l'objet de la règle ? Par ses conditions d'application ? Si oui, lesquelles, et faut-il distinguer entre différents types de conditions, d'application, de réalisation ? Prenons l'exemple de la responsabilité contractuelle. Défini par son objet, le domaine de la responsabilité contractuelle correspond à toutes les hypothèses dans lesquelles le demandeur agit pour la compensation d'un dommage causé par l'inexécution contractuelle. Cette définition correspond en partie aux conditions d'application de la responsabilité contractuelle : un dommage causé par une partie à l'autre, une inexécution contractuelle, un lien de causalité entre les deux. Quand bien même ces conditions ne sont pas seulement des conditions pour la mise en œuvre de la règle, un élément définissant son domaine, mais également des conditions de son succès, des conditions de « réalisation », leur absence n'entraîne la défaillance de la règle spéciale que parce qu'elles en définissent et en

[1230] V. Ph. LE TOURNEAU, « Parasitisme et marque notoire, ou de l'application du régime général de responsabilité en présence d'une lacune du droit spécial », *Gaz. Pal.* 31 mars 2001, p.22. C'est ce que semble par ailleurs dire l'arrêt rendu par la Cour de cassation en 2022 sur l'application des textes spéciaux et de droit commun concernant les clauses abusives. L'arrêt, très commenté, insiste dans les points 5 et 6 sur l'intention du législateur de faire jouer l'article 1171 du Code civil, le droit commun, à des cas ne relevant pas du droit spécial, ici les articles L 442-6 du Code de commerce et L212-1 du Code de la consommation. Ce faisant, elle affirme en réalité la vocation de ce texte à jouer son rôle de socle de protection offert contre les clauses abusives. Com., n° 20-16.782, *RDC* 2022.89, note N. BALAT. Cet auteur insiste par ailleurs sur l'absence d'incompatibilité ici entre le droit commun et le droit spécial, et suggère la possibilité d'un cumul des règles.

[1231] A. GOUEZËL, *La subsidiarité en droit privé, op. cit.,* n° 164.

[1232] C. DESNOYER, « Du bon usage de la règle *specialia generalibus derogant* : le contre-exemple de la jurisprudence relative à l'articulation des articles 1386 et 1384 alinéa 1er du code civil », in *Les conflits de normes - Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes*, *op. cit.*, p. 128 et s., spéc. n° 11 et s.

protègent le domaine, et non parce qu'elles conditionnent son succès. Le dommage et le lien de causalité doivent cependant être écartés, car, conditions communes aux deux régimes, définissent le domaine tant de l'un que de l'autre. Le domaine contractuel doit donc être défini par son objet, au centre duquel se trouve la notion d'inexécution contractuelle.

302. Le critère central de l'inexécution contractuelle. L'inexécution d'une obligation contractuelle constitue ainsi le cœur de la définition du domaine contractuel. Encore faut-il préciser : elle est un critère du domaine contractuel lorsqu'elle est prise dans une acception objective, celle d'une condition d'application de la règle : le constat objectif de l'absence d'exécution d'une obligation contractuelle par son débiteur, c'est-à-dire de la déception contractuelle du créancier. Le seul constat objectif de cette inexécution ne sera néanmoins pas toujours suffisant au succès des prétentions, et le créancier lésé pourra être amené à devoir ramener la preuve d'un certain comportement du débiteur, lorsque l'obligation en cause sera de moyens. L'échec ou le succès d'une telle preuve d'un comportement particulier du débiteur ne caractérisera cependant pas le domaine de la règle, l'inexécution en ce sens est entendue de manière concrète, comme une condition cette fois de réalisation de la règle[1233]. Elle ne pourra en ce sens conditionner la défaillance de la règle spéciale. L'inexécution contractuelle est un critère essentiel de définition du domaine de la responsabilité contractuelle, et donc de sa défaillance, en ce qu'elle définit l'objet de la règle, et non son succès.

[1233] V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t.3, *Le rapport d'obligation*, 9ème éd., Sirey, 2015, n° 192. Les auteurs prennent cet exemple de l'obligations de moyens pour justifier l'idée selon laquelle la responsabilité délictuelle ne devrait pas pouvoir jouer à la place de la responsabilité contractuelle lorsque « les conditions de son application » sont réunies mais que le créancier ne parvient pas à prouver le manquement, de la part du débiteur, à l'obligation de moyens mise à sa charge par le contrat. Ils donnent l'exemple du patient qui ne pourrait prouver l'erreur du diagnostic du médecin. Et soulignent qu'admettre dans ce cas que la responsabilité délictuelle puisse être engagée pour les mêmes faits reviendrait à « méconnaître à la fois le contrat conclu par les parties et la loi qui soumet ce contrat à des règles particulières » car cela « aboutirait à déclarer le débiteur responsable alors même qu'il aurait fait tout ce à quoi ce contrat – obligations légales comprises – l'obligerait ».

B. Les manifestations du retour

303. Défaut d'inexécution contractuelle. Alors même que le dommage a été causé entre les parties, à l'occasion même de l'exécution de leur contrat, au sein d'une sphère *a priori* contractuelle donc, la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle sera parfois écartée par les juges, du fait de la nature extracontractuelle de l'obligation violée[1234]. Cette défaillance de la norme spéciale est caractérisée par le défaut de l'une des conditions centrales de son domaine de compétence, l'inexécution d'une obligation contractuelle. Le retour de la responsabilité délictuelle dans le contrat dépend alors en partie de la définition que l'on donne au contenu du contrat, dont on a vu qu'elle dépendait de considérations d'opportunité. Un cas en particulier bouscule la notion d'inexécution contractuelle : celui de la sanction de comportements abusifs au sein du contrat. La sanction de l'abus peut-elle s'assimiler à la sanction d'une inexécution contractuelle ? Nous envisagerons tour à tour l'abus dans l'exercice d'une prérogative contractuelle (1) et l'abus dans la rupture des relations commerciales établies (2).

1. La sanction de l'abus dans l'exercice d'une prérogative contractuelle

304. Manifestation de l'abus dans le contrat. Au cœur de l'exécution du contrat[1235] se nichent des prérogatives contractuelles, des pouvoirs laissées aux mains d'une partie, et dont l'exercice produit des effets de droit. Elles peuvent viser à modifier le lien contractuel, en y mettant fin par exemple, telle la faculté de résolution unilatérale du contrat[1236], ou le contenu du contrat, telle la faculté de fixation unilatérale du prix,

[1234] Ainsi que l'affirme la Cour de cassation elle-même : « pour qu'une responsabilité contractuelle soit engagée, il ne suffit pas qu'un dommage ait été causé à l'occasion d'un contrat, il faut encore que le dommage résulte de l'inexécution d'une des obligations créées par le contrat ». V. Civ.1ère, 7 novembre 1961, *D.*1961.2.146, note P. ESMEIN.
[1235] L. MOLINA, *La prérogative contractuelle*, LGDJ, 2022, n° 448 : « L'exercice de la prérogative s'insère dans la phase d'exécution contractuelle au point qu'elle devient indissociable de ce contexte ».
[1236] Article 1126, alinéa 1er du Code civil.

valable dans certains contrats seulement[1237]. Elles sont caractérisées certes par leur unilatéralisme, par leur absence de contenu obligationnel, mais surtout par ce que leur exercice permet et introduit au sein du contrat : une prise de décision face à une alternative qui s'offre à un contractant, et en cela la manifestation d'un pouvoir de ce contractant qu'il imposerait à l'autre[1238]. C'est bien ce dernier élément qui distingue la prérogative du seul droit, l'exercice, par la décision de l'un, d'un pouvoir auquel l'autre est soumis, et qui justifie alors que l'on doive en contrôler les limites. La mesure de cette limite, c'est l'abus dans l'exercice de la prérogative, qui entraînerait, entre autres sanctions, la responsabilité de son auteur[1239].

La question s'est posée en doctrine de savoir si l'abus pouvait également être caractérisé, et surtout sanctionné, dans l'exercice non plus d'une prérogative, mais cette fois d'un droit issu du contrat, notamment le droit de créance. Selon certains auteurs, on ne peut jamais être créancier de mauvaise foi, car « comment pourrait-on prétendre que le créancier est de mauvaise foi lorsqu'il se borne à exciper de son droit de créance ? »[1240]. La Cour de cassation a tranché cette question en considérant, en 2007, que si les juges pouvaient sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, ils ne pouvaient en revanche se fonder sur la bonne foi pour porter atteinte à « la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »[1241]. Certains auteurs nuancent cependant le sens de cet attendu mystérieux : cela ne signifie

---

[1237] À la suite des fameux arrêts rendus par l'Assemblée plénière en 1995 (Ass. plén., 1er décembre 1995, n° 91-15.578 ; n° 91-19.653 ; n° 93-13.688) la réforme de 2016 a introduit dans le Code les articles 1164 et 1165 du Code civil, qui entérinent la faculté de fixation unilatérale du prix dans les contrats cadre et les contrats de prestation de service.

[1238] L.MOLINA, *La prérogative contractuelle, op. cit.,* n° 40 et s.

[1239] V. not. Civ.1ère, 13 décembre 1994, *Bull. civ*. I, n° 372 ; Com., 10 décembre 1996, *Bull. civ*. IV, n° 309, Ass. plén., 1er décembre 1995, n° 91-15.578 ; n° 91-19.653 ; n° 93-13.688, *GAJC*, t.2, *op. cit.*, n° 179-182. Dans le Code civil, cette sanction de l'abus est prévue à propos de la faculté de fixation unilatérale du prix aux articles 1164, alinéa 2 et 1165, alinéa 2 : « En cas d'abus dans la fixation du prix, le juge peut être saisi d'une demande tendant à obtenir des dommages et intérêts, et le cas échéant la résolution du contrat ».

[1240] L. AYNÈS, *RDC* 2007.1107. *Contra*, *GAJC*, n° 164, n° 6. Les auteurs considèrent que lorsque l'exécution forcée en nature que veut imposer le créancier conduit à imposer « au débiteur des sacrifices d'importance disproportionnée avec l'utilité du but à atteindre », alors on peut y voir un manquement, par le créancier, à son devoir de loyauté. On notera que depuis la réforme de 2016 a été introduit dans le Code civil, à l'article 1221, alinéa 1er, une limite à l'exécution forcée en nature, lorsque celle-ci implique une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et l'intérêt pour le créancier. Cette disposition nouvelle permet d'écarter des situations dans lesquelles le créancier faisait preuve d'abus dans l'exercice de son droit de créance, mais en se fondant sur la disproportion, et non sur le comportement du créancier, évitant ainsi de reconnaître l'abus dans l'exercice d'un droit de créance.

[1241] Com., 10 juillet 2007, *GAJC*, t.2, *op.cit.,* n° 192, p. 163. La décision a été confirmée encore récemment, en 2022. V. Com., 9 mars 2022, n° 19-18.934, *D.* 2023.103, note H. GOURDY.

pas nécessairement que les droits et obligations échappent au devoir de bonne foi, lequel irrigue par principe toute l'exécution du contrat, mais seulement que le juge ne peut modifier, au nom de la bonne foi, la substance du contenu du contrat[1242]. Le contrôle porterait donc sur l'exercice et non sur le contenu, sur l'acte unilatéral qui caractérise l'exercice d'une prérogative, qui pourrait ainsi être déclaré nul, sans que la validité de la clause qui crée cette prérogative soit affectée[1243]. De même, la déloyauté dans l'exercice d'un droit contractuel devrait alors pouvoir être sanctionnée.

305. Nature de l'abus dans l'exercice d'une prérogative contractuelle. Le contrôle de l'abus dans l'exercice d'une prérogative contractuelle soulève néanmoins des interrogations particulières. S'il est bien un contrôle du comportement d'une partie qui exerce sa puissance et l'impose à son cocontractant, ce contrôle s'exerce cependant sous un angle particulier, celui de la finalité de la prérogative. Ce contrôle d'ordre téléologique n'est cependant pas détaché de celui du respect, par les parties, de la bonne foi – comme en atteste la jurisprudence qui parle de déloyauté dans l'exercice d'une prérogative – et on pourrait alors parler, avec un auteur, de « bonne foi téléologique »[1244]. L'abus révèle alors une faute, un comportement déloyal qui s'écarterait du standard attendu d'un contractant[1245]. La sanction de l'abus dans l'exercice d'une prérogative contractuelle est donc celle d'une faute, une « faute de mauvaise foi »[1246]. Les dommages-intérêts viennent alors sanctionner avant tout un comportement, et non une inexécution du contrat, ce qui explique que la jurisprudence, de manière constante, qualifie la responsabilité qui le sanctionne de délictuelle[1247], approuvée en ce sens par une partie de la doctrine. L'obligation de bonne foi, dont la violation caractérise l'abus, serait effet un devoir général, qui s'impose à tous et non seulement aux contractants, et sa violation ne constituerait ainsi pas tant une

[1242] Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'abus dans le contrat, vingt ans après », in *Homme de foi, homme de droit*, *Mélanges en l'honneur d'Alain Sériaux*, Mare et Martin, 2023, p. 353 et s., spéc. p. 371. *Adde GAJC*, n° 164, spéc. p. 170.
[1243] L.MOLINA, *La prérogative contractuelle, op. cit.,* n° 430 et s.
[1244] L.MOLINA, *La prérogative contractuelle, op. cit.,* n° 362 et s.
[1245] Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, n° 346, p.291. L'auteur parle d'un « contrôle externe organisé à partir de la mauvaise foi du créancier », qui s'opposerait à une autre forme de l'abus, qui ferait l'objet d'un « contrôle interne portant sur la nature même de la clause », par exemple une clause abusive.
[1246] L. MOLINA, *La prérogative contractuelle, op. cit.,* n° 454 : « L'exercice déloyal de la prérogative contractuelle suppose une faute de mauvaise foi ».
[1247] V. not. Civ.1ère, 13 décembre 1994, *Bull. civ*. I, n° 372 ; Com., 10 décembre 1996, *Bull. civ*. IV, n° 309.

inexécution contractuelle qu'une faute, source de responsabilité délictuelle[1248]. Ce serait donc ici encore le critère de la nature de l'obligation violée, et l'absence d'inexécution contractuelle au sens strict, qui justifierait la défaillance de la responsabilité contractuelle et le retour de la responsabilité délictuelle. Avec une particularité : il ne s'agit pas ici du contenu obligationnel du contrat[1249], dont on peut parfois se demander si certaines composantes insérées par le juge, telle l'obligation de sécurité, ne relèvent pas plutôt d'un devoir plus général, devoir de prudence et de diligence. Il s'agit ici de la violation d'une norme de comportement imposée aux contractants pour la bonne exécution du contrat, et qui ne concerne pas directement les obligations au sens strict, le « cœur du contrat ».

306. Notion d'inexécution. Si le cœur du contrat, les obligations qu'il fait naître, n'est pas concerné par l'abus, l'exécution du contrat l'est. L'exercice de la prérogative contractuelle s'inscrit dans la phase d'exécution du contrat, au point qu'elle en deviendrait même « indissociable »[1250]. Ainsi, « l'irrégularité de l'exercice [de la prérogative contractuelle] est constitutive d'une faute commise à l'occasion de l'exécution du contrat »[1251], et produit des conséquences directes sur la bonne exécution du contrat. Certains auteurs considèrent alors que la notion d'inexécution contractuelle ne devrait pas se limiter à l'inexécution d'une obligation contractuelle, et qu'il faudrait aller au-delà du contenu obligationnel du contrat pour en cerner les contours. L'atteinte à la « foi contractuelle », la confiance qui irrigue l'engagement entre les parties, produit en effet des conséquences contractuelles, qui affectent la relation contractuelle elle-même et compromet l'exécution du contrat[1252]. À tel point que ce « manquement contractuel » à la bonne foi, parce qu'il attaque le contrat, pourrait en entraîner la

[1248] Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, *op. cit.,* n° 128, p.118. L'auteur est revenu lui-même sur cette conception de la bonne foi dans un article récent, se ralliant à une conception objective de la bonne foi, entendue comme une norme de comportement déterminée non pas par la morale, mais par l'utilité de l'opération contractuelle. La déloyauté serait ainsi sanctionnée comme un comportement faisant perdre à l'opération contractuelle son utilité. V. Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'abus dans le contrat, vingt ans après », in *Homme de foi, homme de droit*, *Mélanges en l'honneur d'Alain Sériaux*, Mare et Martin, 2023, p. 353 et s. , spéc. p.357.
[1249] Selon la formule de Pascal ANCEL dans son célèbre article « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p.771 et s.
[1250] L. MOLINA, *La prérogative contractuelle, op. cit,* n° 448.
[1251] L. MOLINA, *La prérogative contractuelle, op. cit.,* n° 447.
[1252] *Ibid*, n° 448 et s., T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.*, n° 302, p.222.

résolution[1253]. Plus qu'une extension du contenu du contrat, c'est la notion d'inexécution contractuelle qu'il faut alors élargir, afin qu'elle englobe les fautes commises à l'occasion de l'exécution du contrat, et qui auraient des conséquences sur cette exécution[1254]. Une telle définition de l'inexécution contractuelle comme toute faute commise dans un « contexte contractuel »[1255] fait alors courir le risque d'une compréhension trop large du domaine contractuel, qui entraînerait l'impossibilité pour la responsabilité délictuelle de retrouver son empire.

307. Rejet d'une conception trop large de l'inexécution. Surtout, le seul fait qu'un comportement fautif ait lieu dans un cadre contractuel, et ait une incidence sur la bonne exécution du contrat, ne peut suffire à l'assimiler à une inexécution contractuelle. Prenons comme exemple, caricatural, une altercation entre les parties à un contrat qui aurait lieu au cours, et à l'occasion de l'exécution de leur contrat. La faute commise par l'une des parties, et le dommage qui en découle pour l'autre partie, a une incidence directe et non négligeable sur la relation contractuelle, au point de mettre en péril l'exécution du contrat.

Il apparaît pourtant évident que le contrat, et son exécution, n'ont été là que l'occasion de ce comportement, qui, bien plus que la violation d'une obligation contractuelle ou même d'un devoir de loyauté contractuelle, caractérise la seule violation d'un devoir général qui s'impose à tous de la même manière, et auquel la présence du contrat n'imprime aucune spécificité[1256]. Il serait alors dangereux d'étendre le spectre de la responsabilité contractuelle au-delà de son domaine, comme

---

[1253] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.*, n° 316, p.229 : « chaque fois qu'un contractant, par son comportement, s'attaque délibérément au contrat, il est possible d'envisager la résolution ».
[1254] L. MOLINA, *La prérogative contractuelle, op. cit.* n° 453 et s.
[1255] *Ibid*
[1256] V. P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 1996, 3ème éd., p.34, qui prenait alors cet autre exemple : « nul ne songerait à se situer sur le terrain contractuel pour engager la responsabilité du bailleur qui viole sa locataire ». À noter que dans ces deux exemples, une qualification pénale du comportement est possible, et que la Cour de cassation est divisée quant aux conséquences d'une telle qualification sur la nature du régime de responsabilité civile. Si la Chambre criminelle considère que la responsabilité ne peut être que délictuelle (Crim., 15 juin 1923, *D.* 1924.1.135), les Chambres civiles semblent retenir une possible qualification contractuelle.

la jurisprudence le fait parfois[1257]. Il est également évident que cet exemple ne coïncide pas parfaitement avec le cas d'un exercice abusif d'une prérogative contractuelle, car, au-delà du contexte contractuel dans lequel cet abus survient, et au-delà de sa conséquence sur l'exécution du contrat, cet abus matérialise la violation d'un devoir particulier, le devoir de bonne foi, de loyauté contractuelle, qui, bien qu'il corresponde à un devoir général qui existe en dehors du contrat, et s'applique à tous, s'incarne de manière particulière entre les contractants. Le contexte contractuel détermine alors la qualification de la mauvaise foi, là où dans notre exemple, la qualification du comportement fautif aurait été identique en dehors de tout contrat[1258]. Son respect est un élément central de la relation contractuelle, et couvre tant la phase de formation que celle d'exécution du contrat, ce que souligne explicitement le Code civil[1259]. Imposé par la loi aux contractants, sa violation, bien que ne caractérisant pas la violation d'une obligation contractuelle au sens strict, pourrait être entendue comme l'inexécution d'un devoir contractuel enraciné dans le contrat. Sa violation doit-elle alors entraîner la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle ?

308. L'abus, sanction d'un comportement. Le cœur de cette réflexion qui entoure la notion d'inexécution ne se situe peut-être pourtant pas dans la nature de l'obligation violée, la bonne foi, devoir contractuel ou général, mais dans l'objet des dommages-intérêts contractuels, lorsque l'on les regarde comme une sanction de l'inexécution contractuelle. L'objet de la règle spéciale qu'est la responsabilité contractuelle, donc des dommages-intérêts contractuels, est en réalité double. Si l'on sait qu'en tant qu'instrument d'une responsabilité contractuelle, ils visent à compenser le dommage subi du fait de l'inexécution du contrat[1260], ils interviennent également pour le contrat,

---

[1257] P. JOURDAIN, « L'hégémonie de la responsabilité contractuelle », *RTD civ.* 2004.94. Il s'agissait ici d'un navire qui transportant des marchandises destinées à une société pétrolière, avait heurté et endommagé le quai d'un port par cette même société. La Cour censure la Cour d'appel qui avait considéré que ce dommage était indépendant des relations contractuelles entre les parties, et que devait s'appliquer la responsabilité délictuelle. La Cour de cassation s'arrête, pour retenir la compétence contractuelle, sur le seul fait que le dommage avait son origine dans l'exécution du contrat, sans s'attarder sur la nature de l'obligation violée.

[1258] L. MOLINA, *La prérogative contractuelle, op. cit.* n° 454 et s. L'auteur distingue ces deux situations, mais leur applique néanmoins le régime contractuel. Elle considère que quand bien même le comportement fautif n'avait aucune spécificité contractuelle, ses conséquences sur l'exécution du contrat et de nature contractuelle, puisque les préjudices portent directement sur l'exécution du contrat, critère que nous rejetons.

[1259] Article 1104, alinéa 1er, Code civil : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi ». L'alinéa 2 précise que cette disposition est d'ordre public.

[1260] V. *supra*, n° 178 et s.

au service de sa force obligatoire, comme une sanction de son inexécution. En ce sens, ce qu'ils visent ce n'est pas la sanction d'un comportement particulier du débiteur, dont ils se désintéressent *a priori*[1261], mais bien de la seule inexécution du contrat, et ce quand bien même derrière l'inexécution en tant que telle se cacherait un manquement à un devoir plus général, notamment de prudence et de diligence[1262].

La question est alors de savoir ici ce que visent les dommages-intérêts lorsqu'ils interviennent comme sanction de l'abus : visent-ils la sanction de l'inexécution d'une obligation, ici plutôt un devoir de bonne foi, dont on peut dire qu'il est contractuel, ou bien visent-ils la sanction d'un comportement particulier du débiteur, déloyal envers son cocontractant ? C'est parce que l'abus de droit constitue toujours une faute[1263] que le droit organise sa sanction : il s'agit alors de sanctionner un comportement, autant que d'imposer à tous, parties au contrat ou non, le respect d'un standard minimum de comportement ; c'est la fonction normative de la responsabilité[1264]. Cette fonction, propre à la responsabilité délictuelle n'intéresse par principe pas les dommages-intérêts contractuels, qui, bien qu'ils puissent avoir pour fonction de réparer le dommage, ne visent jamais directement à imposer une norme de comportement aux contractants[1265]. L'abus ne change pas de nature du seul fait qu'il intervienne dans un contexte contractuel, et sa sanction est toujours celle d'un comportement, laquelle appelle la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle. Parce que ce n'est pas l'éventuelle inexécution contractuelle qui est visée, mais bien le comportement du débiteur, on ne

---

[1261] Face à une obligation de moyens, le comportement du débiteur interviendra comme un élément nécessaire pour prouver l'inexécution, mais celle-ci reste l'élément nécessaire à la mise en œuvre des dommages-intérêts contractuels.

[1262] Ce qui est, nous l'avons vu, presque systématiquement le cas du fait de l'absorption du fait générateur contractuel par le fait générateur délictuel. V. *supra*, n° 136 et s.

[1263] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 15e éd., 2024, *V°* « Abus », sens 1, « Abus de droit », a : « Faute qui consiste à exercer son droit sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui, à l'exercer en méconnaissance de ses devoirs sociaux ». *Adde* sur les différentes théories de l'abus de droit, J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 4ème éd., LGDJ, 1994, n° 761 et s.

[1264] Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'abus dans le contrat, vingt ans après », *op. cit.*, spéc. p.359 : « Si l'exercice d'un droit traduit un comportement anticontractuel, en ce qu'il affecte la bonne réalisation de l'opération convenue, ce comportement méconnaît l'exigence de bonne foi. Il demeure que le besoin de réaction juridique naît du constat d'un comportement défectueux, c'est-à-dire d'une faute. Envisagé sous cet aspect, l'exercice du droit ne fait que révéler et caractériser une attitude blâmable ». L'auteur conclut néanmoins, à rebours des conclusions de sa thèse publiée en 2000, à la nature contractuelle de la responsabilité.

[1265] La mise en œuvre de la responsabilité contractuelle peut avoir pour conséquence d'imposer une certaine norme de comportements aux contractants, mais ce n'est pas là son objectif premier.

se situe plus dans l'objet des dommages-intérêts contractuels, et on est donc hors du domaine de la règle spéciale, la responsabilité contractuelle.

2. La sanction de l'abus dans la rupture des relations commerciales établies

309. La rupture des relations commerciales établies. L'article L 442-1, II du Code de commerce[1266] prévoit qu' « engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels, et, pour la détermination du prix applicable durant sa durée, des conditions économiques du marché sur lequel opèrent les parties. En droit interne, la jurisprudence a, de manière relativement constante, fait application de la responsabilité délictuelle[1267], exception faite des litiges internationaux pour lesquels la Cour s'est alors alignée sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne[1268], suscitant une grande confusion[1269].

310. L'abus dans la rupture des relations commerciales établies. La rupture d'une relation commerciale établie, parce que cette relation commerciale est généralement sous-tendue par la conclusion de nombreux contrats, est assimilée à la rupture d'une relation contractuelle, d'une « situation contractuelle »[1270]. La brutalité de la rupture est sanctionnée pour son caractère déloyal, et caractérise en tant que tel une forme

---

[1266] Ancien article L 442-6, 5° du Code de commerce, supprimé et remplacé par L 442-1, II par l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019.
[1267] V. Civ.2ème, 6 octobre 2005, *Bull. civ. I*I, n° 236 ; Com., 6 février 2007, n°04-13178, *Bull. civ. I*V, n° 21, *D.* 2007.653, obs. E. CHEVRIER ; *RDC* 2007.731, note J.-S. BORGHETTI ; *JCP G* 2007.II.10108, note F. MARMOZ ; *RTD civ.* 2007.343, obs. J. MESTRE et B. FAGES. La jurisprudence de la Chambre commerciale est depuis constante : Com., 13 janvier 2009, n°08-13971 ; Com., 6 septembre 2011, n° 10-11975 ; Com., 18 octobre 2011, n° 10-28005 ; Com., 25 mars 2014, n° 12-29534 ; Com., 20 mai 2014, n° 12-26705 ; Com., 24 octobre 2018, n° 17-25672. V. cependant les arrêts rendus par la première Chambre civile, qui abondent plutôt dans le sens d'une qualification contractuelle. V. Civ.1ère, 6 mars 2007, n°06-10946 ; Civ.1ère, 21 octobre 2008, n°07-15823 ; Civ.1ère, 8 juillet 2010, n°09-67013.
[1268] CJUE, 14 juillet 2016, C-196/15.
[1269] Com., 20 septembre 2017, n° 16-14812, *D.*2017.2452.
[1270] J.-S. BORGHETTI, *RDC* 2007, p.731 et s.

particulière d'abus[1271], un abus de déloyauté. La sanction de la brutalité de la rupture est bien celle d'un comportement fautif, un comportement qui serait contraire à l'exigence de bonne foi, appelant la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle. Ici, la nature délictuelle de la responsabilité ne semble pas pouvoir être rejetée au profit d'une conception objective de la bonne foi. De nombreux auteurs se rallient en effet à la thèse de la nature contractuelle de la responsabilité en cas « d'abus de déloyauté »[1272], considérant que plus que de sanctionner un comportement au regard de valeurs morales, la sanction de la déloyauté contractuelle vise à sanctionner des comportements qui nuiraient à l'utilité de l'opération contractuelle. On opposerait ainsi des comportements « anticontractuels », qui affectent le contrat en tant que bien, à des comportements « antipersonnels », affectant plus directement le lien contractuel[1273], qui seuls devraient entraîner la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle.

Il nous semble que cette distinction est excessive, puisque même derrière des comportements affectant l'utilité du contrat, l'abus vise toujours la sanction d'un comportement, en ce que ce comportement ne produit jamais de conséquences que sur le contrat lui-même, mais affecte toujours également le cocontractant[1274]. Et quand bien même cette distinction serait retenue, il ne fait pas de doute que l'abus dans la rupture des relations commerciales établies, comme l'abus dans la rupture d'un contrat, n'a pas de conséquence sur l'utilité de l'opération, mais concerne essentiellement le devoir de loyauté dû à l'autre partie. Le législateur a ici entendu sanctionner certaines pratiques commerciales déloyales, des comportements donc, « indépendamment de leur vêtement contractuel »[1275]. Ce serait une fiction que de voir ici une inexécution contractuelle

---

[1271] E.P., « Rupture brutale d'une relation commerciale établie : entre brutalité et abus », *D*. 1999.28.
[1272] Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, *op. cit.*
[1273] Ph. STOFFEL-MUNCK, « L'abus dans le contrat, vingt ans après », *op. cit.*
[1274] Il se peut cependant qu'une même action caractérise à la fois un manquement contractuel, source de responsabilité contractuelle, et une rupture brutale des relations commerciales établies, source de responsabilité délictuelle. C'était notamment le cas dans un arrêt rendu par la Cour de cassation en 2018 (Com., 24 octobre 2018, n° 17-25.672), dans lequel les juges de cassation censurent la Cour d'appel pour avoir fait une application trop large du principe de non-cumul, et réaffirment la possibilité pour le créancier lésé de faire deux demandes distinctes, fondées l'une sur la responsabilité contractuelle, ici du fait que le cocontractant n'avait pas fourni le stand d'exposition prévu par le contrat, et l'autre sur la responsabilité délictuelle, ici du fait que ce refus avait en même temps mis fin brutalement à une relation commerciale établie. Si la solution n'est en soi pas si nouvelle, et apparaît fondée, c'est à la condition, comme le souligne un auteur, que le demandeur puisse faire état de deux préjudices distincts. À défaut, et cela semblait être le cas ici, le principe de non-cumul doit nécessairement exclure l'action délictuelle. La Cour ne tranche cependant pas cette difficulté. V. sur ce point J. KNETSCH, « Responsabilité contractuelle et rupture brutale d'une relation commerciale : de l'art de cumuler malgré le principe du " non-cumul" », *RDC* 2019.38.
[1275] J.-S. BORGHETTI, *RDC* 2007.731.

devant entraîner la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, et une extension dangereuse du domaine de la responsabilité contractuelle. Règle spéciale de responsabilité, son interprétation doit être stricte, et ne pas empêcher le retour du droit commun.

Conclusion du Chapitre I

311. Résolution du conflit de normes par la subsidiarité. La subsidiarité de la responsabilité délictuelle apparaît comme le corollaire de sa généralité ; elle permet d'éviter son intrusion trop fréquente au sein du champ contractuel, terre d'élection de la responsabilité contractuelle. Lorsque les dommages-intérêts contractuels poursuivent une fonction de réparation, ils subissent en effet la concurrence des dommages-intérêts délictuels, et ce conflit de normes ne peut être résolu que par l'exclusion de la responsabilité délictuelle, à qui l'on attribue une vocation subsidiaire. Cette exclusion par la subsidiarité révèle alors la structure particulière des rapports entre les régimes de responsabilité, un rapport de droit commun à droit spécial. Dans cette perspective, le principe de non-cumul apparaît comme la mise en œuvre particulière du principe selon lequel le spécial déroge au général.

312. Domaines des responsabilités. La détermination des frontières entre les régimes se fait alors *a posteriori*, une fois mis en œuvre le principe d'exclusion de la responsabilité délictuelle, à qui l'on attribue un domaine résiduel. L'enjeu de la distinction entre les régimes de responsabilité se situe alors dans la détermination du domaine contractuel, le domaine de la règle spéciale. En cette matière, c'est le flou qui préside, les juges faisant un usage particulièrement important de leur grande liberté, guidés par l'opportunité des solutions, et visant en premier lieu la réparation du dommage. Le tracé des frontières entre le contrat et le délit est alors dominé par une logique propre à la responsabilité, davantage que par une logique issue du contrat. La détermination du domaine contractuel, laissée aux mains du juge, conditionnera pourtant celui, résiduel, de la responsabilité délictuelle qui, norme de droit commun, devra retrouver son empire chaque fois que la règle spéciale sera défaillante. Il faut

alors veiller à ne pas étendre le domaine contractuel au-delà de ses contours naturels, dominés par l'idée d'inexécution du contrat. Car les dommages-intérêts contractuels, en plus d'être l'instrument d'une responsabilité à part entière, sont bien également un instrument au service du contrat et de sa force obligatoire, un remède à son inexécution.

313. Retour de la responsabilité délictuelle dans le contrat. Le principe de non-cumul des responsabilités doit ainsi être mis en œuvre sans oublier son objet, assurer le respect du contrat, et ne doit pas être dévoyé au profit d'une exclusion systématique de la responsabilité délictuelle du champ contractuel[1276]. Si la réticence à accepter la présence de la responsabilité délictuelle au sein du contrat se comprend, elle peut être levée si l'on se met à l'envisager comme le droit commun qu'elle est, un socle de protection offert à tous. Il faut alors cesser de voir sa compétence marginale au sein de la relation contractuelle comme une simple « intrusion » dont il faudrait se préserver, et commencer à la voir comme une compétence naturelle, subsidiaire du droit commun. Le contrat ne s'en voit pas nécessairement menacé et, au contraire, les contours de la règle spéciale qui vise à le protéger, la responsabilité contractuelle, s'en retrouvent renforcés par une certaine cohérence. Si la clause générale peut en effet avoir cette tendance tentaculaire à absorber tout le droit, le droit de la responsabilité contractuelle ne doit pas, lui, céder à ce mouvement, et risquer de devenir un droit « pot-pourri » de toutes les fautes commises à l'occasion de l'exécution du contrat. Mais à mesure que l'on se rapproche du cœur du contrat, de l'opération économique qu'il soutient, l'exclusion de la responsabilité délictuelle doit se faire plus forte, et plus définitive.

[1276] G. VINEY, « Pour une interprétation modérée et raisonnée du refus d'option entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (article 1458, deuxième alinéa du Code du Québec) », *Revue de droit de McGill*, 1994, p.813.

Chapitre II. L'exclusion fondée sur la différence fonctionnelle

314. Fonctions des dommages-intérêts contractuels et force de l'exclusion de la responsabilité délictuelle. Les dommages-intérêts contractuels ont cette particularité qu'ils sont tout à la fois un instrument de la responsabilité contractuelle, et un remède à l'inexécution du contrat. Ils se situent à la croisée de deux mondes, celui du contrat et celui de la responsabilité, et, bien que poursuivant une fonction propre, la compensation du dommage, peuvent, ce faisant, s'approcher de l'un ou l'autre. Lorsque la compensation d'un dommage survenu au sein de la « sphère » contractuelle s'approchera de l'objet même du contrat, à savoir offrir au créancier la satisfaction contractuelle de l'obtention de la prestation attendue du contrat, l'attraction du contrat se fera plus grande et l'exclusion de la responsabilité délictuelle plus définitive. L'exclusion de la responsabilité délictuelle au profit de la responsabilité contractuelle ne sera plus seulement justifiée par la nécessité d'assurer le respect des prévisions contractuelles au sens large, mais par la protection de l'objet même du contrat. Lorsqu'il s'agit d'octroyer au créancier contractuel un équivalent de ce qu'il attendait du contrat, l'aptitude de la responsabilité contractuelle à prendre en charge le dommage devient une compétence exclusive. Ainsi, lorsque les dommages-intérêts contractuels servent une fonction de satisfaction, la concurrence de la responsabilité délictuelle sera définitivement écartée d'une sphère réservée du contrat. L'exclusion ne se fera plus par la subsidiarité de la responsabilité délictuelle, mais par la délimitation d'un domaine réservé à la responsabilité contractuelle, et fondé sur l'existence d'une fonction propre aux dommages-intérêts contractuels.

315. Plan. Pour déterminer le champ de cette fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle, il nous faudra d'abord la définir (Section 1), avant d'en identifier les contours (Section 2).

Section 1. Définition de la fonction de satisfaction

316. Définition de la fonction de satisfaction. La fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle touche à l'objet du contrat, l'octroi des prestations attendues par le créancier, autant qu'elle vise la compensation des dommages subis. Elle peut en cela se confondre tant avec la réparation, que le paiement. Il nous faudra donc distinguer la satisfaction de ces autres fonctions, et exposer ce qu'elle n'est pas (§1), avant de définir ce qu'elle peut être (§2).

§1. Définition négative de la fonction de satisfaction

317. Distinction de la fonction de satisfaction du paiement et de la réparation. La fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle doit être distincte tant du paiement (A), que de la réparation (B).

A. Satisfaction et paiement

318. Notions de paiement et d'exécution. La démonstration de l'existence, au sein de la responsabilité contractuelle, de deux fonctions distinctes, est apparue pour la première fois très distinctement sous la plume de Jérôme HUET qui distingue alors la fonction de « paiement par équivalent », de la fonction de « réparation de dommages »[1277]. D'autres auteurs font référence à une fonction d'« exécution par équivalent »[1278] des dommages-intérêts contractuels, qui s'opposerait à la réparation du

[1277] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.*, spéc. n° 20 et suivants. L'auteur poursuit en distinguant deux types de droits dont peut bénéficier le créancier victime d'une inexécution : un « droit au paiement » et un « droit à réparation ».
[1278] V. not. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 1129. Cette expression a la faveur des auteurs ayant participé à la démonstration de l'inexistence de la responsabilité contractuelle, puisque selon eux les dommages-intérêts contractuels ont pour unique fonction d'exécuter par équivalent l'obligation contractuelle. V. not. Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op. cit.*, n° 1.

dommage. Derrière ces concepts de paiement et d'exécution par équivalent se trouve l'idée selon laquelle les dommages-intérêts attribués au créancier victime de l'inexécution d'une obligation contractuelle peuvent parfois remplir une fonction autre que celle de réparer un dommage, une fonction propre à la responsabilité contractuelle. L'utilisation des termes « paiement » et « exécution » entretient cependant une confusion. Dans le langage courant, payer peut signifier soit simplement donner une somme d'argent à son créancier[1279], soit plus largement le fait de s'acquitter d'une dette qui peut être également morale[1280], à l'égard d'un individu, de plusieurs, voire de la société tout entière[1281]. En droit, payer prend un sens particulier : payer c'est « Au sens technique, [l'] exécution d'une obligation, quel que soit l'objet de celle-ci […] »[1282]. Ainsi, en droit, payer, c'est exécuter son obligation, et inversement[1283]. Les deux termes sont juridiquement synonymes[1284]. Le paiement est ainsi présenté comme un mode naturel d'extinction des obligations par leur exécution[1285]. Et pour que le paiement soit parfait, et entraîne l'extinction de l'obligation, il faut nécessairement que soit livrée au créancier l'exacte prestation qu'il attendait du contrat, c'est-à-dire celle qui a été déterminée à la formation du contrat[1286]. Cette condition d'identité de l'objet du paiement avec l'objet de l'obligation prévue à la formation du contrat est indispensable pour que soit respecté parfaitement le principe de la force obligatoire des contrats[1287].

[1279] *Dictionnaire LE ROBERT*, 2016, *V°* « payer », sens I, 1 : « payer quelqu'un, lui remettre ce qui lui est dû ». Présenté comme synonyme de « rémunérer » ; sens II, 1 : « verser de l'argent ».
[1280] *Ibid*, *V°* « payer », sens II, 2 : « subir en compensation », synonyme du verbe « expier ».
[1281] V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1315. Les auteurs prennent l'exemple du condamné qui purge sa peine dont on dira souvent qu'il paye ainsi la dette qu'il a envers la société.
[1282] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique,* 15ème éd., PUF, 2024, *V°* « paiement », sens 2. Le sens 1 présente quant à lui le sens « courant » du terme, à savoir le versement d'une somme d'argent.
[1283] V.F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 1315. Les deux propositions y sont clairement affirmées à quelques lignes d'intervalle. D'une part, « Le paiement, […], n'est autre chose que l'exécution de celle-ci [l'obligation] », et d'autre part « Toute exécution d'une obligation est un paiement ».
[1284] V. not. R, LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé,* LGDJ, 1992, n° 434, p.348.
[1285] V. not. N. CATALA, *La nature juridique du payement,* thèse Paris, 1960, n° 241, p.329 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 1315 ; Ph. MALAURIE, L AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations,* 7ème éd., LGDJ, n° 1074
[1286] BIGOT DE PREAMENEU, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* vol.XIII, p.263 : « le paiement est réel lorsque le débiteur accomplit réellement ce qu'il s'est obligé de donner ou de faire », cité par O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat. Contribution à l'étude du contrat acte de prévision,* LGDJ, 2012, spéc. n° 86 et suivants. L'auteur s'attache à montrer qu'il ne peut y avoir exécution, et donc également paiement, que lorsque la prestation fournie « correspond en tout point à ce à quoi elles étaient engagées au terme du processus de formation » ; N. CATALA, *La nature juridique du payement, op. cit.*, spéc. p.258 : « le payement suppose une prestation conforme à l'objet de l'obligation ».
[1287] O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, op. cit.,* n° 92 et suivants, spéc. n° 93 : « […] la force obligatoire est respectée lorsque le réalisé correspond en tout point au formé ».

319. Dommages-intérêts contractuels et exécution. Au vu des définitions données du paiement et de l'exécution, les concepts d'exécution par équivalent et de paiement par équivalent interrogent. Dans chacune des propositions, les termes accolés apparaissent antinomiques puisque l'exécution ne sera parfaite et donc n'éteindra l'obligation que si elle correspond exactement à la prestation attendue du contrat, de même pour le paiement. Or le terme « équivalent » signifie justement que l'exécution ne porte pas directement sur la prestation prévue, mais sur son « équivalent », qui prendra ici la forme d'une somme d'argent[1288]. C'est en cela d'ailleurs que les auteurs distinguent et souvent hiérarchisent l'exécution en nature du contrat et l'exécution par équivalent[1289], seule la première étant à même d'octroyer au créancier ce qu'il attendait du contrat. Or si le créancier ne peut obtenir ce qu'il attendait du contrat, c'est que l'inexécution est définitive, et qu'il ne peut plus en toute logique y avoir exécution ou paiement[1290]. De nombreux auteurs s'accordent d'ailleurs pour affirmer que c'est dans ce cas seulement que le créancier pourra alors demander des dommages-intérêts, affirmant en ce sens une forme de « primauté » à l'exécution en nature[1291]. Comment alors ces dommages-intérêts pourraient-ils venir exécuter l'obligation, ou effectuer un

[1288] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique,* 15ème éd., PUF, 2024, *V°* « indemnité », sens 1 (présenté comme synonyme de « dommages-intérêts ») : « somme d'argent destinée à dédommager une victime […] » ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1129 : « il [le créancier] peut, dans tous les cas, obtenir un équivalent monétaire sous la forme de dommages-intérêts » ; C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé,* LGDJ, 2007, spéc. n° 365 et suivants : l'auteur y montre que la nature pécuniaire de l'indemnité s'explique par le fait que la monnaie soit tout d'abord un instrument d'évaluation, mais également un instrument de paiement. *Adde* V.*supra*, n° 216 pour un autre moyen de compensation discuté, la réparation en nature, qui ne relève pas alors d'une compensation par équivalent, en ce qu'elle ne vise pas la satisfaction du créancier, mais la réparation du dommage subi.

[1289] C'est même le titre du colloque annuel de la Revue des contrats qui s'est tenu le 14 octobre 2004 sur le thème « Exécution en nature, exécution par équivalent », dont les contributions sont rassemblées dans le numéro de février 2005, V. R*DC* 2005, n° 1, p.9 et suivantes. V. spéc. N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *RDC* 2005, n° 1, p.37 et suivantes. V° *infra*, n° 328 et s. pour une discussion sur la primauté de l'exécution en nature.

[1290] F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 594 : « […] il faut supposer ici que l'exécution en nature n'est plus possible, qu'il y a, d'ores et déjà, inexécution ; […] » ; O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat, op. cit.*, spéc. n° 110, 111 et 151 : L'auteur rappelle que les anciens articles 1146 et suivants du Code civil, relatifs aux dommages-intérêts, supposent une inexécution définitive, qui ne laisse donc plus aucune place à l'exécution forcée.

[1291] V. *infra,* n° 328 et s. ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 594 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.,* n° 1130 et suivants ; N.MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *op. cit.*, n° 7 et suivants ; G.VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », chapitre V, rapport français, in M.FONTAINE, G.VINEY. (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, Paris, LGDJ, 2001, p.167 ; E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle,* LGDJ, 2016, spéc. n° 266. *Adde,* pour une vision plus nuancée de cette primauté : Y.-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC* 2005, n° 1, p. 161

paiement ?[1292] Il nous est apparu qu'il fallait rejeter les dénominations d'exécution ou de paiement par équivalent[1293], sans pour autant abandonner l'idée selon laquelle les dommages-intérêts peuvent constituer un substitut à cette exécution.

B. Satisfaction et réparation

320. Exécution, réparation et négation de la responsabilité contractuelle. Notre travail vise à démontrer l'existence de deux fonctions qui coexistent au sein de la responsabilité contractuelle : une fonction de satisfaction du créancier[1294], et une fonction classique de réparation. La distinction entre ces deux termes n'a pas été abordée directement par la doctrine, qui parle volontiers, pour décrire cette fonction de satisfaction, de fonction de paiement ou d'exécution par équivalent. Elle a alors opposé ces deux notions, exécution et réparation, soit pour nier l'existence de la responsabilité contractuelle, soit pour en affirmer la dualité de fonctions. Si dans le langage courant, exécuter et réparer peuvent avoir un sens équivalent[1295], dans la langue juridique, la distinction se fait plus nette. En témoignent les définitions données par le Vocabulaire juridique : l'exécution serait « l'accomplissement, par le débiteur, de la prestation due ; [le] fait de remplir son obligation »[1296], et la réparation, elle, constitue le « dédommagement d'un préjudice par la personne qui en est responsable civilement

[1292] V. Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.*, spéc. n° 112 : « Ils [les dommages-intérêts] remplissent une *fonction de paiement*, mais ils ne sont pas un paiement ».
[1293] En ce sens, V. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation,* Sirey, 8ème éd., 2013, n° 172 : « l'exécution forcée n'a d'exécution que le nom » ; E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, op. cit.,* n° 264 et s., spéc. n° 271 à 278 : l'auteur démontre que l'exécution par équivalent est un « faux concept », reprenant ici les termes utilisés par Philippe RÉMY à l'égard de la responsabilité contractuelle, et impute ce qu'elle désigne comme une « confusion terminologique » à la naissance d'un autre concept inexistant, la « réparation en nature ». Par effet de miroir, réparation et exécution se seraient ainsi distinguées chacune entre deux modalités de mise en œuvre : en nature ou en équivalent, rendant la distinction entre exécution et réparation peu aisée ; Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.,* n° 109 et s : l'auteur retient l'existence d'une fonction de paiement de la responsabilité contractuelle, mais refuse le concept d'exécution par équivalent.
[1294] V. *infra,* n° 21
[1295] Cette proximité des définitions s'observe dans le langage courant. V. *Dictionnaire de français,* LAROUSSE, édition en ligne, *V°* « réparer », sens 1 : « exécuter les travaux, les opérations destinées à remédier à un dégât ». Où l'on voit que réparer un dommage, c'est plus largement exécuter une tâche particulière.
[1296] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique,* 15ème éd., PUF, 2024 *V°* « Exécution », sens 1.

[…] »[1297]. L'opposition entre exécution et réparation, d'autant plus tranchée lorsque l'obligation qu'il s'agit d'exécuter prend sa source dans un contrat, est très clairement affirmée par la doctrine[1298], et a pris un sens particulier à l'occasion du débat sur l'existence de la responsabilité contractuelle[1299]. Sous la plume de ces auteurs, la réparation ne peut renvoyer qu'aux effets de la responsabilité, délictuelle en l'occurrence, tandis que la notion d'exécution désigne la question de l'exécution du contrat, et des remèdes à son inexécution, auxquels ils rattachent la responsabilité contractuelle[1300]. Réparation et exécution s'opposent, et sous la plume des adversaires de la responsabilité contractuelle, cette opposition devient une véritable incompatibilité qui exclut l'existence d'une responsabilité contractuelle[1301].

321. Satisfaction et réparation : des finalités distinctes. Les concepts d'« exécution » et de « réparation » s'opposent surtout par leurs finalités. L'acte de réparer, en effet, s'inscrit dans le passé. Afin de remédier à un désordre présent, celui à qui on impute la charge de ce désordre aura pour consigne de remettre les choses en l'état, c'est-à-dire dans l'état dans lequel elles auraient été si le dommage n'avait pas eu lieu[1302]. C'est d'ailleurs dans ces exacts termes que la jurisprudence affirme de manière constante un principe primordial du droit de la responsabilité : le principe de réparation intégrale[1303]. Pour atteindre ce résultat, il faudra nécessairement prendre comme référence la situation qui était celle de la victime avant la réalisation du dommage ; c'est pourquoi on parle de rétablissement du *statu quo ante.* L'exécution

---

[1297] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique,* 15ème éd., PUF, 2024, *V°* « Réparation », sens 1, A.
[1298] Dans tous les manuels de droit des obligations, la question de la réparation est traitée dans des développements réservés à la responsabilité, qu'elle soit de nature délictuelle ou contractuelle – pour ceux qui ne nient pas l'existence de cette dernière – tandis que celle de l'exécution relève du contrat.
[1299] V. s*upra*, n° 169 et s. V. P. RÉMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC* 2005, n° 1, p.13. L'auteur montre les difficultés de cette distinction lorsque l'exécution du contrat n'est pas spontanée, et qu'il faut apporter une réponse, pour le créancier, à cette inexécution, notamment lorsque cette réponse prend la forme d'une somme d'argent. Dans ce cas, il est difficile de savoir si cette somme exécute par équivalent ou compense, c'est-à-dire répare.
[1300] Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations,* 7ème éd., LGDJ, 2015, p.625 : « L'exécution tend au paiement de la créance, la responsabilité tend à la réparation du préjudice ».
[1301] V. P. RÉMY-CORLAY, *op. cit.*, qui conclut à la nécessité de distinguer les deux concepts afin d'affirmer la fonction exclusive d'exécution des dommages-intérêts contractuels.
[1302] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique,* 15ème éd., PUF, 2024*, V°* « réparer », sens 1, A/ : « […] rétablissement de l'équilibre détruit par le dommage consistant à replacer, si possible, la victime dans la situation où elle serait si le dommage ne s'était pas produit […] ».
[1303] V. par exemple Civ.2ème, 28 octobre 1954, *préc.* Selon la Cour de cassation : « le propre de la responsabilité civile est de rétablir, aussi exactement que possible, l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu ».

d'une obligation contractuelle s'intéresse au contraire à l'avenir, à ce qui est en devenir, et vise un but distinct de la réparation : la satisfaction du créancier. En effet, l'exécution vise à concrétiser des aspirations, des prévisions cristallisées par les parties à la formation du contrat[1304] pour créer, et non pas restaurer, une situation avantageuse attendue par le créancier[1305]. Lorsque les dommages-intérêts contractuels sont tournés vers l'octroi au créancier d'un avantage attendu du contrat, ils ne peuvent exécuter au sens strict, même par équivalent, l'obligation contractuelle[1306], mais peuvent, par la compensation d'un dommage qui s'approcherait d'un tel état d'exécution, satisfaire le créancier. Lorsque les dommages-intérêts contractuels poursuivent une fonction de satisfaction, ils compensent le dommage que subit le créancier du fait de l'absence de prestation contractuelle en le plaçant dans une situation proche de celle qu'il espérait atteindre par le contrat. Il est donc essentiel de démêler, au sein de la responsabilité contractuelle, ce qui relève d'une fonction de satisfaction du créancier, de ce qui relève au contraire de la réparation d'un dommage.

§2. Définition positive de la fonction de satisfaction

322. Satisfaction, compensation et exécution en nature. La fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle ne se confond ni avec le paiement, ni avec la réparation. Lorsque les dommages-intérêts contractuels visent à satisfaire le créancier par l'octroi d'une somme d'argent, ils tendent à lui fournir un substitut à l'exécution du contrat (A). Cette fonction des dommages-intérêts contractuels apparaît compatible avec une autre sanction de l'inexécution du contrat, l'exécution en nature (B).

[1304] O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat. Contribution à l'étude du contrat acte de prévision, op. cit.*, spéc. n° 87 et 90. L'auteur montre que l'exécution est dans le Code civil et par la doctrine comme « la mise en œuvre fidèle de ce qui a été formé », et précise ensuite que « l'exécution n'est donc que l'accomplissement parfait de ce que l'on a formé, tout ce que l'on a formé mais rien que ce que l'on a formé ».

[1305] C'est en ces termes que souvent les auteurs distinguent la responsabilité contractuelle de la responsabilité délictuelle, considérant que si la responsabilité délictuelle vise à rétablir un *statu quo ante*, la responsabilité contractuelle elle vise à placer la victime, le créancier, dans la « situation projetée ». Sur ce point, V. A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel, op. cit.*, spéc. n° 34 : l'auteur affirme que « la responsabilité contractuelle est prospective et dynamique, alors que la responsabilité délictuelle est rétrospective et statique ». Nous montrerons que cette différence de fonctions ne sépare pas tant les deux régimes de responsabilité que les fonctions d'exécution, ou plutôt de satisfaction, et de réparation qui coexistent au sein même de la responsabilité contractuelle.

[1306] V. *supra*, n° 318 et s.

A. La fonction de satisfaction ou l'octroi d'un substitut à l'exécution

323. Dommages-intérêts compensatoires et satisfaction du créancier. Les dommages-intérêts contractuels, s'ils ont vocation à compenser le dommage, peuvent le faire en visant deux objectifs distincts : la satisfaction du créancier, ou la réparation d'un dommage.

324. La satisfaction, orientée vers le créancier. Qu'est-ce que la satisfaction si ce n'est le paiement ou l'exécution ? Les trois termes renvoient à une même réalité, celle où le créancier reçoit ce qu'il escomptait du contrat. Plus précisément, on découvre entre les divers termes une forme de relation de cause à effet : le paiement ou l'exécution d'une obligation ne produiront leur effet extinctif que si la prestation fournie est « conforme à son objet »[1307], ce qui se caractérise par un « état de satisfaction » du créancier[1308] qui s'apprécie de manière objective[1309]. Ainsi la cause de l'extinction, les moyens pour y parvenir sont l'exécution de la prestation, le paiement de l'obligation[1310], tandis que le but recherché est la « satisfaction objective »[1311] du créancier. La satisfaction ne s'intéresse non pas au débiteur de l'obligation, qui peut utiliser tous moyens pour parvenir à ce but, mais bien à son créancier, et donc à ce qu'il obtient[1312]. C'est pourquoi le terme de satisfaction apparaît adapté pour décrire les situations dans lesquelles les dommages-intérêts contractuels joueront le rôle de substitut à l'exécution, car la satisfaction vise spécialement l'effet produit sur le créancier par l'octroi des dommages-intérêts, et non l'effet pour le débiteur, ce qui permet de ne pas se focaliser sur l'extinction de l'obligation du débiteur, et de se rapprocher de l'objet poursuivi par les dommages-intérêts, la compensation du dommage.

[1307] N. CATALA, *La nature juridique du payement, op. cit.,* n° 178, p.259
[1308] *Ibid,* n° 179, p.260
[1309] *Ibid,* n° 179, p.260
[1310] Par le débiteur, voire par un tiers, V. *Ibid*, n° 181 et s., p.262 et s.
[1311] *Ibid*, n° 183, p.264 : « L'extinction de l'obligation est ici, plus que jamais, attachée à une satisfaction objective du créancier ».
[1312] V. Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.*, n° 109

325. Définition de la satisfaction du créancier. Le terme étant choisi, il nous faut définir cette fonction de satisfaction du créancier. Le terme satisfaction vient du verbe latin *satisfacere*, qui signifie « s'acquitter », et qui a donné la *satisfactio*, qui renvoie à l'« action de s'acquitter d'une dette »[1313]. La satisfaction évoque donc l'idée de remplir son obligation à l'égard d'un créancier. À partir de ce sens originel, le droit français lui a donné un sens particulier en droit des obligations. Le Vocabulaire juridique définit ainsi la satisfaction comme le « profit de la demande »[1314], ou encore l'« action d'exécuter une obligation, [le] paiement de la dette, [l'] accomplissement d'un devoir, [l'] acquittement, [l'] exécution »[1315], et plus spécifiquement comme « l'avantage qui résulte pour le créancier de l'exécution forcée de la dette »[1316]. Par extension « satisfactoire » s'entend de ce « qui est propre à donner satisfaction, à remplir quelqu'un de ses droits, suffisant ; [qui] se dit d'une offre d'indemnité, d'un mode de réparation »[1317]. Ainsi, la satisfaction pourrait s'apparenter à l'exécution d'une obligation, terme que nous avons rejeté en raison de son incompatibilité avec l'attribution de dommages-intérêts par nature compensatoires[1318], mais également à un mode de réparation[1319], ce dont nous essayons de la distinguer. C'est sur l'adjectif « suffisant » que nous nous arrêterons. En effet, la satisfaction du créancier sera acquise dès lors qu'il sera placé, par le biais de l'octroi de dommages-intérêts, dans la situation la plus proche possible de celle qui aurait été la sienne si le dommage ne s'était pas produit. Ce qui rejoint la définition du principe de réparation intégrale, autrement appelé « principe de l'équivalence entre dommage et indemnisation »[1320], et qui implique que « le propre de la responsabilité est de rétablir, aussi exactement que possible[1321], l'équilibre détruit par le dommage […] »[1322]. C'est bien l'idée de se

---

[1313] G. CORNU (dir.), *op. cit., V°* « satisfaction » et « satisfactoire » ; *Adde Dictionnaire latin-français,* GAFFIOT, 2016, *V°* « satisfacio », sens 1 : « satisfaire à, s'acquitter de, exécuter », sens 2 : « satisfaire un créancier »
[1314] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit., V°* « satisfaction », sens 1
[1315] *Ibid*, *V°* « satisfaction », sens 2
[1316] *Ibid, V°* « satisfaction », sens 3
[1317] *Ibid, V°* « satisfactoire ».
[1318] V. *supra*, n° 319.
[1319] Ce sens donné à la satisfaction est notamment très présent dans la théologie morale qui l'entend comme « la réparation de l'injure que nos péchés ont faites à Dieu et du tort qu'ils ont fait au prochain ». (Catéchisme du diocèse de Paris). V. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie,* PUF, coll. Quadriges, 10ème éd.
[1320] G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, LGDJ, 3ème éd., 2011, n° 57. Nous préférerons cette seconde dénomination en ce qu'elle permet d'englober les fonctions de satisfaction et de réparation des dommages-intérêts contractuels.
[1321] C'est nous qui soulignons ici.
[1322] *Ibid*, n° 57

rapprocher le plus possible de la situation dans laquelle le contrat aurait été exécuté qui est à l'œuvre, et non l'exécution parfaite du contrat.

326. Équivalence et substitut à l'exécution. L'idée d'équivalence implique bien que les dommages-intérêts doivent être évalués de manière à procurer au créancier l'exact équivalent de la prestation attendue, à défaut d'obtenir son exacte exécution. Plus largement, les dommages-intérêts doivent placer le créancier dans une situation équivalente à la correcte exécution du contrat, ce qui implique, nous le verrons, que leur montant n'est pas forcément strictement égal à la valeur de l'avantage attendu[1323]. Ce type de dommages-intérêts vient donc compenser le dommage consistant dans le fait de n'avoir pas obtenu la prestation escomptée, en octroyant au débiteur un substitut à l'exécution[1324]. On pourra évoquer à ce titre l'exemple des droits anglais et allemand, qui parlent respectivement de *substitutive damages* ou encore de *substitutionary damages* pour le premier, évoquant ainsi l'idée de dommages-intérêts venant réaliser une « forme d'exécution forcée par substitution »[1325] et de *Schadenersatz statt der Leistung*[1326] pour le second, ce qui signifie littéralement « dommages-intérêts au lieu de la prestation » ou « en lieu et place de la prestation »[1327]. Dans les trois expressions, on peut entrevoir l'idée de dommages-intérêts venant octroyer une forme de substitut à l'exécution, sans jamais accomplir l'exécution parfaite de l'obligation.

327. Les obligations de somme d'argent. Il faut réserver un sort particulier aux obligations de sommes d'argent, puisque pour celles-ci, l'exécution par équivalent, c'est-à-dire l'octroi d'une somme d'argent équivalente à ce qui était attendu du contrat, aboutira à une exécution parfaite, en nature, de l'obligation[1328]. Il n'y a donc pas de

---

[1323] V. *infra,* n° 361 et s.
[1324] C'est le sens même de la compensation, V. M.-È. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation,* Paris, 1974, spéc. p.267 : « La notion de compensation implique une certaine équivalence entre l'avantage perdu et l'avantage alloué à titre de remplacement ».
[1325] S.A. SMITH, *Contract theory,* Oxford, OUP, 2004, spéc. p.421, cité par Z.JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.,* n° 124.
[1326] §280, al.1er, *BGB.*
[1327] V. Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.,* n° 127 et s. qui utilise d'ailleurs une dénomination similaire.
[1328] F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 594 : les auteurs excluent les obligations de sommes d'argent des cas où la réparation en argent aboutit à satisfaire le créancier différemment de ce qu'il avait voulu à la formation du contrat ; G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », in *Le contrat au début du XXIème siècle : études offertes à Jacques Ghestin,* Paris, LGDJ, 2001, p. 920 et s., spéc. n° 11 : l'auteur affirme que concernant les obligations de payer une somme d'argent, « il n'y a pas de différence entre l'exécution et la réparation de la perte pécuniaire résultant du non-paiement lui-même […] ».

distinction, pour ce type d'obligation, entre exécution par équivalent et exécution en nature[1329], et c'est nécessairement et uniquement en nature que pourra se réaliser l'exécution. Notre intérêt se portera donc ici essentiellement sur les obligations autres que celles de sommes d'argent.

B. La compatibilité de la fonction de satisfaction avec l'exécution en nature

328. Affirmation d'un droit à l'exécution en nature. L'objection principale que l'on pourrait formuler à l'encontre de l'existence d'une fonction satisfactoire des dommages-intérêts est la suivante : affirmer que les dommages-intérêts peuvent remplir une fonction proche de l'exécution reviendrait à nier la primauté de l'exécution en nature[1330]. Le respect de la force obligatoire du contrat implique en effet que le contrat fasse loi pour les parties[1331], et que chacune puisse, en cas d'inexécution de son ou ses obligations contractuelles par l'une des parties, en demander l'exécution forcée[1332], c'est-à-dire l'exécution en nature[1333]. En effet, le paiement ou l'exécution ne peuvent être parfaits que si la prestation délivrée correspond exactement à ce qui était prévu au contrat, et c'est seulement à cette condition que le principe de la force obligatoire du contrat serait préservé[1334]. Il ne peut donc en principe y avoir de réelle

---

[1329] V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op.cit*, spéc. n° 1109 : « Non seulement l'exécution forcée en nature est toujours possible, mais elle est la seule possible. Il ne peut y avoir d'autre équivalent de l'argent que l'argent » ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation,* Sirey, 9ème éd., n° 157, spéc. p.149 ; *Adde* Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat,* LGDJ, 2014, spéc. n° 15, note 2.

[1330] V. not. E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, op. cit.,* n° 266 et 267 et s., pour qui la qualification d'*exécution par équivalent* remettrait en cause la primauté de l'exécution en nature, et serait ainsi une « qualification nuisible ».

[1331] Article 1103 du Code civil, ancien article 1134, al 1er ancien du Code civil : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

[1332] C'est à dire une exécution ordonnée par le juge. V. G. CORNU (dir), *Vocabulaire juridique,, op. cit., V°* « exécution forcée » ; Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.*, n° 15.

[1333] V. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.,* n° 15 : « L'exécution forcée a lieu en nature si le débiteur est condamné à fournir l'objet précis de la prestation convenue ».

[1334] Pour le lien entre force obligatoire du contrat et exécution : O. PENIN, *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, LGDJ, 2012, n° 92 et suivants, spéc. n° 93 ; G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *op. cit.*, spéc. n° 16 : « […] le droit à l'exécution est l'effet le plus direct du principe de la force obligatoire du contrat ». V. *contra* Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.,* n° 17 et s. et « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC* fév.2005, p.161, spéc. p.165 à176.

exécution qu'en « nature », seule à même de parfaitement satisfaire le créancier. Il en découle, pour de nombreux auteurs, un véritable droit à l'exécution du contrat, qui impliquerait que le créancier puisse exiger de son débiteur une exécution en nature sans que ce dernier, ni le juge, ne puissent s'y opposer ou lui préférer les dommages-intérêts, du moins tant que cette exécution n'est pas impossible[1335]. La jurisprudence, après avoir hésité sur le sens à donner à l'article 1142 ancien du Code civil[1336] est venue confirmer cette position[1337], aujourd'hui également affirmée par de nombreux textes européens[1338] ainsi que par la réforme du droit des obligations issue de l'ordonnance du 10 février 2016[1339].

[1335] Ce qui concerne essentiellement les cas où l'exécution forcée en nature porterait une atteinte directe à la liberté de la personne du débiteur. V. not. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 1114 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 3. Le rapport d'obligation,* Sirey, 9ème éd., n° 157. La question de la limite de l'abus de droit de la part du créancier est en revanche très discutée, refusée par certains pour qui le créancier qui réclame son dû ne peut jamais commettre d'abus, tandis que pour d'autres certaines situations d'exécution en nature sont caractéristiques d'un abus de droit et ne devraient pas aboutir. En faveur de l'abus de droit, V. not. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 440 pour qui le créancier peut être amené dans certains cas à abuser de son droit de créance. Tel était le cas, selon les auteurs dans la célèbre affaire des pompistes, V. Pau, 15 fév.1973, JCP 1973.II.17584 ; G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *op. cit.*, p.167 et s., spéc. n° 17. *Contra* Com., 10 juillet 2007, *GAJC,* t.2, *op. cit*., n° 192 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations,* 8ème éd., n° 459, p.257 ; T. GENICON, « Contre l'introduction du « coût manifestement déraisonnable » comme exception à l'exécution forcée en nature », *Droit et patrimoine*, n° 240, p.63 à 66.

[1336] « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ». La plupart des auteurs s'accordent aujourd'hui sur une lecture nuancée de cette règle, qui n'interdit pas l'exécution en nature, et au contraire pourrait en signifier la primauté. V. not. P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires,* Kluwer 1993 ; G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », *op. cit.*, p.167 et s. Cet article a disparu depuis l'ordonnance du 10 février 2016, puisque la réforme ne fait plus la distinction tripartite entre obligation de faire, de ne pas faire et de donner.

[1337] « La partie envers laquelle un engagement contractuel n'a pas été exécuté a la faculté de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque celle-ci est possible », V. not. Civ.1ère, 16 janvier 2007, *D.* 2007, p.2966, chron. B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.* 2007, p.342, obs. J. MESTRE et B. FAGES, *RDC* 2007/3, p.719 obs D. MAZEAUD et p.741 obs. G. VINEY ; *JCP* 2007.I.161, n° 6, obs. M. MEKKI.

[1338] V. article 7.2.2, *Principes Unidroit,* qui concerne l'exécution des obligations non pécuniaires et dont le commentaire précise qu'il pose un véritable droit à l'exécution ; articles 9 :101 (1) et 9 :102 (1) des *Principes du droit européen des contrats*.

[1339] Article 1221 du Code civil : « 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 ». Le projet de réforme retient une limite supplémentaire, celle de la « disproportion manifeste » qui renvoie en réalité au cas de l'abus de droit évoqué précédemment. Pour une critique de cette disposition, V. Y.-M. LAITHIER, « Le droit à l'exécution en nature : extension ou réduction ? », in : Réforme du droit des contrats et pratique des affaires, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2015, p.97 et s. ; M. MEKKI, « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. pal,* 30 avril 2015, p.37 et « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D*. 2016.494

329. Rejet de l'obstacle de la prétendue primauté[1340] de l'exécution en nature. De ce droit à l'exécution, de nombreux auteurs ont tiré un principe de primauté de l'exécution en nature. Cette primauté n'est pourtant pas si évidente[1341]. Pour qu'il y ait une hiérarchie entre les sanctions de l'inexécution du contrat, il faudrait que le juge, voire le débiteur puisse imposer au créancier cette exécution en nature, et que cela ne relève pas de son seul choix. Or ce n'est pas le cas en droit français, où le créancier dispose en principe d'un véritable choix[1342], sauf les cas où l'exécution est impossible, ou encore depuis 2016 « disproportionnée », ce qui implique un simple pouvoir modérateur du juge[1343]. On ne peut donc déduire du principe de la force obligatoire du contrat une primauté de l'exécution en nature[1344], qui justifierait de ne pas reconnaître de fonction spécifique de satisfaction aux dommages-intérêts. Si le principe de la force obligatoire du contrat nous dit que le contrat s'impose aux parties et doit en principe être exécuté, il ne dicte pas la sanction à retenir en cas d'inexécution. Dès lors que toute inexécution est suivie d'une sanction, alors la force obligatoire est indemne, peu importe que cette sanction de la force obligatoire prenne la forme de dommages-intérêts[1345]. C'est ce qui peut d'ailleurs expliquer la jurisprudence relative aux promesses unilatérales de vente auxquelles la Cour de cassation a refusé avec obstination l'exécution forcée en nature[1346]. Si cette jurisprudence est évidemment

---

[1340] Selon les termes employés par Y.-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *op. cit.*

[1341] *Contra*, v. not. Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.,* n° 52.

[1342] V. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, *3. Le rapport d'obligation,* n° 157 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 1129. La jurisprudence va dans ce sens : V. Civ.1ère, 9 juill.2003 (sur l'absence de pouvoir du juge d'imposer au créancier l'exécution en nature), *JCP* G 2004.I.163, n° 6, obs. G. VINEY, ; *RTD civ.* 2003.709, obs. B. FAGES et J.MESTRE ; Civ.3ème, 28 sept.2005 (le débiteur, responsable du dommage, ne peut imposer au créancier la réparation en nature du préjudice subi), *JCP* 2006, II, 10010, note C. NOBLOT.

[1343] Cette idée de choix laissé au créancier, encadré par une limite de proportionnalité et de caractère raisonnable de la mesure, se retrouve dans les *Principes du droit européen des contrats*, articles 9 :101 et 9 :102.

[1344] Y.-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *op. cit.*, p.172 à 177 : l'auteur démontre l'absence de primauté légale de l'exécution en nature fondée sur l'article 1134, al 1 er du Code civil.

[1345] *Ibid,* spéc. p.175 « ce que l'article 1134 « fonde », c'est seulement l'exigence d'une sanction […] » ; *Adde* J.-P. GRIDEL, Y.-M. LAITHIER, « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *JCP G* 2008, I, 143, spéc. n° 16 à 19

[1346] Civ.1ère, 15 déc.1993, *D.*1994, p.230, obs. O. TOURNAFOND ; *Defrénois* 1994, p.795, Ph. DELEBECQUE ; *JCP G* 1995, II, 22366, obs. D. MAZEAUD ; Civ.3ème, 27 mars 2008, *RTD civ.* 2008, n° 3, obs. B. FAGES; Civ.3ème, 11 mai 2011, *D.* 2011, p. 1457, obs. D. MAZEAUD et p.1460, obs D. MAINGUY. Le visa de l'article 1134 du Code civil choisi par la Cour dans ces deux arrêts peut être compris comme venant au fondement de l'absence de conclusion du contrat en raison de l'absence de rencontre des volontés, mais il peut également signifier que la sanction choisie des dommages-intérêts assure le respect de la force obligatoire du contrat.

critiquable au regard de la possibilité aujourd'hui reconnue au créancier de choisir la sanction adaptée, on ne peut en revanche pas dire qu'elle avait pour objet ou pour conséquence de nier la force obligatoire du contrat, puisque celle-ci reste assurée par l'octroi de dommages-intérêts contractuels[1347]. Par ailleurs, l'admission d'une fonction satisfactoire des dommages-intérêts contractuels, que de nombreux auteurs qualifient d'exécution par équivalent, ne fait pas véritablement concurrence à l'exécution en nature en ce que seule cette dernière restera à même de procéder au véritable paiement de l'obligation, et donc à son extinction, les dommages-intérêts n'ayant par essence pour objet que de compenser un dommage[1348], ici l'inexécution.

330. L'exécution en nature comme preuve de l'existence de la fonction de satisfaction. C'est en réalité l'existence même de cette exécution forcée en nature, ou plutôt sa concurrence avec la sanction des dommages-intérêts contractuels, qui nous fournit un indice quant à l'existence d'une fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle. Si les dommages-intérêts contractuels avaient en effet pour fonction exclusive la réparation des dommages découlant de l'inexécution d'une obligation contractuelle, alors ils ne pourraient intervenir que comme sanction complémentaire aux sanctions principales, notamment à l'exécution forcée du contrat, et la question de l'articulation de ces deux sanctions se poserait alors en termes de complémentarité et non de concurrence. Or, non seulement les dommages-intérêts peuvent intervenir, en droit positif, à titre de sanction principale[1349], mais en outre, dans ce cas, ils ont été souvent présentés comme une sanction concurrente à l'exécution en nature. Or il ne

---

[1347] Un arrêt semble attester de cette idée selon laquelle les dommages-intérêts sont une sanction de l'inexécution et sont donc au service de la force obligatoire du contrat, V. Civ.3ème, 27 mars 2008, *RTD civ.* 2008, n° 3, obs. B. FAGES. Dans cet arrêt, au troisième moyen, la Cour censure, au visa des articles 1134 et 1589 du Code civil, la Cour d'appel qui avait déduit de la rétractation du promettant la caducité de la promesse. Or une telle sanction ne peut être admissible puisqu'elle aurait pour conséquence de donner plein effet à la rétractation du promettant sans qu'il n'encoure aucune sanction, ce qui aboutirait à une violation de la force obligatoire de la promesse. Le double visa des articles 1134 et de 1589 est là pour rappeler que ce type de contrat a une force obligatoire, quand bien même, comme la jurisprudence ultérieure le rappellera, elle n'est sanctionnée que par des dommages-intérêts. *Adde,* N. MOLFESSIS, « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *op. cit.,* spéc. n° 11 à 13 : l'auteur nuance cette idée en affirmant que les dommages-intérêts présentent un caractère dissuasif bien trop faible pour permettre une d'assurer une quelconque forme de sécurité juridique, et donc la force obligatoire du contrat.

[1348] V. *supra*, n° 181 et s.

[1349] La place des dommages-intérêts contractuels comme sanction principale de l'inexécution du contrat a été réaffirmée tant dans le nouvel article 1217 du Code civil, qui présente les différentes sanctions à l'inexécution du contrat, parmi lesquelles le fait de « demander réparation des conséquences de l'inexécution », et qui précise ensuite qu'en outre les dommages-intérêts se cumulent avec toutes les autres sanctions, que dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile rendu public le 29 avril 2016.

peut y avoir concurrence que si ces deux sanctions remplissent une fonction similaire, celle de satisfaire le créancier en lui procurant l'avantage attendu au contrat[1350].

331. Conclusion de section. La fonction de satisfaction du créancier se définit comme une fonction opposée, mais complémentaire à la fonction de réparation de la responsabilité contractuelle. Animée d'une logique prospective, elle vise à placer le créancier contractuel dans une situation proche de celle d'une correcte exécution du contrat, et non à restaurer, dans une logique rétrospective propre à la réparation, un état antérieur au dommage. Mais elle ne peut pour autant exécuter l'obligation contractuelle, ni effectuer un « paiement » libératoire. Les dommages-intérêts, parce qu'ils ne peuvent viser qu'à compenser le dommage, en atténuer la présence par l'octroi d'une somme d'argent[1351], se présentent, pour le créancier, comme un substitut à l'exécution du contrat. Parce qu'ils ne visent plus la réparation, les dommages-intérêts contractuels sont ici mis en œuvre dans le cadre d'un domaine exclusif de toute concurrence des dommages-intérêts délictuels, qu'il faut dès lors identifier.

Section 2. Identification de la fonction de satisfaction

332. Identification des dommages-intérêts comme substitut à l'exécution. Pour identifier la fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle, il nous faut nous concentrer sur les dommages-intérêts contractuels, et ce qu'ils cherchent à compenser. Les dommages-intérêts peuvent remplir une fonction de satisfaction du créancier en se proposant comme substitut à l'exécution de l'obligation violée. Un substitut est, dans le langage courant, « ce qui tient lieu d'autre chose, ce qui remplace, joue le même rôle »[1352]. Les dommages-intérêts contractuels indemnisent, compensent un dommage, et en matière contractuelle cette compensation peut tendre à remplacer l'exécution de l'obligation, sans pouvoir être réellement l'exécution. En ce sens, ils constituent non

[1350] Pour des développements approfondis de cette question, V. Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.*, spéc. n° 81 et s.
[1351] Sur cet objectif de compensation, v. *supra*, n° 181 et s.
[1352] Le Petit Robert de la langue française, 2016, *V°* « substitut », sens 2.

pas un mode d'exécution de l'obligation, mais bien un substitut à cette exécution[1353]. Pour identifier cette fonction particulière des dommages-intérêts au sein du droit positif, il nous faut adopter une démarche que l'on pourra qualifier de pragmatique[1354], qui se concentrera sur l'étude de la mesure, et donc de l'évaluation des dommages-intérêts contractuels, dans la jurisprudence et dans les textes de loi, afin d'identifier et analyser les situations pour lesquelles l'octroi de dommages-intérêts s'apparente à un substitut à l'exécution. Nous partirons donc des effets de la responsabilité, pour découvrir la fonction poursuivie par les dommages-intérêts, et remonter à la fonction jouée par la responsabilité elle-même[1355]. Ainsi à partir de la réponse donnée par les juges à la question « à combien suis-je condamné ? », nous pourrons répondre à celle de savoir « à quoi suis-je condamné ? »[1356]. Cette partie sera la plus délicate étant donné le peu d'intérêt qu'a suscité, et que suscite encore cette problématique tant chez le législateur, qu'en doctrine et même dans la jurisprudence[1357].

333. Conditions de l'action en responsabilité. Avant de se concentrer sur le dommage et le lien de causalité, respectivement critère principal (§2) et critère

---

[1353] Une nuance a été apportée sur ce point par la thèse de Zoé JACQUEMIN qui note que les dommages-intérêts sont un substitut à l'exécution corrective et non primitive. En effet, ils viennent remplacer ce que le créancier aurait pu obtenir par l'exécution forcée en nature, et non pas exactement ce qui était promis. Cette idée est appuyée par la date d'évaluation des dommages-intérêts, qui se fait au jour où le juge statue, et non au regard de la date de conclusion du contrat, ni de celle à laquelle l'exécution était due. Ainsi, les dommages-intérêts sont évalués en fonction de ce que le créancier aurait pu obtenir par une exécution corrective, au jour du jugement, et non au regard de l'exécution initialement promise. V. Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.*, n° 167 et s.

[1354] V. N. CAYROL, « Avant-propos », in N. CAYROL (dir.), *La notion de dommages-intérêts*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2016, spéc. p.7. L'auteur expose la méthode qui a inspiré la publication de cet ouvrage collectif, le pragmatisme, dont il emprunte la définition à William James : « C'est l'attitude qui consiste à se détourner des choses premières, des principes, des « catégories », des nécessités supposées, pour se tourner vers les choses dernières, les fruits, les conséquences, les faits », W. JAMES, *Le pragmatisme,* trad. N.FERRON, Flammarion, 2010, p.107.

[1355] A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.,* spéc. n° 32 : pour l'auteur, cette démarche pragmatique est une particularité du droit français, qui implique de déduire la fonction des dommages-intérêts contractuels, et donc de la responsabilité contractuelle, de la mesure de ces dommages-intérêts. *Adde* Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.,* spéc. n° 65, p. 94 et 95 : l'auteur insiste au contraire sur les divergences entre le droit français et la *common law* sur ce point. L'approche du droit anglais qui se concentre sur les questions pratiques soulevées par l'octroi de dommages-intérêts se focalise plus à l'intérêt du créancier qui doit être protégé, permettant ainsi de dresser une « typologie des intérêts du créancier susceptibles d'être protégés en cas d'inexécution ».

[1356] V. N. CAYROL, *op. cit.*, p.5

[1357] V. P.J OURDAIN, « Les dommages-intérêts alloués par le juge. Rapport français », in M. FONTAINE, G. VINEY, (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé, op. cit.,* n° 2, p.264 ; G. VINEY, « Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité civile », *JCP G,* 2016, n° 4, doctr.99, spéc. n° 35 et s. : l'auteur déplore le manque d'intérêt en droit positif pour cette question et rappelle la nécessité pour les projets de réforme de s'en emparer. V. cependant récemment M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.* ; H. GUIZIOU, *La réparation du dommage, Contribution à l'étude de la hiérarchisation des intérêts, op. cit.*

accessoire (§3) d'identification de la fonction de satisfaction, il faudra rejeter le critère du fait générateur (§1).

§1. Le fait générateur, un critère inopérant

334. Le fait générateur, un critère retenu par les promoteurs de la fonction de paiement et d'exécution par équivalent. Le fait générateur de la responsabilité contractuelle, l'inexécution d'une obligation contractuelle, est souvent présenté comme le critère principal de distinction entre les régimes contractuel et délictuel de responsabilité. Mais il est également au centre des théories doctrinales visant à démontrer l'existence d'une fonction particulière des dommages-intérêts contractuels, fonction dite d'exécution par équivalent, ou fonction de paiement, soit pour les dépouiller de leur véritable nature et les ramener au rang de remède à l'inexécution du contrat[1358], soit pour déterminer les frontières d'un domaine réservé du contrat, insusceptible de subir la concurrence de la responsabilité délictuelle. C'est dans cette seconde perspective que nous nous trouvons. Le fait générateur de responsabilité se retrouve ainsi au centre de la thèse développée par Jérôme HUET, qui développe l'idée d'une dualité de fonctions de la responsabilité contractuelle, entre paiement et réparation[1359]. Le fait générateur apparaît comme un élément important d'identification de cette fonction de paiement. Dès la définition qui est donnée, dans un chapitre préliminaire, de chacune des fonctions, on en perçoit l'importance. La fonction de paiement est ainsi définie comme celle qui permet de « fournir au créancier de l'obligation inexécutée une compensation pour la perte des avantages attendus de la

[1358] En effet, la volonté de ces auteurs est de purger le contenu du contrat de toutes les obligations dites accessoires qui sont venues se greffer au contrat, principalement du fait de la jurisprudence, et qui correspondraient en réalité à des devoirs généraux relevant de la responsabilité délictuelle. Pour définir la fonction exclusive d'exécution par équivalent, les auteurs s'appuient sur une redéfinition stricte du contenu contractuel. Les dommages-intérêts contractuels ne doivent alors intervenir que lorsque c'est une obligation strictement contractuelle qui est violée, c'est-à-dire celle qui correspond aux avantages attendus du contrat par les parties, et à laquelle les parties ne pourraient prétendre sans l'existence du contrat V. Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op. cit.,* spéc. n° 19 ; Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.,* spéc. n° 808 ; V. *supra*, n° 17.
[1359] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.*

convention »[1360], et illustrée par divers exemples[1361]. Une énumération non exhaustive ne vise que les obligations spécifiquement nées du contrat ; ce qui définit la fonction de paiement, c'est donc bien la nature de l'obligation inexécutée. Il faut ainsi pouvoir déterminer le contenu spécifique du contrat, et isoler en son sein ce que l'auteur nomme le « plus contractuel », c'est-à-dire ce qui n'existe que par la conclusion du contrat, et ne correspond pas à l'absorption par le contrat d'un devoir de portée générale[1362].

335. Le fait générateur, un critère inopérant. Or, si le fait générateur est un critère inopérant pour distinguer, à lui seul, le domaine contractuel du domaine délictuel[1363], il est tout aussi impuissant à déterminer les contours d'une fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle, souffrant des mêmes incertitudes relatives à l'identification d'obligations « strictement contractuelles »[1364]. Par ailleurs, si le fait d'insister sur le fait générateur, et donc sur l'obligation dont la violation est source de dommage, sert l'idée d'un paiement ou d'une exécution par équivalent de cette obligation, nous avons déjà écarté l'idée même de dommages-intérêts contractuels qui viseraient à payer ou exécuter par équivalent l'obligation inexécutée. Lui substituer le critère du dommage, c'est alors se concentrer sur les effets de la responsabilité, et sur une fonction de satisfaction du créancier poursuivie par les dommages-intérêts contractuels.

336. Le fait générateur, un critère insuffisant. Outre son caractère inopérant, le fait générateur, quand bien même il pourrait être utile, est, pris isolément, insuffisant. La seule identification des obligations strictement contractuelles ne permet en effet pas de définir le domaine de la fonction de satisfaction. Cette méthode laisserait en effet de côté toute une partie de la réalité pour laquelle, malgré la nature strictement contractuelle de l'obligation violée, les conséquences de cette inexécution sont autres que la seule insatisfaction du créancier[1365]. Jérôme HUET avait déjà mis en évidence

---

[1360] *Ibid*, spéc. n° 25.
[1361] Sont ainsi du domaine de la fonction de paiement : les malfaçons affectant une construction, la détérioration de la chose déposée, la non-conformité de la chose vendue. V. *Ibid*, spéc. n° 29.
[1362] *Ibid*, n° 299 et s.
[1363] V. *supra*, n° 270 et s.
[1364] Sur ce point, v. *supra*, n° 272 et s.
[1365] V. *infra*, n° 220 et s. *Adde* not. G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *op. cit.* , spéc. n° 14. L'auteur fournit des exemples de situations pour lesquelles le dommage est dit consécutif, en ce qu'il ne correspond pas à la stricte différence entre le promis et le reçu, mais provient directement de l'inexécution d'une obligation strictement contractuelle.

ce phénomène lorsqu'il distinguait entre deux types de dommages pouvant découler de l'inexécution, le dommage strictement contractuel et les autres suites de l'inexécution, refusant de se laisser aller à la tentation de dire que lorsque la violation de l'obligation contractuelle conduit à causer des dommages plus secondaires, cela s'expliquait forcément par le fait qu'elle était doublée d'un devoir général[1366]. Ainsi, c'est finalement le type de dommage, strictement contractuel ou non, qui déterminera si l'on se trouve dans le cadre de la fonction de paiement[1367] ou de réparation[1368]. Derrière la plupart des théories doctrinales qui mettent en avant le fait générateur, c'est souvent, en transparence, le dommage que l'on aperçoit[1369]. En effet, on retrouve chez la plupart de ces auteurs une assimilation, plus ou moins explicite, et souvent non volontaire, entre violation d'une obligation strictement contractuelle et dommage intrinsèque d'un côté, et inexécution d'une obligation accessoire au contrat et dommages extrinsèque d'un autre côté. Or nous verrons que les choses peuvent être plus complexes.

§2. Le dommage, critère principal d'identification de la fonction de satisfaction

337. Critère de délimitation de la fonction de satisfaction. Découvrir la consistance particulière du dommage auquel correspond la fonction de satisfaction permettra de délimiter le domaine de cette fonction propre à la responsabilité contractuelle. Le dommage constitue un critère de délimitation du domaine de la fonction de satisfaction. La délimitation du domaine de cette fonction propre à la responsabilité contractuelle permettra de tracer une frontière, nette et définitive cette fois, entre non plus le contrat et le délit, mais entre un domaine réservé de la responsabilité contractuelle, dont sera

---

[1366] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.,* spéc. n° 660 : « On serait tentés de dire que le manquement à l'obligation particulière devient, par ses conséquences secondaires, la violation d'un devoir de portée générale ».

[1367] Et en conséquence, si les tiers peuvent agir contre le débiteur défaillant, puisque c'est l'objet de la démonstration de Jérôme HUET dans cette partie.

[1368] L'auteur insiste sur le fait que les critères doivent être utilisés de manière successive : d'abord déterminer si l'obligation inexécutée est strictement contractuelle, puis identifier la nature du dommage causé. V. J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit*, spéc. n° 661. *Adde* M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, op. cit.,* spéc. n° 74 : l'auteur va dans le sens d'une combinaison des critères du fait générateur et du dommage qui en découle.

[1369] V. not. J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit*, spéc. n° 661, M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, op. cit.,* spéc. n° 74 ; Ph. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *op. cit*., spéc. n° 21 et s., qui insiste sur le désordre causé par la réparation du dommage corporel, et son impact sur la frontière entre délit et contrat.

exclue systématiquement la responsabilité délictuelle, et un domaine partagé entre les deux régimes.

338. Identification du dommage caractéristique de la fonction de satisfaction. Pour déterminer l'existence de la fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle, il nous faut identifier la consistance du dommage spécifique à cette fonction (A), pour vérifier, en droit positif, la réalité de l'indemnisation de ce dommage (B).

A. La consistance du dommage

339. Critère d'identification de la fonction de satisfaction. Les fonctions de satisfaction et de réparation de la responsabilité contractuelle se caractérisent l'une et l'autre par la finalité poursuivie par les dommages-intérêts lorsqu'ils compensent le dommage. Les dommages-intérêts, nous l'avons dit, s'ils compensent toujours les effets d'une situation dommageable, peuvent le faire en visant la réparation du dommage subi par le créancier, ou bien en visant la satisfaction de celui-ci. Ce qui diffère entre les deux situations est donc bien le type de dommage réparé, et la question centrale est alors celle de la consistance du dommage, c'est-à-dire celle de savoir ce que réparent les dommages-intérêts, et non seulement celle de son existence ou de sa preuve. Certains auteurs ont d'ailleurs pointé du doigt l'insuffisance du critère de l'absence de dommage pour analyser la jurisprudence *Bolmont*[1370] comme une reconnaissance de la théorie de l'exécution par équivalent, et ont insisté sur la nécessité de s'intéresser à la consistance du dommage pour pouvoir aboutir à cette conclusion[1371].

340. Fonction de satisfaction et typologie des dommages. Les contours du dommage « strictement contractuel » sont souvent dessinés par association avec certains types de

[1370] Sur cette jurisprudence et la question du dommage comme condition de l'action en responsabilité contractuelle, v. *supra*, n °189 et s.
[1371] V. not. É. SAVAUX, R.-N. SCHÜTZ, « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs. Réflexions à partir du contrat de bail », *op. cit.*, spéc. n° 15 : « […] l'octroi des dommages-intérêts sans préjudice ne correspond pas nécessairement à une exécution par équivalent. Cela n'est vrai que si leur montant est effectivement à la mesure de l'avantage que le créancier attendait du contrat ». Ils mettent ainsi en lumière l'importance de la consistance du dommage comme critère d'identification de cette fonction de paiement, et l'insuffisance de celui de l'existence du préjudice.

dommages : il correspondrait à l'intérêt positif d'une part, au dommage « intrinsèque » ou « consubstantiel » d'autre part. Nous avons voulu mettre le dommage caractéristique de la fonction de satisfaction à l'épreuve d'une telle typologie variée des dommages, pour mieux en esquisser les contours. Nous le confronterons tout d'abord à la distinction faite par la doctrine entre intérêt positif à l'exécution du contrat, et négatif à la non-conclusion du contrat (1), puis à celle entre dommages intrinsèque et extrinsèque (2), et enfin à celle entre dommages consécutifs et prévisibles (3).

1. Intérêt positif et intérêt négatif

341. Satisfaction et compensation de l'intérêt positif. Nous avons déjà exposé la distinction entre intérêt positif et intérêt négatif[1372]. L'intérêt positif étant défini par JHERING comme l'intérêt qu'a celui-ci à l'exécution satisfaisante du contrat[1373], sa compensation aura nécessairement pour but de placer le créancier dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté[1374]. Les dommages-intérêts qui servent la fonction de satisfaction et ceux qui réalisent l'intérêt positif semblent ainsi coïncider, chacun visant à placer le créancier dans une situation se rapprochant le plus possible de l'exécution attendue du contrat[1375]. À l'inverse, ils apparaissent incompatibles avec ceux qui compensent l'intérêt négatif, qui ont pour objectif de rétablir une situation dans laquelle non seulement le contrat ne serait pas exécuté, mais n'existerait pas. Ainsi, le préjudice compensé dans le cadre de la fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle correspond nécessairement à l'intérêt positif, et exclut son intérêt négatif. Il nous faut maintenant préciser ce que représente cet intérêt positif.

[1372] V. *supra*, n° 221 et s.
[1373] R.V. JHERING, *op. cit.,* spéc. p.16 : « […] intérêt au *maintien*, donc à l'*exécution* du contrat […] ».
[1374] R.V. JHERING, *op. cit.,* spéc. p.16 : « […] et dans ce cas [l'intérêt au maintien du contrat] l'acheteur obtiendrait en argent l'équivalent de tout ce qu'il aurait eu en cas de validité du contrat » ; Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.*, spéc. n° 110 : « […] dans la même situation patrimoniale que celle où il se serait trouvé si l'obligation avait été complètement et ponctuellement exécutée » ; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution,* LGDJ, 2007, spéc. n° 1009.
[1375] Les dommages-intérêts ne sont néanmoins pas le seul moyen de satisfaire l'intérêt positif du créancier. L'exécution en nature apparaît en réalité comme étant l'instrument privilégié de protection de l'intérêt positif, offrant au créancier l'exact avantage attendu du contrat. V. not. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* spéc. n° 999.

342. Intérêt positif, gain manqué et perte subie. Il ne faut en effet pas confondre la distinction entre intérêt positif et intérêt négatif avec une autre distinction, présente dans le Code civil, entre le gain manqué et la perte subie, le *lucrum cessans* et *le damnum emergans*. L'article 1231-2 du Code civil, ancien article 1149, contient en effet la seule directive connue en droit positif concernant l'évaluation du préjudice en cas d'inexécution contractuelle[1376], directive sur laquelle se fondent la jurisprudence et la doctrine pour affirmer l'existence d'un principe de réparation intégrale du préjudice[1377]. A quoi correspondent chacun de ces termes ? Présentés comme les deux facettes du préjudice patrimonial[1378], le gain manqué et la perte subie correspondent respectivement à un « non-enrichissement » pour le premier, et à un réel appauvrissement pour le second du patrimoine du créancier[1379]. On pourrait penser que compensation de l'intérêt positif et compensation du gain manqué sont identiques, en postulant que l'indemnisation du gain manqué vise également à octroyer au créancier ce qu'il attendait du contrat, et donc à le placer dans la situation dans laquelle il aurait été si le contrat avait été correctement exécuté. La réalité est toutefois plus complexe que cela.

343. Gain manqué et intérêt négatif. Tout d'abord, l'indemnisation du gain manqué peut participer, dans certains cas, à la réalisation de l'intérêt négatif[1380]. Cette hypothèse était d'ailleurs prévue par JHERING lui-même[1381]. Ce sera le cas notamment chaque fois que la conclusion du contrat aura fait perdre au créancier une chance de gain, en concluant par exemple un autre contrat avec un tiers. Dans le cadre de

---

[1376] Les termes de cette directive n'ont pas été repris par l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016. Concernant la réparation du préjudice contractuel, l'article 1258 indique seulement que « […] la réparation doit avoir pour objet de replacer la victime autant que possible dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu », ce qui inclut a priori le gain manqué et la perte subie.

[1377] *Contra*, V. A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.*, spéc. n° 8 : l'auteur pointe du doigt l'insuffisance de cette directive, et démontre dans son ouvrage que la diversité des préjudices contractuels ne peut être contenue dans ces deux aspects que sont le gain manqué et la perte subie.

[1378] On admet aujourd'hui que cette distinction s'applique également aux préjudices extrapatrimoniaux, lorsque l'on la comprend plus largement comme la « non-réalisation d'un bienfait » (gain manqué) ou la « réalisation d'un méfait » (perte subie). V. H. BOUCARD, *Répertoire de droit civil, V°* « responsabilité contractuelle », spéc. n° 405.

[1379] V. H. BOUCARD, *Répertoire de droit civil, V°* « responsabilité contractuelle », spéc. n° 405. Pour une analyse et une description approfondie de ces préjudices, V. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.,* spéc. n° 113 et s.

[1380] Cette hypothèse a cependant été discutée tant en *Common law* qu'en droit français. Sur ce point, V. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, Restitutions et Responsabilité,* LGDJ, 1992, spéc. n° 158 ; Y.M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.*, spéc. n° 129.

[1381] R.V. JHERING, *op. cit.,* spéc. p.20 : à propos de l'intérêt négatif, l'auteur explique que « la conclusion du prétendu contrat peut aussi avoir empêché le demandeur de faire un gain ».

l'indemnisation de l'intérêt négatif, la compensation du gain manqué ne pourra pas correspondre à l'octroi d'un équivalent à l'exécution, qui aurait pour finalité de replacer le créancier non pas dans une situation de non-conclusion du contrat, mais bien dans une situation de non-exécution de ce dernier[1382]. Par ailleurs, indemniser ce gain manqué c'est indemniser une hypothèse puisque qu'il est impossible de savoir ce qu'aurait fait le créancier si le contrat vicié n'avait pas existé. Ainsi, l'indemnisation du gain manqué prendra ici la forme d'une perte de chance de conclure un autre contrat similaire avec un tiers, soit qu'il ait repoussé une opportunité qui existait, soit qu'il n'ait pas pu chercher une autre occasion en temps voulu[1383].

344. Perte subie et intérêt positif. Ensuite, l'indemnisation de l'intérêt positif peut correspondre à l'indemnisation d'une perte subie, et non d'un gain manqué. En effet, comme l'ont très bien montré certains auteurs, entrent dans l'indemnisation de l'intérêt positif les dommages subis en raison de la non-obtention par le créancier de la prestation attendue, et plus précisément des pertes qui n'auraient pas été subies si le contrat avait été correctement exécuté[1384]. Il s'agit notamment des dommages causés aux autres biens du créancier, de l'engagement de la propre responsabilité du créancier à l'égard des tiers et ses conséquences (perte de réputation, baisse du chiffre d'affaires), ou encore des frais engagés en vue de remédier à l'inexécution ou de limiter son préjudice[1385].

345. Conclusion. En conclusion, gain manqué et intérêt positif ne coïncident pas nécessairement, et la distinction faite par le Code civil entre gain manqué et perte subie

---

[1382] V. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, Restitutions et Responsabilité, op. cit.,* spéc. n° 160 : l'auteur réfute l'argument des auteurs qui assimilent gain manqué et intérêt à l'exécution du contrat.

[1383] 1) R.V. JHERING, *op. cit.,* spéc. p.20. L'auteur propose des exemples significatifs, tel l'hôtelier chez qui on réserve une chambre par erreur, et qui ne subit de ce fait aucune perte directe, mais perd une opportunité de la proposer à d'autres clients. Cette idée sera développée plus tard dans un célèbre article de deux professeurs américains, FULLER et PERDUE, v. L.L. FULLER, W. PERDUE, « The Reliance Interest in Contract Damages », (1936-1937), 46 *Yale LJ*, 52 (Part I), 373 (Part II), spéc. p.55 et 56.
Adde sur la détermination et le calcul de cette perte de chance, C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, Restitutions et Responsabilité, op. cit.,* n° 163 et s ;
2) Il faut relever néanmoins que la jurisprudence française ne suit pas toujours cette logique et décide parfois, en cas de résolution du contrat, d'indemniser le gain manqué correspondant à l'intérêt positif du créancier. V. G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.,* spéc. n° 179-10.

[1384] Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.,* spéc. n° 114. L'auteur précise que la notion de perte subie renvoie à deux réalités : la diminution de l'actif, ou l'augmentation du passif, et décline des exemples pour chacune.

[1385] En revanche, sont exclus les frais engagés pour la conclusion et l'exécution duc contrat, et qui auraient été perdus même si le contrat avait été correctement exécuté. V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.*, spéc. n° 1011 ; Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.,* spéc. n° 114.

ne nous sera d'aucune utilité dans l'identification de la fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle. L'intérêt positif est composé de ces deux éléments de définition du préjudice[1386], représentant tout ce que le créancier aurait obtenu en cas d'exécution du contrat[1387], « tout » faisant référence à la valeur de la prestation attendue, mais plus largement à l'« utilité »[1388] ou l'avantage attendu[e] du contrat. Il faut maintenant se demander si les dommages-intérêts contractuels accordés dans le cadre de la fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle couvrent tous les types de dommages réparés dans le cadre de l'intérêt positif, et notamment s'ils comprennent également ce que l'on nomme les « suites de l'inexécution ». Pour le savoir, il faut mettre à l'épreuve la définition de la fonction de satisfaction avec une autre distinction doctrinale.

2. Dommage intrinsèque et dommage extrinsèque

346. Consistance du dommage caractéristique de la fonction de satisfaction. La compensation de l'intérêt positif vise à rétablir une situation proche de l'exécution du contrat et concerne ainsi tous les préjudices qui ne se seraient pas produits si le contrat avait été correctement exécuté[1389]. Cela comprend d'une part le préjudice subi par le créancier du fait de l'inexécution de la prestation attendue du contrat, c'est alors l'objet même du contrat qui est concerné, et d'autre part les suites de cette inexécution, notamment les dommages causés aux autres biens du créancier. Il faut alors se demander lesquels de ces préjudices permettent de caractériser la fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle.

Pour identifier le dommage spécifique à la fonction de satisfaction, il nous faut identifier la situation que sa compensation vise à rétablir, et analyser ainsi le scénario

---

[1386] Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.,* spéc. n° 113 à 117.
[1387] V. R.V. JHERING, *op. cit.,* spéc. p.16 : l'auteur définit l'intérêt positif à travers le prisme de la nullité du contrat et nous dit que son indemnisation conduit pour le créancier à obtenir en argent « tout ce qu'il aurait eu en cas de validité du contrat ».
[1388] Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.,* spéc. n° 113
[1389] A l'opposé, la compensation de l'intérêt négatif vise à rétablir une situation qui aurait dû être celle du créancier si le contrat n'avait pas été conclu ; les préjudices compensés sont ceux qui n'auraient pas existé si le contrat n'avait pas été conclu.

contrefactuel qui permet la compensation. La situation que la fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle vise à rétablir, ou plutôt établir, est, on l'a dit, une situation équivalente à l'exécution de l'obligation violée. Cette situation espérée n'aurait pu exister qu'à condition que le contrat soit correctement exécuté, mais également, et *a fortiori*, à condition qu'il soit tout d'abord conclu. L'amélioration de la situation du créancier par le contrat dépendait tant de sa conclusion que de sa bonne exécution. Dans sa thèse, Andrea PINNA identifie ce préjudice comme celui qui n'aurait pas existé si le contrat avait été correctement exécuté, mais qui en revanche se serait réalisé sans la conclusion du contrat, puisqu'en l'absence de conclusion du contrat, aucun avantage n'aurait pu être obtenu[1390]. On pourra objecter qu'en ce cas il ne s'agit pas d'un préjudice, car si le contrat n'est pas conclu, aucun avantage contractuel ne pouvait être obtenu. On précisera ainsi qu'il s'agit d'un préjudice causé par l'inexécution, et que l'absence de conclusion du contrat n'aurait pu éviter. Cette précision permettra de distinguer ce préjudice d'un autre, qu'on qualifiera de dommages extrinsèques[1391].

347. Dommages intrinsèques, extrinsèques et fonction de satisfaction. On peut rapprocher cette définition de la distinction formulée par POTHIER entre les dommages-intérêts intrinsèques et les dommages-intérêts extrinsèques. Dans son *Traité des obligations*, POTHIER précise ainsi ce à quoi doit être tenu le débiteur de l'obligation contractuelle inexécutée : « […] le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qu'on a pu prévoir, lors du contrat, que le créancier pourrait souffrir de l'inexécution de l'obligation »[1392]. Il poursuit en précisant la teneur de ces dommages-intérêts que l'on dit intrinsèques, en les opposant notamment à ceux qu'il qualifie lui-même d'extrinsèques[1393] : « […] les parties sont censées n'avoir prévu que les dommages-intérêts que le créancier, par l'inexécution de l'obligation, pourrait souffrir par rapport à la chose même qui en a été l'objet, et non ceux que l'inexécution de l'obligation lui a occasionnés d'ailleurs dans ses autres biens »[1394]. Deux catégories de dommages-intérêts donc, c'est-à-dire également deux types de dommages que l'on

[1390] A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.,* spéc. n° 45 et 46.
[1391] V. *supra*, n° 227 et s.
[1392] R.-J. POTHIER, *Traité des obligations,* tome I, spéc. n° 160.
[1393] *Ibid*, spéc. n° 162.
[1394] *Ibid*, spéc. n° 161.

compense. D'une part le dommage intrinsèque, intimement lié à l'inexécution, qui touche la chose objet du contrat, et d'autre part le dommage extrinsèque, qui découle accidentellement[1395] de l'inexécution et touche les autres biens du créancier.

Quelle situation visent à compenser ces dommages-intérêts ? Les dommages-intérêts intrinsèques visent la « chose objet du contrat », en d'autres termes la prestation attendue du contrat par le créancier. Ils visent donc à rétablir une situation équivalente à l'exécution de cette prestation[1396], en compensant un préjudice qui n'aurait pas existé si le contrat avait été correctement exécuté, mais qui n'aurait pu être évité par l'absence de conclusion du contrat. On retrouve ici le préjudice caractéristique de la fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle[1397]. Les dommages-intérêts extrinsèques visent eux à compenser des dommages causés « aux autres biens du créancier », et plus largement tous les dommages ne s'assimilant pas à la non-obtention par le créancier de la prestation attendue du contrat[1398]. Ils ne tendent pas à l'exécution du contrat, mais à la disparition des préjudices subis en marge de l'exécution de ce contrat. La situation que ces dommages-intérêts visent à rétablir est celle qui aurait existé si le contrat avait été correctement exécuté, mais également s'il n'avait pas été conclu, à l'inverse des dommages-intérêts intrinsèques. Dans ce cas, en effet, c'est l'existence même du contrat qui crée le contexte de réalisation des dommages, et les atteintes aux autres biens, voire à la personne du créancier auraient ainsi pu être évitées par l'absence de conclusion du contrat. Le préjudice visé est donc

---

[1395] 1) L'idée de dommage « accidentellement » lié à l'inexécution se lit dans l'expression employée par POTHIER lui-même de dommage « occasionné » par l'inexécution.
2) Cette distinction fait écho à celle développée par Jérôme HUET dans sa thèse entre la « compensation de la perte des avantages attendus de la convention » et « l'indemnisation des dommages causés à l'occasion de l'exécution », correspondant chacune à une fonction de la responsabilité contractuelle, de paiement pour la première, de réparation pour la seconde. Néanmoins, en y regardant de plus près, ce que l'auteur fait entrer dans la première catégorie ne correspond pas seulement à l'inexécution de la prestation touchant à « l'objet du contrat », mais comprend également les suites de l'inexécution, ce qui correspond pour POTHIER à des dommages extrinsèques. C'est donc implicitement sur la distinction entre intérêt positif et intérêt négatif que l'auteur s'appuie, et non sur celle entre dommages intrinsèques et extrinsèques. Sur ce point, V. Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.*, spéc. n° 154 et s.

[1396] V. not. A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.,* spéc. n° 45 : l'auteur considère que ce sont bien les dommages-intérêts intrinsèques qui cherchent à accomplir « l'exécution du contrat par équivalent ».

[1397] V. *supra,* n° 54.

[1398] G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *op. cit.,* spéc n° 13 : […] défaillances contractuelles qui atteignent soit des biens autres que celui qui fait l'objet du contrat, soit des intérêts économiques ou moraux distincts de la perte pure et simple de la prestation promise ».

un préjudice qui n'aurait pas existé non seulement si le contrat avait été exécuté, mais également s'il n'avait pas été conclu[1399].

348. Exemple. Prenons pour exemple le passager d'un train, lequel heurte au cours du transport une bête et doit effectuer un arrêt prolongé sur la voie. Le retard du train à l'arrivée constitue pour le passager un premier dommage, celui de ne pas obtenir la prestation attendue du contrat – dommage intrinsèque. Néanmoins, la volonté du passager d'arriver à l'heure prévue, à l'endroit souhaité, n'aurait pas pu être satisfaite sans l'achat initial du billet, c'est-à-dire sans qu'on contrat de transport soit conclu. Par ailleurs, le heurt de l'animal a provoqué une secousse du train, secousse qui a fait chuter ce même passager, et lui a occasionné un dommage corporel. Ce dommage, à la différence du premier, aurait pu être évité si le contrat n'avait pas été conclu ; la conclusion du contrat a créé le terrain propice à la réalisation de ce dommage, qui n'a été causé qu'à l'« occasion de l'inexécution ». Il existe donc une réelle différence pour le créancier entre l'indemnisation de sa frustration de ne pas avoir obtenu ce qu'il attendait du contrat, et la compensation des préjudices qu'il subit du fait de cette inexécution, mais également de la conclusion du contrat. Le préjudice spécifique à la fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle correspond bien au préjudice indemnisé par les dommages-intérêts intrinsèques, dans le cadre de l'intérêt positif[1400].

3. Dommages consécutifs et dommages prévisibles

349. Dommages consécutifs à l'inexécution. Néanmoins, tous les dommages qui ne correspondent pas exactement à l'absence de la prestation contractuelle ne constituent pas des dommages extrinsèques. Certains, que l'on peut nommer « consécutifs » peuvent en effet s'intégrer à l'avantage attendu du contrat. L'expression est reprise à Paul GROSSER, qui, dans sa thèse, propose de renouveler la distinction classique faite

[1399] A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.,* spéc. n° 45. À cette typologie, l'auteur ajoute deux autres types de dommages, celui qui se serait produit même si le contrat avait été exécuté ou s'il n'avait pas été conclu, le *préjudice indirect*, et le dommage qui se serait réalisé même si le contrat avait été correctement exécuté, mais qui ne serait pas produit sans la conclusion du contrat, le *préjudice accepté* (notamment certains frais occasionnés en vue de la conclusion ou de l'exécution du contrat).
[1400] V. not. A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.,* spéc. n° 23 et 45.

par POTHIER entre dommages intrinsèques et extrinsèques[1401]. Il construit ainsi une nouvelle distinction, ou plutôt une nouvelle terminologie, permettant de distinguer entre ces deux catégories de dommages générés par l'inexécution : les dommages consubstantiels, et les dommages consécutifs à l'inexécution. À première vue, cette construction ressemble assez à la distinction classique faite par POTHIER, et la plupart des auteurs les ont d'ailleurs assimilées[1402]. Pourtant, à y regarder de plus près, ces deux types de distinction des dommages ne coïncident pas parfaitement. Par dommage consubstantiel, Paul GROSSER entend désigner le dommage qui ne se distingue pas de l'inexécution, qui lui est intimement lié, c'est-à-dire concrètement le dommage directement causé par l'inexécution, tandis que le dommage consécutif correspondrait aux suites de cette inexécution[1403]. Le critère de distinction entre ces deux types de dommages se situe alors dans leur caractère plus ou moins direct : si le dommage consubstantiel est directement causé par l'inexécution, le dommage consécutif lui, comme sa dénomination l'indique[1404], entretient un lien causal beaucoup plus distendu avec l'inexécution. L'exemple classique est celui de l'inexécution, ou de la mauvaise exécution, d'un contrat de transport de personnes, effectués avec retard, qui, en plus de priver le voyageur de la prestation qu'il attendait – dommage consubstantiel – l'empêcherait également d'accomplir ce pourquoi il avait conclu le contrat au départ, par exemple prendre un autre transport pour poursuivre le voyage[1405] ou encore, pour un avocat, plaider une affaire[1406] – ici les dommages consécutifs.

350. Dommages consécutifs et dommages extrinsèques. Qu'en est-il cependant lorsque le retard de ce train est dû à un accident qui s'est produit pendant le transport, et qui a causé au même voyageur un dommage corporel ? Ce dernier dommage, que nous avons qualifié d'extrinsèque[1407], a ceci en commun avec le dommage consécutif – ici par exemple manquer sa correspondance – qu'il ne correspond pas strictement à

[1401] P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat: essai de classification,* Paris, 2000.
[1402] V. not. Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.,* spéc. n° 154 et s.
[1403] P. GROSSER, *op. cit.*, spéc. n° 392.
[1404] *Le Petit Robert de la langue française,* 2016, *V°* « consécutif », sens 2 : « qui suit, résulte de, est une conséquence de ». Cette définition met parfaitement en lumière l'idée d'un lien causal entre deux éléments, dont l'un est consécutif à l'autre.
[1405] Pour des exemples récents : Civ.1ère, 2 avril 2014, pourvoi n° 13-16038 (voyage en avion) ; Civ.1ère, 2 octobre 2013, pourvoi n° 12-26975 (voyage en train). La question qui se pose est alors essentiellement celle de la prévisibilité du dommage en matière contractuelle.
[1406] V. not. Civ.1ère, 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-13177.
[1407] V. *supra,* n° 227 et s.

l'absence de la prestation attendue du contrat. Pour autant, ces deux types de dommages peuvent-ils être assimilés ? Cela ne semble pas opportun, car il y a entre ces deux situations de fait une réelle différence. D'un côté, le dommage corporel correspond bien aux situations caractérisant le dommage extrinsèque – à savoir l'inexécution qui causerait des dommages aux autres biens que ceux objet du contrat, ou au corps même du créancier : le caractère extrinsèque se comprend de ce qui ne correspond pas à l'avantage attendu du contrat, lui est extérieur. D'un autre côté, le dommage consistant en une correspondance manquée coïncide plus avec le caractère « consécutif » du dommage, qui se comprend de ce qui peut correspondre à l'avantage attendu de l'exécution du contrat, sans pour autant coïncider avec la stricte exécution de la prestation[1408].

La ligne de démarcation entre les deux types de dommages est subtile, et délicate à tracer, mais il nous semble que l'analyse du rôle joué, dans la réalisation du dommage, par les deux évènements que sont d'une part la conclusion du contrat, et d'autre part l'inexécution de l'obligation contractuelle, permet de mettre à jour un critère pertinent. Dans notre exemple du transport de voyageurs[1409], les deux dommages – le dommage corporel et la correspondance manquée – sont évidemment causés par l'inexécution, sans quoi ils ne seraient pas réparables, même si le lien de causalité qui unit le fait générateur – l'inexécution – et ces deux dommages peut être parfois délicat à caractériser[1410]. En revanche, le dommage corporel est également causé par la conclusion du contrat, puisque si ce contrat n'avait jamais été conclu, ce dommage ne serait pas survenu[1411]. La conclusion du contrat joue un rôle déterminant, en amont de

[1408] Cette division se retrouve d'ailleurs dans les propos de quelques auteurs, et notamment dans la thèse de Jérôme HUET pour qui seules les « atteintes à la sécurité d'un contractant dans sa personne physique ou dans ses biens autres que ceux faisant l'objet de la convention » relèvent de la fonction de réparation de la responsabilité contractuelle, les dommages correspondant à l'avantage attendu du contrat, entendu au sens large et incluant donc les *« suites de l'inexécution »*, correspondant à sa fonction de paiement. V. J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit*, spéc. p.36. *Adde* G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *op. cit.,* spéc n° 13 : l'auteur distingue intuitivement ces deux catégories de dommages, sans y attacher néanmoins de conséquences juridiques : « […] défaillances contractuelles qui atteignent soit des biens autres que celui qui fait l'objet du contrat, soit des intérêts économiques ou moraux distincts de la perte pure et simple de la prestation promise »

[1409] Cet exemple est d'ailleurs également celui utilisé par Jérôme HUET dans sa thèse pour distinguer ces divers types de préjudices subis par le créancier de l'obligation contractuelle. V. J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.,* spéc. p.36 et 37.

[1410] V. *infra*, n° 369 et s.

[1411] V. *supra*, n° 349 et s. : ce qui correspond à la définition du dommage extrinsèque.

la chaîne de causalité, dans la réalisation de ce dommage corporel – dommage extrinsèque – aux côtés de l'inexécution.

351. Inclusion des dommages consécutifs dans la fonction de satisfaction. Ainsi, lorsqu'ils compensent le dommage extrinsèque du passager, les dommages-intérêts rétablissent un *statu quo ante* de la victime, une situation qui aurait pu exister sans l'inexécution, mais également sans la conclusion du contrat, caractéristique de la fonction de réparation de la responsabilité[1412]. Ce n'est pas le cas du dommage consécutif, qui n'est causé que par l'inexécution, et non directement par la conclusion du contrat : si le premier contrat de transport n'avait pas été conclu, cela n'aurait en aucun cas permis d'éviter ce dommage. En cela, le dommage « consécutif » peut correspondre au *« plus contractuel »* que décrivait Jérôme HUET[1413], à l'avantage attendu du contrat entendu largement, qui ne pourrait exister sans la conclusion de ce contrat. Parce que sa compensation ne peut se faire par un rétablissement du *statu quo ante* du créancier, mais implique de le projeter dans une situation espérée de la correcte exécution du contrat, par l'octroi d'un substitut à l'exécution, il correspond au dommage caractéristique de la fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle tel que nous l'avons décrit[1414]. Cette catégorie soulève néanmoins une autre question, celle de la prévisibilité du dommage[1415], et plus largement celle de l'établissement d'un lien de causalité direct entre l'inexécution et les dommages subis par le créancier.

352. Dommage intrinsèque et dommage prévisible. Afin de terminer de tracer les contours de ce dommage spécifique, il nous faut encore le distinguer d'une autre figure, celle du dommage prévisible. En effet, la distinction de POTHIER a été reprise, et revisitée par de nombreux auteurs[1416], mais surtout récemment utilisée et travestie par les tenants de la théorie de l'inexistence du concept de responsabilité contractuelle. En

[1412] Sur la fonction de réparation, v. *supra* n° 216 et s.
[1413] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit*, not. p.637, n° 672.
[1414] V. *supra*, n° 316 et s.
[1415] Une étude rapide de la jurisprudence révèle en effet que les problématiques liées à la compensation de ce type de préjudice sont celles de sa prévisibilité pour le débiteur, en vertu de l'ancien article 1150 du Code civil, actuel article 1231-3. Sur le dommage prévisible en jurisprudence, v. *supra,* n° 201 et s.
[1416] V. not. P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat. Essai de classification,* thèse Paris I, 2000, spéc. n° 392 et s.: l'auteur oppose le *dommage consubstantiel* à l'inexécution au *dommage consécutif* à l'inexécution.

assimilant le dommage intrinsèque au dommage prévisible, ces auteurs en ont fait l'un des points de cristallisation de ce débat doctrinal. En effet, le débat sur la fonction des dommages-intérêts contractuels – exécution par équivalent ou réparation – s'est en partie centré autour des interprétations divergentes de l'article 1150 ancien du Code civil, actuel article 1231-3 du Code civil, qui limite l'indemnisation, en matière contractuelle, aux seuls dommages prévisibles. Selon les adversaires de la responsabilité contractuelle, ces articles, en parlant des dommages prévisibles lors de la conclusion du contrat, visent en réalité les dommages intrinsèques[1417]. Or ces dommages intrinsèques sont, selon les mots de POTHIER lui-même, ceux qui touchent la chose objet du contrat. Ainsi, pour ces auteurs, les dommages prévisibles doivent être entendus de manière objective, comme « l'objet même de l'obligation inexécutée – l'avantage promis et non reçu »[1418], et non de manière subjective, comme le dommage correspondant aux prévisions, et donc aux volontés des parties[1419]. Par cette lecture du *Traité des obligations*, les artisans de la négation du concept de responsabilité contractuelle disent restaurer la pensée véritable de son auteur, et offrir une analyse des textes du Code civil fidèle à leur esprit ; ils inscrivent ainsi dans le Code civil lui-même la fonction de paiement de la responsabilité contractuelle. Cette analyse ne fait pourtant pas l'unanimité. De nombreux auteurs se sont attachés à réfuter un tel raisonnement qui tire d'un texte limitant la responsabilité contractuelle son inexistence. Nous nous rallierons à cette position.

Quel besoin en effet d'encadrer un concept qui n'existe pas ?[1420] Surtout, cette position découle d'une lecture hâtive des textes. L'assimilation entre dommage

[1417] Ph. RÉMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *op. cit.*, spéc. n° 41.
[1418] *Ibid,* spéc. n° 41.
[1419] *Ibid,* spéc. n° 41 : l'auteur rejette l'interprétation « volontariste » de l'article 1150 du Code civil qui ne correspond pas, selon lui, à la conception originelle des rédacteurs du Code civil, eux-mêmes inspirés de Pothier.
[1420] V. not. M. BACACHE, « Le dommage prévisible : exécution par équivalent du contrat ou responsabilité contractuelle ? », *D.* 2011, p.1725 : l'auteur rappelle que la règle formulée à l'article 1150 ancien n'a de sens que dans le cadre d'une fonction de réparation de la responsabilité contractuelle. *Adde* A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.,* spéc. n° 38.

prévisible et dommage intrinsèque ne peut être absolue[1421], elle ne l'est pas chez POTHIER lui-même. Selon lui, le dommage prévisible ne se limite pas au dommage intrinsèque, mais peut s'étendre exceptionnellement aux dommages extrinsèques lorsque ceux-ci ont été justement prévus par le contrat[1422]. Cette formule révèle que c'est bien la volonté des parties qui détermine ce qui est prévisible, et non seulement la nature de la chose siège du dommage. Comment expliquer alors le parallèle fait explicitement par l'auteur entre le dommage prévisible et la chose objet du contrat ? On peut y voir ici une simple présomption de prévisibilité dans les cas où le dommage touche la chose objet du contrat[1423]. En conséquence, il faut distinguer le dommage intrinsèque, qui touche la prestation attendue du contrat, et est apprécié de manière objective, et le dommage prévisible, qui est défini par la volonté des parties à la conclusion du contrat, et donc leurs prévisions, et sera apprécié de manière subjective. Si l'objet des dommages intrinsèque et consécutif sera bien de délimiter la fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle, celui du dommage prévisible est de déterminer quels sont les dommages réparables, notamment quand seront en jeu des dommages extrinsèques et consécutifs.

B. La mesure des dommages-intérêts

353. Mesure des dommages-intérêts et consistance du préjudice. Si l'analyse des divers types de dommages nous a permis de déterminer la consistance du dommage qui définit la fonction de satisfaction, c'est par l'étude des règles relatives à la mesure des

---

[1421] V. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.,* spéc. n° 101. L'auteur fournit de nombreux exemples permettant de dissocier les deux notions, soit que le dommage soit intrinsèque mais imprévisible, soit à l'inverse que le dommage soit extrinsèque mais prévisible. Dans le premier cas, l'auteur cite la perte d'un bagage par un transporteur qui contient des objets précieux. Le dommage subi est intrinsèque, mais également imprévisible pour le transporteur et à ce titre non réparable. A l'inverse, lorsque, à la suite de la mise en place d'un système d'alarme défaillant, un vol a lieu, le dommage subi est prévisible pour l'installateur du système, mais extrinsèque. Sur la réparation du préjudice dans cette seconde situation, v. *infra,* n° 227 et s.

[1422] R.-J. POTHIER, *op. cit.,* spéc. n° 162 : « […] lorsqu'il paraît que, par le contrat, ils ont été prévus, et que le débiteur s'en est expressément ou tacitement chargé, en cas d'inexécution de son obligation. » ; Adde Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.*, spéc. n° 101 : l'auteur emploie la formule « entré dans le champ contractuel ».

[1423] R.-J. POTHIER, op. cit., spéc. n° 161 : « Ordinairement les parties sont censées n'avoir prévu que les dommages-intérêts, que le créancier, par l'inexécution de l'obligation, pourrait souffrir par rapport à la chose qui en a été l'objet […] ». Les termes que nous avons ici soulignés nous semblent accréditer cette idée. En ce sens, v. not. A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.*, spéc. n° 38.

dommages-intérêts contractuels que nous allons pouvoir vérifier la réalité, en droit positif, de l'indemnisation de ce préjudice. En effet, en vertu du principe d'équivalence entre dommages-intérêts et préjudice, c'est la consistance du préjudice qui détermine la mesure des dommages-intérêts. Inversement, à partir des dommages-intérêts, effets de la responsabilité, on peut remonter au dommage, condition de la responsabilité, puis à la fonction de la responsabilité[1424]. Dans le Code civil (1) et dans la jurisprudence (2), nous allons rechercher les règles relatives à la mesure des dommages-intérêts ayant pour objectif l'indemnisation de ce dommage particulier, et de ce fait, la satisfaction du créancier.

1. Dans le Code civil

354. Insuffisance du droit commun. Le Code civil fournit peu d'éléments concernant la détermination et la mesure du préjudice réparable en matière de responsabilité contractuelle. Que ce soit dans sa version ancienne ou actuelle – après réforme[1425] – on ne trouve que trois articles relatifs au préjudice. Le premier, l'actuel article 1231-2 du Code civil[1426], précise que sont indemnisés à la fois le gain manqué et la perte subie. Nous avons déjà mis en lumière l'insuffisance de cette directive dans l'identification des fonctions de la responsabilité contractuelle[1427]. L'article 1231-3[1428] limite la réparation des dommages contractuels aux seuls dommages prévisibles lors de la conclusion du contrat, sauf en cas de faute lourde ou dolosive. Nous avons également montré en quoi le dommage prévisible ne pouvait s'apparenter au dommage caractéristique de la fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle[1429]. Enfin, l'article 1231-4[1430] précise la consistance du dommage réparable, qui doit être

[1424] V. Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.,* spéc. n° 106 : « L'évaluation des dommages-intérêts ne dépend pas de leur nature mais de leur fonction ».
[1425] Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[1426] Article 1149 ancien.
[1427] V. *supra*, n° 51, 52 et 53. *Adde* A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.,* spéc. n° 8 : l'auteur part de cette insuffisance de l'article 1149 ancien pour proposer une nouvelle typologie des préjudices.
[1428] Article 1150 ancien. La formulation était cependant légèrement différente en ce qu'elle ne faisait référence qu'au dol, et non à la faute lourde ou dolosive.
[1429] V. *supra*, n° 56.
[1430] Article 1151 ancien.

une « suite immédiate et directe de l'inexécution »[1431]. Cette formule renvoie à une condition classique de l'action en responsabilité, l'exigence d'un lien de causalité entre le fait générateur et le dommage. Aucune de ces directives ne fait écho au préjudice spécifique à la fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle.

355. Contribution des règles spéciales. Il existe également des règles spéciales, propres à certains contrats, ou propres à certains préjudices. Les régimes spéciaux aux divers contrats contenus dans le Code civil ne contiennent aucune règle pertinente à ce sujet[1432]. Restent les règles spécifiques à certains types de dommages, en particulier les dommages corporels et les dommages matériels. En ce qui concerne le dommage corporel, sauf le cas particulier du contrat portant directement sur le corps, et visant à l'améliorer, à lui procurer une forme de gain, à le guérir – ce que vise le contrat médical – il s'agira d'un dommage qui n'aurait en réalité pas existé si le contrat n'avait pas été conclu, et ne correspond donc pas au dommage que nous avons identifié comme caractéristique de la fonction de satisfaction.

356. Perte de valeur et coût de substitution dans l'indemnisation des dommages matériels. En ce qui concerne les dommages matériels, c'est-à-dire causés aux biens du créancier, seul le projet de réforme de 2017 prévoit des règles spécifiques d'indemnisation[1433]. L'article 1278 s'articule autour de deux propositions : tout d'abord, l'alinéa 1er, selon lequel l'indemnité correspondra à la plus faible des sommes entre le coût de remplacement du bien, et celui de sa remise en état[1434], ensuite, l'alinéa 2, d'après lequel l'indemnisation prévue par le premier alinéa n'est pas possible, qu'elle sera de la « valeur que le bien aurait eue au jour de la décision, dans son état

[1431] Certains auteurs estiment que les deux termes, direct et immédiat sont ici synonymes : V. not., P. JOURDAIN, G. VINEY, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité,* spéc. n° 359. Pour des exemples mettant en lumière la distinction des termes, v. H. BOUCARD, *Répertoire de droit civil*, spéc. n° 382 et s.
[1432] On y trouvera essentiellement des règles imposant soit un plafond d'indemnisation, soit un plancher d'indemnisation, encadrant ainsi plus spécifiquement le préjudice réparable. Pour des exemples, v. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité, op. cit.*, spéc. n° 309 et s.
[1433] Repris en ce sens par la proposition de loi du 29 juillet 2020 en son article 1281.
[1434] On retrouve le contenu de cette règle dans la jurisprudence de la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation, et depuis 2009, de la Chambre criminelle. Sur ce point, v. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité, op. cit.*, spéc. n° 96.

antérieur au dommage »[1435]. On retrouve l'alternative connue entre l'indemnisation de la perte de valeur et celle du coût de substitution, qui comprend coûts de remplacement ou de réparation du bien[1436]. Dans les deux cas, l'idée est de placer le créancier dans une situation qui aurait existé si le contrat avait été correctement exécuté, en lui accordant un substitut à l'exécution[1437], et en cela ces articles visent l'indemnisation de l'intérêt positif. Néanmoins, ces situations visent-elles des dommages qui auraient pu être évités en l'absence de conclusion du contrat ? Il faut se demander si la non-réalisation du dommage, et donc l'intégrité du bien, dépend autant de la conclusion, que de la correcte exécution du contrat. Ce ne sera le cas que dans certains types de contrats, notamment ceux visant à l'amélioration ou la réparation du bien.

On peut penser, par exemple, au contrat liant le garagiste à son client en vue de la réparation d'un élément défectueux du véhicule. Si, du fait d'une mauvaise exécution du contrat[1438], le véhicule n'est pas correctement réparé, et se retrouve par la suite endommagé, par un accident, du fait de cette mauvaise exécution, alors il s'agira d'un dommage dont on peut dire qu'il se serait également produit sans la conclusion du contrat, en l'absence de réparation. Seule la réparation du véhicule permettait d'éviter ce dommage, et elle dépendait tant de l'exécution correcte du contrat, que de sa conclusion. L'indemnisation de la perte de valeur et du coût de substitution auquel il est ici fait référence, pour le dommage causé aux biens, ne correspond ainsi à la fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle que dans certains types de

---

[1435] 1) L'alinéa 2 introduit une forme de hiérarchie entre les actions en précisant que l'octroi de la valeur du bien n'adviendrait que lorsque *« le bien ne peut ni être remis en état, ni remplacé »* et prévoit ainsi sa propre subsidiarité.
2) L'indemnisation se fait en fonction de la valeur qu'aurait eu le bien au jour du jugement, et non au jour de la conclusion du contrat, peu importe donc si cette valeur a augmenté ou diminué depuis. En effet ces variations ne touchent alors que le quantum du dommage, et non sa consistance initiale. Cela découle d'une jurisprudence bien établie.

[1436] V. Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.*, spéc. n° 179 et 180. L'auteur fait référence plus largement à la perte de valeur et au coût de substitution de l'exécution, sans analyser spécifiquement les dommages matériels. La valeur évoquée est celle de la prestation, et non seulement du bien. *Adde* A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.,* spéc. n° 129 : l'auteur démontre la similitude entre les deux formules, du moins lorsque l'inexécution est totale. Plus qu'une différence réelle d'appréciation, il s'agirait de deux facettes d'une même formule, liées à deux conceptions distinctes : pour la perte de valeur, une conception subjective et concrète (la valeur pour la victime), pour le coût de substitution, d'une conception objective et abstraite (la valeur sur le marché).

[1437] En ce qui concerne l'indemnisation de la perte de valeur, la fonction de substitut à l'exécution a fait débat. Sur ce point, v. Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.*, spéc. n° 180.

[1438] Le garagiste sera tenu, selon une jurisprudence constante, à une obligation de résultat. V. not. récemment Civ.1ère, 16 novembre 2016, n° 15-25.630.

contrats[1439]. Une telle analyse est transposable à l'article 1279 du projet qui prévoit l'indemnisation, s'il y a lieu, des préjudices découlant de la privation de l'usage du bien : privation de jouissance et pertes d'exploitation[1440]. C'est seulement si l'objet même du contrat porte sur la jouissance ou l'exploitation d'un bien matériel, et qu'est en cause le bien objet du contrat, que l'indemnisation de tels préjudices illustrera la fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle.

2. Dans la jurisprudence

357. Outre de rares cas où la jurisprudence semble affirmer de manière explicite que les dommages-intérêts contractuels ont une fonction de satisfaction du créancier (a), c'est dans l'analyse des indices qu'elle fournit quant aux choix des modes d'évaluation que se révèle réellement cette fonction (b)

a) Une jurisprudence explicite et isolée

358. Les dommages-intérêts comme modalité d'exécution de l'obligation contractuelle. Par un arrêt rendu le 4 décembre 2002, la chambre sociale de la Cour de Cassation a affirmé de manière surprenante et plutôt nette que « les dommages-intérêts alloués au créancier au titre de l'inexécution de l'obligation ou d'un retard dans son exécution, constituent une modalité d'exécution de l'obligation de faire ou de ne pas faire »[1441]. La formule utilisée par les juges de cassation est de prime abord sans appel : les dommages-intérêts contractuels constituent une exécution par équivalent de

[1439] Néanmoins, on retrouve ces formules au-delà du seul cadre des dommages matériels, pour l'indemnisation des dommages résultant de l'inexécution de toute prestation contractuelle, et elles sont présentées comme permettant l'octroi au créancier d'un substitut à l'exécution, et donc comme la traduction en droit positif de la fonction de satisfaction. V. not. Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.*, spéc. n° 179 et 180. Pour une analyse détaillée des modes de calcul, *adde* G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité, op. cit.,* spéc. n° 95 et s.
[1440] L'article précise « et tout autre préjudice ».
[1441] Soc., 4 décembre 2002, n°00-44303, note P. JOURDAIN, *RTD civ.* 2003, p.711 *;* Ph. STOFFEL-MUNCK, *RDC* 2003, n° 1, p.54.

l'obligation contractuelle violée. La portée de cette affirmation peut néanmoins être nuancée.

359. Enjeu spécifique de la décision. Tout d'abord, l'enjeu de cette décision était particulier, et ne concernait a priori pas directement la responsabilité contractuelle. Il s'agissait en effet de savoir si les dommages-intérêts dus à certains salariés en raison d'une méconnaissance de la réglementation relative à la délivrance des bulletins de salaire et du certificat de travail devaient être compris comme des créances garanties par le régime de garantie des salaires, l'AGS. Or, pour être garanties par l'AGS, les créances de dommages-intérêts doivent être dues en exécution du contrat de travail, et non découler de la négligence de l'employeur. C'est ici une question classique qui est en réalité posée : les dommages-intérêts trouvent-ils leur cause dans le contrat ou dans la violation de l'obligation contractuelle ? Pour la Cour, puisque les obligations ici méconnues – délivrance aux salariés des bulletins de paie, des certificats de travail et des attestations pour l'ASSEDIC – sont nées du contrat de travail, les dommages-intérêts ne doivent constituer qu'une modalité d'exécution dudit contrat, et doivent être garantis au même titre que les créances de salaire. Néanmoins, rien ne laisse entendre que ces dommages-intérêts doivent avoir pour objectif la satisfaction du créancier, et non la réparation de son dommage. D'ailleurs, la Cour qualifie ici tous les dommages-intérêts contractuels, sans effectuer de distinction selon leur fonction.

360. Une jurisprudence isolée. Enfin, quand bien même l'énoncé de l'arrêt apparait étonnement limpide, il est resté isolé, et n'a pas été repris par la suite par la Chambre sociale, ni par aucune autre Chambre de la Cour de cassation. Il semble ainsi délicat de déduire de cet arrêt l'existence d'une fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle.

b) Une jurisprudence implicite mais constante

361. Les dommages-intérêts comme dette de valeur. De manière constante, la jurisprudence fixe la date d'évaluation des dommages-intérêts au jour où le juge statue

sur l'indemnité[1442]. Cette règle procède du principe de réparation intégrale du préjudice, et implique que soient pris non seulement en compte tous les éléments ayant fait varier la consistance du préjudice, mais également ceux qui, alors que le préjudice est resté le même, ont fait varier le montant de l'indemnité[1443]. On dit alors que la dette de dommages-intérêts est une dette de valeur[1444] à laquelle le nominalisme monétaire[1445] ne s'applique pas. Ce principe jurisprudentiel, qui trouve confirmation dans le projet de réforme du droit de la responsabilité[1446], a notamment pour conséquence de dissocier le montant de l'indemnité accordée pour compenser le dommage résultant de l'inexécution, du prix, prévu au contrat, de la prestation inexécutée. Ainsi, les juges devront tenir compte des plus-values, comme des moins-values affectant l'avantage attendu, que ce soit un bien[1447], un profit[1448], voire une prestation[1449]. Pour la jurisprudence, la fonction de satisfaction ne se résume donc pas aux cas où la mesure des dommages-intérêts serait strictement identique au montant ou à la valeur de l'obligation inexécutée, tels que prévus au contrat, mais a pour objectif la réelle remise en état, c'est à dire l'établissement de la situation qui aurait dû exister en l'absence de préjudice.

362. Remise en état et choix du mode d'évaluation. Cette remise en état du créancier peut se faire par deux modes principaux d'évaluation du dommage : les coûts de substitution et de réparation, dont la compensation permet de donner au créancier les

---

[1442] Depuis un arrêt de la Chambre des requêtes, 24 mars 1942, *RTD civ.* 1942, p.289.
[1443] G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité, op.cit ;* spéc. n° 69 : l'auteur désigne ici « l'expression monétaire » du dommage.
[1444] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique,* 15ème éd., PUF, 2024, *V°* « valeur », sens 3, (dette de) : « Obligation qui, ayant pour objet, non une quantité invariable d'unités monétaires (une somme d'argent déterminée) mais une valeur qui peut donner lieu, suivant les époques, à des estimations différentes, assujettit le débiteur lors de l'échéance à verser une quantité d'unités monétaires correspondant à ce moment à l'estimation de la valeur due ».
[1445] G.CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique,* 15ème éd., PUF, 2024, *V°* « nominalisme monétaire ».
[1446] Article 1262 du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017 : « Les dommages-intérêts sont évalués au jour du jugement, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu affecter la consistance ou la valeur du préjudice depuis le jour de la manifestation du dommage, ainsi que de son évolution raisonnablement prévisible ».
[1447] Par exemple, la plus-value affectant des parts sociales entre la cession et le jugement : Civ.1ère, 3 juin 1997. De même pour la vente aux enchères d'un bien présenté d'époque, dont l'expertise révèlera ultérieurement qu'il ne l'est pas, le juge doit tenir compte, dans l'évaluation du préjudice, de la valeur d'un bien équivalent à la date du jugement : Civ.1ère, 3 juin 1997, *RCA* 1997, comm. n° 256.
[1448]Ce cas de figure a suscité plus de réserves de la part de la jurisprudence. V. not. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité, op. cit.*, spéc. n° 70.
[1449] Le juge tiendra également compte d'éventuelles dépréciations de valeur de l'unité monétaire en jeu. Cette solution faisait l'objet d'une exception concernant l'indemnisation de salaires que la victime aurait dû percevoir pendant sa période d'incapacité de travail, jusqu'à un arrêt de Civ.2ème, 12 mai 2010, pourvoi n° 09-14.569, *RTD civ.* 2006, 576, obs. P. JOURDAIN.

moyens de rétablir la situation qui aurait dû être la sienne en cas de correcte exécution, et la perte de valeur, dont la compensation a pour but d'octroyer au créancier la valeur de l'avantage attendu. Selon le mode d'évaluation choisi, le montant des dommages-intérêts pourra sensiblement varier. Cela est particulièrement visible dans le contentieux de la construction immobilière, pour lequel le remplacement ou la réparation du bien peuvent être assez coûteux[1450]. Prenons pour exemple une maison dont la toiture doit être refaite. Avec la toiture attendue et parfaitement posée, la maison vaut 70 000 euros à la revente, avec une toiture défectueuse, elle n'en vaut plus que 68 000, et le coût pour refaire la toiture est de 5 000 euros. Si l'on indemnise la perte de valeur, les dommages-intérêts seront de 2 000 euros, en revanche si l'on indemnise le coût de réparation, il est de 5 000 euros. À cette alternative s'ajoute celles présentes au sein de chaque mode d'évaluation : doit-on apprécier la perte de valeur en fonction de la valeur abstraite de la chose, celle qu'elle a sur le marché, ou au contraire concrète, en fonction du prix proposé par un tiers ? La même question se pose pour les coûts de substitution. Enfin, comment choisit-on entre coûts de réparation et coûts de substitution ? La jurisprudence de la Cour de cassation nous fournit quelques clés de compréhension[1451], dont l'analyse révèle une volonté affirmée de faire des dommages-intérêts l'instrument d'une remise en état la plus parfaite possible du créancier.

363. L'indemnisation des coûts de substitution et des coûts de réparation : la recherche d'une « exécution par équivalence parfaite ». L'expression a été utilisée par Thomas GENICON dans une note sous deux arrêts rendus en 2012 par la troisième chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation[1452] concernant le choix entre ces deux modes d'évaluation du dommage, que l'on peut regrouper, à l'instar de l'auteur, sous le terme de « coûts de correction de l'inexécution »[1453].

[1450] Il est à noter que la spécificité de ce contentieux réside surtout dans le fait que très souvent, il ne s'agit pas d'une absence totale d'exécution de la prestation, mais plutôt d'une exécution partielle ou défectueuse, ce qui a pour conséquence de faire du choix des modes d'évaluation un enjeu considérable. A l'inverse, en cas d'inexécution totale, un auteur a montré que les formules de la perte de valeur et du coût de substitution étaient identiques, quand bien même elles n'aboutissaient pas exactement au même montant de dommages-intérêts, la première étant une appréciation concrète et subjective de la valeur, tandis que la seconde représente une appréciation abstraite et objective de la valeur du bien (prix sur le marché) : v. A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.*, spéc. n° 129.

[1451] La Cour de cassation ne contrôle pas directement l'évaluation du préjudice, mais elle contrôle son présupposé, la détermination du préjudice.

[1452] T. GENICON, « Les dommages-intérêts comme reflet de l'exécution forcée en nature », *RDC* 2012, p. 773, note sous Civ.3ème, 27 mars 2012, n° 11-11798 et Com., 7 février 2012, n° 10-20937.

[1453] *Ibid,* spéc. n° 1, p.775. Les dommages-intérêts correspondront en effet aux dépenses que le créancier doit nécessairement effectuer pour obtenir la prestation attendue du contrat.

L'indemnisation des coûts de substitution apparaît de prime abord le plus adapté pour placer le créancier dans la situation de correcte exécution du contrat, puisqu'il lui donne les moyens concrets d'aboutir à une forme d'exécution corrective en nature de son contrat, ce que semble accréditer la jurisprudence de la Cour de cassation.

364. Coûts de substitution ou coûts de réparation ? Dans le premier arrêt, rendu par la troisième chambre civile[1454], il s'agissait de la pose défectueuse d'un carrelage dans une maison. Les juges du fond condamnent l'entrepreneur à des dommages-intérêts correspondant au montant des travaux de reprise, en l'occurrence la pose d'un nouveau carrelage par-dessus l'ancien[1455]. Les maîtres de l'ouvrage se plaignent des inconvénients de cette solution, notamment de la légère surélévation du sol qui en est résulté. La Cour de cassation censure au visa de l'article 1149 du Code civil, considérant que les juges du fond n'avaient pas « replacé les maîtres de l'ouvrage dans la situation où ils se seraient trouvés si l'immeuble avait été livré sans vices ». Elle indique ainsi qu'il fallait préférer les coûts de substitution – démolition puis pose d'un nouveau carrelage – aux coûts de simple réparation, et donne la raison de ce choix. Il s'agit selon elle de retenir le mode de calcul, et donc l'indemnité, qui permettra de placer le créancier dans la situation la plus proche possible – quasi-parfaite – de l'exécution en nature[1456].

365. Coûts de substitution et enrichissement du créancier. Cette idée est confirmée par le second arrêt, rendu par la Chambre commerciale[1457]. Un boulanger avait confié à un entrepreneur des travaux d'aménagement dans le but de permettre une meilleure circulation au sein de sa boulangerie entre le fournil et la caisse. Les travaux réalisés sur le four existant ne satisfaisant pas cet objectif, les juges du fond condamnent l'entrepreneur à des dommages-intérêts qui correspondent au coût de démontage de

[1454] Civ.3ème, 27 mars 2012, n° 11-11798, note T. GENICON, *op. cit. ;* Ph. MALINVAUD, *RDI* juin 2012, n° 6, p.352.
[1455] Solution préconisée ici par l'expert, et considérée comme conforme au cahier des prescriptions techniques.
[1456] La Cour refuse ici de se plier à une logique de minimisation des coûts, mise en avant par les tenants de l'analyse économique du droit, et que l'on retrouve notamment dans le *Common law*. Cette logique semble néanmoins dominer le projet de réforme de la responsabilité civile rendu public le 13 mars 2017 qui prévoit, en son article 1278 que le choix entre coûts de remise en état et coûts de remplacement du bien, il faut choisir la solution la moins onéreuse.
[1457] Com., 7 février 2012, n° 10-20937, note T. GENICON, *op. cit.*

l'ancien four, à la fourniture et à la pose d'un four neuf[1458]. L'entrepreneur se plaint de ce que cette évaluation des dommages-intérêts aboutit à un enrichissement du créancier, puisque ces travaux n'avaient pas été prévus par les parties, et que l'indemnisation dépasse largement par son montant ce qui avait été prévu au contrat[1459]. La Cour de cassation rejette ce moyen et constate que le remplacement du four « était la seule solution pour résoudre le problème de circulation au sein des lieux », accréditant ainsi l'idée que les dommages-intérêts doivent permettre d'effacer totalement le dommage pour rétablir la situation de correcte exécution du contrat[1460]. Ces deux arrêts révèlent très nettement la volonté des juges de cassation d'assigner aux dommages-intérêts une véritable fonction de substitut à l'exécution en nature. Ils semblent ainsi adopter une vision fonctionnelle et qualitative du principe de réparation intégrale[1461], qui ne se limiterait pas à une vision comptable de l'évaluation des dommages-intérêts, mais doit permettre plus largement de remplir un objectif, celui de la satisfaction du créancier dans les conditions prévues au contrat. La réalisation de cet objectif passe alors par une évaluation qui ne doit pas seulement permettre l'octroi d'un équivalent quantitatif de l'avantage attendu, mais doit permettre de placer le créancier dans la situation qualitative qui aurait dû être la sienne, si le contrat avait été correctement exécuté[1462].

[1458] Travaux auxquels le maître de l'ouvrage a déjà fait procéder par le biais d'un autre entrepreneur. Il s'agit ici d'une appréciation concrète des coûts de substitution, au regard du coût réel du remplacement du bien pour le créancier, et non de la valeur du bien sur le marché.

[1459] La prestation prévue par les parties et effectuée par le premier entrepreneur, consistant à aménager le four existant, était prévue pour une valeur de 4624 euros, tandis que le coût des travaux effectués par le second entrepreneur, servant d'étalon à l'évaluation des dommages-intérêts, avaient coûté 43 500 euros.

[1460] Ces arrêts s'inscrivent dans la même direction qu'une jurisprudence établie consistant à ne pas tenir compte ni de la vétusté du bien, ni des plus-values apportées par les améliorations, tant que ces enrichissements sont nécessaires pour que le créancier puisse rétablir l'équilibre rompu par le dommage, et ainsi une situation la plus proche de l'exécution possible, sans avoir à effectuer de dépenses supplémentaires. V. not. Civ.2ème, 16 déc.1970, *RTD civ.* 1971, p.661, obs. G. DURRY (l'auteur insiste sur la remise en état qui impose qu'il n'y ait pas de dépense supplémentaire imposée à la victime pour atteindre cet objectif) ; Civ.3ème, 12 janvier 2010, pourvoi n° 08-19.224 ; Crim., 24 février 2009, n°08-83.956 ; V. M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Traité de droit civil*, *op.cit*., spéc. n° 654 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.,* spéc. n° 100 ; T. GENICON, « Les dommages-intérêts comme reflet de l'exécution forcée en nature », *op. cit.,*n° 2, spéc. p.778.

[1461] Principe au cœur des décisions présentes, comme l'indique notamment le visa de l'article 1149 ancien du Code civil dans l'arrêt rendu par la troisième chambre civile.

[1462] En ce sens, v. T. GENICON, « Les dommages-intérêts comme reflet de l'exécution forcée en nature », *op. cit.,* n° 2, spéc. p.777 : l'auteur conclut que l'engagement contractuel porte non pas sur un moyen, mais sur une « fin contractuellement définie » ; P. JOURDAIN, « La réparation des dommages immobiliers et l'enrichissement de la victime », *RDI* 1995, p.51, pour qui la valeur de remplacement doit prendre en compte l'usage concret du bien pour le restaurer, à la différence de la seule valeur vénale du bien.

366. Choix entre la perte de valeur et de la perte de profits. Pour procurer au créancier la satisfaction attendue du contrat, les dommages-intérêts doivent, à défaut de permettre au créancier d'obtenir l'exécution en nature, placer son patrimoine dans l'état dans lequel il aurait dû être si le contrat avait été correctement exécuté. L'indemnité devra alors correspondre à la différence entre la valeur du patrimoine du créancier au jour du jugement, après le préjudice, et celle que le créancier attendait qu'il ait si le contrat était exécuté[1463]. Ainsi, l'indemnisation des préjudices de perte de valeur, ou perte de profits, correspond à une fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle en ce qu'elle lui procure la valeur de l'avantage qu'il attendait du contrat, et qui n'aurait pas pu exister si ce contrat n'avait pas été conclu[1464]. En principe, le choix entre l'indemnisation de la perte de valeur et du coût de substitution est libre[1465], tant que ce choix ne se fait pas au détriment de l'objectif de remise en état du créancier[1466], et tant qu'il reste possible. Il est en effet des cas où l'indemnisation des coûts de substitution et de réparation n'est pas possible, le remplacement ou la remise en état du bien étant impuissants à effacer le dommage subi[1467]. Ainsi, dans certains cas, l'indemnisation de la perte de valeur sera la seule à même de permettre la satisfaction du créancier.

[1463] Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.,* spéc. n° 391. À la différence de l'auteur, il nous semble important d'insister dans cette formule sur l'idée d'avantage attendu par le créancier.

[1464] On peut trouver une preuve de cette fonction de satisfaction de la perte de valeur dans le fait qu'en principe, on ne peut indemniser à la fois la perte de valeur et le coût de substitution, qui sont donc deux modes d'évaluation alternatifs du préjudice, remplissant le même rôle de satisfaction du créancier. V. Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.,* spéc. n° 180 ; A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.,* spéc. n° 133 : l'auteur précise que le cumul de ces deux modes d'évaluation est possible si la perte de valeur correspond à un dommage extrinsèque, qui n'aurait pas existé si le contrat avait été correctement exécuté, mais qui n'aurait également pas existé sans la conclusion du contrat. Dans ce cas, les deux indemnisations ne poursuivent pas la même fonction. C'est le cas dans l'arrêt précité rendu par la Chambre commerciale le 7 février 2012 où une perte de profits avait été indemnisée en plus des coûts de substitution.

[1465] V. not. A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.,* spéc. n° 135 ; Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats, op. cit.,* spéc. n° 394.

[1466] L'analyse de la jurisprudence précitée nous a montré que cela impliquait notamment de ne pas limiter l'indemnisation lorsque l'amélioration du bien avait procuré un enrichissement du créancier. L'indemnisation des coûts de substitution ne doit donc pas être plafonnée par la perte de valeur. V. not. A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.,* spéc. n° 137.

[1467] L'auteur cite des arrêts rendus par les Cours d'appel de Toulouse et Rennes concernant pour le premier la faute d'un notaire faisant chuter la valeur de l'immeuble, et pour le second la résiliation abusive d'un contrat de franchise ayant entraîné la perte de valeur d'un fonds de commerce. V. A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.*, n° 135 : CA Toulouse, 15 décembre 2003, *Juris-Data* n° 2003-237802 et CA Rennes, 26 octobre 1986, *Juris-Data* n° 1986-050871. *Adde* G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité, op. cit.,* n° 95.

367. Évaluation des pertes de valeur et de profit. De la même manière que pour les coûts de substitution ou de réparation, le principe de réparation intégrale semble imposer que l'on prenne en compte, pour l'indemnisation des pertes de valeur ou de profits, la valeur concrète qu'avait la prestation attendue pour la victime, et non sa valeur vénale abstraite sur le marché. En effet, pour atteindre la satisfaction du créancier, il faut tenir compte de l'usage auquel la victime destinait la chose, ou encore des profits réels qu'elle comptait en retirer. Cette forme de primauté de l'appréciation *in concreto* de la valeur de la chose est admise par une grande partie de la doctrine[1468], et confirmée par la jurisprudence. En témoigne notamment toute la jurisprudence refusant de tenir compte, dans le calcul des dommages-intérêts, de la vétusté du bien ou des plus-values apportées par les améliorations, tant que ces enrichissements sont nécessaires pour que le créancier puisse rétablir l'équilibre rompu par le dommage, et ainsi une situation la plus proche possible de l'exécution, sans avoir à effectuer de dépenses supplémentaires[1469]. Cette hiérarchie va jusqu'à imposer de prendre en compte l'ensemble contractuel qui englobe le contrat[1470], et ne cède que lorsqu'il est impossible pour la victime de prouver la valeur subjective de ladite prestation[1471].

368. Synthèse. La fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle se caractérise par l'octroi, au créancier contractuel, d'un équivalent monétaire à l'avantage attendu du contrat. L'identification d'un dommage dont la compensation vise un tel objectif permet de tracer les contours de cette fonction. Lorsque les dommages-intérêts contractuels poursuivront la compensation d'un intérêt positif – intérêt à l'exécution – et prendront en charge la compensation des dommages intrinsèques et consécutifs – dommages causés exclusivement par l'inexécution, et correspondant non seulement à l'absence de prestation contractuelle, mais plus largement à l'absence d'un avantage attendu du contrat – alors ils serviront la fonction

[1468] V. not. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, *op. cit.,* spéc. n° 95.
[1469] V. not. Civ.2ème, 16 déc.1970, *RTD civ.* 1971, p.661, obs. G. DURRY (l'auteur insiste sur l'objectif de remise en état qui impose qu'il n'y ait pas de dépense supplémentaire imposée à la victime pour être atteint) ; Civ.3ème, 12 janvier 2010, pourvoi n° 08-19.224 ; Crim., 24 février 2009, n°08-83.956 ; V. M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Traité de droit civil*, *op. cit* , spéc. n° 654 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.,* spéc. n° 100 ; T. GENICON, « Les dommages-intérêts comme reflet de l'exécution forcée en nature », *op. cit.,*n° 2, spéc. p.778.
[1470] V. not. A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.,* spéc. n° 226
[1471] V. *Ibid*, spéc. n° 228. La victime pourra alors choisir une indemnisation de son préjudice sur la base de la valeur objective, de marché, de la prestation.

de satisfaction de la responsabilité contractuelle. Une telle recherche de satisfaction du créancier ressort également de l'analyse de la jurisprudence quant aux règles d'évaluation du dommage : seront préférées les modes d'évaluation par lesquels le créancier sera placé dans la situation la plus proche possible de la correcte exécution du contrat.

§3. Le lien de causalité, critère complémentaire

369. Exigence d'un lien de causalité certain et dommage directement causé par l'inexécution du contrat. Pour qu'une action en responsabilité prospère, il est nécessaire d'établir l'existence d'un lien de causalité certain entre le fait générateur et le dommage[1472]. Or cette exigence n'est pas sans lien avec la définition que nous avons donnée précédemment du préjudice caractéristique de la fonction de satisfaction, puisque lorsque cette définition se révélera insuffisante à caractériser la fonction de satisfaction, le lien de causalité pourra venir la compléter. Il est en effet des situations où le dommage correspondra bien à l'absence de l'avantage attendu par le créancier de l'exécution du contrat, pris dans son sens large, mais ne pourra avec certitude être relié à l'inexécution de l'obligation contractuelle. Ce sera notamment le cas face à des dommages que nous avons qualifiés de consécutifs, qui, quand bien même ils seraient causés exclusivement par l'inexécution contractuelle, ne sont reliés à elle que par un lien de causalité assez distendu. Une première manière de limiter la réparation de ces préjudices peut être d'en éprouver la prévisibilité pour les parties[1473].

Mais il est des cas où c'est précisément l'établissement du lien de causalité qui fera défaut. L'exemple que nous avions utilisé du retard dans le transport de voyageurs est à cet égard intéressant : si le fait de rater sa correspondance et de ne pas arriver à la destination finale à temps semble pouvoir sans trop d'efforts être rattaché à la mauvaise

[1472] 1) Cette exigence distingue la responsabilité civile des autres modes de réparation du dommage issus de la socialisation des risques, tels que les fonds de garantie. V. not. M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* spéc. n° 486. 2) Cette exigence est rappelée en matière contractuelle par la Cour de cassation de manière solennelle : Ass. plén., 13 juillet 2001, n° 97-19.282, 97-17.359, 98-19190.
[1473] V. *supra*, n° 73.

exécution de l'obligation du transporteur[1474], en revanche le fait pour l'avocat de n'avoir pas pu plaider son affaire et donc de n'avoir pas pu la gagner n'est pas forcément directement lié à cette inexécution. En effet, si le train était arrivé à l'heure et que l'avocat avait pu plaider, rien ne garantit qu'il aurait gagné l'affaire. Or, la définition de la fonction de satisfaction impose qu'existe entre l'inexécution et le dommage un lien de causalité certain entre le fait générateur et le dommage, puisque l'on compense un dommage qui n'aurait pas existé sans cette inexécution[1475]. Il faudrait donc en exclure les préjudices qui s'intégreraient dans l'avantage attendu du contrat, mais dont on ne peut être certain qu'ils ne se seraient pas réalisés si le contrat avait été correctement exécuté. Qu'en est-il alors en ce cas de la compensation du préjudice de perte de chance ? Nous savons en effet que la compensation de ce préjudice particulier est en réalité bien souvent utilisée pour pallier l'absence de lien de causalité, ou du moins son incertitude[1476].

370. L'exemple du contrat de surveillance de biens. Prenons pour exemple un contrat portant sur la surveillance de biens, mis en œuvre par l'installation de divers instruments : caméras de surveillance, alarme. Si les biens en question sont dérobés ou détériorés, et que l'on constate ensuite une défaillance du système de surveillance au moment où ce cambriolage a eu lieu, alors il y aura d'une part inexécution de l'obligation principale du contrat, la surveillance, et d'autre part un dommage qui atteint la chose objet du contrat, les biens surveillés, et qui caractérise donc bien l'absence de l'avantage attendu du contrat[1477]. Néanmoins, du fait de l'aléa qui caractérise l'activité de surveillance, il sera impossible d'affirmer que sans cette défaillance, le dommage ne se serait pas produit, et donc que ce dommage découle directement de l'inexécution contractuelle. Le dommage final, le vol ou la dégradation des biens, est dit indirect, et ne pourra donc pas être réparé. Selon une jurisprudence constante, il existe cependant bien un préjudice certain, celui de la perte de chance

[1474] Même si l'on peut évidemment envisager que, quand bien même le premier contrat de transport aurait été correctement exécuté, d'autres obstacles pouvaient empêcher le voyageur d'arriver à sa destination finale.
[1475] V. *supra*, n° 346 et s.
[1476] Sur ces rapports délicats entretenus entre indemnisation de la perte de chance et établissement du lien de causalité, V. M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, tome V, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* spéc. n° 383 et s.
[1477] Ce dommage est par ailleurs indiscutablement prévisible, puisque les biens surveillés font l'objet même du contrat.

d'avoir pu éviter ce dommage, et donc de conserver des biens intacts[1478]. Ce préjudice de perte de chance sera donc réparable, mais, puisqu'il vient pallier l'absence de causalité certaine, devrait *a priori* être incompatible avec la fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle. Pourtant, la compensation de la perte de chance, puisqu'elle est calculée à partir de la probabilité de réalisation de cette chance, va en réalité correspondre à un pourcentage de ce dommage final[1479], et peut ainsi parfois aboutir à octroyer des dommages-intérêts dont le *quantum* est assez proche de ce à quoi aurait donné lieu l'indemnisation du dommage final. Il apparaît dès lors assez artificiel de distinguer ce préjudice du dommage final au point de lui refuser la possibilité d'incarner la fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle. Par ailleurs, il apparaît délicat de poser une limite quantitative, et de fixer un seuil de proximité avec le dommage final permettant de le rattacher à cette fonction.

Conclusion du Chapitre II

371. La satisfaction du créancier par la responsabilité contractuelle. Les dommages-intérêts contractuels visent parfois à placer le créancier dans la situation de correcte exécution du contrat, en lui attribuant l'avantage qu'il en attendait, plus qu'ils ne réparent réellement un dommage. Ce faisant, ils mettent en œuvre sa fonction spécifique de satisfaction du créancier. Si d'autres auteurs avant nous ont révélé la particularité d'une telle fonction, la nommant alternativement fonction d'exécution par équivalent[1480] ou fonction de paiement[1481], nous avons rejeté l'une et l'autre formule. La première renvoie en effet aux thèses développées par une partie de la doctrine, visant à démontrer l'inexistence du concept de responsabilité contractuelle en réduisant les dommages-intérêts à un simple remède à l'inexécution parmi d'autres[1482]. La seconde

[1478] V. not. Civ.1ère, 17 mai 1988 ; Civ.1ère, 16 mai 2000, pourvoi n° 97-13909, *Resp.civ et assurances* 2000, comm.266.
[1479] V. not. M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, op. cit.,* spéc. n° 391.
[1480] V. not. Ph. RÉMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *op. cit.*
[1481] V. not. J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.* ; Z.JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, anglais et allemand, op. cit.*
[1482] V. *supra*, n° 169 et s.

en revanche décrit une véritable fonction à part entière de la responsabilité contractuelle, et spécifique au regard du reste de la responsabilité civile. Si nous adhérons à cette seconde thèse de la dualité de fonctions de la responsabilité contractuelle, nous avons préféré la nommer fonction de satisfaction, pour deux raisons. Tout d'abord, pour éviter un risque de confusion entre fonction de paiement et exécution par équivalent, qui ont tendance à attirer les dommages-intérêts contractuels dans la sphère des remèdes à l'inexécution plus que dans celle de la responsabilité civile. Ensuite, car le paiement induit un mécanisme très spécifique[1483] qui ne traduit pas totalement la réalité de l'indemnisation par les tribunaux. En effet, l'indemnisation, lorsqu'elle vise la satisfaction du créancier, ne consiste pas seulement à accorder au créancier le strict équivalent de l'avantage promis, mais a pour objectif plus large de le placer dans la situation la plus proche possible de celle correspondant à la correcte exécution du contrat. Ceci a pour conséquence de parfois attribuer au créancier plus – voire plus rarement moins – que la valeur de cet avantage. Cet objectif plus large de rétablissement d'un équilibre rompu par le dommage correspond bien à la fonction attribuée à la responsabilité civile[1484] ; la seule exécution par équivalent ne permettrait pas de le satisfaire.

372. Conséquences de l'identification d'une fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle. L'identification de cette fonction de satisfaction passe par la question des effets de la responsabilité contractuelle, et de ce qu'elle vise à compenser pour le créancier lésé. Lorsqu'elle vise sa satisfaction contractuelle, elle cherchera à le placer dans une situation proche de celle qui serait advenue si le contrat avait été correctement exécuté, et qui n'aurait pu advenir qu'en présence du contrat. C'est une situation sinon semblable, du moins équivalente à cette situation contractuelle dans laquelle le créancier se projetait, et dont il a été déçu qu'il faut rétablir, ou plutôt établir par les dommages-intérêts contractuels. Pour tracer les contours de cette fonction, il aura donc fallu identifier le dommage qui en est caractéristique, celui dont la compensation aboutira à cette équivalence contractuelle. Loin de se résumer au seul dommage correspondant à l'absence de prestation attendue

[1483] V. *supra*, n° 318 et s.
[1484] V. *supra*, n° 179 et s. ; *Adde* M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation, op. cit.*, p.134 et s.

du contrat, il englobe également certaines suites de l'inexécution, les dommages consécutifs. Parce qu'elle touche à l'objet même du contrat, la détermination de cette sphère réservée de la responsabilité contractuelle a une conséquence radicale : l'exclusion systématique de la responsabilité délictuelle de son champ.

Conclusion du Titre II

373. L'exclusion de la responsabilité délictuelle du contrat. Les dommages-intérêts, loin d'être un simple remède à l'inexécution du contrat comme les autres, sont l'instrument d'une responsabilité contractuelle tournée tant vers la compensation du dommage qui découle de l'inexécution du contrat, que vers le respect des prévisions contractuelles. Seule la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle est à même de respecter ce délicat équilibre entre exigences contractuelles et l'objectif de rétablissement de la victime du dommage, le débiteur lésé. Mais elle subit la concurrence d'une responsabilité délictuelle qui s'immisce dans tous les pans du droit, et, par sa généralité, a vocation à prendre en charge ces mêmes dommages. Afin de préserver l'empire de la responsabilité contractuelle sur les situations contractuelles, la responsabilité délictuelle doit être exclue du contrat. Mais elle le sera avec une force qui varie au regard de son degré d'intrusion dans la sphère contractuelle.

374. Fonction de réparation de la responsabilité contractuelle et exclusion de la responsabilité délictuelle du contrat. Les dommages-intérêts contractuels visent non seulement à compenser l'absence de prestation attendue du contrat mais également à compenser les suites de l'inexécution contractuelle. Contrairement à ce qu'affirment les détracteurs de la responsabilité contractuelle, les dommages-intérêts contractuels peuvent poursuivre, selon les cas, soit une fonction de réparation du dommage, soit une fonction de satisfaction du créancier. Lorsqu'elle poursuit une fonction de réparation, la responsabilité contractuelle subit la concurrence de la responsabilité délictuelle, dont il résulte un véritable conflit de normes, conflit qui ne sera résolu que par l'attribution à la responsabilité délictuelle d'une vocation subsidiaire. Véritable droit commun de la

responsabilité, celle-ci sera exclue du champ contractuel chaque fois que la règle spéciale, ici la responsabilité contractuelle, sera compétente pour régir la situation, et reviendra se loger dans les interstices laissés vacants par la défaillance de cette dernière. Cette exclusion, mise en œuvre par le principe de non-cumul, incarnation particulière du principe *specialia*, permettra de tracer *a posteriori* les frontières entre délit et contrat. Cette délimitation au cas par cas des limites de la sphère contractuelle sera laissée aux mains du juge, qui feront la démonstration, en ce domaine, de leur grande liberté. Les frontières entre contrat et délit peineront à émerger de manière définitive, irriguées par des considérations d'opportunité.

375. Fonction de satisfaction de la responsabilité contractuelle et exclusion de la responsabilité délictuelle du contrat. Cette grande flexibilité tranche avec l'exclusion de la responsabilité délictuelle par la détermination d'une sphère réservée du contrat. Lorsque les dommages-intérêts contractuels poursuivent une fonction de satisfaction du créancier, qui vise à placer le créancier lésé dans une situation qui s'approche de celle correspondant à la bonne exécution du contrat, alors ils servent une fonction propre à la responsabilité contractuelle, qui ne pourra souffrir d'aucune concurrence de la responsabilité délictuelle. Parce qu'on touche à l'objet même du contrat, son cœur, celui-ci réagit en rejetant définitivement la responsabilité délictuelle hors de ses limites.

Conclusion de la première partie

376. Particularités de la structure du droit des obligations français. La grande généralité de la clause de responsabilité fait en partie l'identité du droit français de la responsabilité. Héritée d'une tradition jusnaturaliste qui a irrigué toutes les premières grandes codifications européennes, elle fait aujourd'hui l'originalité du droit français sur la scène juridique européenne. Depuis l'adoption, près d'un siècle après le Code civil, du *BGB* par la jeune Nation allemande, qui construit un système de responsabilité limitée, encadrée par de nombreux garde-fous, de nombreux systèmes européens

inspirés du droit français se sont en effet détournés de cet instrument, ou du moins de sa généralité[1485]. La clause générale ferait en effet aujourd'hui presque figure d'exception, du moins la pratique qui en est faite par les juges français. Entre leurs mains, la flexibilité de la clause générale est travaillée à l'extrême, jusqu'à la rendre omnipotente. C'est cette capacité à venir s'immiscer dans tous les pans du droit, notamment ceux liés au contrat, qui va imprimer aux rapports entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle, en droit français, une particularité. Ainsi, l'originalité du contenu et de la structure de l'article 1240 du Code civil se prolonge dans une organisation particulière des rapports entre contrat et responsabilité, et notamment entre les régimes contractuel et délictuel de responsabilité.

377. Généralité et concurrence des responsabilités. De cette généralité excessive de la responsabilité délictuelle, il découle en effet un rapport particulier entre les régimes contractuel et délictuel de responsabilité. Plus que deux régimes de responsabilité distincts, dont on pourrait tracer les frontières à l'aide de critères propres à chacun, *a priori*, les deux régimes se superposent, les éléments de l'une, la responsabilité délictuelle, menaçant de phagocyter et absorber les éléments de l'autre, comme c'est le cas fait générateur contractuel et de la faute délictuelle. Lorsque par sa fonction propre de satisfaction du créancier, la responsabilité contractuelle trace un pré carré duquel la responsabilité délictuelle est exclue, elle trace une frontière ferme et définitive, se protégeant de l'intrusion. Lorsqu'en revanche elle partage avec la responsabilité délictuelle une fonction de réparation, alors l'immixtion de la responsabilité délictuelle dans le contrat sera évitée par l'attribution à cette dernière d'une vocation subsidiaire. En véritable droit commun de la responsabilité délictuelle, elle sera alors exclue du champ de la responsabilité contractuelle chaque fois que cette dernière, norme spéciale de responsabilité, sera compétente. Mais, comme toute norme de droit commun, elle devra aussi revenir dès lors que l'on ne se situera plus dans le domaine d'aucune règle spéciale. Ainsi, dans son versant positif, la subsidiarité implique que la responsabilité délictuelle aura vocation à intervenir dans tous les endroits laissés vacants par le législateur ou la jurisprudence. Si son domaine d'action est résiduel, il correspond alors à tout ce qui n'est soumis à l'empire d'aucune autre

[1485] V. *supra*, n° 104 et s. sur le droit autrichien.

règle. Dans ses rapports avec la responsabilité contractuelle, cela implique que dès lors que la situation litigieuse n'est plus régie par cette dernière, c'est-à-dire lorsque l'un des critères permettant sa mise en œuvre – existence d'un contrat, qualité de parties au contrat, …– fait défaut, alors la responsabilité délictuelle doit retrouver son empire[1486]. Outre les cas de défaillance de la norme spéciale, interstices au sein de la sphère contractuelle dans lesquels la responsabilité délictuelle s'engouffre, ce sont les marges du contrat, dans lesquelles se déplient des situations « para-contractuelles »[1487], qui offrent à la responsabilité délictuelle un empire retrouvé.

[1486] Sur la mise en œuvre de la subsidiarité, v. not. A. GOUËZEL, *La subsidiarité en droit privé*, Economica, 2013, spéc. n° 67 : l'auteur étudie les modalités de cette subsidiarité, et notamment la notion de « défaillance » de la règle spéciale ; C. GOLDIE-GENICON , *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* 2009, n° 10, p.35 : l'auteur rappelle que le principe de l'interprétation stricte de la loi spéciale, doit aller de pair avec celui de la subsidiarité du droit commun, et permettre à celle-ci de revenir dès lors que l'on ne se trouve plus dans le champ d'application de la règle spéciale.
[1487] V. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.,* n° 311 et s.

DEUXIÈME PARTIE – LA PRÉSENCE DE LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE AUX MARGES DU CONTRAT

Lorsqu'on trace une limite, on peut le faire pour diverses raisons. Délimiter un emplacement par une barrière, une ligne ou n'importe quoi d'autre peut avoir pour but d'empêcher quelqu'un d'en sortir ou d'y entrer, mais peut aussi faire partie d'un jeu dans lequel par exemple les joueurs doivent sauter par-dessus la limite ; cela peut aussi indiquer où s'arrête la propriété de quelqu'un et où commence celle de quelqu'un d'autre, etc. Si donc je trace une limite, il n'est pas encore dit par là pourquoi je la trace[1488].
Ludwig Wittgenstein

378. Responsabilité délictuelle et marges du contrat. La subsidiarité de la clause générale de responsabilité délictuelle est apparue indispensable pour éviter que, par sa grande généralité, la responsabilité délictuelle n'envahisse le droit du contrat, et n'empiète sur le territoire de la responsabilité contractuelle ; elle permet de tenir la responsabilité délictuelle à distance du contrat. Si l'effet répulsif du contrat à l'égard de la responsabilité délictuelle conduit à assigner à cette dernière un domaine résiduel, il ne faudrait pourtant pas en déduire que l'intervention de la responsabilité délictuelle serait réduite à néant. Au contraire, ce domaine naturel d'intervention, s'il se définit en creux des frontières assignées à la responsabilité contractuelle, attire à lui toutes les situations de dommages qui gravitent autour du contrat. Ces situations, pour lesquelles il manque un élément essentiel de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, appartiennent de manière presque indiscutable à ce lieu résiduel, à ces interstices qui ne sont régis par aucune autre règle, et où règne dès lors la responsabilité délictuelle.

[1488] L. WITTGENSTEIN, *Recherches philosophiques,* Gallimard, 2004, trad. F. DASTUR, M. ÉLLIE, J.-L. GAUTERO, D. JANICAUD, E. RIGAL (1ère éd. all. 1953), §499, p. 199.

Ces situations qui gravitent autour du contrat ne peuvent être alors régies que par cette responsabilité qui est retenue à ses marges, la responsabilité délictuelle.

379. Responsabilité para-contractuelle. Hors du contrat, mais suffisamment proche de lui pour que sa force d'attraction puisse se faire sentir, ces situations en marge du contrat peuvent être qualifiées de « para-contractuelles ». Renvoyant à une grande diversité de situations, le terme est utilisé par quelques auteurs pour désigner des situations qui « présentant certaines ressemblances avec celles qui donnent lieu à l'application du régime contractuel, lui échappent cependant »[1489]. Et peut ainsi renvoyer à des choses très différentes, incluant notamment des situations pour lesquelles l'existence même d'un contrat ou d'une obligation contractuelle fait débat : actes de volonté ne présentant en définitive pas les caractères d'un contrat[1490], ou encore inexécution d'obligations dont on doute de la véritable nature contractuelle, telles que les obligations de sécurité. Ces derniers exemples évoquent alors plutôt la question des frontières du contrat, et de la délicate définition de son contenu, dont nous avons déjà traité.

Lorsque nous évoquons les situations « para-contractuelles », nous désignerons plutôt ces situations dans lesquelles il est une certitude, c'est l'existence d'un contrat à proximité du dommage, voire à la source même du dommage, sans que cela ne puisse pourtant donner lieu à la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle. La particularité de ces situations para-contractuelles est la suivante : alors que fait défaut la réunion des éléments essentiels à la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle – inexécution d'une obligation contractuelle entre les parties – elles sont néanmoins rattachées au contrat par au moins un de ces éléments, inexécution d'une obligation contractuelle, ou dommage causé entre des parties à un contrat. Bien loin de ne concerner que des situations « marginales »[1491] au sens quantitatif, l'étude de ces marges du contrat révèle le domaine résiduel de la responsabilité délictuelle lorsqu'elle

[1489] G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit.*, n° 311.
[1490] G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op.cit*, n° 312 et s. ; J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.,* n° 207 et s. (L'auteur évoque notamment la relation de transport ou la relation d'occupation).
[1491] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.,* n° 203. L'auteur ne traite, dans ces relations para-contractuelles, que de relations qui « ressemblent à celles que fait naître une convention ».

gravite autour du contrat, couvrant tout à la fois les situations où la responsabilité délictuelle intervient pour compenser les dommages causés par une faute commise en amont de la conclusion du contrat, mais alors que le contrat existe et est exécuté par les parties, et les situations dans lesquelles l'inexécution cause un dommage à un tiers. L'étude de ces situations para-contractuelles permet donc d'évoquer les marges du contrat, au sens où l'on se situe en dehors du contrat lui-même, qui restent néanmoins influencées par la proximité de ce contrat, dont la force d'attraction se fait sentir jusqu'ici.

380. Fonctions de la responsabilité délictuelle aux marges du contrat. Du fait de l'attachement de la situation au contrat, l'intervention de la responsabilité délictuelle devra être regardée de près. Dans ces marges contractuelles, la responsabilité délictuelle ne pourra déployer tous ses effets sans tenir compte de la situation contractuelle qu'elle côtoie, et risque de perturber. Il faudra alors regarder de près cette fois les fonctions des dommages-intérêts délictuels, qui, en cherchant à replacer la victime dans une situation passée, et perdue par le dommage qu'elle subit, imprime à la responsabilité délictuelle une dimension rétrospective, qui risque alors d'entrer en conflit avec la logique prospective du contrat, même lorsqu'elle n'intervient qu'autour du contrat. Deux situations distinctes se présentent alors.

Aux marges de l'existence du contrat, lorsqu'elle compense des dommages causés par des comportements précontractuels, la responsabilité devra prendre en compte la présence du contrat et ses effets seront modulés afin d'intégrer l'idée de protection du contrat. Aux marges de l'exécution du contrat, lorsque la responsabilité délictuelle prend en charge la réparation du dommage causé au tiers par l'inexécution du contrat, sa fonction de rétablissement de la victime risquera d'entrer en contradiction avec l'exécution du contrat. Dans les deux cas, il faudra veiller à ce que la responsabilité délictuelle ne dépasse pas le cadre de ses fonctions habituelles, réparer le dommage dans une dimension essentiellement rétrospective, rétablir la victime en la tenant indemne, et, tout en intégrant la présence du contrat, veiller à ce que les dommages-intérêts délictuels ne viennent pas empiéter sur le territoire contractuel en s'attribuant une fonction prospective, tournée directement vers l'exécution du contrat. Alors que dans les marges de l'existence du contrat, la responsabilité délictuelle sera influencée par l'existence du contrat (Titre I), dans les marges de son exécution, elle

constitue un risque pour le contrat dans l'exécution duquel elle vient alors s'immiscer (Titre II).

TITRE I. LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE INFLUENCÉE PAR L'EXISTENCE DU CONTRAT

381. Exclusion de la responsabilité post-contractuelle. Dans les marges de l'existence du contrat, la responsabilité délictuelle semble devoir naturellement s'appliquer, dès lors que le dommage subi ne l'est pas en raison d'une inexécution contractuelle. La responsabilité aura alors pour mission de remédier aux effets dommageables d'une faute précontractuelle, c'est ce que l'on nomme la responsabilité précontractuelle, ou d'une faute commise cette fois après que le contrat a cessé d'exister, c'est la responsabilité post-contractuelle. Cette dernière a cependant suscité moins de débats doctrinaux. Si les questions qu'elle soulève sont passionnantes, elles restent plus restreintes que celles liées à la responsabilité précontractuelle, et essentiellement tournées autour la question de la violation de clauses contractuelles qui subsistent après la disparition du contrat, si tant est que celle-ci n'est pas due à sa nullité. Cette question semble avoir été résolue, notamment à propos de l'inexécution des clauses de non-concurrence, par la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, dont les conditions sont en effet réunies[1492]. La responsabilité, bien que mise en œuvre en dehors du contrat, trouve en effet sa source dans une inexécution contractuelle. Le seul critère chronologique, lié au moment où la responsabilité est mise en œuvre, ne peut l'emporter, pas plus qu'il ne convainc vraiment quant à la nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle[1493].

382. Responsabilité précontractuelle. La subsidiarité de la responsabilité délictuelle fait d'elle, *a priori*, la responsabilité apte à régir les situations qualifiées de précontractuelles, c'est-à-dire des situations de dommages causés par une faute qui se situe en amont de la conclusion du contrat. On pense alors souvent immédiatement à la question de la responsabilité en cas de rupture fautive des pourparlers, situation précontractuelle par essence, puisque non seulement la faute se situe en amont de la

[1492] G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité, op. cit*, n° 321.
[1493] V. *infra*, n° 387 et s.

conclusion du contrat, mais par ailleurs parce que ce contrat échoue à prendre vie. Les situations pouvant amener à la mise en œuvre d'une responsabilité précontractuelle – une responsabilité délictuelle consacrée à la réparation des dommages causés par une faute précontractuelle – sont en réalité plus diverses, et incluent notamment des cas dans lesquels le contrat sera non seulement conclu, mais parfois même existera encore au moment où le dommage devra être compensé. C'est le cas lorsque le contrat est vicié, et que le comportement à l'origine de ce vice du consentement constitue dans le même temps une faute, une faute précontractuelle. Lorsque celui des contractants dont le consentement a été vicié fera le choix de maintenir le contrat, mais de faire réparer les conséquences de cette faute précontractuelle, la responsabilité délictuelle sera amenée à déployer ses effets au contact d'un contrat exécuté par les parties, et dont elle aura pour effet de rééquilibrer la relation. Dans ce cas particulier, les effets de la responsabilité devront être pensés avec plus de retenue que lorsque le contrat n'est pas conclu, ou lorsqu'il a rétroactivement disparu. Mais avant cela, bien que la doctrine ne semble plus en discuter, il faudra réaffirmer et préciser les fondements d'une nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle. Ainsi, aux marges de l'existence du contrat, la nature délictuelle de la responsabilité devra être réaffirmée (Chapitre I), et ses effets mesurés (Chapitre II).

Chapitre I. La nature délictuelle de la responsabilité aux marges de l'existence du contrat

383. Vices du consentement et responsabilité. La responsabilité délictuelle se présente comme un remède aux conséquences d'une faute précontractuelle qui, en plus d'avoir causé un dommage à l'un des contractants, a également affecté son consentement. L'intervention de la responsabilité délictuelle comme remède principal à la nullité du contrat n'est pourtant pas une évidence. Lorsqu'un contrat ne respecte pas les conditions de validité posées par la loi, l'effet obligatoire dont devaient être assorties les obligations nées de cet accord, se trouve paralysé. Cette sanction du contrat « malformé », affecté d'une irrégularité à sa conclusion, relève des règles relatives à la formation du contrat, et ne présente pas, de prime abord, de lien avec les règles qui gouvernent la responsabilité. En effet, le non-respect d'une condition de validité évoque plutôt la question de la nullité du contrat et de son aspect rétroactif plutôt que l'attribution de dommages-intérêts. Ceux-ci se révèleront pourtant particulièrement utiles lorsque l'une des parties se trouvera lésée par le défaut de formation du contrat et que celui-ci peut être attribué exclusivement à l'autre. Les vices du consentement, dont la sanction poursuit une politique de protection individuelle des contractants, apparaissent comme le cadre idéal de développement de la responsabilité autour du contrat. En effet, lorsque le consentement de l'une des parties à l'acte s'avère *a posteriori* avoir été vicié, le défaut de formation dont le contrat est affecté le rend sujet à un « droit de critique »[1494] de la part de la partie qui se retrouve lésée, pouvant conduire à son annulation rétroactive. Mais cette même partie, puisqu'elle n'a pu exprimer son consentement de manière libre et éclairée, subit également les conséquences dommageables de cette malformation initiale du contrat. Afin de

[1494] R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques, Essai d'une nouvelle théorie,* thèse Dijon, 1909. À partir de cette thèse, la doctrine moderne considère la nullité non comme un état de l'acte lui-même, mais comme la « sanction d'une violation de la loi régissant sa conclusion ». V. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité,* LGDJ, 1992, Introduction, I. L'auteur rappelle par ailleurs que, malgré l'adhésion unanime de la doctrine à cette conception moderne de la nullité, on trouve de fortes réminiscences de la conception classique de la nullité comme défaut affectant l'acte en lui-même, à travers certains effets attachés à cette nullité, tel que le caractère rétroactif de l'anéantissement de l'acte.

compenser certains des dommages que la nullité elle-même, lorsqu'elle est demandée et prononcée, et les restitutions qui l'ont suivie, n'ont pas suffi à effacer, le seul recours de la partie lésée s'avère alors être la responsabilité.

384. Nature et régime de la responsabilité précontractuelle. Mais de quelle nature sera alors cette action en responsabilité ? Tout comme la nature contractuelle de la responsabilité qui accompagne la résolution du contrat pour inexécution n'est pas réellement contestée, ni par la doctrine[1495], ni par la jurisprudence, la nature délictuelle de la responsabilité auxiliaire de la nullité, tout comme celle qui régit la rupture fautive des pourparlers, semble faire l'unanimité[1496]. Dans les deux cas pourtant, l'anéantissement rétroactif du contrat qui en résulte semble impliquer une fiction identique, celle de l'inexistence, non seulement pour l'avenir, mais également pour le passé, du contrat. Mais si cette fiction fait basculer, dans le cas de la nullité, le sort de ceux qui ont été parties au contrat dans l'emprise du délit, la force d'attraction du contrat, même disparu, restera suffisamment forte pour les maintenir dans le giron contractuel, en cas de résolution. Le constat de cette disparité de traitement entre deux situations en apparence semblables[1497] met en lumière les incertitudes qui continuent de régner sur la nature de la responsabilité lorsque le contrat qui a existé et a, la plupart du temps, connu un début d'exécution par les parties, est en réalité affecté d'un vice depuis sa formation. Si elle ne s'impose pas avec la force de l'évidence, la nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle s'inscrit cependant parfaitement dans la logique de subsidiarité qui caractérise la clause générale. Encore faudra-t-il alors que le régime propre à la responsabilité délictuelle s'accomode de cette situation particulière constituée de « faits relatifs à un contrat, mais antérieurs à sa formation »[1498]. Cela implique que ses conditions puissent être réunies sans subir l'attraction du contrat, à commencer par la faute délictuelle, qui ne pourra résulter de

[1495] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p.171 et s., spéc. n° 46 : « […] lorsque le contrat est résolu, il n'est pas contesté que la responsabilité encourue par le contractant auteur de l'inexécution est une responsabilité contractuelle ».
[1496] *Ibid*, note 137 : après avoir affirmé que n'était pas contestée la nature contractuelle de la responsabilité en cas de résolution du contrat pour inexécution, l'auteur s'appuie sur le fait que personne ne prend même plus le temps de l'affirmer explicitement, la plupart des auteurs se contentant d'exclure du champ de la responsabilité contractuelle les cas de nullité du contrat.
[1497] Sur la distinction entre la compensation du préjudice subsistant aux nullités et le préjudice de résolution, v. *infra*, n° 450 et s.
[1498] R. SALEILLES, « De la responsabilité précontractuelle. À propos d'une nouvelle étude sur la matière », *RTD civ.* 1907, p.697 et s., spéc. p.697.

la seule annulation du contrat, mais devra trouver corps dans le comportement du cocontractant à l'égard du vice affectant le contrat. Ainsi de la nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle (Section 1), découle la mise en œuvre d'un régime délictuel compatible avec les marges du contrat (Section 2).

Section 1. La nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle

385. Diversité des situations précontractuelles. La jurisprudence française s'est prononcée depuis un certain temps déjà sur la nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle – du moins celle découlant de la rupture fautive des pourparlers[1499]. Et si la réforme de 2016 n'a pas inscrit explicitement ce choix au sein du nouvel article 1112, alinéa 2 consacré de manière inédite aux négociations du contrat, et aux conséquences de leur rupture, le rapport rendu au Président de la République à l'occasion de son adoption semble lever le doute lorsqu'il affirme que « cette responsabilité sera en principe de nature extracontractuelle sauf aménagement conventionnel de cette phase de négociation et de sa rupture »[1500]. Par ailleurs, jurisprudence[1501] et doctrine[1502] sont quasi unanimes quant à la nature délictuelle de celle-ci lorsque le contrat est annulé, puisqu'il s'agit alors de prétendre qu'il n'a jamais

[1499] Com., 20 mars 1972, n° 70-14.154, *Bull. civ. IV*, n° 93 ; *RTD civ.* 1972.779, obs. G. DURRY ; *JCP G* 1973.II.17643, obs. J. SCHMIDT.
[1500] 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, JOFR n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25. Cette solution est très classique et correspond à une position constante de la jurisprudence. V. not. Paris, 18 janvier 1996, *D.Affaires* 1996.292 : les juges valident ici la possibilité d'encadrer de manière contractuelle les négociations par des accords précontractuels, dont la violation engendre alors une responsabilité de nature contractuelle.
[1501] V. not. Civ.1ère, 4 février 1975, *Bull. civ.*, I, n° 43; *JCP 1975,* II, 18100, note C. LARROUMET ; *RTD civ.* 1975, p.537, obs. G. DURRY ; Civ.1ère, 14 novembre 1979, *Bull. civ.*, I, n° 279; *D* 1980, inf.rap. 264, obs. J. GHESTIN; *RTD civ.* 1980.763, obs. F. CHABAS, et plus récemment Civ.3ème, 18 mai 20.11, n° 10-11.721, *Bull. civ.* III, n° 79 ; *RDC* 2011.1139, obs. T. GENICON.
[1502] Pour une présentation détaillée de cette doctrine, v. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, op. cit.,* n° 231 et s.

existé[1503], ce qu'a récemment confirmé la réforme du droit des contrats[1504]. La question de la nature de la responsabilité ressurgit cependant lorsque la partie détenant le pouvoir de le faire annuler choisit au contraire de le maintenir et de l'exécuter. Bien qu'entaché d'un vice dès sa conclusion, l'accord sera tacitement confirmé[1505], et rien ne semble alors l'empêcher de lui faire produire cet « effet restreint qui consiste à colorer la nature de la responsabilité »[1506]. S'il ne peut y avoir de « responsabilité contractuelle sans contrat valable », alors qu'en est-il du contrat vicié mais non annulé[1507] ?

386. Une doctrine en faveur d'une compétence de la responsabilité délictuelle. Au soutien d'une nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle, deux arguments principaux sont avancés par la doctrine, dont on remarque qu'ils s'appuient, sans que cela ne soit explicite, sur la subsidiarité consubstantielle au « droit commun » de la responsabilité. Pour soutenir l'idée que la situation qui a donné naissance au dommage se situe en dehors du champ du contrat, ces auteurs s'appuient sur deux types d'arguments, mettant en avant soit le caractère rétroactif de l'anéantissement du contrat, soit le moment où les faits susceptibles de générer une responsabilité se sont produits, c'est-à-dire avant la conclusion du contrat. Ces deux types d'arguments lient, de manière classique, la compétence de la responsabilité délictuelle à l'absence de compétence de la responsabilité contractuelle. Ils se fondent sur l'idée d'une distance presque physique, matériellement observable avec le contrat, dont les frontières,

---

[1503] Les parties redeviendraient alors de simples tiers à l'égard l'une de l'autre, justifiant sans discussions la nature délictuelle de la responsabilité. V. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, op. cit.,* Introduction, V, spéc. p.5 et n° 233. C'est ce que résume Philippe MALINVAUD par la formule « pas de responsabilité contractuelle sans contrat ». V. Ph. MALINVAUD, *La responsabilité des incapables et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat,* LGDJ, 1965, p.164, n° 13.

[1504] Article 1178, alinéa 4 du Code civil, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 : « Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle ». Il est intéressant de noter que cette confirmation législative de la nature délictuelle de la responsabilité qui accompagne la nullité du contrat n'a fait l'objet d'aucun commentaire de la part des auteurs. Ceux-ci ne relèvent que la possibilité du cumul entre nullité et dommages-intérêts, et posent la question du préjudice réparable. V. not. N. DISSAUX, C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil,* Dalloz, 2016, p. 77. Ceci confirme l'idée que la nature de la responsabilité précontractuelle fait l'objet d'une forme d'unanimité au sein de la doctrine.

[1505] Selon l'article 1182, alinéa 3 du Code civil, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 : « L'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation. En cas de violence, la confirmation ne peut intervenir que quand la violence a cessé ».

[1506] H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t.I, 5ème éd., Montchrestien, n° 124.

[1507] *Ibid*, n° 134.

définies à l'entrée par la conclusion du contrat, agissent comme des barrières hermétiques empêchant l'onde du contrat de se propager en dehors. Or, ce qui fait la spécificité de la responsabilité précontractuelle, c'est au minimum l'espoir d'un contrat à venir, mais également parfois l'existence d'un contrat que les parties ont commencé à exécuter en pleine connaissance du vice. Comment justifier alors dans ce dernier cas la nature délictuelle de la responsabilité, alors même que s'est établi, entre les désormais parties au contrat, un lien contractuel qui a définitivement modifié leur relation ? Ce que certains auteurs qualifient objectivement de « situation contractuelle »[1508] peut en réalité étendre son influence en dehors des strictes frontières matérielles du contrat. Il apparaît dès lors nécessaire, pour justifier la nature délictuelle de la responsabilité, de dépasser les arguments tirés des seules frontières du contrat, et de s'intéresser aux limites de la « situation contractuelle ». Seules l'analyse de ces dernières nous permettra d'affirmer l'inaptitude de la responsabilité contractuelle à régir ces situations précontractuelles, pour affirmer la vocation subsidiaire de la responsabilité délictuelle, norme de droit commun. Après avoir montré l'insuffisance des arguments tirés des frontières matérielles du contrat (§1), nous démontrerons la pertinence des arguments tirés des limites de la situation contractuelle (§2).

§1. L'insuffisance des arguments tirés des frontières matérielles du contrat

387. Vision stricte de la subsidiarité délictuelle. Dès lors que les évènements ayant conduit à la réalisation du dommage se sont produits en l'absence de tout contrat, entre deux personnes pouvant être considérées comme des tiers, des étrangers l'un pour l'autre au sens contractuel, la subsidiarité qui caractérise la responsabilité délictuelle lui impose de prendre le relais de la responsabilité contractuelle, dont la compétence s'arrête aux frontières du contrat. Cette vision stricte de la subsidiarité délictuelle, basée sur une délimitation presque physique du contrat, se matérialise au travers de deux arguments principaux. Le premier est celui que l'on peut nommer l'argument

[1508] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.,* n° 5.

« chronologique », qui se fonde sur l'antériorité des faits au regard de la conclusion du contrat pour justifier l'exclusion de la responsabilité contractuelle, et par conséquent, la compétence exclusive de la responsabilité délictuelle. La force de cet argument tient à sa simplicité et son caractère en apparence irréfutable, pour un juriste français, ou pour tout autre qui ne reconnaîtrait pas la théorie allemande de la *culpa in contrahendo*. Il trouve cependant ses limites lorsqu'un contrat affecté d'un vice de formation est conclu entre les parties, et cède alors devant un second argument, celui fondé sur l'effet rétroactif de la nullité, qui redonnerait fictivement aux parties le statut de tiers au moment des faits dommageables. Aucun de ces arguments ne s'avère pourtant pleinement satisfaisant. Après avoir présenté l'argument tiré du caractère précontractuel du fait générateur de responsabilité (A), nous envisagerons l'argument tiré du caractère rétroactif de la nullité du contrat (B).

A. L'argument tiré du caractère précontractuel du fait générateur de responsabilité

388. L'argument chronologique. Au soutien d'une nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle, l'argument avancé est bien souvent « chronologique »[1509] : puisque le dommage résulte d'une faute précontractuelle, précédant la conclusion du contrat et donc la naissance d'obligations contractuelles, la responsabilité doit rester délictuelle, et ce malgré le fait qu'un contrat ait été effectivement conclu. En effet, du seul fait que l'acte à la fois à l'origine du dommage, et du défaut de formation du contrat, précède la conclusion du contrat, la situation tout entière se situe hors du contrat lui-même, et est maintenue à ses marges, dont nous avons vu qu'elles constituaient le domaine naturel de compétence de la responsabilité délictuelle. On parle alors couramment de « responsabilité précontractuelle »[1510].

[1509] Ce que Catherine THIBIERGE nomme « l'argument chronologique » tiré cette fois, non pas des règles gouvernant la nullité, mais de celles régissant la responsabilité. V. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, op. cit*., n° 234.

[1510] Née sous la plume de SALEILLES en référence à la responsabilité des parties dans les négociations précédant la conclusion du contrat, l'expression fait désormais référence à tout évènement qui se produirait dans cette phase, et serait susceptible d'engendrer la responsabilité d'une des parties. V. R. SALEILLES, « De la responsabilité précontractuelle », *RTD civ.* 1907, p.697 et s.; J. HUET, *Responsabilité contractuelle et délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, op. cit*., n° 236.

389. Un argument essentiel mais insuffisant. Le critère chronologique a en effet une vertu, celle de souligner l'inadéquation d'une qualification contractuelle, et de la responsabilité contractuelle qui en découlerait, lorsque les volontés des protagonistes ne se sont pas définitivement scellées dans un accord. L'idée selon laquelle la responsabilité précontractuelle, puisqu'elle précède la conclusion d'un contrat, ne peut en aucun subir son influence, est aisée à comprendre, et de prime abord très convaincante. Pourtant, cette justification, si elle contient indéniablement une part de vérité, s'avère insuffisante. Après avoir présenté l'argument (1), nous en ferons donc la critique (2).

1. Présentation de l'argument

390. Naissance du terme « responsabilité précontractuelle ». Le terme de responsabilité « précontractuelle », qui sert à désigner spécifiquement la responsabilité qui naîtrait de faits précédant la conclusion, et donc l'existence d'un contrat, est apparu pour la première fois sous la plume de Raymond SALEILLES, en 1907[1511]. Probablement guidé vers cette thématique nouvelle par son intérêt pour le droit comparé[1512], et en particulier pour le droit allemand dont il a une très grande connaissance[1513], il met en exergue de manière inédite les questions liées aux dommages nés de cette situation particulière que sont les premiers contacts qui s'établissent entre deux ou plusieurs individus en vue de la conclusion d'un contrat. En effet, la première étude véritable sur cette période des pourparlers, faite de

[1511] R. SALEILLES, « De la responsabilité précontractuelle. À propos d'une étude nouvelle sur la matière », *op. cit*.
[1512] On notera ainsi que la toute première référence évoquée par l'article, et à laquelle se confronte l'auteur tout au long de sa réflexion, est celle d'un article écrit l'année précédente par Gabriele FAGELLA, célèbre juriste italien, lui-même très influencé par les écrits des Pandectistes allemands. V. G. FAGELLA, « Dei Periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica », in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, Naples, 1906, vol.III, p.271 et s.
[1513] Les références à la doctrine allemande du XIX^{ème} siècle, dominée par les Pandectistes, sont nombreuses dans cet article, notamment à Rudolf von JHERING et Bernhard WINDSCHEID. V. R. SALEILLES, « De la responsabilité précontractuelle. À propos d'une étude nouvelle sur la matière », *op. cit*., spéc. p. 699, p.703 et s., p.722. Par ailleurs, la bibliographie de l'auteur se compose de nombreux ouvrages sur le droit allemand : v. not. R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 3ème éd., LGDJ, 1914 ; *Étude sur les sources de l'obligation dans le projet de Code civil allemand*, Extrait du *Bulletin de la société de Législation comparée,* Paris, éd. F. PICHON, 1889 ; *Introduction à l'étude du droit civil allemand, à propos de la traduction française du Bürgerliches Gesetzbuch entreprise par le Comité de législation étrangère*, Paris, éd. F. PICHON, 1904.

négociations, d'offres multiples et parfois d'accords préparatoires, est menée par le célèbre juriste allemand JHERING, membre de l'école historique allemande[1514], dans sa célèbre étude intitulée « De la *culpa in contrahendo* ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites »[1515]. JHERING nous explique, dès le début de sa démonstration, qu'il est venu à l'étude de ce « sujet entièrement nouveau » par le constat d'un manque. Chaque fois qu'il doit aborder dans ses enseignements les problèmes liés à la validité du contrat, et notamment à l'erreur, surgit la question des conséquences pour celui dont la faute serait à l'origine du vice de formation, et notamment de sa responsabilité éventuelle[1516]. Ne trouvant aucune réponse satisfaisante à cette question, il entreprend de l'étudier et de la prolonger sur le terrain plus général de la faute commise dans la conclusion d'un contrat, la *culpa in contrahendo*, dont il élabore une véritable théorie.

Tout en se situant ainsi dans sa lignée, SALEILLES prend acte d'une autre facette de la faute précontractuelle, qui découle d'une réalité nouvelle, celle de l'obsolescence du modèle du contrat conclu de manière instantanée, en « un instant de raison »[1517], et de la nécessité de plus en plus fréquente de passer par une phase de négociations qui rend la conclusion du contrat plus progressive, jalonnée d'étapes qui ont pour but d'établir entre les futures parties une certaine confiance, et les règles de leur future entente[1518]. Constatant que jusqu'alors, seule la question de la révocation de l'offre avait intéressé les auteurs, il introduit la question nouvelle de la responsabilité qui découlerait d'une rupture fautive des pourparlers, qui se définissent justement

---

[1514] Au sein de laquelle il a entrepris un renouvellement des méthodes, et fait entendre une voix dissonante, s'opposant notamment en partie à la pensée de Friedrich Carl VON SAVIGNY, et surtout à son excès de dogmatisme. Ainsi, si JHERING était attaché à l'étude du droit romain comme SAVIGNY, il proposait de le « dépasser » pour trouver « l'esprit du droit », ce qu'il résume dans cette formule : « par le droit romain, mais outre et au-delà ». V. not. J.-L. HALPÉRIN, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2001/1, n° 4, p.9 et s., spéc. p.12.

[1515] En allemand « Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen », in *Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht,* Band 4, 1861, p.1 et s.

[1516] R.V. JHERING, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites* (1860), in Œuvres choisies, t.II, trad. O. DE MEULENAERE, Paris, Marescq, 1893, p. 3, n° 1.

[1517] Modèle promu par le Code civil de 1804, conçu en tenant compte d'une référence, celle du contrat-échange. V. F. TERRÈ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 183.

[1518] J. SCHMIDT, « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ.* 1974, p. 46 et s., spéc. n° 1 : « Le schéma classique rend, alors, moins compte de la formation du contrat ; il ne s'agit plus toujours d'un acte primitif par lequel un état de droit succède au néant juridique mais du point d'aboutissement de toute une période préparatoire de négociations ».

comme les « tractations préalables à l'émission de l'offre »[1519]. C'est le caractère contraignant de l'offre pour celui qui l'émet qui marque ainsi la fin de cette période préliminaire, comme le reflète aujourd'hui l'article 1114 du Code civil qui rappelle que l'offre « exprime la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation », et qu'à défaut, elle ne pourrait constituer qu'une simple « invitation à entrer en négociations ». Depuis SALEILLES, il est ainsi devenu d'usage, au sein de la doctrine française, de désigner ainsi cette responsabilité aux contours particuliers.

391. Sens premier du terme « responsabilité précontractuelle » : l'antériorité au contrat. Le choix du qualificatif « précontractuel », qui décrit une réalité objective, celle d'une responsabilité qui précède la conclusion du contrat, semble en réalité contenir la nature même de cette responsabilité[1520]. S'appuyant sur un tracé des frontières temporelles du contrat a priori aisé, toute responsabilité qui interviendrait avant la conclusion du contrat ne peut en aucun cas être contractuelle, et doit donc nécessairement relever du « droit commun » de la responsabilité, la responsabilité délictuelle[1521]. Cet argument « chronologique » s'appuie sur la définition classique du domaine de la responsabilité contractuelle, dont la mise en œuvre suppose la violation d'une obligation de nature contractuelle, qui fait ici défaut. Très convaincant, « le raisonnement s'impose par sa simplicité : la responsabilité contractuelle suppose la violation d'un contrat. En l'absence de contrat, il n'y a pas de place pour la responsabilité contractuelle ; la responsabilité ne saurait être que délictuelle »[1522]. Ainsi, le préfixe « pré » accolé au terme « contractuelle » a pour objet et pour effet de matérialiser cette distance avec le contrat, perçu comme l'évènement fondateur de la relation contractuelle qui va s'établir entre les parties. Tout comme la « préhistoire »

[1519] R. SALEILLES, « De la responsabilité précontractuelle. À propos d'une étude nouvelle sur la matière », *op. cit*., spéc. p.735.
[1520] SALEILLES lui-même le pressentait bien, lorsqu'il affirmait que ce n'était « pour ne rien préjuger sur tous ces points de doctrine », relatifs à la nature de cette responsabilité, qu'il avait « adopté ce terme un peu nouveau de responsabilité précontractuelle, qui n'implique qu'une donnée chronologique, sans prendre parti sur le reste ». V. R. SALEILLES, « De la responsabilité précontractuelle. À propos d'une étude nouvelle sur la matière », *op. cit.,* spéc. p. 700.
[1521] D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, *op. cit.,* n° 104 et 105: « Le tracé des frontières de la responsabilité contractuelle est relativement net, et obéit à une règle stricte et carrée : tout ce qui se passe avant et après ne relève pas encore, ou plus, de la responsabilité contractuelle ; c'est donc le droit commun de la responsabilité extracontractuelle qui prend le relais, grâce à la clause générale de l'article 1382, devenu 1240, du Code civil. Ainsi l'éventuelle responsabilité qui pourrait être encoure pendant la période précontractuelle, notamment en raison d'une rupture abusive des pourparlers, est sans l'ombre d'un doute de nature délictuelle ».
[1522] C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit*., n° 234.

se définit comme la période qui précède la véritable « histoire » et le tournant que marque la naissance de civilisations qui se racontent par l'écriture[1523], le « précontractuel » ne se définit que par son caractère préliminaire à cet évènement important, la conclusion du contrat. Et en cela, il ne peut être, à défaut d'être contractuel, que délictuel[1524].

2. Critique de l'argument

392. Faiblesses de l'argument chronologique. Fonder la nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle sur un critère chronologique paraît tomber sous le sens, et fait de cet argument une donnée incontestable, mais aussi parfaitement cohérente avec le caractère subsidiaire de la responsabilité délictuelle. Cet argument n'est pourtant pas partagé par tous les systèmes juridiques, ni même toujours parfaitement respecté par le droit français, ce qui le fragilise (a). Ne permettant pas de prendre en compte la diversité de la période précontractuelle, il est par ailleurs inadapté (b).

a) Un argument fragilisé

393. Sens second du terme « responsabilité contractuelle » : la proximité du contrat. L'évidence avec laquelle s'impose l'argument chronologique peut être ébranlée lorsque l'on s'attarde sur le second sens que peut recouvrir le qualificatif « précontractuel ». En effet, cette dénomination ayant pour but d'insister sur la distance de cette période avec le contrat lui-même, ne fait en réalité que nous rappeler la proximité de celui-ci[1525]. Le précontractuel ne peut être un délictuel comme les autres,

---

[1523] V. not. W. STOCZKOWSKI, « La Préhistoire : les origines du concept », *Bulletin de la Société préhistorique française*, t.90, n° 1, 1993, p.13 et s. Bien que l'on ait du mal à définir parfaitement quel évènement marquerait l'entrée dans l'Histoire, il est certain que la Préhistoire se définit comme la période qui la précède.

[1524] La grande majorité de la doctrine abonde dans le sens de cet argument qui semble incontestable. V. not. Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3ème éd., Lexisnexis, n° 117 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 434.

[1525] V. L. NAU, « Responsabilité pré- ou prés contractuelle ? Variations sur un même thème en droit comparé franco-allemand », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du doyen Bernard Gross,* Presses Universitaires de Nancy, 2009, p. 119 et s. : en faisant cette double référence dès le titre, aux dimensions temporelles et spatiales de la question précontractuelle, l'auteur illustre cette tension entre distance avec le contrat d'un côté, et proximité du contrat de l'autre.

puisqu'il ne se définit étymologiquement que par la période qui le suit, marquée par la conclusion du contrat. Or de ce qualificatif, on laisse habituellement de côté la seconde partie, le « contractuel », qui implique pourtant que bien que l'évènement que l'on étude se situe avant, et donc en dehors du contrat, il ne lui est pas complètement étranger[1526]. De fait, les dommages que l'une des parties aux négociations, parfois devenue partie au contrat, subit du fait de l'acte fautif d'une autre partie, ou de son cocontractant, dans la période précontractuelle, l'affectent *en raison* de la conclusion à venir du contrat. Les négociations ne peuvent être seulement perçues comme de simples « discussions préparatoires à la conclusion », mais matérialisent également une « cristallisation progressive des consentements », et si unité il y a de la période précontractuelle, c'est en ce que « tout ce qui y est fait tend vers le contrat »[1527]. Ainsi, que la confiance légitime de l'une des parties envers l'autre, suscitée par des négociations longues et sérieuses, ait été brisée par la rupture fautive des pourparlers par l'autre partie, ou que la faute de l'une ait conduit à la conclusion d'un contrat affecté d'un vice qui préjudicie à l'autre, c'est bien l'espérance légitime que l'une des parties place en la conclusion d'un contrat conforme à ses souhaits qui a été brisée, et est à la source de ses maux.

394. Droit comparé et droit international privé. Ces deux sens du précontractuel se retrouvent dans l'opposition des doctrines française et allemande sur la nature de la responsabilité précontractuelle, opposition qui se prolonge dans des questions de droit international privé. À des considérations de droit comparé (i) s'ajoutent des considérations de droit international privé (ii).

i) Considérations de droit comparé

395. Opposition des doctrines française et allemande. Cette dualité de sens s'incarne parfaitement dans l'opposition des doctrines françaises et allemande de la responsabilité précontractuelle. Là où la doctrine française s'est concentrée sur le caractère antérieur au contrat de cette responsabilité, la doctrine allemande a choisi au

[1526] V. Ch. ATIAS, *D.* 1995.180, note sous Com., 18 octobre 1994 : « Le précontractuel ne peut être confondu avec le contractuel ; pourtant il n'est plus tout à fait délictuel ».
[1527] O. DESHAYES, « Avant-propos » et « Les parties aux négociations contractuelles. Réflexions sur le sens de l'acte de négocier », in O. DESHAYES (dir.), *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats,* PUF, coll. CEPRISCA, 2008, p. 43 et s., spéc. p.46.

contraire de l'analyser sous le prisme de cette proximité avec le contrat. L'accent est ainsi mis sur l'influence du contrat à venir, voire existant, dans la nature de la relation entretenue par les parties, et non sur la distance qui les sépare encore du contrat au moment du dommage[1528], jusqu'à créer une véritable fiction, celle d'un avant-contrat, qui donnera à cette relation une nature véritablement contractuelle. C'est la célèbre théorie de la *culpa in contrahendo* développée par JHERING au XIX^{ème} siècle, selon laquelle la faute commise dans la conclusion du contrat – qu'elle empêche la conclusion ou qu'elle conduise à sa malformation – s'assimile à la violation d'une obligation de nature contractuelle[1529]. L'auteur justifie cette nature en considérant que cette obligation de loyauté et de bonne foi dans les négociations naît d'un avant-contrat qui existe tacitement entre les parties dès la formulation d'une offre sérieuse par le pollicitant[1530]. Cette théorie développée au XIX^{ème} siècle ne trouvera officiellement sa place dans le Code civil allemand qu'en 2002, lors de la grande réforme du droit des obligations, au §311, alinéa 2 du *BGB*[1531].

[1528] V. R.V. JHERING, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites* (1860), in Œuvres choisies, t.II, trad. O. DE MEULENAERE, Paris, Marescq, 1893, p.1 et s., spéc. n° 11, p.25 : « La conclusion d'un contrat projetée et accomplie extérieurement ou en apparence, […] doit, d'avance nous faire présumer que c'est dans le lien qui existe ici entre la *responsabilité* et le *rapport contractuel* que se trouve renfermée la nature propre de notre demande de dommages-intérêts ». L'auteur tire ainsi du lien qui existe les faits commis dans la période précontractuelle et le contrat qui reste encore à venir au moment où ils se réalisent, la nature contractuelle de la responsabilité qui en découle.

[1529] *Ibid*, p.1 et s., spéc. n° 11, p. 25 : « […] la *culpa* qui se présente ici est exactement de la même espèce que celle que nous rencontrons seulement dans les rapports contractuels » et n° 21, p. 47 et 48 : « L'inobservation de cette *diligentia* donne lieu, dans l'un comme dans l'autre cas, à l'action contractuelle en dommages-intérêts. La *culpa in contrahendo* n'est autre chose que la *culpa* contractuelle dans une direction spéciale ».

[1530] C'est ce que l'auteur nomme « l'obligation de prester la *diligentia in contrahendo* ». V. *Ibid*, p.1 et s., spéc. n° 16, p. 40.

[1531] La grande réforme du droit des obligations allemand résulte d'une loi officiellement adoptée le 26 novembre 2001, et entrée en vigueur sur le territoire allemand le 1er janvier 2002. Il faut cependant nuancer cette affirmation devenue si courante selon laquelle le droit allemand aurait repris, en 2002, la théorie de JHERING telle quelle, et aurait conduit ainsi à une « absorption par le contrat de la période précontractuelle ». V. M. OUDIN, « Un droit européen… pour quel contrat ? – Recherches sur les frontières du contrat en droit comparé », *RIDC* 2007, p.475 et s., spéc. n° 7. En réalité, le §311, alinéa 2 du *BGB* se contente, lorsqu'il évoque les « mesures préparatoires à la conclusion d'un contrat » ou encore les « contacts d'affaires », de renvoyer au § 241, alinéa 2, c'est-à-dire à la théorie générale des obligations et de leur inexécution, quelle que soit leur nature. L'affirmation du caractère contractuel de l'obligation précontractuelle n'est donc pas explicite. Sur ce point, v. M. FROMONT, J. KNETSCH, *Droit privé allemand*, 2ème éd., LGDJ, coll. Domat droit privé, 2017, n° 181. *Adde* B. GSELL, « Die Neuregelungen zu den Vertragsverhandlungen nach der Reform des französischen Schuldsrechts », in F. BIEN, J.-S. BORGHETTI (dir.), *Die Reform des französischen Vertragsrecht,* Mohr Siebeck, 2018, p. 31 et s., spéc. p.38. L'auteur précise au contraire que la nature de la responsabilité précontractuelle reste très discutée en droit allemand. Elle rappelle que déjà chez JHERING, et plus tard chez Claus-Wilhelm CANARIS, l'idée d'une responsabilité contractuelle en l'absence d'un contrat valable semblait poser problème quant à la jurisprudence allemande, elle n'a en réalité jamais vraiment tranché cette question, se référant tantôt aux « geseztliche Schuldverhältnisse » (les liens d'obligations découlant de la loi, ce qui renvoie notamment aux obligations non contractuelles), tantôt aux « vertragsähnliche Vertrauensverhältnis » (lien de confiance similaire à ceux découlant du contrat).

Si cette justification théorique d'une nature contractuelle de la responsabilité précontractuelle n'a trouvé que peu d'écho dans la doctrine française[1532], c'est que la fiction de l'avant-contrat tacite peine à convaincre alors que la clause générale de responsabilité délictuelle permet déjà de prendre en compte l'intégralité des situations précontractuelles[1533]. Au contraire, le champ limité de ce que l'on a nommé les « petites clauses » du droit allemand de la responsabilité délictuelle obligeait à se tourner vers la responsabilité contractuelle, aux conditions plus souples. C'est d'ailleurs en réalité le premier argument invoqué par JHERING au soutien de sa théorie, qui part du constat de l'incompétence des règles de la responsabilité délictuelle en droit romain pour traiter de ces dommages précontractuels, pour en déduire une forme de compétence « subsidiaire » de la responsabilité contractuelle[1534]. L'absence de clause générale en droit allemand conduit alors à penser les rapports avec la responsabilité contractuelle par une méthode qui va à l'opposé du droit français. Et l'on voit ainsi que l'argument chronologique ne suffit pas à convaincre à lui seul ni de la nature délictuelle, ni de la nature contractuelle de la responsabilité.

ii) Considérations de droit international privé

396. Répercussions sur la qualification en droit international privé. Cette discordance entre les deux systèmes juridiques se prolonge d'ailleurs sur le terrain du droit international privé, puisque de la qualification délictuelle ou contractuelle retenue par chaque système dépend non seulement la désignation de la loi applicable, alternant

---

[1532] Mis à part quelques auteurs du début du XX^{ème} siècle notamment, acquis à la doctrine de JHERING, à commencer par son plus grand connaisseur, SALEILLES. V. R. SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, Paris, Pichon,1890, n° 153 à 161. Mais également A. LEGROS, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats*, thèse Dijon, 1900 ; M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t.VI, 2ème éd. par P. ESMEIN, LGDJ, 1952, n° 189. Plus récemment, bien que s'appuyant sur des justifications différentes, J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, op. cit.,* n° 236 et s. et n° 258 et s.

[1533] Soulignant l'artifice de la construction de la *culpa in contrahendo* du point de vue du droit français : V. F. TERRÈ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit*., n° 434.

[1534] R.V. JHERING, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites* (1860), in Œuvres choisies, t.II, trad. O. DE MEULENAERE, Paris, Marescq, 1893, p.1 et s., spéc. n° 10, p.24 : « or si, conformément à ce qui précède, il est absolument impossible de rattacher notre demande de dommages-intérêts aux deux cas cités de dommage extra-contractuel – et il n'existe point d'autres cas – il ne reste plus qu'à renoncer complètement à l'idée du caractère *extra-contractuel* de la responsabilité qui est à la base de cette demande et à reconnaître qu'il est littéralement impossible de justifier cette demande, ou bien à voir si, malgré la nullité du contrat, il n'y a pas moyen de ramener cette demande à la responsabilité contractuelle ». *Adde*, dans le même sens, B. GSELL, « Die Neuregelungen zu den Vertragsverhandlungen nach der Reform des französischen Schuldsrechts », *op. cit.,* spéc. p.40.

ainsi classiquement entre *lex loci delicti* d'un côté et *lex contractus* de l'autre, mais aussi la compétence juridictionnelle. Cette opposition soulève des difficultés d'interprétation lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre les réglementations européennes relatives à la loi applicable aux obligations contractuelles et délictuelles, dits règlements Rome I[1535] et Rome II[1536], ainsi que leur prolongement sur le terrain de la compétence judiciaire, le règlement dit Bruxelles I bis, et de les appliquer à des situations précontractuelles. Là encore, l'argument chronologique montre ses faiblesses, en ce qu'il s'avère incapable de fournir une directive d'interprétation. Notions autonomes du droit européen, les contours des matières contractuelle et délictuelle sont définies au fil des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne[1537], qui se livre à un raisonnement qui semble se rapprocher du schéma français.

Dans son arrêt *Kalfelis*, la Cour affirme en effet que la notion de « matière délictuelle » telle que contenue dans la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, aujourd'hui reprise dans l'actuel règlement Bruxelles I bis, s'entend de « toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la " matière contractuelle " »[1538], cette dernière étant caractérisé par la présence d'un « engagement librement assumé »[1539], et plus largement par un « manquement aux obligations contractuelles »[1540]. L'obligation contractuelle, qui devient alors le critère d'application tant de Rome I que de Bruxelles I bis[1541], et celui par défaut de Rome II, sera définie au regard de la loi applicable au contrat, compétente, selon le règlement lui-même, quant à l'interprétation, et donc la détermination du contenu du contrat[1542].

[1535] Règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.
[1536] Règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.
[1537] Sur le flou de ces contours et l'opportunité qui caractérise ces décisions, v. *supra*, n° 282 et s.
[1538] CJCE, 27 septembre 1988, *Kalfelis*, C-189/87, spéc. points 15 et 16 ; *Rev.crit. DIP* 1989.112, H.GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1989.457, A. HUET.
[1539] CJCE, C-26/91, 17 juin 1992, *Jakob Handte.*
[1540] CJUE, 13 mars 2014, *Brogsitter*, C-548/12 ; *D.* 2014.1059, F. JAULT-SESEKE; *D.* 2014.1967, S.BOLLÉE ; *RTD com.* 2014.446, A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; *Rev.crit. DIP* 2014.863, note B. HAFTEL ; *RDC* 2014.691, M. LAAZOUZI.
[1541] La « matière contractuelle » du règlement Bruxelles I bis rejoint ici l'« obligation contractuelle » du règlement Rome I, assurant ainsi une forme de cohérence entre les règles gouvernant la loi applicable et celles encadrant la compétence judiciaire. V. G. LARDEUX, *Droit international privé des obligations contractuelles*, 1ère éd., Larcier, coll.Paradigmes, 2016, n° 15, spéc. p.21.
[1542] Article 12, alinéa 1er du règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I ».

Or selon que cette loi reconnaisse l'obligation précontractuelle comme appartenant au domaine contractuel ou délictuel, la solution sera très différente[1543]. On s'aperçoit alors que le potentiel conflit de qualifications, que le choix de qualifications autonomes, indépendantes des conceptions nationales, avait voulu éviter, ressurgit en réalité lorsqu'il s'agit de sa mise en œuvre par le juge saisi. L'idée d'une qualification *lege fori*, selon les conceptions du for, qui, depuis BARTIN, a la préférence du droit français[1544], risque de refaire surface, brisant l'objectif d'harmonie affichée par les règlements. Dans notre cas, l'absence de partage du critère chronologique pour délimiter le délictuel du contractuel par les différents systèmes des États membres engendre une véritable difficulté dans l'interprétation et l'articulation des différents règlements entre eux, tant sur le terrain tant de la loi applicable, que de la compétence judiciaire. Seule la Cour de justice de l'Union européenne peut alors remédier à cette situation, en attribuant à certaines situations précontractuelles une qualification, et donc une catégorie précise.

397. Une qualification commune des pourparlers. Cette difficulté est accrue par le fait que, bien qu'autonomes, les notions de « matière contractuelle » et de « matière délictuelle » ne sont pas nécessairement définies de manière identique que l'on traite de la loi applicable ou de la compétence judiciaire, et ce que la Cour de justice décide dans un domaine ne vaudra pas nécessairement pour l'autre[1545]. Au sein de la matière précontractuelle cependant, le cas des pourparlers semble faire consensus. Et c'est d'abord sur le terrain de la compétence judiciaire que la Cour de justice est intervenue.

La Cour de justice a en effet considéré en 2002, dans le cadre d'une question préjudicielle posée par la Cour de cassation italienne concernant l'interprétation de l'article 5-1 et 5-3 de la Convention de Bruxelles – devenus l'article 7-1 et 7-2 du

---

[1543] C. SERAGLINI, « Le droit international privé de la période précontractuelle », in O. DESHAYES (dir.), *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats,* PUF, coll. CEPRISCA, 2008, p. 77 et s., spéc. p.85 et 86. spéc. L'auteur pointe du doigt ces situations « kafkaïennes » de divergences notamment lorsque la loi du contrat s'appliquera à la question principale de l'existence du contrat, et la loi du délit, à une question subsidiaire posée sur le terrain de la responsabilité précontractuelle.
[1544] V. not. V. HEUZÉ, « La notion de contrat en droit international privé », in *Travaux du comité français de droit international privé,* 1998, p.319 et s., spéc. p.319.
[1545] V. not. V. HEUZÉ, « La notion de contrat en droit international privé », in *Travaux du comité français de droit international privé,* 1998, p.319 et s., spéc. p. 321. En faveur cependant d'une qualification moniste, et non duale en matière de droit international privé, v. M. MINOIS, « Recherches sur la qualification en droit international privé des obligations. Pour une unité de la qualification », *RDIA*, n° 1, 2018, p.220 et s., et, pour une étude plus approfondie, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, LGDJ, 2020.

règlement Bruxelles I bis – , qu'« étant donné que la responsabilité précontractuelle ne trouve pas son origine dans des engagements librement assumés d'une partie envers une autre[1546], elle relève de la matière délictuelle ou quasi-délictuelle »[1547]. Cette qualification délictuelle est donc fondée sur la distance des éléments à l'origine de la responsabilité, en particulier le fait générateur, à l'égard du contrat. En cela, elle semble coïncider parfaitement avec le système français[1548], et peut trouver une justification simple dans le critère chronologique. Elle a néanmoins suscité un rejet de la part de certains auteurs étrangers, notamment de la doctrine allemande, qui y a pu y voir un « monstre tortueux et à peine compréhensible »[1549]. Elle trouve pourtant un prolongement sur le terrain de la loi applicable, puisque, dans la lignée de cette décision, le règlement Rome I a exclu explicitement les pourparlers de son champ d'application[1550], les renvoyant à ce qui serait le futur texte relatif aux obligations non contractuelles[1551], l'actuel règlement Rome II, qui, dans son article 12, fait désormais référence à « l'obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat ». Les dommages découlant d'une rupture brutale et fautive des pourparlers semblent donc bien relever du domaine de la matière délictuelle.

Les choses ne sont pourtant pas toujours aussi simples, et cette qualification délictuelle, si elle revêt les apanages de la simplicité et de l'évidence, semble pouvoir

---

[1546] Il s'agit ici du critère d'identification d'une obligation contractuelle dégagé par la Cour de justice elle-même dans son arrêt *Jakob Handte*. V. CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte*, C-26/91.
[1547] CJCE, 17 septembre 2002, *Tacconi v. HWS*, C-334/00.
[1548] Un auteur est allé jusqu'à voir dans la décision de la Cour de justice la consécration d'une forme de clause générale, sur le modèle du droit italien ou hollandais, et donc plus restreinte que celle existant en droit français. V. P. RÉMY-CORLAY, « L'action en responsabilité précontractuelle relève de la matière délictuelle ou quasi-délictuelle », note sous CJCE, 17 septembre 2002, *Tacconi v. HWS*, *RCDIP* 2003.668, spéc. n° 13. *Contra*, v. S. BOLLÉE, « À la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles », *D.* 2008.2161, spéc. n° 4. L'auteur voit dans ce rapprochement du droit international privé européen et du droit français une « triple illusion d'optique ». Il considère d'une part que la qualification délictuelle des pourparlers en droit français n'est qu'une « tendance statistique », et ne correspond pas entièrement à la réalité. Il rappelle d'autre part que la qualification donnée par la Cour de justice elle-même ne semble concerner que les cas où aucun contrat n'est conclu, et qu'elle devrait ainsi céder devant le for contractuel lorsque l'une des parties considère le contrat conclu, puisque selon la jurisprudence *Effer*, celui-ci est compétent pour apprécier les « éléments constitutifs du contrat ». V. CJCE, 4 mars 1982, *Effer*, C-38/8, *RCDIP* 1982.570, note H. GAUDEMET-TALLON.
[1549] Dans le texte : « veschlungenes und kaum verständliches Monstrum ». V. P. MANKOWSKI, « Die Qualifikation der culpa in contrahendo – Nagelprobe für den Vertragsbegriff des europäischen IZPR und IPR », *IPRax* 2003, p.127 et s., spéc. p.128, cité notamment par P. LAGARDE, « La *culpa in contrahendo* à la croisée des règlements communautaires », in *Liber Fausto Pocar,* vol.2, Guiffrè Editore, 2009, p.583 et s., spéc. p.587.
[1550] Article 1-2, i) du règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I ».
[1551] Considérant 10 du règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I ».

conduire à des situations d'éclatement de la qualification, à une forme de « dépeçage » du contrat[1552], lorsqu'à la rupture des négociations se mêle des questions relatives à l'existence du contrat. En effet, selon la jurisprudence *Effer*[1553], la compétence du juge en matière contractuelle inclut toute question relative à l'existence même du contrat, suivant l'idée que seul le juge du contrat est à même d'apprécier l'existence des « éléments constitutifs du contrat », et ainsi de vérifier sa propre compétence[1554]. Ce qui soulève une autre question : cette compétence doit-elle céder lorsque la demande consiste en une pure action en nullité, détachée de toute demande relative à l'exécution du contrat ?[1555] On perçoit déjà que les réponses apportées concernant la rupture des pourparlers n'empêchent pas la survenance de conflits liés à l'absence de traitement homogène de la période précontractuelle dans son ensemble, faisant échec au critère chronologique.

398. Une qualification incertaine concernant l'ensemble de la période précontractuelle. Et en effet, qu'en est-il des autres situations dommageables qui, selon le critère chronologique, relèvent de la période précontractuelle, telle que les dommages qui découlent de la malformation initiale du contrat ? Ici les incertitudes persistent. Si le règlement Rome I affirme traiter des questions de validité du contrat[1556], et étend la compétence de la *lex contractus* aux conséquences de son éventuelle nullité[1557], il n'évoque pas expressément la responsabilité qui en découlerait. Doit-on comprendre de cet oubli que seules les restitutions sont prises en charge par cette disposition, et que les dommages-intérêts eux, relèvent des obligations délictuelles[1558] ? Cela semble possible, par le biais notamment de la clause d'exception présente à l'article 4-3 du règlement Rome II, qui déroge à la compétence de principe de la *lex loci delicti* lorsque le fait dommageable présente des liens plus étroits avec un

---

[1552] V. not. P. RÉMY-CORLAY, « L'action en responsabilité précontractuelle relève de la matière délictuelle ou quasi-délictuelle », *op. cit.,* spéc. n° 16.
[1553] CJCE, 4 mars 1982, *Effer*, C-38/8, *RCDIP* 1982.570, note H. GAUDEMET-TALLON.
[1554] H. GAUDEMET-TALLON, note sous CJCE, 4 mars 1982, *Effer*, C-38/8, *RCDIP* 1982.570, spéc. p.577.
[1555] *Ibid*
[1556] Article 10 du règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I ».
[1557] Article 12, alinéa 1er, e) du règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I ».
[1558] P. LAGARDE, « La *culpa in contrahendo* à la croisée des règlements communautaires », in *Liber Fausto Pocar,* vol.2, Guiffrè Editore, 2009, p.583 et s, spéc. p. 594.

autre pays, liens notamment caractérisés par le constat d'une « relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat »[1559].

Par ailleurs, l'emploi du terme *culpa in contrahendo*, forgé par la doctrine allemande, par le règlement Rome II en ses articles 2 et 12, contribue à semer le doute. Cette terminologie ancrée dans la culture juridique allemande est en effet censée couvrir initialement non seulement la question des pourparlers, mais également celle des conséquences d'une malformation du contrat[1560], et renvoie à l'idée d'une qualification contractuelle. Et si le règlement précise, dans son considérant 30, que cette notion doit être interprétée de manière autonome, sans égard au sens que lui donnerait le droit national, il ajoute qu'elle « devrait inclure », sous-entendu au minimum, « la violation du devoir d'informer et la rupture de négociations contractuelles ». Est-ce à dire que, lorsque la violation de l'obligation d'information caractérise également une réticence dolosive, et cause un dommage à l'une des parties, la demande en nullité de celui-ci relèvera de Rome I, et celle en responsabilité de Rome II ? L'éclatement potentiel des situations précontractuelles entre les deux règlements révèle l'échec du critère chronologique à prendre en charge des situations internationales.

399. Le choix de la *lex contractus*. Cette difficulté semble en réalité surmontée, sur le terrain de la loi applicable, par le choix, malgré des qualifications potentiellement différentes, d'un rattachement unique, le règlement Rome II renvoyant en son article 12 à la loi du contrat[1561], elle-même définie selon les rattachements prévus par le règlement Rome I. Ce « pont jeté entre les règlements » [1562] a pour vertu de dépasser le problème posé par la qualification, mais repose alors, lorsque notamment la rupture des négociations aura empêché la conclusion d'un contrat, sur une fiction, celle de la loi

---

[1559] D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t.II, *Partie spéciale*, PUF, 2007, n° 1005, spéc. p.401. Les auteurs rappellent que non seulement cette clause d'exception a pour vertu d'englober tant la question des pourparlers, que de la nullité du contrat, mais qu'elle permet également de relativiser les conséquences d'une qualification distincte de cette période par les divers systèmes juridiques.

[1560] V. *supra*, n°

[1561] Cette extension de la *lex contractus* aux actions en responsabilité associées à une demande concernant l'existence ou la validité du contrat avait été recommandée par certains auteurs qui considéraient qu'il s'agissait là dans l'ensemble de questions liées à la formation du contrat, et donc nécessairement soumises à sa loi. V. not. V. HEUZÉ, « La notion de contrat en droit international privé », in *Travaux du comité français de droit international privé,* 1998, p.319 et s., spéc. p. 326.

[1562] V. S. BOLLÉE, « À la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles », *D* 2008.2161, spéc. n° 2.

« qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu ». Le caractère « précontractuel » au sens chronologique est là encore ignoré, pour lui préférer une « coïncidence de la *lex contractus* et de la *lex delicti* »[1563].

Afin de contourner cette difficulté, notamment lorsque la rupture des négociations est intervenue bien trop tôt pour pouvoir deviner la loi qui aurait été choisie par les parties[1564], l'article 12-2 prévoit un rattachement subsidiaire à la *lex loci delicti*, au lieu de résidence des parties ou encore au pays présentant avec la situation « les liens les plus étroits ». En ce cas, la qualification duale de la période précontractuelle aboutira à l'application de deux lois distinctes. Et ce risque d'éclatement de la période précontractuelle entre plusieurs qualifications se retrouve également sur le terrain de la compétence judiciaire puisque, si l'on admet que, dans la lignée de Rome I, et de l'arrêt *Effer*, le for du contrat doit être compétent pour toute question relative à la validité de l'acte, il devra néanmoins céder devant le for du délit lorsque sera associé à cette question une action en responsabilité[1565]. L'arrêt *Kalfelis* permet un tel dépeçage, ayant considéré que le for compétent pour connaître d'une « demande reposant sur un fondement délictuel n'est pas compétent pour connaître des autres éléments de la même demande qui reposent sur des fondements non délictuels »[1566]. Les faiblesses du critère chronologique sont ainsi amplifiées lorsque la situation présente un caractère international, et son échec pour gérer le conflit de lois et déterminer la compétence internationale est visible tant sur le terrain de la qualification, que des solutions adoptées.

b) Un argument inadapté

400. Inadaptation d'un traitement homogène de la période précontractuelle. L'inadaptation du critère chronologique découle de la perception homogène de la période précontractuelle sur laquelle il se fonde. Tant que le contrat définitif n'est pas

[1563] *Ibid*, spéc. n° 4.
[1564] C.SERAGLINI, « Le droit international privé de la période précontractuelle », *op. cit.,* spéc. n° 28. L'auteur souligne cette difficulté d'identification de la loi « qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu », qui dépend largement du stade d'avancement desdites négociations.
[1565] P. LAGARDE, « La *culpa in contrahendo* à la croisée des règlements communautaires *op. cit*., spéc. p.595.
[1566] CJCE, 27 septembre 1988, *Kalfelis*, C-189/87, spéc. point 21.

conclu, la liberté contractuelle règne, et ne tolère qu'une seule sanction à ses abus : la responsabilité délictuelle. Cette vision uniforme de cette phase précédant la conclusion du contrat semble par ailleurs correspondre à l'idée que s'en feraient les parties elles-mêmes, qui dès l'entrée en négociations, se sentent prises au cœur d'un procès continu d'engagement, oubliant au contraire qu'elles n'ont pas encore abdiqué toute liberté[1567].

Pourtant, la réalité est bien différente et la période précontractuelle, loin de constituer un ensemble homogène[1568], est émaillée d'actes à la valeur juridique variable, impliquant des degrés d'engagement divers. Les négociations et la liberté de les rompre, l'offre et la faculté de rétractation du pollicitant, ou encore la question de la sanction d'une promesse unilatérale de contrat, autant d'étapes qui symbolisent l'entrée progressive, ou plutôt, pour certains auteurs familiers de la théorie allemande de la « punctuation », par couches « successives », dans le contrat[1569]. Le Code civil réformé illustre parfaitement cette idée, réservant tout d'abord les articles 1112 à 1112-2 aux négociations, puis les articles 1113 à 1122 à l'offre et l'acceptation, et enfin les articles 1123 et 1124 aux avant-contrats que sont le pacte de préférence et la promesse unilatérale de contrat, insistant même parfois explicitement sur leurs différences[1570], et prévoyant pour chaque étape un régime à la mesure de la restriction de liberté qu'elles représentent pour les protagonistes, de la simple responsabilité civile à la conclusion

[1567] Sur l'importance d'une analyse sous l'angle de la psychologie, v. B. BOURDELOIS, « Réflexions sur le traitement des relations précontractuelles en droit international privé », *in Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie,* p. 107 et s., spéc. p.108 ; S. MICHAUX, « La formation du contrat : pour un rapprochement entre psychologie et droit », in M.FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen,* Bruylant, LGDJ, 2002, p.139 et s.

[1568] Sur le caractère hétérogène de la période précontractuelle, v. M. MINOIS, *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, LGDJ, 2020, n° 91.

[1569] A. RIEG, « La punctuation. Contribution à l'étude de la formation successive du contrat », *in Études offertes à Alfred Jauffret,* Aix-en-Provence, Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, 1974, p.593 et s.

[1570] À l'instar de l'article 1114 du Code civil qui définit l'offre et en donne les caractères principaux (elle doit comprendre les éléments essentiels du contrat et manifeste une volonté d'être lié par l'acceptation), pour ensuite préciser qu'à défaut, elle ne pourra constituer qu'une « invitation à entrer en négociation ». Ainsi, tout en se distinguant nettement de simples pourparlers, l'offre s'inscrit nettement dans une forme de continuité au sein du processus de formation du contrat.

forcée du contrat[1571]. Avec cependant une quasi-constante : la nature délictuelle, ou plutôt extracontractuelle de la responsabilité susceptible d'accompagner la rupture de cet engagement[1572].

Pourtant, malgré le caractère éminemment pédagogique d'une telle présentation de la période précontractuelle sous forme d'étapes identifiées auxquelles il est possible d'attacher un régime spécifique, la question du moment à partir duquel l'accord projeté existe réellement, et lie définitivement les parties, peine à être saisie, attestant de la difficulté à tracer une frontière nette entre ce qui relève de la formation du contrat, et de son exécution[1573]. Ainsi peut se résumer le contraste entre la simplicité de l'argument

---

[1571] Le nouvel article 1124, alinéa 2 du Code civil prévoit en effet que « la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la conclusion du contrat promis », brisant ainsi une jurisprudence établie depuis 1993 par l'arrêt *Consorts Cruz*, qui n'accordait alors au bénéficiaire de la promesse qu'un simple droit à des dommages-intérêts. Ces dommages-intérêts étaient d'ailleurs nécessairement accordés sur le terrain de la responsabilité délictuelle, la Cour refusant de considérer le contrat conclu par la levée d'option. V. Civ.3ème, 15 décembre 1993, n° 91-10.199, *Consorts Cruz*, *D.* 1994.507, note BÉNAC-SCHMIDT ; *D.* 1994. Somm.230, obs. O. TOURNAFOND ; *D.* 1995. Somm.87, obs. L. AYNÈS ; *JCP* 1995.II.223666, note D. MAZEAUD ; *Defrénois* 1994.795, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1994.588, obs. J. MESTRE. Puis, réaffirmant cette solution, Civ.3ème, 11 mai 2011, n° 10-12.875, *D.* 2011.1457, note D. MAZEAUD ; *D.* 2011.1460, note D. MAINGUY ; *CCC* 2011, n° 186, note L. LEVENEUR ; *Defrénois* 2011.1023, chron. L. AYNÈS ; *RTD civ.* 2011.532, obs. B. FAGES et Com. 13 septembre 2011, n° 10-19.526, *JCP E* 2011.1826, n° 3 obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ; *CCC* 2011, n° 253, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2011.758, obs. B. FAGES.

[1572] Si l'article 1116, alinéa 3 du Code civil affirme explicitement la nature extracontractuelle de la responsabilité mise en œuvre en cas de rétractation de l'offre pendant le délai fixé pour l'acceptation, en revanche l'article 1112 relatif à la rupture fautive des pourparlers reste silencieux à ce sujet. L'alinéa 2 se contente en effet de préciser quels seront les préjudices réparables, sans faire mention du fondement de cette action en réparation. Il est néanmoins évident que la réforme de 2016 n'a pas entendu revenir sur la nature délictuelle de cette action en responsabilité sur laquelle tant la jurisprudence que la majorité de la doctrine s'accordent. V. sur ce point N. DISSAUX, C. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Supplément au Code civil 2017, Dalloz, 2016, comm. ss. art. 1112, p. 16. En revanche, concernant la promesse unilatérale de contrat, si la jurisprudence a, pendant plus de vingt ans, accordé au bénéficiaire, en cas de rétractation du promettant, une seule issue, celle de la responsabilité contractuelle, puisque sanctionnant la violation d'un avant-contrat, l'article 1124, alinéa 2 ne fait plus mention que d'une seule sanction, la conclusion forcée du contrat définitif. L'action en responsabilité contre le promettant qui se rétracte ne semble dont pas être une option puisque par la seule levée d'option de la part du bénéficiaire, le contrat est conclu, le consentement du promettant étant considéré comme définitivement donné, et sa rétractation étant donc restée sans effet. La conclusion du contrat final n'est ici pas tant une sanction à la rétractation de sa promesse par le promettant, mais bien un effet automatique de l'exercice d'un droit potestatif, la levée d'option. Par ailleurs, il ne semble pas non plus possible d'envisager une action en responsabilité complémentaire à cette conclusion forcée, puisqu'alors le bénéficiaire ne semble souffrir d'aucun préjudice. Sur la nature de droit potestatif du droit d'option, v. I. NAJJAR, *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Paris, 1967, n° 17 et s. Contre la conclusion forcée du contrat malgré la rétractation du promettant, v. M. FABRE-MAGNAN, « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente », *D.* 2015.826.

[1573] F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations*, 12ème éd., Dalloz, 2019, n° 251 et s., spéc. n° 253. Les auteurs illustrent cette difficulté à définir le seuil matérialisant l'entrée définitive dans le contrat pour les parties par l'exemple de la pratique du *signing* et du *closing* en matière de cessions et acquisitions d'actions de sociétés. *Adde* R. LIBCHABER, note sous Civ.3ème, 28 juin 2006, *Defrénois* 2006.1858, spéc. p.1861. L'auteur explique que le contrat se forme « par un processus de cristallisation insensible, rétif à toute rationalisation tant soit peu ferme ».

chronologique et les difficultés posées par sa mise en œuvre : « Pas de responsabilité contractuelle sans contrat. Encore faut-il savoir à partir de quand il y a contrat »[1574].

401. Fragilité de la distinction entre formation et exécution du contrat. En effet, cette formation progressive du contrat rend plus ténue, parfois même artificielle, la frontière entre formation et exécution du contrat. Pour preuve la question de la nature des obligations d'information qui peuvent être dues par une partie à son cocontractant, et qui sont supposées être délivrées au cours de cette phase préliminaire de formation du contrat. Si la réforme du droit des contrats a pris le parti d'introduire, dans la lignée de la jurisprudence[1575], un devoir général d'information entre parties au contrat, elle ne précise pas la nature de la responsabilité qui viendrait, selon l'article 1112-1, alinéa 6, en sanctionner la violation. Mais puisqu'il s'agit alors explicitement d'une obligation[1576] visant à éclairer le consentement de l'autre partie afin qu'elle puisse s'engager de manière libre et éclairée – ce que symbolise parfaitement son introduction au sein d'un chapitre dédié à la formation du contrat, et d'une section consacrée à sa conclusion – elle est nécessairement précontractuelle et la responsabilité qui accompagne leur inexécution sera, en concordance avec le critère chronologique, de nature délictuelle.

Les choses se compliquent lorsque ces obligations ne visent plus à assurer que la conclusion du contrat se fasse dans les meilleures conditions, mais plutôt à ce que soient délivrées les informations nécessaires à sa bonne exécution[1577] et qu'elles revêtent dès lors une nature contractuelle. De telles obligations ont pu voir le jour sous

---

[1574] H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* tome I, Montchrestien, 5ème éd. Refondue, n° 116.

[1575] Pour un aperçu du rôle de la jurisprudence dans le développement des obligations d'information au sein de divers types de contrats, v. not. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n° 614 et s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 9ème éd., LGDJ, 2017, n° 776 et s.

[1576] Bien que le libellé de l'article 1112-1, alinéa 2 du Code civil fasse référence à un « devoir d'information », il semble bien que l'on puisse parler ici d'« obligation » au sens où il s'agit d'une prestation que doit fournir l'une des parties à son cocontractant, contrairement, comme le fait justement remarquer Madame FABRE-MAGNAN, au devoir général de bonne foi dans la formation et l'exécution du contrat, qui est une « façon d'exécuter une obligation plus qu'une obligation à proprement parler ». V. M. FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP* 2016.706.

[1577] F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n° 614. La distinction entre ces deux types d'obligations d'information, ayant, pour certaines, comme objet de permettre l'expression d'un consentement éclairé et pour d'autres, d'assurer une exécution satisfaisante du contrat, a été effectuée en premier lieu par Madame FABRE-MAGNAN. V. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ, 1992, n° 281.

l'impulsion de la jurisprudence dans un certain nombre de contrats spéciaux[1578], principalement la vente, sous forme d'une obligation d'information sur les conditions d'utilisation et les risques éventuels de la chose fournie adaptée aux attentes de l'acheteur[1579], mais aussi dans de nombreux contrats de prestation de service, lorsque l'activité en question le requiert[1580]. L'action en responsabilité qui naît de leur inexécution est alors assurément contractuelle[1581]. On constate pourtant que la distinction entre ces différents types d'obligations, qui peuvent être également de mise en garde ou de conseil[1582], s'avère en réalité très délicate, et conduit parfois à des jurisprudences fluctuantes – l'un des meilleurs exemples étant le traitement réservé à

[1578] *Ibid*, n° 413 et s.
[1579] Com., 4 janvier 2005, n° 03-16.790, *CCC* 2005, n° 108, obs. L. LEVENEUR. Il s'agissait en l'occurrence d'une obligation de conseil imposant au vendeur de s'enquérir des besoins particuliers de l'acquéreur afin de l'informer sur l'aptitude du bien fourni à satisfaire lesdits besoins.
[1580] C'est le cas particulièrement concernant les professionnels du droit, souvent soumis à un devoir de conseil à l'égard de leur client, ou encore des contrats présentant un danger pour la personne ou son patrimoine, expliquant notamment les devoirs de mise ne garde et parfois de conseil mis à la charge du banquier. V. not. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 9ème éd., LGDJ, 2017, n° 778.
[1581] Pour certains types de contrats, cette nature contractuelle de l'obligation d'information, et donc de la responsabilité qui en sanctionne la violation, est relativement acquise en jurisprudence. C'est le cas notamment de l'information délivrée par le vendeur quant à l'utilisation du bien fourni, et son aptitude à satisfaire les besoins du l'acquéreur, qui est qualifiée de contractuelle par la jurisprudence depuis les années 1980. V. not. Com., 25 juin 1980, *Bull. civ.*1980, n° 276, *RTD civ.* 1981.157, obs. G. DURRY
[1582] Certains auteurs s'appuient d'ailleurs sur cette classification en fonction du degré d'information requis pour en déduire leur nature : délictuelle pour les obligations d'information simples, elle serait contractuelle face aux obligations de mise en garde ou de conseil selon les auteurs. V. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 9ème éd., LGDJ, 2017, n° 781.

la responsabilité du notaire[1583] – révélant la fragilité de la frontière entre formation et exécution du contrat[1584].

Au-delà de ces incertitudes existe pourtant une constante : cette obligation, quand bien même elle toucherait aux effets du contrat, est en principe délivrée en amont de la conclusion du contrat. Ainsi, alors que les faits qui caractérisent sa violation, et en même temps le fait générateur de responsabilité, précèdent la conclusion du contrat, ils peuvent pourtant mener à la mise en œuvre d'une responsabilité de nature contractuelle. Le critère chronologique, fondé sur une distinction figée entre formation et exécution du contrat qui n'existe pas dans les faits, ne suffit donc pas à expliquer la nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle[1585].

402. Incapacité du critère à saisir l'intégralité de la période précontractuelle. Le critère chronologique s'avère par ailleurs paradoxalement inapte à saisir l'intégralité de la période précontractuelle, son traitement unitaire ne permettant pas de rendre compte de la diversité des situations et problématiques posées. L'argument

[1583] La jurisprudence a en effet régulièrement oscillé entre les qualifications contractuelle et délictuelle concernant la responsabilité du notaire à l'égard de son client. Il pèse sur le notaire tout d'abord plusieurs types d'obligations, allant de l'information simple au conseil, selon le rôle notamment joué par celui-ci à l'égard de son client et la conclusion éventuelle d'un acte juridique. Par ailleurs, ces obligations ont pu être qualifiées alternativement de contractuelles ou délictuelles, sans qu'il soit aisé de distinguer les raisons d'une telle variation. En faveur d'une qualification contractuelle, qui semble parfois justifiée par le rôle de mandataire joué par le notaire : v. not. Civ.1ère, 1er juin 1958, *Bull. civ. I*, n° 358, p.284 ; Civ.1ère, 24 juin 1963, *D.* 1963.717 ; Civ.1ère, 4 février 1997, n° 94-19.013. En faveur d'une nature délictuelle, parfois justifiée par le rôle classique de rédaction et authentification de l'acte : Civ.1ère, 29 avril 1965, *D.* 1965.578 ; Civ.1ère, 5 janvier 1968, *Bull. civ. I*, n° 5, p.3 ; Com., 27 avril 1976, *Bull. civ*. IV, n° 139, p.118 ; Civ.1ère, 23 janvier 2008, *Bull. civ. I*, n° 27, *Defrénois* 2008.712, note R. LIBCHABER.

[1584] La jurisprudence elle-même semble régulièrement confondre ces deux types d'obligations. V. not. Civ.1ère, 3 juillet 1985, n° 84-10.875, *Bull. civ. I*, n° 211, p.191 ; Civ.3ème, 2 décembre 1992, *CCC* février 1993, n° 24, cités par F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 614, note 3. Le premier arrêt concernait l'achat de tuiles censées être étanches mais ne présentant pas les qualités requises, tant intrinsèquement qu'au regard du support sur lequel elles avaient vocation à être utilisées, qui n'était pas adapté. Le second arrêt concernait la résolution d'un contrat de vente d'un chalet en raison du refus de permis de construire opposé aux acquéreurs. La Cour de cassation considère que les vendeurs avaient violé leur obligation d 'informer leurs clients sur l'impossibilité d'implanter le chalet vendu sur ledit terrain. Les caractères attendus du bien font défaut ici dès le départ, mais c'est sur le fondement contractuel, en raison de l'inaptitude du bien à satisfaire les attentes de l'acquéreur, que les juges rendent leur décision. Ces deux thématiques rappellent fortement la question de la distinction entre l'obligation, mise à la charge du vendeur, de délivrance conforme et la garantie des vices cachés, qui a longtemps agité la doctrine. V. Civ.1ère, 1er décembre 1998, n° 96-21.951, *RDI* 1999.262, note Ph. MALINVAUD concernant des tuiles gélives et Civ.3ème, 14 septembre 2017, n° 16-20.965 concernant le refus d'un permis de construire.

[1585] V. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ, 1992, n° 418. L'auteur justifie la qualification contractuelle de ces obligations qui, pourtant, se situent chronologiquement avant la conclusion du contrat, en insistant sur le fait qu'ici, le terme d'« obligations contractuelles » doit être entendu « au sens fonctionnel et causal », comme les obligations assurant la bonne exécution du contrat, et non au sens « chronologique », comme les obligations qui seraient postérieures à la conclusion du contrat.

chronologique qui repose sur l'idée qu'avant le contrat, il ne peut y avoir que le délit, se prolonge dans celle selon laquelle il ne peut y avoir de responsabilité contractuelle sans contractants. Et en effet, tant que les négociations ne débouchent sur aucun contrat, l'argument apparaît irréfutable. Mais qu'en est-il lorsque, bien que les faits caractérisant une faute précèdent l'existence d'un contrat, l'action en réparation du dommage, elle, oppose non plus de simples participants à la négociation, aspirants à un contrat, mais bien deux contractants ?

Ce sera le cas chaque fois que l'existence d'un comportement précontractuel fautif ne sera découvert, souvent en même temps que ses conséquences, qu'une fois le contrat conclu, et parfois même exécuté. L'hypothèse classique est celle du contrat affecté d'un vice de formation tel que le dol, qui constitue tout à la fois un vice du consentement et une faute à l'égard du cocontractant, et qui ne sera porté à la connaissance de la partie trompée qu'après qu'elle ait donné son consentement à l'acte. À suivre le critère chronologique, puisque les faits se sont produits avant la conclusion du contrat, la responsabilité ne peut être que délictuelle, ce que confirme d'ailleurs le Code civil depuis la réforme[1586]. Pourtant, si la conclusion du contrat ne constitue dès lors pas le point de bascule d'une nature délictuelle vers une nature contractuelle de la responsabilité, il marque certainement un tournant dans la relation des protagonistes, que la conclusion d'un contrat a définitivement modifiée. En assimilant conceptuellement tous les cas de responsabilité pour des faits ayant eu lieu avant la conclusion du contrat, de la rupture des pourparlers au contrat vicié par la faute d'une partie, le critère chronologique masque l'impact de la rencontre des consentements sur la nature du lien qui rassemble les parties, et ainsi sur l'action en responsabilité elle-même[1587]. Dans le même temps, en érigeant la conclusion du contrat en frontière ultime entre le précontractuel et le contractuel, entre la formation et les effets du contrat[1588],

[1586] Le nouvel article 1178, alinéa 4 prévoit désormais qu'« indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle ».
[1587] Impact dont nous envisagerons les conséquences ultérieurement. V. *infra*, n° 455 et s.
[1588] En réalité, « envisagée à l'instant présent où elle se noue, la convention montre la coïncidence et l'impossible dissociation de la phase préparatoire, dont elle constitue la "conclusion", et de la phase de réalisation, dont elle est le point de départ. Le projet pour l'avenir est construit sur une synthèse du passé. », J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.,* n° 239.

il empêche de percevoir l'influence de faits précontractuels sur l'exécution du contrat[1589], notamment lorsque celui-ci survit à leur découverte[1590].

B. L'argument tiré du caractère rétroactif de la nullité

403. La fragilité de l'argument tiré de la rétroactivité. Prenant le relais de l'argument chronologique, l'argument dit « logique », tiré de la rétroactivité de la nullité du contrat, a pour avantage d'expliquer le caractère délictuel de la responsabilité face à un contrat conclu, caractère confirmé par la réforme de 2016 dans un article 1178, alinéa 4. La justification qu'il offre à la nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle ne résiste pourtant pas à l'analyse de la diversité des réponses face au contrat vicié, ni à la comparaison avec d'autres formes d'anéantissement rétroactif du contrat. Après avoir présenté l'argument (1), nous en ferons la critique (2).

[1589] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.,* n° 238. L'auteur prend notamment l'exemple d'une erreur, spontanée ou provoquée par le dol, qui prendrait sa source dans un vice caché de la chose vendue. Cet exemple est d'ailleurs repris par la thèse de Madame GUELFUCCI-THIBIERGE, v. *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit*., n° 236. En effet, si les deux actions sont en principe distinctes, l'une touchant à la formation du contrat, l'autre à son exécution, leurs domaines se recoupent largement. V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 328 et H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, *op. cit.,*n° 303-304. La résolution de ces potentiels conflits de normes par la jurisprudence souffre, par ailleurs, d'un cruel manque de cohérence. En effet, après avoir posé le principe selon lequel « la garantie des vices cachés constituant l'unique fondement de l'action exercée pour défaut de la chose vendue la rendant impropre à sa destination normale, la responsabilité du vendeur ne pouvait être recherchée sur le fondement de l'erreur », principe de non-cumul donc, la Cour de cassation a admis le choix lorsque sont en concours erreur et délivrance conforme, mais également vice caché et dol. Poussant la confusion des actions jusqu'à son terme, et considérant que pour remettre de l'ordre au sein de ce traitement de la « déception contractuelle », un auteur propose même une forme de droit commun qui ferait fi des distinctions entre droit commun et spécial, mais aussi entre formation et exécution du contrat. V. W. DROSS, « La déception contractuelle. Proposition d'un droit commun », *RTD civ.* 2018.787. Cette analyse ne nous aura pas convaincus, notamment en ce qu'elle ne se concentre d'une part que sur les effets, la déception du créancier contractuel, afin de rassembler diverses situations de fait qui constituent des causes pourtant très différentes de cette déception. Et d'autre part, en ce que l'auteur envisage sur le terrain de la responsabilité, l'élaboration d'un régime commun, dont on peine à comprendre s'il prend les traits du régime contractuel ou délictuel, ou encore d'une fusion des régimes, ignorant, au bout du compte, la diversité de leurs fondements, et niant l'impact de la conclusion d'un contrat sur leur nature. Plutôt que de prendre en compte la porosité de la frontière entre formation et exécution, le choix est fait d'ignorer complètement cette distinction.

[1590] V. *infra*, n° 455 et s., pour le cas du contrat vicié mais maintenu.

1. Présentation de l'argument

404. Anéantissement rétroactif du contrat et responsabilité. Comment concilier le caractère délictuel de la responsabilité précontractuelle avec la conclusion, au terme des négociations, d'un contrat qui transforme de simples aspirants à un contrat en véritables parties contractantes ? Subsidiaire, la responsabilité délictuelle devrait alors céder devant le régime contractuel dont les conditions sont désormais réunies. Sauf à remonter le temps, et à effacer toute trace de ce lien contractuel. Si ce retour à un passé antérieur à la conclusion du contrat n'est pas possible, créer une fiction qui tend à prétendre que le contrat n'a jamais existé l'est ; elle prend alors la forme d'un anéantissement rétroactif du contrat. Ainsi, lorsque le contrat conclu ne remplit pas les conditions de validité prévues par la loi, on le dit nul, et le constat de cette nullité conduit à considérer fictivement le contrat comme n'ayant jamais existé[1591]. Contrairement au contrat frappé de caducité, celui-ci est vicié *ab initio* ; il faut donc considérer qu'il a été privé d'effet dès le départ[1592].

Pour mettre en œuvre cette fiction, qui ne correspond pas nécessairement à la réalité lorsque le contrat a déjà reçu un début d'exécution, voire a été entièrement exécuté par les parties, il faut tenter de rétablir la situation telle qu'elle était avant la conclusion du contrat, par le biais des restitutions d'une part, et éventuellement par celui de dommages-intérêts, à condition que les conditions d'une action en responsabilité soient présentes. Or la faute sera ici en général caractérisée par le comportement précontractuel de l'un des contractants qui, connaissant le vice du contrat ou l'ayant, intentionnellement ou non, provoqué, aura, au lieu d'empêcher la conclusion du contrat, au contraire déterminé le consentement de son cocontractant,

[1591] L'article 1178 nouveau du Code civil le formule de manière très explicite. Après avoir énoncé dans l'alinéa 1er que la nullité pouvait être prononcée par le juge, ou constatée par les parties d'un commun accord, lorsque l'une ou plusieurs des conditions de validité requises par la loi faisaient défaut, l'alinéa 2 en précise les effets : « Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé ». En cela, la réforme ne fait qu'entériner un principe déjà posé par la Cour de cassation. V. Civ.1ère, 15 mai 2001, *RTD civ.* 2001.699, obs. N. MOLFESSIS ; Civ.3ème, 2 octobre 2002, *CCC* 2002, n° 23, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2003.284, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

[1592] F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 576.

qui n'était dès lors pas éclairé[1593]. Les vices du consentement offrent donc un terrain privilégié à la responsabilité précontractuelle[1594] – née de comportements qui précèdent le contrat – venant compenser les dommages causés par la conclusion d'un contrat mal formé. Afin d'en justifier la nature délictuelle, l'argument chronologique, affaibli en présence d'un contrat, laisse ainsi la place à un argument tiré cette fois, des règles régissant la nullité[1595], et plus particulièrement son effet rétroactif.

405. Présentation de l'argument. L'annulation du contrat, parce qu'elle sanctionne un défaut de formation tel que le contrat n'aurait jamais dû produire d'effets, ne conduit pas seulement à en paralyser l'exécution pour l'avenir, mais implique également de revenir sur ses effets passés, et plus encore, sur son existence même[1596]. La fiction découlant de la rétroactivité de la nullité est celle d'un contrat qui est censé n'avoir jamais existé ; ainsi, les parties ne sont en réalité que des étrangers, ou du moins le redeviennent fictivement, et aucun lien contractuel ne s'est jamais établi entre elles[1597]. En conséquence, le contrat, dont l'existence est niée, n'a jamais pu engendrer de responsabilité de nature contractuelle, car « tout se passe, du point de vue de la responsabilité, comme s'il n'y avait même pas eu une apparence de contrat ; le contrat nul ne peut pas déteindre sur la nature de la responsabilité encourue ; celle-ci demeure délictuelle »[1598].

[1593] V. *infra* pour des développements sur les contours de la faute précontractuelle. V. également C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit*., n° 80 et s.

[1594] L'article 1130 du Code civil donne en effet une définition générale du vice du consentement, englobant erreur, dol et violence, et centrée sur leur caractère nécessairement déterminant pour le consentement de l'une des parties, à savoir que sans lui, elle « n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes ».

[1595] C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op.cit*., n° 233.

[1596] Le vocabulaire employé par l'article 1178, alinéa 2 est à ce titre édifiant. Plus qu'un simple anéantissement rétroactif des effets du contrat, le texte semble postuler une véritable fiction d'inexistence du contrat : « le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé ». V. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, Lexisnexis, 2016, p. 320.

[1597] Cet argument semble avoir une certaine influence sur la jurisprudence. V. Civ.3ème, 18 mai 2011, n° 10-11.721, *Bull. civ*. III, n° 79 ; *RDC* 2011.1139, obs T. GENICON : « par l'effet de l'anéantissement rétroactif du contrat de bail annulé, la responsabilité ne pouvait être recherchée que sur le fondement délictuel ou quasi-délictuel ».

[1598] H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* tome I, Montchrestien, 5ème éd. Refondue, n° 134.

2. Critique de l'argument

406. Si de prime abord, cet argument apparaît comme relevant du « bon sens » ou de la plus « élémentaire logique »[1599], il pêche par ce que certains auteurs ont pu désigner comme un « excès de logique juridique »[1600], ne prenant en compte ni la diversité des réponses données par les contractants à la découverte du vice du contrat (a), ni la complexité du caractère rétroactif de la nullité (b).

a) Au regard de la diversité des réponses face à un acte vicié

407. Contrat vicié mais maintenu par les parties. Alors que c'est au cours de la phase de formation du contrat que les faits qui mèneront à vicier le consentement de l'une des parties se produisent, leur constat ne se fera qu'une fois le contrat conclu, c'est-à-dire soit au cours de son exécution, lorsque celle-ci s'échelonne dans le temps, soit une fois le contrat pleinement exécuté, lorsque cette exécution s'effectue en un trait de temps. S'ouvre alors pour le contractant dont le consentement n'était pas pleinement éclairé une option : dénoncer le contrat, par le biais d'une action en nullité, qui pourra s'accompagner d'une action en dommages-intérêts[1601], ou au contraire continuer à en tirer les bénéfices, lorsque c'est plus avantageux pour lui, tout en demandant que soient effacées les conséquences dommageables de cette malformation du contrat, lorsqu'elle est due à un comportement fautif de son cocontractant[1602]. En

---

[1599] C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit*, n° 233.
[1600] *Ibid*
[1601] L'article 1178, alinéa 4 du Code civil prévoit en effet explicitement cette possibilité d'un cumul entre action en nullité et action en responsabilité, que la jurisprudence avait par ailleurs admise depuis longtemps. V. not. Civ.1ère, 4 février 1975, n° 72-13.217, *D*. 1975.405, note GAURY ; *JCP* 1975.II.18100, note C. LARROUMET ; *RTD civ.* 1975.537, obs. G. DURRY : cumul d'une action en nullité pour dol et d'une action en responsabilité. Plus récemment : Civ.1ère, 25 juin 2008, n° 07.18-108, *D*. 2008.2965, obs. S. AMRANI-MEKKI.
[1602] L'action en responsabilité peut en effet être exercée « indépendamment de l'annulation du contrat », comme le rappelle l'article 1178, alinéa 4 du Code civil. Cette possibilité était admise par la jurisprudence, bien que parfois questionnée par une minorité de la doctrine, pour qui le choix, par une partie, de maintenir le contrat vicié, impliquait que ce dernier lui profitait, et que l'action en responsabilité n'avait ainsi plus lieu d'être. Pour la jurisprudence, v. not. Com., 14 mars 1972, *D*. 1972.653, note J. GHESTIN ; *Defrénois* 1973.446, obs. J.-L. AUBERT ; Com., 18 octobre 1994, *D*. 1995.180, note Ch. ATIAS ; *Defrénois* 1995.332, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 1995 I.3853, n° 4, obs. G. VINEY, et plus récemment, Civ.3ème, 6 juin 2012, n° 11-15.973, *RDC* 2012.1180, note T. GENICON. Si la jurisprudence est particulièrement prolixe en matière de dol, du fait de son caractère hybride, à la fois faute délictuelle et vice du consentement, la solution vaut également en matière de violence ou d'erreur. V. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op.cit*., n° 612.

effet, bien que l'acte soit entaché d'un vice, il n'est en réalité pas « nul » tant que cette nullité n'a pas été prononcée par le juge, ou par les parties[1603] ; il a déjà intégré l'ordre juridique, et peut même « s'y inscrire définitivement », notamment lorsque la partie qui dispose de l'action en nullité choisit de l'exécuter[1604]. La nullité qui sanctionne les vices du consentement n'est que relative, et non absolue, en ce qu'elle cherche à offrir au cocontractant lésé par ce vice une protection, et les moyens de réparer le mal causé par lui[1605] ; c'est donc naturellement que l'option lui est ouverte entre les différents remèdes à son absence de consentement libre et éclairé[1606].

Lorsqu'il choisit de maintenir le contrat, alors le caractère rétroactif de la nullité se révèle inapte à justifier la nature délictuelle de la responsabilité, pourtant rappelée par le Code civil[1607]. Cette situation hybride, qui combine responsabilité précontractuelle et exécution d'un contrat confirmé par les parties, dont la validité ne peut plus être remise en cause par elles[1608], échappe ainsi aux arguments classiques en faveur d'une nature délictuelle de cette responsabilité.

[1603] Bien que l'article 1178, al.1 du Code civil énonce qu'« un contrat qui ne respecte pas les conditions de validité est nul », il poursuit en précisant que cette nullité doit être prononcée par le juge, sauf à ce que les parties la constatent d'un commun accord. Le vocabulaire employé par la réforme de 2016 est ainsi quelque peu ambigu, mais ne laisse en réalité aucun doute quant aux conditions de mise en œuvre de la nullité. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, *op. cit.,* 2018, p.365.

[1604] L'exécution volontaire du contrat vicié par la partie qui pourrait se prévaloir de sa nullité équivaut, selon l'article 1182, alinéa 3, à une confirmation de l'acte.

[1605] Développée par René JAPIOT et Eugène GAUDEMET, la théorie dite « moderne » des nullités se fonde sur l'intérêt que visait à protéger la règle violée, intérêt individuel ou général, afin de distinguer entre les cas de nullité relative et de nullité absolue. V. R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, thèse Dijon, A.Rousseau, 1909 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations,* Sirey, 1937, n° 140 et s. Depuis la réforme de 2016, le législateur a fait sienne cette théorie, en l'inscrivant au sein de l'article 1179 du Code civil.

[1606] C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit*., n° 612. Le droit d'option en faveur de la partie lésée par la conclusion du contrat entaché de vice entre responsabilité et nullité découle du caractère « facultatif » du droit de demander cette nullité, en ce qu'il vise à protéger la partie qui en dispose.

[1607] Article 1178, alinéa 4 du Code civil.

[1608] Tirant les conséquences de l'adoption de la théorie moderne des nullités par la réforme de 2016, l'article 1182, alinéa 1er analyse la confirmation de l'acte par une partie comme une renonciation par cette dernière à son « droit de critique » envers l'acte entaché de vice, et non plus, comme le faisait l'ancien article 1338 comme une volonté de réparer le vice, et ainsi de « purger » le contrat de ses vices. V. C. GIJSBERS, « L'incidence des règles relatives à la nullité, la caducité et aux restitutions », *RDI* 2016.342, n° 6. *Adde* C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit*., n° 359.II : l'auteur différencie ainsi la « régularisation » qui aboutit à une « validation objective de l'acte », le rendant insusceptible d'annulation, de la « confirmation », acte par lequel seul le « confirmant » renonce à son droit de critique envers l'acte.

b) Au regard de la complexité du caractère rétroactif de la nullité

408. Sens de la nullité et de sa rétroactivité. Cette perception de la rétroactivité comme une fiction impliquant que le contrat est « censé n'avoir jamais existé » découle en réalité de la persistance, au sein de la doctrine, d'une vision classique de la nullité comme état de l'acte, et non comme une sanction qui viserait à faire cesser ses effets juridiques, comme l'enseigne la théorie moderne[1609]. Cette tension, au sein de la doctrine, entre adoption en apparence sans réserve de la théorie moderne, et persistance d'éléments de pensée plus classiques est d'ailleurs très visible dans le texte de la réforme de 2016. L'article 1178, alinéa 1er affirme en effet que le contrat qui ne remplirait pas les conditions de la validité prévues par la loi est « nul », comme si cette nullité affectait l'acte en lui-même, son « corps »[1610], mais poursuit en précisant que le prononcé de cette nullité appartient au juge, ou son constat aux parties, insistant alors sur l'idée d'une nullité acquise ultérieurement, et laissée aux mains de ceux qu'elle concerne[1611].

Comment expliquer ces reliquats d'une vision organique de la nullité, pourtant unanimement rejetée par la doctrine, dans son effet rétroactif ? Chaque sanction doit être adaptée à l'objectif qu'elle poursuit, qui, de manière générale, consiste à neutraliser les effets indésirables de l'acte visé par la sanction. Ainsi, on peut comprendre l'idée selon laquelle afin d'effacer les stigmates de la violation de prescriptions légales, ici de conditions de validité du contrat définies par la loi, et donc du vice qui entache le contrat dès son origine, il n'est rien de plus efficace que de se débarrasser entièrement du contrat, et de la situation, tant de droit que de fait, qu'il a créée, en prétendant que rien n'était advenu. Il ne subsisterait de l'accord annulé pas même une apparence de contrat pour les parties.[1612] Cette fiction a pourtant déjà montré

[1609] *Ibid,* n° 730.
[1610] La vision organique du contrat, développée notamment par DEMOLOMBE et ROUBIER, a en effet poussé cette conception classique de la nullité à son paroxysme. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit*., n° 350.
[1611] Sur cette confusion créée par le nouveau texte, v. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, *op. cit.,* p.365.
[1612] H et L. MAZEAUD, A.TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t.I, Montchrestien, 5ème éd. refondue, n° 123.

ses limites, et, confrontée à certaines situations pour lesquelles le constat s'est imposé de son inadaptation, a été assortie de nombreuses dérogations[1613].

409. Portée de la rétroactivité. Ce n'est pourtant pas tant la rétroactivité en elle-même qu'il faut remettre en cause, que la manière dont elle est pensée comme moyen d'effacer toute trace du contrat, de rétablir un *statu quo ante*. Car même au sein de la théorie développée par JAPIOT, selon laquelle la nullité ne serait plus un état de l'acte, mais une simple sanction de ses effets, ce sont tous les effets de cet acte qui sont alors visés[1614]. Même débarrassée de la fiction de l'inexistence du contrat, la volonté de faire table rase du passé est ainsi toujours présente, et produit une nouvelle fiction, celle selon laquelle le contrat n'aurait produit aucun effet que la nullité ne pourrait effacer. Or le contrat, s'il a pour but de créer des obligations entre les parties, et donc de produire des effets juridiques, modifie également la réalité factuelle en créant entre les parties une situation de fait inédite. La « situation contractuelle » qui s'établit à partir de la rencontre des volontés, ne constitue pas qu'une situation juridique, justifiant entre autres la compétence de la responsabilité contractuelle entre les parties, telle que Jérôme HUET la décrit[1615], mais aussi une situation de fait sur laquelle la rétroactivité de la nullité ne peut avoir d'emprise, et n'a pas vocation à en avoir. Comme l'a parfaitement montré Catherine THIBIERGE, la nullité ne vise en effet pas à sanctionner l'acte en lui-même, et encore moins les parties, mais bien la violation de la loi que constitue le vice de formation du contrat[1616]. Son caractère rétroactif vise donc à rétablir une certaine légalité en supprimant les effets juridiques de l'acte en question – objectif servi par les restitutions – mais non ses effets matériels qui eux, découlent de la rencontre des volontés, et n'enfreignent pas la légalité[1617]. Il faut alors constater l'« impuissance de la rétroactivité devant la matérialité de certains faits »[1618], parmi lesquels le fait que le contrat a définitivement modifié leur relation, sans possible retour en arrière. Ainsi, la nullité, si elle a pour effet d'anéantir les effets juridiques du

[1613] C.GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit.*, n° 728. L'auteur évoque ainsi les contrats à exécution successive, et la situation de fait créée par leur exécution que la rétroactivité ne peut anéantir, ou encore les contrats translatifs de propriété.
[1614] *Ibid*, n ° 385.
[1615] J.HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, op. cit.*, n° 5 et 299.
[1616] C.GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit.*, n° 382.
[1617] *Ibid*, n° 386.
[1618] *Ibid*, n° 728.

contrat, et de mettre fin à la situation contractuelle créée au sens où elle retire aux parties cette qualité, n'atteint pas la situation de fait créée par le contrat : celles qui ont été un jour parties au contrat ne pourront plus jamais être regardées comme de complets étrangers[1619]. Contrairement à l'argument précédent, celui-ci repose sur un postulat erroné qui confère à la nullité un pouvoir qu'elle ne peut avoir en réalité, celui d'éradiquer le lien contractuel qui existe entre les parties qui se sont causées un dommage.

410. Nullité et résolution. La rétroactivité de la nullité du contrat, si elle sert essentiellement à justifier le phénomène des restitutions, ne permet donc pas de fonder la nature délictuelle de la responsabilité. Et ce d'autant plus qu'un autre type de sanction, de l'inexécution cette fois-ci, dispose en principe du même effet rétroactif, tout en s'accompagnant d'une responsabilité de nature contractuelle. En effet la résolution du contrat, présentée à l'article 1217 du Code civil comme l'un des remèdes à l'inexécution du contrat, consiste en un anéantissement en principe rétroactif du contrat. Ce caractère rétroactif, tiré de l'ancien article 1183 du Code civil[1620], et sur lequel une majorité d'auteurs s'accordent, permet même classiquement de différencier cette sanction de la résiliation, traditionnellement réservée aux contrats à exécution successive, et qui elle ne produirait d'effets que pour l'avenir. Créée par la jurisprudence, cette dichotomie a intégré la doctrine et s'est maintenue au fil des années[1621]. Et bien que la réforme de 2016 semble plutôt, à travers l'idée que la résolution « met fin au contrat »[1622], remettre en cause son effet rétroactif, elle prévoit néanmoins des règles relatives aux restitutions consécutives à cet anéantissement du

[1619] Le contrat n'a en effet pas seulement « touché et modifié l'ordre juridique, il a aussi touché et modifié l'ordre matériel ». T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*
[1620] « La condition résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation, et qui *remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé* ». (Nous soulignons ici).
[1621] V. not Civ. 3, 30 avril 2003, n° 01-14.890, *Defrénois* 2003.1175, obs. E. SAVAUX ; *JCP* 2004.II.10031, note C. JAMIN ; *RTD civ.* 2003.501, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDC* 2004.365, obs. J.-B. SEUBE. La Cour énonce ici que « si dans un contrat synallagmatique à exécution successive, la résiliation judiciaire n'opère pas pour le temps où le contrat a été régulièrement exécuté, la résolution judiciaire pour absence d'exécution ou exécution imparfaite dès l'origine entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat ».
[1622] Article 1229, alinéa 1er du Code civil.

contrat qui ne peuvent se justifier que par l'idée d'une rétroactivité de la sanction[1623]. La distinction ne se ferait alors simplement plus sur la base du type de contrat – à exécution instantanée ou successive – mais sur l'éventuelle utilité des prestations au fur et à mesure de son exécution[1624].

Si l'effet rétroactif de la résolution, bien que discuté par certains auteurs[1625], semble ainsi constituer la marque de fabrique du droit français[1626], une autre donnée fait l'objet, elle, d'une forme de consensus presque absolu : la nature contractuelle de la responsabilité qui accompagne la résolution. La mise en œuvre du régime contractuel, en réponse à une inexécution contractuelle, est d'une telle évidence qu'elle ne semble même plus faire l'objet de discussions, y compris dans les thèses consacrées au sujet[1627], les auteurs se contentant au mieux d'exclure du champ de la responsabilité contractuelle le cas du contrat annulé[1628]. La distorsion créée par la confrontation d'une similitude entre les situations d'anéantissement rétroactif du contrat, et d'une disparité de régimes concernant les responsabilités qui les accompagne, invalide ainsi

---

[1623] V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.,* spéc. n° 737. L'auteur, après avoir remis en question la théorie classique de la rétroactivité en matière de résolution qui tend à vouloir anéantir rétroactivement le contrat lui-même, et prétend à son inexistence, conclut à l'utilité d'une rétroactivité repensée, dépendante dans sa mesure de l'effet résolutoire et du but qu'il vise, à savoir « retirer l'opération économique dans la mesure où son maintien est néfaste », permettant de justifier la remise en cause des transferts antérieurs de droits et des restitutions.

[1624] Cette nouvelle distinction entre contrats à « utilité continue » et contrats à « utilité globale » a été proposée par Thomas GENICON, à partir notamment d'un arrêt de la Cour de cassation datant de 1995 qui proposait de limiter l'effet rétroactif de la résolution aux seuls cas où aucune « impossibilité pratique » ne s'y opposerait. V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit*., n° 850 et s. La réforme de 2016 reprend néanmoins dans l'article 1229, alinéa 3, la distinction entre résolution et résiliation, alors même qu'elle semblait en avoir abandonné la distinction conceptuelle, créant ainsi une confusion. V. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.,* p.586.

[1625] V. not. Y.M. SERINET, « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles,* Bruylant-LGDJ, 2002, p.589 et s.

[1626] Si la résolution est une sanction que l'on retrouve dans tous les systèmes juridiques européens en cas d'inexécution du contrat, son caractère rétroactif, en revanche, semble constituer une originalité du droit français. En effet, les droits anglais et allemand notamment, ont abandonné l'idée d'une rétroactivité de la résolution, et justifient les restitutions par le biais d'autres mécanismes (§346 et s. du BGB pour le droit allemand). En droit allemand, c'est notamment le constat de l'incohérence entre la rétroactivité de l'anéantissement du contrat et l'application de la responsabilité contractuelle pour compenser les dommages en découlant, qui a conduit à abandonner la première. Par ailleurs, on ne trouve aucune trace d'une quelconque rétroactivité ni de la résolution, ni de la nullité, dans les *Principes du droit européen des contrats* ou encore les *Principes Unidroit*, qui ignorent donc ce concept. V. R. WINTGEN, « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », *RDC* 2006.543 et « La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé », *RDC* 2008.73.

[1627] V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* spéc. n° 715 et s. La thèse traite de l'intégralité des aspects liés à cette sanction, de la notion, aux conditions de mise en œuvre, et jusqu'aux effets, évoquant longuement le problème de la responsabilité qui l'accompagne, faisant même référence, dans la lignée de Philippe RÉMY, à une « question oubliée d'une importance considérable ». Pourtant, elle ne s'attarde jamais réellement sur la question de la nature de cette responsabilité, qui est affirmée dès le départ comme contractuelle.

[1628] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p.771 et s., spéc. n° 46.

l'argument selon lequel la rétroactivité de la nullité pourrait justifier une nature délictuelle de la responsabilité. En réalité, le rapprochement fait entre nullité et résolution n'est qu'un leurre, tant les fonctions de chacune, comme nous le verrons, sont en réalité dissemblables[1629]. La responsabilité contractuelle apparaît comme l'unique sanction de l'inexécution du contrat, tandis que la responsabilité délictuelle sera celle de la formation du contrat[1630].

411. Rejet d'une subsidiarité fondée sur les frontières matérielles du contrat. « Ce qui n'est pas contractuel est nécessairement délictuel », de cette formule semble très naturellement découler la nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle, qui, en dehors des frontières temporelles, ou du moins physiques du contrat, doit régner en maître[1631]. Les justifications sur lesquelles repose cette compétence délictuelle, tirées des frontières matérielles du contrat, apparaissent pourtant insuffisantes. Il nous apparaît alors qu'il ne suffit pas de définir cette compétence subsidiaire au regard de frontières strictement matérielles du contrat, mais d'en adopter une conception plus souple.

§2. La pertinence des arguments tirés des limites de la situation contractuelle

412. Le contrat crée une situation contractuelle. Les arguments traditionnellement invoqués pour justifier la nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle font appel à une conception strictement matérielle des frontières du contrat, enfermée dans des frontières définies à l'entrée par sa conclusion, et à la sortie par son extinction, que

[1629] V. *infra*, n° 451 et s.
[1630] *Contra* J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.,* n° 294. L'auteur insiste sur le caractère « décisif » de l'échange des consentements, qui constitue le « franchissement d'un cap », venant à lui seul modifier la nature de la responsabilité. La raison principale en est alors que le dommage subi par le créancier lésé par la nullité correspondrait à la déception de ses prévisions contractuelles, et donc à un « dommage de nature contractuelle », quand bien même il ne découlerait pas de l'inexécution de la convention. Cette démonstration assimile en réalité un peu rapidement les deux situations, alors que la compensation de ce dommage découlant de la malformation du contrat ne pourra jamais conduire, contrairement à la compensation d'un « dommage contractuel », à l'établissement d'une situation de correcte exécution du contrat. La malformation du contrat conduit en effet à ce que ce dernier ne puisse produire aucun effet dans l'ordre juridique ; la responsabilité qui vient la sanctionner ne peut donc avoir pour fonction de lui donner effet par équivalent.
[1631] V. D. GALBOIS-LEHALLE, *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie, op. cit.,* n° 104. L'auteur évoque sans la nommer cette subsidiarité de la clause générale de responsabilité délictuelle, appelée à « prendre le relais » dès lors que l'on se situe en dehors des frontières temporelles du contrat.

ce soit par l'exécution des obligations qu'il contient ou, de manière plus pathologique, par son annulation ou sa résolution. Dans cette perspective, l'étendue de la force obligatoire du contrat est encadrée par la durée de vie des obligations contractuelles qu'il contient, et de leur caractère contraignant pour les parties. Si cette analyse s'applique parfaitement aux cas où aucun contrat n'existe encore, et donc effectivement aucune obligation contractuelle n'est encore née, elle semble ne plus tenir lorsque le contrat est effectivement conclu. Car le contrat, une fois conclu, ne se contente pas de donner naissance à des obligations qui lient les parties jusqu'à leur complète exécution, il crée une « situation contractuelle » dont les effets, tant matériels que juridiques, se propagent au-delà des frontières matérielles du contrat. Ainsi que le formule Boris STARCK à propos des effets de la nullité du contrat, « la nullité du contrat ne fait pas disparaître le fait que les contractants s'étant mis en rapport, une situation a été créée, dont le juge ne peut pas faire entièrement abstraction »[1632].

413. Rejet de la nature contractuelle de la responsabilité. On pourrait dès lors penser qu'il serait parfois opportun d'étendre le spectre de la responsabilité contractuelle à ces situations précontractuelles. De nombreux arguments s'opposent néanmoins à cette extension de la responsabilité contractuelle, et donc des effets du contrat, à la période qui en précède la conclusion. En démontrant l'insuffisance des arguments visant à soutenir une nature contractuelle de la responsabilité, nous pourrons alors en déduire la compétence de la responsabilité délictuelle à régir ces situations, non plus sur la base de critères tirés de la « stricte logique génétique »[1633], sur la base, cette fois, de critères tirés des limites de l'emprise du contrat sur la situation précontractuelle. L'incompétence de la responsabilité contractuelle fera ainsi apparaître, à défaut, la compétence de la responsabilité délictuelle. C'est donc bien toujours la subsidiarité de la responsabilité délictuelle qui en justifie la compétence en amont du contrat, mais une subsidiarité qui ne se fonde pas sur les seules frontières matérielles du contrat. Il nous faut ainsi considérer la proposition d'une nature contractuelle de la responsabilité précontractuelle (A), pour mieux la rejeter et affirmer sa nature délictuelle, fondée sur la subsidiarité de la responsabilité délictuelle (B).

[1632] B. STARCK, *Droit civil*, t.II, *Obligations,* Paris, Librairies techniques, 1972, n° 1683.
[1633] P. HÉBRAUD, *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques,* in *Mélanges offerts à Jacques Maury,* t.II, Librairie Dalloz & Sirey, 1960, p. 420 et s., spéc. p 471.

A. La proposition d'une nature contractuelle de la responsabilité précontractuelle

414. Pragmatisme et compétence de la responsabilité contractuelle. À rebours de la doctrine traditionnelle, et adoptant une démarche empreinte de réalisme, certains auteurs, prenant en compte « l'influence considérable qu'exercent désormais les données contractuelles »[1634] sur la situation précontractuelle, postulent pour cette période la compétence de la responsabilité contractuelle. Au début du XIX^{ème} siècle, une petite part de la doctrine française a ainsi été séduite par la théorie allemande de la *culpa in contrahendo*[1635], quand d'autres auteurs ont développé la théorie de l'offre comme acte juridique[1636], admettant dans les cas la nature contractuelle de la responsabilité précontractuelle.

Dans la deuxième moitié du XX^{ème} siècle, d'autres auteurs sont venus renforcer les rangs de cette doctrine minoritaire en faveur d'une nature contractuelle de la responsabilité précontractuelle, tout en s'écartant de leurs prédécesseurs par l'adoption d'une approche moins dogmatique, et plus pragmatique de la situation. Rejetant ainsi l'idée d'un avant-contrat tacite venu du droit allemand[1637], Jérôme HUET part du constat que, malgré la mise en œuvre par la jurisprudence de la responsabilité délictuelle, ces situations précontractuelles restent dominées par une logique

---

[1634] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.,* n° 260.
[1635] Cette frange de la doctrine favorable à la théorie de JHERING comptait notamment SALEILLES, dont la connaissance étendue du droit comparé, et spécialement du droit allemand, lui a permis d'introduire pour la première fois cette théorie en droit français, mais également PIÉDELIÈVRE qui, dans sa thèse soutenue en 1911, soutient le caractère contractuel de la responsabilité précontractuelle sur le fondement d'un avant-contrat tacite. V. R. SALEILLES, « De la responsabilité précontractuelle. À propos d'une étude nouvelle sur la matière », *op. cit.*, spéc. p.726, où l'auteur évoque la possibilité d'élaborer, sur le fondement des anciens articles 1382 et 1383 du Code civil, « une responsabilité du risque contractuel, qui serait très voisine de la thèse d'Ihering sur la *culpa in contrahendo* ». V. J. PIÉDELIÈVRE, *Des effets produits par les actes nuls, Essai d'une théorie d'ensemble*, thèse Paris, 1911, p.152 et s. : l'auteur fonde la nature contractuelle de la responsabilité précontractuelle directement par application de la théorie de JHERING, qu'il juge « parfaitement conciliable avec les principes du droit français », et qu'il applique à la situation des contrats nuls en considérant que « celui qui propose un contrat s'engage par là-même à prester un contrat valable […] ».
[1636] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.,* n° 244, spéc. p.237. L'auteur cite à ce titre : C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, n° 64 et 65 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t.II, 6ème éd., n° 983, J.-L. AUBERT, *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, 1970, n° 112 et s.
[1637] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.*

contractuelle, ce qui se traduit par une forme d'adaptation de la responsabilité délictuelle, un travestissement de ses conditions et effets, notamment par le jeu des règles propres à la responsabilité contractuelle, ou encore à la nullité de l'acte[1638]. L'incompatibilité de la responsabilité délictuelle avec cette période découlerait alors notamment de sa subsidiarité, entendue dans le sens de son exclusion nécessaire chaque fois qu'une règle plus spéciale, ici issue du droit des contrats, est à même de régir la situation[1639].

L'auteur ne s'arrête cependant pas à ce seul constat du droit positif, qui réduirait la démonstration à des exemples particuliers – nullité de l'acte conclu par un incapable[1640], non-divulgation d'une information ayant pour conséquence une inexécution du contrat[1641] – et l'élève au contraire à la généralité en lui donnant des explications plus théoriques. La compétence de la responsabilité contractuelle en matière précontractuelle se justifierait par les fortes similitudes qui existent entre les situations objectives caractérisées d'une part, par la malformation du contrat, et d'autre part, par son inexécution. Dans les deux cas, en effet, les conséquences seraient identiques : le but contractuel ne sera pas atteint, les prévisions des parties seront défaites, et elles en ressortiront contractuellement insatisfaites[1642]. Selon l'auteur, cette analogie de fait doit alors trouver un prolongement dans un traitement juridique

---

[1638] *Ibid*, n° 262 et s.
[1639] *Ibid*, n° 280.
[1640] La situation particulière de l'incapable qui conclut un acte juridique constitue un argument que l'on retrouve fréquemment chez les auteurs favorables à la nature contractuelle de la responsabilité en cas de malformation du contrat. En effet, puisque c'est la protection de cet incapable qui justifie la nullité de l'acte conclu par lui, nullité relative donc, ce que confirme l'article 1147 nouveau du Code civil, il ne semblerait pas juste que son cocontractant, lésé par la nullité de l'acte, puisse lui demander la réparation intégrale de son dommage, ce qui aboutirait à maintenir la convention que l'on a voulu annuler pour le protéger. Pour de nombreux auteurs, la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle serait alors incompatible avec cette situation de malformation du contrat. V. not. Ph. MALINVAUD, *La responsabilité de l'incapable et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat*, LGDJ, 1965. De nombreux auteurs concluent alors au caractère contractuel de la responsabilité à cette occasion : É. LABBÉ, *S.*1882.2.249 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2ème éd., t.VI par P. ESMEIN,1952, n° 189 ; J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit*., n° 271. *Contra* H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t.I, 5ème éd., Montchrestien, n° 134 ; A. BRUN, *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle, op. cit.* Ces auteurs considèrent qu'il s'agit là simplement d'une immunité exceptionnelle de responsabilité délictuelle en faveur de l'incapable.
[1641] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.,* n° 282 et s. L'auteur présente notamment le cas où la non-divulgation d'une information pertinente lors de la formation du contrat a pour conséquence de caractériser la défaillance du vendeur, et d'entraîner la mise en œuvre d'actions spéciales à ce contrat, telle que l'action en garantie des vices cachés.
[1642] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.,* n° 294 : l'auteur conclut alors que dans les deux cas, malformation ou inexécution du contrat, les parties subiront un « dommage contractuel ».

homogène. Cette compétence de la responsabilité contractuelle, qui constitue un « défi à la logique chronologique », se limite cependant aux seuls cas où le contrat est véritablement conclu, puisqu'il réunit tout à la fois, à partir de sa conclusion, le présent, l'avenir, mais aussi le passé : « le contrat constitue, en même temps qu'un projet pour l'avenir, une synthèse du passé »[1643].

415. Pragmatisme et compétence de la *lex contractus* en droit international privé européen. Ce même pragmatisme explique également l'emprise de la logique contractuelle sur le précontractuel en matière de droit international privé européen. Le choix a été fait par le Règlement Rome II, nous l'avons vu, d'appliquer aux obligations précontractuelles, même lorsqu'aucun contrat n'est effectivement conclu, la loi du contrat, telle que prévue dans l'accord qu'il existe, ou telle qu'elle aurait dû être s'il avait été conclu.[1644]. Le règlement contourne ainsi la difficulté générée par ces situations précontractuelles en termes de qualification – matière contractuelle ou délictuelle – et fait le choix d'un traitement homogène de la période, quelle que soit le contexte dans lequel le contentieux précontractuel émergera. En effet, selon que la question de la responsabilité précontractuelle sera posée seule, ou au contraire de manière subsidiaire, reliée à une question principale concernant l'existence du contrat, la qualification pourrait en effet varier. Afin d'éviter que l'application successive de la loi du contrat à la question principale, et de celle du délit à la question subsidiaire, ne mène à des solutions discordantes[1645], il faudrait alors étendre à la question subsidiaire la qualification principale, et donc la loi du contrat. Cela conduirait cependant à des disparités de traitement de la période précontractuelle selon que son sort dépende ou non d'une question liée à l'existence du contrat. C'est donc pour éviter cette « situation quelque peu kafkaïenne »[1646] que le choix de la loi du contrat a été fait, faisant fi des questions complexes de qualification.

[1643] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.,* n° 292.
[1644] Article 12 du règlement CE n° 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, dit règlement « Rome II ». V. *supra*, n° 398.
[1645] V. C. SERAGLINI, « Le droit international privé de la période précontractuelle », *op. cit.,* spéc. n° 14 et s. : l'auteur donne l'exemple d'une application de la loi du contrat à la question principale, celle de l'existence du contrat, qui aboutirait au constat de son inexistence, puis de la loi du délit en ce qui concerne la rupture fautive des pourparlers qui conclurait au contraire à la conclusion et donc à l'existence du contrat.
[1646] *Ibid,* spéc. n° 16.

B. L'affirmation d'une nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle

416. Rejet de la responsabilité contractuelle en l'absence de contrat conclu. La qualification contractuelle de la période qui précède la conclusion de tout accord, que certains appellent pourtant de leurs vœux, conduit à une aberration à plusieurs niveaux. Au plan du droit interne d'abord, la qualification contractuelle conduirait à l'application du régime spécial qu'est la responsabilité contractuelle, et donc en principe, aux clauses du contrat portant sur la mise en œuvre de cette responsabilité. Or comment mettre en œuvre des clauses contractuelles alors même que le contrat dont elles sont censées résulter n'existe pas ? Le respect de la volonté des parties et de leurs prévisions ne peut alors se faire que par le détour d'une fiction, consistant non seulement à supposer le contrat comme conclu, mais également à en imaginer le contenu. Le caractère absurde de cette extension de la logique contractuelle aux relations qui précèdent la conclusion du contrat est même amplifié sur le terrain du droit international privé, non pas sur le terrain de la qualification cette fois, mais de la détermination de la loi applicable, puisqu'elle mène à la désignation de la loi d'un contrat qui n'existe pas, un contrat putatif, et dont on ne peut qu'imaginer le contenu à partir de ce sur quoi les parties avaient commencé à s'entendre, et notamment l'éventuel choix de loi par les parties[1647]. Cette reconnaissance indirecte d'une emprise

[1647] C'est sur ce modèle que fonctionne l'article 12 du règlement Rome II relatif à *la culpa in contrahendo*. V. C. SERAGLINI, « Le droit international privé de la période précontractuelle », *op.cit*., spéc. n° 28. Outre les difficultés d'identification d'un tel choix de loi alors même que le contrat n'est pas conclu, l'auteur relève qu'il n'est pas nécessairement opportun, en cas de rupture des pourparlers, d'appliquer le contenu d'un contrat sur lesquels les parties ne s'étaient justement pas mises d'accord. *Adde* N. HAGE-CHAHINE, « Culpa in contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation », 32 NW.J.INT'L.&BUS.451 (2012), p. 505, qui considère qu'il est impossible d'appliquer la loi choisie par les parties dans un éventuel projet de contrat durant les négociations, ce projet n'ayant pas été accepté par l'une des parties. Selon l'auteur, la *lex contractus putativus*, la loi qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu, doit être déterminée par l'article 4 du règlement Rome I. Elle ne devrait pas, en revanche, être déterminée par l'article 12 (2) du Règlement Rome II qui prévoit des critères subsidiaires d'identification de la loi applicable à la *culpa in contrahendo* pour les cas où la *lex contractus putativus* ne peut être identifiée, puisqu'alors, un choix de loi a été fait par les parties, bien que l'accord n'ait finalement pas recueilli leurs consentements mutuels. En ce cas, la loi du contrat putatif doit pouvoir être déterminée par les critères objectifs de l'article 4 du Règlement Rome I. Ces critères resteront néanmoins souvent difficiles à identifier lorsque le contrat n'aura pas été conclu, particulièrement lorsque la rupture fautive des pourparlers sera intervenue relativement tôt dans le processus de négociations.

contractuelle sur la situation précontractuelle conduit par ailleurs à imposer aux parties la loi d'un contrat dont au moins l'une d'entre elles n'a pas voulu.

417. En présence d'un contrat conclu mais vicié : l'analogie entre malformation et inexécution du contrat. En présence d'un contrat conclu, les choses se présentent de manière différente : l'extension de la responsabilité contractuelle à la période précontractuelle trouve sa justification, une fois écartée l'idée de l'avant-contrat tacite, non seulement dans le constat d'une inadaptation de la responsabilité délictuelle à ce contexte, mais également dans une analogie entre la situation du contrat malformé et celle du contrat inexécuté. Une analogie qui se prolonge dans les sanctions qui accompagnent ces situations, d'un côté l'anéantissement rétroactif du contrat, de l'autre une responsabilité de nature contractuelle. Cette théorie, basée sur l'assimilation de deux situations d'insatisfaction du contractant initialement distinctes, a alors l'avantage de résoudre le problème présenté plus haut de l'asymétrie entre résolution et nullité quant à l'impact, sur la nature de la responsabilité qui les accompagne, de leur rétroactivité[1648].

418. Le rejet de l'analogie entre malformation et inexécution du contrat. Cette harmonisation de la responsabilité qui accompagne l'anéantissement du contrat par nullité ou par résolution se heurte néanmoins à un obstacle de taille : la différence profonde de nature qui sépare ces deux techniques d'anéantissement du contrat. Outre le fait que l'une se présente comme une sanction de la formation du contrat, et l'autre de son inexécution, la disparition du contrat qui résulte de leur mise en œuvre ne repose pas sur les mêmes fondements. Au fondement de la résolution du contrat pour inexécution, il y a l'idée que le déséquilibre induit par l'inexécution du contrat ne peut être corrigé que par des restitutions réciproques qui permettent alors d'effectuer une « petite remise en état », c'est-à-dire de replacer le créancier dans la « situation analogue à celle qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été entamé ou poursuivi »[1649]. Ce sont donc ces restitutions qui apparaissent indissociables de la

[1648] V. *supra*, n° 451 et s.
[1649] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.* , n° 711.

résolution, plus que la rétroactivité elle-même, qui sert à les justifier[1650]. Ce que vise la résolution, c'est donc le « retrait de l'opération économique portée par le contrat »[1651], et non la suppression de l'acte juridique en lui-même, en vue de remédier à l'insatisfaction du créancier contractuel.

La nullité, quant à elle, procède d'une autre logique, qui tend à vouloir faire disparaître tout acte juridique né dans la violation de la légalité, et de ce fait affecté d'un vice, de l'ordre juridique. Ce que vise alors la nullité, ce n'est pas tant à remédier à l'insatisfaction du créancier, mais bien plutôt à rétablir une certaine légalité par la suppression des effets juridiques du contrat malformé. Contrairement à la résolution, qui n'apparaît liée à la rétroactivité que pour le seul besoin des restitutions, la rétroactivité est consubstantielle à la nullité, en ce qu'elle sert son objectif premier : « nier l'efficacité légale du contrat en tant qu'acte juridique »[1652]. La remise en état qui procède de cette rétroactivité n'est alors que secondaire, et n'apparaît pas comme le but initial de la nullité. La démarche est alors inverse de celle qui sous-tend la résolution.

419. Conséquences sur la nature de la responsabilité. Cette différence de nature entre les deux sanctions produit des conséquences sur la nature de la responsabilité qui les accompagne. Puisque la résolution ne vise pas à anéantir l'acte juridique en lui-même, qui reste parfaitement valable malgré l'inexécution de l'une ou plusieurs des obligations qu'il contient, mais seulement à en effacer les effets juridiques[1653], cet acte continue à régir les effets de la résolution elle-même, à commencer par les éventuels

---

[1650] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 723. Si le lien n'est en effet pas immédiat entre résolution et rétroactivité, il apparaît évident entre résolution et restitutions, ces dernières se présentant comme une réponse instinctive face au sentiment d'injustice produit par l'inexécution. D'ailleurs, en droit comparé, peu de systèmes juridiques accordent ce même effet rétroactif à la résolution, alors que tous prévoient un système de restitutions. V. R. WINTGEN, « La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé », *RDC* 2008, n°01, p.73 et s.

[1651] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.,* n° 711.

[1652] *Ibid.* L'effet rétroactif de la résolution n'est d'ailleurs pas absolu, ni systématique, comme le confirme la réforme. L'article 1229, alinéa 3 distingue en effet entre les prestations dont l'exécution, même partielle, présente une utilité, de celles dont l'utilité dépend de leur exécution complète. Seules les secondes donneront lieu à restitutions. Cette modulation des effets de la rétroactivité de la résolution en fonction du type de prestations exécutées nous rappelle que cette sanction de l'inexécution a seulement pour but d'effacer les effets partiellement produits par le contrat lorsque seule son exécution complète était à même de satisfaire les contractants. En cas contraire, les prestations déjà exécutées peuvent conserver leur utilité pour les contractants. Ce n'est pas le cas dans le contrat nul, pour lequel les prestations exécutées par les parties n'ont en réalité « jamais eu de fondement ». V. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2ème éd., Dalloz, 2018, n° 469, spéc. p.418.

[1653] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 714.

dommages-intérêts. La rétroactivité n'affecte pas tant l'acte qu'elle n'est un moyen d'aboutir aux restitutions. Elle ne peut en aucun cas aboutir à nier l'inexécution du contrat, ni à renoncer à sa sanction, qui doit permettre de remédier à l'insatisfaction du créancier. Si l'on suit la distinction posée par Pascal ANCEL entre norme contractuelle et contenu obligationnel du contrat, seul ce dernier est affecté par la résolution, la norme continuant au contraire à exister, gardant sa force obligatoire[1654]. C'est ce qui explique que certaines clauses contractuelles, en particulier celles visant à limiter la responsabilité, survivent à la résolution du contrat[1655]. La responsabilité contractuelle, sanction à l'inexécution du contrat, intervient donc naturellement pour accompagner la résolution.

C'est tout autre chose concernant la nullité du contrat dont la rétroactivité sert au contraire, on l'a vu, à détruire l'acte lui-même dès sa naissance, en prétendant qu'il n'a jamais existé. Cet acte réputé n'avoir jamais pris place dans l'ordonnancement juridique n'a en principe jamais acquis de force obligatoire. Il ne peut donc en aucun cas avoir été inexécuté, et la situation qui en résulte pour le contractant qui subit un dommage ne peut s'apparenter à l'insatisfaction du créancier du fait de l'inexécution. La rétroactivité, comprise ici comme l'effacement d'un contrat qui n'aurait pas dû naître, écarte la compétence de la responsabilité contractuelle. On comprend alors pourquoi, bien que la rétroactivité caractérise chacune de ces deux sanctions, elle conduise, dans les deux cas, à la mise en œuvre d'une responsabilité de nature différente.

420. Cas du contrat annulable et confirmé par les parties. Partant de cette conclusion, la nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle devrait donc s'imposer chaque fois qu'est en jeu la conclusion d'un contrat vicié, et ce sans qu'elle ne puisse être affectée par le choix de la partie titulaire de l'action en nullité de ne pas faire annuler le contrat, mais au contraire de tirer profit de son exécution. La partie titulaire de l'action en nullité, par son choix de n'agir qu'en responsabilité et sa volonté

[1654] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *op. cit.,* n° 47.
[1655] Après une période d'errements jurisprudentiels, la Cour de cassation est revenue à cette solution qu'une majorité de la doctrine soutient, s'appuyant sur la distinction entre nullité et résolution. V. récemment Com., 7 février 2018, n° 16-20.352, *JCP G* 2018.416, note M. LEVENEUR-AZÉMAR ; *D.* 2019.279, obs. M. MEKKI ; *RTD civ.* 2018.401, note H. BARBIER ; *D.* 2018.537, note D. MAZEAUD ; *RTD com.* 2018.184, note B. BOULOC.

manifeste d'exécuter volontairement le contrat, en acte la confirmation et renonce ainsi définitivement à son anéantissement rétroactif. L'article 1182, alinéa 3 du Code civil, issu de la réforme de 2016, prévoit en effet que la confirmation d'un contrat nul peut se faire par le biais de son exécution volontaire, aux conditions classiques que la confirmation soit sans équivoque, et que le vice soit connu, ce qui implique, outre de connaître les éléments factuels qui le constituent, d'en connaître les conséquences juridiques, et donc la possibilité de demander la nullité de l'acte[1656]. Certains auteurs considèrent, qu'au-delà de la seule « exécution volontaire », devrait alors subsister la jurisprudence ancienne qui reconnaissait diverses formes de confirmation tacite[1657]. L'exercice autonome de son action en responsabilité par le contractant également titulaire d'une action en nullité pourrait ainsi suffire, lorsqu'il fait ce choix en pleine connaissance des actions à sa disposition, à emporter confirmation de l'acte vicié[1658].

421. Impact de la confirmation sur la nature de la responsabilité. La question qui se pose est alors celle de l'impact que peut avoir en retour cette confirmation du contrat sur la nature de la responsabilité qui vient en sanctionner la malformation initiale. Pour le comprendre, il faut rapidement envisager la notion de confirmation elle-même. Si la confirmation était considérée, dans la doctrine classique, comme l'acte permettant de réparer le contrat, le purger de ses vices[1659], la réforme du droit des contrats confirme une approche préférée par la doctrine plus moderne, en accord avec la théorie moderne des nullités : la confirmation s'analyse désormais comme une renonciation à un droit de critique de l'acte[1660]. Cela implique notamment qu'il n'y a ni réfection de l'acte, c'est-à-dire production d'un nouvel acte valable, ni régularisation, au sens où le vice qui affectait le contrat n'est pas réellement effacé, et que l'acte n'est rendu valable qu'à

[1656] V. H. BARBIER, *RTD civ.* 2016.846, note sous Civ.3ème, 29 septembre 2016, n° 15-15.129.
[1657] V. not. S. SANA-CHAILLÉ de NÉRÉ, « Contrats et obligations. Confirmation des actes nuls », *J-Cl. Civil*, art 1178 à 1185, fasc. 50, n° 77 et s. et D. d'AMBRA, « Confirmation », *Répertoire de droit civil*, n° 83 et s.
[1658] V. J. TRAULLÉ, *D* 2013 2651, n° 18 et M. CAFFIN-MOI, *D* 2012.2772, notes sous Com., 10 juillet 2012, n° 11-21.954.
[1659] V. l'ancien article 1338, alinéa 1er du Code civil, avant la réforme de 2016, qui faisait mention explicite d'une « intention de réparer le vice » parmi les conditions de la confirmation.
[1660] Ce changement de perspective est d'ores et déjà visible dans la jurisprudence qui semble assouplir la condition relative à l'intention de réparer le vice de l'ancien article 1338, alinéa 1er. V. not. Civ.3ème, 5 janvier 2017, n° 15-18.115. Mais cette exigence, qui s'ajoute traditionnellement à celle de la connaissance du vice par le titulaire de l'action en nullité (condition implicitement rappelée par l'article 1182, alinéa 1er), semble devoir néanmoins persister malgré la récente réforme, permettant ainsi de s'assurer, même en cas de confirmation tacite, de la réalité de l'intention de l'auteur de la confirmation. V. S. SANA-CHAILLÉ de NÉRÉ, « Contrats et obligations. Confirmation des actes nuls », *J-Cl. Civil*, art 1178 à 1185, fasc. 50, n° 65 et n° 74 sur le rappel de cette exigence en cas de confirmation tacite.

l'égard du titulaire de l'action en nullité, et non des tiers[1661]. La confirmation est néanmoins rétroactive, et censée valider l'acte dès sa conclusion. Cela n'empêche pourtant pas la responsabilité d'intervenir comme un moyen, pour le contractant qui n'en reste pas moins lésé par la malformation initiale que la confirmation n'est pas venue faire disparaître, de compenser son dommage. Or le fait que l'acte soit confirmé ne change pas la consistance de ce dernier, qui découle toujours de la conclusion initiale de ce contrat vicié, que seule la responsabilité aura ici la charge de compenser. La compétence de la responsabilité délictuelle ne vient donc pas de l'annulation en soi du contrat, mais de sa malformation initiale qui l'empêche, quoiqu'il arrive, que le contrat soit annulé ou maintenu, de produire les effets escomptés lors de la conclusion. C'est donc bien toujours la responsabilité délictuelle qui a vocation à intervenir[1662], avec l'originalité que sa mise en œuvre aboutira ici à une forme de rééquilibrage indirect du contrat. C'est alors plus, nous le verrons, sur les effets de la responsabilité, en particulier sur la question du préjudice réparable, que le maintien du contrat jouera[1663].

422. Responsabilité et obligation précontractuelle d'information. La situation est encore différente lorsque lors de la formation du contrat, l'une des obligations mises à la charge de l'un des participants à la négociation n'est pas exécutée, mais que cette faute précontractuelle n'atteint pas la validité du contrat. Cette situation ne constitue pas un cas d'école, et est même amenée à devenir plus fréquente depuis la consécration, en 2016 d'un « devoir général d'information » autonome ne se limitant plus à certains contrats spéciaux[1664]. Déjà avant la réforme, la consécration par la jurisprudence de la

---

[1661] Sur la distinction, parfois délicate, entre la confirmation et les techniques voisines (réfection, régularisation), v. not. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations, op. cit.,* n° 544.

[1662] Certains auteurs voient dans cette consécration de la nature délictuelle de la responsabilité pour malformation du contrat, malgré le maintien du contrat, une forme « d'unité de la responsabilité précontractuelle » entièrement régie par l'article 1240 du Code civil.

[1663] V. *infra*, n° 455 et s.

[1664] V. not. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations, op. cit*., n° 338 et s. Le législateur a cependant largement développé cette obligation d'information dans certains types de contrats, lui offrant une portée de plus en plus générale, comme c'est le cas dans les rapports entre professionnels et consommateurs. Bien que l'obligation d'information due par le professionnel au consommateur en vertu de l'article L 111-1 du Code de la consommation revêt un caractère très général, sa sanction ne se trouve pas dans la responsabilité civile, mais dans une amende (article L 131-1 du Code de la consommation), c'est pourquoi nous n'en traiterons pas. La jurisprudence, de son côté, avait travaillé à l'épanouissement d'une obligation générale d'information en consacrant, au fur et à mesure, une obligation d'information à la charge de divers contractants, dans divers types de contrats spéciaux, toujours plus nombreux : notaire, architecte, entrepreneur, médecin, banquiers, … V. la liste dressée par G. VINEY, P. JOURDAIN, S.CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, 4ème éd., LGDJ, 2013, n° 503 et s.

réticence dolosive avait fait émerger indirectement une obligation générale d'information, son non-respect étant la condition première de l'existence de ce vice du consentement[1665]. Mais il fallait alors nécessairement que les autres conditions du dol, à commencer par l'intention malveillante, soient réunies, et alors on se retrouvait face à un contrat vicié[1666]. Cette obligation d'information « implicite »[1667] est d'ailleurs présente dans la plupart des systèmes de droits continentaux[1668]. En revanche, la consécration d'une obligation d'information générale et autonome d'information distingue désormais le droit français tant de ses voisins, que de la législation ou des divers projets doctrinaux européens, qui n'ont pas osé franchir ce pas[1669]. Le nouvel article 1112-1 du Code civil consacre en effet une obligation autonome d'information, chaque fois que ladite information détenue par l'une des parties est déterminante pour le consentement de l'autre[1670], c'est-à-dire, selon l'alinéa 3, lorsqu'elle a « un lien

[1665] Civ.3ème, 2 octobre 1974, n° 73-11.901, *GAJC*, t.2, *op. cit.*, n° 177.
[1666] Ce que la Cour de cassation a notamment confirmé dans un arrêt de 2005, rappelant que « le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement et d'une erreur déterminante provoquée par celui-ci ». V. Com., 28 juin 2005, n° 03-16.974, *RTD civ.* 2005.591, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *D.* 2005.2838, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *D.* 2006.2774, note P. CHAUVEL ; *Dr. et patr.* 2005, n° 141, p.93, obs. L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK.
[1667] V. C. GRIMALDI, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon… », *D* 2016.1009.
[1668] C. AUBERT de VINCELLES, « La validité du contrat : dol, erreur et obligation d'information », in *La réécriture du Code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, J. CARTWRIGHT, B. FAUVARQUE-COSSON, S. WHITTAKER (dir.), Société de législation comparée, coll. Droit comparé et européen, vol.29, p.77 et s., spéc. p.85 et s.
[1669] V. C. AUBERT de VINCELLES, « La validité du contrat : dol, erreur et obligation d'information », in *La réécriture du Code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, J. CARTWRIGHT, B. FAUVARQUE-COSSON, S. WHITTAKER (dir.), Société de législation comparée, coll. Droit comparé et européen, vol.29, p.77 et s., spéc. p.87 et 88. Le DCFR ou Cadre commun de référence, est le seul projet doctrinal européen à réellement prévoir une obligation générale précontractuelle d'information, mais celle-ci se limite aux biens et services et pèse uniquement sur les professionnels. De même, une telle obligation générale se retrouve, dans la législation européenne, essentiellement dans les textes réglementant les rapports entre professionnel et consommateur, telle que la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs. On en retrouve une déclinaison concernant les rapports entre professionnels dans la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente datant de 2011, qui avait suscité d'importants débats dans la doctrine française. Aucun texte, cependant, ne consacre réellement une obligation générale d'information valant pour tous contrats.
[1670] Cet ajout de la réforme est critiqué par certains auteurs qui y voient là une restriction non nécessaire du champ du devoir d'information tel que développé auparavant par la jurisprudence. En effet, la Cour de cassation avait plutôt tendance à constater l'existence d'un tel devoir au regard des qualités de l'information et de la légitimité de l'ignorance du cocontractant, sans se soucier de savoir si malgré l'absence de cette information, le contractant n'aurait pas tout de même conclu le contrat. (V. cependant Com., 5 janvier 2016, n° 14-15.701). V. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.,* p. 104.

direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties »[1671], et que l'ignorance du cocontractant peut être considérée comme légitime[1672]. Enfin l'alinéa 6 du texte nouveau indique qu'en cas d'inexécution de l'obligation, la responsabilité de son débiteur sera engagée, mais il omet d'en préciser la nature, contrairement à l'article 1178, alinéa 4 relatif à la responsabilité sanctionnant l'acte vicié.

423. Nature des obligations précontractuelles d'information. Il faut dire que la nature des obligations précontractuelles d'information reste très incertaine, fluctuante en jurisprudence, et discutée en doctrine. Car outre les problèmes certains d'autonomie auxquels cette nouvelle obligation précontractuelle fait face au regard notamment de la

[1671] Il s'agirait en réalité, selon certains auteurs, de deux conditions différentes et cumulatives : l'information devrait d'une part être déterminante du consentement, et d'autre part présenter un lien direct avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ». V. C. GRIMALDI, « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon… », *D.* 2016.1009. V. cependant, qui considèrent que l'alinéa 3 donne une définition de ce qui serait une « information déterminante » : O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.,* p. 104 ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2ème éd., Dalloz, 2018, n° 183. Cette dernière interprétation semble en accord avec la volonté du législateur, si l'on en croit le rapport rendu 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 qui précise que la condition relative au caractère déterminant de l'information pour le consentement de l'autre partie est définie à l'alinéa 3.

[1672] Cette condition vise notamment à rappeler que l'autre contractant a également le devoir de se renseigner lui-même, sauf à considérer que l'information était difficilement accessible, matériellement ou économiquement (lorsque l'accès à celle-ci est trop coûteux), ou encore qu'une confiance particulière existait entre les contractants, ce qui semble essentiellement renvoyer aux contrats entre un « sachant et un non-sachant », ou aux contrats instaurant une « véritable relation contractuelle ». V. M. MEKKI, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *Gaz. Pal.,* 12 avril 2016, n° 14, p.15.

réticence dolosive[1673], cette obligation, bien que due en principe pendant la phase de formation du contrat, subit nécessairement la force d'attraction du contrat valablement conclu, et donc en principe exécuté ou en passe de l'être. La jurisprudence a par ailleurs contribué à brouiller les pistes quant à la nature de cette obligation en opérant régulièrement une confusion entre les obligations précontractuelles et les obligations véritablement contractuelles d'information. Cette distinction entre deux types d'obligations d'information, théorisée par Muriel FABRE-MAGNAN[1674], existe en jurisprudence, qui a consacré un certain nombre d'obligations contractuelles d'information, venant enrichir directement le contenu du contrat, sur le fondement de

[1673] 1) En effet, alors que ce nouveau devoir général d'information se veut autonome, la condition du caractère déterminant pour le consentement de l'autre rappelle cruellement ce qui caractérise les vices du consentement. Or si en ce qui concerne le contrôle du consentement libre et éclairé cette condition s'impose, puisqu'il s'agit justement de juger de la validité du contrat en se demandant si sans le vice qui l'affecte, il aurait été conclu, cela ne fait pas nécessairement sens concernant une obligation précontractuelle indépendante du contrôle de la validité du contrat. Certains auteurs en concluent alors qu'il faut entendre « déterminant » d'une autre manière que lorsqu'il s'agit des vices du consentement, en référence justement à l'alinéa 3 qui semble en préciser le sens. V. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit*., p. 104 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t.1, *Contrat et engagement unilatéral*, 4ème éd., PUF, coll. Thémis Droit, 2016, n° 238 : l'auteur préfère alors parler d'information « pertinente ». Pour notre part, il nous semble délicat de vraiment distinguer le caractère déterminant de l'obligation d'information autonome de celle qui viendrait caractériser la réticence dolosive, puisque cette information n'est déterminante ou pertinente que lorsqu'elle influence le consentement, comme le laisse entendre l'article 1112-1. Peu importe alors que dans un cas, la connaissance de la vérité par le créancier de cette information l'aurait seulement déterminé à conclure le contrat à d'autres conditions, ou qu'elle l'aurait au contraire dissuadé de le conclure. La seule véritable différence reste alors l'intention malveillante, seule à même de caractériser le dol. En ce sens, prédisant que les juges auront tendance à apprécier le caractère déterminant selon les critères classiques, v. M. MEKKI, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *Gaz. Pal.,* 12 avril 2016, n° 14, p.15.
2) Rajoutant au sentiment d'une difficile autonomie, il n'est pas anodin de noter que le rapport rendu au Président de la République concernant l'ordonnance de 2016, voulant illustrer cette situation dans laquelle le manquement à l'obligation générale d'information n'entraînerait pas nullité du contrat, ne trouve qu'un exemple : celui ou justement aucun contrat n'est conclu, lorsque le manquement à ce devoir précontractuel fait échouer les négociations. Le Rapport lui-même relève ensuite que la condition du caractère déterminant de l'information pour le consentement tend à rapprocher l'obligation d'information du dol, mais s'en détache à deux égards : d'abord car le manquement à l'obligation d'information qui ne sera pas doublé d'une intention malveillante ne constituera pas un dol, ensuite car la réticence dolosive ne requiert pas un devoir d'information préalable pour être caractérisée. Autant la première situation paraît envisageable, autant la seconde nous laisse plus dubitatif. Elle atteste cependant de l'idée selon laquelle l'élément qui prédomine dans la caractérisation du dol reste l'intention de tromper. V. not. M. FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G* 2016.706.

[1674] L'auteur théorise cette distinction en se fondant non pas sur un critère chronologique, insuffisant à rendre compte de la réalité, mais sur un critère fonctionnel, admettant ainsi que certaines obligations précontractuelles d'informations puissent être sanctionnées par la responsabilité contractuelle.

la bonne foi, en vertu de l'ancien article 1134, alinéa 3[1675], ou sur celui de l'équité et de l'usage, en vertu de l'ancien article 1135, actuel article 1194[1676].

La confusion qui règne en jurisprudence quant à la ligne de démarcation entre ces deux obligations, et ainsi quant aux domaines respectifs de la responsabilité délictuelle et contractuelle, découle notamment d'un usage abusif du seul critère chronologique[1677]. Comme l'a parfaitement démontré Muriel FABRE-MAGNAN dans sa thèse, la difficile frontière entre exécution et formation du contrat rend ce critère chronologique impraticable, et doit alors lui être substitué un critère fonctionnel, qui prend en compte la finalité poursuivie par l'information : d'une part assurer la délivrance d'un consentement éclairé, pour permettre à son créancier de conclure le contrat désiré, et d'autre part assurer la bonne exécution du contrat, pour permettre à son créancier d'obtenir ce qu'il attendait de ce contrat[1678]. Pour découvrir cette finalité, il faut alors regarder les conséquences que produit l'inexécution de cette obligation pour son créancier : altération de sa décision au moment de conclure le contrat[1679], ou bien insatisfaction contractuelle.

Au regard de ces éléments, il est alors assez aisé de ranger le nouveau « devoir »[1680] général d'information dans la première catégorie, celle des obligations

---

[1675] La réforme de 2016 a consacré un devoir général de bonne foi dans la formation et l'exécution des contrats, érigé au même niveau que la liberté contractuelle ou la force obligatoire du contrat. Selon certains, il s'agirait désormais d'un véritable « principe directeur du contrat ». V. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2ème éd., Dalloz, 2018, n° 110, p.105.

[1676] V. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, n° 436 et s. ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations, op. cit.,* n° 614.

[1677] V. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, op. cit., n° 310 et s.

[1678] *Ibid*, n° 281 et s.

[1679] Pour plus de développements sur le dommage qui résulte de l'inexécution d'une obligation précontractuelle d'information, v. *infra*, n°476 et s.

[1680] Qui constitue en réalité, derrière ce vocable, une véritable obligation, une prestation. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t.1, *Contrat et engagement unilatéral*, 4ème éd., PUF, coll. Thémis Droit, 2016, n° 237 : l'auteur explique que derrière ce choix du vocable de « devoir » se cache une véritable obligation, avec un débiteur et un créancier, très différente en cela du devoir de bonne foi, qui oblige à exécuter les obligations d'une certaine manière. Mais le choix de ce vocable, bien qu'inadapté, permettrait néanmoins d'insister sur la dimension morale de cette obligation. *Adde*. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, *op. cit.,* p.102. Le choix du vocable de « devoir » et non « d'obligation » semble vouloir rattacher, selon ces auteurs, l'obligation précontractuelle au devoir plus général de prudence et de diligence dû par tout un chacun à l'égard d'autrui. On notera cependant que le choix de ce vocabulaire ne semble pas avoir d'importance réelle pour les auteurs du texte, puisque dans le rapport rendu au Président de la République, les termes « devoir général d'information », « obligation précontractuelle d'information » et « obligation générale » sont utilisés indifféremment. V. 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, JOFR n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25, p.6

visant à éclairer le consentement. Tout d'abord, on le retrouve dans une sous-section du Code civil dédiée aux négociations[1681], ce qui semble affirmer nettement son caractère précontractuel d'un point de vue chronologique, ce qui, sans être suffisant, est néanmoins nécessaire pour une obligation qui vise à s'assurer du consentement éclairé d'une des parties. Par ailleurs, l'alinéa 1er de l'article 1112-1 vise exclusivement des obligations dont « l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre », formule qui renvoie explicitement aux informations pouvant influencer la prise de décision de l'une des parties lors de la conclusion du contrat. La responsabilité qui intervient a alors pour objet de compenser une altération de la décision initiale de conclure le contrat, quand bien même le consentement de la partie concernée n'a pas été affecté au point de rendre le contrat annulable ; elle ne pourra ainsi qu'être, comme en cas de contrat malformé, que délictuelle[1682].

Ainsi, malgré la force d'attraction du contrat valablement conclu, l'obligation précontractuelle d'information reste en dehors de son giron[1683]. Les limites de l'influence du contrat ne sont donc pas seulement tracées par son annulation, ni même son annulabilité, mais bien par la fonction poursuivie par l'obligation violée, fonction

[1681] Cette situation n'était pas celle prévue par le projet initial d'ordonnance, qui avait fait le choix plus audacieux de placer ce devoir général dans un paragraphe à part entière, précédant celui relatif aux négociations. Mais afin de rassurer les acteurs économiques inquiets de voir cette obligation nouvelle prendre une telle importance, il a été décidé de l'intégrer, dans l'ordonnance, dans la partie relative aux négociations, ce que critiquent certains auteurs, notamment parce que cette obligation d'information ne devrait pas se limiter aux seuls contrats négociés. V. M. FABRE-MAGNAN, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP G* 2016.706. L'auteur rappelle d'ailleurs que le rapport remis au Président de la République fait plusieurs fois mention de cette volonté de répondre aux inquiétudes des entreprises et représentants du monde économique.

[1682] *Contra* C. AUBERT de VINCELLES, « La validité du contrat : dol, erreur et obligation d'information », in J. CARTWRIGHT, B. FAUVARQUE-COSSON, S. WHITTAKER (dir.), *La réécriture du Code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, Société de législation comparée, coll. Droit comparé et européen, vol.29, p.77 et s., spéc. p. 89 : l'auteur considère que, malgré la présence du texte dans une sous-section relative aux négociations, rien n'interdit d'étendre son application au domaine contractuel, le consentement auquel il est fait référence pouvant alors également s'entendre du consentement au cours de l'exécution du contrat, qu'il s'agisse d'une modification ou de la conclusion d'un avenant. Il nous semble cependant qu'en ce cas, comme l'a déjà souligné Muriel FABRE-MAGNAN, il ne s'agit pas tant d'un consentement dans l'exécution, qu'un consentement à un nouvel acte juridique. V. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, n° 283.

[1683] *Contra* J.-P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in C. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.)*, La nouvelle crise du contrat,* Dalloz, 2003, p.99. et s., spéc. p.111 : l'auteur plaide au contraire pour un rattachement de l'obligation d'information aux prestations contractuelles, afin de pouvoir notamment en contrôler la contrepartie économique. Dans cette perspective, l'obligation d'information est alors envisagée sous l'angle de sa valeur économique, de l'avantage qu'elle confère à la partie qui la reçoit, bien plus que comme une exigence de comportement. Cité par G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2ème éd., Dalloz, 2018, n° 182, spéc. p.163.

qui se révèle à l'analyse des conséquences que cette inexécution produit pour son créancier.

424. Conclusion : compétence subsidiaire de la responsabilité délictuelle. La responsabilité contractuelle ne peut ainsi être désignée compétente pour régir ces situations précontractuelles sans que soit atteinte sa raison d'être : remédier à l'inexécution d'une obligation de nature contractuelle par le biais de dommages-intérêts. Dès lors, si l'on exclut les justifications d'ordre théorique avancées par les auteurs soucieux d'implanter la théorie allemande de la *culpa in contrahendo* en France, et qui ne nous ont pas convaincus[1684], l'extension de l'emprise contractuelle à la période précontractuelle ne se justifie plus que par le pragmatisme, qui s'appuie avant tout sur le constat initial d'une simple inadaptation des règles de la responsabilité délictuelle aux situations précontractuelles[1685]. Conclure ainsi à l'extension de la responsabilité contractuelle, « au mépris des règles qui la gouvernent », sur ce seul constat, c'est alors oublier le caractère spécial, dérogatoire du droit commun, et donc nécessairement d'interprétation restreinte, du régime contractuel de responsabilité[1686]. Et s'il est vrai que l'adaptation de la responsabilité délictuelle, lorsqu'elle s'applique à ces situations précontractuelles, est nécessaire[1687], elle ne suffit pas à en changer la nature. C'est bien encore la subsidiarité de la responsabilité délictuelle, règle de droit commun, qui lui offre une compétence naturelle pour traiter de ces situations qui, bien qu'elles gravitent autour de la sphère contractuelle, se situent hors de ses limites[1688]. Par ailleurs, le régime de la responsabilité délictuelle apparaît parfaitement compatible avec la période précontractuelle.

[1684] V. *supra*, n° 415.
[1685] V. *supra*, n° 413.
[1686] C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit.*, n° 248 : « Le caractère limité du domaine de la responsabilité contractuelle empêche que ses mécanismes légaux ne soient étendus par analogie car la responsabilité délictuelle a vocation à embrasser toutes les autres situations ». *Adde* C. GOLDIE-GENICON , *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* 2009, n° 10, p.35 : « La règle spéciale dérogatoire, parce qu'elle est exorbitante du droit commun, qu'elle contredit une règle générale, présente un caractère exceptionnel et doit rester circonscrite " à l'intérieur des frontières que lui trace son libellé textuel" ».
[1687] V. *infra*, n° 437 et s.
[1688] C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit.*, n° 329 : « […] en conséquence, la responsabilité attachée à la formation du contrat annulé ne pourra être que délictuelle par application de la vocation résiduelle de droit commun à embrasser tous les cas ne relevant pas de la responsabilité contractuelle ou d'un régime spécial de responsabilité ».

Section 2. La compatibilité de la responsabilité délictuelle avec la période précontractuelle

425. Avantages d'une clause générale de responsabilité. Par la généralité et la flexibilité des conditions de sa mise en œuvre, le régime délictuel de responsabilité se révèle le plus adapté pour prendre en compte les dommages nés dans la période précontractuelle (§2), rendant ainsi inutile l'élaboration d'un régime de responsabilité précontractuelle spécialement adapté aux enjeux de cette période (§1).

§1. La possibilité d'un régime propre à la période précontractuelle

426. Traitement de la période précontractuelle par un régime de responsabilité propre. Si le maigre débat sur la nature de la responsabilité précontractuelle se résume aujourd'hui, au sein de la doctrine française, à l'alternative classique entre régimes contractuel et délictuel, une troisième voie, celle d'un régime autonome et *sui generis*, répondant spécifiquement aux questions posées par cette période, aurait pu être envisagée. Elle l'a d'ailleurs été par ceux qui, les premiers, ont perçu les enjeux propres à la période précontractuelle, tel que SALEILLES, qui sans s'écarter totalement des anciens articles 1382 et 1383 du Code civil, évoquait une responsabilité pour « risque contractuel »[1689], forme de garantie légale attachée à la conclusion même du contrat[1690], une « responsabilité indépendante de toute idée de faute », fondée sur une exigence de bonne foi et d'équité[1691]. Ce qui pousse ainsi certains auteurs à proposer l'adoption d'un régime de responsabilité précontractuelle autonome c'est, selon eux, l'inadaptation de la responsabilité délictuelle pour traiter de ces situations

[1689] R. SALEILLES, « De la responsabilité précontractuelle », *op. cit.*, spéc. p.726.
[1690] *Ibid*, spéc. p.726 et C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, op. cit*., n° 19.
[1691] R. SALEILLES, « De la responsabilité précontractuelle », *op. cit.,* spéc. p. 735 : « […] responsabilité indépendante de toute idée de faute, et qui dérive uniquement d'un acquiescement initial aux négociations. Du seul fait de cet acquiescement résulte cette conséquence, exigée par la bonne foi et l'équité en matière de relations commerciales, que les parties ne sont plus absolument libres de se retirer sans autre risque à courir ».

précontractuelles, et notamment l'incompatibilité du concept de faute avec les comportements visés dans cette période. Jugeant le seuil de la faute délictuelle trop élevé pour prendre en compte certaines situations précontractuelles, telle que la rupture abusive des négociations, ils avancent l'idée d'un régime de responsabilité non plus fondé sur la faute, mais plus généralement sur l'idée d'une atteinte à la bonne foi ou à la confiance placée dans le partenaire, allant plus loin que la théorie de JHERING d'une responsabilité pour faute présumée[1692], dont ils s'inspirent souvent[1693].

Bien qu'elle n'ait séduit ni la doctrine, ni le juge ou encore le législateur français, l'idée d'une responsabilité *sui generis* dédiée aux dommages précontractuels s'est implantée dans certains systèmes voisins, tel que le droit suisse, qui reconnaît la nature hybride, ou plutôt intermédiaire, entre délit et contrat, de la responsabilité précontractuelle[1694], fondée directement et de manière autonome sur la confiance légitime[1695]. Une partie de la doctrine belge, système qui connaît la même clause générale que le droit français, composée des articles 1382 et 1383, propose également de rattacher cette responsabilité strictement à un principe général de bonne foi, qui trouverait à s'appliquer notamment face à l'établissement d'une relation de confiance entre partenaires, lors de la négociation, et que la faute délictuelle ne suffirait pas à saisir[1696]. L'attraction d'un régime autonome de responsabilité précontractuelle semble

---

[1692] M. SCHMOECKEL, J. RÜCKERT, R. ZIMMERMANN (dir.), *Historisch-Kritiker Kommentar zum BGB*, Band II, 2007, Mohr Siebeck, spéc. p. 1542. Cette présomption de faute se fonde sur le postulat que « celui qui promet ne peut point se tromper ». V. R. von JHERING, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites* (1860), in Œuvres choisies, t.II, trad. O. DE MEULENAERE, Paris, Marescq, 1893, n° 14, spéc. p.36.

[1693] C'est le cas de WINDSCHEID, célèbre pandectiste qui exerça une grande influence lors de la première commission de rédaction du BGB. Il commença par fonder cette responsabilité autonome sur l'idée de garantie légale tacite, « *stillschweigende Garantie* », puis évolua vers l'idée d'un droit à des dommages-intérêts fondée directement sur la confiance légitime de la victime en son partenaire. V. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 6ème éd., Rütten&Loening, 1887, §307, n° 5 et 7ème éd., Rütten&Loening ,1891, §307, n° 5.

[1694] ATF 134 III 390, spéc. cons. 4.3.2 : « Die Haftung aus erwecktem Vertrauen ist zwischen Vertrag und Delikt angesiedelt. Sie erfasst als Oberbegriff die Haftung aus *culpa in contrahendo* », en français (selon notre propre traduction) : « La responsabilité fondée sur la confiance légitime se situe entre le contrat et le délit. Elle doit s'entendre d'un concept général qui englobe la responsabilité pour *culpa in contrahendo* ».

[1695] Le Tribunal Fédéral suisse fonde ainsi cette responsabilité sur la confiance légitime. V. ATF 133 III 449, cons. 4.1 : « Das Bundesgericht anerkennt seit einiger Zeit die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung als eigenständige Haftungsgrundlage », en français (selon notre propre traduction) : « Le Tribunal fédéral reconnaît depuis un certain temps la figure juridique de la responsabilité fondée sur la confiance comme fondement autonome de responsabilité ».

[1696] V. not D. PHILIPPE, « Rapport belge » in *La bonne foi*, Journées Louisianaises, Travaux de l'association Henri Capitant, T. XLIII, 1992, p.61 et s., spéc. p. 72. *Contra* L. CORNELIS, « La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel », *RGDC*, 1990.391, n° 10, spéc. p. 402 pour qui « le principe de l'exécution de bonne foi, en matière précontractuelle, se présente ainsi, comme une application pure et simple de la faute civile ».

ainsi toujours se justifier par une volonté de dépasser la faute, perçue comme un obstacle à la prise en charge d'un certain nombre de situations précontractuelles. La flexibilité et l'adaptabilité de la clause générale du droit français expliquent alors que la doctrine française ne se soit que peu attardée sur cette possibilité, préférant d'ailleurs souvent parler de « période précontractuelle », pour désigner l'objet de la responsabilité, que de « responsabilité précontractuelle » en tant que telle.

§2. Les avantages d'une clause générale de responsabilité

427. Avantages d'une responsabilité fondée sur la faute. Puisque la bonne foi apparaît comme l'un des principaux fondements, dans les systèmes juridiques étrangers, de la prise en charge des dommages précontractuels, l'ignorance, par le droit français, du moins jusqu'à récemment, d'un tel principe général de bonne foi, explique en partie l'utilisation de la responsabilité délictuelle dans la période précontractuelle et non la création d'un régime autonome de responsabilité. Le droit civil allemand, malgré une résistance de la doctrine pandectiste du XIX^{ème} siècle, intègre, dans le *BGB*, mais surtout dans sa pratique judiciaire, l'idée d'un principe général de bonne foi à la portée normative autonome fondé sur le § 242 du *BGB*. Dans la lignée de l'*exceptio doli* du droit romain, transportée jusqu'à l'époque moderne par l'*usus modernus pandectarum*, les juges allemands font ainsi désormais régulièrement usage de ce correctif fondé sur l'équité dans leur mise en œuvre du droit civil[1697]. La codification du droit français, quant à elle, imprégnée de philosophie des Lumières et de droit naturel, s'accompagne d'une « dévaluation du juge » et d'une « exaltation de la certitude du droit »[1698], qui la conduit à rejeter les instruments issus de l'équité. Elle préfère alors intégrer la bonne foi au sein de l'idéologie volontariste, la réduisant à un simple instrument

[1697] Quand bien même cette portée normative autonome est aujourd'hui de nouveau discutée par la doctrine, elle semble avoir intégré la pratique des tribunaux. V. F. RANIERI, « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law », *RIDC*, n° 4, oct-déc. 1998, p. 1055 et s., spéc. p. 1064 et s.
[1698] *Ibid*, spéc. p. 1061.

d'interprétation de la volonté des parties contractantes[1699]. Ainsi la responsabilité dite « précontractuelle » se développe-t-elle sans référence directe à la bonne foi, sur le fondement de la clause générale de responsabilité. Cette diversité de fondements n'empêche pas le développement d'obligations précontractuelles similaires de part et d'autre des frontières, y compris au sein des régimes de *Common law*, pourtant réticents à l'idée de tempérament à la liberté contractuelle, amenant à « la formation d'une véritable déontologie précontractuelle commune »[1700].

Néanmoins, bien qu'il soit désormais fait explicitement référence, aux articles 1104 alinéa 1er, et 1112, alinéa 1er du Code civil, à la bonne foi concernant la sanction de comportements précontractuels jugés déloyaux, c'est bien la faute délictuelle qui reste le standard d'appréciation de ces comportements en droit français. Et ce, car la faute se révèle être, entre les mains du juge, un filtre particulièrement pertinent, l'instrument le plus à même d'assurer un subtil équilibre entre le principe de liberté contractuelle, qui irrigue cette période, et la sanction de certains comportements déloyaux. Reste qu'il faut que le concept de faute délictuelle soit à même d'embrasser toutes ces situations qui, dans la conclusion du contrat, mènent à l'intervention de la responsabilité. Nous verrons que non seulement la faute délictuelle s'avère compatible avec la période précontractuelle (A), mais par ailleurs qu'elle présente de nombreux avantages pour en traiter les spécificités (B).

A. Compatibilité de la faute délictuelle

428. Diversité de la faute précontractuelle. Ce que l'on nomme « faute précontractuelle » ne peut s'appréhender comme un concept homogène, tant elle recouvre, *a priori*, des situations différentes, notamment en raison de leur impact sur la conclusion du contrat, qui peut être diamétralement opposé : soit le comportement

[1699] M.FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t.1, *Contrat et engagement unilatéral,* 4ème éd., PUF, coll. Thémis Droit, 2016, spéc. n° 79 : si le concept de bonne foi, présent à, l'ancien article 1134, alinéa 3, est utilisé initialement avec parcimonie par les juges, à partir de la seconde moitié du XXème siècle, il devient entre leurs mains un instrument d'interprétation du contrat, et sert de base à la création de nombreuses obligations contractuelles, telle que l'obligation d'information.
[1700] R. MONZER, « Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle », *RIDC*, n° 3, 2007, p. 523 et s., spéc. p. 530.

de l'un des partenaires empêchera la conclusion du contrat, soit il autorisera, voire même conduira à son succès[1701]. On peut néanmoins tenter de dresser un portrait de ces comportements qui peuvent mener à la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle en bordure du contrat.

429. La faute empêche la conclusion du contrat. Lorsque la faute commise par l'un des partenaires empêche la conclusion du contrat, on parle de rupture des négociations, ou encore, arrivés à un certain stade d'avancement, de révocation de l'offre. L'enjeu est ici particulier : il s'agit de ménager un équilibre subtil entre exercice de la liberté contractuelle d'un côté, qui doit permettre à chacun des participants à la négociation d'en sortir si, par exemple, une meilleure proposition de contrat leur était faite, à l'issue de négociations menées en parallèle avec un tiers[1702], et sanction de la déloyauté de l'autre. La faute ne peut donc pas être caractérisée par la décision de ne pas conclure le contrat, mais plutôt par le contexte qui entoure cette décision[1703]. À regarder la jurisprudence de plus près, il s'agira notamment de la sanction d'intentions

---

[1701] V. J. SCHMIDT, « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ.* 1974, p.46 et s., spéc. n° 4 : « Les erreurs de conduite liées à cette période peuvent, donc, aboutir soit à l'échec des négociations et la non-conclusion du contrat, soit à un succès frelaté et la conclusion de l'accord »

[1702] La conduite en parallèle des négociations, d'autres négociations avec un tiers avec qui on finirait par conclure ne constitue ainsi en soi pas une faute, et il n'existe d'ailleurs pas d'obligation faite aux parties à la négociation d'informer le partenaire d'une telle entreprise. Elle ne constituera une faute que si ces pourparlers menés avec un tiers révèlent une attitude déloyale de l'un des participants. L'arrêt *Manoukian* le rappelait déjà, en raison du principe de liberté contractuelle. V. Com., 26 nov. 2003, n° 00-10.243, *D.* 2004, note A.-S. DUPRÉ-ALLEMAGNE; *JCP* 2004.I.163, n° 18, obs. G. VINEY ; *JCP E* 2004.738, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RDC* 2004.257, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2004.80, obs. J. MESTRE et B. FAGES : « Le simple fait de contracter, même en connaissance de cause, avec une personne ayant engagé des pourparlers avec un tiers ne constitue pas, en lui-même et sauf s'il est dicté par l'intention de nuire ou s'accompagne de manœuvres frauduleuses, une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur ». La faute pourra être caractérisée, par exemple, lorsque les pourparlers entamés avec le tiers se font sur la base d'un prix très inférieur à celui proposé lors de la première négociation (V. Civ.2ème, 4 juin 1997, *RTD civ.* 1998.921, obs. J. MESTRE), ou encore s'il a été signé avec le tiers un accord prévoyant une négociation exclusive. On peut toutefois parfois penser qu'il existerait, dans certains cas, une forme de « devoir de prudence » à la charge du partenaire, qui, n'ayant pas informé des négociations menées avec un tiers, n'a pas permis à son partenaire d'envisager un échec des négociations, alors que celui-ci avait engagée des frais considérables en vue de l'obtention d'un prêt. V. CA Orléans, 15 février 2007, cité par M. ALBERTINI, É. AMAR, « La rupture abusive des pourparlers », *LPA* 2013, n° 195, p.6.

[1703] Ce que certains auteurs avaient proposé de formaliser par une distinction entre la « faute de rupture » et la « faute dans la rupture », seule la seconde, découlant du contexte dans lequel la rupture s'effectue, permettant d'engager la responsabilité de son auteur. Cette distinction, qui selon certains auteurs ne reflète pas totalement la réalité, puisqu'elle ne prend pas réellement en compte le cas de la rupture sans motif légitime, pour lequel c'est bien la rupture en elle-même qui crée la faute, et non seulement la durée des négociations, qui a instauré une confiance chez le partenaire, s'avère surtout superfétatoire, la question étant, nous le verrons, laissée entre les mains des juges qui ne s'embarrassent pas de telles subtilités mais jugent bien plus en équité. En faveur de cette distinction, v. O. DESHAYES, « Le dommage précontractuel » *RTD com.* 2004, p.195 et s. L'auteur renoncera lui-même à sa proposition plus tard, considérant alors que la Cour de cassation ne devrait tout simplement pas contrôler les motifs de la rupture : V. JCP 2006.II.10130.

malveillantes[1704], mais également de tenir compte de la confiance légitime en la conclusion certaine du contrat qui a pu naître chez l'un des participants. Ce dernier élément, plus flexible, tiendra compte tant de la durée des négociations, que de l'investissement apparent des parties, et permettra notamment de sanctionner le fait de poursuivre des négociations alors même que l'on sait qu'elles n'aboutiront pas[1705], ou encore le fait de rompre des pourparlers sans motif légitime, alors que tant leur durée que le comportement du partenaire avaient pu faire naître une croyance forte en la conclusion du contrat[1706]. En définitive, le juge retiendra selon les situations tel ou tel élément du contexte, caractérisant bien souvent la faute en vertu d'un faisceau d'indices, et non simplement sur un élément, telle la « brutalité », souvent évoquée, de la rupture[1707]. La sanction de la révocation de l'offre intervenue pendant le délai accordé à son destinataire pour l'accepter, désormais prévue à l'article 1116, alinéa 3 du Code, ne fait finalement que formaliser cette idée selon laquelle la confiance créée chez le partenaire par une offre ferme, marquant peut être l'aboutissement de longues négociations, ne doit pouvoir être brisée de manière brutale et inattendue.

[1704] Ce sera le cas notamment, de celui qui rentre en négociation dans le seul but d'empêcher son partenaire de conclure un accord avec un tiers, ou encore afin de lui dérober des secrets. L'équilibre sera d'ailleurs délicat entre les divers devoirs qui incombent à chacun dans la période précontractuelle depuis la réforme de 2016, notamment entre le devoir d'informer son partenaire de tout élément dont l'importance s'avère déterminante de son consentement, fondé sur l'idée de bonne foi et de loyauté, et entériné à l'article 1112-1 du Code civil, et le devoir de confidentialité, également inscrit dans le Code civil depuis la réforme de 2016 à l'article 1112-2 du Code civil. Un arrêt de 2003 rendu par la Chambre commerciale avait déjà eu à connaître de ce conflit entre devoirs, alors que le président d'une société avait acheté à l'un de ses associés des titres, avant de les revendre pour deux fois leur prix d'achat à un tiers avec qui il était déjà en négociation au moment de ladite cession. L'associé cédant avait alors intenté une action en dommages-intérêts contre le cessionnaire pour violation de son devoir d'information, à laquelle le cessionnaire avait répondu être tenu d'un devoir de confidentialité quant au prix de rachat des titres. Alors que la Cour d'appel avait préféré arbitrer en faveur du devoir de confidentialité, la Cour de cassation avait considéré, faisant ainsi application de la jurisprudence *Vilgrain*, qu'il y avait en effet violation du devoir d'informer, considérant que la revente au tiers avec profit constituait un élément de nature à influencer le consentement du cédant, paralysant ainsi la clause de confidentialité. V. Com., 12 mars 2003, n° 12-11.970, *RDC* 2013.873, note Y.-M. LAITHIER.

[1705] V. not. Com., 18 juin 2002, n° 99-16.488, *RTD civ.* 2003.282, obs. J. MESTRE.

[1706] V. not. Com., 18 janvier 2011, n° 09-14.617, *RTD civ.* 2011.345, obs. B. FAGES. L'absence de motifs légitimes ne constitue cependant pas nécessairement une faute, et la reconnaissance d'une véritable liberté de ne pas conclure le contrat impliquerait même que le juge n'ait pas à contrôler les motifs de cette rupture. En pratique, le juge ne contrôlera ces motifs que lorsque le contexte de la rupture, notamment leur stade d'avancement, semble indiquer que cette rupture ne devrait pas être totalement libre. Ainsi, c'est bien le faisceau d'indices qui permet de caractériser la faute, dont le seuil sera plus ou moins élevé selon les circonstances. V. O. DESHAYES, « La faute dans la rupture des pourparlers peut-elle résulter de l'absence de motifs ? », *RDC* 2013.545, note sous Civ.1ère, 20 décembre 2012, n° 11-27.340 et Civ.3ème, 18 décembre 2012, n° 10-30.764.

[1707] Comme le fait remarquer Olivier DESHAYES, une rupture est toujours vécue comme « brutale » pour celui qui n'en voulait pas. Pour devenir une faute, cette rupture doit s'inscrire dans un contexte particulier, caractérisé par la réunion de divers éléments : durée des négociations, stade d'avancement, croyance légitime du partenaire…V. O. DESHAYES, « La faute dans la rupture des pourparlers peut-elle résulter de l'absence de motifs ? », *op. cit.*

430. La faute détermine la conclusion du contrat. Lorsque la faute commise n'empêche pas la conclusion du contrat, voire même y participe, c'est plus simple. Il ne s'agit désormais plus tant de préserver la liberté de ne pas conclure le contrat de l'un, puisque le contrat a bien été conclu, que de sanctionner l'absence de réelle liberté lors de cette conclusion de l'autre partenaire, dont le consentement a été vicié, ou à qui il a manqué certaines informations essentielles à éclairer sa décision. La faute sera alors caractérisée soit par le manquement à une obligation légale, celle de divulguer toute information déterminante pour le partenaire[1708], soit par le fait d'avoir sciemment vicié le consentement de l'autre, ou simplement conclu ledit contrat en connaissance dudit vice[1709]. Ce sera, par ailleurs, encore plus aisé face à un dol, l'élément intentionnel exigeant de caractériser une intention de nuire.

431. Compatibilité de la faute délictuelle. Cette diversité de situations pouvant donner lieu à une « faute précontractuelle » donne le sentiment d'une grande hétérogénéité du concept. La question qui se pose est alors celle de la capacité de la faute délictuelle à toutes les embrasser. Concept plastique, aux contours flexibles, la faute délictuelle semble certes pouvoir prendre en charge un certain nombre de comportements. Il nous semble néanmoins possible de partir de la définition donnée par le projet de réforme de la responsabilité civile de la « faute », fait générateur de responsabilité extracontractuelle, définition qui s'inscrit, de par son étendue, dans une « tradition française »[1710]. En effet, la faute y est définie comme « la violation d'une règle de conduite imposée par la loi ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence »[1711]. La première partie de cette définition est la plus aisée à

[1708] Article 1112-1 du Code civil. On notera que c'est en partie ainsi qu'est définie la notion de faute délictuelle, ou plutôt « fait générateur de responsabilité extracontractuelle », à l'article 1242 du projet de réforme de la responsabilité rendu public en mars 2017 : « Constitue une faute la violation d'une prescription légale […] ».
[1709] V. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit.,* n° 92 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit*., n° 434 : Les auteurs précisent d'ailleurs que cette faute résultant de la connaissance du vice peut être commune aux deux parties, comme cela a été longtemps exigé par exemple en cas d'annulation du contrat pour cause illicite ou immorale. Mais alors, les deux parties étant fautives, l'action en responsabilité ne trouve aucune raison d'être. En revanche, la faute n'est pas constituée par la seule inexécution du contrat vicié, ou par l'annulation du contrat. V. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit*., n° 91. *Contra* J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, op. cit*., n° 226.
[1710] G. VINEY, « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *D.* 2016, p.1378 et s.
[1711] Article 1242 du projet de réforme de la responsabilité civile rendu public par la Chancellerie en mars 2017.

appréhender : les normes de conduite que le législateur met en place ayant pour objet de permettre la vie en société, il est essentiel que celui qui s'en écarte doive répondre des conséquences qui s'en suivent. Cela vaut également pour la micro-société que représente le contrat ; afin que la relation qu'il instaure soit paisible, le respect de certaines normes de conduite s'impose, et ce dès le processus de formation. Constitue alors nécessairement une faute délictuelle le non-respect du devoir expressément identifié par le législateur d'informer son partenaire d'éléments dont l'importance est déterminante pour son consentement[1712].

De même, dès lors qu'une intention de nuire peut-être identifiée, l'existence de la faute délictuelle n'est pas discutée. Il en va ainsi de la rupture de pourparlers engagés avec un but tout autre que la conclusion d'un accord, ou encore du dol, dont l'intention de nuire constitue l'un des éléments caractéristiques. C'est plus délicat en l'absence d'intention malveillante, et donc d'élément délictuel à proprement parler, et en l'absence d'un devoir aux contours définis par le Code. L'identification de cette partie de la faute, liée à l'idée de manquement à un devoir plus général de prudence et de diligence, ne présente pas de profil type et semble parfois relever d'un mystère que seuls les juges seraient à même de percer. C'est notamment le cas face à la rupture des pourparlers. Néanmoins, derrière l'apparente hétérogénéité de ces situations semble émerger un devoir qui irrigue toute la période précontractuelle, et a trouvé sa place dans le Code en 2016 : le devoir de bonne foi.

432. Place de la bonne foi dans la caractérisation de la faute précontractuelle. La faute précontractuelle peut en effet trouver derrière l'idée d'une sanction des comportements contraires à la bonne foi exigée de chacun dans la conclusion du contrat une forme d'unité. Avant même son introduction dans le Code en 2016, c'est d'ailleurs bien souvent sur ce devoir que la jurisprudence fonde, le plus souvent implicitement, ses décisions. La doctrine n'a par ailleurs jamais nié la place de la bonne foi au stade des négociations[1713]. Sans pouvoir prétendre au statut de « principe général » comme

[1712] Le fait que la violation de ce devoir d'information permette de caractériser une faute délictuelle n'est donc pas discuté. Cependant, afin de pouvoir tracer les contours de cette faute, il faut d'abord réussir à identifier les contours de ce devoir d'information, et donc identifier les « hypothèses dans lesquelles il y a obligation d'information ». V. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, 1992, n° 373 et s.
[1713] V. P. JOURDAIN, « Rapport français », in *La bonne foi*, *Journées Louisianaises,* Travaux de l'association Henri Capitant, tome XLIII, Litec, 1992, p. 121 et s.

elle le fait dans les droits voisins[1714], ou encore dans de nombreux projets d'harmonisation européenne du droit des contrats[1715], et quand bien même on pourrait désormais se passer de la référence à la bonne foi, les règles relatives à la rupture des pourparlers ou encore de l'obligation d'information ayant été introduites dans le Code civil[1716], cela n'empêche pas l'idée de bonne foi, de loyauté, d'être au fondement de la sanction de certains comportements précontractuels[1717]. La violation du devoir de bonne foi permet-elle cependant de caractériser une faute délictuelle ? Si l'on perçoit la bonne foi contractuelle uniquement comme la traduction, au sein du contrat, d'un devoir moral dû plus généralement par chaque membre d'une société à l'égard des autres, alors il semble en effet que la bonne, ou plutôt la mauvaise foi coïncide parfaitement avec l'idée de faute[1718].

[1714] Aujourd'hui, quand bien même depuis la réforme de 2016 le domaine de l'exigence de bonne foi dans le contrat se serait élargi, couvrant explicitement la négociation, la formation et l'exécution du contrat (article 1104, alinéa 1er), elle ne peut s'analyser en un devoir général semblable à ce que connaissent des systèmes juridiques voisins. Paradoxalement l'inscription de la bonne foi dans le Code civil, au sein des dispositions liminaires au contrat, l'enferme dans des frontières liées au contrat, et l'empêche de s'imposer comme un « devoir applicable à tous et envers tous, comme peut l'être une norme de conduite de nature extracontractuelle ». V. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, *op. cit.,* p.62. *Adde,* sur la frilosité des rédacteurs de la réforme à l'égard des « principes » de manière générale, et particulièrement d'un principe général de la bonne foi en droit des contrats : C. PÉRÈS, « Observations sur "l'absence" de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *RDC* 2015.647 : l'auteur évoque la « tension entre, d'un côté, la volonté, qui s'explique par un souci de rationalisation et de systématisation du droit, d'afficher dans le code, "en les résumant, les règles essentielles à la matière" afin d'exprimer "l'esprit qui l'anime", et de l'autre le refus ou la crainte d'attribuer à ces règles un surcroît d'autorité mal maîtrisé ». Cette réticence à l'égard des principes directeurs est d'autant plus visible que c'était pourtant, nous rappelle l'auteur, l'un des buts affichés du projet de loi de 2013 et de la loi d'habilitation du 16 février 2015.

[1715] Ainsi les articles 1 : 202 et 1 : 202 des PEDC consacrent respectivement le devoir général de bonne foi et de collaboration, l'article 1.7 des Principes UNIDROIT consacre la bonne foi au sein de « dispositions générales », et le Cadre commun de référence proposé par l'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée consacre, au titre des « principes directeurs du droit européen des contrats », la loyauté contractuelle.

[1716] C'est d'ailleurs ce que certains auteurs appellent de leurs vœux, considérant qu'en présence de règles spéciales, comme c'est le cas pour l'obligation d'information ou le dol, en plus d'être superflue, la référence à la bonne foi risque de « maintenir dans le flou » la motivation des décisions de justice. V. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, *op. cit.,* p.63.

[1717] Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, n° 121. À propos de la faute dans la rupture des pourparlers : « Or, la Cour de cassation indique que la faute consiste alors en un manquement à la bonne foi […]. C'est le même genre d'incorrection qui se trouve condamné et ce sont, en particulier, les fautes d'hypocrisie et d'incohérence reprochables au négociateur qui paraissent le plus fréquemment caractériser l'abus dans la rupture des pourparlers. Plus synthétiquement, laisser le partenaire croire en la bonne fin de l'opération, et décevoir son attente semble être le fait fautif type ».

[1718] V. J. SCHMIDT, « La période précontractuelle en droit français », *RIDC* 1990, p. 545 et s., spéc. p. 550 : l'auteur, après avoir affirmé qu'il « n'existe pas de définition spécifique de la faute précontractuelle ; celle-ci doit être incluse dans la définition générale de la faute délictuelle », le démontre en rappelant que la définition de la faute elle-même se fondant sur l'idée d'un comportement de référence qui serait celui de l'homme se comportant de bonne foi et loyalement, la mauvaise foi et la déloyauté constituent bien « l'archétype de la faute précontractuelle ».

Mais cette vision de la bonne foi comme instrument de moralisation des comportements n'apparaît pas nécessairement adaptée aux enjeux contractuels qui imprègnent déjà la période qui en précède la conclusion. En effet, bien loin du devoir de coopération que les tenants d'un solidarisme contractuel voudraient faire imposer à tout contractant, il faut plutôt comprendre le contrat comme un « point d'équilibre entre des intérêts opposés »[1719]. Dès lors, afin de ne pas détruire ce subtil équilibre réalisé par le contrat, il faut non seulement que chacune des parties s'abstienne d'agir contre les intérêts du contrat[1720], ce qui implique son exécution de bonne foi[1721], mais il faut également, que lors de sa formation, l'un des partenaires n'ait pas « incité l'autre à conclure un contrat contraire à son intérêt »[1722] ou, en cas d'échec de la conclusion du contrat, n'ait pas « fait croire fallacieusement à un accord possible »[1723]. La violation de devoir de bonne foi, même compris dans un sens contractuel, semble ainsi correspondre au non-respect du devoir de prudence et de diligence qui caractérise la faute délictuelle. Ce que certains auteurs craignent en revanche, c'est que l'introduction du devoir de bonne foi au sein de dispositions relatives à la responsabilité précontractuelle, notamment l'article 1112, alinéa 1er relatif à la rupture des

[1719] V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit*., n° 597.
[1720] V. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit*., n° 128 : « La contrainte comportementale qu'implique la bonne foi est moins affaire de morale que poursuite de l'utilité du contrat ». Si les auteurs sont donc favorables à une compréhension contractuelle de la bonne foi, ils rappellent cependant que la doctrine est divisée quant au sens à donner à ce devoir qui vient désormais d'intégrer, à l'article 1104, les dispositions liminaires d'un sous-titre consacré au contrat. Si pour certains il ne s'agit que d'un rappel de ce que les contractants sont soumis aux même « impératifs de la vie en société » que tout un chacun, le contrat ne constituant pas une immunité à leur égard (V. Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, thèse Aix, 2000, n° 136 et n° 154), pour d'autres il s'agit d'un devoir, qui une fois absorbé par le contrat, se transforme en obligation spécifique au contrat (V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit*., n° 288), impliquant des exigences distinctes selon le type de contrat et son économie.
[1721] Une limite a cependant été posée par la Cour de cassation quant au contrôle de la bonne foi des contractants dans l'exécution du contrat. En effet, dans un arrêt rendu en 2007, la Cour distingue entre les prérogatives contractuelles, dont l'exercice peut faire l'objet d'un contrôle par le juge sur le fondement de la bonne foi, et la « substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties », non susceptibles d'un contrôle sur le fondement de la bonne foi. Si cette distinction apparaît très vague et donc délicate à mettre en œuvre, elle renvoie essentiellement à une interdiction faite au juge d'apprécier le comportement de bonne ou mauvaise foi du créancier qui ne fait que réclamer l'exécution de sa créance pour le limiter dans ses exigences. V. Com., 10 juillet 2007, n° 06-14.768, *GAJC*, t.2, *op. cit.,* n° 192.
[1722] Quand bien même, la théorie des vices du consentement étant si développée en droit français, et saisissant ainsi déjà une grande partie des comportements de mauvaise foi, la référence à la bonne foi est en réalité superflue. V. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t.1, *Contrat et engagement unilatéral,* 4ème éd., PUF, coll. Thémis Droit, 2016, n° 80. L'auteur rappelle cependant qu'il arrive parfois aux juges de cassation de faire référence directement à « l'obligation de contracter de bonne foi ». V. not. Civ.1ère, 13 mai 2003, n° 01.11-511.
[1723] V. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t.1, *Contrat et engagement unilatéral,* 4ème éd., PUF, coll. Thémis Droit, 2016, n° 80.

pourparlers, n'enferme la faute dans le cadre plus restreint de la mauvaise foi[1724]. En réalité, bonne foi et faute n'entrent pas en conflit, et s'accommodent même parfaitement l'une de l'autre dans la période précontractuelle, en ce que, parce qu'il s'agit de deux concepts aux contours évanescents, leur identification participe d'une même méthode, celle du faisceau d'indices. Or cette flexibilité propre aux notions générales fait d'elles un instrument idéal pour le juge qui devra mettre en balance la liberté contractuelle d'un côté, et la responsabilité délictuelle de l'autre.

B. Avantages de la faute délictuelle

433. L'enjeu de la période précontractuelle : assurer un équilibre entre liberté et responsabilité. Quand bien même il n'y aurait pas, entre manquement au devoir de bonne foi et faute délictuelle, une identité parfaite, ces deux notions assurent une fonction identique dans la période qui précède la conclusion du contrat. En effet, pour toutes ces situations pour lesquelles on ne peut identifier ni la violation d'un devoir en particulier, ni une volonté de nuire, la bonne foi permet de faire le tri entre les comportements précontractuels qui, malgré la déception qu'ils suscitent chez l'autre partenaire, ne relèvent que du simple exercice d'une liberté, celle de ne pas conclure le contrat, et ceux qui, révélant la mauvaise foi de leur auteur, doivent mener à l'indemnisation par ce dernier des dommages subis par son partenaire. Ainsi, tout comme le ferait la faute, la notion de bonne foi permet au juge de trouver un point d'équilibre entre les exigences relatives au contrat qui, bien que n'existant pas encore, imprime déjà sa marque sur la relation, et celles de la responsabilité délictuelle, un équilibre entre la nécessaire liberté offerte à chaque partenaire de pouvoir mettre un terme aux négociations lorsqu'ils ne sont plus satisfaits, et la protection de chacun des

[1724] V. N. DISSAUX, « Des choses minimes, le législateur doit aussi avoir cure… », *D.* 2015.1215 : l'auteur rappelle que la jurisprudence se fonde également sur l'abus, ou encore la seule « légèreté blâmable », que le concept de faute délictuelle permet de prendre en compte sans avoir nécessairement à caractériser la mauvaise foi de celui qui rompt les pourparlers. *Adde* G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2ème éd., Dalloz, 2018, n° 177, p.158 : les auteurs considèrent en réalité que la juxtaposition de la bonne foi et de la faute ne fait que rappeler qu'en présence d'une liberté aussi essentielle que celle de ne pas conclure le contrat, le seuil de la faute doit être relevé.

protagonistes contre les abus de l'autre. Le respect d'un tel équilibre apparaît nécessaire à l'épanouissement d'une relation contractuelle prospère.

434. Compatibilité de la bonne foi et de la faute délictuelle. Or c'est bien la flexibilité de ces notions qui permet au juge d'assurer cet équilibre, en lui offrant la possibilité réelle, au regard des circonstances propres à chaque espèce, de trouver le juste milieu entre ces injonctions contradictoires, en procédant non pas à l'application d'une règle abstraite, mais à une mise en balance de deux principes – liberté contractuelle et responsabilité, ou liberté contractuelle et bonne foi – et ce en s'appuyant sur un faisceau d'indices[1725]. Il y a donc, entre les concepts de bonne foi et de faute délictuelle, une forme de compatibilité fonctionnelle. Mais alors que le juge pourrait utiliser indifféremment l'une ou l'autre notion, c'est seulement lorsque le manquement à la bonne foi s'incarne dans la faute qu'il est alors possible de lui attacher la conséquence recherchée : indemniser les dommages causés par son auteur. Ainsi, si la bonne foi ne fonde pas un régime autonome de responsabilité en droit français, c'est aussi parce qu'elle se laisse aisément absorber par la notion de faute, que le juge est habitué à manier, et qui se révèle être un instrument particulièrement apte à assurer une forme d'équilibre dans cette période.

435. Avantages de la faute délictuelle. La faute constitue ainsi la pièce centrale, le fondement de la responsabilité précontractuelle. Ses contours restent pourtant mouvants et laissent une grande liberté au juge chargé de l'apprécier, ce qui, dans un contexte où est en jeu une liberté aussi fondamentale que la liberté contractuelle, peut apparaître inquiétant. En effet, malgré la présence de règles traitant spécifiquement de la rupture des pourparlers dans le Code, le travail de caractérisation de la faute reste une entreprise peu lisible, basée sur l'appréciation d'un certain nombre d'éléments dont seul le juge semble avoir le secret[1726]. Parler simplement de bonne foi, ou encore de

[1725] C'est la différence, selon Ronald DWORKIN, entre les principes et les règles, les premiers, de type téléologique, indiquant « une raison d'aller dans un sens, mais non pas de prendre nécessairement un décision particulière ». R. DWORKIN, *Prendre les droits au sérieux*, trad. M.-J. ROSSIGNOL et F. LIMARE, révisée et présentée par F. MICHAUT, préf. P. BOURETZ, PUF, coll. Léviathan, 1995, p.82. Il en résulte que face à deux principes contradictoires, le juge, ne pouvant choisir entre les deux la règle applicable à l'espèce, ne peut que procéder à leur mise en balance au regard des intérêts en présence.

[1726] La Cour peut en effet parfois exiger que ne soient prouvés soit l'absence de motif légitime, soit le comportement de mauvaise foi (Civ.3ème, 25 octobre 2018, n° 17-24.024), d'autres fois insister uniquement sur la nécessité de caractériser un « abus » dans la rupture des pourparlers (Com., 16 février 2016, n° 13-28.448).

confiance légitime ne suffit pas à rendre compte du raisonnement déployé par le juge qui a à décider du caractère fautif du comportement précontractuel.

Si la plasticité du concept de faute délictuelle est souvent pointée du doigt, notamment par les systèmes voisins, comme source d'imprévisibilité et d'insécurité juridique, elle permet en réalité au juge d'adapter au mieux sa solution aux exigences de l'espèce, sans être tenu par un cadre trop rigide. C'est par le truchement de la faute que le juge peut procéder à la mise en balance de la liberté contractuelle et de la bonne foi, méthode indissociable de la mise en œuvre de principes, et qui implique que la décision judiciaire prenne le pas sur la règle, et l'individualisation sur la prévisibilité[1727]. Et si cela conduit nécessairement à donner plus de pouvoir au juge, la crainte que celui-ci en fasse mauvais usage, et que cela ne conduise à une caractérisation trop lâche de la faute, n'est pas nécessairement fondée. Dans un contexte où le spectre du contrat à venir place la période sous l'égide de la liberté contractuelle, cette plasticité de la faute autorise en effet le juge à en « élever le seuil »[1728], c'est-à-dire à en rendre la caractérisation plus difficile, afin de maintenir l'équilibre entre liberté contractuelle et loyauté.

436. Un équilibre assuré dans les solutions concrètes. D'ailleurs, l'inquiétude quant au flou qui entoure la jurisprudence en matière de responsabilité précontractuelle se dissipe à l'analyse des solutions concrètes. De nombreuses décisions ont ainsi refusé, quand bien même les négociations seraient très avancées et qu'une forme de confiance légitime en la conclusion du contrat se serait créée, de reconnaître le caractère fautif de la rupture des pourparlers, et ce sur la base d'éléments divers[1729], allant jusqu'à exiger une « faute patente indiscutable »[1730].

Ainsi, dans un arrêt rendu en 2016[1731], la Chambre commerciale a-t-elle décidé que la longueur des négociations et leur avancement ne devait pas suffire à qualifier la

[1727] C. PÉRÈS, « Observations sur "l'absence" de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *RDC* 2015.647
[1728] C'est le cas face chaque fois que le principe de responsabilité se heurte à des libertés jugées fondamentales, telle que la liberté d'expression.
[1729] Il ne suffit jamais pour le juge qu'un seul des éléments généralement associés au caractère fautif de la rupture soit présent pour regarder la rupture comme fautive, et les éléments choisis par la Cour de cassation pour refuser ce caractère fautif sont variés.
[1730] V. J. SCHMIDT, *RTD civ.,* p.46 et s., spéc. p. 54 et *RIDC*, p.545 et s., spéc. p.552 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit*., n° 248, spéc. p. 275.
[1731] Com., 16 février 2016, n° 13-28.448, *Gaz. Pal.* 2016, n° 263, p.21, note D. HOUTCIEFF.

rupture des négociations de brutale et abusive, alors même que la conclusion du contrat était proche. Il s'agissait ici d'une cession de fonds de commerce, pour laquelle les documents annonçant une finalisation de l'accord avaient été transmis au rédacteur d'acte. Malgré l'avancement des négociations, la rupture des pourparlers par le potentiel cédant, à la suite d'actes de concurrence déloyale du futur cessionnaire, ne devait pas, selon la Cour de cassation, être considérée comme abusive. La Cour, au lieu de se fonder sur l'idée d'un motif légitime de rupture, constate de manière surprenante qu'aucun accord réel n'avait été trouvé sur les éléments essentiels du contrat, à savoir ici le prix, et que de ce fait la négociation n'était pas aussi avancée que ce que prétendait le potentiel cessionnaire. Comme le rappelle Dimitri HOUTCIEFF, ce motif, qui peut apparaître surprenant – l'absence d'accord ne prouvant, finalement, rien d'autre que l'existence de négociations – est une motivation récurrente dans la jurisprudence de la Cour[1732]. Il ne suffit en effet pas que la rupture soit brutale, comme c'était le cas ici, il faut aussi qu'elle intervienne dans un contexte où la poursuite de la négociation s'est faite en maintenant « l'espoir fallacieux de ce que les pourparlers se poursuivraient alors que le désaccord était irrémédiable ».

De même dans un arrêt rendu en 2018 par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation[1733]. Une lettre de rupture des pourparlers du potentiel preneur à un bail commercial était intervenue à un stade relativement avancé des négociations, après notamment que le potentiel bailleur, constatant que la superficie des locaux était supérieure à celle initialement prévue, avait proposé au preneur de sous-louer une partie des locaux. Alors que la lettre ne faisait pas mention d'un désaccord sur les conditions du bail, la Cour considère qu'il n'est ni prouvé une absence de motif légitime, ni la mauvaise foi du preneur. L'équilibre est ici trouvé par la Cour à travers l'idée implicite, encore une fois, que tant que l'accord n'est pas suffisant entre les parties sur certains éléments clés du contrat, le motif légitime de rupture est présumé. La preuve de son absence pèse donc lourdement sur celui qui se prétend victime de la rupture brutale.

[1732] D. HOUTCIEFF, *Gaz. Pal*. 2016, n° 263, p.21.
[1733] Civ.3ème, 25 octobre 2018, n° 17.24-024, *D* 2019.1511, note M.-P. DUMONT ; *D* 2019.279, obs. M. MEKKI ; *AJDI* 2019.362, note P. HAAS.

Ces solutions équilibrées, empreintes de pragmatisme[1734], sont toujours le fruit d'une analyse de l'ensemble des circonstances, ce que la flexibilité de la faute permet, et que l'introduction de la bonne foi n'a pas modifié. La faute délictuelle, en plus d'être compatible avec la période précontractuelle, se révèle ainsi être, dans les mains du juge, un filtre particulièrement efficace et juste des comportements précontractuels. Le véritable problème ne réside donc pas dans les solutions en elles-mêmes, mais encore une fois plutôt dans l'opacité qui caractérise les décisions judiciaires qui, ne livrant pas les clés des solutions qu'elles portent, laissent flotter sur la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle un parfum redouté d'équité. C'est pourtant cette part incompressible d'équité dans le jugement qui, bien loin de se résumer à un sentiment ou une intuition, incarne justement cette nécessaire mise en balance des intérêts[1735]. Mais son caractère innommable[1736], qui ne se donne pas à voir par le biais d'un raisonnement transparent, empêche de « lever le voile »[1737] sur sa présence, pourtant indéniable en matière de responsabilité. Tout en maintenant l'apparence du classique syllogisme juridique, le juge recherche en réalité bien souvent d'abord la solution la plus juste, passant notamment par une pondération d'intérêts, pour ensuite fonder cette solution dans un syllogisme classique qui justifiera l'application de la règle[1738]. Et ce n'est pas la réforme de la Cour de cassation qui y changera réellement quelque chose, ce glissement du syllogisme vers la pondération d'intérêts[1739] existant déjà dans cette

---

[1734] Sur le pragmatisme de la jurisprudence en la matière, qui se révèle, contrairement à ce que l'on pourrait craindre, équilibrée, v. S. PELLET, « Négociations et avant-contrat », in M.LATINA (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2017, p. 25 et s., spéc. p.28.

[1735] Ce n'est pas un hasard si elle est traditionnellement associée au symbole de la balance. V. C. NILS-ROBERT, « Naissance d'une image : la balance de l'équité », *Justices, Revue générale de droit processuel*, 1998, n° 9, p. 53 et s. *Adde* L. CADIET, « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices, Revue générale de droit processuel*, 1998, n° 9, p. 87 et s.

[1736] Redoutée depuis l'Ancien Régime et la pratique des Parlements de décider en équité, perçue comme le cheval de Troie d'un véritable « gouvernement des juges », toute référence explicite à cette dernière par le juge exposerait immédiatement sa décision à la censure de la Cour de cassation. Pour une censure au visa de l'article 12, alinéa 1er du Code civil, v. not. Civ.3ème, 22 mars 1995, n° 93-14.590. L'équité, en réalité absorbée au sein des règles écrites dans les pays de droit civil, devient invisible. V. R. NEWMAN, « La nature de l'équité en "droit civil" », *RIDC* 1964, vol.16, n° 2, p. 289 et s.

[1737] A. GIRARDET, « L'équité du juge : si on levait le voile ? », *Justices, Revue générale de droit processuel*, 1998, n° 9, p. 1 et s.

[1738] Ce procédé d'inversion du raisonnement juridique, partant de l'une solution découverte de manière intuitive comme juste, pour remonter à la règle qui la justifiera a été décrit par de nombreux auteurs. V. not. J. VAN COMPERNOLLE, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la balance des intérêts », *Nouveaux itinéraires en droit, Mélanges en hommage à François Rigaux,* Bruylant, 1993, p.495 et s., spéc. p.502 ; C. ALBIGES, *Rép.civil,* Dalloz*,* 2017, *V°* « Équité », n° 28 et s.

[1739] Ce glissement est notamment décrit par J. VAN COMPERNOLLE, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la balance des intérêts », in *Nouveaux itinéraires en droit, Mélanges en hommage à François Rigaux,* Bruylant, 1993, p.495 et s.

matière où la responsabilité, formulée comme un principe général, doit être régulièrement conciliée avec d'autres principes et libertés, telle que la liberté contractuelle[1740]. Par ailleurs, l'ajout de motivations enrichies, perçue comme le seul moyen de lutter contre le soupçon qui accompagne la décision judiciaire, ne pourra produire les effets escomptés en matière de responsabilité, l'équité étant précisément de ces notions qui ne peuvent fonder la motivation du juge[1741].

Conclusion du Chapitre I

437. Refonder la nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle. La nature de la responsabilité précontractuelle ne semble plus tant faire débat au sein de la doctrine. Puisque le dommage prend sa source dans une faute qui se situe en amont de la conclusion du contrat, une faute précontractuelle, et non dans l'inexécution d'une obligation contractuelle, la doctrine française s'accorde sur la nature délictuelle de la responsabilité. Cette nature délictuelle mérite pourtant, au regard de la faiblesse des arguments traditionnellement avancés pour la soutenir, d'être à nouveau démontrée. L'analyse purement chronologique se fonde en effet sur une idée des frontières du contrat trop simpliste, et ne permet pas de prendre en compte l'indéniable attraction du contrat en train de se faire, et parfois déjà existant. Elle n'intègre pas, par ailleurs, toute la diversité des dommages causés au cours de ce processus menant à l'accord définitif. La nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle mérite ainsi d'être réaffirmée, en la fondant non plus sur des frontières matérielles du contrat, qui ne

---

[1740] V. L. CADIET, « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices, Revue générale de droit processuel*, 1998, n° 9, p. 87 et s., spéc. p. 99 : lorsque la règle de droit contient une notion-cadre, un standard, elle implique une pondération d'intérêts. Or la clause générale se base sur des standards aux contours flous, en particulier la faute. V. également F. CHÉNÉDÉ, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p.796 et s., spéc. n° 3 et 14 : l'auteur rappelle que cette conciliation, par le juge, de principes d'égale valeur, n'est pas inconnue de la pratique judiciaire française.

[1741] F. MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État et Cour de cassation)*, Dalloz, 2013, n° 658 : « Par une motivation elliptique, le juge contribue à dissimuler son pouvoir tout en l'exerçant, à le préserver en le réservant ». Or cette brièveté, instrument de pouvoir du juge, doit peut-être être louée. Outre qu'il semble illusoire de penser que l'ajout d'explications à la décision du juge rendrait le droit plus accessible à tous les justiciables, il est permis de penser que le juge, ne pouvant totalement fonder sa décision sur un syllogisme juridique strict, soit s'exposera à plus de critiques en révélant les dessous de sa décision, soit continuera à les maintenir cachés. Sur les vertus d'une décision brève, v. not. Ph. MALAURIE, « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le judge made law à la manière européenne », *JCP G* 2016.318 ; H. CROZE, « Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p.181 et s. : « il n'est pas prouvé qu'en étant plus long, on soit plus clair ».

résistent pas au constat d'une porosité entre la formation et l'exécution du contrat, mais plutôt sur l'absence d'emprise du contrat sur ces évènements. En l'absence de possibilité de faire jouer la responsabilité contractuelle, la subsidiarité de la responsabilité délictuelle s'impose, et prend ici un sens particulier. Cette présence de la responsabilité délictuelle en marge de l'existence du contrat, si elle est inéluctable, produit cependant aux marges du contrat des effets qui peuvent entrer en conflit avec les prévisions des parties.

Chapitre II. Les effets de la responsabilité délictuelle aux marges de l'existence du contrat

438. Risques liés au déploiement de la responsabilité délictuelle aux marges du contrat. Dans le « halo de relations paracontractuelles »[1742], les effets produits par l'intervention de la responsabilité délictuelle autour du contrat, et leur compatibilité avec les prévisions des parties soulèvent des questions particulières. L'attribution de dommages-intérêts, bien que provoquée par une situation qui se situe en marge du contrat, peut en effet induire une perturbation de l'équilibre initialement voulu et accepté par les parties. Car au cœur du contrat, et de la relation contractuelle qui en découle, se trouvent les prévisions des parties[1743], prévisions qui pourraient être mises à mal par l'intervention du régime délictuel, même lorsqu'elle se situe en bordure du contrat, la mesure des dommages-intérêts octroyés sur le fondement délictuel à l'une des parties ne prenant en principe pas en compte la présence actuelle ou passée du contrat. Si la clause de responsabilité délictuelle présente l'avantage d'une généralité qui englobe la diversité des situations dans lesquelles un dommage peut apparaître autour du contrat, cette généralité, lorsqu'elle s'exprime dans les effets de la responsabilité délictuelle, risque de menacer l'équilibre délicat entre les principes structurant le droit des contrats et l'exigence de réparation portée par la responsabilité délictuelle[1744]. Le principe de réparation intégrale, principe cardinal de la responsabilité civile en droit français, impose en effet que tout dommage, sans exception, puisse être réparé, et qu'il le soit dans son intégralité. La place centrale de ce principe le rend peu susceptible d'adaptations devant certaines situations particulières, lorsque le dommage a pour origine la perspective d'un contrat à venir, voire d'un contrat existant.

[1742] F. TERRÉ, « Sur une sociologie juridique du contrat », *APD* 1968, p.71 et s., spéc. p.75.
[1743] H. LÉCUYER, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, 1999, p.643 et s.
[1744] Ce risque était déjà évoqué par celui qui a adressé le premier les enjeux de la période précontractuelle en droit français, Raymond SALEILLES, pour qui le principe de réparation intégrale, par l'impossibilité qu'il emporte de sélectionner les chefs de préjudices réparables, représente un potentiel danger du traitement du dommage précontractuel par la responsabilité délictuelle. V. R. SALEILLES, « De la responsabilité précontractuelle », *op. cit.,* spéc. p. 739.

439. Fonctions de la responsabilité délictuelle aux marges du contrat. L'intervention de la responsabilité délictuelle aux marges du contrat, bien que nécessaire, porte ainsi en elle le risque, par la mise en œuvre du principe de réparation intégrale, d'une négation des principes qui structurent le droit des contrats, en particulier celui de sa force obligatoire, et des conditions dans lesquelles celle-ci peut se déployer. En recherchant la compensation du dommage précontractuel, il faut en effet veiller à ne pas accorder indirectement à celui qui subit le dommage le bénéfice d'un contrat qui ne peut produire de tels effets obligatoires à son égard, soit que le contrat n'ait pas été conclu, soit qu'il ait été conclu à des conditions autres que celles que l'une des parties avait en tête c'est-à-dire, dans les deux cas, lorsque le contrat tel qu'imaginé et attendu par les parties, ou du moins par l'une d'entre elles, n'existe pas. La compensation du dommage causé en marge du contrat doit tenir compte de ce contexte particulier, au sein duquel il faudra distinguer non pas selon que le contrat ait été conclu ou non, mais plutôt selon que, au moment où la responsabilité délictuelle intervient, le contrat produise entre les parties des effets ou non. Face à la rupture des pourparlers comme face à l'annulation d'un contrat vicié, il faudra replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'y avait eu ni pourparlers ni contrat, ce qui correspond à la démarche classique de la responsabilité délictuelle. Le maintien et l'exécution du contrat, même vicié, empêchent, à l'inverse de se placer dans cette démarche purement rétrospective. Prenant en compte l'exécution du contrat, et intégrant ainsi une dimension prospective à laquelle elle n'est pas habituée, la responsabilité délictuelle devra s'adapter. Sa fonction elle-même en sera parfois amendée, s'ajoutant alors à la recherche d'une suppression des effets dommageables de la faute précontractuelle, celle de contribuer indirectement à la survie et à l'efficacité future du contrat. Si en l'absence de contrat, la réparation se fera au service du rétablissement de la victime dans son *statu quo ante* (Section 1), elle devra également, face à un contrat exécuté par les parties, en assurer la survie et en permettre la bonne exécution (Section 2).

Section 1. Une réparation au service du rétablissement de la victime

440. Compensation de l'intérêt négatif. Lorsque l'on évoque, en matière de compensation des préjudices précontractuels, le rétablissement de la victime dans une situation qui serait la sienne si le fait dommageable ne s'était pas produit, on songe immédiatement à la distinction formulée par le juriste allemand JHERING entre intérêt négatif et intérêt positif. Si l'intérêt positif se comprend de l'intérêt qu'a le créancier contractuel à l'exécution satisfaisante du contrat, l'intérêt négatif, lui, s'entend au contraire de l'intérêt qu'a ce créancier à la non-conclusion du contrat[1745]. Bien que n'ayant pas trouvé d'écho officiel dans le droit français, tant écrit, que jurisprudentiel, cette distinction n'en est pas moins régulièrement utilisée par la doctrine, très souvent d'ailleurs pour évoquer la compensation des préjudices nés dans la période précontractuelle, plus spécifiquement de la rupture des pourparlers. La célèbre jurisprudence *Manoukian* en effet, bien qu'elle ne fasse pas directement référence à ces concepts, semble bien fixer à la responsabilité précontractuelle, du moins face à la rupture abusive de pourparlers, une limite, celle de ne réparer que l'intérêt négatif, ici l'intérêt qu'avait le demandeur à ne pas entrer en négociation[1746]. Cette limite, imposée par l'inexistence du contrat, semble pouvoir aisément être transposée à la situation du contrat annulé (§1), mais elle doit être questionnée face aux similarités que présente la nullité avec la résolution, qui n'exclut pas nécessairement la réparation de l'intérêt positif (§2)

[1745] R.V. JHERING, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites* (1860), in *Œuvres choisies*, t.II, trad. O. DE MEULENAERE, Paris, Marescq, 1893, p.1, spéc. p.16 et s. Pour de plus amples développements, v. *supra*, n° 221 et s.
[1746] H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, *op. cit*., n° 162, spéc. §8.

§1. Le contrat annulé et la rupture des pourparlers : la compensation du seul intérêt négatif

441. Dommages-intérêts accessoires à la nullité. Si la responsabilité délictuelle s'impose comme la sanction naturelle d'une rupture fautive des pourparlers, sa compétence pour prendre en charge les conséquences d'un contrat vicié, pour lequel la nullité est déjà intervenue, a dû être affirmée explicitement par la Cour de cassation. Outre le fait qu'il faille qu'un dommage subsiste aux restitutions qui accompagnent la nullité, l'action en responsabilité ne pourra aboutir que si derrière le vice qui affecte le contrat se profilent les contours d'une faute délictuelle. Les juges ont ainsi fait du dol le terrain privilégié de l'élaboration d'une jurisprudence concernant les dommages-intérêts accessoires à la nullité[1747]. Car le dol, qu'il prenne la forme d'une manipulation, d'un mensonge ou même d'un silence, a la particularité d'être caractérisé, outre par cet élément matériel, par un élément dit « intentionnel » ou « volontaire », c'est-à-dire par une intention de nuire de la part de son auteur[1748]. Ainsi le dol, en même temps qu'il vicie le consentement de l'une des parties, et conduit à la malformation du contrat, constitue une faute délictuelle, de nature intentionnelle qui plus est, qui engage la responsabilité de son auteur[1749].

442. Utilité de la comparaison. Une fois admise la possibilité d'octroyer des dommages-intérêts accessoires à la nullité, la comparaison entre la rupture fautive des

---

[1747] V. Civ.1ère, 4 février 1975, n° 72-13.217, *D.* 1975.405, note GAURY. Cette solution a été réaffirmée régulièrement depuis par la Cour de cassation : Com., 4 janvier 2000, n° 06-16.197, *CCC* 2000, n° 79, note L. LEVENEUR ; Civ.1ère, 25 juin 2008, n°07-18.108, *JCP* 2008.I.218, n° 6, obs. F. LABARTHE ; *CCC* 2008, n° 254, note L. LEVENEUR.

[1748] Ce caractère intentionnel du dol, s'il est explicitement requis à l'alinéa 2 de l'article 1137 relatif à la réticence dolosive, est implicitement contenu dans les agissements tels que la manipulation ou le mensonge. Cette exigence est par ailleurs régulièrement rappelée par la Cour de cassation, que ce soit à l'égard des actes positifs (V. not., Civ.1ère, 10 juillet 1995, n° 93-17.388 ; *Defrénois* 1995.1399, obs. J.-L. AUBERT, *CCC* 1996.2, note L. LEVENEUR ; *D.* 1997.20, note P. CHAUVEL ; *RTD civ.* 1996.390, obs. J. MESTRE), ou concernant la rétention d'une information déterminante pour le consentement de l'autre partie (V. not. Com., 28 juin 2005, n°03-16.794 ; *D.* 2006 2774, note P. CHAUVEL ; *D.* 2005.2838, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *CCE* 2005, n° 158, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RTD civ.* 2005.591, obs J. MESTRE et B. FAGES ; Civ.3ème, 7 avril 2016, n° 15-13.064, *D.* 2016.840 ; *RTD civ.* 2016.605, obs. H. BARBIER ; *JCP N* 2016, n° 1250, note L. LEVENEUR.

[1749] C. ATIAS, « La victime de manœuvres dolosives peut exercer une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice qu'elle a subi », *D.* 1995, p.180 et s.: « Entre les deux visages du dol toute ressemblance serait fortuite ; la qualification est riche en contrastes. Dans le reflet du vice du consentement, se dessine un délit ».

pourparlers et le contrat vicié et annulé apparaît naturelle : dans l'un comme dans l'autre cas, le contrat ne produit pas, ou plus d'effets au moment où les dommages qui découlent de la faute précontractuelle seront compensés. Les dommages-intérêts semblent devoir alors simplement rétablir la victime dans son *statu quo ante*, sans tenir compte des espoirs contractuels déçus : compenser le seul intérêt négatif, et exclure l'intérêt positif. C'est en substance ce que semble nous dire la jurisprudence *Manoukian* relative aux pourparlers, que l'on pourrait alors songer à directement transposer aux cas de contrats annulés. Il nous faut cependant pour cela révéler les véritables fondements de la célèbre jurisprudence *Manoukian* (A), afin de mettre en lumière la possibilité d'une limite au principe de réparation intégrale qui trouve sa raison d'être dans le respect des principes qui structurent le droit des contrats (B).

A. L'arrêt Manoukian : une solution en apparence fondée sur l'absence de lien de causalité

443. L'arrêt *Manoukian*. Lorsque l'on évoque, en matière de compensation des dommages, la distinction entre intérêt négatif et intérêt positif, on pense alors souvent, en droit français, à la célèbre jurisprudence *Manoukian*[1750]. Parce qu'il pose la question du préjudice réparable, question suscitant alors peu d'intérêts de la part tant de la doctrine que des juges[1751], et affirme une limite claire au principe de réparation intégrale en matière de rupture abusive des pourparlers, l'arrêt *Manoukian* est un arrêt pionnier. Dans cet arrêt, les juges ont restreint la compensation des préjudices découlant de la rupture fautive des pourparlers aux seules dépenses effectuées en vue de la conclusion du contrat, et à l'éventuelle perte de chance de conclure un contrat plus avantageux avec un tiers, à l'exclusion des gains attendus du contrat, mais également de la perte de chance d'obtenir ces gains, et cantonnent ainsi nettement cette

[1750] Com., 26 novembre 2003, n° 00-10.243 et 00-10.949, *GAJC*, t.2, *op. cit*., n° 162 ; *D*. 2004.869, note A.-S. DUPRÉ- ALLEMAGNE ; *JCP* 2004. I.163, obs. G. VINEY ; *JCP E* 2004.738, note Ph. STOFFEL-MUNCK; *RDC* 2004.257, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2004.80, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

[1751] L'évaluation du dommage étant une question laissée au pouvoir souverain des juges du fond, et le principe de réparation intégrale faisant *a priori* obstacle à une sélection des préjudices réparables, la question de la détermination du préjudice réparable semble être privée de « tout intérêt théorique ». V. O. DESHAYES, « Le dommage précontractuel », *RTD com*. 2004.187.

compensation au seul intérêt négatif[1752]. La Cour semble attribuer aux dommages-intérêts qui compensent les effets d'une faute dans la rupture des pourparlers une fonction spécifique : il s'agit de replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de négociations, sans jamais que lui soit indirectement accordé le bénéfice d'un contrat qui n'existe pas. La décision en elle-même ne se fonde cependant pas directement sur cette distinction entre intérêt positif et négatif, qui n'existe alors pas tellement dans la doctrine, plus concentrée sur la classique distinction posée par le Code civil entre perte subie et gain manqué[1753], pas plus qu'elle n'affiche clairement sa volonté de poser une limite au principe de réparation intégrale en excluant de la réparation un certain type de préjudice. Pour exclure la compensation des gains attendus du contrat ou de la perte d'une chance d'obtenir ces gains, la Cour préfère se fonder sur un argument logique, celui de l'absence de lien de causalité entre ces préjudices et la faute, caractérisée par les circonstances qui entourent la rupture[1754]. Le raisonnement est alors le suivant : le dommage consistant en la perte des gains attendus du contrat ou la perte d'une chance de les obtenir ne découle pas tant de la faute commise dans la rupture, que de la rupture des négociations elle-même, qui seule empêche la réalisation de ces attentes, mais ne peut jamais être considérée comme fautive, sous peine de porter atteinte au principe de liberté contractuelle[1755]. Cette

[1752] Com., 26 novembre 2003, n° 00-10.243 et 00-10.949, *arrêt préc.* : la Cour, dans son second attendu, précise que « le préjudice subi par la société Alain Manoukian n'incluait que les frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles elle avait fait procéder et non les gains qu'elle pouvait, en cas de conclusion du contrat, espérer tirer de l'exploitation du fonds de commerce ni même la perte d'une chance d'obtenir ces gains ».

[1753] L'actuel article 1231-2 du Code civil, reprenant à l'identique les termes de l'ancien article 1149, identifie encore aujourd'hui très nettement ces deux catégories de préjudices réparables, lorsqu'il énonce que « les dommages-intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé […] ». Ne concernant a priori que les dommages-intérêts contractuels, il est largement admis que cette disposition s'applique également aux dommages-intérêts délictuels. LA doctrine est à ce point imprégnée de cette distinction classique, que de nombreux commentaires relatifs à l'arrêt *Manoukian* analysent la solution qui s'en dégage dans ces termes, considérant qu'il s'agit là, en matière de rupture fautive des pourparlers, d'un rejet du gain manqué au profit de la seule perte subie. V. not. A.-S. DUPRÉ-ALLEMAGNE, *D.* 2004.869 ; J. MESTRE et B. FAGES, *RTD civ.* 2004.80 ; D. MAZEAUD, *RDC* 2004.257. Les concepts de gain manqué et de perte subie ne recouvrent pourtant pas à l'identique ceux d'intérêt positif et négatif, comme le prouve le préjudice consistant en la perte de chance de conclure un autre contrat avec un tiers, constituant un gain manqué, mais, relevant de l'intérêt négatif, considéré comme réparable par la jurisprudence. Sur les différences entre ces deux distinctions, v. *supra*, n° 342 et s.

[1754] Com., 26 novembre 2003, n° 00-10.243 et 00-10.949, *arrêt préc.* : « Attendu que les circonstances constitutives d'une faute commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ne sont pas la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permettait d'espérer la conclusion du contrat ».

[1755] La Cour fait explicitement référence, dans cet attendu fondé sur la causalité, à un « droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels ». V. Com., 26 novembre 2003, n° 00-10.243 et 00-10.949, *arrêt préc.*

justification en apparence très logique, soutenue par une grande partie de la doctrine[1756], et réaffirmée par la jurisprudence ultérieure[1757], ne convainc pourtant pas pleinement.

444. Une solution en apparence fondée sur l'absence de causalité. La décision de la Cour se fonde en effet sur une distinction bancale entre d'un côté la rupture qui, non fautive, entraînerait la perte des gains attendus en cas de conclusion du contrat ainsi que la perte de chance d'obtenir ces gains, et de l'autre la faute, caractérisée par les circonstances qui entourent cette rupture, qui n'est à l'origine d'aucun de ces dommages puisque sans cette faute, la rupture serait tout de même intervenue.

Bancale tout d'abord car, l'affirmation selon laquelle la rupture n'est jamais en elle-même fautive ne rend pas nécessairement compte de la réalité. Certains auteurs la réfutent d'ailleurs en affirmant que dans son contrôle du caractère fautif de la rupture des pourparlers, la Cour de cassation s'intéresse particulièrement aux motifs légitimes accompagnant la rupture, ce qui démontrerait que souvent, c'est bien la rupture elle-même qui est qualifiée d'abusive, et donc de fautive, lorsqu'elle n'est pas accompagnée de motifs légitimes[1758].

Mais l'absence de motifs légitimes entraîne rarement à elle seule faute délictuelle, et doit être accompagnée d'un ensemble de circonstances qui rendent la rupture fautive. En réalité, si la rupture peut être fautive c'est parce que, bien qu'elle constitue un droit qui découle de la liberté contractuelle, l'exercice de ce droit n'est

[1756] V. not. O. DESHAYES, « Le dommage précontractuel », *RTD com*. 2004, p.187 : à sa distinction entre « faute de rupture » d'un côté, et « faute dans la rupture de l'autre », l'auteur associe des types de préjudices réparables, dans un raisonnement fondé sur la causalité. Car si l'on considère que la faute réside non dans la rupture, mais dans les circonstances qui l'entourent, faute dans la rupture, alors il faut considérer que sans cette faute, la rupture serait tout de même intervenue, empêchant la réalisation des gains attendus du futur contrat. En ce cas, seuls les frais engagés en raison de la faute commise, ainsi que, lorsqu'elle est suffisamment certaine, la perte de chance de conclure avec un tiers ne seraient réparables. V. également, au soutien de cette approche par le biais de la causalité : D. MAZEAUD, *RDC* 2004, p.257 ; P. JOURDAIN, *RTD civ.* 2006, p.770 (l'auteur reprend la distinction entre « faute de rupture » et « faute dans la rupture »).

[1757] La solution a en effet été notamment reprise dans des termes presque identiques par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation. V. Civ.3ème, 28 juin 2006, n°04-20.040, *JCP*.II.10130, note O. DESHAYES ; *JCP*.I.166, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *D.* 2006.2963, note D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2006.755, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD civ.* 2006.770 ; note P. JOURDAIN.

[1758] J. GHESTIN, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP G* 2007.I.155, n° 17 et 26 et s. L'auteur fait du contrôle des motifs la pierre angulaire de la jurisprudence de la Cour de cassation sur le caractère fautif de la rupture des pourparlers, ce qui l'amène à la conclusion que c'est bien la notion d'abus de droit qui est au cœur de la responsabilité pour rupture « abusive » des pourparlers.

jamais discrétionnaire[1759]. Et s'il est vrai que le caractère fautif de la rupture émane des circonstances et motifs qui l'accompagnent et l'entourent, ces éléments ne lui sont jamais complètement extérieurs tant ils imprègnent la décision de mettre fin aux négociations. C'est là que réside la faiblesse de cette distinction artificielle : la rupture est ainsi fautive, ou elle ne l'est pas, mais lorsqu'elle l'est, il devient impossible de dissocier ce qui est lié à la rupture d'un côté, et ce qui est lié à la faute, caractérisée par les circonstances qui entourent cette rupture, de l'autre. La distinction qui se trouve au fondement de la jurisprudence *Manoukian* et du constat de l'absence de causalité ne correspond pas à la réalité des pourparlers. Et s'il n'existe en effet pas de lien causal entre la rupture fautive et la perte des gains attendus du contrat, il n'en existe pas plus entre la rupture non fautive et ce même dommage, l'obtention de ces gains par le contrat étant par essence aléatoire. Mais c'est justement pour pallier cette incertitude quant à la causalité entre la rupture – fautive ou non – et le dommage final – la perte des gains escomptés – que la perte de chance intervient. Or cette seule chance d'obtenir les gains, c'est bien par la rupture, qu'elle soit fautive ou non[1760], qu'elle s'est perdue[1761].

B. Une limite au principe de réparation intégrale fondée sur le respect de principes contractuels

445. Une solution opportune. Ce détour compliqué par la causalité masque les véritables raisons d'une décision que personne ne songerait à remettre en cause tant elle est opportune. Car ce que la Cour cherche à préserver ici, c'est le nécessaire équilibre entre la liberté contractuelle d'un côté, ici dans son versant négatif, celle de ne pas conclure le contrat, et la sanction de comportements abusifs ou déloyaux de

[1759] V. not. F.TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 248 ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, 11ème éd., Dalloz, 2017, n° 2213.19 et 3112.32 ; J.GHESTIN, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP G* 2007.I.155, n° 14.

[1760] En disant cela, nous nous situons dans une approche de la causalité relevant plutôt de l'équivalence des conditions que d'une théorie plus sélective, telle que celle de « l'empreinte continue du mal ». Selon cette dernière en effet, si l'on constate que le dommage se serait produit, même en l'absence de faute, alors la causalité ne peut être établie en ce que le dommage ne porte pas nécessairement la marque de la faute. Sur cette théorie, v. N. DEJEAN DE LA BÀTIE, *in* AUBRY et RAU, t.VI-2, *Responsabilité délictuelle,* 8ème éd., Librairies techniques, 1989, n° 72, et, plus récemment C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, 2010.

[1761] M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, *op.cit*., spéc. p. 442.

l'autre. Si cet équilibre est en principe protégé par l'impossibilité de sanctionner la faute par une conclusion forcée du contrat – réparation en nature – il faut tout de même veiller à ce que la réparation en argent, les dommages-intérêts, ne vienne pas indirectement donner effet à un contrat qui n'existe pas, en plaçant la victime dans une situation qui, si elle ne correspond pas exactement à la correcte exécution du contrat, s'en approche le plus possible[1762]. Pour éviter ce piège tendu par le principe de réparation intégrale, le juge répond alors par l'exclusion des dommages correspondant à l'intérêt positif, pour éviter de placer indirectement le partenaire déçu dans une situation correspondant, même seulement en partie, à la correcte exécution du contrat. La tentation à laquelle cède ici le juge lorsqu'il justifie cet encadrement de la réparation par l'absence d'une des conditions de l'action en responsabilité, ici la causalité, l'empêche cependant de mettre au jour le véritable problème : celui de la nécessaire adaptation, dans ces marges du contrat, de la responsabilité délictuelle, et en particulier du principe de réparation intégrale.

446. Une limite au principe de réparation intégrale. Il en est également ainsi de la suggestion de certains auteurs, sceptiques à l'égard du raisonnement fondé sur la causalité, de s'attarder sur le préjudice constitué par la perte de chance, pour constater que la chance de gains étant en réalité hypothétique[1763], le préjudice, incertain, ne peut être réparé. Outre que cette analyse signifie que si l'on peut constater le caractère sérieux, et non plus seulement hypothétique, de la chance de gains, alors la perte de chance devrait pouvoir être compensée[1764], elle révèle encore une fois l'incapacité de telles doctrines à penser la possibilité d'exclure, au nom de la liberté contractuelle et des principes gouvernant la force obligatoire du contrat, la réparation de certains

[1762] V. not. H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t.2, *op. cit.*, n° 162, n° 7 ; R. LIBCHABER, note sous Civ.3ème, 23 juin 2006, n°04-20.040, *Defrénois* 2006.1858. La Cour, dans l'arrêt *Manoukian*, semble évoquer, à demi-mot, ce risque, lorsqu'elle insiste sur le constat fait par la Cour d'appel que l'on se situe bien « en l'absence d'accord ferme et définitif ». V. Com., 26 novembre 2003, n° 00-10.243 et 00-10.949, *arrêt préc.*

[1763] V. not. M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 388, spéc. p. 442.

[1764] Or à mesure que les négociations avancent, et que la conclusion du contrat devient une quasi-certitude, la chance elle devient de plus en plus sérieuse, ce qui devrait alors conduire à la compensation de sa perte. On retrouve alors la doctrine de la *punctuatio*, et une approche similaire à celle du droit néerlandais, qui attribue à chaque étape de la négociation, en fonction de la proximité et de la certitude de la conclusion du contrat, une sanction différente en cas de rupture des pourparlers, allant jusqu'à la compensation de la perte des gains attendus du contrat dans la troisième et dernière phase, lorsque la rupture n'est plus autorisée. V. O. DESHAYES, « Le dommage précontractuel », *RTD com* 2004, p.187 et s., n° 34.

préjudices correspondant à l'intérêt positif du créancier, lorsqu'au moment de la rupture aucun contrat n'est encore conclu. Il en est enfin de même concernant le plaidoyer de nombreux auteurs en faveur d'une appréciation plus stricte de la faute précontractuelle en cas de rupture des pourparlers, qui selon nous, ne correspond pas à l'esprit de la clause générale de responsabilité, et risquerait de restreindre inutilement le pouvoir des juges de qualifier cette faute, pouvoir dont, nous l'avons vu, ils semblent user avec mesure.

D'autres systèmes juridiques connaissent d'ailleurs une même restriction des dommages-intérêts au seul intérêt positif en matière de pourparlers, sans pour autant emprunter de tels détours. À commencer par le droit allemand, qui a vu naître les premières véritables réflexions sur la responsabilité précontractuelle, ainsi que sur la distinction entre intérêts positif et négatif. Le fondement de ce rejet d'une compensation de l'intérêt positif semble alors plus explicitement résider dans l'impossibilité, au nom de la liberté contractuelle, d'octroyer à la victime des dommages-intérêts qui la placeraient dans une situation de correcte exécution d'un contrat qui n'a pas été valablement conclu. Chez JHERING déjà, le rejet de la compensation de l'intérêt positif se fonde sur l'impossibilité d'octroyer à la partie lésée des dommages-intérêts correspondant à l'équivalent de ce qu'il aurait pu obtenir du contrat alors même que ce contrat n'existe plus, l'auteur raisonnant alors sur les cas de nullité du contrat[1765]. La théorie de la *culpa in contrahendo* ayant été intégrée au *BGB* lors de la réforme de 2002 au §311, alinéa 2, la Cour fédérale allemande (*Bundesgerichtshof*, ci-après *BGH*) est venue régulièrement affirmer la restriction des dommages-intérêts découlant de la rupture des pourparlers au seul intérêt négatif. Si les décisions du *BGH* ne font pas explicitement référence à la liberté contractuelle, certaines expriment néanmoins clairement l'impossibilité de réparer l'intérêt positif en

[1765] R.V. JHERING, *De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites* (1860), in Œuvres choisies, t.II, trad. O. DE MEULENAERE, Paris, Marescq, 1893, n° 9, p.17-18.

l'absence d'un contrat valablement conclu[1766]. Les auteurs y voient eux, en matière de pourparlers, une protection contre la conclusion forcée du contrat[1767].

447. Une limite au principe de réparation intégrale fondée sur la liberté contractuelle. Le droit français oppose cependant aux systèmes juridiques reposant sur un système de responsabilité limitée, tel le droit allemand, une particularité : une responsabilité dont la généralité s'exprime jusque dans ses effets, à travers le principe de réparation intégrale. La clause générale ne pose ainsi aucun obstacle à la réparation d'un préjudice en particulier au regard de sa nature[1768]. Ceci explique que le droit français n'a alors notamment pas à connaître de toute une série de débats qui animent d'autres systèmes juridiques, notamment le droit allemand, concernant la prise en compte de certains types de préjudices précontractuels telle que la perte de chance, dont le *BGH* refuse la compensation[1769], ou tel que le préjudice économique pur, que le § 823, alinéa 1 du *BGB* ne permet pas de compenser. De tels systèmes de responsabilité fondés sur une hiérarchie des intérêts protégés ont pour postulat le rejet *ab initio* de certains dommages du spectre de la réparation.

Mais comment justifier, dans le cadre du droit français, une telle limite au principe de réparation intégrale sans remettre en question l'identité même de la clause générale[1770]? Il ne faut en réalité pas se laisser tromper par le « mythe »[1771] du principe

---

[1766] V. not. BGH, 18 juillet 2001, réf. XII. ZR 183/98, *NJW-RR* 2001, p.1524. La Cour affirme en effet, au point 2., c), aa), de sa décision, qu'en raison de l'absence de contrat valablement conclu, les dommages-intérêts ne pouvaient venir compenser que l'atteinte à la confiance légitime qu'avait la partie lésée dans la conclusion du contrat, pour venir ainsi le placer dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'avait pas cru en la validité de l'acte.

[1767] V. not. MüKoBGB/Emmerich, 8ème éd., 2019, BGB §311, n° 178 : « Der Ersatzanspruch aus c.i.c. wegen des Abbruchs von Vertragsverhandlungen umfasst nur das negative Interesse, nicht dagegen das positive Interesse, weil letzteres auf einen Kontrahierungszwang aus c.i.c hinausliefe », c'est-à-dire, selon notre propre traduction : « Le droit aux dommages-intérêts qui découle de la *culpa in contrahendo* pour rupture des pourparlers comprend seulement l'intérêt négatif, et non l'intérêt positif, dont la compensation entraînerait une conclusion forcée du contrat ». Cette affirmation peut cependant être nuancée par le fait que cette restriction ne s'applique pas qu'aux dommages-intérêts découlant de la responsabilité précontractuelle prévue au §311, alinéa 2, mais à toutes les obligations dites « de protection » (*Schutzpflichten*), ou obligations « accessoires » (*Nebenpflichten*) au contrat découlant du § 241, alinéa 2 dont la violation ne peut jamais donner lieu à des dommages-intérêts en lieu et place de la prestation (*Schadenersatz statt der Leistung*).

[1768] C. LAPOYADE-DESCHAMPS, « La réparation du préjudice économique pur en droit français », *RIDC* 1998, p.367 et s., qui note que l'absence de débat au sein de la doctrine française quant à ce type de préjudice, contrairement aux droits anglais et allemand, découle notamment de cette capacité de la clause générale à englober tous types de préjudices.

[1769] V. not. J.-S. BORGHETTI, « La perte de chance, rapport introductif », *LPA* 31 oct.2013, p. 3.

[1770] Sur le lien qui unit clause générale et principe de réparation intégrale, v. *supra*, n° 53 et s.

[1771] Cette qualification de « mythe » revient régulièrement sous la plume de certains auteurs, et a même inspiré le thème d'un colloque du Conseil national des barreaux, « États généraux du dommage corporel. Réparation intégrale : mythe ou réalité ? », *Gaz. Pal.,* 9 et 10 avril 2010, n° 99-100.

de réparation intégrale ; ce dernier n'est pas absolu[1772], et doit, en présence d'autres principes essentiels, révéler ses limites. Car la mise en œuvre de la clause générale ne peut complètement ignorer ici la situation particulière d'un contrat à naître, ou né malformé, qui la confronte alors aux exigences du droit des contrats, en particulier aux principes qui encadrent le déploiement de sa force obligatoire, au premier rang desquels la liberté contractuelle. C'est par une mise en balance de ces deux principes, l'un guidant la responsabilité délictuelle et accompagnant sa fonction de réparation, l'autre encadrant la naissance du contrat et le déploiement de ses effets obligatoires, que le juge conclut à l'exclusion du préjudice dont la compensation constituerait une entrave trop importante au second. Dans cet exercice délicat, la balance est souvent en faveur de la liberté contractuelle, principe à valeur constitutionnelle[1773] qui ne peut souffrir d'être atteint par un principe qui en est dénué[1774].

448. Une jurisprudence trop peu transparente. Ainsi, la limite que la clause générale ne peut et ne doit pas nécessairement trouver dans ses conditions, elle doit la trouver dans le déploiement de ses effets, par la mise à l'écart de certains préjudices dont la compensation viendrait remettre en cause une liberté essentielle, celle de ne pas conclure le contrat. La distinction entre le dommage, siège de l'atteinte, ici la non-conclusion du contrat, et des préjudices qui peuvent en découler, se révèle alors être un outil théorique utile afin d'encadrer le principe de réparation intégrale, offrant la possibilité de rejeter, malgré l'existence d'un dommage, la compensation de certaines

---

[1772] V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, 4ème éd., 2017, n° 124 ; M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontactuelle, op. cit.*, n° 598 et s. Il est cependant excessif d'affirmer, comme certains auteurs, que le principe de réparation intégrale ne constitue qu'une « façade » qui masque une réalité toute différente : v. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, « Fault, Damage and the Equivalence Principle in French Law », *JETL,* vol.3, 2012.21.

[1773] Le Conseil constitutionnel a attribué au principe de liberté contractuelle une valeur constitutionnelle en deux temps : une protection constitutionnelle octroyée à travers celle dont bénéficie de la liberté d'entreprendre d'abord (Conseil constitutionnel, 10 juin 1998, *RTD civ.* 1998.796, obs. N. MOLFESSIS ; *RTD civ.* 1999, p.78 et s., obs. J. MESTRE et 13 janvier 2003, *RDC* 2003, p.9 et s., obs. T. REVET ; *D.*2003.638, chron. B. MATHIEU) puis la consécration d'une valeur constitutionnelle autonome (Conseil constitutionnel, 13 juin 2013, *RDC* 2013.1285, obs C. PÉRÈS).

[1774] Si le principe même d'une obligation de réparer les conséquences de sa faute constitue une « exigence constitutionnelle » (n° 99-419 DC du 9 novembre 1999 ; n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010 ; n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010 ; n° 2016-533 QPC du 14 avril 2016), la réparation intégrale n'est en revanche pas un principe à valeur constitutionnelle. V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, n° 122. Les auteurs citent en particulier C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, PUAM, 2002, n° 117 : l'auteur, après analyse de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, conclut que « le caractère intégral de la réparation semble avoir été écarté du bloc de constitutionnalité ». Le Conseil constitutionnel a en effet plusieurs fois affirmé la constitutionnalité de lois instaurant des réparations forfaitaires ou barèmes pour l'évaluation des dommages, par principe contraires à la réparation intégrale. V. récemment Conseil constitutionnel, 21 mars 2018, n° 2018-761 DC.

des atteintes subjectives qui en découlent[1775]. L'opportunité d'une telle restriction des dommages réparables ne fait ainsi pas question, pas plus que le pouvoir du juge d'y procéder[1776], mais on peut encore une fois regretter l'absence de transparence quant à l'exercice de ce pouvoir et quant aux éléments qui fondent ces restrictions. Ce manque de transparence dans la pratique des juges, doublé pendant longtemps d'un désintérêt de la doctrine pour la question, découle notamment de ce que l'évaluation du préjudice, question de pur fait, est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond[1777]. C'est mettre de côté l'autre visage du préjudice, celui d'un élément de droit, dont la détermination du caractère réparable, opération juridique, conditionne l'action en responsabilité[1778], et sur lequel la Cour de cassation impose en principe son contrôle. Il apparaît ainsi nécessaire, tant pour sauvegarder l'impératif de sécurité juridique, que pour renforcer la légitimité d'un pouvoir dont le juge dispose, de faire tomber le « masque d'une approche purement technicienne du droit » pour enfin « discuter ouvertement des considérations de politique juridique qui sous-tendent certaines décisions »[1779].

449. La compensation du seul intérêt négatif en cas de nullité du contrat. La rupture des pourparlers et l'annulation du contrat ont en commun d'aboutir à une absence de lien contractuel entre les parties, soit qu'il n'existera jamais, soit qu'il ait rétroactivement disparu. L'absence de contrat semble alors immédiatement orienter la responsabilité délictuelle qui viendrait compenser les dommages résistants aux

---

[1775] Sur la nécessité de la distinction et l'attribution au préjudice d'une fonction d'encadrement de la réparation, v. A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable. Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, PUAM, 2014, n° 249 et s. L'auteur insiste en revanche sur la nécessité d'une définition relativement large du préjudice, élément de droit, sans céder à la tentation d'un enfermement de la responsabilité dans un système d'intérêts protégés. V. spéc. n° 279.

[1776] J.-S. BORGHETTI, « Préjudice d'anxiété des travailleurs exposés à l'amiante : indemnisation élargie et motivation enrichie », *RDC* 2019, p.13 et s. : l'auteur considère qu'il y a une forme de délégation tacite de pouvoir de la part du législateur à l'égard de la Cour de cassation quant à l'aménagement de la responsabilité civile.

[1777] Le principe de l'appréciation souveraine des juges du fond quant à l'évaluation et au mode de réparation du préjudice a été maintes fois rappelé par la Cour de cassation. V. not. Civ., 23 mai 1911, *DP* 1912.1.421 ; Cass. Req., 25 juin 1928, *S.* 1928, 1, p.351 ; Civ.2ème, 23 novembre 1955, *D.* 1956.76 ; Civ.2ème, 19 juin 1964, *Bull. civ.* II, n° 459 ; Civ.1ère, 16 juillet 1991, *JCP* 1992, I, 3572, obs G. VINEY ; Civ.1ère, 20 février 1996, *D.* 1996.511, note B. EDELMAN. Encore récemment, v. Crim., 23 mars 2016, n° 15-80.513.

[1778] Sur le caractère hybride du préjudice et des dommages-intérêts, v. le dossier « L'évaluation des dommages-intérêts, question de fait ou de droit ? », *RDC* 2019.159 et s.

[1779] J.-S. BORGHETTI, « Préjudice d'anxiété des travailleurs exposés à l'amiante : indemnisation élargie et motivation enrichie », *RDC* 2019, p.13 et s. L'auteur regrette ainsi que l'utilisation de la motivation enrichie par la Cour dans cet arrêt d'assemblée plénière du 5 avril 2019 n'ait pas conduit à dévoiler les véritables raisons du revirement de jurisprudence.

restitutions consécutives à la nullité vers la seule compensation de l'intérêt négatif, la compensation de l'intérêt positif n'étant possible qu'en présence d'un contrat valable, en ce qu'elle offre alors à la partie lésée un succédané d'exécution[1780]. Ce n'est pourtant pas cette fois la protection de la liberté contractuelle dans son versant négatif, celle de ne pas conclure le contrat, qui pourra justifier cette circonscription de la réparation au seul intérêt négatif, puisqu'en l'occurrence le contrat a bien été conclu. Qu'il soit annulé par la suite ne doit pas conduire à ignorer que la relation des parties a été définitivement modifiée par le franchissement du seuil contractuel. L'association même entre vice du consentement et nullité, que nous tenons pour acquise, n'a pas toujours été si évidente, car quand bien même le contrat serait vicié, le consentement à l'acte n'en a pas moins été donné[1781].

Par ailleurs, pas de détour possible par la causalité cette fois puisque c'est bien la faute commise par l'une des parties dans la période qui précède la conclusion du contrat, faute qui détermine le consentement de l'autre partie, et le vicie, qui cause le dommage subi par son partenaire, dommage consistant à avoir conclu un contrat qui était vicié et se retrouve annulé[1782]. Comme l'a parfaitement montré Catherine THIBIERGE dans sa thèse, la particularité est alors que cette causalité semble se distendre puisque si le dommage naît bien dès la commission de la faute, sa consistance, et donc les préjudices réparables qui en découlent, ne pourront être réellement établis qu'une fois le contrat annulé, ce qui distingue cette situation, comme nous le verrons, de celle du contrat vicié et maintenu[1783].

[1780] Y.-M. LAITHIER, « La distinction entre "intérêt positif" et "intérêt négatif" à l'épreuve des avant-contrats », in O.DESHAYES (dir.), *L'avant-contrat, Actualité du processus de formation des contrats,* PUF, 2008, p.153 et s., spéc. p. 154 : « Venger l'intérêt positif, c'est venger l'intérêt du demander à l'obtention d'un avantage et révéler, de ce seul fait, l'existence d'une obligation contractuelle. C'est parce qu'il y a un contrat que l'intérêt positif est accessible ».

[1781] Chez POTHIER par exemple, l'association de la nullité et des vices du consentement n'est pas si évidente, alors que celle des dommages-intérêts et de la faute consistant à vicier le consentement de l'autre est beaucoup plus marquée. V. R.-J. POTHIER, *Traité des obligations*, éd. Dupin, 1827, t.1, n° 29, cité par Ph. RÉMY, « L'absorption du dol par la responsabilité civile : pour ou contre ? », *RDC* 2013.1195, spéc. p.1196.

[1782] C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit.*, n° 111 et s. : l'auteur démontre que le préjudice ne peut résulter ni de l'inexécution du contrat annulé, ni de l'annulation du contrat vicié. Il ne peut en effet en aucun cas y avoir inexécution d'un contrat qui n'est pas valable, les questions de nullité et d'inexécution contractuelle étant distinctes. Par ailleurs, le dommage découlant de l'annulation du contrat n'est pas directement causé par la faute précontractuelle, dont le seul effet direct est la conclusion d'un contrat vicié, et annulable.

[1783] *Ibid,* n° 140. Sans la faute, la partie lésée n'aurait en effet pas conclu le contrat, puisque c'est cette faute qui a déterminé son consentement à l'acte vicié.

Mais s'il ne s'agit alors pas directement de la liberté de ne pas conclure le contrat pour le fautif, il s'agit tout de même, tout en protégeant la partie dont le consentement a été vicié, de ne pas maintenir indirectement le lien contractuel à son seul profit en lui octroyant, par le biais des dommages-intérêts, le bénéfice d'un contrat qu'elle a choisi d'anéantir. Ainsi, malgré la diversité de ces deux situations précontractuelles que sont la rupture des pourparlers et la conclusion d'un contrat vicié puis annulé, la fonction jouée par les dommages-intérêts sera identique : ne pas faire produire d'effet à un contrat qui ne peut produire de tels effets, afin de préserver le principe de force obligatoire du contrat qui n'est accordé, par la loi, qu'aux contrats valablement conclus, résultant d'un échange de consentements libres et éclairés. Paradoxalement, l'encadrement des effets naturellement associés à la clause générale, la réparation intégrale, coïncide alors avec une fonction classique de la responsabilité délictuelle, une fonction rétrospective visant à au rétablissement de la victime dans un *statu quo ante.* Ainsi, la reconnaissance du particularisme de la situation précontractuelle, ici marquée par le spectre d'un contrat futur ou passé, commande à la responsabilité délictuelle de rester dans sa propre sphère, sans prendre à son compte une éventuelle dimension prospective, guidée par l'espoir de gains contractuels. Par cette non-ingérence dans la sphère contractuelle, elle préserve en réalité les fondements du contrat.

450. Conclusion. Si la question de la réparation des préjudices causés par une faute précontractuelle ayant abouti à l'annulation du contrat peut tirer des enseignements des solutions dégagées en matière de rupture des pourparlers, elle se distingue cependant nettement de la question de la compensation des préjudices de résolution du contrat.

§2. Le contrat annulé et le contrat résolu : l'éventuelle compensation de l'intérêt positif

451. Utilité de la comparaison. La comparaison du contrat annulé et de la rupture des pourparlers nous a révélé la fonction strictement rétrospective de la responsabilité civile, mais une autre comparaison avec une situation semblable, la résolution du contrat, doit être conduite afin de vérifier la possibilité d'une compensation de l'intérêt

positif. Si le caractère par principe rétroactif de la nullité comme de la résolution les rapprochent et semble naturellement attribuer à la responsabilité qui les accompagne une fonction purement rétrospective, la mesure des dommages-intérêts qui viendraient compenser le préjudice dit « de résolution » est en réalité discutée. La mise en perspective de ces deux situations nous conduira à faire la lumière sur la fonction assumée par la responsabilité civile dans chacune. Après avoir envisagé l'éventuelle compensation de l'intérêt positif en cas de résolution (A), nous envisagerons l'impossible compensation de l'intérêt positif face à la nullité du contrat (B).

A. La résolution du contrat et la discutable compensation de l'intérêt positif

452. Différence de nature entre nullité et résolution. Bien qu'en apparence similaire à la nullité par son caractère rétroactif, la résolution du contrat pour inexécution ne prend pas racine dans l'idée d'un contrat mal né, dont on voudrait *a posteriori* effacer les traces, illicites, dans l'ordre juridique. Nous l'avons vu, elle sanctionne une inexécution du contrat valablement formé en y mettant fin et en replaçant les parties dans la situation qui serait la leur si ce contrat n'avait pas été exécuté. La rétroactivité de la résolution a pour but la remise en état des parties par les restitutions, et vise à éviter tout enrichissement sans cause de l'une ou l'autre partie. Mais elle n'a pas pour objet de nier l'existence même du contrat, contrairement à la nullité, ce qui explique la nature contractuelle de la responsabilité qui l'accompagne, et le fait qu'elle soulève la question de l'éventuelle compensation de l'intérêt positif[1784].

453. Préjudice de résolution et intérêt positif. Nous avons déjà rencontré le préjudice pris en charge par les dommages-intérêts accessoires à la résolution, le « préjudice de résolution » : le « dommage qui subsiste malgré le prononcé de la résolution du contrat et qui est différent de celui qui suit immédiatement l'inexécution »[1785]. Bien que découlant de l'inexécution et non de la résolution, ce dommage ne peut donc être apprécié qu'une fois les restitutions effectuées. Or, une

[1784] Sur la compensation de l'intérêt négatif par la responsabilité contractuelle accessoire à la résolution, et la fonction de réparation que cette compensation illustre, v. *supra*, n° 451 et s.
[1785] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.,* n° 1029.

chose est certaine, c'est qu'une fois que le créancier a récupéré ce qu'il avait fourni au débiteur en échange de sa prestation, il ne peut plus demander qu'on lui accorde l'équivalent de la prestation attendue du contrat, à moins de l'enrichir injustement. Lorsque l'on évoque l'éventuelle compensation de l'intérêt positif, il faut donc préciser de quel intérêt positif on parle, à savoir non pas la perte de la valeur de la prestation attendue du contrat, mais le seul gain manqué, ou « avantage net que le créancier aurait obtenu avec l'exécution du contrat »[1786]. Ce préjudice n'est pas compensé par le seul jeu des restitutions, et n'est par ailleurs pas nécessairement incompatible avec la résolution qui ne nie pas que le lien contractuel ait existé et ne peut ainsi peut complètement nier la déception qui résulte de sa violation. Le contrat, valable, a légitimement produit l'espoir d'un gain, qui s'incarne en un véritable droit dans les mains du créancier déçu par l'inexécution.

Contrairement à la nullité, la résolution ne peut en effet se satisfaire de replacer le créancier lésé dans la situation dans laquelle il se trouverait s'il n'avait pas conclu ledit contrat ; en tant que sanction de l'inexécution d'un contrat valable, elle doit également envisager de replacer le créancier dans la situation qui serait la sienne si le contrat avait été correctement exécuté[1787]. Mais si on peut admettre que le créancier dispose encore, après la résolution, d'un droit partiel à l'exécution du contrat, la question demeure de savoir s'il peut le faire valoir, alors même qu'il a demandé la résolution. Il s'agit donc d'un problème de cohérence, plus que de compatibilité de l'intérêt positif avec la résolution, qui se résume ainsi : le créancier ayant fait le choix de la résolution peut-il en même temps demander à être placé dans une situation qui correspond pour partie à la bonne exécution du contrat ? Répondre non, c'est alors considérer que le choix de la résolution est totalement libre, et qu'il a pour effet de briser la causalité entre ce préjudice et l'inexécution contractuelle, raisonnement que nous retrouverons lorsque le contrat est vicié, et annulable, mais que la partie titulaire de l'action en nullité choisit de le maintenir. Or certains auteurs réfutent cette idée selon laquelle la résolution serait nécessairement un choix libre et sans contrainte, alors qu'elle apparaît souvent comme le seul remède, face aux difficultés de procéder à une

[1786] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 1033 ; Ph. RÉMY, « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages-intérêts en cas d'inexécution du contrat », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, PUF, 2001, p.121 et s.
[1787] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, n° 1037.

exécution en nature, permettant à la victime qui ne peut plus recevoir ce qu'elle espérait du contrat de récupérer ce qu'elle y a mis[1788]. Par ailleurs, adopter ce raisonnement pour refuser la compensation de cet intérêt positif porte le risque de masquer l'importance du comportement de la partie responsable de l'inexécution et qui a en réalité seule créé cette situation. Afin de signifier la différence entre résolution et nullité, il est important de ne pas exclure la compensation de l'intérêt positif en marge de la première. Cette différence de nature impose *a contrario* que l'intérêt positif ne puisse être réparé lorsque le contrat est annulé.

B. La nullité du contrat et l'impossible compensation de l'intérêt positif

454. Distinction du dommage né de la résolution et du dommage né de la conclusion d'un contrat vicié. La comparaison entre nullité et résolution a révélé une différence de nature entre les deux modes d'anéantissement du contrat, justifiant l'intervention de régimes de responsabilité distincts – délictuelle pour l'une, contractuelle pour l'autre[1789]. Mais il en découle aussi une véritable différence de consistance entre les dommages qui subsistent à la disparition du contrat. Malgré l'analogie établie par certains auteurs entre les deux situations d'anéantissement du contrat et les dommages qui en découlent[1790], il semble impossible d'assimiler le préjudice qui subsiste à la résolution, soit qu'il en découle directement, soit que cette dernière n'ait pas suffi à le compenser, et le préjudice découlant de la conclusion d'un contrat vicié, et parfois annulé. En effet, on l'a vu, la rétroactivité n'a pas le même sens dans la résolution que dans la nullité, puisqu'elle n'a pas pour objectif de prétendre à l'inexistence du contrat. Le contrat résolu, en ce qu'il était valable, a légitimement produit l'espoir d'un gain qui se voit déçu par l'inexécution. Et si la compensation d'une partie de l'intérêt positif du créancier reste débattue[1791], il n'en reste pas moins que ce dommage existe, et ne correspond pas à celui qui découle de la conclusion d'un contrat malformé. L'espoir déçu est cette fois celui de la conclusion d'un contrat

[1788] *Ibid*, n° 1038.
[1789] V. *supra*, n° 451 et s.
[1790] C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit.*, n° 181.
[1791] V. *supra*, n° 452.

efficace, que la révélation du vice vient ébranler ; le préjudice découle alors non pas de l'annulation ou de l'inexécution du contrat, mais de sa conclusion[1792].

L'annulation du contrat n'a alors pas pour objet premier de replacer les parties dans une situation qui serait la leur en l'absence de contrat, mais de supprimer de l'ordre juridique un acte illégitimement né, objectif réalisé à travers la rétroactivité. Et c'est parce que ce contrat, mal né, n'a en réalité jamais été oint de la force obligatoire, qu'il est impensable de lui faire produire indirectement des effets que la loi lui a refusé par le biais d'une compensation de l'intérêt à l'exécution, ou intérêt positif. La responsabilité délictuelle qui accompagne la nullité ne peut venir compenser l'intérêt positif sans violer le principe de la force obligatoire du contrat. La jurisprudence confirme cette analyse, qui refuse d'octroyer à la partie ayant demandé la nullité du contrat, des dommages-intérêts qui viseraient à lui procurer l'avantage attendu du contrat[1793]. Concrètement, l'annulation du contrat et le retour à une situation antérieure empêchent donc la partie lésée par le dol de demander la compensation d'une perte de gains ou d'une perte de chance de gains[1794], ainsi que la perte de chance d'avoir pu conclure le contrat à des conditions plus avantageuses, puisque ces préjudices correspondent à l'intérêt qu'à le demandeur à la conclusion du contrat espéré.

455. Conclusion de section. Lorsqu'un contrat est affecté d'un vice du consentement, la partie dont le consentement a été vicié peut, lorsqu'elle en demande la nullité, demander dans le même temps la réparation du préjudice subi. En effet le préjudice qui découle non pas de l'annulation du contrat, mais de la conclusion du contrat vicié, n'est pas forcément compensé par l'annulation du contrat. Mais s'il n'est pas directement causé par elle, les contours du préjudice réparé en cas d'annulation du contrat sont largement déterminés par cette annulation, et les conséquences qu'elle produit sur le contrat. En l'absence de lien contractuel maintenu entre les parties, le préjudice compensé sera caractérisé par l'intérêt négatif, à l'instar du préjudice causé par la

[1792] *Ibid,* n° 111 et s. et n° 127 et s. : l'auteur démontre que le préjudice lié à la malformation du contrat résulte de la conclusion d'un contrat annulé ou vicié, mais en aucun cas de l'inexécution ou de l'annulation du contrat. La jurisprudence est par ailleurs venue confirmer cette analyse du préjudice en cas de nullité : Ch. mixte, 9 juillet 2004, n° 02-16.302, *RTD civ.* 2005.125, note J. MESTRE ; *D.* 2004.2175, note C. TUAILLON ; *Defrénois* 2004.1402, note R. LIBCHABER ; *RLDC* 2004, n° 396, note M. MALAURIE.
[1793] Civ.3ème, 29 septembre 2016, n° 15-15.129, *D.* 2016.2000 ; *RTD civ.* 2016.847, obs. H. BARBIER.
[1794] Préjudices qui, nous le verrons, posent problème même lorsque le contrat est maintenu. V. *infra*, n° 469 et s.

rupture fautive des pourparlers. En revanche, malgré la proximité de façade de la situation du contrat annulé avec celle du contrat résolu, la compensation du préjudice découlant de la conclusion d'un contrat vicié ne pourra concerner l'intérêt positif du créancier à la conclusion du contrat, comme c'est le cas du préjudice de résolution. La nullité poursuit en effet un objectif particulier, la suppression de l'ordre juridique d'un acte illicite, qui n'aurait pas dû produire d'effets, et en ce sens affecte nécessairement la consistance du préjudice. Seul l'intérêt du créancier à la non-conclusion du contrat, l'intérêt négatif, pourra être prise en charge. La responsabilité délictuelle, lorsqu'elle répare le préjudice qui découle de la conclusion d'un contrat vicié, poursuit ainsi une finalité traditionnellement associée aux dommages-intérêts délictuels, le rétablissement de la victime du dommage dans son *statu quo ante*.

Section 2. Une réparation au service du contrat

456. Dommages-intérêts et dol. La problématique de la compensation du dommage né de la conclusion d'un contrat vicié ne s'épuise pas dans l'étude des dommages-intérêts accessoires à la nullité du contrat. L'article 1178, alinéa 4 du Code civil rappelle en effet la possibilité, déjà formulée par la Cour de cassation[1795], pour la partie victime de la malformation initiale du contrat, de demander réparation de son dommage « indépendamment de l'annulation du contrat », précisant par ailleurs que cette réparation devrait se faire « dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle ». En effet, si la renonciation à l'action en nullité emporte alors confirmation du contrat, qui sera exécuté comme s'il n'avait pas été affecté par le vice, la faute précontractuelle commise par l'une des parties a cependant marqué de son empreinte la rencontre initiale des volontés, cette faute ayant emporté et entaché le consentement de l'un des cocontractants. L'octroi de dommages-intérêts à la partie lésée aura alors pour effet d'effacer les stigmates de cette faute et de permettre à la relation contractuelle de s'épanouir malgré elle. Pour que puisse intervenir la

[1795] Com., 18 octobre 1994, n° 92-19.390, *D.* 1995.180, note C. ATIAS ; *RTD civ.* 1995.353, obs. J.MESTRE. Cette solution a été réaffirmée régulièrement depuis par la Cour de cassation.

responsabilité délictuelle, il faudra néanmoins que soit apportée la preuve, outre d'une malformation du contrat, d'une faute délictuelle. Ceci explique qu'une partie de la jurisprudence concernant l'allocation de dommages-intérêts en lieu et place de la nullité du contrat se soit développée sur le terrain du dol[1796], du fait de sa nature hybride, à la fois vice du consentement et délit[1797].

457. Identification du dommage. La vocation de la responsabilité délictuelle à venir compenser les dommages découlant de la faute précontractuelle, lorsqu'elle s'incarne dans un vice du consentement tel que le dol, ne fait donc pas question. La restriction des dommages-intérêts au seul intérêt négatif lorsque le contrat est annulé semble par ailleurs relativement acquise[1798]. La difficulté survient lorsque la partie dont le consentement a été vicié, titulaire de l'action en nullité, fait le choix de ne pas remettre en question le contrat, pour des considérations diverses que nous envisagerons, mais souhaite néanmoins obtenir la compensation du dommage qu'elle subit du fait de ne pas avoir pu donner au départ un consentement éclairé. Ce dommage consistant en une altération de la décision est ainsi définitivement acquis dès la conclusion du contrat vicié, ne différant *a priori* donc pas avec la situation du contrat annulé. Ceci explique d'ailleurs que, contrairement au cas où le contractant donne son consentement à l'acte en connaissant les vices qui l'affectent, ce qui semble valoir acceptation du dommage pour la Cour de cassation[1799], la seule exécution du contrat en connaissance du vice ne

---

[1796] V. not. Com., 18 octobre 1994, n° 92-19.390, *D.* 1995.180, note C. ATIAS ; *RTD civ.* 1995.353, obs. J. MESTRE ; Com., 25 mars 2010, n°09-12.895, *RTD civ.* 2010.322, note B. FAGES ; Com., 10 juillet 2012, n° 11-21.954, *D.* 2012.2772, note M. CAFFIN-MOI ; *Rev.sociétés* 2012.686, note B. FAGES ; *RTD civ.* 2012.725, obs. B. FAGES ; *RTD civ.* 2012.732, obs. P. JOURDAIN ; *RDC* 2013.91, obs. O. DESHAYES; *RLDC* 2012/97, p.12, obs. C.LE GALLOU; *LPA* 11 oct 2012, p.17, obs. D. HOUTCIEFF; *JCP* 2012.I.1151, n° 9, obs. J. GHESTIN; *BJS* novembre 2012.767, note Ph. STOFFEL-MUNCK; *D.* 2013.2651, J. TRAULLÉ. *Adde* Y. LEQUETTE, « Responsabilité civile *versus* vices du consentement », in *Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2012, p.323 et s.

[1797] Ce caractère hybride, à la fois vice du consentement et faute délictuelle, se retrouve également dans la violence. Selon la formule de Muriel FABRE-MAGNAN, dol et violence sont tous deux l'expression non plus seulement d'un consentement « erroné », mais d'un consentement « abusé » ou « contraint ». V. M.F ABRE-MAGNAN, *Les obligations*, t.2, *Contrat et engagement unilatéral*, 5èmé éd., PUF, coll. Thémis droit, 2019, p.425 et 443.

[1798] V. *supra*, n° 453 et s.

[1799] Civ.1ère, 10 avril 2019, n° 18-14.987. La Cour, dans une formule très générale, considère que « les conséquences d'un engagement librement souscrit et judiciairement déclaré valable ne constituent pas un préjudice réparable ». Dans cette espèce, le contrat de vente d'une propriété, qui contenait une clause d'éviction de la garantie des vices cachés des vendeurs, faisait mention de la connaissance portée à l'acquéreur de l'état de la propriété. Outre l'impossibilité d'une action sur le fondement de la garantie des vices cachés à l'encontre des vendeurs, la Cour rejette également la possibilité d'une action en responsabilité contre le notaire qui avait participé à la vente pour manquement à son devoir d'information.

vaut pas renonciation à la responsabilité, le dommage étant définitivement constitué dès la conclusion du contrat dans l'ignorance de sa malformation. Il apparaît pourtant plus délicat de considérer, dans cette situation, que la responsabilité puisse venir rétablir un *statu quo ante* alors même qu'en renonçant à l'action en nullité, le contractant lésé semble renoncer à regarder vers le passé pour, au contraire, se tourner vers l'avenir, plaçant ses espoirs dans l'exécution du contrat.

458. Conséquences de l'immixtion de la responsabilité. La perturbation induite par la responsabilité délictuelle lorsqu'elle se rapproche, comme ici, du cœur du contrat, ne touche pas seulement à la question du préjudice réparable, mais fait ressurgir le risque, déjà évoqué, d'une hégémonie de la logique délictuelle sur la logique contractuelle. Elle vient alors remettre en question jusqu'à l'opportunité même de son application, pourtant en principe indiscutable dès lors que l'existence d'une faute délictuelle et d'un dommage en découlant est avérée, dans une sphère initialement réservée aux sanctions de la malformation du contrat. L'interférence avec la logique contractuelle est double : outre le risque que l'intervention de la responsabilité délictuelle ne vienne perturber l'exécution du contrat, on peut craindre que la clause générale ne vienne phagocyter les vices du consentement, devenant alors l'unique sanction de la formation du contrat. La vocation subsidiaire de la responsabilité délictuelle est ainsi mise à l'épreuve tant par le risque d'absorption des vices du consentement (§1), que par le risque de troubles dans l'exécution du contrat qu'elle comporte (§2).

§1. Le risque d'absorption des vices du consentement par la responsabilité délictuelle

459. Caractère hybride du dol. Au sein des différentes causes qui peuvent affecter le consentement d'une partie à la conclusion du contrat, le dol présente une caractéristique unique : il est tout à la fois vice du consentement et délit civil. Plus encore il a été, dès

le droit romain et jusque sous l'Ancien Régime, délit[1800], avant de ne devenir, sous l'impulsion des jusnaturalistes, puis sous la plume des consensualistes et exégètes du Code au XIX[ème], un « vice du consentement »[1801]. Bien que cette dernière facette semble, au fil du temps, avoir pris le pas – le dol figurant d'ailleurs, depuis 2016, dans un paragraphe du Code civil intitulé « vices du consentement » – son aspect délictuel demeure, et impose l'option offerte à la partie dont le consentement a été trompé entre responsabilité délictuelle et nullité du contrat. La coexistence de fait entre ces deux actions pose la question de leur concurrence, qui doit se résoudre en deux temps : l'autonomie de la responsabilité délictuelle d'abord (A), sa subsidiarité ensuite (B).

A. L'autonomie de la responsabilité délictuelle au regard des vices du consentement

460. Les risques d'une phagocytose. Comme à chaque fois que l'action en responsabilité délictuelle se retrouve en concurrence avec une autre action, ici l'action en nullité pour vices du consentement, le risque d'une absorption de cette action par la clause générale surgit. La généralité de la clause de responsabilité ne s'étend en effet pas seulement à la responsabilité contractuelle, mais potentiellement à toute autre règle, puisqu'elle constitue, selon Henri MAZEAUD, « l'une de ces grandes règles d'équité qui pourraient, à elles seules, résumer le Droit tout entier »[1802]. Le dol, de par son caractère hybride, est particulièrement exposé à ce risque de phagocytose par la responsabilité délictuelle[1803], et ce d'autant plus que les conditions de mise en œuvre de cette dernière s'avèrent beaucoup plus souples. En effet, le standard de la faute en matière délictuelle étant bien inférieur à celui exigé en matière de dol, à savoir une simple négligence pour la première contre une faute intentionnelle pour le second,

---

[1800] D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, 2ème éd., Economica, 2012, p. 514 et s. *Adde* Ph. RÉMY, « L'absorption du dol par la responsabilité civile : pour ou contre ? », *RDC* 2013, p.1195 et s., spéc. p. 1196 et J. BÉTOULLE, « L'aspect "délictuel" du dol dans la formation des contrats », Rapport annuel de la Cour de cassation, 2001. Ainsi en droit romain, le dol était un délit et l'action de dol, *actio de dolo*, remplissait une fonction indemnisatrice par le biais de la *restitutio in integrum*, l'annulation du contrat pour vice du consentement étant alors impossible. Les auteurs soulignent d'ailleurs que chez Pothier et Domat, l'aspect vice du consentement n'est pas encore prédominant.

[1801] Ph. RÉMY, « L'absorption du dol par la responsabilité civile : pour ou contre ? », *op. cit*.

[1802] H. MAZEAUD, « L'"absorption" des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *op. cit.*

[1803] Sur l'absorption du dol par la responsabilité civile, v. le dossier spécial de la Revue du droit des contrats en 2013 : *RDC* 2013, p.1155 et s.

l'option ainsi ouverte à la partie lésée de n'agir que sur le seul fondement du droit commun de la responsabilité conduit à par une forme de « concurrence déloyale » de la responsabilité délictuelle[1804]. Le risque est alors réel que les caractéristiques propres au dol, notamment ses éléments intentionnel et psychologique – son caractère déterminant du consentement – ne se diluent définitivement.

Afin d'éviter que cette inéluctable immixtion de la responsabilité délictuelle entre les contractants ne prenne la forme d'une hégémonie de la logique délictuelle sur la logique contractuelle, certains auteurs insistent sur la nécessaire soumission de l'action en responsabilité aux conditions du dol, qui semble trouver son ancrage dans quelques rares décisions en jurisprudence[1805]. La préservation des spécificités du dol ne se fait alors qu'au prix d'une absorption de la responsabilité délictuelle par ce dernier, excès tout autant intolérable, que la jurisprudence semble majoritairement refuser[1806]. L'autonomie de l'action en responsabilité à l'égard du dol, et plus généralement des autres causes de nullité, semble par ailleurs avoir été affirmée par l'ordonnance de 2016 qui désigne une action exercée « indépendamment de l'annulation du contrat »[1807]. Comment comprendre cette autonomie de la responsabilité délictuelle au regard du dol ? À regarder la jurisprudence de plus près, il semble qu'il y ait, en réalité, une dualité de fondements aux dommages-intérêts demandés en lieu et place de la nullité.

461. Dualité de fondements aux dommages-intérêts. Si la plupart des auteurs fondent sans discuter les dommages-intérêts demandés à la place de la nullité sur l'article 1240 du Code civil, certains soulignent qu'il existe en réalité une option au bénéfice du demandeur entre deux fondements : le dol ou la responsabilité

[1804] G. LARDEUX, « L'absorption du dol par la responsabilité civile », *RDC* 2013, p.1179 et s., spéc. p. 1186.
[1805] V. Com., 7 juin 2011, n° 10-13.622, *RTD civ.* 2011.533, obs. B. FAGES ; *RDC* 2011.1148, obs. Y.-M. LAITHIER ; *JCP* 2011.42.1141, obs. J. GHESTIN ; *Dr.et patrimoine* 2012.211, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK. La Cour considère ici qu'en l'absence de preuve tant du caractère déterminant de l'information non délivrée, que de l'intention de tromper son cocontractant, la demande en dommages-intérêts devait être rejetée.
[1806] Civ.1ère, 28 mai 2008, n° 07-13.487, *RTD civ.* 2008. 476, obs. B. FAGES ; *RDC* 2008.1118, obs. D. MAZEAUD. La Cour valide ici le raisonnement de la Cour d'appel qui en l'absence d'une demande de nullité, et face à une seule demande de dommages-intérêts, n'a pas caractérisé l'élément intentionnel, mais a pu se fonder sur une simple négligence pour accueillir la demande.
[1807] Article 1178, alinéa 4 du Code civil.

délictuelle[1808]. Ce choix ne serait cependant pas sans conséquence puisqu'en fondant son action exclusivement sur le dol, le demandeur se soumet alors au régime du dol, et en particulier à la nécessité de prouver une faute intentionnelle, et son caractère déterminant. C'est ce que nous dit l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 7 juin 2011 lorsqu'il souligne qu'en l'absence de preuve d'une intention de tromper ou du caractère déterminant de l'information non délivrée, l'action « exclusivement fondée sur le dol » doit être rejetée[1809].

A contrario, une action fondée sur la responsabilité délictuelle, que ce soit de manière exclusive ou en combinaison avec le dol[1810], bénéficiera d'une autonomie complète de régime, que ce soit au regard de la faute[1811], ou encore de la prescription de l'action.[1812] Cette autonomie de régime est confirmée par l'article 1178, alinéa 4 du Code qui, depuis 2016, soumet l'action en dommages-intérêts aux « conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle ». La réforme de 2016 semble d'ailleurs fonder l'action en dommages-intérêts exclusivement sur la responsabilité délictuelle, l'article précité, outre le fait qu'il ne fait état que de ce seul fondement, étant inséré dans la sous-section dévolue à la nullité, et non au sein des vices du consentement[1813]. Ajoutant cependant à la confusion, la plupart des arrêts semblent désormais de manière relativement constante viser les deux articles ensemble, 1382 et

---

[1808] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t.1, *Contrat et engagement unilatéral*, 5ème éd., PUF, 2019, n° 571. Plus nuancés : J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t.1 *L'acte juridique*,16ème éd., Sirey, 2014, n° 213-2, spéc. p. 219 et 220.

[1809] V. Com., 7 juin 2011, n° 10-13.622, *RTD civ.* 2011.533, obs. B. FAGES ; *RDC* 2011.1148, obs. Y.-M. LAITHIER ; *JCP* 2011.42.1141, obs. J. GHESTIN ; *Dr.et patrimoine* 2012.211, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

[1810] La jurisprudence semble alterner, voire combiner les fondements du dol et de la responsabilité délictuelle sans y prêter de conséquence. Ainsi si certains arrêts ont pu viser uniquement l'article 1382 ancien lorsqu'il s'agit d'une demande de dommages-intérêts (v. not. Civ.1ère, 14 novembre 1979, n° 77-15.903, *D.* 1980.264, obs. J. GHESTIN ; *RTD civ.* 1980.763, obs. F. CHABAS), les arrêts plus récents semblent attester d'une pratique qui se stabilise, celle de viser conjointement les deux articles 1382 et 1116 anciens ou 1240 et 1137 nouveaux (V. Civ.1ère, 25 mars 2010, n° 09-12.895, *RTD civ.* 2010.323, obs. B. FAGES ; Civ.3ème, 6 juin 2012, n° 11-15.973, *RDC* 2012.1180, note T. GENICON ; Com., 10 juillet 2012, n° 11-21.954, *D.* 2012.2772, note M. CAFFIN-MOI ; *JCP* 2012.1151, obs. J. GHESTIN ; *RDC* 2013.91, obs. O. DESHAYES ; *RTD civ.* 2012.725, obs. B. FAGES ; *RTD civ.* 2012.732, obs. P. JOURDAIN).

[1811] Civ.1ère, 28 mai 2008, n° 07-13.487, *RTD civ.* 2008. 476, obs. B. FAGES ; *RDC* 2008.1118, obs. D. MAZEAUD. Si l'arrêt exclut la nécessité de caractériser l'élément intentionnel du dol face à une demande de dommages-intérêts, il brouille cependant les frontières entre dol et manquement à l'obligation d'information en affirmant que la réticence en question « s'analysait aussi en un manquement à l'obligation précontractuelle d'information du vendeur ».

[1812] Civ.1ère, 25 juin 2008, n° 07-18.108 : La Cour affirme, au visa de 1382 ancien, que la prescription de l'action en nullité n'empêche pas d'agir sur le terrain de la responsabilité délictuelle.

[1813] L'avant-projet de réforme du droit des contrats dirigé par le Professeur TERRÉ avait au contraire opté pour l'insertion d'une disposition identique au sein de la section dévolue au consentement, article 50, alinéa 2, insistant alors sur cet aspect du dol comme vice du consentement. V. F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009.

1116 anciens, tout en conditionnant l'octroi des dommages-intérêts à la réunion des conditions de l'action en responsabilité délictuelle[1814].

Mais si l'autonomie conceptuelle du fondement délictuel ne semble plus faire de doutes en jurisprudence, en pratique, le succès de l'action en responsabilité délictuelle pourra être liée à l'identification des éléments constitutifs du dol. En effet, soit le dol sera caractérisé, ce qui emportera alors nécessairement une faute au sens de l'article 1240 du Code civil, soit le comportement à l'origine du dommage ne s'analysera qu'en une simple négligence, et on se trouvera alors souvent face à une rétention fautive d'information, sanctionnée par la seule la responsabilité délictuelle. Plus qu'une dualité de fondements, c'est en réalité une dualité d'actions qui semble émerger de la jurisprudence, sans que l'on en saisisse parfaitement les contours.

462. Dualité d'actions : dommages-intérêts ou réfaction du prix ? La lecture des arrêts traitant de la sanction du dol par l'unique octroi d'une somme d'argent révèle une autre dualité, sémantique d'abord. Les juges du fond tout comme la Cour de cassation font en effet référence alternativement, et sans en expliquer les raisons, aux « dommages-intérêts », ou à la « réduction du prix », passant d'un fondement à l'autre sans s'en émouvoir[1815], cumulant parfois même les expressions en les associant pour décrire une seule réalité[1816], ou au contraire en les dissociant comme deux actions distinctes[1817]. Il faut préciser que la confusion entre les deux actions n'existe que lorsque le préjudice subi du fait du dol est caractérisé par le fait d'avoir payé un prix

---

[1814] Com., 24 septembre 2013, n° 12-19.640, *RDC* 2014, obs. O. DESHAYES. Dans cet arrêt, au double fondement de 1382 et 1116 anciens, la Cour valide le principe d'une demande de dommages-intérêts face à un dol caractérisé dans tous ses éléments (le premier moyen était notamment consacré au caractère déterminant du dol, que la Cour de cassation ne remet pas en question), mais rejette finalement une telle action en raison de l'absence de preuve d'un préjudice subi. Elle considère en effet qu'au moment où les parties ont conclu le contrat, le prix stipulé n'était pas excessif, les manœuvres dissimulées, en l'espèce une négociation avec un tiers, n'ayant eu en réalité aucun impact sur la valeur de l'objet cédé, ici des parts sociales.

[1815] V. Civ.1ère, 28 mai 2008, n° 07-13.487, *RTD civ.* 2008. 476, obs. B. FAGES ; *RDC* 2008.1118, obs. D. MAZEAUD : alors que la demande des parties lésées était explicitement une demande de réduction du prix, la Cour d'appel accorde des dommages-intérêts.

[1816] V. Com., 27 janvier 1998, n° 96-13.252, *RTD civ.* 1998.904, obs. J. MESTRE : « alors que la victime d'un dol peut, à son choix, faire réparer le préjudice que lui ont causé les manœuvres de son cocontractant par l'annulation de la convention et, s'il y a lieu, par l'attribution de dommages-intérêts, ou simplement par une indemnisation pécuniaire qui peut prendre la forme de la restitution de l'excès de prix qu'elle a été conduite à payer ».

[1817] Civ.3ème, 6 juin 2012, n° 11-15.973, *RDC* 2012.1180, note T. GENICON : la Cour, reprenant ainsi la demande formulée par les parties lésées, distingue clairement entre la somme demandée à titre de réduction du prix, et la somme demandée au titre de la réparation de leur préjudice. On notera cependant que la confusion persiste, la demande initiale étant formulée comme une demande de « dommages-intérêts », dommages-intérêts qui, selon les demandeurs, se répartiraient alors entre réduction du prix et réparation du préjudice.

excessif, ce qui ne constitue pas nécessairement le seul préjudice réparable en cas de dol. Derrière cette diversité de termes se cache-t-il une dualité d'actions, l'une fondée sur le dol, la réfaction du prix, l'autre sur la responsabilité délictuelle, les dommages-intérêts, comme certains arrêts semblent le laisser entendre ?

Bien que la plupart des auteurs ne voient là qu'un abus de langage, les dommages-intérêts accordés sur le fondement délictuel ne servant, selon eux, indirectement qu'à réduire le prix par « compensation entre la dette de réparation et l'engagement excessif du débiteur »[1818], d'autres insistent sur la nécessité de distinguer ces deux actions, dont les effets ne sont pas nécessairement similaires[1819]. Si l'amalgame existe bien en jurisprudence, il semble impensable d'admettre qu'une véritable action en réduction du prix puisse avoir été développée par la Cour de cassation, sans que l'on ne puisse en aucun cas identifier le fondement d'un tel pouvoir octroyé aux juges de venir « redresser »[1820] ou « réviser judiciairement » le contrat[1821]. La Cour de cassation a d'ailleurs, dans un arrêt rendu en 2010, rejeté explicitement l'amalgame fait par une Cour d'appel entre la demande de dommages-intérêts aux fins de compensation du dommage découlant du dol, et une demande en révision du prix, qui, puisqu'il avait été définitivement et fixé par le juge, ne pouvait plus être remis en cause[1822].

Certains projets doctrinaux, tel que l'avant-projet de Code européen des contrats, dit Code Gandolfi, ont pris le parti de consacrer explicitement une telle action en faveur du titulaire de l'action en nullité, tout en la distinguant de l'action en réparation du préjudice[1823]. Le projet de réforme du droit des contrats mené par François

---

[1818] F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ*, Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n° 307.
[1819] T. GENICON, « La "réfaction pour dol" existe-t-elle ? », *RDC* 2012.1180. L'auteur insiste sur le fait que si le calcul des dommages-intérêts et d'une réduction du prix mène parfois aux mêmes résultats, cette similarité n'est pas systématique. *Adde* H. SLIM, « Dommages-intérêts et réfaction », in N. CAYROL (dir.), *La notion de dommages-intérêts*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2016, p. 151 et s.
[1820] G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit.,* n° 330.
[1821] T. GENICON, « La "réfaction pour dol" existe-t-elle ? », *RDC* 2012, p.1180 et s., note sous Civ.3ème, 6 juin 2012, n° 11-15.973.
[1822] Com., 2 février 2010, n°09-11.064, *RTD civ.* 2010.322, note B. FAGES : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la demande, par laquelle les cessionnaires sollicitaient l'allocation de dommages-intérêts en réparation d'un préjudice qu'ils imputaient à des faits constitutifs de dol, ne tendait pas à la révision du prix et ne se heurtait pas à l'autorité de l'arrêt ayant fixé le montant de celui-ci […] ».
[1823] Article 151, 4°, *Code européen des contrats, Avant-projet*, Livre I, Académie des privatistes européens, coordinateur Giuseppe Gandolfi, Milan, Guiffrè, 2ème éd., 2002.

TERRÉ, consacre une action similaire, à disposition cette fois du cocontractant, qui peut « défendre à l'action en nullité en proposant l'exécution du contrat dans les termes envisagés par la victime lors de sa conclusion », tout en excluant une telle option en cas de violence ou de dol[1824]. Enfin, au-delà de l'assimilation conceptuelle faite par la jurisprudence, il n'apparaît jamais, même dans les arrêts où l'action en réduction du prix semble consacrée, que cette action doive être soumise à un régime propre et autonome[1825].

Par ailleurs, le cumul des deux actions, tel que le met en œuvre un arrêt rendu en 2012 par la Cour de cassation, risque de conduire à un résultat contraire aux principes encadrant le droit des contrats, en ce qu'il peut conduire à placer la partie lésée dans la situation dans laquelle elle aurait dû être si le contrat conclu était bien celui qu'elle avait espéré. Dans cet arrêt en effet, en plus de la réduction du prix accordée sur le fondement de l'article 1116 ancien, les juges allouent au demandeur des dommages-intérêts visant non plus à réduire le prix, mais à lui procurer par équivalent « l'avantage qu'aurait procuré la présence du débarcadère et de la risberme »[1826], éléments dont la destruction planifiée était connue du cocontractant lors de la conclusion du contrat. Afin d'éviter ce genre de situations, il faut donc pouvoir encadrer le montant accordé au demandeur lésé par le dol, encadrement qui ne peut se faire, comme on le verra qu'au travers de la détermination des préjudices réparables.

463. Nécessaire autonomie de la responsabilité délictuelle. Ainsi, malgré l'inquiétude que peut susciter l'autonomie de la responsabilité délictuelle en matière de dol, qui n'apparaît d'ailleurs pas toujours affirmée par la jurisprudence, cette autonomie se révèle indispensable si l'on veut éviter qu'elle ne soit dénaturée par le contrat. Le risque de l'absorption de la responsabilité délictuelle par le dol est celui, comme le souligne Yves-Marie LAITHIER, d'un retour à une « typisation des délits » qui irait à l'encontre de l'esprit même de la clause générale[1827]. Surtout, ce danger peut être en pratique relativisé à partir du moment où le choix de la partie victime du dol de

[1824] Article 52 de l'avant-projet TERRÉ. V. F. TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009.
[1825] T. GENICON, « La "réfaction pour dol" existe-t-elle ? », *RDC* 2012, p.1180 et s., note sous Civ.3ème, 6 juin 2012, n° 11-15.973.
[1826] *Ibid*
[1827] Y.-M. LAITHIER, « Le bouleversement des conditions de l'action en responsabilité civile en cas de réticence dolosive », *RDC* 2011, p.1148 et s., note sous Com., 7 juin 2011, n° 10-13.622.

n'agir que sur le fondement de la responsabilité délictuelle, tout en maintenant le contrat, se fera rarement en considération du seul standard de la faute, mais pour des raisons souvent bien plus pragmatiques.

B. La subsidiarité de la responsabilité délictuelle au regard des vices du consentement

464. Dol principal et dol incident : impact de la distinction sur la compétence de la responsabilité délictuelle. Puisque l'autonomie de l'action en responsabilité délictuelle ne semble plus devoir être réellement discutée, la volonté de certains auteurs de lutter contre l'emprise de la responsabilité délictuelle sur le dol emprunte une autre voie, celle de la remise en cause de sa compétence générale à réparer les préjudices qui découleraient du vice du consentement. Afin de contenir l'immixtion de la responsabilité délictuelle dans les relations entre les parties contractantes, les auteurs mobilisent une distinction développée par la doctrine classique[1828], qui sépare le dol principal du dol incident. Cette distinction se fonde sur le caractère déterminant, pour le consentement de l'une des parties, des manœuvres, mensonges ou réticences de son cocontractant, élément essentiel pour caractériser le dol. Plus précisément, il s'agit d'évaluer l'impact précis d'un tel comportement délictuel sur la prise de décision de la partie visée, en séparant les cas pour lesquels, sans cette influence, elle n'aurait pas contracté, et ceux pour lesquels elle aurait tout de même conclu le contrat, mais à d'autres conditions, plus avantageuses pour elle.

Bien que dans les deux cas, le consentement ait été manipulé, « abusé », seul le dol principal, celui qui a déterminé le consentement au contrat, pourra entraîner la nullité du contrat. *A contrario* le dol incident, celui qui a déterminé le consentement à certaines conditions désavantageuses du contrat, ne pourra être sanctionné que par la responsabilité délictuelle. Ainsi l'exercice de la seule action en dommages-intérêts afin de sanctionner un dol ne résultera pas nécessairement d'un choix du demandeur, mais

[1828] V. not. BAUDRY-LACANTINERIE et BARDE, Obligations, t.I, n° 116 ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 6ème éd., t.IV, § 343/143 bis, par E. BARTIN ; BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, t.VIII, par G. LAGARDE, n° 142.

serait bien souvent imposée par le caractère incident du dol. Et même lorsque certains rappellent que la « seule circonstance que le demandeur n'agisse pas en nullité mais se contente d'une action en réparation ne suffit […] pas à dire que le dol est incident », et soulignent ainsi qu'en cas de dol principal, en théorie, le demandeur peut toujours choisir d'ajouter à l'action en nullité une action en réparation, voire choisir de n'exercer que la seule action en réparation[1829], l'existence de cette option est mise à mal par la relecture que ces auteurs font de la jurisprudence à l'aune de cette seule distinction[1830].

Car admettre que la distinction est au cœur de la jurisprudence, c'est admettre que chaque fois que la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle par le juge aboutit à la compensation de la seule perte de chance d'avoir conclu le contrat à des conditions plus avantageuses, c'est en raison du caractère incident du dol[1831]. Or la perte de chance de conclure le contrat à des conditions plus avantageuses constitue, en l'absence de nullité du contrat, le principal préjudice découlant de l'altération du consentement par le dol[1832]. Ainsi, à lire la jurisprudence sous l'angle de cette distinction, il en résulte une forme d'incompatibilité de la responsabilité délictuelle avec le dol principal[1833]. Accepter cette distinction, c'est donc non seulement réserver l'action en nullité au seul dol principal, mais c'est également souvent assigner implicitement à la responsabilité délictuelle un territoire défini, celui du seul dol incident, supprimant ainsi toute forme de concurrence avec l'action en nullité. Cette distinction, soutenue par une partie de la

[1829] V. D. BAKOUCHE, « La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident », *JCP* 2012, p.1425 et s., spéc. p. 1426.
[1830] *Ibid*. L'auteur opère une lecture de certains arrêts très imprégnée de cette distinction. Ainsi par exemple de l'arrêt rendu en 2005, perçu par une grande partie de la doctrine comme mettant fin à la distinction en jurisprudence, en ce qu'il avait accueilli l'action en nullité alors que la rétention de l'information litigieuse n'avait eu pour seule conséquence que de déterminer à conclure à un prix excessif. Selon l'auteur, il ne s'agit ici que de la simple caractérisation d'un dol principal, le prix étant ici un élément déterminant du consentement.
[1831] V. not. A-S. BARTHEZ, "Contre l'autonomisation de la responsabilité civile délictuelle en matière de dol », *RDC* 2013, p. 1155 et s., spéc. p. 1160 : « Réclamer des dommages-intérêts au motif que le contrat n'a pas été conclu aux conditions qui auraient dû être les siennes montre que, en réalité, la tromperie n'a pas été déterminante de la conclusion du contrat, mais seulement de ses conditions ».
[1832] V. *infra*, n° 475 et s.
[1833] J. GHESTIN, « Contre l'absorption du dol par la responsabilité civile », *RDC* 2013, p.1162. et s., spéc. p.1164. L'auteur est pourtant hostile, comme nous allons le voir, à la distinction.

doctrine moderne[1834], se retrouve par ailleurs dans certaines codifications savantes, notamment par l'avant-projet de Code européen des contrats, le « projet Gandolfi »[1835].

465. Dol principal et dol incident : rejet de la distinction. Il est en réalité impossible d'affirmer que la distinction existe bien dans la pratique, et notamment en jurisprudence. Le lien opéré par la jurisprudence entre l'action en dommages-intérêts et la conclusion du contrat à des conditions désavantageuses n'indique en effet pas que le dol dont il est question n'a qu'un caractère incident, mais seulement, comme nous avons pu le voir, que le dommage qui en découle consiste en une perte de chance d'avoir conclu à des conditions plus avantageuses. À l'inverse, certains arrêts ne se privent pas de prononcer la nullité du contrat lorsque les manœuvres, mensonges ou réticence dolosive n'ont eu pour effet que de déterminer le prix pour lequel le contrat a été conclu[1836]. La distinction semble ainsi bel et bien avoir été définitivement abandonnée par la Cour de cassation[1837]. Par ailleurs, en pratique, c'est le choix du demandeur de n'agir que sur seul le fondement de la responsabilité délictuelle qui conduira les auteurs à qualifier *a posteriori* le dol d'incident. Or ce choix opéré par le demandeur de maintenir le contrat peut se faire pour des raisons pragmatiques n'ayant rien à voir avec l'impact du dol sur son consentement, et ce, alors même que s'il avait

---

[1834] D. BAKOUCHE, « La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident », *JCP* 2012, p.1425 et. s.; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 10ème éd., LGDJ, 2018, n° 512.

[1835] Article 151, 4°, b), *Code européen des contrats, Avant-projet*, Livre I, Académie des privatistes européens, coordinateur Giuseppe Gandolfi, Milan, Guiffrè, 2ème éd., 2002. L'article fait référence à l'erreur « provoquée par une déclaration trompeuse ou par une attitude de réticence injustifiée de la contrepartie […] », définie à l'article 151, 1°, b). L'article 151, 4° b) dispose que : « […] l'erreur ne rend pas annulable le contrat mais permet à la partie qui en est la victime de prétendre une rectification de l'entité de la prestation qui lui est due ou la réparation du préjudice lorsque : a) […], b) l'erreur tombe sur un élément secondaire ou n'a pas eu un effet déterminant du consentement, c'est-à-dire si le contrat en question avait tout de même été conclu, mais à des conditions différentes ».

[1836] V. Civ.3ème, 22 juin 2005, n°04-10.415, *RDC* 2005.1025, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *Contrats, conc. consom*. 2005.186, note L. LEVENEUR ; Com., 30 mars 2016, n° 14-11.684, *D.* 2016.1300, note G. GRUNDELER ; *RTD civ.* 2016.356, note H. BARBIER ; *Rev.sociétés* 2016.590, note B. LECOURT ; *RDC* 2016.652, note T. GENICON. Dans les deux arrêts, la nullité pour dol est prononcée et confirmée par la Cour de cassation alors même qu'il était établi que le dol n'avait eu pour seul effet que de déterminer à conclure le contrat à un prix supérieur à celui auquel la partie aurait consenti si elle avait eu connaissance de la situation. L'arrêt de 2016 expose un rejet de la distinction d'autant plus net qu'il évoque le fait que s'il avait eu connaissance exacte de la situation exacte de la société, le cessionnaire « n'aurait pas accepté les mêmes modalités d'exécution », évoquant ainsi explicitement ce qui devrait être qualifié par certains de dol incident. Mais les deux arrêts insistant également sur le caractère déterminant pour le consentement de l'erreur, provoquée par le dol, sur la valeur du bien, ils ont pu être lus par certains comme la reconnaissance d'un dol principal. V. not. D. BAKOUCHE, « La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident », *op. cit.*

[1837] Certains arrêts plus anciens avaient en effet reconnu son existence. V. not. Civ.3ème, 1er mars 1977, n° 75-13.247, *D.*1978.91, note C. LARROUMET : le mensonge du vendeur sur les loyers ne justifie pas que soit prononcée la nullité pour dol, les revenus de l'immeuble acquis ne constituant pas, pour l'acheteur, un élément déterminant de son consentement à la conclusion du contrat.

eu connaissance du dol lors de la conclusion du contrat, il n'y aurait pas consenti[1838]. Il semble donc délicat, comme le reconnaissent certains auteurs favorables à la distinction, de tirer de l'analyse de la jurisprudence des conclusions définitives quant à l'existence de la distinction[1839]. La distinction a été par ailleurs assez largement été remise en cause par une partie de la doctrine contemporaine qui rejette l'idée que l'on puisse distinguer entre la « volonté de contracter, abstraitement considérée, et la volonté concrète de contracter à telles ou telles conditions »[1840]. Cette distinction ne rend en effet pas compte de la réalité du dol en tant que vice du consentement, puisque le consentement de la partie au contrat ne peut jamais s'apprécier qu'au regard d'un contrat donné. Lorsque le dol détermine le consentement à certaines conditions du contrat, cela signifie que « sans lui, le contrat n'aurait pas été conclu *dans les termes où il l'a été* », et donc que ce contrat n'aurait pas été conclu[1841]. Le législateur, peut-être sensible à ces arguments[1842], a formellement abandonné la distinction depuis l'ordonnance de 2016[1843], puisque le nouvel article 1130, alinéa 1er du Code civil, dispose désormais que « l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait

[1838] V. J. GHESTIN, « Contre l'absorption du dol par la responsabilité civile », *RDC* 2013, p.1162 et s., spéc. p. 1177.
[1839] Les auteurs favorables au maintien de la distinction admettent d'ailleurs qu'il soit délicat de tirer de véritables conclusions à partir de la jurisprudence. V. D. BAKOUCHE, « La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident », *op. cit.*, spéc. p. 1427 : l'auteur admet que « des arrêts évoqués, il n'est pas certain que l'on puisse tirer des enseignements définitifs ».
[1840] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t.I, *L'acte juridique,* 16ème éd., Sirey, 2014, n° 214. *Adde*, contre la distinction, PLANIOL et RIPERT, *Les obligations*, t.VI par P. ESMEIN, n° 207 ; RIPERT et BOULANGER, *Traité de droit civil*, t.II, p.78, n° 185 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, T.I, *Le contrat – Le consentement*, 4ème éd., LGDJ, 2013, n° 1466 et s.
[1841] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t.I, *L'acte juridique,* 16ème éd., Sirey, 2014, n° 214. Ce sont les auteurs qui soulignent cette dernière partie eux-mêmes.
[1842] Les divers avant-projets doctrinaux s'étaient accordés pour faire disparaître la distinction. V. Art. 1111-1, Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, P. CATALA (dir.), La documentation française, 2006 : « l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties ou son représentant n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes » ; Art 36, Pour une réforme du droit des contrats, F. TERRÉ (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009 : « l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes ». Ce dernier article a été repris tel quel par l'ordonnance de 2016.
[1843] Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JOFR n°0035 du 11 février 2016, texte n° 25, p.6.

contracté à des conditions substantiellement différentes »[1844]. Peu importe donc que le dol ait déterminé la partie victime à conclure le contrat ou simplement à en accepter certaines conditions désavantageuses, dans tous les cas, son consentement a été abusé puisque sans ce dol, elle n'aurait pas conclu ce contrat, soit qu'elle n'en aurait pas conclu, soit qu'elle en aurait conclu un autre.

466. La responsabilité délictuelle comme droit commun. Le rejet de la distinction entre dol principal et dol incident aboutit ainsi au rejet d'une compétence de la responsabilité limitée au seul dol incident, et à la consécration d'une véritable option, au bénéfice de la partie lésée par le dol, entre deux sanctions : la nullité ou la responsabilité. La possibilité de faire un choix, totalement libre, en faveur de la responsabilité délictuelle comme sanction principale du dol, pose alors la question du rôle subsidiaire de la responsabilité délictuelle. En effet, la subsidiarité inhérente à la clause générale de responsabilité délictuelle a pour conséquence non seulement d'en écarter la compétence lorsqu'une règle spéciale est à même de régir la situation, mais signifie également qu'elle constitue le droit commun de la responsabilité[1845]. Or, une lecture stricte de cette subsidiarité, telle que la distinction entre dol incident et principal semble en proposer, vient directement remettre en cause cette vocation générale de la responsabilité délictuelle lorsqu'elle aboutit à son rejet systématique et *a priori* au seul regard de l'impact du dol sur le consentement de l'une des parties. En ajoutant aux traditionnelles conditions de l'action une condition supplémentaire, celle de la gravité du caractère déterminant du dol, la double nature du dol qui « demeure un délit civil auquel s'est ajoutée et non pas substituée l'analyse en termes de vices du consentement »[1846], est ignorée.

Le confinement de la responsabilité délictuelle au seul dol incident vient empêcher la responsabilité délictuelle de se proposer comme une véritable alternative

---

[1844] V. G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2ème éd., Dalloz, 2018, n° 469, spéc. p.255. Certains auteurs y voient cependant une forme de confirmation de l'existence de cette distinction, dont le curseur aurait simplement été décalé. V. O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, *op. cit*., p. 177, pour qui le législateur est venu clarifier la notion de dol incident qui se définirait, *a contrario*, par le dol sans lequel la partie aurait conclu à des conditions « non substantiellement différentes ».
[1845] V. *supra*, n° 253 et s.
[1846] G. LARDEUX, « L'absorption du dol par la responsabilité civile », *RDC* 2013, p.1179 et. s., spéc. p. 1187.

à la nullité, intervenant à titre principal, et impose au contraire une hiérarchie entre les deux sanctions. En limitant la responsabilité délictuelle à la sanction de l'aspect délictuel du dol, qui ne pourrait intervenir que lorsque seul cet aspect subsiste, la distinction instaure une forme de hiérarchie entre la sanction du vice, prioritaire, et celle du délit, subsidiaire. Cette hiérarchie dévoie cependant le sens de la subsidiarité de la clause générale qui n'impose son exclusion que lorsqu'elle est mise en concurrence avec une règle ayant le même objet. Le droit spécial n'exclut le droit commun, ici la responsabilité délictuelle, que lorsqu'existe entre les règles une antinomie[1847]. Or, la responsabilité et la nullité, si elles visent toutes deux à sanctionner le dol, n'ont pas le même objet : alors que l'une vise à rétablir la victime dans son *statu quo ante* en effaçant les traces du dommage découlant du consentement vicié, l'autre cherche à supprimer le contrat né dans l'illégalité de l'ordre juridique, à en neutraliser les effets[1848]. Aucune hiérarchie ne peut donc être établie entre les deux actions ; la responsabilité délictuelle se présente alors comme une véritable alternative à l'annulation du contrat, une alternative servant un objectif opposé, celui de la survie du contrat par le rééquilibrage des intérêts contractuels[1849].

Et c'est bien parce que l'intervention de la responsabilité délictuelle pour sanctionner le dol résulte d'un véritable choix du demandeur, qu'il en résulte certaines conséquences sur la détermination du préjudice réparable[1850]. En effet, pour que soit assurée l'efficacité et la survie du contrat, il faut veiller à ce que la compétence assumée de la responsabilité délictuelle comme alternative à la nullité ne vienne pas perturber, par ses effets, l'exécution du contrat. C'est encore une fois la généralité des effets de la clause de responsabilité, incarnée dans le principe de réparation intégrale, qui devra être questionnée, afin que l'immixtion de la responsabilité délictuelle autour du contrat ne se transforme pas en ingérence. Plutôt que de limiter *a priori* le domaine de la

[1847] V. *supra*, n° 237 et s.
[1848] V. not. Y.-M. LAITHIER, "Le bouleversement des conditions de l'action en responsabilité civile en cas de réticence dolosive », *RDC* 2011, p.1148 et s. : « Ces actions sont indépendantes l'une de l'autre et distinctes tant par leur objet que par leur régime ».
[1849] V. C. OUERDANE-AUBERT de VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, 2002, n° 108.
[1850] Ph. RÉMY, « L'absorption du dol par la responsabilité civile : pour ou contre ? », *RDC* 2013, p.1195 et s.: l'auteur souligne l'absurdité d'une telle question lorsqu'elle renvoie à la concurrence de la responsabilité délictuelle et de l'annulation pour dol, concurrence admise et reconnue par le droit. Il insiste sur le seul véritable problème soulevé par l'expansion de la responsabilité délictuelle au détriment des actions fondées sur le dol, à savoir les incertitudes du calcul des dommages-intérêts.

responsabilité délictuelle, il faut donc opter pour un encadrement *a posteriori* de ses effets dans cette situation particulière.

§2. Le risque d'une immixtion de la responsabilité délictuelle dans l'exécution du contrat

467. Le préjudice, mesure des effets de la responsabilité délictuelle. Le dommage, bien qu'il ait jusqu'à récemment fait l'objet de peu d'études approfondies[1851], constitue la condition première de l'action en responsabilité, l'élément de droit à partir duquel se met en œuvre la réparation, à condition qu'il soit constaté qu'il découle directement et de manière certaine d'un comportement fautif. Mais il est également l'élément, de fait cette fois, auquel il est nécessaire de revenir une fois établies les trois conditions de l'action en responsabilité, afin de fixer le montant des dommages-intérêts. Le dommage présente dès lors une forme d'hybridité, et se dédouble au sein d'un processus qui part de lui et revient à lui, entre condition de l'action en responsabilité, et mesure de ses effets. La distinction doctrinale faite entre le dommage, l'atteinte aux biens ou à la personne, et le préjudice, c'est-à-dire les conséquences patrimoniales et extrapatrimoniales de cette atteinte, pourra ici être utile[1852]. Si le constat du dommage déclenche l'action en responsabilité, c'est bien la détermination des préjudices réparables qui en détermine les effets. Le préjudice constitue dès lors la variable d'ajustement des effets de la clause générale. En effet, par l'identification et la sélection des préjudices pouvant être compensés lorsque victime d'un dol, la partie contractante fait le choix de maintenir le contrat, les effets potentiellement invasifs, pour le contrat, de la responsabilité délictuelle peuvent être contenus, sans que cela en remette nécessairement en cause le principe de réparation intégrale.

[1851] V. cependant récemment M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile, op. cit.* ; A. BASCOULERGUE, *Les caractères du préjudice réparable, Réflexion sur la place du préjudice en droit de la responsabilité civile*, PUAM, 2014 ; G. WESTER, *Les principes de la réparation confrontés au dommage corporel*, LGDJ, 2023 ; H. GUIZIOU, *La réparation du dommage. Contribution à l'étude de la hiérarchisation des intérêts*, thèse Paris 2, 2024.

[1852] Sur cette distinction, v. notamment J.-S. BORGHETTI, « Le préjudice économique pur et l'atteinte au cours normal des choses », *in Mélanges en l'honneur du Professeur Suzanne CARVAL*, IRJS Éditions, 2021, p. 113 et s., spéc. n° 11 et s.

468. Préjudices réparables. Le dol provoque, en viciant le consentement, une erreur de représentation de la situation au regard de laquelle le consentement de l'une des parties est donné. Une dualité de dommages peut ainsi découler de la conclusion d'un contrat vicié par le dol, ou même conclu en l'absence d'une information déterminante, chacun lié à l'impact du dol ou de l'absence d'information sur le consentement. D'une part ce consentement a été donné dans la croyance d'une situation dont la réalité fait défaut, il y a donc non pas une réelle perte de chance, mais une « perte d'illusion »[1853], et d'autre part il a été donné en raison d'une manœuvre, mensonge, ou réticence, dolosive ou non, qui l'ont empêché de prendre une décision libre et éclairée au moment de la conclusion du contrat, il y a donc altération de la décision. De l'étude de ces dommages et des préjudices qui en découlent, il ressort que le dommage consistant en une « perte d'illusion » ne peut être compensé au risque de mettre en péril le contrat (A), tandis que l'altération de la décision, dommage en principe réparable, soulèvera certaines difficultés (B).

A. L'impossibilité de compenser une simple perte d'illusion

469. Un dommage rejeté par le contrat et la responsabilité. L'impossibilité de compenser les préjudices qui découlent de l'effondrement de la croyance que la partie trompée par le dol avait acquise en la possibilité de gains, s'impose tant au regard de la logique contractuelle (1) que de la logique délictuelle (2).

1. Au regard de la logique contractuelle

470. Perte de gains et perte de chance de gains. Lorsque suite à la conclusion du contrat, le voile se lève sur les agissements dolosifs de l'une des parties, la réalité de la situation contractuelle dont espérait bénéficier la partie trompée s'effondre. Privée des gains auquel elle aspirait, elle cherche alors la compensation de cette perte, la perte

[1853] L'expression est utilisée par Geneviève VINEY. V. G. VINEY, *RCA* 1992, comm.152, note sous Civ.1ère, 28 mai 1992.

de gains, voire la seule perte d'une chance de les obtenir. Ces deux préjudices existent, tant il est indiscutable que ces gains, ou même la seule chance qu'ils se réalisent par l'exécution du contrat conclu, ont définitivement disparu, emportant les espoirs de la partie trompée. Pourtant, un élément de taille fait obstacle à leur compensation : jamais l'exécution du contrat n'aurait pu procurer à la partie lésée ces gains, puisque ces gains ne correspondent qu'à une illusion créée par le dol, et non à la réalité[1854].

471. L'arrêt Parsys 1. Prenons un exemple concret, celui qui a donné lieu au premier arrêt de la saga dite *Parsys*, rendu le 25 mars 2010 par la première Chambre civile[1855]. La situation qui a donné lieu à cet arrêt, puis un autre en 2012, est la suivante : la société GLS, dont l'activité consistait en la location de longue durée de matériel informatique, avait cédé à la société Parsys la totalité des actions de l'une de ses filiales. Postérieurement à la conclusion du contrat, des contre-lettres occultes sont découvertes, qui accordaient à certains clients de la société cédée, à l'issue des périodes de location, une option d'achat à des prix résiduels. La société cessionnaire, Parsys, demande alors compensation pour le préjudice subi du fait de cette réticence dolosive, tout en ne demandant pas la nullité du contrat. La Cour d'appel de Paris constate l'existence d'un préjudice, celui de la perte de chance, pour Parsys, d'obtenir les gains attendus de l'acquisition de la société cédée, et octroie des dommages-intérêts en conséquence, pour un montant qui « représente les sommes que Parsys pouvait espérer obtenir en l'absence de contre-lettres »[1856]. Or c'est bien là que se dresse un obstacle de taille à la compensation de ce préjudice : ces contre-lettres existent, et il est impossible de prétendre le contraire seulement pour satisfaire un espoir déçu. Qu'elles aient été dissimulées ou non ne change pas l'impossibilité de réaliser, par la cession des actions en l'état, les gains espérés. En compenser la perte, et même la seule perte de chance de les obtenir aboutit non seulement à octroyer au cessionnaire une portion des gains qu'il n'aurait été possible d'obtenir qu'en l'absence de contre-lettres, ce qui

[1854] Sur l'impossibilité de compenser la simple « déception » du créancier lésé en octroyant la valeur de l'avantage escompté, V. O. DESHAYES, « Perte de chance », *RDC* 2009, p.1032 et s.
[1855] Civ.1ère, 25 mars 2010, n°09-12.895, *RTD civ.* 2010.322, obs. B. FAGES.
[1856] La formule est reprise des motifs même de l'arrêt d'appel. V. CA Paris, 1ère ch., sect.C, 12 mars 2009.

constitue une pure fiction que le contrat ne peut autoriser, et aboutit par ailleurs à lui octroyer une somme supérieure au prix de cession lui-même[1857].

C'est ainsi que la Cour de cassation affirme, en 2010, que « le préjudice ne pouvait, en l'espèce, résulter que de la perte de chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses […], et non de la perte d'une chance d'obtenir les gains attendus […] qu'interdisaient les contre-lettres litigieuses, même si elles n'avaient pas été dissimulées »[1858]. Ainsi, quand bien même la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle, en cas du maintien du contrat vicié, poursuit une démarche plus prospective que lorsque le contrat est annulé, elle ne peut conduire à accorder à la victime le bénéfice d'un contrat qui n'existe pas, tout en lui accordant de bénéficier du contrat réellement conclu. Cela s'avèrerait contraire à toutes les règles qui encadrent le contrat et lui font produire un effet obligatoire, puisqu'il s'agirait alors de donner à la victime plus de droits que le contrat n'aurait jamais pu lui donner. Le préjudice dont il est demandé compensation n'est pas caractérisé par une perte de chance réelle et sérieuse, mais plutôt par une simple perte d'illusion, ce qui explique également, entre autres raisons, que ce préjudice ne puisse être compensé également lorsque le contrat est annulé.

472. Le rejet d'une réparation ou d'une exécution en nature. La prise en charge de ce dommage par la responsabilité délictuelle est par ailleurs en contradiction avec les fonctions assumées par cette dernière. La compensation de la perte de chance d'obtenir les gains conduirait en effet la responsabilité délictuelle à assumer un rôle qui n'est pas le sien, mais celui de la responsabilité contractuelle, à savoir, en cas d'inexécution du contrat, de placer le demandeur dans la situation qu'il avait espérée[1859]. Si l'on laisse à la responsabilité délictuelle le soin de procéder à un redressement du contrat, tel un véritable remède contractuel, elle empiètera alors sur un domaine en principe réservé à la responsabilité contractuelle. C'est pourtant une voie que la jurisprudence a semblé vouloir suivre, du moins dans certains cas précis, en octroyant à la victime des

[1857] Cette situation choquante, qui place le cessionnaire dans une situation où il profitera de la cession, sans avoir à « débourser aucune somme pour l'acquisition de l'entreprise », est d'ailleurs relevée par Yves LEQUETTE. V. Y. LEQUETTE, « Responsabilité civile *versus* vices du consentement », *op. cit*., spéc. p. 377 et 378.
[1858] Civ.1ère, 25 mars 2010, n°09-12.895, *RTD civ.* 2010.322, obs. B. FAGES.
[1859] Sur ces fonctions, v. *infra*, n° 323 et s.

dommages-intérêts qui lui procuraient l'avantage attendu du contrat tel qu'imaginé par elle. Ce faisant, la Cour de cassation a procédé à ce que certains auteurs ont pu qualifier de réparation en nature[1860], mais qui en réalité s'apparentait à l'exécution forcée d'un contrat qui n'existe pas, voire, dans les arrêts relevés par certains auteurs, essentiellement en matière d'assurances[1861], à une véritable exécution en nature, les dommages-intérêts venant octroyer à la victime du dol le montant qu'elle aurait dû percevoir par l'exécution du contrat d'assurance, si celui-ci avait correspondu à ce qu'elle imaginait[1862].

On peut ajouter à cette jurisprudence très circonstanciée quelques arrêts récents qui, accordant soit une « action en réduction du prix »[1863], soit des dommages-intérêts à la victime du dol[1864], en viennent à « reconstituer le contrat tel que la victime se l'était représenté sous l'influence du dol », et en définitive à « camoufler une sanction de l'inexécution du contrat (idéal) dans une action pour dol »[1865]. Cette solution a en outre été plébiscitée, en matière d'obligation d'information, par certains auteurs. Muriel FABRE-MAGNAN considère ainsi qu'il ne peut y avoir qu'une seule sanction véritablement efficace face à la violation d'une telle obligation : il faut donner à la victime le bénéfice de la prestation à laquelle elle avait cru[1866]. Cette solution, qui

---

[1860] C.OUERDANE-AUBERT de VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, 2002, n° 110 et s.
[1861] Sur cette jurisprudence, *Ibid,* n° 110 et s
[1862] Civ.1ère, 10 février 1987, n° 85-15.329 : la Cour approuve la Cour d'appel pour avoir estimé que le préjudice né du manquement au devoir d'information qui incombait à la compagnie d'assurance et portait sur la nature des risques couverts, correspondait à « l'absence de couverture du risque survenu », et ainsi que sa réparation « pouvait être du montant de la couverture de ce risque ».
[1863] Civ.3ème, 6 juin 2012, n° 11-15.973, *RDC* 2012.1180, note T. GENICON.
[1864] Civ.3ème, 16 mars 2011, n° 10-10.503, *D.* 2012.459, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *Dr.et patrimoine* 2012, n° 211, p.67, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 215, p.16, obs. D. HOUTCIEFF ; *Defrénois* 2011.1935, obs. J.-B. SEUBE et H. LÉCUYER.
[1865] T. GENICON, « La "réfaction pour dol" existe-t-telle ? », *RDC* 2012.1180.
[1866] M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, 2014, n° 637 et s., qui développe une théorie de « l'effet obligatoire de l'information », admettant qu'afin de sanctionner au mieux la transmission d'une information erronée par son créancier à son débiteur, il convient d'élargir le contenu du contrat, donnant alors à cette information une véritable force obligatoire. L'auteur en conclut que « la réparation proposée consiste alors, plutôt que de sanctionner la transmission d'une information non conforme à la réalité, à faire en sorte que la réalité soit conforme à l'information transmise et qui était favorable à son destinataire » (V. spéc. n° 643). La responsabilité qui vient sanctionner le défaut d'information serait alors de nature contractuelle (V. spéc. n° 669 et s.) La théorie développée par l'auteur se concentre cependant à la transmission d'information erronée, et non à la seule dissimulation d'une information déterminante, comme c'est le cas ici. En effet le fait pour le créancier de l'information d'annoncer la qualité d'une chose ou d'un service qui en réalité fait défaut peut être plus facilement analysé comme intégrant de fait le champ contractuel. En revanche, conclure comme le fait l'auteur à « l'effet obligatoire du silence », ou de « l'information qui découle du silence », en considérant que le silence étant parfois éloquent, l'information qui en découle pourrait entrer dans le champ contractuel, nous apparaît excessif au regard des principes qui encadrent la force obligatoire du contrat (V. spéc. n° 654).

s'apparente à un remède contractuel, apparaît pourtant tout à fait impossible au regard de la logique contractuelle : en donnant à la partie lésée le bénéfice d'une prestation qui ne pouvait être fournie par le contrat, la compensation de ces préjudices contrevient au principe de la force obligatoire du contrat[1867].

2. Au regard de la logique délictuelle

473. Absence de lien de causalité. Outre l'absence de fondement contractuel à l'octroi de dommages-intérêts correspondant à l'absence de gains qui n'existaient que dans l'esprit du demandeur, la compensation de ce préjudice se heurte à un obstacle tiré de la logique délictuelle. L'action en responsabilité délictuelle, on le sait, ne peut être mise en œuvre qu'à condition que soient réunies ses trois conditions : un dommage, un fait générateur et un lien de causalité qui unit les deux. Pour reprendre l'exemple de l'affaire Parsys 1, la perte des gains tels qu'imaginés par le demandeur, et même la seule perte de chance de les obtenir, n'a pour cause qu'un seul élément de fait : l'existence des contre-lettres « dont l'économie a induit une diminution de durée de location des matériels par tacite reconduction et une moins-value sur le montant de leur revente par rapport au prix du marché »[1868]. La signature de ces contre-lettres n'a rien de fautif, seule leur dissimulation, qui s'apparente à une réticence dolosive, relève d'une faute délictuelle. Et cette dissimulation fautive n'a pu causer le préjudice dont il était demandé compensation puisqu'en l'absence de dol, à savoir dans le cas où l'existence de ces contre-lettres aurait été révélée, lesdits gains auraient tout de même été perdus. Ainsi, contrairement à ce que la Cour d'appel de Paris avait pu soutenir, lorsque pour établir le lien de causalité elle affirmait que « la distinction […] entre le fait dissimulé – les options d'achat – et la faute qui lui est imputée – la dissimulation des options d'achat – est un sophisme, le préjudice résultant de la dissimulation se confondant nécessairement avec le préjudice résultant du fait dissimulé, l'un n'existant

[1867] Comp. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité*, 4ème éd., LGDJ, 2017, n° 62 : Les auteurs, évoquant la réparation en nature en matière contractuelle, soulèvent la question de sa compatibilité avec la force obligatoire du contrat, alors qu'elle permet « au juge d'exiger du débiteur une prestation autre que celle qui avait été stipulée dans la convention ».
[1868] Selon les motifs de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 12 mars 2009, et reproduits dans l'arrêt de la Cour de cassation. V. Civ.1ère, 25 mars 2010, n°09-12.895.

pas sans l'autre », aucun lien de causalité ne peut être établie entre la faute, la dissimulation des contre-lettres, et une quelconque perte de gains. Même l'utilisation de la perte de chance, souvent utilisée comme un palliatif à l'absence de causalité certaine[1869], ne suffit pas ici puisque la causalité entre le dommage final – la perte de gains – et le fait générateur – la dissimulation – n'est pas seulement incertaine, mais exclue par l'établissement d'un lien de causalité certain entre ce dommage et un autre fait générateur, le fait dissimulé.

B. Les difficultés à compenser une altération de la décision

474. Préjudices découlant de l'altération de la décision. Le dommage consistant en une perte des bénéfices escomptés du contrat ne constitue, en cas de réticence dolosive, tout comme en cas de rétention d'une information essentielle, qu'une simple perte d'illusion dont la compensation contrevient tant aux principes qui encadrent le droit des contrats, qu'à ceux qui guident la responsabilité délictuelle. Seule l'altération de la décision par cette dissimulation fautive doit être prise en compte, qui se décline en plusieurs types de préjudices, correspondant d'une part à la lésion de l'intérêt négatif, la perte de chance de conclure avec un tiers, et d'autre part à la lésion d'un intérêt positif, la perte de chance de conclure un contrat à des conditions plus avantageuses. Il faut d'abord préciser que le cumul de ces deux chefs de préjudice est à exclure, en raison de l'impossibilité de placer la partie lésée tout à la fois dans la situation dans laquelle elle aurait été si elle n'avait pas conclu le contrat, et dans la situation dans laquelle elle serait si elle avait conclu et bénéficié du contrat espéré[1870]. Mais l'option est-elle permise, et dans quelle mesure chaque préjudice peut-il être compensé lorsque la partie dont le consentement a été vicié renonce à l'action en nullité ? Afin de répondre à ces questions, il nous faudra cerner d'abord les contours de ces préjudices

[1869] Sur cette affirmation, v. *infra*, n° 472 et s.
[1870] Sur cette impossibilité de cumuler la compensation de la perte de chance de contracter à de meilleures conditions et celle de la perte de chance de ne pas contracter (ici afin de contracter avec un tiers), v. not. O. DESHAYES, « Perte de chance et responsabilité précontractuelle », *LPA* 2013, n° 218, p.34.

qui caractérisent l'altération de la décision (1), avant de pouvoir en envisager la compensation (2).

1. Les contours des préjudices caractérisant l'altération de la décision

475. Particularités des préjudices en cas d'altération de la décision. Lorsque la décision de l'un des contractants de conclure le contrat a été altérée par la transmission de fausses informations, ou par l'omission de certaines informations déterminantes de son consentement, les pertes de chance qui en découlent revêtent certaines particularités. Contrairement à certaines pertes de chance identifiées par la jurisprudence, elles constituent des préjudices autonomes (a), dont l'existence et l'étendue se cristallisent en principe dès la conclusion du contrat (b).

a) Des préjudices autonomes

476. Différents types de perte de chance. La conclusion d'un contrat constitue pour chaque contractant une prise de décision qui, en l'absence d'informations essentielles à cet arbitrage, se trouve affectée. Le manquement à l'obligation d'information ou le dol altèrent ainsi le cours normal des choses, mais il est impossible de déterminer avec certitude ce qu'aurait décidé le contractant lésé s'il avait eu connaissance de ces éléments déterminants pour son consentement. Cette décision est par nature affectée d'un aléa, « l'aléa de décision »[1871], ce qui explique que seule la perte de chance de prendre une autre décision puisse être prise en compte par la responsabilité[1872]. Il faut néanmoins préciser les contours de cette perte de chance qui revêt ici un caractère particulier, en lui faisant une place au sein des différentes théories de la perte de chance. De nombreux auteurs distinguent entre deux types de perte de chance : celle qui constitue un préjudice autonome, et celle qui, dévoiement de la première, ne serait

[1871] V. M. NUSSENBAUM, « La perte de chance ou la question des aléas », *CCC* décembre 2019, n° 12, étude 10.
[1872] En matière de responsabilité médicale pour manquement, par le médecin, à son obligation d'information, la jurisprudence a cependant longtemps indemnisé le dommage final dans son intégralité, avant d'opérer un revirement en faveur de la perte de chance. Sur cette évolution de la jurisprudence, v. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit*., n° 280, spéc. p.236.

qu'un simple palliatif à l'absence de causalité[1873]. Entre ces deux types de perte de chance c'est l'aléa qui change d'objet, affectant pour la première le dommage final – c'est le cas de l'examen que l'étudiant est empêché de passer, mais dont l'issue était aléatoire – mais n'affectant, en ce qui concerne la seconde, que le seul lien de causalité entre un préjudice final certain et le fait générateur[1874]. C'est notamment le cas en matière médicale lorsque, suite à un acte médical, il survient un dommage corporel certain et actuel, sans que l'on puisse définir avec certitude ce qui l'a causé, ni l'incidence de la faute du médecin ; le juge accepte alors seulement de compenser la perte de chance de survie ou de guérison, qui pallie l'absence de causalité certaine entre la faute et le préjudice final.

477. Autonomie des pertes de chance liées à l'altération de la décision. Lorsqu'une information essentielle et déterminante pour le consentement n'est pas fournie à son créancier, le dommage final – la conclusion d'un contrat qui ne satisfait pas les espérances – est lui-même aléatoire, puisqu'on ne peut savoir ce que ce créancier aurait décidé s'il avait eu en main tous les éléments nécessaires à sa décision. Ainsi, aucun préjudice patrimonial actuel et certain ne peut être constaté, et la perte de chance de conclure le contrat à d'autres conditions, ou de ne pas le conclure, constitue alors un

[1873] *Ibid*, n° 370 et s. Certains auteurs réfutent cependant cette distinction, et considèrent que la compensation de la perte de chance sert toujours, quelle que soit la situation, à remédier à une absence de causalité certaine. V. not. M. BACACHE, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit*.,, n° 382 et s., spéc. n° 386. L'auteur analyse toutes formes de perte de chance, y compris les conséquences du manquement à l'obligation d'information comme des palliatifs à une causalité incertaine : « […] l'information est destinée à éclairer et à aider le créancier à faire un choix déterminé, de sorte qu'entre la faute et le dommage final s'intercale nécessairement une cause intermédiaire, la décision du créancier victime, fragilisant le lien de causalité ». *Adde* J. BORÉ, « L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », *JCP* 1974.I.2620 ; O. DESHAYES, « Perte de chance », *RDC* 2009, p.1032 et. s.. Selon Jacques BORÉ, la perte de chance ne constitue pas un préjudice autonome en ce qu'elle ne fait qu'un avec le préjudice final. Apprécier la perte de chance reviendrait alors toujours à apprécier le préjudice final, mais à un stade situé en amont sur le plan causal.

[1874] La perte de chance permettrait alors « d'indemniser partiellement une victime pour le préjudice qu'elle subit lorsque le fait générateur semble avoir joué un rôle dans sa survenance sans que l'on ait la certitude qu'il en a été une cause ». V. P. JOURDAIN, « Les nouveaux usages de la perte de chance », *RTD civ.* 2010, p.330 et s.

dommage autonome, un dommage correspondant plus généralement à une altération du cours normal des choses[1875].

b) Des préjudices cristallisés dès la conclusion du contrat

478. Particularités de la perte de chance découlant d'une altération de la décision. Mais cette altération du cours des choses revêt une particularité. Comparons, pour s'en rendre compte, avec l'exemple classique de l'étudiant empêché, par la faute d'autrui, d'aller passer un examen. Les deux situations se ressemblent en ce que la perte de chance – de réussir l'examen ou de prendre une autre décision – constitue dans les deux cas un dommage autonome et non un simple palliatif à l'absence de causalité certaine entre le préjudice certain et actuel, et le fait générateur. Mais dans le cas de l'examen qui n'a pu être passé, la perte de chance s'apprécie en deux temps. La chance d'abord, définie comme l'évènement favorable, ici la réussite à l'examen, est un évènement futur et par nature aléatoire, puisque l'issue de l'évènement empêché, le passage de l'examen, aurait pu être tant une réussite qu'un échec. Puis la perte de cette chance, qui elle intervient en amont, dès lors que le demandeur a été empêché de passer l'examen. Car si l'issue de l'évènement qui n'a pu être tenté est aléatoire, il est certain en revanche qu'une chance existait et qu'elle aurait été tentée si le demandeur n'en avait pas été empêché.

Dans le cas de la réticence dolosive, ou même seulement de la non-transmission d'une information par son créancier, c'est un unique moment, celui de la conclusion du contrat, qui concentre tous les aléas quant à l'altération de la décision. La chance consiste alors dans la possibilité, si l'information avait été donnée, de prendre une autre décision – conclure le contrat à d'autres conditions plus avantageuses ou ne pas le conclure du tout. L'aléa affecte ici non pas tant l'issue d'un évènement ultérieur que la

[1875] J.-S. BORGHETTI, « La perte de chance, rapport introductif », *LPA* 2013, n° 218, p.3 et s. L'auteur oppose la perte de chance affectant directement le dommage, constitué par « l'atteinte au cours normal des choses », à la perte de chance affectant le préjudice, patrimonial ou extra-patrimonial, qui découlerait du dommage initial. Cette seconde perte de chance se caractériserait alors non pas par l'incertitude pesant sur le lien de causalité entre fait générateur et dommage, ou préjudice, mais par une incertitude pesant sur la causalité entre le dommage et ledit préjudice. C'est le cas, notamment, lorsque le créancier lésé demande la compensation d'une perte de revenus découlant d'un dommage corporel, alors qu'il n'est pas certain qu'en l'absence de ce dommage, lesdits revenus auraient été obtenus.

faute a empêché de tenter, que la décision elle-même : qu'aurait décidé le demandeur s'il avait eu connaissance de la réalité de la situation ?

479. Une perte de chance acquise dès la conclusion du contrat. Contrairement à l'exemple précédent, la chance ne se situe donc pas en aval de sa perte ; les deux opèrent au même moment, celui de la conclusion du contrat. C'est au moment où le contrat est conclu que la chance de décider autrement existait, et c'est également à ce moment, en l'absence des informations nécessaires à une décision éclairée, qu'elle est définitivement perdue. Les dommages découlant de l'altération de la décision se distinguent ainsi de la perte des gains espérés, qui constitue alors plutôt un préjudice découlant de la conclusion d'un contrat ne correspondant pas aux espérances[1876]. Cette particularité liée à l'aléa de décision implique qu'en principe la révélation, *a posteriori*, d'une absence ou d'une disparition du préjudice final – patrimonial, telle la perte de valeur des actions acquises, ou extrapatrimonial, tel le préjudice physique – ne devrait pas pouvoir influer sur l'existence de ces pertes de chance[1877]. C'est différent lorsque la perte de chance ne vient que pallier l'absence de causalité entre le préjudice et le fait générateur – comme c'est le cas pour la perte de chance de survie ou de guérison en matière médicale – puisqu'alors la disparition du préjudice final entraînerait nécessairement l'impossibilité de compenser la perte de chance, simple préjudice de remplacement.

480. Une particularité mal saisie par la jurisprudence. Les juges de cassation eux-mêmes peinent à correctement identifier les préjudices caractérisant cette altération de la décision, comme le montre un arrêt rendu en 2013 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation[1878]. La situation était la suivante : à la suite d'une cession par une société (cédante) à une autre (cessionnaire) de parts détenues dans une société tiers (cédée)[1879], la société cessionnaire découvre que lui ont été dissimulées, lors de la conclusion du contrat, des négociations parallèles de la société cédante avec une société

[1876] V. *supra*, n° 469 et s.
[1877] C'est différent lorsque la perte de chance ne vient que pallier l'absence de causalité entre le préjudice et le fait générateur – comme c'est le cas pour la perte de chance de survie ou de guérison en matière médicale – puisqu'alors la disparition du préjudice final entraînerait nécessairement l'impossibilité de compenser la perte de chance, simple préjudice de remplacement.
[1878] Com., 24 septembre 2013, n° 12-19.640 ; *Rev. sociétés* 2014.162, note B. FAGES ; *JCP E* 2014.1199, obs. M. CAFFIN-MOI ; *RDC* 2014.20, note O. DESHAYES.
[1879] Cession qui avait d'ailleurs aboutit à donner à la société cessionnaire, qui possédait déjà des parts de cette société, le contrôle de la société dont les parts ont été cédées.

tiers concurrente de la société dont les parts ont été cédées, en vue de conclure un nouveau partenariat. Or ce partenariat avec une société concurrente de la société cédée vient mettre en danger le développement de cette dernière, et par ricochet potentiellement affecter la valeur, pour le cessionnaire, des parts sociales achetées. Ce pourquoi la Cour de cassation, confirmant alors la décision de la cour d'appel, relève dans un premier attendu que le dol par réticence est ici caractérisé puisque l'information dissimulée, les négociations avec un tiers, était de nature à déterminer tant la décision d'achat, que la fixation du prix. Elle conclut même qu'il était « évident, connaissant les négociations en cours, que le cessionnaire n'aurait pas contracté ». Le caractère déterminant du dol sur la décision de conclure le contrat est affirmé.

Pourtant, dans un second temps – et un troisième attendu – les juges de cassation approuvent la cour d'appel d'avoir rejeté la demande en dommages-intérêts du cessionnaire lésé au motif « qu'il n'était pas démontré que le prix était excessif au moment où les parties en sont convenues ». Elle s'appuie, pour cela, sur un élément de fait intervenu *a posteriori*, à savoir l'échec du partenariat litigieux avec la société concurrente, et donc l'absence, selon la Cour, d'influence objective sur le prix payé. Ce faisant, la Cour se trompe en réalité de préjudice, et déplace le moment de l'appréciation de son existence. Elle s'attarde en effet sur le préjudice consistant à avoir payé un prix objectivement excessif, guidée en cela d'ailleurs par la confusion entretenue par les demandeurs entre « réfaction du prix » et dommages-intérêts[1880]. Or en insistant sur ce préjudice, la Cour fait de la conclusion du partenariat avec la société concurrente le fait causal, alors même que la faute ne se situe pas dans cet évènement, mais dans la dissimulation dolosive de cette information. Elle constate alors, de manière paradoxale, qu'au jour de la cession, le prix n'était pas excessif[1881], alors que ce constat de l'absence d'un tel préjudice ne peut se faire qu'*a posteriori*, au vu de l'échec du partenariat en question, et donc à l'absence d'influence sur le prix fixé.

En réalité, elle indique implicitement que c'est au jour où la décision est rendue, moment de l'évaluation du préjudice, qu'il faut se placer pour en apprécier

[1880] V. *supra*, n° 461.
[1881] Com., 24 septembre 2013, n° 12-19.640 : « […] le dommage allégué […] était inexistant dès lors qu'il n'était pas démontré que le prix était excessif au moment où les parties en sont convenues […] »

l'existence[1882]. Ce qui peut s'entendre si l'on fait référence à l'excès, apprécié objectivement, du prix, qui est causé par la négociation elle-même. Or c'est bien la dissimulation dolosive de cette négociation, et non la négociation elle-même, qui constitue la faute, et donc le fait générateur de responsabilité. Et le préjudice qui en découle est autre. Il ne s'agit tout d'abord pas d'un prix excessif entendu objectivement, mais du prix qu'aurait accepté de payer le demandeur s'il avait eu connaissance de ces informations, c'est-à-dire un prix subjectif[1883]. Par ailleurs, puisqu'il est impossible de déterminer ce qu'aurait été ce prix, et la décision qu'aurait prise le demandeur, on ne compensera en principe que la perte d'une chance d'avoir pu, à la conclusion du contrat, négocier un autre prix. C'est là la particularité du préjudice de décision, distinct d'un éventuel préjudice final et certain : il est, nous l'avons vu, acquis dès la conclusion du contrat, tant dans son existence que son étendue[1884]. La perte de chance d'avoir pu conclure le contrat à des conditions plus avantageuses ne peut être remise en cause par la révélation, *a posteriori*, de nouveaux éléments de fait concernant la réalité dissimulée[1885]. Par ailleurs, l'absence de toute forme de sanction à la réticence dolosive, puisque le contractant lésé n'a pas demandé la nullité du contrat, semble difficilement acceptable. La cour d'appel avait d'ailleurs trouvé une issue en compensant le préjudice moral découlant de la déloyauté.

481. Le cas particulier des investissements dans les sociétés cotées. Lorsque l'on aborde le problème du préjudice découlant du dol ou de la mauvaise information – absence d'information ou transmission d'une information erronée – la question du préjudice subi par les investisseurs de sociétés cotées est devenu un cas d'école en jurisprudence. Le préjudice lié à l'altération de la décision – celle d'acquérir ou de

[1882] Sur ce point, v. O. DESHAYES, « Le préjudice réparable en cas de dol dans la formation du contrat (suite) », *RDC* 2014, p.30 et s.. *Adde* B. FAGES, « Le dol du cédant de titres sociaux n'implique pas nécessairement l'allocation de dommages-intérêts pour survalorisation du prix », *Rev. Sociétés* 2014.162.: l'auteur approuve au contraire la solution en considérant que ce sont là deux logiques qui s'opposent : d'une part celle du dol, qui est apprécié à la conclusion du contrat, et d'autre part celle de la responsabilité qui requière que l'existence et l'étendue du préjudice soient appréciés *in concreto* au jour du jugement. Ce faisant, il ignore les particularités de la perte de chance qui découle de l'altération de la décision, préjudice constitué définitivement tant dans son existence que son étendue à la conclusion du contrat.
[1883] V. les commentaires de M. CAFFIN-MOI, *JCP E* 2014.1189 et O.DESHAYES, Le préjudice réparable en cas de dol dans la formation du contrat (suite) », *op. cit*.
[1884] V. *supra*, n° 477 et s.
[1885] V. O. DESHAYES, « Le préjudice réparable en cas de dol dans la formation du contrat (suite) », *op. cit.*

céder des titres[1886] – revêt alors une consistance particulière. L'intérêt suscité par le préjudice financier subi par l'investisseur de sociétés cotées en cas de mauvaise information a d'ailleurs donné lieu à divers travaux académiques[1887] et rapports d'expert[1888] ces dernières années. Car en amont du préjudice lié à l'altération de la décision, à savoir la perte de chance faire un meilleur investissement, s'immisce un autre préjudice plus direct, dont l'existence ne dépend cette fois pas du défaut d'information, mais découle directement de l'impact de la mauvaise information sur le cours de la bourse[1889], que certains auteurs nomment le préjudice « d'altération du marché »[1890], ou encore « préjudice de conditions »[1891]. La diffusion d'une fausse information ne se contente pas cette fois de masquer la réalité aux yeux du cocontractant, elle modèle et tort cette réalité en influant sur le cours la bourse, et donc la valeur des actions. Il en résulte donc, cette fois, un préjudice direct et certain : une perte patrimoniale due au surcoût payé ou à une revente à un prix dévalué du fait de la diffusion de fausses informations[1892], préjudice que l'on peut apprécier cette fois

---

[1886] L'investisseur peut également être lésé du fait qu'il ait conservé lesdits titres, alors que s'il avait eu connaissance de l'information, il aurait pu vouloir s'en débarrasser. Certains auteurs considèrent que le préjudice ne revêt en ce cas pas de particularité, le préjudice étant alors un classique préjudice de décision, en l'occurrence la perte d'une chance de vendre ces titres. Il ne pourra en revanche pas arguer, contrairement à l'investisseur qui achète des titres à un prix ne correspondant pas à leur valeur réelle en raison de l'influence de la mauvaise information sur leurs cours, d'un préjudice patrimonial certain. V. D. MARTIN, « La réparation du préjudice des investisseurs en cas de fausse information », *JCP E* 2010, 1777, spéc. n° 8. La Cour de cassation a d'ailleurs longtemps refusé l'indemnisation du préjudice de conservation des titres, considérant que « seul le préjudice né de la différence de cours est certain et découle directement de l'infraction ». V. Crim, 15 mars 1993, n° 92-82.263, *Société générale de Fonderie*, *Rev.sociétés* 1993.847, note B. BOULOC ; *RTD com* 1994.148, note P. BOUZAT ; *D.* 1993.610, note C. DUCOULOUX-FAVARD ; *Dr.sociétés*, nov.1993, p.15, note H. HOVASSE ; *Bull.Joly Bourse* 1993, n° 4, p.365, jurisp. 76, note M. EANTIN ; *Gaz. Pal.* 20 juillet 1993, p.351, note J.-P. MARCHI ; *Banque & Droit*, nov-déc. 1993, n° 32, p.22, note F. PELTIER ; *RDBF* juillet-août 1993, n° 38, p.178, obs. J. PANNIER, *D.* 1995.203, note Y. REINHARD.

[1887] V. not. *L'évaluation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées,* Rapport du club des juristes, novembre 2014 ; J. CHACORNAC, *Essai sur les fonctions de l'information en droit des instruments financiers*, Dalloz, 2014 ; N. SPITZ, *La réparation des préjudices boursiers*, Revue Banque, 2010 ; J. PROROK, *La responsabilité civile sur les marchés financiers*, LGDJ, 2019

[1888] V. le rapport rendu par l'AMF en janvier 2011 : J. DELMAS-MARSALET et M. RACT-MADOUX (dir.), *Rapport relatif à l'indemnisation des préjudices subis par les épargnants et les investisseurs.*

[1889] V. not. D.MARTIN, « La réparation du préjudice des investisseurs en cas de fausse information », *JCP E* 2010, 1777, spéc. n° 7.

[1890] J. PROROK, *La responsabilité civile sur les marchés financiers*, LGDJ, 2019, n° 105 et s.

[1891] N. SPITZ, *La réparation des préjudices boursiers*, *Revue banque*, 2010. L'auteur identifie d'abord le « dommage au marché boursier », à savoir l'atteinte objective à l'intégrité du marché qui découle de la transmission d'une information erronée, pour ensuite définir les concours des préjudices qui en découlent : d'une part le « préjudice de conditions », à savoir le préjudice directement subi par l'investisseur qui a acquis des titres sur un marché boursier dont le bon fonctionnement a été altéré par l'information (en pratique le surcoût de prix payé au regard de la valeur que les titres auraient eu en l'absence de cette faute), et d'autre part le « préjudice de décision ».

[1892] V. *L'évaluation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées,* Rapport du club des juristes, novembre 2014, n° 45, p. 54 et 55 : la Commission en charge du rapport insiste sur la reconnaissance de la perte de valeur, préjudice direct et certain, comme préjudice réparable lorsque du fait de l'information erronée, les investisseurs ont acquis à un prix trop élevé, ou cédé les titres à un prix dévalué.

objectivement en reconstituant, avec l'aide d'experts, ce qu'aurait dû être le cours des actions si la fausse information n'avait pas été délivrée. Si les études d'évènements, utilisées en droit américain pour reconstituer la valeur des informations en l'absence d'information trompeuse, révèlent que l'impact est nul ou négligeable, alors aucun préjudice, pas même une perte de chance, ne pourra être compensé. En revanche, si elles montrent que l'information litigieuse a bien eu un impact, ce préjudice de perte de valeur sera constitué dès l'acquisition ou la cession à un prix non juste.

482. Le traitement du préjudice des investisseurs de sociétés cotées par la jurisprudence. C'est d'ailleurs ainsi que procède la jurisprudence allemande, qui reconnaît et compense le préjudice économique direct subi par les investisseurs qui ont acquis des titres surévalués[1893], ce qu'une partie de la doctrine allemande nomme « l'intérêt alternatif »[1894], puisque sa prise en charge a pour conséquence de placer le demandeur dans la situation dans laquelle il aurait été s'il avait conclu un autre

[1893] BGH, 9 mai 2005, réf. II. ZR 287/02. Il faut cependant noter que les juges favorisent dans cette décision la compensation du préjudice correspondant à l'altération de la décision, et non à l'altération du cours, s'inscrivant ainsi dans une tendance plus générale de la Cour fédérale. Mais, ne reconnaissant pas le préjudice de perte de chance, le juge allemand ne prend en compte que les cas où il est prouvé que sans l'information, l'investisseur n'aurait pas conclu le contrat ("altération concrète et déterminante de la décision"). Ils procèdent alors à une réparation en nature, préconisée par le §249 du BGB, et replacent ainsi l'investisseur dans la situation dans laquelle il aurait été en l'absence de faute. Notamment, s'il est prouvé que sans cette faute, il n'aurait pas investi, il est replacé dans la situation correspondant à l'absence d'investissement, à savoir l'intérêt négatif, rapprochant cette situation d'une annulation du contrat. Si la compensation d'une altération du cours recueille moins les faveurs du juge fédéral allemand, c'est surtout la méthode d'évaluation d'un tel dommage qui fait débat en doctrine, certains auteurs ayant même proposé l'intervention du législateur pour imposer une réparation forfaitaire. De manière générale, pour reconstituer le cours de bourse, deux méthodes s'offrent aux juges allemands : se fonder sur le cours de bourse postérieur au rétablissement d'une information correcte, pour soit en déduire l'impact de la faute sur le cours de bourse au jour de l'investissement, ou soit, par extrapolation, fixer le prix théorique des actions au jour où elles ont été cédées, qui correspondrait à la démarche adoptée par les juges américains. Pour une analyse détaillée de l'approche allemande, v. J. PROROK, *La responsabilité civile sur les marchés financiers*, LGDJ, 2019, spéc. n° 271 et s.

[1894] Intérêt qui ne correspond pas, comme son nom pourrait le laisser entendre, à la compensation d'une perte d'opportunité d'investir ailleurs, préjudice qui pourrait être lui aussi compensé, sous la forme d'une perte de chance cette fois. V. *L'évaluation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées,* Rapport du club des juristes, novembre 2014, n° 46 et s. p. 56 et s.

contrat[1895]. C'est la voie qu'a suivi la jurisprudence française dès les années 1990, et ce pendant plusieurs années[1896], jusqu'à ce que la compensation du préjudice d'altération de la décision devienne progressivement prédominant[1897]. Un tournant qui s'opèrera en deux temps : les juges vont tout d'abord, tout en se concentrant sur l'impact de l'information erronée sur la décision d'acquisition, insister sur la compensation non de la perte de chance, mais bien du préjudice économique final, lorsqu'il aura été prouvé le caractère déterminant de cette information pour l'investisseur, et la causalité certaine entre cette faute d'information et ledit préjudice[1898], pour finalement venir définitivement consacrer, en 2010, la perte de

[1895] M.-Ph. WELLER, « Civil liability for incorrect capital market information. An antagonism between freedom and liability », *RTDF* 2013, n° 1, p. 44 et s., spéc. p. 48. L'auteur rappelle par ailleurs avec intérêt que la responsabilité pour défaut d'information dans ce type de situations impliquant des sociétés cotées ne rentre pas dans le cas d'une *culpa in contrahendo* prévue par le § 311, Abs. 2 et Abs. 3. Pour compenser le dommage découlant du manquement, par l'émetteur, de son obligation d'information, la jurisprudence peut s'appuyer sur l'une des « petites clauses » de responsabilité délictuelle, le § 826, qui exige alors que soient prouvées l'immoralité et l'intention de nuire de l'émetteur. Il s'agit là d'une responsabilité pour faute aux conditions strictes, nécessaire, selon la doctrine allemande, à préserver la liberté d'entreprendre. V. *ibid*, p. 47. On notera qu'à l'inverse, les juges français ont, dans l'arrêt *Gaudriot* rendu en 2010, définitivement posé le principe qu'une faute simple, conformément à l'article 1240 du Code civil, suffisait pour engager la responsabilité du dirigeant à l'égard des associés pour manquement à son obligation d'information. Les juges rejettent alors, lorsque ce sont les actionnaires qui sont lésés, et non des tiers, la théorie d'une faute du dirigeant qualifiée et détachable de ses fonctions. V. Com., 9 mars 2010, n° 08-21.547 et 08-21.593, *Gaudriot.* Mais les juges disposent également d'un arsenal législatif adapté, lorsque c'est la responsabilité de l'émetteur qui est recherchée, les § 97 et 98 (anciens § 37b et 37 c) du WpHG (*Wertpapierhandelsgesetz*) prévoient, depuis 2002, des règles spéciales quant à la responsabilité de l'émetteur de titres de sociétés cotées pour manquement à son obligation d'information. Sur ce dispositif spécial, v. J. PROROK, *La responsabilité civile sur les marchés financiers*, LGDJ, 2019, n° 269 et s.

[1896] Quelques grandes décisions ont notamment installé, en droit français, l'idée d'une compensation de l'altération du cours. V. not. Crim, 15 mars 1993, n° 92-82.263, *Société générale de Fonderie*, *Rev.sociétés* 1993.847, note B. BOULOC ; *RTD com* 1994.148, note P. BOUZAT ; *D.* 1993.610, note C. DUCOULOUX-FAVARD ; *Dr. sociétés*, nov.1993, p.15, note H. HOVASSE ; *Bull.Joly Bourse* 1993, n° 4, p.365, jurisp. 76, note M. JEANTIN ; *Gaz. Pal.* 20 juillet 1993, p.351, note J.-P. MARCHI ; *Banque & Droit*, nov-déc. 1993, n° 32, p.22, note F. PELTIER ; *RDBF* juillet-août 1993, n° 38, p.178, obs. J. PANNIER, *D.* 1995.203, note Y. REINHARD.

[1897] Sur cette évolution, v. J. PROROK, *La responsabilité civile sur les marchés financiers*, *op. cit*., n° 177.

[1898] Com., 22 novembre 2005, n°03-20.600, *Société Eurodirect Marketing, RTD com* 2006.445, note M. STORCK ; *Banque & Droit,* janvier-février 2006, n° 105, p.35, note H. VAUPLANE et J.-J. DAIGRE ; *JCP E* 2006.1079. La Cour confirme la compensation du préjudice final, à savoir la différence entre le prix d'achat et le prix de vente, et donc de la totalité des pertes de l'investisseur, puisque, selon les juges, il « existait un lien de causalité entre les manquements commis par la société et le préjudice subi par M.X en revendant à perte les actions qu'il n'aurait pas achetées s'il n'avait pas été victime d'informations trompeuses ». C'est ce que Johan PROROK désigne comme des « altérations concrètes déterminantes ». V. J. PROROK, *La responsabilité civile sur les marchés financiers*, *op. cit.,* n° 206.

chance de faire un meilleur investissement comme l'unique préjudice réparable[1899]. La Cour de cassation opère dès lors, à l'aide de la perte de chance, une harmonisation de la jurisprudence relative au préjudice découlant du dol ou du manquement à l'obligation d'information.

Cette harmonisation devient cependant unification excessive[1900] dès lors qu'elle ignore l'existence, lorsque sont en jeu des titres de sociétés cotées, d'un préjudice certain en lien direct avec la faute d'information, et de la dissociation temporelle, voire géographique qui peut exister entre l'altération de la décision et ce préjudice économique final[1901]. Si l'utilisation systématique de la perte de chance semble opérer

[1899] Com., 9 mars 2010, n° 08-21.547 et 08-21.593, *Gaudriot* ; *Dr. sociétés*, 2010, n° 6, comm.109, M.-L. COQUELET ; *RTDF* 2010, n° 2, p. 60, note N. SPITZ et p.129, chron. N. RONTCHEVSKY ; *D.* 2010.761, note A. LIENHARD et 2797, note J.-C. HALLOUIN ; *RTD civ.* 2010.575, note P. JOURDAIN ; *RTD com.* 2010.374, note P. LE CANNU et B. DONDERO ; *Rev.sociétés* 2010.230, note H. LE NABASQUE ; *JCP E* 2010.1483, comm. S. SCHILLER et 1777, note D. MARTIN. L'attendu ne laisse plus aucune place au doute quant au préjudice réparable : « Attendu que celui qui acquiert ou conserve des titres émis par voie d'offre au public au vu d'informations inexactes, imprécises ou trompeuses sur la situation d'une société émettrice perd seulement une chance d'investir ses capitaux dans un autre placement ou de renoncer à celui déjà réalisé ». Il s'agit, pour Johan PROROK, d'un glissement vers la compensation d'une « altération abstraite de la décision », les juges ne compensant plus les conséquences liées à l'investissement litigieux, mais plus généralement la perte de chance de prendre une autre décision, et de faire un meilleur investissement. V. J. PROROK, *La responsabilité civile sur les marchés financiers, op. cit*., n° 220 et s. et n° 246 et s. spécialement sur l'affaire *Gaudriot.*

[1900] La critique du traitement uniforme par la perte de chance, et de l'indemnisation forfaitaire qui en découle, est d'ailleurs au cœur du rapport publié par le Club des juristes en novembre 2014. V. *L'évaluation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées,* Rapport du club des juristes, novembre 2014, spéc. n° 8, p.1 et n° 28 et s., p. 40 et s. Cette harmonisation est cependant accueillie par certains comme une simplification bienvenue, permettant aux juges, avec la perte de chance, de procéder à une forme d'harmonisation forfaitaire, sans avoir à se préoccuper de la situation individuelle et particulière de chaque investisseur. V. not. S. SCHILLER, « Nature des fautes susceptibles d'engager la responsabilité des dirigeants à l'égard des actionnaires et méthode d'évaluation du préjudice subi », *JCP E* 2001.1483 ; N. RONTCHEVSKY, « La réparation limitée du préjudice des investisseurs victimes d'une fausse information en droit français », *Journal des sociétés,* 2011, n° 89, p. 19 et s.

[1901] Cette dissociation tant temporelle que potentiellement géographique entre les divers préjudices produit des conséquences non négligeables en matière de droit international privé, puisque la localisation du préjudice vient y jouer un rôle déterminant, tant pour la détermination du juge compétent que de la loi applicable. Cette dissociation s'ajoute à celle déjà présente entre fait générateur et dommage, réunis de manière confuse au sein de l'article 7.2 du Règlement Bruxelles I bis (Règlement UE n° 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale) sous le vocable « fait dommageable », et ainsi tous deux critères de détermination de la compétence internationale du juge. En ce qui concerne la détermination de la loi applicable, c'est bien selon l'article 4.1 du règlement Rome II (Règlement CE 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles) la seule loi « du pays où le dommage survient » qui sera en principe désignée, sauf exception, la localisation du dommage jouant alors un rôle prépondérant. La règle apparaît alors comme une simplification au regard des règles entourant la compétence internationale, puisque, prenant comme seul critère le dommage, elle évitait en principe la multiplication des lieux possibles de localisation du litige. Mais face à des situations où plusieurs dommages peuvent apparaître en différents endroits d'une part, tels ici le dommage d'altération du marché et le dommage d'altération de la décision, et d'autre part les préjudices qui en découlent peuvent apparaître géographiquement dissociés du dommage, tel ici la perte personnellement subie par l'investisseur du fait du dommage causé à l'intégrité du marché, il devient délicat de désigner la loi applicable. Sur ces difficultés liées aux délits complexes, v. not. D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, tome II, *Partie spéciale*, 3ème éd., 2007, PUF, n° 965 et s. et n° 996 et s.

une simplification bienvenue de l'indemnisation des préjudices subis par les investisseurs de sociétés cotées, et évite d'avoir à procéder à des reconstitutions, jugées presque impossible en raison des aléas boursiers, du cours de bourse, son utilisation là où existe un préjudice certain et direct va à l'encontre des fonctions de la responsabilité délictuelle. D'abord parce que dans sa fonction de réparation, et donc de rétablissement d'un *statu quo ante* tel qu'il aurait dû être en l'absence de faute, la responsabilité délictuelle a pour habitude de reconstituer, de manière parfois un peu divinatoire, le « cours normal des choses »[1902]. Ensuite parce que ne réparer qu'une simple perte de chance là où existe un préjudice certain et actuel en lien direct avec la faute, c'est porter directement atteinte à cette fonction de réparation et le principe qui l'accompagne, la réparation intégrale des préjudices[1903].

483. Conclusion. L'étude de la jurisprudence révèle les difficultés du juge français à saisir les contours et la diversité des préjudices pouvant découler d'un dol ou d'une faute d'information en matière précontractuelle, lorsque le contractant lésé fait le choix de maintenir le contrat. C'est pourtant primordial lorsqu'il s'agit de décider si tous doivent être réparés, ou si le principe de réparation intégrale qui accompagne la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle dans ces marges du contrat doit trouver ici encore quelques limites, afin de ne pas perturber l'exécution du contrat maintenu.

2. La compensation des préjudices caractérisant l'altération de la décision

484. Une fois les contours des deux principaux préjudices découlant de l'altération de la décision cernés, il faut envisager les éventuels obstacles à leur compensation. Si l'évaluation de la perte de chance de conclure à des conditions plus avantageuses soulève quelques questions (a), c'est en revanche la possibilité même de compenser la perte de chance de conclure avec un tiers qui est rejetée (b).

[1902] O. DESHAYES, « Perte de chance », *RDC* 2009, p.1032 et. s. : « […] la responsabilité suppose une recherche au conditionnel passé qui est au moins partiellement divinatoire ».
[1903] V. *L'évaluation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées,* Rapport du club des juristes, novembre 2014, spéc. n° 27 et s., p. 40 et s.

a) Les questions soulevées par l'évaluation de la perte de chance de conclure à des conditions plus avantageuses

485. Compensation du préjudice et rééquilibrage du contrat. Le premier préjudice découlant de l'altération de la décision dont la Cour de cassation admet la compensation est la perte de chance d'avoir pu « contracter à des conditions plus avantageuses »[1904], c'est-à-dire la perte d'une chance de pouvoir négocier, en présence des informations pertinentes, le contrat à de meilleures conditions que celles auxquelles il a été effectivement conclu. De nombreux auteurs parlent alors d'une forme de rééquilibrage indirecte du contrat, effectuée à l'aide des dommages-intérêts délictuels[1905], aidés en ce sens par une partie de la jurisprudence qui entretient la confusion, dans ce cas de figure, entre action en dommages-intérêts et réfaction du prix[1906]. Cette confusion *a priori* terminologique, emporte avec elle le risque d'une mise à l'écart de l'évaluation *in concreto* du préjudice subi, ici la perte de chance, pour favoriser une forme de compensation standardisée, qui prendra presque systématiquement la forme d'une réduction de prix, et aboutira à une forme de rééquilibrage du contrat, offrant au juge un pouvoir de révision judiciaire du contrat dont il n'est pas censé disposer[1907], chaque fois que le contractant lésé aura payé un prix trop élevé. Or il s'agit bien ici d'évaluer la seule perte de chance d'avoir pu négocier d'autres conditions, et non une perte patrimoniale, qui serait systématiquement le surcoût payé, perte qui n'est pas directement causée par la désinformation. Ainsi, comme pour la perte de chance de gains[1908], ce rééquilibrage objectif du contrat risque en pratique de placer le demandeur dans la situation contractuelle qu'il avait espérée et imaginée en raison du dol, situation qui ne pouvait exister que dans l'esprit de la partie trompée, et non en réalité.

[1904] V. not. Com., 10 juillet 2012, n° 11-21.954, *D* 2012.2772, note M. CAFFIN-MOI ; *Rev.sociétés* 2012.686, note B. FAGES ; *RTD civ.* 2012.725, obs. B. FAGES ; *RTD civ.* 2012.732, obs. P. JOURDAIN ; *RDC* 2013.91, obs. O. DESHAYES; *RLDC* 2012/97, p.12, obs. C. LE GALLOU; *LPA* 11 oct 2012, p.17, obs. D. HOUTCIEFF; *JCP* 2012.I.1151, n° 9, obs. J.GHESTIN; *BJS* novembre 2012.767, note Ph. STOFFEL-MUNCK; *D.* 2013.2651, J. TRAULLÉ.

[1905] V. not. G. DURRY, *RTD civ.* 1975.538; J. MESTRE, *RTD civ.* 1995.354 ; D. MAZEAUD, « Dol incident », *RDC* 2008.1118 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER ; Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit*., spéc. p.347 et 348 ; Y. LEQUETTE, « Responsabilité civile *versus* vices du consentement », in *Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, 2012, Dalloz, p.363 et s., spéc. p. 376 : l'auteur évoque même ici une « doctrine unanime ».

[1906] V. *supra*, n° 461.

[1907] T. GÉNICON, « La "réfaction pour dol" existe-t-elle ? », *RDC* 2012, p.1180 et. s..

[1908] V. *supra*, n° 469 et s.

486. Fonctions de la responsabilité délictuelle. Lorsque la responsabilité délictuelle constitue l'unique sanction du dol, elle doit veiller à ne pas se substituer à un remède à l'inexécution du contrat, et empiéter sur la fonction servie par la responsabilité contractuelle[1909]. La responsabilité délictuelle emprunte ici de manière exceptionnelle certains attributs de la responsabilité contractuelle, puisqu'elle contribue au maintien du contrat, en rétablissant, par l'octroi d'une indemnité au contractant lésé, les conditions de sa bonne exécution. Mais l'équilibre est délicat entre permettre au contrat de continuer sa vie en effaçant les traces du vice par lequel il est né, et s'immiscer de manière intrusive au cœur de son exécution, et des prévisions contractuelles. L'intervention de la responsabilité délictuelle, nécessaire à la survie de cet accord, ne doit pas aboutir à donner force obligatoire à un contrat qui n'existe pas ; elle doit ainsi éviter de reconstituer *a posteriori* et de manière fictionnelle ce qu'aurait dû être le contrat, et donc le prix, non pas si l'information avait été donnée, mais si la réalité avait été différente et avait correspondu aux attentes du contractant lésé. La responsabilité délictuelle, ici instrument au service de la pérennité du contrat, procède pourtant bien à une forme de rééquilibrage du contrat pour assurer sa survie. Mais il ne peut s'agir d'un rééquilibrage purement objectif des prestations contractuelles, par le biais notamment d'une réduction de prix, mais plutôt d'un rééquilibrage des « positions contractuelles » de chacun : pour effacer les traces que la faute précontractuelle a laissé sur la relation contractuelle, les dommages-intérêts doivent compenser exactement le dommage subi par le contractant lésé, et ce faisant, ils sanctionnent indirectement le comportement délictueux de l'autre. La responsabilité délictuelle rétablit alors entre les parties, et non seulement entre les prestations, un équilibre nécessaire au développement de leur relation contractuelle.

[1909] G. LARDEUX, « L'absorption du dol par la responsabilité civile », *RDC* 2013, p.1179 et s., spéc. p.1189 : l'auteur entrevoit ici une conséquence fâcheuse de « l'immixtion du délictuel dans le contractuel », à savoir la remise en cause, par l'autonomie de l'action en responsabilité délictuelle, du respect des prévisions contractuelles.

b) Le refus de compenser la perte de chance de conclure avec un tiers

487. L'affaire *Parsys* – suite. Le second préjudice évoqué par la Cour de cassation dans le premier volet de l'affaire *Parsys,* en 2010*,* semblait offrir au demandeur la possibilité d'être placé dans une situation qui aurait été la sienne non plus en l'absence de dol, mais plutôt en l'absence de conclusion du contrat vicié[1910]. Ce préjudice, correspondant à l'intérêt négatif, se traduit par une perte d'opportunité de conclure un contrat plus avantageux, ou plutôt, en l'absence de certitude quant à la réalisation de cette opportunité, une perte de chance de conclure un contrat plus avantageux avec un tiers.

Cette option ouverte au contractant lésé par le dol se retrouve pourtant balayée par un second arrêt rendu par la Chambre commerciale cette fois, dans la même affaire, en 2012[1911]. Les demandeurs au pourvoi, la société GLS, dénonçaient cette fois la compensation d'un tel préjudice, devenu impossible selon eux en raison du choix fait par le demandeur à l'action en responsabilité de renoncer à la nullité du contrat, choix qui aurait eu pour effet de briser le lien de causalité entre le fait générateur, le dol, et ce dommage. La Cour de cassation, au visa des articles 1116 et 1382[1912] vient confirmer cette analyse et affirme que « […] la société Parsys ayant fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat, son préjudice réparable correspondait uniquement à la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses […] », réduisant ainsi la liste des préjudices réparables en cas de dol à la seule perte de chance de conclure à des conditions plus avantageuses. Suscitant une adhésion d'une grande

[1910] Civ.1ère, 25 mars 2010, n°09-12.895, *RTD civ.* 2010.322, obs. B. FAGES : « […] alors que le préjudice ne pouvait résulter en l'espèce que de la perte d'une chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses […] ».
[1911] Com., 10 juillet 2012, n° 11-21.954, *D.* 2012.2772, note M. CAFFIN-MOI ; *Rev.sociétés* 2012.686, note B. FAGES ; *RTD civ.* 2012.725, obs. B. FAGES ; *RTD civ.* 2012.732, obs. P. JOURDAIN ; *RDC* 2013.91, obs. O. DESHAYES ; *RLDC* 2012/97, p.12, obs. C. LE GALLOU; *LPA* 11 oct 2012, p.17, obs. D. HOUTCIEFF; *JCP* 2012.I.1151, n° 9, obs. J. GHESTIN; *Bull.Joly* novembre 2012.767, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *D.* 2013.2651, J. TRAULLÉ. *Adde* Y. LEQUETTE, « Responsabilité civile *versus* vices du consentement », in *Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, 2012, Dalloz, p.363 et s., spéc. p. 376 et s.
[1912] Dont le contenu se retrouve aujourd'hui respectivement aux articles 1130, alinéa 1er et 1137, alinéa 1er pour le dol, et 1240 concernant la responsabilité civile.

partie de la doctrine[1913], cet arrêt avait pour mérite de venir lever le voile sur une question longtemps ignorée, celle du préjudice réparable en cas de dol lorsque seule l'action en responsabilité est exercée, et de fixer une solution claire et de prime abord opportune.

488. Évolution de la jurisprudence. La jurisprudence de la Cour de cassation est pourtant devenue sur ce point instable et relativement illisible.

Un premier arrêt rendu en 2016 par la Chambre commerciale commence à semer le doute au sein de la doctrine, semblant reprendre à l'identique l'attendu du premier arrêt rendu dans l'affaire *Parsys* en 2010, dans une affaire similaire, ou le contrat avait été maintenu, et les demandeurs au pourvoi contestaient la compensation autorisée par la Cour d'appel, de la perte des gains espérés. Les juges affirment de nouveau qu'en cas de maintien du contrat, le « préjudice réparable consistait uniquement en la perte de chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses, ou de ne pas contracter »[1914]. Bien que certains auteurs y aient perçu un véritable revirement de jurisprudence[1915], la portée de cet arrêt reste difficile à établir. Il s'agit tout d'abord d'un arrêt inédit, non publié, révélant plutôt la volonté de la Cour de cassation d'agir en toute discrétion que d'affirmer une position nouvelle sur le sujet. Par ailleurs, la question de cette perte de chance de ne pas conclure le contrat pour conclure avec un tiers n'était pas posée, et l'on ne peut donc affirmer que la Cour y réponde réellement, celle-ci réaffirmant essentiellement une solution classique, celle de l'impossibilité de compenser la perte de gains. Pourtant l'attendu de la décision, formulé de manière très générale et abstraite, laisse entrevoir une position de principe sur la question du préjudice réparable en cas de maintien du contrat vicié par le dol, et ce d'autant plus qu'il prend la peine de préciser, alors même que la question posée est celle de la perte

---

[1913] V. not. Y. LEQUETTE, « Responsabilité civile *versus* vices du consentement », *op. cit*., spéc. p. 376 et s. ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER ; Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.,* n° 307 ; A. BÉNABENT, *Les obligations*, Montchrestien, 13ème éd., 2012, n° 90 ; T. GENICON, « La "réfaction pour dol" existe-t-elle ?", *RDC* 2012.1180 ; B.FAGES, *RTD civ.* 2012. 686 et 725 ; M. CAFFIN-MOI, *D* 2012.2772. *Contra* v. not. J. GHESTIN, *JCP* 2012.1151 ; O.DESHAYES, « Le dommage réparable en cas de dol dans la formation du contrat », *RDC* 2013.91.

[1914] Com., 21 juin 2016, n° 14-29.874, *RTD civ.* 2016.847, note H. BARBIER ; *Rev.sociétés* 2016.730 ; note J. HEINICH ; *AJ Contrats d'affaire – Concurrence – Distribution* 2016.386, note A. BORIES ; *RJDA* 2016.774.

[1915] V. J. HEINICH, « Retour sur le préjudice de ne pas contracter de la victime de dol qui ne demande pas la nullité du contrat : un revirement inattendu ! », *Rev.sociétés* 2016, p.730 et. s. ; H.BARBIER, « L'incidence du choix procédural du contractant sur son droit à réparation », *RTD civ.* 2016, p.847 et s..

de gains, qu'il s'agit des préjudices réparables lorsque le demandeur a « fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat à la suite du dol […] ». Or cette précision est inutile pour affirmer l'impossibilité de compenser la perte de gains, cette impossibilité découlant du fait que ces gains ne constituent qu'une illusion créée par le dol[1916], ce sur quoi l'annulation du contrat n'a aucun effet[1917]. Ce faisant, la Cour aurait pu vouloir saisir l'occasion pour insister sur la réintroduction de la perte de chance de conclure avec un tiers lorsque la nullité du contrat n'est pas demandée.

Cette interprétation est pourtant mise à mal par deux arrêts rendus en 2017, et en 2019. Dans le premier cas, il s'agissait du manquement, par les dirigeants d'une société, à leur obligation de loyauté à l'égard des actionnaires, qui n'avaient pas été informés de ce qu'ils pouvaient revendre leurs actions à un prix plus élevé[1918]. La Cour rejette la compensation de la perte de gains, aléatoire par essence, pour ne retenir que la perte de chance de pouvoir négocier un meilleur prix. Mais dans cette espèce, puisqu'aucun dol n'était caractérisé, l'action en dommages-intérêts était la seule issue possible pour l'actionnaire lésé et ne relevait pas d'un choix[1919]. L'arrêt rendu en 2019 est plus significatif à cet égard. Dans cet arrêt encore une fois non publié, la Chambre commerciale revient à la solution dégagée dans l'arrêt *Parsys 2* de 2012, ne retenant comme seul préjudice réparable, lorsque le choix est fait de ne pas demander l'annulation du contrat, la perte de chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses[1920].

Doit-on comprendre que le – bref – retour à la solution dégagée en 2010 n'était qu'un test pour la Cour de cassation, test aux résultats si décevants qu'elle a estimé nécessaire de revenir en arrière quelques temps après ? De nombreuses incertitudes demeurent quant à la position de la jurisprudence, mais les critiques d'une partie de la

[1916] V. *supra*, n° 469 et s.
[1917] La Cour de cassation a d'ailleurs réaffirmé l'impossibilité de compenser la perte de gains en cas d'annulation du contrat pour dol. V. Civ.3ème, 29 septembre 2016, n° 15-15.129.
[1918] V. Com., 15 mars 2017, n° 15-16.406, *Rev.sociétés* 2017.485, note TH. MASSART ; *JCP E* 2017.18, note B.-O. BECKER.
[1919] Il y aurait néanmoins une certaine incohérence, comme le souligne le Professeur GHESTIN, à compenser plus largement les préjudices subis par la victime d'une mauvaise information que ceux subis par la victime du dol. V. J. GHESTIN, *JCP* 2012.1151, spéc. p. 1961.
[1920] V. Com., 5 juin 2019, n° 16-10.391, *RTD civ.* 2019.576, note H. BARBIER ; *Rev.sociétés* 2019.742, note J. PROROK ; *Rev.sociétés* 2020.37, note J.-F. BARBIÈRI ; *RDC* 2019.1165, note J. HEINICH ; *D.* 2020.353, obs. M. MEKKI.

doctrine se font de plus en plus nombreuses quant au rejet de ce préjudice[1921]. Une critique qui se justifie, tant il est vrai que les arguments avancés par la doctrine favorable à l'exclusion de ce préjudice ne sont pas pleinement satisfaisants.

489. Rejet de l'argument tiré de la causalité. L'un des premiers arguments avancés par les demandeurs au pourvoi dans le second arrêt concernant l'affaire *Parsys*, et soutenu par certains auteurs défavorables à la compensation de ce préjudice, repose sur une analyse des conditions de l'action en responsabilité délictuelle. Les demandeurs au pourvoi soutenaient ainsi que « […] la validité du contrat découlant de la décision de le maintenir rompait tout lien de cause à effet entre la réticence dolosive et ce préjudice […] », et avancent l'idée selon laquelle le choix du contractant lésé par le dol de n'avoir pas demandé la nullité du contrat, se serait immiscé entre la faute délictuelle, ici le dol, et ce dommage, la perte de chance de contracter avec un tiers, venant *a posteriori* détruire le lien de causalité qui était établi entre eux[1922].

Si le maintien du contrat par le demandeur brise la causalité existante entre le dol et ce préjudice, c'est parce que ce maintien aurait participé à la réalisation du préjudice tel que défini par le demandeur. Il ne s'agirait donc plus du préjudice cristallisé dès la conclusion du contrat, mais d'un préjudice redéfini à l'aune du maintien du contrat. En effet, le préjudice en question consistant en la perte de chance d'une opportunité meilleure, elle implique que l'investissement effectivement réalisé n'est pas parfaitement satisfaisant pour le demandeur. Le constat de la médiocrité de l'investissement et de la faiblesse des gains qu'il engendre serait donc essentiel à la qualification du préjudice dont il est demandé réparation. Or cet élément n'est pas nécessairement causé par la seule faute précontractuelle, mais peut également l'être par

[1921] V. not. J. GHESTIN, *JCP* 2012.1151 ; O. DESHAYES, « Le dommage réparable en cas de dol dans la formation du contrat », *RDC* 2013.91 ; J. HEINICH, « Retour sur le préjudice de ne pas contracter de la victime de dol qui ne demande pas la nullité du contrat : un revirement inattendu ! », *Rev.sociétés* 2016.730 et « Dol dans une cession de droits sociaux : incidence d'une lettre d'intention et préjudice réparable », *RDC* 2019.59 ; H. BARBIER, « L'incidence du choix procédural du contractant sur son droit à réparation », *RTD civ.* 2016.847 et « Regain d'incertitude quant au préjudice réparable en cas d'action en seuls dommages-intérêts pour dol », *RTD civ.* 2019.576 ; M. MEKKI, *D.* 2020.353 ; J. PROROK, « La détermination du préjudice réparable en cas de dol lors d'une cession de droits sociaux », *Rev.sociétés* 2019.742 ; J.-F. BARBIÈRI, « Préjudice réparable d'une cession de contrôle dolosive : retour vers le passé », *Rev.sociétés* 2020.37. Pour une critique plus nuancée : Ph. STOFFEL-MUNCK, « Cession de contrôle : arrêt de principe sur le préjudice de l'acquéreur trompé », *Bull.Joly* 2012.767.

[1922] Com., 10 juillet 2012, n° 11-21.954. L'argument est soutenu dans le deuxième moyen de cassation, qui en conclut que la Cour d'appel a violé les articles 1116 et 1382 du Code civil.

les actions du demandeur, et ce qu'il fait de cet investissement qu'il a décidé de maintenir[1923]. Par ailleurs, la décision même de maintenir le contrat vicié semble être mise en cause, puisque c'est cette décision qui, en dernier ressort, aboutit à ce que les fonds du demandeur restent définitivement employés pour le contrat maintenu, et ne puissent plus être investis ailleurs, tandis qu'une annulation du contrat suivie de restitutions lui aurait permis de les récupérer[1924]. C'est ainsi « parce que la victime a fait un choix, mais aussi parce que le juge est lié par l'état de fait qui en découle, qu'il ne peut réparer le préjudice invoqué »[1925].

Bien que séduisante, cette argumentation autour de l'absence de causalité se révèle non conforme à la réalité. En effet, d'un point de vue strictement logique, puisque les préjudices découlant de l'altération de la décision sont cristallisés dans leur existence et leurs contours dès la conclusion de ce contrat[1926], y compris la perte de chance de ne pas conclure ce contrat, le lien de causalité entre ce préjudice et le dol est également définitivement établi dès ce moment, et ne peut plus être rompu par le choix postérieur et contingent du demandeur de ne pas opter pour l'annulation du contrat. Ainsi dès la conclusion du contrat, la chance de conclure avec un tiers a été définitivement perdue. Si la concomitance du maintien du contrat et de la compensation de cet intérêt négatif dérange, c'est en réalité bien plus pour des raisons liées à la volonté du contractant lésé qui ne semble adresser plus aucun grief au contrat vicié, dont il ne demande pas le rééquilibrage, mais demande tout de même à être placé dans une situation correspondant à son inexistence. Peut-on tout à la fois maintenir un contrat et faire comme s'il n'avait pas été conclu ?

[1923] Dans le cas ayant donné lieu au second arrêt de l'affaire *Parsys* en 2012, certains auteurs avaient ainsi pu relever que la société cessionnaire, Parsys, avait procédé, après la cession des droits sociaux, à une absorption de la société acquise, société dont jusque-là les résultats avaient été bénéficiaires, contrairement à ceux que la société Parsys affichait avant la cession. Les juges d'appel avaient d'ailleurs relevé que durant les 17 mois qui ont séparé la cession de la cessation de paiements de la société Parsys, la gestion des nouveaux dirigeants avaient été à l'origine de difficultés ayant participé en partie, à ce résultat. V. J. PROROK, « La détermination du préjudice réparable en cas de dol lors d'une cession de droits sociaux », *Rev. sociétés* 2019.742.

[1924] V. Y. LEQUETTE, « Responsabilité civile *versus* vices du consentement », *op. cit.*, spéc. p. 376-377. Si l'auteur n'insiste pas explicitement sur la causalité, il note qu'« à la différence de […] la nullité [qui] opère avec son effet rétroactif, les fonds nécessaires à la conclusion de cet autre contrat ne sont pas disponibles puisqu'ils sont investis dans l'opération maintenue ».

[1925] M. CAFFIN-MOI, « Dol dans la formation du contrat : la question délicate du préjudice réparable », *D.* 2012, p.2772 et s. L'auteur affirme ainsi que « Le préjudice de perte de chance de ne pas conclure, ainsi que le lien de causalité avec la faute […] sont par conséquent paralysés par le maintien du contrat ».

[1926] V. *supra*, n° 477 et s.

490. Rejet de l'argument tiré de la volonté contractuelle. C'est ainsi que se présente le second argument, tiré d'une réinterprétation *a posteriori* de la volonté contractuelle du demandeur. La particularité des préjudices découlant d'un dol ou d'une mauvaise information réside dans l'aléa lié à l'effet de cette absence d'information sur la décision du contractant lésé de conclure le contrat[1927]. C'est pourtant cet aléa que certains auteurs tentent ici d'écarter *a posteriori*, en se fondant sur le choix fait par le demandeur de maintenir le contrat vicié. Selon ces auteurs, du choix fait après la conclusion du contrat et après la révélation du vice de maintenir le contrat s'infèrerait le choix qu'aurait fait le demandeur si, à la conclusion du contrat, il avait eu connaissance de la réalité de la situation. Ainsi, si la victime a choisi de maintenir le contrat, c'est qu'elle en tire un avantage, et « donc qu'elle aurait de toute façon décidé de contracter »[1928].

C'est ignorer ici que le maintien du contrat, choix fait une fois le contrat conclu, relève bien souvent de considérations très pragmatiques, et que, placé dans d'autres circonstances, à la conclusion du contrat, le demandeur aurait parfaitement pu choisir de ne pas s'engager. En effet, au moment où ce choix est fait de n'agir qu'en dommages-intérêts, l'écoulement du temps a parfois fait son œuvre, et le contractant, bien que réalisant qu'il ne pourrait obtenir de ce contrat ce qu'il espérait, se trouve dans une situation où il aurait plus à perdre à le voir annulé, qu'à en tirer quelques bénéfices[1929]. C'est notamment le cas lorsqu'il ne peut plus réellement espérer effectuer une autre opération intéressante, ou encore qu'il a déjà effectué des investissements importants, ou souvent, en matière de cession de droits sociaux, lorsque les circonstances entourant l'opération économique l'en empêchent. Ce sera notamment le

[1927] V. *supra*, n° 475 et s.
[1928] V. not Y. LEQUETTE, « Responsabilité civile *versus* vices du consentement », *op. cit.,* spéc. p. 381.
[1929] Sur cet argument, v. not. J. GHESTIN, *JCP* 2012.1151 ; O. DESHAYES, « Le dommage réparable en cas de dol dans la formation du contrat », *RDC* 2013.91 ; M. CAFFIN-MOI, « Dol dans la formation du contrat : la question délicate du préjudice réparable », *D.* 2012.2772 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « Cession de contrôle : arrêt de principe sur le préjudice de l'acquéreur trompé », *Bull.Joly* 2012.767 ; J.HEINICH, « Retour sur le préjudice de ne pas contracter de la victime de dol qui ne demande pas la nullité du contrat : un revirement inattendu ! », *Rev.sociétés* 2016.730 ; H. BARBIER, « L'incidence du choix procédural du contractant sur son droit à réparation », *RTD civ.* 2016.847 ; J. PROROK, « La détermination du préjudice réparable en cas de dol lors d'une cession de droits sociaux », *Rev.sociétés* 2019.742

cas chaque fois que l'opération en question s'inscrira dans une stratégie plus globale d'investissement qui empêchera un tel retour en arrière[1930].

Ce qui constitue ainsi un choix procédural *a posteriori*, contraint ou déterminé par des circonstances nouvelles ne peut en aucun cas être interprété comme un indice de la décision qui aurait été prise à la conclusion du contrat, à moins de systématiquement dénaturer un dol principal en dol incident, qui n'aurait eu d'influence que sur les conditions auquel l'accord a été scellé.

491. Un refus de la compensation en vertu du principe de cohérence. Derrière ces arguments tirés de la logique contractuelle ou d'une volonté reconstituée du contractant apparaît en réalité une critique sous-jacente : les demandes du contractant lésé enfreindraient une « exigence de cohérence »[1931]. Cette question de la cohérence se nourrit de la contradiction apparente des choix du demandeur et peut se résumer dans une question simple : peut-on tout à la fois maintenir un contrat et faire comme s'il n'avait pas été conclu ? Cette question est régulièrement effleurée par les auteurs ayant commenté cette saga jurisprudentielle, qui pointent en substance l'impossibilité pour le contractant lésé, de demander « tout et son contraire »[1932]. Les auteurs semblent viser avant tout un manque de cohérence dans les choix faits par le demandeur, critique qui ne serait valable que si l'on pouvait considérer que le maintien du contrat révèle *a posteriori* l'absence de caractère déterminant du dol sur sa décision de conclure le contrat, ce qui ne saurait être admis[1933]. Il s'agirait alors plutôt d'un manque de cohérence entre les sanctions du dol, responsabilité d'une part et nullité de l'autre : la renonciation à la nullité ayant eu pour effet de confirmer le contrat en cours, alors réputé valable depuis le départ, elle rendrait impossible la compensation de cette perte

[1930] Sur ces circonstances pouvant déterminer le contractant à maintenir el contrat, notamment en matière de cession de droits sociaux, v. not. M. CAFFIN-MOI, « Dol dans la formation du contrat : la question délicate du préjudice réparable », *D.* 2012.2772 ; O. DESHAYES, « Le dommage réparable en cas de dol dans la formation du contrat », *RDC* 2013.91 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, « Cession de contrôle : arrêt de principe sur le préjudice de l'acquéreur trompé », *Bull. Joly* 2012.767 ; J. HEINICH, « Retour sur le préjudice de ne pas contracter de la victime de dol qui ne demande pas la nullité du contrat : un revirement inattendu ! », *Rev.sociétés* 2016.730 ; J. PROROK, « La détermination du préjudice réparable en cas de dol lors d'une cession de droits sociaux », *Rev.sociétés* 2019.742.

[1931] V. not. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* n° 307, spéc. p.348. Les auteurs évoquent une « exigence de cohérence entre demandes procédurales » qui empêcherait le contractant lésé d'obtenir la compensation de la perte de chance de conclure avec un tiers.

[1932] C. LE GALLOU, « Cumul de la nullité pour dol et réparation : oui mais pour quel préjudice… ? », *RLDC* 2012/97, p.12.

[1933] V. *supra*, n° 463 et s.

de chance de conclure un autre contrat qui reviendrait à demander au juge de « recréer une histoire nouvelle » – l'histoire telle qu'elle se serait déroulé en l'absence de conclusion du contrat – « parfaitement inconciliable avec l'histoire en cours » – celle d'un contrat désormais réputé valable[1934].

Outre que l'existence même d'un tel principe de cohérence en droit privé fait débat[1935], il ne se trouverait pas nécessairement enfreint par le cumul d'un maintien du contrat et de la compensation de cette perte de chance. Il ne s'agit en effet pas de réécrire au passé une histoire qui viendrait se superposer au présent, mais bien, comme la responsabilité délictuelle l'exige, de comparer la situation actuelle, la conclusion d'un contrat déterminée par le dol, à celle qui serait advenue en l'absence de cette faute, pour déterminer si une perte en est résulté[1936]. Car, comme le souligne Olivier DESHAYES, il est certain que si l'on tente de reconstituer ce qu'aurait été exactement la situation de la victime en l'absence de dol, elle n'aurait pas pu se retrouver et liée par ce contrat, et en position de bénéficier d'un autre plus avantageux. Là n'est cependant pas le but de la responsabilité délictuelle, qui ne peut jamais rétablir exactement la situation telle qu'elle l'était avant la faute – ce qui serait le but de la nullité – mais peut seulement effacer les conséquences de la faute pour la victime en compensant tous les dommages qui en résultent[1937]. Il s'agit alors de comprendre quel a été l'impact de la faute sur le cours des évènements, impact déterminé par la comparaison entre ce qui est, et ce qui aurait été en l'absence de faute. Il ressort de cette comparaison en l'espèce que le dol, en altérant la décision du contractant à la conclusion du contrat, lui a fait perdre deux types de chances, dont celle de conclure un autre contrat avec un tiers. Et la compensation de ce préjudice, puisqu'elle ne vise pas à substituer une réalité, la non-conclusion du contrat, à une autre, son maintien, peut, et doit tenir compte, dans son *quantum*, de l'existence de ce contrat confirmé. Car

---

[1934] V. M. CAFFIN-MOI, « Dol dans la formation du contrat : la question délicate du préjudice réparable », *op.cit.*, spéc. n° 9.

[1935] L'existence d'un tel principe de cohérence en droit privé, est, comme le montrent certains auteurs rejetant cet argument, très discutée, voire fermement rejetée par une partie de la doctrine. V. not. J. TRAULLÉ, « L'indemnisation du préjudice né de l'impossibilité de contracter avec un tiers après la conclusion d'un contrat vicié », *D.* 2013, p. 2651 et s., spéc. n° 17.

[1936] *Ibid*

[1937] V. O. DESHAYES, « Le dommage réparable en cas de dol dans la formation du contrat », *RDC* 2013, p.91 et s. : « Dès lors, ce qui compte en matière de responsabilité, c'est moins de recréer, par la force de l'*imperium*, les conditions matérielles dans lesquelles la victime aurait dû se trouver que d'indemniser les préjudices causés ».

si l'évaluation du préjudice se fait au jour du jugement, en prenant en compte les faits nouveaux depuis la survenance du dommage, son existence et ses contours sont eux déterminés dès sa survenance[1938].

492. Conclusion : une réparation intégrale prenant en compte le maintien du contrat. Il semble que le véritable reproche adressé à la compensation de la perte de chance de conclure avec un tiers relève ainsi d'une opposition trop radicale entre une logique purement rétrospective de la responsabilité délictuelle, ici mal comprise, et la logique fondamentalement prospective du contrat. Elle conduit alors à une forme de rejet intuitif de ce préjudice dès lors que le contrat en cours se projetant vers l'avenir, il semble empêcher la prise en compte de l'intérêt négatif. Or la démarche rétrospective de la responsabilité ne tend pas à reconstituer le passé par-dessus le présent, mais bien à effacer, dans le présent, les conséquences d'une faute[1939]. Cette démarche est ainsi à l'œuvre tant lorsqu'elle prend en charge l'intérêt négatif, ici la perte de chance de conclure avec un tiers, que lorsque les dommages-intérêts compensent la perte de chance de conclure à des conditions plus avantageuses. Ce dernier préjudice ne pose *a priori* aucun problème de compatibilité avec le maintien du contrat.

Par ailleurs, l'opposition entre ces deux logiques, rétrospective et prospective, si elle constitue une ligne de partage fondamentale entre le contrat et le délit, et donc les régimes de responsabilité, n'est pas absolue, et tout comme la responsabilité contractuelle peut avoir pour objet de réparer des dommages[1940], la responsabilité délictuelle peut se retrouver, dans ces marges du contrat, à devoir adapter sa démarche au contrat en cours, afin d'en servir l'exécution et de ne pas la perturber, intégrant ainsi

---

[1938] Ainsi certains auteurs justifient, à tort selon nous, l'impossibilité de compenser ce préjudice au regard de ce que son évaluation, faite au jour du jugement, doit tenir compte de la situation telle qu'elle est à ce jour. V. not. P. JOURDAIN, « Dol dans la formation du contrat : quel préjudice réparable ? », *RTD civ.* 2012, p.732 et. s. : « […] le préjudice est évalué au jour où le juge statue en tenant compte des circonstances qui ont pu le faire varier jusqu'à cette date, non au jour du fait dommageable ».

[1939] C'est bien également ce que nous dit la thèse de Catherine THIBIERGE, lorsqu'elle affirme que lorsque le contrat vicié est maintenu, la compensation du dommage doit viser à « effacer les effets de la faute précontractuelle sur cette formation [de l'acte], en recherchant ce qu'aurait été l'acte sans cette faute », bien que l'auteur aboutisse à la conclusion qu'il ne peut alors s'agir que d'une perte de chance de conclure à d'autres conditions, puisque le dol n'aura alors pas été déterminant. V C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit.*, spéc. n° 187. La thèse est d'ailleurs régulièrement citée par les auteurs défavorables à la compensation de cette perte de chance. Elle aboutit cependant à cette conclusion pour rejeter un autre type de préjudice compensé en cas de nullité du contrat, à savoir les frais engagés pour la conclusion. Or lorsque le contrat est maintenu, ces frais n'ont pas été vains, et ne sauraient en aucun cas constituer une perte qui pourrait être compensée.

[1940] V. *supra*, n° 215 et s.

la logique prospective du contrat. Bien loin d'ignorer le contrat, l'évaluation de ces deux préjudices doit prendre en compte son existence, pour veiller à rétablir un équilibre nécessaire à son exécution, sans aller trop loin. La compensation de la perte de chance de conclure avec un tiers ne sera alors possible que si son évaluation prend en compte les bénéfices retirés du contrat en cours, évaluation qui n'est pas inhabituelle en matière de responsabilité[1941]. C'est à cette condition seulement que le risque de voir la responsabilité civile se transformer en assurance contre les risques d'une opération économique pourra être évité.

Intervenant aux prémisses du contrat, la responsabilité délictuelle a pour effet de rééquilibrer la relation contractuelle, afin que le contrat puisse s'exécuter de la meilleure façon. Elle agit alors comme une forme de remède, non pas à l'inexécution, mais à la malformation du contrat, qui vient, lorsque celui-ci est maintenu, rétablir les conditions de sa bonne exécution et de son efficacité. Le risque pointé par certains auteurs que le maintien d'un contrat vicié couplé à l'exercice de la responsabilité ne devienne systématiquement plus avantageux pour le demandeur que sa nullité [1942] ne nous semble alors plus pertinent, dès lors que l'on admet que la survie du contrat doive apparaître comme un objectif primordial, qui surpasse le risque d'absorption, ou plutôt de « remplacement » de la nullité par la responsabilité.

Conclusion du Chapitre II

493. La compatibilité des logiques délictuelle et contractuelle. Lorsque la responsabilité délictuelle intervient au soutien d'une action en nullité du contrat vicié, la cohabitation entre ces deux sanctions du vice apparaît tout à fait naturelle. Responsabilité délictuelle et nullité apparaissent en effet toutes deux tournées vers le

[1941] V. J. TRAULLÉ, « L'indemnisation du préjudice né de l'impossibilité de contracter avec un tiers après la conclusion d'un contrat vicié », *op. cit.*, spéc. n° 9 : l'auteur rappelle que le principe selon lequel il doit être tenu compte, pour l'évaluation de son préjudice, des bénéfices acquis par le demandeur par le contrat conclu, n'est pas inconnu du droit français de la responsabilité. En effet, la détermination du *quantum* de ces dommages implique que les juges du fond « doivent comparer la situation actuelle de la victime, en tenant compte des éventuels avantages qu'elle comporte, avec celle dans laquelle elle se serait trouvée en l'absence du fait générateur de responsabilité ». Elle relève que ce principe fait consensus, et est à ce titre reconnu par les Principes du droit européen de la responsabilité civile, à l'article 10 :103. V. O. MORÉTEAU, M. SÉJEAN (dir.), *Principes du droit européen de la responsabilité civile*, Société de législation comparée, 2007, p.218.
[1942]Sur ce risque, v. J.-S. BORGHETTI, « La perte de chance, rapport introductif », *LPA* 2013, p.3.

passé, un passé qu'elles viseraient à rétablir en plaçant le demandeur dans une situation aussi proche que possible que celle dans laquelle il se trouvait avant le dommage, et donc avant la conclusion du contrat vicié. La responsabilité délictuelle vient alors appuyer la démarche rétroactive de la nullité, qui vise à supprimer le contrat né illégalement de l'ordre juridique, et conforte l'anéantissement du contrat en prenant soin d'effacer toute trace de ce contrat vicié pour la victime.

Cette démarche par essence rétrospective de la responsabilité délictuelle ne fait cependant pas obstacle à la prise en compte, par les dommages-intérêts délictuels, d'un certain avenir contractuel lorsque le contrat est maintenu. Cette association de deux logiques, rétrospective et prospective, qu'apparemment tout oppose, et qui apparaît de prime abord contre intuitive, ne sera possible que si l'on redonne à cette fonction classique de réparation attribuée à la responsabilité délictuelle son véritable sens. Présentée comme visant à un « rétablissement » de la victime[1943] dans la situation qui était la sienne avant le dommage, son *statu quo ante*, la responsabilité délictuelle n'apparaît qu'exclusivement tournée vers le passé, et donc largement incapable de prendre en compte les besoins d'un contrat en cours. C'est là, comme l'ont souligné certains auteurs, donner à la responsabilité délictuelle plus de pouvoirs qu'elle n'en a[1944], tout en restreignant son rôle par crainte de son intrusion dans le contrat. Car si l'essence de la responsabilité délictuelle est bien de regarder vers le passé, et de prendre ce passé comme point de référence, ce n'est pas pour rétablir à l'identique un passé « idéal » – ce qui était avant le dommage – mais seulement pour en déduire par comparaison ce qui, dans le présent, est souffert, et s'approcher de ce qui aurait dû être en l'absence de dommage.

La fonction rétrospective de la responsabilité délictuelle n'ignore donc pas le présent, car c'est pour ce présent qu'elle compense les dommages subis. Et lorsqu'elle touche le contrat, ce présent devient également avenir, plaçant les dommages-intérêts délictuels, lorsqu'ils prennent en charge la déception du contractant lésé, à mi-chemin entre le rétablissement du cours normal des choses au regard d'un passé altéré, et

[1943] Sur cette fonction de la responsabilité délictuelle, v. M.-È. ROUJOU de BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, 1974.
[1944] V. O. DESHAYES, « Le dommage réparable en cas de dol dans la formation du contrat », *RDC* 2013.91.

l'établissement du cours normal des choses selon le contrat. Un équilibre doit alors être trouvé, afin que la compensation de la déception délictuelle du contractant ne vienne pas empiéter sur la déception contractuelle de celui-ci, prérogative de la responsabilité contractuelle[1945]. C'est ainsi que les dommages correspondant à la perte des gains espérés d'un contrat qui n'existe pas en réalité, qu'il s'agisse d'une simple perte d'illusion en cas de dol, ou d'une perte d'espoir de gains en cas de rupture des pourparlers, ne pourront être compensés, à moins de donner à la responsabilité délictuelle le pouvoir d'octroyer au contractant déçu plus de droits que le contrat ne pouvait lui en donner[1946]. Le respect du principe de réparation intégrale qui impose de compenser tous les préjudices qui résultent de cette faute précontractuelle trouve ainsi sa limite dans le respect des principes encadrant la force obligatoire du contrat. Le traitement par la responsabilité délictuelle des préjudices en marge du contrat ne doit pas se transformer en immixtion du délictuel dans le contractuel.

494. La responsabilité délictuelle au service du contrat. Cet équilibre est assuré dès lors que l'on accepte que la fonction de réparation de la responsabilité délictuelle vise seulement à effacer les conséquences de la faute, ici dans la période précontractuelle, de la faute précontractuelle, en compensant les dommages, rien que les dommages, mais tous les dommages qui en résultent directement, tout en tenant compte de la présence du contrat. L'altération de la décision du contractant dont le consentement a été lésé doit ainsi être intégralement prise en charge, et le choix fait par lui de maintenir le contrat vicié ne saurait le priver de la compensation de certains de ces préjudices, telle que la perte de chance de contracter avec un tiers. Les arguments avancés pour soutenir un tel refus, affirmé par la jurisprudence, doivent être dès lors rejetés.

Le maintien du contrat vicié imprime néanmoins à la situation certaines particularités, et exige de la responsabilité délictuelle qu'elle assume une fonction qui dépasse le seul intérêt de la victime à la compensation de ses espoirs contrariés de conclusion d'un contrat valable. Le contrat maintenu, et confirmé par la partie lésée, souffre en effet toujours des conditions de sa formation, qui ont amené l'une des parties

[1945] Sur la protection des espérances comme élément de distinction entre contrat et délit, v. not. J.-S. BORGHETTI, « La perte de chance, rapport introductif », *LPA* 2013, p.3.
[1946] V. not. G. DURRY, *RTD civ.* 1975, p.538 et s. : « il faut prendre garde au fait que l'action en dommages-intérêts fondée sur cette faute délictuelle n'aboutisse à réparer que le préjudice qu'elle a causé ».

à contracter au regard de la seule illusion créée par le mensonge ou le silence fautif. La responsabilité délictuelle se présente alors comme un remède à la malformation du contrat alternatif à la nullité, qui viendrait assurer la survie du contrat ; en accordant au contractant lésé une compensation monétaire, elle tend à effacer le vice originel du contrat, et créée un contexte favorable à sa bonne exécution. L'évaluation de ces préjudices doit alors retenir toute l'attention du juge, qui devra veiller à ne pas indirectement, par le « rééquilibrage du contrat », donner vie à des obligations contractuelles qui n'existent pas[1947], et à ne pas, lorsqu'il compense la perte d'une opportunité perdue, octroyer indirectement tous les bénéfices du contrat espéré : la compensation nécessaire des préjudices subis par le contractant ne doit pas aboutir à les prémunir contre tout risque lié à l'opération contractuelle.

Conclusion du Titre I

495. La nature délictuelle de la responsabilité délictuelle réaffirmée. La nature de la responsabilité précontractuelle ne semble plus tellement susciter de débats doctrinaux. La doctrine, comme la jurisprudence, ont depuis longtemps rejeté l'idée venue d'Outre-Rhin d'une responsabilité contractuelle fondée sur la *culpa in contrahendo*. Les arguments au soutien d'une telle nature délictuelle, fondés sur des frontières matérielles du contrat ne nous apparaissent cependant pas suffisamment convaincants. Deux critères sont ainsi avancés, qui embrassent deux situations classiques de mise en œuvre d'une responsabilité précontractuelle. Le critère chronologique d'abord, qui fonde la nature délictuelle de la responsabilité sur le fait que la faute se situe avant la conclusion du contrat, particulièrement pertinent en matière de rupture fautive des pourparlers, dès lors qu'aucun contrat ne sera par ailleurs conclu. Le critère de la rétroactivité de la nullité ensuite, lorsque le contrat, bien que conclu, est vicié, et annulé. Puisque le contrat a rétroactivement disparu, la responsabilité qui accompagne la nullité ne peut être que délictuelle.

[1947] Sur ce risque, v. T. GENICON, « La "réfaction pour dol" existe-t-elle ? », *RDC* 2012, p.1180 et s.

Parce qu'ils sont fragiles, et n'embrassent pas toute la diversité de la période précontractuelle, de tels arguments ne font pas barrage à une éventuelle emprise du contrat, et de la responsabilité contractuelle, sur certaines situations précontractuelles. Lorsque la faute précontractuelle n'emporte pas l'annulation du contrat, que ce soit parce qu'elle ne le peut pas – manquement à une obligation d'information – ou parce que la partie qui dispose de la faculté de demander la nullité ne le fait pas, et choisit de ne demander, à titre principal, que des dommages-intérêts, les critères tirés des frontières matérielles du contrat ne suffisent plus à fonder la nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle. Au contraire, lorsque le contrat est non seulement conclu, mais exécuté, la « situation contractuelle »[1948] qu'il fait naître pourrait étendre son emprise jusqu'aux fautes commises aux marges de son existence. Dans de telles situations en effet, la malformation du contrat pourrait s'apparenter à son inexécution : le but contractuel n'est pas atteint, les prévisions contractuelles sont déjouées, et l'insatisfaction contractuelle domine. Certains auteurs font ainsi découler de cette similitude entre malformation et inexécution, une nature unique de la responsabilité, contractuelle donc.

Or le domaine de la responsabilité contractuelle, norme spéciale, doit être interprété strictement, et ne doit pas être étendu au-delà de ses limites naturelles. Pour rejeter une telle extension du domaine contractuel, il faut dès lors rejeter une telle assimilation entre inexécution et malformation, et ce que le contrat soit annulé ou non. Lorsque le contrat est annulé, la rétroactivité qui accompagne cette sanction de la malformation du contrat vise bien à faire disparaître de l'ordre juridique un contrat qui n'aurait jamais dû y prendre place. Lorsque le contrat est résolu, la rétroactivité ne constitue pas cette fois l'objet principal de la sanction de l'inexécution, mais vise simplement à permettre des restitutions, sans nécessairement chercher à faire disparaître de l'ordre juridique le contrat. Lorsque le contrat n'est pas annulé, mais confirmé par les parties, la sanction de la faute précontractuelle reste avant tout la sanction d'une malformation du contrat, et non de son inexécution. Il en va de même lors de la sanction d'un manquement à une obligation d'information qui n'entrainerait pas la nullité du contrat. L'extension de la responsabilité contractuelle ne se ferait ici

[1948] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.*, n° 260 et s.

qu'au « au mépris des règles qui la gouvernent », et de son caractère spécial, dérogatoire du droit commun[1949]. La nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle découle ainsi de sa subsidiarité, face à l'inaptitude de la responsabilité contractuelle pour régir ces situations. Une subsidiarité qui n'est pas déclenchée par le seul fait qu'on se situe au-delà des frontières matérielles du contrat, mais parce qu'on se trouve alors hors de l'emprise de la situation contractuelle.

496. Les effets de la responsabilité délictuelle encadrés. Bien que la responsabilité délictuelle se trouve, aux marges de l'existence du contrat, dans son domaine « naturel », le déploiement de ses effets à proximité du contrat emporte un risque, celui d'en perturber l'exécution. La mise en œuvre du principe de réparation intégrale, associé à la responsabilité délictuelle, risque alors d'emporter avec lui les prévisions des parties au contrat.

Afin d'éviter que la logique délictuelle, rétrospective, ne perturbe l'exécution du contrat, la responsabilité délictuelle doit ici s'adapter, moduler ses effets en intégrant pour partie la logique prospective du contrat. La responsabilité délictuelle se révèle ici apte à de telles adaptations. La fonction de réparation qu'elle poursuit, bien qu'elle vise avant tout au rétablissement de la victime dans un *statu quo ante*, et apparaît tournée vers le passé, ne le fait qu'au regard de ce qui est souffert au présent. C'est ce présent qui guide la compensation du dommage, et lorsque ce présent s'incarne dans un contrat, et son exécution, la fonction de réparation de la responsabilité doit tenir compte de ce présent, et de cet avenir contractuel.

La question se posera particulièrement lorsque la responsabilité a pour objet de compenser les conséquences d'un dol, mais que le contrat est maintenu par les parties. L'équilibre recherché par la responsabilité délictuelle entre réparation intégrale et respect des prévisions contractuelles doit amener à rejeter la compensation de certains dommages lorsque cette compensation amènerait à octroyer à la victime de la faute

[1949] C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, *op. cit.,* n° 248 : « Le caractère limité du domaine de la responsabilité contractuelle empêche que ses mécanismes légaux ne soient étendus par analogie car la responsabilité délictuelle a vocation à embrasser toutes les autres situations ». *Adde* C. GOLDIE-GENICON , *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, op. cit*., n° 10, p.35 : « La règle spéciale dérogatoire, parce qu'elle est exorbitante du droit commun, qu'elle contredit une règle générale, présente un caractère exceptionnel et doit rester circonscrite " à l'intérieur des frontières que lui trace son libellé textuel" ».

précontractuelle plus que ce qu'elle n'aurait pu obtenir du contrat. Il faut ainsi rejeter la compensation de la seule « perte d'illusion », ce que fait la jurisprudence, de la même manière que les juges rejettent la compensation de la perte de gains ou perte de chance de gains d'un contrat qui n'existe pas encore, en cas de rupture des pourparlers. Il faut cependant admettre la compensation de tous les préjudices découlant de l'altération de la décision, y compris ceux qui apparaissent en contradiction avec le choix fait par les parties de maintenir le contrat, comme c'est le cas de la perte de chance de conclure avec un tiers. Sur ce point, la jurisprudence qui refuse la compensation d'un tel préjudice ne nous semble pas pertinente, et vient porter atteinte de manière excessive au principe de réparation intégrale.

497. La responsabilité délictuelle, au service de la compensation du dommage et du contrat. Lorsqu'elle intègre le présent, et l'avenir du contrat, la responsabilité délictuelle fait preuve de sa capacité d'adaptation. Elle devient alors un instrument non seulement au service de la compensation du dommage, mais également au service du contrat. En compensant les dommages causés par la faute précontractuelle, elle rééquilibre la relation contractuelle et permet la bonne exécution du contrat. Aux marges de l'existence du contrat, les effets de la responsabilité délictuelle doivent ainsi être adaptés, afin d'assurer un équilibre subtil entre la nécessité de compenser le dommage, et le danger de faire produire au contrat plus d'effets qu'il ne le devrait.

TITRE II. L'IMMIXTION DE LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE DANS L'EXÉCUTION DU CONTRAT

498. Une compétence délictuelle au cœur du contrat. La subsidiarité de la clause générale, droit commun de la responsabilité, fait de la responsabilité délictuelle le droit compétent par principe pour régir les marges du contrat. Si cette compétence apparaît très naturelle aux frontières de l'existence du contrat, et notamment pour traiter des dommages résultant de fautes commises en amont de sa conclusion, elle peut sembler en revanche quelque peu artificielle face à des dommages qui, bien que subis en lisière du contrat, résultent d'une inexécution contractuelle[1950]. Pourtant, dès lors que celui ou celle qui subit les conséquences de cette inexécution n'a pas consenti à l'accord duquel est née l'obligation violée, et ne peut être qualifié de partie au contrat, la subsidiarité de la clause générale, qui impose en principe le rejet de la compétence délictuelle en dehors des situations contractuelles, impose ici la responsabilité délictuelle comme remède à l'inexécution d'un contrat. Cette compétence subsidiaire est alors fondée sur l'idée qu'étranger au contrat, le tiers ne doit en aucun cas en subir les contraintes, réservées aux parties à l'origine de ces obligations nouvelles – c'est le principe de l'effet relatif du contrat – ; il ne peut ainsi en aucun cas être soumis au régime de responsabilité contractuelle. Lorsqu'il souffre de l'inexécution du contrat, ce tiers, situé en dehors du cercle contractuel, constitue une porte d'entrée de la responsabilité délictuelle au cœur du contrat. L'identification de la victime des dommages comme un tiers à la relation contractuelle permet ainsi à la responsabilité délictuelle de se frayer un chemin au cœur du contrat.

499. Les contours de l'immixtion. Cette situation particulière constitue ainsi le terrain d'une compétence forcée de la responsabilité délictuelle aux marges de son exécution, ou plutôt de son inexécution, compétence qu'il faudra alors justifier et dont

[1950] V. Ph. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité délictuelle pour manquement contractuel : quelle perspective en l'absence de réforme ? », in *Écrits sans esprit de système, Mélanges en l'honneur de Philippe Delebecque*, Dalloz, 2024, p. 962 et s. L'auteur introduit ses propos en rappelant que « L'idée d'une responsabilité délictuelle pour manquement contractuel ne tombe pas sous le sens ».

il faudra préciser les contours. Mais soumise à la force d'attraction du contrat, n'ayant comme assise que la seule extranéité de la victime au cercle contractuel, la compétence délictuelle restera toujours fragile, et devra trouver certaines limites, jusqu'à parfois devoir céder devant celle, plus adaptée, de la responsabilité contractuelle. Les conditions de cette immixtion de la responsabilité délictuelle au cœur du contrat devront être précisées (Chapitre I), et son étendue définie (Chapitre II).

Chapitre I. Les conditions de l'immixtion de la responsabilité délictuelle

500. Responsabilité délictuelle et inexécution du contrat. Lorsque de l'inexécution d'une obligation contractuelle découle un préjudice pour un tiers au contrat, un principe devrait en théorie s'opposer à leur compensation : le principe de l'effet relatif des conventions. Au nom de ce principe qui encadre la force obligatoire du contrat, l'accord de volontés ne peut engager que ceux qui y ont consenti librement, faisant d'eux des créanciers et débiteurs d'obligations contractuelles ; il ne peut ainsi ni bénéficier, ni nuire à ceux qui n'y sont pas partie, les tiers. C'est ce que rappelle désormais l'article 1199 du Code civil[1951]. La première question qui se pose face à ce dommage n'est alors pas tant celle de la nature délictuelle de la responsabilité, que celle de la possibilité même de compenser un tel dommage, au mépris des barrières posées par la relativité contractuelle[1952]. L'action du tiers contre une partie trouve alors un fondement théorique nouveau : l'opposabilité du contrat par le tiers aux parties. Surgit alors une seconde question : si responsabilité il doit y avoir, celle-ci ne peut-être, en vertu de la qualité de tiers de la victime de l'inexécution contractuelle, contractuelle et sera donc, par défaut, délictuelle. Mais alors comment mettre en œuvre une telle action de nature délictuelle au profit du tiers, sur la base de la violation d'une obligation contractuelle qui, par essence relative, ne produit d'effet qu'entre les parties ? Et à quelles conditions ? C'est dire qu'une fois l'obstacle du conflit entre l'action du tiers en responsabilité et la relativité des obligations contractuelles levé et la compétence délictuelle réaffirmée (Section 1), il faudra encore dessiner les contours de l'action en

[1951] L'article 1199 du Code civil remplace désormais, depuis la réforme du droit des obligations de 2016, l'ancien article 1165 et énonce en son premier alinéa que « le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties », avant de préciser la portée de cette affirmation : « Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter […] ».
[1952] G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit*., n° 346 et s. L'auteur rappelle qu'au nom du respect de l'effet relatif des conventions, la jurisprudence, soutenue par une partie des auteurs, a longtemps refusé que le tiers puisse agir contre une partie au contrat du fait d'un manquement contractuel qui lui serait imputable.

responsabilité délictuelle, confrontée cette fois à la question de la relativité de la faute contractuelle (Section 2).

Section 1. La compétence de la responsabilité délictuelle aux marges de l'exécution du contrat

501. L'action en responsabilité délictuelle du tiers et la relativité des obligations contractuelles. L'action en responsabilité du tiers qui subit un dommage en raison d'un manquement contractuel se heurte à un principe cardinal du droit des contrats, le principe de l'effet relatif du contrat. Ce principe enferme le contrat et les obligations qu'il contient dans un cercle ne comprenant que les parties à l'accord initial, l'isolant ainsi en principe du monde extérieur. Cette relativité des obligations contractuelles constitue le versant subjectif de la force obligatoire qui permet de déterminer non plus seulement le contenu obligatoire du contrat, mais sa portée *rationae personae*. L'effet relatif du contrat est ainsi traditionnellement présenté comme le « troisième corollaire logique du principe d'autonomie des volontés », avec la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat[1953]. De ce principe découle naturellement l'exclusion du tiers du cercle contractuel, auquel les effets du contrat ne s'étendent pas, et avec, en principe, l'impossibilité pour lui de se prévaloir de l'inexécution ou de la mauvaise exécution par l'une des parties de l'obligation qui lui incombe en vertu du contrat. Cet obstacle a pourtant été levé par la jurisprudence, soucieuse de ne pas conférer aux parties à un contrat une immunité excessive lorsque, par leur comportement contractuel, elles nuisent à autrui. La relativité du contrat et des obligations qu'il contient trouverait alors une limite, un correctif, dans l'opposabilité du contrat, cette fois pris comme un fait social. Cette opposabilité du contrat se déclinerait alors en deux branches : une opposabilité du contrat par les parties aux tiers, mais surtout, celle qui soulève le plus de questions, par les tiers aux parties. Cependant, malgré cette brèche ouverte dans la

[1953] V. not. J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3ème éd., 2001, LGDJ, n° 673. Les auteurs citent à ce titre la thèse d'Emmanuel GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, A. Rousseau, 1912.

relativité du contrat par l'action en responsabilité du tiers, c'est bien encore l'exclusion du tiers de la sphère contractuelle par le principe de l'effet relatif qui justifie que son action soit délictuelle et non contractuelle. Si la consécration de l'action du tiers se fait en dépit de la relativité des obligations contractuelles (§1), la nature délictuelle de cette action trouve une justification dans ce principe de l'effet relatif (§2).

§1. La consécration d'une action du tiers en dépit de la relativité des obligations contractuelles

502. Fondements de l'action en responsabilité du tiers. Pour justifier l'action offerte au tiers en réparation du dommage qu'il subit du fait d'une inexécution contractuelle, la doctrine a cherché des moyens de contourner le principe de l'effet relatif des contrats, qui devrait interdire à quiconque n'est pas partie au contrat de se prévaloir de son exécution, comme de son inexécution. La théorie de l'opposabilité du contrat va ainsi s'imposer comme une nuance au principe de l'effet relatif, laquelle permettrait d'expliquer l'extension du fait contractuel au tiers. L'opposabilité du contrat ne permet cependant pas tant d'expliquer cette action en responsabilité du tiers, que la nécessité de réparer un dommage injustement subi, fondement de l'action en responsabilité. À une action fondée sur l'opposabilité du contrat (A), nous préfèrerons donc une action fondée sur la responsabilité (B).

A. Une action fondée sur l'opposabilité du contrat

503. L'isolement du contrat et ses fondements. L'effet relatif du contrat est traditionnellement présenté comme un principe cardinal du droit des contrats qui tend à isoler et enfermer le contrat dans une « bulle » n'incluant que les parties qui y ont consenti. Cet isolement du contrat vise à contenir ses effets obligatoires au sein du

cercle contractuel constitué par les parties[1954], tout autant qu'à protéger les volontés qu'elles y ont exprimé, et les prévisions qui en découlent, d'éventuelles perturbations venues de l'extérieur. Les tiers – ceux qui, par défaut, n'appartiennent pas au cercle des parties – sont tenus à distance du contrat. Et cette exclusion hors de la sphère contractuelle est double : protégés contre une extension, à leur détriment comme à leur bénéfice, des obligations nées du contrat[1955], ils sont en principe également empêchés de s'introduire dans le cercle contractuel pour demander l'exécution ou se plaindre de l'inexécution d'une obligation contractuelle.

Cet enfermement du contrat découle, pour une doctrine traditionnelle, de l'autonomie de la volonté qui, en tant que fondement de la force obligatoire du contrat, permet aux parties de se lier et se soumettre à des obligations nouvelles par leur seule volonté. Ces obligations qui ont pour source la rencontre de volontés individuelles ne peuvent ainsi obliger que ceux qui les ont voulues, et non les tiers à cet accord[1956]. De cette conception omnipotente des volontés contractuelles découle une vision absolue de la relativité des obligations auxquelles elles donnent naissance, plaçant le contrat dans un « splendide isolement »[1957] dont il ne doit pas sortir[1958].

Le déclin de l'autonomie de la volonté, s'il n'a pas entraîné la chute de la relativité contractuelle, ouvrira cependant une première brèche dans cette « forteresse » érigée autour du contrat[1959], dans laquelle s'engouffrera alors le tiers. Cette intrusion

---

[1954] Ce qu'exprime l'article 1103 du Code civil, ancien 1134, alinéa 1er dans cette célèbre formule restée presque inchangée depuis 2016 : « Les contrats tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Le principe de l'effet relatif du contrat s'inscrit ainsi dans la continuité de celui, fondamental, de la force obligatoire des contrats.

[1955] Ce qu'exprimait l'ancien article 1165 du Code civil lorsqu'il énonçait que « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 », et que synthétise plus adroitement le nouvel article 1199 issu de la réforme de 2016 dans cette formule : « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties ».

[1956] S'appuyant notamment sur POTHIER, qui lie lui-même la source de l'obligation contractuelle – la volonté des parties – et sa nécessaire relativité (POTHIER, *Traité des obligations*, éd. Dupin, 1827, n° 87), un consensus semble avoir existé dans la doctrine, encore nourrie du mythe de l'autonomie de la volonté, pour en faire le fondement de la nécessaire relativité contractuelle. V. not. G. MARTY, P. RAYNAUD, *Obligations*, Sirey, t.I, 2ème éd., 1988, n° 260, p.271 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, *Obligations*, vol.1, 5ème éd., n° 419 ; Ch. LARROUMET, *Les Obligations*, 3ème éd., n° 742.

[1957] H. LALOU, « 1382 contre 1165 ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant ou d'un contractant à l'égard des tiers », *D.H.* 1928.69.

[1958] Ce qui donnera lieu à la caricature faite par GOUNOT d'une société contractuelle faite de « millions de petits îlots où règnent en monarques absolus autant de Robinsons Crusoë ». V. E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, A. Rousseau, 1912, p.388.

[1959] F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n° 670, qui constatent que malgré le recul de la théorie de l'autonomie de la volonté, le principe de l'effet relatif s'est maintenu, mais il a perdu son caractère absolu.

du tiers dans la sphère protégée du contrat trouvera une assise théorique dans les fondements alternatifs que la doctrine proposera au principe de l'effet relatif, qui font place dans une certaine mesure à l'extension à certains tiers des effets du contrat : d'abord la sécurité juridique, comprise comme la protection statique des prévisions contractuelles des parties ; ensuite la justice commutative, qui s'attache à la fonction d'échange du contrat[1960]. Mais c'est surtout la révélation par la doctrine de la théorie de l'opposabilité du contrat qui va fournir les raisons d'une prise en compte du tiers par les parties au contrat, justifiant même que ce dernier puisse venir se plaindre des conséquences à son égard d'une inexécution contractuelle.

504. L'opposabilité du contrat et ses fondements. La place faite au tiers dans la sphère contractuelle peut d'abord, tout en venant atténuer le principe de l'effet relatif du contrat, servir celui de sa force obligatoire. La protection des prévisions des parties, cœur du contrat, passe en effet par la possibilité pour celles-ci d'agir contre le tiers qui se serait rendu complice de la violation, par le cocontractant, de son obligation contractuelle. Tenir responsable le tiers qui participe à la violation du contrat, c'est également en sanctionner le caractère obligatoire[1961], et assurer son efficacité[1962]. C'est ainsi que la jurisprudence, soutenue par la doctrine[1963], a très tôt autorisé, dans cette situation, l'action en responsabilité d'une partie contre le tiers. L'élaboration par la doctrine d'un second principe, l'opposabilité du contrat, viendra expliquer et oindre ces solutions d'un fondement théorique[1964], et sera dès lors systématiquement présenté

[1960] V. R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, 2004, n° 51 et s. Il a ainsi été notamment démontré qu'au fondement de nombreuses actions directes accordées au tiers, contractant extrême dans une chaîne ou un groupe de contrats, se trouvent des considérations de justice commutative. V Ch. JAMIN, *La notion d'action directe*, LGDJ, 1991, n° 327.

[1961] J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3ème éd., 2001, LGDJ, n° 724, pour qui « l'opposabilité est un complément nécessaire de la force obligatoire du contrat ».

[1962] F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 675.

[1963] V. G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit*, n° 346 et s. : l'auteur cite à ce titre la thèse de HUGUENEY qui, dès 1910, met en lumière une jurisprudence très favorable à l'action en responsabilité d'une partie contre le tiers qui se serait rendu complice de la violation du contrat. V. P. HUGUENEY, *De la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, Paris, 1910. Elle relève également qu'aucune des diverses études consacrées à ce sujet n'ont par la suite remis en cause l'évidente nécessité d'une telle action contre le tiers.

[1964] V. R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, 2004, n° 3 : l'opposabilité du contrat serait donc une « notion explicative », un principe qui vient tant *expliquer* que *justifier* certains effets du contrat à l'égard des tiers. [C'est l'auteur qui souligne].

comme le pendant naturel de l'effet relatif des contrats[1965]. Au fondement de cette opposabilité du contrat aux tiers, il y a l'idée, formulée par SAVATIER dès 1934[1966], et développée dans deux thèses à sa suite[1967], que si le contrat, acte juridique, ne lie que les parties par la volonté desquelles il est né, il – ou plutôt la « situation juridique »[1968] à laquelle il donne naissance – constitue également un fait social opposable à tous[1969].

Cette assimilation du contrat à un fait ne suffit pourtant pas à expliquer les effets produits par le contrat à l'égard des tiers, son « rayonnement » au-delà des parties. En effet, comme l'ont souligné certains auteurs, « un fait juridique en soi n'est pas créateur de normes, il ne fait que déclencher l'application à une situation particulière d'une norme préexistante »[1970]. Un auteur propose alors d'y substituer la distinction entre le « contenu obligationnel » et la force obligatoire du contrat[1971]. Selon cette distinction, l'accord de volontés donnerait non seulement naissance à des obligations, strictement relatives, qui ne peuvent s'imposer qu'aux parties – le contenu obligationnel – mais également à une norme contractuelle qui viendrait prendre place, comme l'avait suggéré KELSEN, dans l'ordre juridique. La force obligatoire de cette norme

---

[1965] R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, 2004, n° 92 et s. : l'auteur montre comment la doctrine s'est unanimement ralliée à cette distinction, présentée aujourd'hui dans tous les ouvrages comme une évidence.

[1966] R. SAVATIER, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.* 1934, p.525 et s. La vision radicale et étroite de l'effet relatif du contrat du début du XIX^{ème} était cependant déjà remise en cause par DEMOGUE au début du XX^{ème} siècle. V. R. DEMOGUE, *RTD civ.* 1907, p.97 et s. et *Traité des obligations en général*, t.7, 1933, n° 655 et s.

[1967] A. WEILL, *La relativité des conventions en droit privé français*, thèse Strasbourg 1938 ; S. CALASTRENG, *La relativité des conventions,* thèse Toulouse, 1939.

[1968] L'article 1200 du Code civil exprime ainsi, depuis 2016, que « les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat ».

[1969] On trouve cette référence au contrat « fait social » dans divers travaux fondateurs du principe d'opposabilité du contrat. V. A. WEILL, *La relativité des conventions en droit privé français*, thèse Strasbourg 1938, n° 10 et n° 99 ; J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, LGDJ, 1981, n° 33 ; J. DUCLOS, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984, n° 23 et 28 ; R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, 2004 : l'auteur critique cependant l'utilisation du terme « fait social » en lieu et place de « fait juridique » (v. spéc. n° 101). *Adde* H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t.I, 6ème éd., Montchrestien, 1965, n° 144-3. La Cour de cassation elle-même s'est parfois référée à cette idée, pour affirmer l'action en responsabilité du tiers victime de l'inexécution contractuelle. V. not. Com., 18 décembre 2012, n° 11-25.567, *RDC* 2013.915, obs. J.-S. BORGHETTI ; *RDC* 2013.533, obs. Y.-M. LAITHIER ; *D.* 2013.746, obs. R.BOFFA. Selon la Cour, « si un tiers peut se prévaloir du contrat en tant que situation de fait, c'est à condition que celle-ci soit de nature à fonder l'application d'une règle juridique lui conférant le droit qu'il invoque ». Romain BOFFA note d'ailleurs dans ses observations sous l'arrêt la ressemblance entre cette formule et la thèse soutenue par Robert WINTGEN.

[1970] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p.771 et s., n° 52, citant lui-même sur ce point P. AMSELEK, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », in *La pensée de Charles Eisenmann,* Economica, 1986, p.36-37. *Adde* sur cette critique, R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, 2004, n° 96.

[1971] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *op. cit.*

dépasserait alors le cercle des parties pour s'imposer à tous, y compris aux tiers qui peuvent donc être tenus responsables de sa violation.

Bien que séduisante à de nombreux égards, la théorie de la norme contractuelle ne permet cependant pas davantage que celle de l'opposabilité d'un contrat pris comme fait social, de prendre en compte la situation particulière du tiers victime de l'inexécution du contrat. Lorsque le tiers agit en responsabilité contre une partie ayant violé son engagement contractuel, ce n'est en effet plus de la force obligatoire de la norme contractuelle dont il s'agit, mais bien du caractère obligatoire, pour les parties, du contenu du contrat, dont l'une des parties s'est écartée. C'est cette question de l'action du tiers contre la partie à l'origine de l'inexécution qui lui a été dommageable qui occupera majoritairement la doctrine et soulève encore aujourd'hui les questions les plus délicates au regard de l'effet relatif du contrat, puisque l'octroi d'une telle action revient en quelque sorte à ce que le tiers puisse indirectement réclamer le bénéfice de l'exécution d'un contrat auquel il est étranger.

Les théories tirées du contrat – opposabilité du contrat comme fait social ou théorie de la norme contractuelle – ne permettent pas de justifier l'action en responsabilité du tiers victime de l'inexécution du contrat. Seules des considérations propres à la responsabilité permettront de fonder une telle action du tiers.

B. Une action fondée sur la responsabilité

505. Une action du tiers fondée sur la responsabilité. Malgré l'absence de fondements théoriques suffisants, la jurisprudence a très tôt répondu au souci de ne pas laisser le tiers victime de l'inexécution du contrat sans compensation, et de ne pas ainsi offrir aux parties une forme d'immunité contractuelle qui leur permettrait de nuire impunément aux tiers[1972]. L'action en responsabilité délictuelle du tiers contre une partie, bien que perçue comme une entorse au principe de l'effet relatif des

[1972] G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit.* , n° 346.

conventions[1973], est ainsi admise très tôt par la jurisprudence[1974]. Elle se justifiera, sous la plume de nombreux auteurs, et jusque dans de récents attendus de la Cour de cassation[1975], par l'idée que pour le tiers, le contrat ne constitue pas seulement un acte juridique dont il est exclu, mais crée une « situation de fait » dont il peut se prévaloir pour « fonder une action en responsabilité délictuelle », lorsque celle-ci lui cause un préjudice. L'action du tiers contre la partie n'ayant pas exécuté son obligation contractuelle découlerait donc, elle aussi, du principe d'opposabilité du contrat, ou plutôt de la situation juridique qui en résulte, cette fois par le tiers aux parties. C'est d'ailleurs ainsi qu'elle est désignée dans la plupart des ouvrages, comme la réciproque de l'action d'une partie contre le tiers complice de la violation du contrat – la seconde facette de l'opposabilité du contrat[1976].

Les raisons d'être de ces deux actions présentées comme deux correctifs, complémentaires, à l'effet relatif des contrats, divergent pourtant sensiblement : tandis que l'action offerte aux parties contre le tiers complice de la violation du contrat sort le contrat de son isolement pour en protéger le cœur, les prévisions contractuelles, et

---

[1973] G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit.,* n° 346. L'auteur rappelle qu'à l'époque même où la jurisprudence a commencé à admettre l'action du tiers, certains arrêts, ainsi qu'une partie de la doctrine, refusaient catégoriquement l'action du tiers contre la partie à l'origine de la mauvaise exécution du contrat, au nom de l'effet relatif des conventions. V. not. Civ., 18 novembre 1895, *D.* 1896.1.16 ; Civ., 17 juillet 1869, *D.P.*1869.1.350 ; Civ., 11 mars 1940, *Gaz. Pal.* 1940.2.15 ; *RTD civ.* 1941.267. *Adde* A. WEILL, *La relativité des conventions en droit privé français*, thèse Strasbourg 1938, n° 275 : l'auteur montre l'évolution de la jurisprudence au XIX[ème] siècle quant à l'obstacle tiré de la relativité contractuelle à l'action du tiers.

[1974] V. Cass. Req., 23 février 1897, *S.* 1898.1.65, note ESMEIN ; Cass. Req. 9 mars 1936, *D.H.* 1936.233 ; Cass. Req, 8 mars 1937, *D.P* 1938.1.76, note R.SAVATIER ; Cass. Req., 7 octobre 1940, *D.H.* 1940.180, cités par G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit*., n° 346.

[1975] V. not. Com., 1[er] juillet 2003, n° 99-17.183, cité par G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité*, *op. cit.,* n° 346. L'auteur note une formule récurrente dans la jurisprudence relative à l'action en responsabilité du tiers : « L'effet relatif des contrats n'interdit pas aux tiers d'invoquer la situation de fait créée par les conventions auxquelles ils n'ont pas été parties si cette situation de fait leur cause un préjudice de nature à fonder une action en responsabilité délictuelle ».

[1976] V. not. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.,* n° 675 : « […] opposable aux tiers par les parties, la situation juridique née du contrat l'est aussi *par les tiers aux parties* ». (Ce sont les auteurs qui soulignent). Même sans directement évoquer le principe d'opposabilité du contrat et ses deux versants, l'action en responsabilité du tiers contre une partie du fait de l'inexécution du contrat est présentée comme le miroir de la responsabilité du tiers complice de la violation du contrat à l'égard des parties. V. not. H. LALOU, « 1382 contre 1165 ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant et d'un contractant à l'égard des tiers », DH 1928.69, spéc. p.72 : « Dans les deux cas, l'article 1382 bouleverse l'article 1165 […] une convention peut être invoquée contre un tiers comme source de responsabilité délictuelle de celui-ci ; elle peut être invoquée par un tiers comme source de responsabilité délictuelle d'un des contractants à son égard » ; A.WEILL, *La relativité des conventions en droit privé français*, thèse Strasbourg 1938, n° 276 : l'auteur évoque « l'existence d'une solution symétrique à celle de la responsabilité du tiers qui s'est associé à la violation du contrat » ; H. et L.MAZEAUD, A.TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t.I, 6[ème] éd., Montchrestien, 1965, n° 144-3 : « Si, dans certains cas, un tiers peut se prévaloir de l'existence d'un contrat, réciproquement les parties peuvent parfois opposer à un tiers le fait de l'existence du contrat ».

offrir un appui à sa force obligatoire, l'action offerte au tiers vient plutôt remédier à l'isolement de ce dernier, privé d'action contractuelle, pour ne pas le laisser démuni de recours face au dommage subi. Alors que la première prend source dans des principes contractuels, l'autre est imprégnée d'une logique issue de la responsabilité, la logique de réparation. C'est cette idéologie de la réparation propre à la responsabilité qui impose que le tiers puisse agir contre la partie dont le comportement est à l'origine de son dommage, tandis que la logique contractuelle, centrée sur la protection des prévisions de ceux qui consenti à l'accord, n'a en soi aucune considération pour le dommage subi par le tiers. L'action du tiers contre les parties ne se fonde ainsi pas tant sur le contrat et son éventuelle opposabilité, qui étendrait les effets de la norme contractuelle au-delà du cercle des parties, que sur la responsabilité délictuelle, « règle d'élémentaire d'équité et d'ordre public » qui doit ainsi prévaloir sur « le principe égoïste formulé par l'article 1165 [ancien] »[1977]. Elle est établie chaque fois que sont réunies les conditions d'une action en responsabilité délictuelle[1978], ce que semble en réalité affirmer la jurisprudence lorsqu'elle évoque une « situation de fait » qui « cause un préjudice de nature à fonder une action en responsabilité délictuelle » – action qui précède d'ailleurs, en jurisprudence, les diverses théories ayant permis de justifier une opposabilité du contrat par les tiers aux parties.

C'est donc sans remettre en cause la relativité contractuelle que le tiers agit en responsabilité du fait de l'inexécution du contrat, puisqu'il agit alors « en qualité de victime d'un préjudice et pas, comme le principe de l'effet relatif l'exclut, comme le créancier d'une obligation engendrée par un contrat qu'il n'a pas conclu »[1979]. L'action du tiers contre une partie au contrat n'est pas théoriquement empêchée par la relativité

[1977] H. LALOU, « 1382 contre 1165 ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant ou d'un contractant à l'égard des tiers », *op. cit.*, spéc. p.72. Et l'auteur de conclure : « L'article 1165 ne peut mettre en échec cet article-roi qu'est l'article 1382 ».

[1978] C'est également la conclusion à laquelle semble aboutir Robert WINTGEN qui, après avoir critiqué la théorie de l'opposabilité du contrat-fait, conclut que le tiers « victime d'un dommage, qui demande réparation ne s'appuie pas sur le contrat, loi des seules parties, mais sur les règles de la responsabilité ». V. R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, *op. cit.*, n° 118. *Adde* J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 726 : dans un chapitre dédié à l'étude du principe d'opposabilité, les auteurs en présentent rapidement les « deux aspects », que sont « l'opposabilité du contrat par les tiers aux parties et l'opposabilité par les parties aux tiers », avant d'annoncer que seul le second serait étudié, le premier se « réduisant généralement à une question de responsabilité ».

[1979] D. MAZEAUD, « Le contrat et les tiers dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », in J. CARTWRIGHT, S. VOGENAUER, S. WHITTAKER (dir.), *Regards comparatistes sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, Société de législation comparée, 2010, p. 231 et s., spéc. p. 245.

contractuelle, qui ne fait que définir le cercle des débiteurs et créanciers contractuels, pas plus qu'elle ne se fonde sur un principe d'opposabilité du contrat, ou sur la relativité contractuelle elle-même, comme ont pu l'avancer certains auteurs[1980]. Elle trouve sa source dans la réunion des conditions de l'action en responsabilité délictuelle.

506. La réunion des conditions de l'action en responsabilité délictuelle. La relativité des obligations contractuelles doit ainsi être comprise de manière restrictive, comme prescrivant que seules les parties puissent être faites débiteur et créancier par le contrat, et prohibant toute action en exécution contractuelle au bénéfice du tiers. Elle ne peut cependant écarter l'action en responsabilité de celui qui, du fait de l'inexécution contractuelle par une partie, subit un dommage, dès lors que les conditions de cette action sont réunies.

Certains auteurs objectent à cela que si le tiers peut se prévaloir de la mauvaise exécution du contrat dès lors qu'elle lui cause directement un dommage, il pourrait tout aussi bien se prévaloir de sa bonne exécution, dès lors qu'elle lui nuit[1981]. C'est cependant mal comprendre le fondement de l'action du tiers, qui ne s'impose pas du seul fait que le dommage soit causalement relié à un comportement contractuel quel qu'il soit, ou à la seule existence d'une situation contractuelle[1982]. En réalité, cette

---

[1980] Une lecture originale de l'ancien article 1165 a notamment été apportée par le conseiller rapporteur Pierre SARGOS au soutien d'une argumentation visant à disqualifier la relativité de la faute contractuelle, dans le cadre d'une affaire de dommage causé au tiers par l'inexécution d'un contrat portée devant la première Chambre civile. (Civ.1ère, 18 juillet 2000, n° 99-12.135). Le conseiller s'appuie sur l'idée que le contrat ne doit pas « nuire » au tiers pour affirmer que « si une convention nuit à un tiers du fait de son exécution défectueuse, il a droit à réparation ». V. P. SARGOS, « L'obligation de surveillance des établissements psychiatriques privés est fonction de l'état du patient », *JCP* 2000.II.10415. Cette lecture discutable de l'ancien article 1165 du Code civil semble pourtant avoir été reprise par la Cour de cassation dans le récent arrêt rendu en Assemblée plénière qui réitère la solution de 2006 quant à l'identité des faits générateurs contractuel et délictuel, comme nous le verrons ultérieurement.

[1981] Cette objection est notamment soulevée par Robert WINTGEN dans sa thèse, pour rejeter l'assimilation des fautes délictuelle et contractuelle. V. R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité. Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, *op. cit.*, n° 332. *Adde* M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 120.

[1982] Comme ont pu le laisser entendre certains auteurs, très critiques envers l'absolutisme du principe de l'effet relatif des conventions au début du XXème siècle. V. R. SAVATIER, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.* 1934, p.544 et s., spéc. p.554 : l'auteur insiste en effet sur l'idée que bien que le contrat ne soit que l'occasion des droits reconnus aux tiers, « sans lui, le délit qu'on reproche au débiteur n'aurait pas eu lieu. Le contrat se présente comme un évènement indispensable à l'origine du droit qui appartient aux tiers ». *Contra*, A. WEILL, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz, 1938, n° 281 : l'auteur refuse l'affirmation selon laquelle le contrat produirait des effets à l'égard des tiers, et détache l'action en responsabilité du tiers de ce dernier. Au fondement de l'action du tiers, il n'y a pas le contrat, mais la faute commise par un contractant à l'occasion du contrat. Il précise par ailleurs, au n° 273, que la seule conclusion du contrat qui nuit au tiers ne suffit pas, encore faut-il que celle-ci ait été accompagnée d'une intention malveillante à son égard.

action s'impose en raison de la nature de l'acte à l'origine du dommage – ici l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat – qui constitue en soi la violation d'une norme, et donc un fait illicite[1983], mais elle découle surtout bien souvent d'un comportement du débiteur qui s'écarte du standard attendu d'une personne prudente et diligente[1984]. Que cette norme soit relative, et que la « faute contractuelle » qui résulte de sa violation doive l'être aussi, c'est une autre question que nous envisagerons ultérieurement[1985].

Le tiers victime de l'inexécution du contrat dispose donc, contre l'auteur de ce manquement, d'une action en responsabilité. La nature délictuelle d'une telle action s'impose en principe du fait de la relativité des obligations contractuelles.

§2. La nature délictuelle de l'action du tiers en raison de la relativité des obligations contractuelles

507. Relativité et compétence contractuelle. Dans le prolongement de l'opposabilité du contrat, qu'elle soit fondée sur la théorie du contrat-fait, ou sur l'idée d'une norme contractuelle dont la force obligatoire s'impose aux tiers, on aurait pu penser que la compétence contractuelle doive elle aussi être étendue à l'action en responsabilité du tiers. L'effet relatif qui a notamment pour fonction de protéger le contrat, acte de prévision, contre toute perturbation extérieure, pourrait ainsi commander que la responsabilité contractuelle, régime spécial de responsabilité dont les règles dérogatoires du droit commun visent à préserver les prévisions contractuelles, soit la seule compétente pour régir la responsabilité d'une partie pour inexécution de son obligation contractuelle, quand bien même l'action est intentée par un tiers. L'extension de la responsabilité contractuelle aurait par ailleurs pour vertu de gommer la disparité de traitement entre tiers et partie au contrat, cette dernière se retrouvant

[1983] V. J. GHESTIN, Ch. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, *op. cit.*, n° 725, spéc. p. 771. L'auteur rejette l'idée d'une opposabilité de la convention qui pourrait mener à la responsabilité des parties pour bonne exécution du contrat, dès lors que cette exécution aurait causé un dommage à un tiers : « […] les parties ont l'obligation d'exécuter le contrat qui leur tient lieu de loi (art. 1134) ; on voit donc difficilement comment elles pourraient engager leur responsabilité pour avoir respecté des obligations qui, par définition, ont été légalement formées ».
[1984] V. *infra*, n° 519 et s.
[1985] V. *infra*, n° 501 et s.

soumise, pour le même fait générateur, aux contraintes de la responsabilité contractuelle.

508. Relativité et compétence délictuelle. Pourtant lorsque l'inexécution du contrat cause un dommage à un tiers, la relativité des obligations contractuelles continue de faire obstacle à l'extension de la compétence contractuelle au tiers. Cette compétence de la responsabilité contractuelle, fondée sur l'inexécution d'une obligation née du contrat, reste liée par la relativité de celle-ci, qui n'est due en principe qu'entre les parties. Ainsi, alors que l'effet relatif du contrat, dépouillé de son caractère absolu par une doctrine convaincue de l'opposabilité du contrat, ne s'oppose pas à l'action en responsabilité du tiers contre une partie, la relativité des obligations contractuelles nées de ce contrat constitue, elle, un obstacle dirimant à la compétence de la responsabilité contractuelle, qui l'empêche de s'étendre au-delà de son domaine spécial et dérogatoire du droit commun[1986]. La responsabilité contractuelle, régime d'exception fondée sur l'inexécution contractuelle, doit ainsi en principe rester cantonnée aux parties[1987].

L'effet relatif des obligations contractuelles, en faisant barrage à l'extension de la responsabilité contractuelle au tiers, déclenche ainsi la compétence subsidiaire de la responsabilité délictuelle, qui s'impose alors comme le seul remède à disposition du tiers qui, bien qu'exclu du cercle contractuel, peut demander compensation d'un dommage injustement subi. La logique de la responsabilité délictuelle s'impose à celle issue du contrat et du respect des prévisions contractuelles, puisque ce n'est pas sur le fondement du manquement contractuel « envisagé en lui-même » que le tiers agit, mais sur le « fait dommageable » qu'il constitue à son égard, et il ne cherche pas tant à

[1986] V. *supra*, n° 259 et s.
[1987] Pour une exception liée à l'existence d'un groupe de contrats, v. *infra*, n° 558 et s.

« réclamer indirectement à son profit le bénéfice du contrat »[1988], qu'à engager la responsabilité de celui par le fait duquel son dommage a été causé[1989].

La jurisprudence affirme ainsi, depuis presqu'un siècle, et de manière constante, le principe d'une nature délictuelle de l'action du tiers contre une partie au contrat[1990]. Elle l'a parfois affirmé dans des termes qui évoquent nettement cette vocation subsidiaire de la clause générale et des articles du Code qui la fondent qui « reprennent leur empire au regard des tiers étrangers au contrat »[1991]. C'est ainsi paradoxalement en raison de la relativité des obligations contractuelles que la responsabilité délictuelle s'introduit, par le biais du tiers, au cœur du contrat. Et c'est cette relativité qui, plaçant les parties dans une situation particulière et distincte des tiers, justifie la disparité de traitement que l'intervention de la responsabilité délictuelle entérine entre tiers et parties.

509. Conclusion de section. Contrairement à la responsabilité précontractuelle, la nature délictuelle de l'action offerte au tiers en réparation du dommage qu'il subit du fait d'une inexécution contractuelle a fait l'objet de débats au sein de la doctrine. Une fois la possibilité même d'une telle action en responsabilité acquise, la logique du contrat, et en particulier le principe de l'effet relatif des obligations qu'il crée, a pu être invoqué pour justifier tout à la fois que l'action du tiers soit soumise au régime

---

[1988] M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDJ, 1996, n° 189 : l'auteur souligne que l'argument du respect des prévisions contractuelles ne convainc pas face à la faute « simplement contractuelle », autrement dit lorsque la violation de l'obligation contractuelle n'aboutit pas seulement à priver d'un avantage attendu du contrat, mais se double d'une faute délictuelle. En ce cas, le débiteur « sait que sa défaillance contractuelle vis-à-vis du créancier peut se doubler d'une défaillance délictuelle envers les tiers ». Même si le critère de la faute simplement contractuelle ne nous semble pas suffisant, l'idée selon laquelle vis-à-vis de certains tiers, ou certains dommages, les prévisions contractuelles ne sont pas déjouées par la responsabilité délictuelle nous convaincante.

[1989] G. WICKER, « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *RDC* 2007, p.593 et s. Et l'auteur de poursuivre : « Le manquement [contractuel] est ainsi source de responsabilité, non parce qu'il est une inexécution de la promesse, mais parce qu'il est un fait dommageable, un fait qui a rendu la situation contractuelle dommageable au tiers qui l'oppose à son auteur ».

[1990] V. Civ., 22 juillet 1931, *DH* 1931.506, cité notamment à la fois dans l'avis du premier avocat général Jean-Richard DE LA TOUR et dans le rapport du conseiller Anne-Catherine MONGE relatif à l'arrêt rendu en Assemblée plénière le 13 janvier 2020 qui, entre autres choses, réaffirme cette compétence délictuelle. Dans cet arrêt de principe rendu en 1931, la Cour affirme que « si dans les rapports des parties entre elles, les dispositions des articles 1382 et 1383 [*anciens*] du code civil ne peuvent en principe être invoquées pour le règlement de la faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un engagement contractuel, elles reprennent leur empire au regard des tiers étrangers au contrat ».

[1991] V. not. Civ.1ère, 22 juillet 1931, *DH* 1931.506 : « Attendu que si dans les rapports entre elles, les dispositions des articles 1382 et 1382 du code civil [anciens] ne peuvent en principe être invoquées pour le règlement de la faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un engagement contractuel, elles reprennent leur empire au regard des tiers étrangers au contrat ».

contractuel, par souci de protection des prévisions, ou au contraire au régime délictuel, par souci de préservation des intérêts des tiers, en principe exclus de la sphère contractuelle. L'existence de la responsabilité contractuelle, régime de responsabilité de droit spécial, et donc d'exception, est en effet fondée sur le souci de respecter les prévisions des parties au contrat. Ce fondement exclut en principe qu'elle soit étendue au tiers, dont les prévisions quant à la réparation de son dommage se situent justement en dehors de tout contrat, et des éventuelles limites de responsabilité qu'il contiendrait. Si la nature de l'action du tiers semble ainsi acquise, les conditions de sa mise en œuvre sont l'objet d'une vive controverse en doctrine.

Section 2. Les conditions de l'action en responsabilité délictuelle aux marges de l'exécution du contrat

510. Une action en responsabilité délictuelle fondée sur le manquement contractuel. Si la possibilité même d'une action en responsabilité du tiers contre une partie au contrat du fait d'un manquement contractuel naît de la logique de réparation propre à la responsabilité civile, sa mise en œuvre sera nécessairement marquée par la nature contractuelle du fait qui est au fondement de cette action, le manquement contractuel. Elle se fera ainsi à des conditions qui, bien que propres à l'action en responsabilité, devront prendre en compte certaines exigences venues du droit des contrats. Car si la relativité du contrat et des obligations qu'il contient ne fait pas obstacle à cette action du tiers, la relativité du manquement contractuel qui en découle questionne la caractérisation du fait générateur délictuel : le tiers doit-il prouver une faute délictuelle détachable du contrat, indépendante du manquement contractuel, ou la seule preuve de ce dernier suffit-elle au succès de son action ?

La doctrine reste divisée sur la réponse à donner à cette question, entre partisans d'une assimilation ou identité des faits générateurs délictuel et contractuel, et défenseurs d'une vision stricte de la relativité de la faute contractuelle. La jurisprudence semble, quant à elle, avoir définitivement tranché en faveur d'une assimilation des faits générateurs. Il nous semble néanmoins que les termes du débat

ne se situent pas réellement entre identité ou distinction des faits générateurs, mais doivent plutôt être pensés à la lumière de la relation particulière qui unit les régimes contractuel et délictuel de responsabilité, en tenant compte d'un phénomène qui a débuté bien avant que la Cour de cassation ne prenne une position de principe en 2006. Après avoir exposé le débat doctrinal et l'évolution jurisprudentielle sur la question (§1), nous montrerons comment l'absorption, en pratique, du fait générateur contractuel par le fait générateur délictuel[1992] a mené aux solutions actuelles (§2).

§1. Le débat sur la relativité ou l'assimilation du fait générateur contractuel

Le débat sur les conditions de l'action en responsabilité délictuelle offerte au tiers a suscité des passions au sein de la doctrine, particulièrement autour de la question du fait générateur. Si la doctrine s'est presqu'unanimement opposée à l'affirmation progressive, par la jurisprudence, de l'identité des faits générateurs (A), ce désaccord apparaît aujourd'hui insurmontable, accentué par une lecture catastrophiste de la jurisprudence par la doctrine (B).

A. L'opposition de la doctrine à l'affirmation de l'identité des faits générateurs

511. Le plaidoyer pour la relativité de la faute contractuelle. De la relativité du contrat et des obligations contractuelles, nécessaires à la protection des prévisions contractuelles contre les intrusions extérieures, découle une nécessaire relativité du manquement contractuel. Le manquement par une partie à son obligation née du contrat ne peut en effet entraîner la responsabilité de ce débiteur défaillant qu'à l'égard de celui qui, seul, devait bénéficier de son exécution. L'obligation contractuelle n'étant due qu'à son créancier, lui seul est fondé à en demander l'exécution et, par extension, à se plaindre de son inexécution. Pour finir de refermer le cercle contractuel autour des parties et garantir que leurs prévisions ne soient pas déjouées, la responsabilité

[1992] Sur ce phénomène, v. *supra*, n° 136 et s.

contractuelle prendra en charge l'éventuelle indemnisation du créancier lésé, autorisant notamment le jeu des clauses de responsabilité que les parties ont pu introduire dans leur accord. L'intrusion du tiers qui, souffrant également de cette inexécution contractuelle, est fondé, en vertu des règles propres à la responsabilité, à demander réparation de son dommage, ne pourrait alors être tolérée qu'à condition qu'il apporte la preuve, au-delà du seul manquement contractuel, d'une véritable faute délictuelle « détachable du contrat », une faute distincte du seul manquement contractuel[1993]. C'est seulement à cette condition que l'équilibre entre l'impossibilité pour le tiers de bénéficier des avantages contractuels au nom de la relativité contractuelle, et la nécessité, au nom de la responsabilité, de ne pas laisser sa situation être injustement dégradée du fait du contrat, pourrait être maintenu. Il ne s'agit pas tant, pour le tiers, de s'appuyer sur des éléments de faits totalement étrangers au manquement contractuel, mais plutôt de caractériser, dans le comportement du débiteur, quelque chose de plus qu'une seule défaillance contractuelle : la violation d'un « devoir général », du par chacun à tous, de « prudence et de diligence ».

Au début du XX^{ème} siècle, avec l'affirmation progressive de l'action délictuelle du tiers, la doctrine semble avoir majoritairement défendu cette vision stricte de la relativité contractuelle, seul rempart contre une immixtion excessive du tiers dans les affaires des parties[1994]. La preuve d'une faute délictuelle écarte en effet le risque de voir le tiers obtenir le droit, à l'instar du débiteur, de réclamer la bonne exécution du contrat. L'exemple choisi pour illustrer une telle situation est très souvent celui d'un manquement contractuel qui constituerait, par la même occasion, un manquement à une obligation de sécurité, ayant ainsi causé au tiers un dommage corporel. Prolongeant ainsi l'idée défendue par le doyen CARBONNIER que les histoires de morts d'hommes et de bras cassés n'ont rien à faire avec le contrat[1995], cette doctrine semble surtout

---

[1993] V. not. G. VINEY, *Traité de droit civil*, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, LGDJ, n° 351.
[1994] V. not. R. SAVATIER, « Le prétendu principe de l'effet relatif du contrat », *op. cit.*, spéc. p. 544 : « la faute délictuelle n'est évidemment pas établie […] par la simple inexécution de l'obligation », H. LALOU, *La responsabilité civile, Principes élémentaires et applications pratiques*, 2ème éd., Dalloz, 1932, n° 406 : « les tiers ne peuvent se prévaloir d'une faute contractuelle ni en être incriminés ».
[1995] J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, 22ème éd., PUF, 2000, p.520 : pour qui il est « […] artifice que de faire entrer là-dedans [la responsabilité contractuelle] des bras cassés et des morts d'hommes ; les tragédies sont de la compétence des articles 1382 et suivants ». Si l'auteur ne se préoccupe pas de l'action du tiers en responsabilité, mais plutôt du domaine de la responsabilité contractuelle, l'idée que le dommage corporel ne puisse être pris en charge que par la seule responsabilité délictuelle irrigue celle défendue par les tenants de la relativité de la faute contractuelle selon laquelle le dommage corporel subi par le tiers caractériserait nécessairement une faute délictuelle.

souligner l'existence de fait d'une hiérarchie des intérêts protégés, au sommet de laquelle trônerait l'intégrité corporelle[1996]. Une telle théorie, qui aboutit à exclure systématiquement l'obligation de sécurité du champ contractuel, n'est pas forcément opportune, bien que dans l'air du temps[1997]. Par le choix récurrent de ce seul exemple de la violation d'une obligation de sécurité, la doctrine démontre par ailleurs involontairement les limites d'une telle vision, qui réserverait l'action du tiers au seul dommage corporel. Dans son sillage, la jurisprudence a longtemps été unanime sur cette exigence d'une « faute délictuelle envisagée en elle-même indépendamment de tout point de vue contractuel »[1998]. Cette unité jurisprudentielle va pourtant progressivement se fissurer, jusqu'à l'affirmation solennelle, en 2006, puis en 2020, d'une identité des faits générateurs contractuel et délictuel.

512. L'affirmation progressive de l'identité des faits générateurs contractuel et délictuel en jurisprudence. Malgré une position en apparence unanime et forte de la Cour de cassation, le contrôle opéré par les juges de la preuve d'une faute délictuelle s'est « progressivement relâché », ne laissant peu à peu subsister de cette exigence qu'une simple formule de style[1999], chaque manquement contractuel constituant en pratique déjà une faute délictuelle[2000]. L'harmonie apparente des solutions entre les

---

[1996] V. not. M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 262 à 275 : l'auteur montre, à travers une analyse de la jurisprudence relative à la caractérisation du lien de causalité et du fait générateur de responsabilité face à un dommage corporel, que ce type de dommage bénéficie d'une forme de traitement de faveur, les magistrats se montrant alors plus cléments.

[1997] L'article 1233-1, alinéa 1er du projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 prévoit en effet que les préjudices qui résulteraient d'un dommage corporel seront systématiquement réparés sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, quand bien même ils auraient été causés « à l'occasion de l'exécution du contrat ». Cette exclusion de principe du dommage corporel du champ contractuel ne figure plus dans la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile présentée au Sénat en juillet 2020. Elle y est remplacée par l'ouverture d'une option, en cas de dommage corporel, au bénéfice de la victime : celle-ci peut opter, par dérogation exceptionnelle au principe de non-cumul, en faveur de la responsabilité extra-contractuelle. Le schéma est donc inverse, et revient à un schéma plus classique : la compétence de principe reste celle de la responsabilité contractuelle en cas d'inexécution du contrat. Pour une critique de cette exclusion systématique du dommage corporel du champ de la responsabilité contractuelle, v. *supra,* n° 273 et s.

[1998] Civ.1ère, 7 novembre 1962, *Bull. civ*. I, n° 405 ; *JCP* 1963.II.12987, note P. ESMEIN. Cette formule sera reprise maintes fois par les diverses chambres de la Cour de cassation pour affirmer, parfois seulement de façade, la nécessité de la preuve d'une faute délictuelle caractérisée en dehors du seul manquement contractuel. V. not. Civ.3ème, 15 octobre 1970, *Bull. civ. I*, n° 515 ; Civ.3ème, 18 avril 1972, *Bull. civ.* II, n° 233 ; Civ.1ère, 23 mai 1978, *Bull. civ.* I, n° 201.

[1999] V. G. VINEY, *Traité de droit civil*, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit*, n° 351, qui cite sur ce point J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, op. cit.,* n° 644 ; M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, 3ème éd. 2016, Economica, n° 81.

[2000] Ce glissement avait déjà été remarqué par G. DURRY, *RTD civ.* 1973, p.129 et s. et *RTD civ.* 1974, p.815 et s. qui faisait le constat que, dans le jurisprudence, « une faute contractuelle est, en même temps, une faute délictuelle à l'égard des tiers ». *Adde*, du même auteur, *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*, Cours McGill, 1986, n° 95 et s.

chambres de la Cour de cassation a peu à peu laissé place à une nette opposition entre la chambre commerciale, qui, seule, continua d'exiger la preuve d'une faute délictuelle indépendante du manquement contractuel[2001], et la première chambre civile qui, au visa des articles 1165 et 1382 anciens du Code civil, se mit à régulièrement affirmer que « les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage »[2002], et plus encore « sans avoir à rapporter d'autre preuve »[2003]. La première chambre civile reprend à son compte la doctrine de l'assimilation des faits générateurs, et est suivie, bien que de manière moins explicite, par les deuxième et troisième chambre civile[2004]. L'abandon progressif par la Cour de cassation de cette exigence d'une faute délictuelle détachable du contrat va de pair avec un attachement de plus en plus marqué de la doctrine à la relativité de la faute contractuelle, doctrine qui, dès la deuxième moitié du XX^{ème} siècle, va se montrer très critique à l'égard des résultats produits par cette nouvelle jurisprudence[2005]. Les auteurs, dénonçant dans cette jurisprudence une atteinte à la relativité contractuelle, insistent surtout sur les disparités de traitement auxquelles cette assimilation de la faute délictuelle au manquement contractuel aboutit entre les parties, soumises aux limitations de responsabilité prévues par la convention, et les tiers qui, pour un même dommage, sont autorisés à s'en défaire. Le traitement différencié de deux situations qui apparaissent pourtant en fait identiques, celle du créancier contractuel et celle du

---

[2001] La chambre commerciale de la Cour de cassation insistait en effet sur le fait qu'un « tiers ne peut, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, se prévaloir de l'inexécution du contrat qu'à la condition que cette inexécution constitue un manquement à son égard au devoir général de ne pas nuire à autrui ». Com., 5 avril 2005, *Bull. civ. I*V, n° 81 ; *RDC* 2005.687, obs. D. MAZEAUD ; *CCC* 2005, n° 149, note L. LEVENEUR ; *RCA* 2005, n° 174, note H. GROUTEL ; *RTD civ.* 2005.602, obs. P. JOURDAIN.

[2002] Civ.1ère, 15 décembre 1998, n° 96-21.905 et n° 96-22.440, *Defrénois* 1999, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1999.623, obs. J. MESTRE.

[2003] Civ.1ère, 18 juillet 2000, n° 99-12.135, Bull. civ. I, n° 221, *JCP* 2000.II.10415, rap. SARGOS ; *RCA* 2000, n° 372 ; *CCC* 2000, n° 175, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2001.146, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2001.2234, note Ph. DELEBECQUE.

[2004] V. not. Civ.2ème, 23 octobre 2003, *Bull. civ.* II, n° 330 ; Civ.3ème, 6 janvier 1999, *Bull. civ*. III, n° 3.

[2005] V. not. G. DURRY, *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*, Cours McGill, 1986, n° 101 : l'auteur, après avoir, avec d'autres, affirmé le principe selon lequel « une faute contractuelle est, en même temps, délictuelle si elle cause un préjudice à un tiers », dévoile dans ce cours son avis critique à l'égard de cette même position, affirmant avoir été à cet égard influencé par la lecture de la thèse de Jérôme Huet. La thèse de Jérôme Huet, qui s'attache à rétablir une distinction stricte entre le fait générateur contractuel et la faute délictuelle, insistant sur la double relativité de la faute contractuelle, quant aux personnes, et quant aux dommages, dont certains seraient qualifiés de « purement contractuels », marque en effet durablement la doctrine sur cette question. V. J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, op. cit.,* n° 612 et s. *Adde* M. ESPAGNON, *La règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse Paris I, 1980, n° 188 et s. ; M. BACACHE, *La relativité des conventions et groupes de contrats,* LGDJ, 1996.

tiers, victimes de l'inexécution contractuelle, constitue en effet l'une des critiques récurrentes de cette jurisprudence[2006]. Cet attachement de la doctrine à une vision stricte de la relativité du manquement contractuel peut d'ailleurs expliquer la lecture minimaliste que de nombreux auteurs feront, au début des années 2000, d'une jurisprudence qui semble pourtant toujours plus affirmée en faveur d'une assimilation des faits générateurs. Au lieu d'y voir l'affirmation progressive d'un principe nouveau, ils entrevoient dans les arrêts rendus par la première chambre civile des circonstances particulières : l'existence, au-delà d'un manquement contractuel, d'une véritable faute délictuelle, et parfois, la position particulière du tiers justifiant de le traiter aux mêmes conditions que la partie lésée[2007].

513. L'énoncé du principe par l'Assemblée plénière. L'existence, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, de ce que les auteurs ont nommé le principe d'assimilation des faits générateur contractuel et délictuel, ne fait pourtant plus vraiment doute au début du XXI[ème] siècle. L'Assemblée plénière, sans définitivement trancher la question, semble s'y rallier dès 2000 lorsqu'elle affirme, dans l'arrêt *Perruche* relatif au préjudice subi par l'enfant né handicapé, que « ce dernier [l'enfant] peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues », et cela au visa des articles 1165 et 1382 anciens du Code civil[2008]. Outre le

---

[2006] V. not. J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.,* n° 480, p. 445 et n° 599 et s., p. 561 et s. L'auteur décline ici, pour analyser les relations des contractants avec les tiers, une idée qui irrigue toute la thèse, et qui est annoncée dès l'introduction : « il faut chercher à soumettre les situations qui sont semblables en fait à des règles juridiques identiques ». V. cet ouvrage, n° 7. *Adde* M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil*, t.5, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, 3[ème] éd., 2016, Economica, n° 88 : l'auteur souligne qu'outre le fait que le tiers puisse agir en responsabilité sur le fondement de l'inexécution contractuelle, sans être soumis aux clauses contractuelles, perturbe les prévisions des parties, cette situation peut aboutir à « mieux traiter le tiers que le créancier cocontractant au profit duquel l'obligation avait été initialement acceptée par le débiteur » et « L'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle réaffirmée par l'assemblée plénière », *D* 2020.394, où le fait que le tiers puisse échapper au régime contractuel « autour duquel le débiteur avait construit l'équilibre de son contrat » est cité comme le premier inconvénient d'une telle jurisprudence. ;
[2007] V. not. sous Ass. plén., 6 octobre 2006, n°05-13.255, arrêt dit *Myr'ho* : Ph. STOFFEL-MUNCK, *JCP* 2007.I.115, spéc. p.20 et « La relativité de la faute contractuelle », *RDC* 2007.587. *Adde* M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil*, t.5, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, 3[ème] éd., Economica, 2016, n° 83 et 84.
[2008]Ass. plén., 17 novembre 2000, n° 99-13.701, *GAJC*, *op. cit.,* n° 222 ; *D*. 2001.332, obs. D. MAZEAUD et P. JOURDAIN ; *JCP G* 2001.II.10438, concl. J. SAINTE-ROSE et note F. CHABAS ; *D.* 2001.489, chron. J.-L. AUBERT ; *D.* 2001.492, chron. L. AYNÈS ; *RTD civ.* 2001.285, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *RTD civ.* 2001.149, obs. P. JOURDAIN ; *LPA* 2000, n° 245, p. 4, note M. GOBERT.

scandale suscité par une telle jurisprudence[2009],et la saga tant législative[2010] que judiciaire[2011] qui en résulta, cet arrêt, confirmé en 2002 par trois arrêts rendus en Assemblée plénière, assoit explicitement l'action d'un tiers, l'enfant, en responsabilité délictuelle contre une partie au contrat, ici le contrat conclu entre le médecin et la mère, du fait de son manquement contractuel. Il ne manquait alors plus que l'énoncé clair et explicite d'un tel principe pour mettre fin au débat et à la discorde entre les chambres, ce à quoi s'employa l'Assemblée plénière dans son célèbre arrêt dit Myr'ho ou Bootshop, rendu en 2006[2012].

Dans cette affaire, la Cour de cassation devait répondre à la question de savoir si le locataire-gérant d'un fonds de commerce pouvait agir contre le propriétaire du fonds en réparation d'une perte de gains subie du fait de la mauvaise exécution, par ce dernier, de l'obligation qui lui incombait selon le contrat de bail conclu avec le gérant initial du fonds, d'entretenir les lieux. Elle y répond en rejetant le pourvoi formulé par le propriétaire du fonds, par un attendu de principe selon lequel « 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 ». Les réactions

[2009] L'arrêt affirmait en effet que, dès lors que la faute de diagnostic du médecin n'avait pas directement causé le handicap de l'enfant, mais seulement empêché la mère de prendre la décision d'interrompre sa grossesse, qu'un enfant pouvait demander réparation du préjudice de sa naissance.
[2010] La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a en brisé cette jurisprudence en introduisant dans le Code de l'action sociale et des familles un article L. 114-5 qui dispose en son alinéa 1er : « Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ». L'article 1er de cette loi, qui a introduit cette disposition nouvelle, prévoit par ailleurs sa rétroactivité, puisqu'elle précise qu'elle sera applicable aux instances en cours, peu importe que les faits soient antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi.
[2011] V. à propos de la rétroactivité de la loi du 4 mars 2002 et de sa non-conformité à la Convention européenne des droits de l'homme et à la Constitution : CEDH, 6 octobre 2005, *Maurice c/ France* et *Draon c./France* ; Civ.1ère, 24 janvier 2006, n°01-16.684, n° 01-17.042 et 02-13.775. Puis de son inconstitutionnalité : Cons. const., 11 juin 2010, décision n° 2010-2. Et enfin, mettant un point final à cette saga jurisprudentielle : CE, 13 mai 2011, n° 329290 ; Civ.1ère, 15 décembre 2011, n° 10-27.473.
[2012] Ass. plén, 6 octobre 2006, n°05-13.255, *préc.*

doctrinales furent presqu'unanimement critiques[2013], dénonçant la solution tant sur le plan théorique, que sur le plan de ses conséquences potentiellement désastreuses pour le contrat, dont l'essence même est d'être un acte de prévision pour les parties[2014]. D'autres insistèrent sur la dangerosité d'une tendance de plus en plus nette de la Cour de formuler, à partir d'un cas particulier, des principes dont la généralité risquerait d'ébranler tout un pan du droit, ici le droit des contrats[2015]. L'éventuelle opportunité d'une action en responsabilité d'un tiers dans une situation donnée, ne justifierait donc pas que l'on place au-dessus de chaque contractant une telle « épée de Damoclès »[2016].

514. Après Myr'ho : le doute. Au sein de la doctrine, pourtant, une minorité d'auteurs considèrent que « le Rubicon n'a pas encore été franchi »[2017], et entretiennent l'espoir d'une relativité contractuelle préservée : la Cour ne nierait pas l'exigence d'une faute délictuelle, mais accepterait seulement que celle-ci puisse prendre racine dans un

---

[2013] V. not. les commentaires suivants sous l'arrêt Myrh'o : *RDC* 2007.375, obs. J-B.SEUBE ; *RDC* 2007. 556, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RDC* 2007.558, obs. P.-Y. GAUTIER ; *RDC* 2007. 563, obs. Ph. JACQUES ; *RDC* 2007.609, obs. R. WINTGEN ; *RTD civ.* 2007.123, obs. P. JOURDAIN. Une grande partie de la doctrine rallia par la suite cette critique de la jurisprudence Myr'ho. V. not. M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, 3ème éd., 2016, Economica et « L'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle réaffirmée par l'assemblée plénière », *D.* 2020.394 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 680 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 18ème éd., LGDJ, 2019, n° 542 ; J.-S. BORGHETTI, « L'invocation du contrat par les tiers, ou le flou persistant », *RDC* 2013.915 et « Responsabilité des contractants à l'égard des tiers : Bootshop en fin de course ? », *RDC* 2017.425 ; M. MEKKI, « Dorénavant, on fera comme d'habitude ! », *JCP* 2020.167 ; D. BAKOUCHE, « Le maintien de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle », *JCP E* 2020.31 ; J. TRAULLÉ, « « La responsabilité des contractants à l'égard des tiers : la Cour de cassation persiste et signe, mais peine à convaincre », *Gaz. Pal.,* 21 avril 2020, p.29. Certains auteurs s'affichent néanmoins favorables à cette décision, v. not. G. VINEY, « La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle », *D.* 2006.2825 ; S. CARVAL, « Droits des tiers d'invoquer un manquement contractuel », *RDC* 2007.279 ; L. LEVENEUR, « « Manquement contractuel et responsabilité à l'égard des tiers », *CCC* 2007.63 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t.1 *L'acte juridique*, 6ème éd., Sirey, 2014, n° 433. Certains sont plus nuancés, et s'ils sont plutôt favorables au principe posé par la Cour de cassation, soulignent la nécessité d'en encadrer la mise en œuvre : v. not. G. WICKER, « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *RDC* 2007.593 ; C. GRIMALDI, « Toute faute contractuelle est une faute délictuelle, mais encore faut-il s'entendre sur le préjudice réparable ! », *RDC* 2007.563 ; P. ANCEL, « Faut-il "faire avec" ? », *RDC* 2007.538.

[2014] V. not. Ph. STOFFEL-MUNCK, *JCP*.I.115 ; M. BACACHE, « L'assimilation des fautes délictuelle et contractuelle réaffirmée par l'assemblée plénière », *D.* 2020, p.394 et. s.

[2015]V. not. J.-S. BORGHETTI, « Petit exercice de jurisprudence-fiction », *RDC* 2014, p.32, pour qui « cette règle [posée par l'arrêt Myr'ho] paraît être une véritable machine à faire sauter le contrat ».

[2016] J.-S. BORGHETTI, « L'invocation du contrat par les tiers, ou le flou persistant », *RDC* 2013, p.915 et s.

[2017] L.BLOCH, « Relative relativité de la faute contractuelle ou absolue généralité de la faute délictuelle ? », *RCA* 2006, p.17 et s. Cette idée est évoquée dans le rapport annuel de la Cour de cassation. V. Rapport annuel de 2006, p. 399 : « il n'y a pas de dualité de la faute car c'est la même faute, ou le même manquement, qui est susceptible d'être invoqué par l'un des contractants ou par le tiers, sauf que lorsque le manquement est invoqué par un tiers, il prend de ce seul fait une coloration délictuelle ».

manquement contractuel[2018]. Encore faut-il que ce manquement contractuel puisse servir de base à la faute délictuelle, ce qui ne serait possible que lorsque l'obligation violée ne constitue pas une obligation « strictement contractuelle », dont la portée ne pourrait dépasser le cercle des contractants, mais bien plutôt une obligation accessoirement contractuelle, simple recopie dans le contrat d'un devoir de portée générale qui lui préexistait. La relativité de la faute contractuelle ne serait ainsi pas remise en question par l'Assemblée plénière, qui laisserait plutôt le soin au juge de caractériser la faute délictuelle en faisant application de la distinction entre les obligations intrinsèquement ou accessoirement contractuelles. Dit autrement, la Cour poserait ainsi un principe général, tout en faisant confiance au juge du fond pour le contenir.

Cette lecture minimaliste de l'arrêt, que semblait venir confirmer le conseiller rapporteur ASSIÉ dès 2006[2019], n'a cependant pas emporté la conviction du reste de la doctrine, dont l'inquiétude s'est nourrie d'un constat : le principe dégagé en 2006 a été mis en œuvre dans des situations diverses, découvrant un champ d'application potentiellement sans limites. La prophétie catastrophiste que ces mêmes auteurs ont pu livrer d'une explosion imminente du droit des contrats[2020], ne semble pourtant jamais s'être réalisée, preuve de la modération et du bon sens dont ont pu faire preuve les juges, tant du fond, que de la Cour de cassation. Car la Cour a elle-même à quelques reprises refusé la caractérisation d'une faute délictuelle à l'égard du tiers sans autre preuve que celle du manquement contractuel, faisant naître l'espoir, au sein d'une doctrine farouchement opposée à Myr'ho, de l'annonce d'un revirement de jurisprudence[2021]. Après 2006 donc, les doutes ont succédé à l'effroi, et laissé place à l'attente, pour une grande partie de la doctrine, d'un changement de cap, d'un revirement franc et sans équivoque de jurisprudence. La Cour de cassation va cependant afficher une certaine constance sur ces solutions de principes, entérinant dès lors une forme de scission entre la jurisprudence et la doctrine.

[2018] V. not. L.BLOCH, « Relative relativité de la faute contractuelle ou absolue généralité de la faute délictuelle ? », *RCA* 2006, p.17 et s. ; L'exigence d'une faute délictuelle se déduirait notamment de l'absence, dans l'attendu de la Cour, de la formule « sans autre preuve » qui figurait dans la jurisprudence antérieure.
[2019] V. Rapport de M. ASSIÉ sous Assemblée plénière, 6 octobre 2006, n° 05-13.255.
[2020] V. not. J.-S. BORGHETTI, « Petit exercice de jurisprudence-fiction », *RDC* 2014, p.32, pour qui « cette règle [posée par l'arrêt Myr'ho] paraît être une véritable machine à faire sauter le contrat ».
[2021] V. *infra*, n° 516.

B. L'insurmontable désaccord entre la doctrine et la jurisprudence sur les conditions de l'action du tiers

515. Myr'ho : suite et fin ? Cet espoir d'un revirement de jurisprudence sera définitivement brisé le 13 janvier 2020, date à laquelle la Cour de cassation, à nouveau réunie en Assemblée plénière, a réaffirmé, en des termes identiques à ceux de 2006, que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »[2022]. Dans cette affaire récente, deux sociétés fabricant et commercialisant le sucre de canne sur l'île de la Réunion, la société Bois Rouge et la société Sucrière de la Réunion, avaient conclu un accord au vu duquel les usines de traitement de la canne détenues par chacune s'engageaient, en cas de défaillance de l'une d'entre elles, à assurer le traitement de la canne de l'autre. À la suite d'un incendie dans une centrale thermique, l'usine de Bois rouge, privée de l'énergie nécessaire à son activité, délègue alors à l'autre usine, en application de la convention d'assistance mutuelle conclue entre elles, le traitement de sa canne. Il en résulte un préjudice de pertes d'exploitation pour la société Sucrière de la Réunion, propriétaire de l'usine ayant porté assistance. Ce préjudice est indemnisé par son assureur, qui, subrogé dans les droits de l'assuré, se retourne contre l'exploitant de la centrale thermique pour en demander le remboursement.

Dans cette configuration, la question est donc bien celle de la compensation, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, du préjudice subi par un tiers, la société Sucrière de la Réunion, en raison de l'inexécution, par l'exploitant de la centrale thermique, de son obligation contractuelle de fourniture d'énergie, qu'il doit à son cocontractant, l'usine de Bois rouge. La cour d'appel rejette l'action en responsabilité

[2022] Ass. plén., 13 janvier 2020, n° 17-19.963, *D.* 2020.353, obs. M. MEKKI *; D.* 2020.394, obs. M. BACACHE; *D.* 2020.416, note J.-S. BORGHETTI ; *RTD civ.* 2020.96, note H. BARBIER; *RTD civ.* 2020.395, obs. P. JOURDAIN; *AJ contrat* 2020.80, note M. LATINA; *RFDA* 2020.443, note J. BOUSQUET ; *RDC* 2020.40, obs. G. VINEY ; *LPA* 26 mars 2020, n° 61, p.13, obs. G. TRÉDEZ ; *LPA* 22 juillet 2020, n° 146, p.15, obs. J. LEFEBVRE ; *Gaz. Pal.* 4 février 2020, n°05, p.15, obs ; D. HOUTCIEFF ; *Gaz. Pal.* 7 avril 2020, n° 14, p.37, obs. D. HOUTCIEFF ; *Gaz. Pal.*21 avril 2020, n° 15, p.29, obs. J. TRAULLÉ ; *JCP G* 2020.93, note M. MEKKI ; *JCP G.*360, obs. G. VIRASSAMY ; *JCP E* 2020.1066, note D. BAKOUCHE ; *CCC* avril 2020, n° 4, p.1, obs. L. LEVENEUR ; *Defrénois* 5 mars 2020, n° 10, p.1, note N. BALAT.

délictuelle au motif qu'il n'était pas établi qu'une quelconque imprudence ou négligence soit à l'origine de la défaillance contractuelle, insistant explicitement sur la nécessité d'apporter la preuve d'une faute délictuelle détachée de l'inexécution contractuelle, et même première dans la réalisation du dommage. La Cour de cassation censure néanmoins une telle décision, rappelant que, depuis Myr'ho, et malgré le doute jeté par certains arrêts, « le tiers au contrat qui établit un lien de causalité entre un manquement contractuel et le dommage qu'il subit n'est pas tenu de démontrer une faute délictuelle ou quasi délictuelle distincte de ce manquement »[2023]. En brisant les espoirs d'une doctrine désireuse de voir disparaître une telle jurisprudence, les juges de cassation semblent ainsi exclure la possibilité d'une lecture minimaliste de leur solution. Se saisissant de la possibilité qui leur est depuis peu ouverte d'une motivation enrichie, ils soulignent que dès 2006, la formulation de ce principe avait pour objectif de « faciliter l'indemnisation du tiers à un contrat, qui, justifiant avoir été lésé en raison de l'inexécution d'obligation purement contractuelles, ne pouvait caractériser la méconnaissance d'une obligation générale de prudence et de diligence, ni du devoir général de ne pas nuire à autrui »[2024] : une action en responsabilité délictuelle qui se passerait donc bien totalement de la preuve d'un fait générateur délictuel.

516. Une rupture actée entre la jurisprudence et la doctrine. Ce dernier arrêt entérine ainsi définitivement la scission entre une jurisprudence figée sur l'assimilation des faits générateurs contractuel et délictuel, et une doctrine restée fermement attachée à la défense de la relativité contractuelle, favorable à l'exigence de la preuve d'une faute délictuelle détachable du contrat, ou encore à l'extension du régime contractuel à certains types de tiers[2025]. Une fracture entre une doctrine qui s'attache à décrire, outre la fausseté théorique de cette assimilation, les conséquences désastreuses d'une telle assimilation pour les prévisions des parties, et dénonce notamment une disparité de traitement injustifiée entre tiers et parties, et des juges soucieux de réparer le dommage injustement causé au tiers[2026], des motivations qui apparaissent, dans ce contexte, *a priori* irréconciliables. Ainsi s'il s'agit, comme le dit Philippe BRUN,

[2023]. Ass. plén., 13 janvier 2020, n° 17-19.963, *préc.*, §22.
[2024] Ass. plén., 13 janvier 2020, n° 17-19.963, *préc.*, § 14.
[2025] V. *infra*, n° 556 et s.
[2026] Comme le révèle très distinctement la motivation enrichie de l'arrêt d'Assemblée plénière de janvier 2020. V. Ass. plén., 13 janvier 2020, n° 17-19.963, *préc.* ,§14 et 21.

« moins de trancher un débat dogmatique et académique […] que de donner une réponse pratiquement satisfaisante à une épineuse question »[2027], on constate que la réponse donnée par chacun s'avère en pratique insatisfaisante pour l'autre : sacrifier le tiers qui devra porter la charge d'un dommage injuste apparaît inconcevable pour le juge, tout comme l'atteinte à la relativité du contrat et la consécration d'une disparité de traitement entre tiers et partie apparaît intolérable pour une majorité d'auteurs.

517. Le doute semé par des arrêts discordants. Cette persistance de la jurisprudence à affirmer une solution considérée par la majorité des auteurs comme désastreuse pour le droit des contrats n'est pourtant pas si surprenante. Surprise, une grande partie de la doctrine ne l'a probablement été que parce qu'elle s'était persuadée, convaincue de l'absurdité d'une telle jurisprudence, de la présence d'indices annonçant l'abandon imminent par la Cour de cassation de la tant décriée assimilation des faits générateurs contractuel et délictuel, et le retour à une lecture plus orthodoxe de la relativité du contrat[2028], tout comme de son opposabilité par les tiers[2029]. Ces indices, sont tout d'abord marqués par des arrêts, qui, entre 2006 et 2020, refusent d'accorder au tiers la compensation de son préjudice sur le terrain délictuel, lorsque ce dernier n'apporte pas la preuve d'un fait générateur délictuel[2030], semblant dès lors rejeter cette doctrine de l'identité des faits générateurs de responsabilité. Indices d'autant plus probants que l'un de ces arrêts émane de la première chambre civile d'où était partie, avant 2006, la progressive adhésion de la jurisprudence à la thèse de l'identité des faits générateurs[2031].

[2027] Ph. BRUN, *RLDC* 2007, n° 13

[2028] F. CHÉNÉDÉ, « La relativité de la faute contractuelle : revirement ou bris de jurisprudence à l'horizon ? », *AJ.* Contrat 2017, p.377, note sous Civ.3ème, 18 mai 2017, n° 16-11.203.

[2029] R. BOFFA, « Opposabilité du contrat par les tiers : une leçon et des doutes », *D.* 2013, p.746 et s., note sous Com., 18 décembre 2012, n° 11-25.567.

[2030] V. Civ.3ème, 22 octobre 2008, n° 07-15.583 et 07-15.692, *RTD civ.* 2009.121, obs. P. JOURDAIN ; Civ.1ère, 15 décembre 2011, n° 10-17.691, *D.* 2012.659, obs. D. MAZEAUD ; *RTD com* 2012.393, obs. B. BOULOC ; *Gaz. Pal.* 12 avril 2012, n° 103, p.17, obs. D. HOUTCIEFF ; *LEDC* février 2012, n°02, p.3, obs. O. DESHAYES ; Com., 18 janvier 2017, n° 14-16.442 et 14-18.832, *RTD civ.* 2017.651, obs. H. BARBIER ; Civ.3ème, 18 mai 2017, n° 16-11.203, *D.* 2017.1225, note D. HOUTCIEFF ; *RTD civ.* 2017.651, obs. H. BARBIER ; *RTD civ.* 2017.666, obs. P. JOURDAIN ; *AJ Contrat* 2017.377, obs. F. CHÉNÉDÉ ; *RDI* 2017.349, obs. Ph. MALINVAUD.

[2031] V. *supra*, n° 511 et s. Civ.1ère, 15 décembre 2011, n° 10-17.691. Certains auteurs hésitent au contraire à voir dans cet arrêt le signe annonciateur d'un revirement de jurisprudence justement en ce qu'il émane de cette première chambre civile, dont il semble peu probable qu'elle « se fende d'un tardif acte de contrition en défaisant, pour plaire à l'École, ce qu'elle avait contribué à faire », v. D. MAZEAUD, « La responsabilité du débiteur contractuel à l'égard des tiers : évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation ? », *D.* 2012, p.659 et s.

Ce sont également des arrêts qui, même lorsqu'ils ne renoncent pas explicitement à l'assimilation des faits générateurs, entretiennent l'espoir d'une remise en cause implicite du principe formulé en 2006, se saisissant de demandes fantaisistes de la part de tiers au contrat pour « livrer une leçon, générale et abstraite, sur l'opposabilité du contrat par les tiers »[2032], et réaffirmer une doctrine de l'opposabilité dans sa version la plus classique[2033], comme ce fut le cas dans un arrêt de 2012. L'analyse, par une partie de la doctrine civiliste, de ce dernier arrêt sous l'angle d'une remise en cause de l'arrêt Myr'ho, alors même qu'il n'était ici en aucun cas question de l'action en responsabilité délictuelle d'un tiers victime de l'inexécution du contrat, et que la Cour ne traitait donc pas directement de cette question[2034], nous apparaît d'ailleurs révélateur : elle marque une tendance de la doctrine à, sur cette question en particulier, lire la jurisprudence, et même certains projets de réforme, sous l'angle d'un hypothétique mais tant attendu retour à l'orthodoxie de la relativité contractuelle.

518. Une lecture catastrophiste de Myr'ho. Et pour cause : à y regarder de plus près, aucun de ces arrêts n'annonçait réellement l'abandon de l'identité des faits générateurs telle que posée par Myr'ho. D'abord parce que ces quatre arrêts, si l'on exclut celui de 2012, sont en réalité noyés dans une masse bien plus imposante d'arrêts, rendus parfois

[2032] R. BOFFA, « Opposabilité du contrat par le tiers : une leçon et des doutes », *D*. 2013, p.746. et s..
[2033] Com., 18 décembre 2012, n° 11-25.567, *D.* 2013.746, note R. BOFFA ; *RDC* 2013.533, Y.-M. LAITHIER ; *RDC* 2013.915, note J.-S. BORGHETTI.
[2034] Dans cette affaire, deux sociétés avaient conclu une convention en vue de la réalisation d'une opération immobilière, réalisation effectivement confiée à un tiers au contrat, filiale de l'une des sociétés parties au contrat. Les bénéfices de cette opération devaient être répartis, selon la convention, entre les seules parties, le tiers n'en profitant pas. Lorsque ce dernier fut l'objet d'un redressement fiscal, il assigna alors en paiement l'une des sociétés parties au contrat au titre de sa participation à la dette fiscale, s'appuyant directement sur la convention à laquelle il n'est pas partie, sans pour autant se prévaloir d'un quelconque fondement juridique faisant naître à son profit une créance. La situation n'était donc pas celle d'un tiers voulant engager la responsabilité délictuelle de l'une des parties en raison d'un manquement contractuel qui lui serait imputable, mais plutôt d'un tiers ayant exécuté un engagement contractuel au profit des seules parties à cet engagement, et cherchant à se prévaloir de cette convention au soutien d'une action en paiement engagée contre l'une d'entre elles.

par les mêmes chambres, réaffirmant au contraire très nettement la solution de 2006[2035]. Ensuite, parce que si l'on s'intéresse au contexte ayant donné lieu à ces décisions, on remarque qu'elles ont en commun de traiter de situations particulières pour lesquelles l'obligation dont l'inexécution se révèle dommageable pour le tiers revêt bien une portée réduite au seul cercle contractuel. Dans trois de ces arrêts[2036], l'obligation en cause est une obligation d'information, dont on peut penser que, du fait de son caractère *intuitu personae*, elle n'a pas vocation à intéresser des tiers et serait donc « strictement contractuelle »[2037], tandis que dans le quatrième, c'est d'une obligation de délivrance conforme dont il s'agit, une obligation propre au contrat de vente[2038] dont on peut aisément avancer qu'elle présente les caractéristiques du fameux « plus contractuel » décrit par Jérôme HUET[2039], ces obligations qui se « surajoutent aux devoirs généraux dont est tenu le débiteur envers toute personne qui assurent le respect des droits des

---

[2035] V. not. Civ.2ème, 25 janvier 2007, n° 06-12.106, *D.* 2007.443 et 2897, obs. P. JOURDAIN ; *RTD civ.* 2007.362, obs. P. JOURDAIN ; *RDC* 2007.725, obs. J.-S. BORGHETTI ; Civ.1ère, 15 mai 2007, n° 05-16.926, *D.* 1594 et 2897, obs. P. JOURDAIN ; *RTD com.* 2008.172, obs. B. BOULOC ; *JCP* 2007.I.105, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RDC* 2007.1137, obs. S. CARVAL ; Civ.3ème, 4 juillet 2007, n° 06-15.776, *D.* 2007.2102 et 2897, obs. P. JOURDAIN; *RTD civ.* 2007.562, obs. B. FAGES ; *Defrénois* 2007.1449, obs. E. SAVAUX ; Com., 21 octobre 2008, n° 07-18.487, *RTD civ.*2009.318, obs. B. FAGES ; *JCP* 2009.I.123, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RDC* 2009.506, obs. J.-S. BORGHETTI ; Civ.3ème, 13 juillet 2010, n° 09-67.156, *D.* 2010.1941 et 2011, obs. M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *AJDI* 2011.208, obs. Y. ROUQUET ; *RTD com.* 2010.693, obs. F. KENDÉRIAN ; *CCC* 2010, n° 240, obs. L. LEVENEUR ; *RDC* 2011.65, obs. T. GENICON et 178, obs. J.-B. SEUBE ; Com., 6 septembre 2011, *Gaz. Pal.* 8-9 janvier 2012, p.16, obs. M. MEKKI ; Civ.2ème, 6 février 2014, n° 13-10.540, *D.* 2015.1231 ; *RTD civ.* 2014.371, obs. H. BARBIER ; *JCP* 2014, n° 336, obs. N. DISSAUX et 1323, obs. M. BACACHE ; *RDC* 2014.365, obs. S. CARVAL ; Civ.3ème, 27 octobre 2016, n° 15-22.920, *RDI* 2016.650, obs. Ph. MALINVAUD ; *Gaz. Pal.* 2017, n° 15, p. 29, obs. D. HOUTCIEFF.

[2036] Civ.3ème, 22 octobre 2008, n°07-15.583 et n°07-15.692, *préc.*; Civ.1ère, 15 décembre 2011, n° 10-17.691, *préc.* ; Com., 18 janvier 2017, n° 14-16.442 et 14-18.832, préc. Il faut par ailleurs noter la particularité du schéma à l'œuvre dans l'arrêt de 2008 : le manquement contractuel n'était en effet pas sollicité afin d'établir la responsabilité délictuelle d'un débiteur défaillant à l'égard du tiers, mais pour caractériser une faute de la victime du dommage qui serait opposable au tiers, responsable de ce dommage. Le manquement contractuel en question s'analysait par ailleurs en un manquement à la garantie des vices cachés du vendeur à l'égard des cocontractants.

[2037] P. JOURDAIN, « Identité des fautes contractuelle et délictuelle : serait-ce l'amorce d'un recul ? », *RTD civ.* 2009, p.121 et s. et « Vers une dissociation des fautes contractuelle et délictuelle ? », *RTD civ.* 2017, p.666 et s. ; D. HOUTCIEFF, « Toute faute contractuelle n'est pas nécessairement délictuelle à l'égard des tiers », *D.* 2017, p. 1225 et s. : l'auteur note par ailleurs que la délivrance de cette information par son débiteur constitue une obligation de résultat.

[2038] Civ.3ème, 18 mai 2017, n° 16-11.203, *D.* 2017.1227, note D. HOUTCIEFF ; *RTD civ.*2017.651, obs. H. BARBIER ; *RTD civ.* 2017.666, obs. P. JOURDAIN ; *AJ Contrat* 2017.377, note F. CHÉNÉDÉ ; *RDI* 2017.349, note Ph. MALINVAUD ; *CCC* août 2017, comm.163, L. LEVENEUR ; *RCA* septembre 2017, comm. 212, L. BLOCH ; *Constr.-Urb.* Juillet 2017, comm.107, M.-L. PAGÈS de VARENNE ; *RDC* 2017.425, note J.-S. BORGHETTI ; *LEDC* juill.2017, p.1, obs. M. LATINA ; *Gaz. Pal.,* 27 juin 2017, p.14, obs. D. MAZEAUD ; *Gaz. Pal.* 26 septembre 2017, p.33, obs. D. HOUTCIEFF ; *Gaz. Pal.* 10 octobre 2017, p.22, obs. Z. JACQUEMIN. La Cour de cassation insiste elle-même sur la nature à la fois contractuelle et spéciale, au sens de propre à un type de contrat spécial, de cette obligation : « […] des motifs, tirés du seul manquement à une obligation contractuelle de résultat de livrer un ouvrage conforme et exempt de vices, sont impropres à caractériser une faute délictuelle […] ».

[2039] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, *op. cit.,* n° 299 et n° 672

tiers entre eux »[2040]. Ce que nous montrent ces arrêts, c'est en fait que la « réalité est plus nuancée »[2041], et qu'une lecture non pas minimaliste, mais moins catastrophiste de l'arrêt Myr'ho pouvait être faite dès le départ, une lecture plus respectueuse de la solution posée par les juges de cassation qui n'ont jamais entendu priver la responsabilité délictuelle de son fondement principal : la faute. Ces arrêts ne pouvaient en effet constituer la preuve d'une remise en cause de l'arrêt Myr'ho qu'à la condition que ce dernier ait affirmé une chose et une seule : que l'action en responsabilité délictuelle du tiers contre le débiteur défaillant prenait désormais sa source non plus dans une faute délictuelle, mais bien directement dans une inexécution contractuelle, sans qu'il soit nécessaire que soit caractérisé un fait générateur délictuel.

519. Le constat par la jurisprudence d'une absorption du fait générateur contractuel par le fait générateur délictuel. Il ne nous semble pourtant pas que l'arrêt Myr'ho, qui permet à l'action en responsabilité délictuelle du tiers de s'appuyer sur le manquement contractuel du débiteur défaillant, n'ait dit à aucun moment que cette action délictuelle pouvait dès lors se passer de fait générateur délictuel. Cet arrêt ne prétend en effet pas faire du manquement contractuel le nouveau fondement de l'action en responsabilité délictuelle, du seul fait qu'elle serait exercée par un tiers contre un contractant. Par cette décision, les juges de cassation prennent simplement acte du fait que le fait générateur délictuel requis pour l'action en responsabilité délictuelle puisse prendre sa source dans le manquement contractuel, et que les contours de la faute délictuelle puissent épouser ceux de la défaillance contractuelle. Nul besoin dès lors d'apporter la preuve d'une faute délictuelle « distincte » de ce manquement contractuel, ce que dira de manière très explicite l'arrêt Bois Rouge de 2020[2042]. En affirmant que tout manquement contractuel pouvait constituer, à l'égard du tiers qui en

[2040] M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDJ, 1996, n° 58.
[2041] D. HOUTCIEFF, « Toute faute contractuelle n'est pas nécessairement délictuelle à l'égard des tiers », *D* 2017, p.1225 et s., note sous Com., 18 mai 2017, n° 16-11.203. *Adde* sur cette idée, Z. JACQUEMIN, « Du manquement contractuel qui n'est pas un délit », Gaz. Pal. 10 oct. 2017, n° 304, p.22 et L. BLOCH, « « Responsabilité d'un contractant envers les tiers », *RCA* septembre 2017, n° 9, comm.212, notes sous le même arrêt.
[2042] Ass. plén., 13 janvier 2020, n° 17-19.963, *préc.*, §22 : « Dès lors, le tiers au contrat qui établit un lien de causalité entre un manquement contractuel et le dommage qu'il subit n'est pas tenu de démontrer une faute délictuelle ou quasi-délictuelle distincte de ce manquement ». (C'est nous qui soulignons).

subit les conséquences dommageables, une faute délictuelle[2043], la Cour ne débarrasse pas l'action en responsabilité délictuelle de la faute délictuelle, mais fait plus modestement le constat d'une absorption du fait générateur contractuel par le fait générateur délictuel.

La lecture trop radicale de la jurisprudence Myr'ho par la doctrine a cependant contaminé l'interprétation que celle-ci a pu faire des signes annonçant sa remise en cause. C'est à travers ce prisme très hostile à Myr'ho qu'ont ainsi été lus successivement le projet de réforme de la responsabilité civile rendu public par la Chancellerie en mars 2017[2044], et la proposition de loi émanant du Sénat et portant réforme de la responsabilité civile de juillet 2020[2045]. Dans ces deux textes, le premier alinéa de l'article 1234 dispose que « lorsque l'inexécution du contrat cause un dommage à un tiers, celui-ci ne peut demander réparation de ses conséquences au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateur visés à la section II du chapitre II ». La section II du chapitre II renvoyant, dans les deux textes, aux dispositions propres à la responsabilité extracontractuelle, et notamment, dans sa première sous-section, aux faits générateurs de cette responsabilité extracontractuelle – faute, fait des choses et troubles anormaux de voisinage – on comprend que cette disposition pose alors l'exigence de la preuve par le tiers de l'existence d'un fait générateur délictuel. Les auteurs défavorables à Myr'ho ont alors pu déduire de cette exigence la remise en cause tant attendue de l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle[2046], une remise en cause qui, bien qu'à l'état de seul projet du législateur, annonçait nécessairement un

[2043] C'est d'ailleurs ainsi que les choses sont présentées dans le rapport annuel de la Cour de cassation de 2006 : « […] c'est la même faute, ou le même manquement, qui est susceptible d'être invoqué par l'un des contractants ou par le tiers, sauf que lorsque que le manquement est invoqué par un tiers, il prend de ce seul fait une coloration délictuelle […] ».V. Rapport annuel 2006, « La Cour de cassation et la construction juridique européenne », p.399.
[2044] *Projet de réforme de la responsabilité civile*, 13 mars 2017, Ministère de la Justice, article 1234.
[2045] *Proposition de loi n° 678 portant réforme de la responsabilité civile*, 29 juillet 2020, article 1234.
[2046] V. not. O. DESHAYES, « La nouvelle mouture de l'avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile : retour sur la responsabilité des parties à l'égard des tiers », *RDC* 2017, p.238. et s., à propos du premier alinéa l'article 1234 du projet de réforme de 2017 : « il s'agissait, pour le dire vite, de briser la jurisprudence Myr'ho/Bootshop de 2006 » ; J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité des contractants à l'égard des tiers dans le projet de réforme de la responsabilité civile », *D.* 2017, p.1846 et s. : « La jurisprudence Myr'ho se trouvait ainsi brisée ». *Adde* F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 680 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations,* 11ème éd., LGDJ, 2020, n° 637 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 18ème éd., LGDJ, 2019, n° 542.

revirement de sa jurisprudence par la Cour de cassation, désormais dans l'impossibilité de maintenir une solution bientôt contraire à la loi.

La réaffirmation avec force de sa solution par la Cour de cassation en 2020 a donc déjoué les attentes d'une grande partie de la doctrine. Ce premier alinéa de l'article 1234 ne faisait pourtant qu'affirmer une évidence : afin de mettre en œuvre l'action en responsabilité délictuelle, le tiers devra apporter la preuve de toutes ses conditions, au premier rang desquelles un fait générateur délictuel. Une exigence que l'arrêt Myr'ho n'a lui-même jamais vraiment reniée, constatant seulement que ce fait générateur délictuel prenait sa source dans un manquement contractuel. Le législateur, conscient du poids des formules qu'il choisit de retenir aurait ainsi pu, s'il avait voulu affirmer l'exigence d'une faute délictuelle « autonome », distincte du manquement contractuel, le préciser. C'est ce qu'avait fait l'avant-projet Catala qui, dans son article 1342, exigeait que le tiers établisse, « outre la défaillance contractuelle », le fait générateur de responsabilité extracontractuelle[2047]. La volonté affichée du législateur – peut-être influencée par la doctrine – de « mettre fin à une jurisprudence contestée »[2048] ne correspond pas complètement à celle exprimée dans le texte proposé, qui laisse en réalité subsister la possibilité d'une pérennité de cette jurisprudence. Une jurisprudence qui, loin de vouloir dépouiller l'action en responsabilité délictuelle de son fondement, la faute délictuelle, prend seulement acte de sa généralité et de sa capacité à absorber le fait générateur contractuel.

§2. Les conséquences de l'absorption du fait générateur sur les conditions de l'action en responsabilité

520. Une solution justifiée en droit et en équité. La solution posée par l'arrêt Myr'ho en 2006 et réitérée en 2020 prend acte de l'absorption qui existe, en pratique, du fait générateur contractuel par le fait générateur délictuel. Elle s'inscrit ainsi dans une

[2047] *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, P. CATALA (dir.), La documentation française, article 1342.
[2048] Rapport d'information n° 663 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la responsabilité civile, 22 juillet 2020, p.10.

logique issue de la responsabilité délictuelle, guidée par un impératif de réparation propre à la logique délictuelle (A). Ces solutions tant critiquées sont par ailleurs, selon nous, justifiées en équité (B).

A. Une solution qui procède de la logique délictuelle

521. La caractérisation du fait générateur délictuel par le manquement contractuel. Bien loin de vouloir piétiner la relativité contractuelle, le principe posé par les arrêts Myr'ho et Bois rouge de 2006 et 2020 vient en réalité illustrer les particularités d'une responsabilité délictuelle à la française. La présence de la clause générale, mais surtout l'interprétation qu'en a faite tant la doctrine que la jurisprudence, a mené, en pratique, à une absorption du fait générateur contractuel par le fait générateur délictuel[2049]. Ce phénomène d'absorption implique que la faute délictuelle puisse prendre sa source directement dans le manquement contractuel, ce dont la Cour de cassation prend acte.

Adhérant à une vision purement objective du fait générateur délictuel, certains auteurs vont même plus loin, et justifient cette solution en considérant que « dès lors qu'un manquement contractuel est la cause directe d'un dommage subi par le tiers, les éléments de la responsabilité se trouvent réunis, le manquement contractuel étant en soi un fait illicite »[2050]. Réduite au fait illicite, la faute délictuelle serait alors dépouillée de l'appréciation du comportement de l'auteur du dommage, et réduite à la violation d'une obligation préexistante, ici de source contractuelle. Reprise par l'Assemblée plénière en 2020[2051], cette notion de fait illicite, qui fait abstraction de la particularité d'un fait générateur délictuel nourri de l'idée morale d'une sanction de certains comportements[2052] ne suffit pas à rendre compte de l'intégration du fait générateur

[2049] V. *supra*, n° 136 et s.
[2050] G. VINEY, « La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle », *D.* 2006, p.2825 et s., note sous Assemblée plénière, 6 octobre 2006, n°05-13.255. L'auteur poursuit d'ailleurs en concluant qu'« admettre la responsabilité n'a donc, dans ce cas, rien de choquant en droit ni en équité ».
[2051] Ass. plén., 13 janvier 2020, n° 17-19.963, §20 : « Le manquement par un contractant à une obligation contractuelle est de nature à constituer un fait illicite à l'égard d'un tiers au contrat lorsqu'il lui cause un dommage ».
[2052] V. *supra*, n° 128 et s.

contractuel dans toutes les dimensions de la faute délictuelle. De fait, il est vrai que dès lors qu'un lien de causalité sera établi entre le dommage et la défaillance contractuelle, il le sera également entre ce dommage et la faute délictuelle, mais bien plutôt parce que, comme nous l'avons vu plus haut, la matière de celle-ci sera alors en pratique constituée par le comportement imprudent ou négligent du débiteur contractuel[2053]. C'est d'ailleurs ce que nous dit la Cour de cassation elle-même, lorsqu'elle souligne, dans son rapport annuel de 2006, que « […] lorsque le manquement [contractuel] est invoqué par un tiers, il prend de ce seul fait une coloration délictuelle de sorte que le principe de l'effet relatif des conventions posé par l'article 1165 du code civil se trouve ainsi préservé »[2054]. La Cour met alors au jour la duplicité du manquement contractuel selon le contexte dans lequel il sera sollicité : si le manquement contractuel, lorsqu'il est réquisitionné comme fait générateur de responsabilité contractuelle entre les parties au contrat, se caractérise avant tout par l'inexécution d'une obligation contractuelle – inexécution appréciée au regard du contenu et de l'étendue de cette obligation, et donc strictement au regard du contrat – il pourra constituer dans le même temps une faute délictuelle, caractérisée par le comportement du débiteur, dès lors qu'il s'agira de mettre en œuvre la responsabilité délictuelle du débiteur à l'égard du tiers.

522. L'impossibilité d'une faute délictuelle « détachable du contrat ». Le constat de cette intégration du manquement contractuel dans la faute délictuelle rend ainsi non seulement inutile, mais surtout illusoire l'exigence d'une faute délictuelle qui serait « détachable du contrat »[2055], comme exigé par les auteurs opposés à cette jurisprudence. La preuve de l'existence d'une faute délictuelle, dans ce contexte, ne peut se faire qu'à partir de l'analyse du comportement du débiteur contractuel défaillant, et de ce fait, elle ne peut se détacher totalement du contexte contractuel dans

---

[2053] V. *supra*, n° 136 et. s. V. L. LEVENEUR, « Manquement contractuel et responsabilité à l'égard des tiers », note sous Assemblée plénière, 6 octobre 2006, n° 05-13.255, *CCC* 2007, n° 3, comm. 67 : « […] la faute délictuelle est un comportement que n'aurait pas un bon père de famille ; or un bon père de famille ne manque pas aux obligations qu'il a contractées, surtout lorsque cette inexécution cause un dommage ».

[2054] Rapport annuel de la Cour de cassation, « La Cour de cassation et la construction juridique européenne », 2006, p. 399.

[2055] La caractérisation d'une faute délictuelle « détachable du contrat » relèverait même du « contorsionnisme juridique » selon le rapport de Pierre SARGOS, conseiller à la Cour de cassation, sous un arrêt de la première Chambre civile datant de 2000. V. P. SARGOS, « L'obligation de surveillance des établissements psychiatriques privés est fonction de l'état du patient », rapport sous Civ.1ère, 18 juillet 2000, *JCP G* 2000.II.10415.

lequel elle s'inscrit[2056]. La faute délictuelle constitue en effet une notion relative et non absolue, dont la caractérisation, si elle se fait *in abstracto*, au regard d'un standard de référence, la personne raisonnable, ne fait jamais totalement abstraction du contexte dans lequel elle émerge. Ce standard de référence, flexible par essence[2057], s'ancre dans une réalité particulière, qui prend en compte certaines qualités de l'auteur du dommage, et sera ainsi affiné chaque fois par le juge au regard de l'environnement concret dans lequel se produit le dommage. Sans pour autant verser dans une appréciation *in concreto*, qui serait source d'insécurité juridique, ce sont les circonstances objectives qui entourent la réalisation du dommage qui seront prises en compte, et notamment certaines qualités propres à l'auteur qui restent objectivement constatables[2058]. On enseigne ainsi souvent que pour apprécier le caractère fautif d'un acte, le juge compare le comportement de l'auteur du dommage à celui qu'aurait adopté un homme raisonnable placé dans les mêmes circonstances, et exerçant la même activité. En l'espèce, il ne pourra donc pas être totalement fait abstraction du contrat lors de l'opération de qualification de la faute délictuelle du débiteur à l'égard du tiers, le caractère « déviant » du comportement du débiteur ne pouvant être caractérisé qu'en « ayant égard aux termes du contrat […] conclu »[2059]. Nourrie de cette logique délictuelle de l'appréciation de la faute, le « mauvais père de famille contractuel » pourra être, et sera en pratique souvent un « mauvais père de famille délictuel », sans que cela ne soit pour autant systématique[2060].

[2056] V. S. CARVAL, « Droit des tiers d'invoquer un manquement contractuel », *RDC* 2007, p.279 et s. L'auteur soutient la solution posée par l'arrêt Myr'ho, qui aurait pour vertu « d'écarter une conception abstraite et théorique de la responsabilité délictuelle au profit d'une approche pratique et donc plus proche de la façon dont les juges appréhendent quotidiennement cette question », et rejette l'idée selon laquelle le tiers devrait apporter la preuve d'une faute délictuelle « détachable » du contrat, tant il serait « peu réaliste de vouloir faire abstraction d'un contrat sans lequel l'intéressé n'aurait pas entrepris l'activité à l'origine du dommage », et tant il faut « lorsqu'on cherche à déterminer si ces personnes ont commis une faute, avoir égard aux termes du contrat qu'elles ont conclu ».

[2057] Sur le standard, v. S. RIALS, « Les standards, notions critiques du droit », in C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 39 et s. et D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, *V°* « Standard », p. 1439 et s.

[2058] V. not. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 11ème éd., 2013, n° 729 : les auteurs en concluent qu'entre l'appréciation *in abstracto* et *in concreto*, il n'y aurait en réalité qu'une différence de degré, et non de nature.

[2059] S. CARVAL, « Droits des tiers d'invoquer un manquement contractuel », note sous Assemblée plénière, 6 octobre 2006, n° 05-13.255, *RDC* 2007, p. 279 et s..

[2060] V. L. BLOCH, « Relative relativité de la faute contractuelle ou absolue généralité de la faute délictuelle? », note sous Assemblée plénière, 6 octobre 2006, n° 05-13.255, *RCA* n° 11, novembre 2006, étude 17.

Ainsi, si le fait générateur contractuel est bien enchâssé dans la définition de la faute délictuelle, et peut être indirectement source de responsabilité délictuelle à l'égard du tiers, il ne se réduit pas à elle : l'absorption, qui suppose d'admettre une dualité de départ des faits générateurs, n'est pas l'assimilation ou encore l'identité des fautes contractuelle et délictuelle[2061]. Le juge garde alors toute liberté pour refuser l'action du tiers lorsque de l'inexécution contractuelle il ne ressort aucune faute délictuelle, ce que certains arrêts post Myr'ho ont illustré[2062]. Aucune de ces décisions ne se fonde en effet sur la relativité contractuelle pour justifier le rejet de l'action du tiers, mais plutôt sur l'absence de faute délictuelle. C'est donc bien par le prisme de la responsabilité délictuelle, et non du contrat, que la question du tiers victime de l'inexécution du contrat est traitée. Bien plus qu'une prise de position dogmatique sur la relativité de la faute contractuelle, les arrêts Myr'ho et Bois rouge révèlent plutôt la particularité de la responsabilité délictuelle à la française[2063]. La jurisprudence de la Cour ne manifeste ainsi pas tant une défiance à l'égard de la relativité contractuelle, qu'elle ne s'inscrit dans le prolongement d'un mouvement ayant progressivement mené à l'absorption du fait générateur contractuel par le fait générateur délictuel.

523. Du devoir de prudence et de diligence au devoir général de ne pas nuire à autrui. L'arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en 2006 n'est

---

[2061] Comme le constate un des rares auteurs favorables à la jurisprudence My'rho, s'il existe bien une unité de standard permettant d'apprécier le manquement contractuel comme la faute délictuelle, celui du bon père de famille, aujourd'hui de la personne raisonnable, ce standard n'oblitère pas la dualité des faits générateurs contractuel et délictuel. V. L. BLOCH, « Relative relativité de la faute contractuelle ou absolue généralité de la faute délictuelle? », note sous Assemblée plénière, 6 octobre 2006, n° 05-13.255, *RCA* n° 11, novembre 2006, étude 17. *Contra* M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, 2019, n° 123 et s. et n° 490 et s. : l'auteur, après avoir fait le constat de cette absorption du fait générateur contractuel dans la définition du fait générateur délictuel, conclut dans la dernière section de sa thèse à une fusion des faits générateurs, pour enfin justifier la fin de la *summa divisio* entre responsabilité contractuelle et délictuelle.

[2062] V. *supra*, n° 513 et s.

[2063] D'autres arguments dérivant de la logique contractuelle ont pu être utilisés par certains auteurs afin de justifier l'action en responsabilité du tiers victime de l'inexécution du contrat. C'est le cas de la théorie de l'opposabilité du contrat qui, outre fonder de l'action du débiteur contre le tiers complice de l'inexécution du contrat, a pu également être utilisée par certains auteurs au début du XX^{ème} siècle pour justifier, par analogie, l'action du tiers victime du manquement contractuel. V. not. J.-L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, LGDJ, 1981, n° 36 ; J. DUCLOS, *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, LGDJ, 1984, n° 59. *Adde* J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, t.3, Le rapport d'obligation*, 9ème éd., Sirey, 2015, n° 183. Cet argument peine à convaincre, car comme l'a démontré Robert WINTGEN dans sa thèse, l'opposabilité est bien moins un véritable principe qu'un phénomène, insuffisant à justifier l'action en responsabilité du tiers contre le débiteur défaillant. V. R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, *op. cit.,* n° 332. Par ailleurs, fonder l'action du tiers directement sur l'opposabilité du contrat reviendrait à admettre que l'inexécution contractuelle puisse systématiquement caractériser une faute délictuelle, sans reconnaître au juge la marge d'appréciation dont il dispose dans ce domaine qui relève de la matière délictuelle.

ainsi pas révolutionnaire, ni surprenant, et procède d'une certaine lecture de la clause générale, et plus particulièrement du fait générateur délictuel, par les juges[2064]. Mais dans un souci d'indemniser au mieux le tiers victime de l'inexécution du contrat, la Cour de cassation a pu emprunter un chemin hasardeux, celui de la définition de la faute délictuelle comme la violation d'un devoir général de ne pas nuire à autrui, dont nous avons déjà évoqué les dangers[2065]. Réduisant la définition du fait générateur de responsabilité à ses conséquences, la nuisance portée à autrui, cette définition risque de conduire à une véritable assimilation sans distinction possible entre les faits générateurs contractuel et délictuel. Ce n'est d'ailleurs pas anodin si l'on retrouve souvent trace d'une telle définition dans des arrêts traitant de l'action du tiers victime du manquement contractuel, les juges faisant alors emploi d'une telle terminologie afin d'assurer au tiers que les conditions de son action en responsabilité délictuelle seront réunies. Ce glissement est perceptible bien avant 2006, et commence paradoxalement sous la plume de juges favorables à la distinction des fautes. En effet, dans plusieurs décisions antérieures au célèbre arrêt Myr'ho, les juges de cassation avaient exigé du tiers subissant un dommage du fait de l'inexécution contractuelle, la preuve d'un manquement au « devoir général de ne pas nuire à autrui », afin de caractériser, en sus du manquement contractuel, une faute délictuelle[2066].

Pourtant, alors que ces arrêts affirment en théorie l'autonomie des faits générateurs, ils peinent en pratique à caractériser la distinction, et la réalité d'une faute délictuelle, aboutissant en pratique à une confusion des deux[2067]. En effet, dans de nombreux arrêts, la Cour de cassation reçoit la preuve d'une faute délictuelle détachée du seul manquement contractuel, alors même que le manquement contractuel s'apparente, dans les faits, à la violation d'une obligation strictement contractuelle, et

---

[2064] M. DUGUÉ, *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 123 : l'auteur parle en ces termes de la solution posée par l'arrêt de 2006 : « Notre droit l'autorisait, voire même, la commandait ».
[2065] V. *supra*, n° 119 et s.
[2066] V. not. Civ.1ère, 24 janvier 1984, n° 82-16.767 : le tiers doit prouver un manquement au « devoir général de ne pas nuire à autrui sanctionné par l'article 1382 du Code civil » ; Com., 8 octobre 2002, n° 98-22.258, *JCP* 2003.I.152, obs. G. VINEY ; Com., 5 avril 2005, n°03-19.370, *D* 2005.2836, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.* 2005. 602, obs. P. JOURDAIN ; *CCC* 2005, Comm.149, L. LEVENEUR ; *RDC* 2005.687, obs. D. MAZEAUD.
[2067] M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, t.5, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, 3ème éd., Economica, n° 81. On aboutit, selon l'auteur, à un « hiatus entre le principe de l'indépendance des fautes contractuelle et délictuelle et son application ».

donc en principe strictement relative aux parties contractantes[2068]. On notera par ailleurs que cette expression d'un « devoir général de ne pas nuire à autrui », visant à définir le spectre de la faute délictuelle, est plutôt utilisée par la Cour de cassation lorsqu'elle tend à refuser l'action du tiers en responsabilité délictuelle, et insiste sur la relativité des fautes contractuelle et délictuelle. Ainsi, tout en entretenant l'illusion d'une véritable distinction des faits générateurs contractuel et délictuel, les juges ont introduit les prémisses d'une possible assimilation du fait générateur contractuel. Cette définition de la faute centrée sur l'atteinte aux droits d'autrui, qui englobe le manquement contractuel, a permis à la Cour de cassation de maintenir une position de principe, l'autonomie des faits générateurs contractuel et délictuel, tout en favorisant l'indemnisation du tiers, dans une perspective pragmatique. Si l'on n'en retrouve pas directement trace dans l'arrêt Myr'ho de 2006, c'est bien en ces termes que le premier avocat général Monsieur GARIAZZO justifie la solution lorsqu'il affirme bien que dans la plupart des cas, le « manquement contractuel […] constituera une violation d'un devoir de prudence et de diligence», dans d'autres cas dans lesquels le manquement contractuel ne serait pas « apparemment fautif », le tiers pourrait obtenir indemnisation en prouvant qu'il revêt pour lui un tel caractère, notamment en prouvant que ce manquement « a constitué, à son égard, une violation de l'obligation de ne pas nuire à autrui »[2069].

524. La logique délictuelle comme limite à l'indemnisation du tiers. Afin d'éviter une telle dérive vers l'assimilation des faits générateurs, il faut revenir à la définition de la faute délictuelle retenue par la doctrine et depuis peu, le législateur : la faute découle soit de la violation d'une prescription légale ou réglementaire, soit de la

[2068] On trouve de nombreux exemples en matière de contrat de construction, lorsqu'un défaut de l'immeuble, imputable à l'entrepreneur, cause un dommage à un locataire, tiers au contrat. Dès lors que ce défaut ne porte pas atteinte à la sécurité du tiers, mais qu'il en résulte une simple gêne de jouissance, le locataire, impuissant à faire la preuve d'une faute délictuelle, ne devrait disposer d'aucune action en responsabilité contre l'entrepreneur. Pourtant, la jurisprudence l'a admis à plusieurs reprises. V. Civ.1ère, 9 octobre 1962, *JCP* 1962.II.12910, note P. ESMEIN ; *RTD civ.* 1963, p.333, obs. A. TUNC : la Cour constate ici que la faute de l'entrepreneur, consistant en une « erreur de conception » et un « défaut de surveillance dans l'exécution » constituait, « en dehors de tout point de vue contractuel », une faute quasi-délictuelle à l'égard du tiers ; Civ.1ère, 24 octobre 1967, *RTD civ.* 1968, p.363, note G. DURRY et p.389, note G. CORNU ; Civ.3ème, 18 janvier 2006, n° 03-20.999, *RDC* 2006, p.815, obs. G. VINEY.

[2069] Avis de M. GARIAZZO, Premier avocat général, sous Assemblée plénière, 6 octobre 2006, n°05-13.255, p.13.

violation du devoir général de prudence et de diligence[2070]. Tout en proposant un standard flexible, cette définition n'autorise pas l'assimilation systématique du manquement contractuel à la faute délictuelle. Car il y aura des cas où l'inexécution contractuelle ne découlera pas d'un comportement imprudent ou négligent du débiteur défaillant, et causera pourtant des dommages à un, ou des tiers[2071]. On peut prendre ici pour exemple les faits ayant donné lieu à l'arrêt Bois rouge rendu en Assemblée plénière le 13 janvier 2020 : l'incendie de la Centrale thermique qui a stoppé la production de sucre de canne de la société Bois rouge est également à l'origine du dommage causé à la Société sucrière de la Réunion, tiers au contrat, puisque non seulement cette dernière avait dû prêter assistance à la première pour alimenter sa production, mais également en ce que la société Bois rouge n'était alors plus à même de respecter ses propres engagements contractuels à l'égard de la société sucrière de la Réunion. Ce fait générateur, l'incendie, s'il conduit à une violation du contrat entre la centrale thermique et la société Bois rouge, ne constitue pas nécessairement un comportement imprudent ou négligent et ne caractérise pas nécessairement une faute délictuelle à l'égard du tiers. Ce n'est semble-t-il d'ailleurs pas sans raison que, réaffirmant la solution posée par l'arrêt Myr'ho de 2006, la Cour de cassation, dans sa motivation enrichie, tout en semblant écarter l'idée d'une assimilation de principe des faits générateurs contractuel et délictuel, insiste plutôt ici sur la qualification du manquement contractuel comme « fait illicite » à l'égard des tiers, dès lors qu'il leur causerait un dommage[2072], et ce quand bien même il ne pourrait être caractérisé aucune « méconnaissance de l'obligation générale de prudence et de diligence, ni du devoir général de ne pas nuire à autrui »[2073]. Le manquement contractuel constituerait donc un fait illicite, tout comme la faute délictuelle.

[2070] Article 1242 du projet de réforme de la responsabilité civile rendu public par la Chancellerie en mars 2017 et article 1241 de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile présenté au Sénat le 29 juillet 2020.

[2071] Dans sa thèse, Robert WINTGEN donne l'exemple d'un auteur qui violerait le contrat qui le lie à son éditeur en ne publiant pas de suite à son œuvre. Bien que ce manquement contractuel cause un préjudice aux lecteurs qui attendaient cette suite avec impatience, il ne caractérise pas à leur égard un comportement imprudent ou négligent. V. R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, *op. cit.,* n° 387.

[2072] Ass. plén., 13 janvier 2020, n° 17-19.963, §20.

[2073] Ass. plén., 13 janvier 2020, n° 17-19.963, §14. Sur cette utilisation du « fait illicite » comme nouveau fondement de la responsabilité délictuelle par l'Assemblée plénière, v. J.-S. BORGHETTI, « Responsabilité des contractants à l'égard des tiers : pas de pitié pour les débiteurs ! », note sous Assemblée plénière, 13 janvier 2020, n° 17-19.963, *D* 2020, p.416 et. s., spéc. n° 15 à 18.

Quand bien même cette qualification renvoie à une réalité, elle opère ici un glissement qui nous paraît dangereux. En faisant du fait illicite le fondement de l'action en responsabilité, la Cour de cassation permet ici explicitement d'engager une responsabilité délictuelle sur le seul fondement du manquement contractuel, dès lors qu'un lien causal existe entre le dommage et ledit manquement. Une telle affirmation nous paraît contestable, et, outre qu'elle va contre la logique même de la responsabilité pour faute, elle ne correspond pas nécessairement à ce qu'avait voulu la jurisprudence Myr'ho et ses suites. Les juges de cassation semblent alors ici imposer une lecture particulière de leur propre jurisprudence, tournée vers un objectif explicitement énoncé : « faciliter l'indemnisation du tiers à un contrat »[2074]. Mais en levant le voile sur l'objectif de réparation qui se trouve au cœur de cette jurisprudence, les juges révèlent que c'est bien ici une logique délictuelle, et non contractuelle qui domine la question. Il s'agit bien ici avant tout de réparer le dommage injustement subi par le tiers, et non de sanctionner l'inexécution contractuelle, encore moins de définir les contours et limites de la relativité contractuelle[2075]. Au risque cependant, dans l'arrêt rendu en 2020, d'aller trop loin, et d'étendre à des situations pour lesquelles cela ne se justifiait pas forcément la jurisprudence de 2006. Hormis les excès d'une telle solution, les arrêts qui fondent l'action du tiers sur le manquement contractuel visent avant tout la réparation d'un dommage injustement causé au tiers. Une telle solution se justifie en équité.

B. Une solution justifiée en équité

525. La réparation du dommage injustement causé au tiers. L'entêtement de la Cour de cassation à réaffirmer la solution posée par l'Assemblée plénière en 2006, déjouant ainsi toutes les prédictions doctrinales, ne relève pas d'une volonté d'affirmer de manière dogmatique l'identité des faits générateurs contractuel et délictuel, mais

[2074] Ass. plén., 13 janvier 2020, n° 17-19.963, §14. Et la Cour d'insister plus loin au § 21 : « Il importe de ne pas entraver l'indemnisation de ce dommage ».
[2075] V. Avis de M. GARIAZZO, Premier avocat général, sous Assemblée plénière, 6 octobre 2006, n°05-13.255, p.13 : l'auteur pointe le danger d'une doctrine figée sur la défense de la relativité contractuelle qui aurait le défaut « d'être trop axée sur le contrat, au détriment de la responsabilité délictuelle ».

bien plutôt de préserver, de manière pragmatique, un objectif au cœur de la responsabilité délictuelle : la réparation du dommage injustement causé[2076]. Le fait que le dommage en question soit ici subi par un tiers au contrat, à l'occasion de l'inexécution de ce dernier, n'altère en rien la vocation de la responsabilité délictuelle à effacer les traces de cette atteinte et à rétablir celui qu'elle désigne comme la victime dans son intégrité, qu'elle soit patrimoniale, corporelle ou psychologique. La jurisprudence de la Cour de cassation reflète, selon nous, sur cette question, les exigences d'équité et de justice qui se trouvent au cœur de la responsabilité délictuelle[2077]. L'équité au sens où nous l'entendons ici ne s'entend pas d'une décision qui se désintéresserait de la règle au profit d'une appréciation de pure opportunité, comme le spectre du bon juge Magnaud peut faire craindre, mais plutôt d'une décision équilibrée, qui permettrait de corriger, notamment par l'interprétation, les effets néfastes de certaines règles dont la mise en œuvre rigide aboutirait à des situations injustes.

Lorsqu'elle traite du dommage subi par le tiers du fait de l'inexécution du contrat, la Cour de cassation vise alors à se détacher du carcan rigide de la relativité contractuelle pour, à l'aide des standards flexibles propres à la responsabilité délictuelle, ne pas laisser le tiers démuni. Ce faisant, la responsabilité délictuelle poursuit son exigence de justice, celle d'une justice commutative, qui commande que soit compensée la perte infligée à celui qui subit le dommage, et son rétablissement tant que possible dans une forme d'état antérieur à sa réalisation. L'argument, souvent repris par une doctrine favorable à l'extension des limitations contractuelles au tiers, d'une disparité de traitement entre ce tiers, qui bénéficie des largesses de la clause générale, et la partie au contrat victime, dans les mêmes conditions, de l'inexécution de son obligation contractuelle par son cocontractant, mais soumise aux contraintes du

[2076] Sur la place de la réparation au sein de la responsabilité délictuelle, v. *supra*, n° 53 et s.
[2077] V. A. WEILL, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français, op. cit.,* n° 275 : l'auteur justifiait ainsi l'évolution de la jurisprudence au début du XX[ème] siècle concernant l'interprétation de l'article 1165 du Code civil et l'action du tiers par l'équité et les nécessités pratiques. *Adde* P. KAYSER, « Le sentiment de la justice et le développement de la responsabilité civile en France », *RRJ* 2000.445.

contrat, ne peut tenir devant une telle exigence : il serait en effet injuste de soumettre le tiers à des stipulations contractuelles auxquelles il n'a pas consenti[2078].

526. Un équilibre entre les exigences délictuelles et contractuelles. L'exigence d'équité renvoie surtout à celle d'une décision équilibrée, prise en considération de tous les intérêts en présence ; elle ne peut imposer une indemnisation du tiers selon les seules exigences de la responsabilité délictuelle, en faisant fi de la proximité du contrat. Le juge doit ainsi préserver un certain équilibre entre la nécessaire réparation du préjudice subi par le tiers, et les prévisions contractuelles, le cœur du contrat, que protège des tiers le principe de l'effet relatif. Il s'agit dès lors, comme le souligne un auteur, de préserver un « équilibre délicat entre le respect de l'effet relatif du contrat, et plus généralement de l'institution du contrat, et la nécessaire réparation du préjudice subi par les tiers, légitimée par des impératifs de justice et d'équité »[2079]. Cet équilibre ne sera garanti qu'à la condition, tout d'abord, que la responsabilité délictuelle du débiteur à l'égard du tiers ne puisse être mise en œuvre que lorsque toutes ses conditions sont réunies, à commencer par la faute délictuelle qui, s'il elle prend racine directement dans le manquement contractuel, suppose le constat d'un comportement du débiteur qui s'écarterait du standard de la personne prudente et diligente. Pour que la solution soit équitable et juste, il faut qu'elle évite le piège d'une identité parfaite des faits générateurs délictuel et contractuel.

On entrevoit alors le véritable malaise autour de la solution posée par l'arrêt Myr'ho, et réitérée en 2020 : plus que son contenu, c'est la manière qu'a la Cour de cassation de créer du droit en affirmant de grands principes généraux, dont la définition des contours sera laissée entre ses propres mains, qui suscite la désapprobation[2080]. Monsieur BORGHETTI fustige ici une « manière de faire du droit, plus soucieuse des grands principes que des faits, et comme indifférente aux conséquences des règles

[2078] Sur ce point, v. *infra*, n° 551 et s. Par ailleurs, l'assimilation du tiers au contractant lésé du seul fait qu'ils seraient, parce qu'ils subissent des dommages identiques, placés dans une situation de fait similaire, ne suffit pas. Le tiers et le contractant sont par essence placés dans des situations distinctes, du fait du contrat. S'ils subissent le même dommage, ils ne doivent pas nécessairement se voir indemnisés de la même manière, puisque l'un, le contractant, a accepté des limites à sa compensation.
[2079] C. POPINEAU-DEHAULLON, « Regards comparatistes sur la responsabilité du contractant à l'égard d'un tiers, victime de l'inexécution du contrat », *RDC* 2007.622.
[2080] V. not. J.-S. BORGHETTI, « L'invocation du contrat par les tiers, ou le flou persistant », note sous Com., 18 décembre 2012, n° 11-25.567, *RDC* 2013, p.915. et s. et « Responsabilité des contractants à l'égard des tiers : pas de pitié pour les débiteurs ! », note sous Assemblée plénière, 13 janvier 2020, n° 17-19.963, *D* 2020, p.416 et s.

posées »[2081], une manière qui selon l'auteur, est un travers plutôt commun aux universitaires qu'aux juges. Il ne nous semble pourtant pas que la Cour de cassation procède ainsi par véritable volonté d'affirmer, à la manière d'un universitaire, une position dogmatique ; et c'est plutôt par pragmatisme qu'elle vient permettre au tiers d'obtenir indemnisation de son dommage sans être coincé par la preuve d'une faute qui serait « détachable du contrat ». Si l'excessive généralité de la formule tirée de l'arrêt Myr'ho, et reprise à sa suite, découle du fait qu'en pratique, il se cachera presque toujours une faute délictuelle derrière le manquement contractuel, cette formule, parce qu'elle prend – en apparence du moins – la forme d'un principe insusceptible de nuances, masque une réalité plus nuancée, dont les juges semblent tenir compte. La forme même de ce principe rend néanmoins ces décisions illisibles, et les empêchent, lorsqu'elles s'en écartent au regard de l'espèce, d'en dévoiler les raisons, les faisant alors apparaître comme des anomalies. Cette tendance de la jurisprudence française à raisonner sous la forme de grands principes apparaît en dissonance avec la réalité des décisions, empreintes de pragmatisme[2082]. Pour y remédier, il faut que la Cour de cassation elle-même autorise, et formule des limites claires à cette immixtion de la responsabilité délictuelle dans le contrat.

527. Le pouvoir créateur du juge. La véritable question qui se dévoile alors est celle du pouvoir créateur du juge, de ses limites, de sa légitimité, et de la confiance qu'on lui accorde dans notre système juridique. On constate en effet que la tant redoutée jurisprudence Myr'ho a en réalité été appliquée de manière mesurée par les juges, qui ont pu refuser l'action du tiers dans les cas où celle-ci apparaissait inopportune[2083]. Et si l'on peut craindre au contraire que le dernier arrêt en date, l'arrêt Bois rouge de 2020,

---

[2081] J.-S. BORGHETTI, « Responsabilité des contractants à l'égard des tiers : pas de pitié pour les débiteurs ! », *op. cit.*

[2082] J.-S. BORGHETTI, « Petit exercice de jurisprudence-fiction », *RDC* 2014, p.32 et s. : l'auteur, très critique à l'égard du principe posé par l'arrêt Myr'ho, souligne que si ce principe n'a pas encore fait « sauter le contrat », « cela ne tient pas à l'innocuité de la règle posée, mais bien plutôt à la sagesse des juges, qui limitent son champ d'application, sans forcément le dire […] ».

[2083] V. J.-S. BORGHETTI, « L'invocation du contrat par les tiers, ou le flou persistant », *op. cit.,* : l'auteur anticipe et critique cette manière de faire : « Le plus vraisemblable, cependant, est que la Cour de cassation ne répudiera ni n'encadrera clairement le principe formulé dans l'arrêt Myr'ho, mais se contentera d'éviter de l'appliquer dans les cas où il ne lui semble pas opportun, tout en réaffirmant par ailleurs le principe de relativité des conventions, comme elle vient de le faire dans son arrêt du 18 décembre 2012, afin de rassurer les justiciables. La jurisprudence Myr'ho se trouvera de la sorte peu à peu étroitement cantonnée, et son potentiel de subversion désamorcé. Personne, ainsi, n'aura perdu la face. Il n'est pourtant pas interdit de rêver d'un mode de création prétorienne du droit qui soit plus respectueux de la prévisibilité du droit ».

n'amorce, par sa motivation enrichie, un glissement dangereux, c'est peut-être parce qu'en réalité, alors même que la situation du tiers était ici particulière, la Cour de cassation n'avait d'autre recours que la responsabilité délictuelle pour indemniser son dommage. Un dommage qui était pourtant prévisible, puisque ce tiers n'était pas totalement étranger au contrat violé.

Conclusion du Chapitre I

528. Défense de l'arrêt Myr'ho. L'action du tiers en réparation du dommage qu'il subit du fait de l'inexécution d'un contrat, parce qu'elle doit en principe être soumise au régime délictuel, permet l'immixtion de la responsabilité délictuelle au cœur du contrat, de son exécution. Cette immixtion aurait pu être freinée par la Cour de cassation, elle a au contraire été facilitée. En affirmant, en 2006, que ces tiers pouvaient fonder leur action en responsabilité délictuelle sur le manquement contractuel, tranchant ainsi une question sur laquelle les Chambres de la Cour ne semblaient pas en accord, la Cour de cassation s'est attiré les foudres d'une très grande partie de la doctrine. Elle n'a pourtant fait que prendre acte d'une réalité causée par la clause générale elle-même, celle de l'absorption du fait générateur contractuel par le fait générateur délictuel, qui conduit à pouvoir percevoir dans tout manquement contractuel, ou presque, l'ombre d'une faute délictuelle. La Cour ne se passe pas d'une faute délictuelle, elle permet de la trouver dans l'inexécution contractuelle elle-même. Fondée en droit, cette solution semble satisfaire les exigences de la responsabilité, en particulier l'exigence de réparation du dommage, mais contrarie la doctrine contractualiste, soucieuse de préserver les prévisions contractuelles.

529. Limites à la solution dégagée par Myr'ho. Ces prévisions contractuelles ne sont en tant que telles pas mises à mal par le traitement différencié du tiers au regard du créancier contractuel, tant ce tiers, parce qu'il est justement placé dans une situation différente, ne peut en principe se voir appliquer les limites du contrat. Mais la Cour de cassation, en voulant réaffirmer sa solution de 2006, et couper court au débat doctrinal qui durait depuis plus de quinze années, a franchi une limite dangereuse pour le contrat. L'arrêt Bois rouge de 2020 ne se contente pas de réaffirmer le principe dégagé par Myr'ho, il en fait application dans un cas où aucune faute délictuelle ne peut vraiment

être caractérisée, et fonde alors l'action du tiers sur le seul fait illicite. Les limites de la compétence délictuelle se dessinent alors, posant la question tant de ses limites, que de son éventuelle éviction au profit de la responsabilité contractuelle dans certaines situations. L'équilibre des solutions dégagées dépendra alors du bon encadrement du retour de la norme spéciale, l'enjeu étant la soumission du tiers à des limites contractuelles auxquelles il n'a jamais consenti. Ce sont ces nécessaires limites à l'immixtion de la responsabilité délictuelle dans le contrat qu'il nous faut donc désormais envisager.

Chapitre II. L'étendue de l'immixtion de la responsabilité délictuelle

530. La nécessité de limites. Par les excès qu'il porte, l'arrêt Bois rouge aura pour vertu d'avoir révélé les limites de la jurisprudence Myr'ho. En voulant seulement réaffirmer solennellement le principe posé par l'arrêt Myr'ho en 2006 – la possibilité pour le tiers victime de l'inexécution d'engager la responsabilité délictuelle du créancier défaillant – et mettre fin au débat doctrinal sur les conditions de l'action en responsabilité du tiers, l'arrêt, dans son entreprise de motivation enrichie, franchit peut-être le pas de trop. Ne pouvant faire reposer sa solution que sur la seule nécessité d'indemniser le tiers, la Cour de cassation entreprend d'assoir la solution de principe de Myr'ho sur une argumentation juridique plus développée. Outre que l'espèce n'était pas la plus adaptée à la réaffirmation solennelle de ce principe[2084], la Cour, ce faisant, va un peu trop loin, plus loin que le principe énoncé en 2006, et fait reposer le principe de l'indemnisation du tiers sur la seule présence d'un lien de causalité entre le dommage subi et le manquement contractuel. Les excès de ce dernier arrêt expliquent peut-être que la Cour ait estimé nécessaire de mettre des limites aux effets d'une telle jurisprudence, et ait rendu en juillet 2024 un arrêt qui, sans limiter directement l'intervention de la responsabilité délictuelle, étend cependant les limites du contrat au tiers[2085]. Si l'arrêt ne justifie pas pourquoi, ni comment on peut appliquer à un tiers les limites d'un contrat alors même que son action est de nature délictuelle, il exprime cependant une nécessité, celle de poser des limites à l'immixtion de la responsabilité délictuelle dans le contrat par l'entremise du tiers qui contrôlée (Section 1), doit aussi dans certains cas pouvoir être plus radicalement refoulée au profit de la responsabilité contractuelle (Section 2).

[2084] V. *supra*, n° 514.
[2085] Com., 3 juillet 2024, n° 21-14.947, *D.* 2024.1577, note A. GOUËZEL ; *D.* 2024.1607, note D.HOUTCIEFF.

Section 1. Une immixtion contrôlée par les conditions de l'action en responsabilité délictuelle

531. Des limites tirées des conditions de l'action en responsabilité délictuelle. Les considérations tirées du contrat, telle que le respect de l'effet relatif, ou des prévisions des parties, apparaissent impropres à fixer des limites au principe selon lequel le tiers qui subit un dommage du fait de l'inexécution peut en demander la réparation sur le fondement de la responsabilité délictuelle, sans avoir à rapporter la preuve d'une faute délictuelle distincte du manquement contractuel. Si l'effet relatif n'est pas incompatible avec une telle action, les prévisions des parties, bien qu'elles puissent s'en retrouver perturbées, ne peuvent s'y opposer, puisqu'elles ne concernent justement que les parties, et ne peuvent s'imposer au tiers. Les limites à un tel principe posé par la jurisprudence ne peuvent dès lors venir que des conditions de l'action en responsabilité délictuelle. Si la condition du fait générateur délictuel n'apparaît pas apte à encadrer ce principe, tant la plupart des manquements contractuels caractériseront également une faute délictuelle[2086], restent alors le dommage et le lien de causalité. Parents pauvres du droit de la responsabilité, il nous faut pourtant les solliciter pour trouver des limites à l'immixtion de la responsabilité dans le contrat. Si le lien de causalité se révèlera insuffisant à encadrer l'action du tiers (§1), le dommage apparaîtra comme un critère pertinent (§2).

§1. L'insuffisance du lien de causalité

532. Le lien de causalité, condition centrale de l'action du tiers. De nombreux auteurs ont souligné que depuis 2006 et l'arrêt Myr'ho, l'action en responsabilité délictuelle du tiers qui subit un dommage du fait d'un manquement contractuel,

[2086] V. *supra*, n° 136 et s. Contrairement à ce que permet l'arrêt Bois rouge, il faut cependant pouvoir caractériser une faute délictuelle à partir du manquement contractuel.

débarrassée, selon eux, de la nécessité de prouver une faute délictuelle, se résumerait à la preuve d'un lien causal entre le manquement contractuel et le dommage subi par le tiers[2087]. Si cette lecture de l'arrêt Myr'ho nous semble excessive[2088], la formule de l'arrêt Bois rouge, faisant abstraction de la faute au profit du fait illicite, ouvre cette fois la porte à une action en responsabilité centrée autour du seul lien de causalité.

533. Le lien de causalité comme limite à l'action du tiers. Le lien de causalité deviendrait alors l'élément déterminant de cette action, et selon qu'on l'apprécie largement ou strictement, donnera lieu à une conception étendue ou restrictive de l'action du tiers. Certains auteurs, en général ceux favorables à la solution de principe posé par l'arrêt Myr'ho, ont ainsi souligné l'importance du lien de causalité pour contenir les effets d'une telle solution formulée en des termes très généraux, et ne pas en dévoyer le sens. Un lien de causalité qui, même lorsqu'il est établi entre les parties, ne devrait pas forcément l'être à l'égard du tiers.

Suzanne CARVAL, dans sa note sous l'arrêt Myr'ho, fournit un bon exemple d'une telle configuration, à partir d'un arrêt qui, traitant de l'action d'un tiers du fait du manquement contractuel, avait exclu la réparation de son dommage en considérant que le tiers n'apportait pas la preuve d'un manquement à une obligation de prudence et de diligence, autrement dit d'une faute délictuelle. Dans cet arrêt de 1997[2089], des armateurs mécontents du chalutier qui leur avait été livré par des chantiers navals n'avaient pas pu obtenir réparation de la part du constructeur, alors en redressement judiciaire. Ils avaient alors agi en responsabilité contre le courtier d'assurance qui avait joué le rôle d'intermédiaire entre le constructeur et l'assureur pour la souscription d'une police d'assurance maritime, mais ne leur avait pas conseillé de prendre une assurance responsabilité. La Cour de cassation approuve ici la cour d'appel qui les avait

---

[2087] V. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t.3, *Le rapport d'obligation*, 9ème éd., Sirey, 2015, n° 190 : « Le seul véritable problème paraît être celui de la causalité : il convient dans tous les cas de s'assurer que le dommage dont la réparation est demandée est bien la consécration du manquement du débiteur contractuel » ; G. WICKER, « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *RDC* 2007, p.593 et. s., spéc. n° 16 et s. ; P. ANCEL, « Faut-il faire "avec" », *RDC* 2007, p.538 et s., spéc. n° 26.

[2088] V. *supra*, n° 517 et s. On notera cependant que l'avis de l'avocat général GARIAZZO concernant l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 6 octobre 2006 insistait bien sur cette importance du lien de causalité comme condition essentielle de l'action du tiers. L'avocat général ne renie pas pour autant la nécessité, pour le tiers demandeur à l'action, d'apporter la preuve d'une faute délictuelle.

[2089] Com., 17 juin 1997, *Bull. civ*. IV, n° 187, *JCP G* 1998, I, 144, obs. G. VINEY.

déboutés, considérant que les demandeurs n'avaient pas apporté la preuve d'une faute délictuelle de la part du courtier. La solution était antérieure à l'arrêt Myr'ho, et ne pourrait peut-être plus être retenue sur le terrain de la faute, le manquement contractuel du courtier pouvant s'analyser au moins comme une négligence. Il apparaît pourtant assez nettement qu'une telle solution, qui aurait visé à retenir la responsabilité du courtier à l'égard du tiers, n'aurait de toute façon pas été souhaitable en opportunité, et serait apparue comme excessive. Les juges, souligne Suzanne CARVAL, auraient cependant pu aboutir au même résultat à l'aide du lien de causalité, ou plutôt de son absence[2090]. Il apparaît en effet évident que la faute du courtier, simple intermédiaire chargé d'une obligation de conseil, n'avait fait perdre à l'armateur qu'une simple chance de voir le constructeur souscrire ladite police d'assurance, une chance que l'auteur juge mince, au regard du fait le constructeur avait probablement volontairement écarté la souscription d'une telle police, rendue obligatoire par le contrat de construction.

534. Caractérisation du lien de causalité. La vérification de l'existence d'un lien de causalité entre le dommage subi par le tiers, et le manquement contractuel, permettrait ainsi de faire le tri entre des tiers dont le lien entre le dommage et l'inexécution du contrat ne serait que fortuit, et les autres. Ainsi, « tout en posant par principe que l'inexécution du contrat constitue une faute délictuelle, […] on peut, sur le terrain de la causalité, à la marge, écarter certaines actions en réparation intuitivement ressenties comme inadmissibles »[2091]. Certains auteurs envisagent ainsi la possibilité qu'il soit fait de cette condition un usage particulier, dans ce cadre précis. Ainsi de Pascal ANCEL qui suggère, inspiré par les développements de Philippe BRUN, lui-même influencé par la pensée de DEJEAN de la BÂTIE, que l'on entende ici la causalité différemment, non seulement comme un lien matériel, mais comme cherchant à rendre compte de « l'empreinte continue du mal »[2092]. Cette manière d'apprécier la causalité aurait ainsi pour vertu d'écarter les cas dans lesquels le dommage, bien que causé par un fait illicite – le manquement contractuel – aurait existé quand bien même le comportement à l'origine du dommage n'aurait lui pas été illicite. L'auteur prend alors

[2090] S. CARVAL, « Droit des tiers d'invoquer un manquement contractuel », *RDC* 2007, p.279 et s..
[2091] P. ANCEL, « Faut-il faire "avec" », *RDC* 2007, p.538 et s., spéc. n° 26.
[2092] *Ibid*

l'exemple classique de la violation d'une clause de non-concurrence qui causerait à un autre concurrent, tiers au contrat, un dommage. Il apparaît en effet absurde d'accorder réparation à tous les autres concurrents lésés par la violation de cette obligation de non-concurrence, alors que ce dommage aurait été subi quand bien même cette concurrence, source du dommage, ne caractérisait pas la violation d'une obligation contractuelle. L'idée serait alors encore de différencier l'appréciation de la causalité entre les parties, et entre le débiteur et le tiers. Entre les parties en effet, si l'on applique cette même théorie de l'empreinte continue du mal, on risque de faire échouer l'action du créancier lésé puisque le dommage est avant tout causé par la concurrence qui, il se trouve, résulte ici de la violation d'une obligation contractuelle. Mais entre les parties le seul lien matériel entre cette inexécution et le dommage doit suffire à fonder l'action du créancier. Il nous semble cependant difficile de justifier une telle différence d'appréciation, à moins de la fonder sur des constructions théoriques satisfaisantes autour du lien de causalité. Or la difficulté de cette condition tient dans le fait que, variable d'ajustement de la responsabilité civile[2093], elle peut autant être utilisée pour limiter la réparation, que pour servir l'idéologie de la réparation – utilisation fréquente en jurisprudence.

535. Lien de causalité et exigence d'un dommage direct. Pour discriminer entre les tiers légitimes à invoquer la réparation de leur dommage et les autres, l'exigence d'un lien de causalité direct entre le dommage et le manquement contractuel pourrait alors être appréciée avec plus de rigueur. Ainsi du fait que le lien de causalité devient la condition essentielle de l'action du tiers, « sa responsabilité [du contractant] doit être écartée chaque fois que le rapport de causalité entre le manquement et le dommage est inexistant ou du moins incertain »[2094]. Guillaume WICKER suggère ainsi de distinguer entre deux types de dommages : le dommage direct et le dommage médiat. Si le dommage direct est celui que le tiers subit à l'occasion de l'inexécution, et qui correspondrait essentiellement à des atteintes aux biens ou à la personne, le dommage médiat serait celui que le tiers ne subit que parce que « l'exécution de l'obligation à laquelle il a été manqué ait été la condition de la bonne exécution de l'obligation dont

[2093] V. *supra*, n° 112 et s.
[2094] G. WICKER, « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *RDC* 2007, p.593 et s., spéc. n° 16.

le contractant était lui-même débiteur à l'égard du tiers ». Ce dommage médiat n'aurait pas d'existence autonome au regard de celui subi par le créancier lésé, et sa compensation aurait pour effet indirect d'octroyer au tiers un équivalent à l'avantage attendu du contrat, portant ainsi atteinte à l'effet relatif des conventions. Cette distinction entre les dommages fait en réalité écho à une distinction entre deux catégories de tiers : les tiers véritables, et ceux qui, appartenant à une chaîne ou un groupe de contrats, n'en seraient pas vraiment.

Cette distinction fondée sur la causalité nous semble insuffisante à encadrer les effets de la jurisprudence Myr'ho. Elle ne permet pas de limiter les effets de la responsabilité délictuelle dans la réparation du dommage causé au tiers, puisqu'elle a plutôt pour conséquence de soumettre la réparation des dommages médiats à la compétence de la responsabilité contractuelle, sans distinguer, au sein des dommages dits directs, ceux qui seraient susceptibles d'être réparés ou non. Cette distinction ne permet pas un contrôle de l'immixtion de la responsabilité délictuelle dans le contrat, mais seulement une extension, à certains tiers, du régime contractuel[2095]. Cette distinction fondée sur la causalité révèle par ailleurs que c'est la question du dommage réparable qui doit se trouver au cœur de la mise en œuvre de cette jurisprudence, et plus largement la question de la fonction des dommages-intérêts délictuels lorsqu'ils prennent en charge le dommage subi par le tiers aux marges de l'exécution du contrat.

§2. La pertinence du dommage

536. Le dommage comme limite à la jurisprudence Myr'ho. Condition peu étudiée, et laissée de côté dans le débat houleux autour de l'assimilation des faits générateurs contractuel et délictuel, le dommage se révèlera être un critère pertinent pour contrôler l'immixtion de la responsabilité délictuelle dans le contrat[2096]. Certaines théories visant à sélectionner parmi les dommages réparables devront être rejetées (A), avant de pouvoir affirmer le critère retenu (B).

[2095] Sur ce point, v. *infra*, n° 558 et s.
[2096] V. not. C. GRIMALDI, « Toute faute contractuelle est une faute délictuelle, mais encore faut-il s'entendre sur le préjudice réparable ! », *RDC* 2007, p.563 et s.

A. Les théories rejetées

537. Rejet de la sélection du dommage selon le type. On pourrait imaginer restreindre l'action en responsabilité du tiers à la compensation de certains types de dommage, à l'exclusion d'autres, à l'instar de ce que fait par exemple, le droit anglais, qui n'accepte l'action du tiers qu'en cas de dommage matériel ou corporel[2097]. Cette exclusion de certains types de dommages peut se faire sur la base de deux théories différentes. Elle pourrait résulter tout d'abord de la reconnaissance, par le droit français, de la hiérarchie des intérêts protégés, au sommet de laquelle trônerait la protection de l'intégrité physique, et ferait ainsi du dommage corporel un dommage digne de recevoir une protection plus étendue du droit de la responsabilité. Elle peut également découler de la distinction opérée entre les tiers qui subissent un dommage du fait qu'ils sont indirectement reliés au contrat, en particulier à l'un des contractants, et attendent quelque chose de son exécution, et les autres, qui subiraient un dommage à l'occasion de l'inexécution du contrat, de manière purement contingente. On pourrait alors circonscrire l'action du tiers à la réparation des seuls dommages corporels et matériels, qui résulteraient en réalité de la violation d'obligations accessoires au contrat, notamment des obligations de sécurité. Cette dernière distinction fait écho à une idée que nous avons déjà entrevue, celle de la relativité du dommage.

538. La relativité du dommage contractuel. À la relativité de la faute contractuelle dans ses caractères s'ajouterait en effet une relativité de la faute contractuelle dans ses conséquences[2098]. Ainsi, la violation d'une obligation strictement contractuelle ne devrait causer qu'un dommage strictement contractuel, correspondant à l'absence de prestation attendue du contrat, dont la compensation ne peut concerner que les parties. La sélection du type de dommage se confond alors avec la question du contenu du contrat, et si l'on veut éviter que la responsabilité délictuelle n'aboutisse à octroyer au tiers le bénéfice du contrat au détriment de l'effet relatif, il ne faut alors la réserver

[2097] Ph. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité délictuelle pour manquement contractuel : quelle perspective en l'absence de réforme ? », in *Écrits sans esprit de système, Mélanges en l'honneur de Philippe Delebecque*, Dalloz, 2024, p. 961, spéc. n° 3.
[2098] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, op. cit.,* p.409.

qu'aux cas où le dommage découle non pas de la violation d'une obligation née du contrat, mais d'une obligation qui, bien que servant l'opération contractuelle, existe en dehors du contrat. La question n'est plus celle de la relativité ou de l'identité de la faute contractuelle – car bien que distinctes, l'une est absorbée par l'autre – mais plutôt celle de la détermination des obligations qui n'existent qu'en raison du contrat, et qui sont donc nécessairement relatives, dues exclusivement à l'autre partie. Or nous avons déjà vu la difficulté qu'il peut y avoir à distinguer entre ces obligations strictement contractuelles et accessoirement contractuelles[2099]. Nous avons également déjà démontré que la violation des premières peut tout à fait occasionner des dommages autres que l'absence de prestation attendue, au créancier comme au tiers[2100]. Le critère du dommage strictement contractuel n'est en ce sens pas pertinent, car il est évident que le tiers victime d'une inexécution ne se plaint en pratique jamais d'un dommage correspondant à l'absence de prestation attendue du contrat. Ce dommage ne peut exister pour lui à partir du moment où il ne pouvait rien attendre du contrat. Et s'il en attendait quelque chose d'identique au contractant lésé, c'est peut-être qu'il n'était pas vraiment un tiers, et qu'il faut alors lui étendre, comme nous le verrons le régime contractuel[2101]. La critique sera alors la même que pour la distinction, fondée sur la causalité, entre dommage direct et médiat : elle ne peut servir au mieux qu'à distinguer entre les tiers soumis au régime délictuel et ceux devant être soumis au régime contractuel, mais pas à encadrer les effets de la responsabilité délictuelle.

B. Le critère retenu

539. Nécessité de la preuve d'un préjudice personnel et distinct de celui du créancier. Le tiers qui subit un dommage du fait du manquement contractuel doit, pour en obtenir compensation, se plier aux conditions de l'action en responsabilité délictuelle. Il doit à ce titre apporter la preuve d'un préjudice personnel, distinct de celui subi par le contractant lésé. La Cour de cassation fait de cet élément une condition non seulement de succès de l'action en responsabilité, mais également de recevabilité

[2099] V. *supra*, n° 272 et s.
[2100] V. *supra*, n° 220 et s.
[2101] V. *infra*, n° 545 et s.

de l'action en responsabilité du tiers[2102]. Devra ainsi être rejetée la demande du tiers qui vise à obtenir, par le biais de la compensation de son dommage, l'avantage attendu du contrat par le créancier contractuel lésé – ou du moins une forme d'équivalent monétaire[2103]. La compensation d'un tel dommage au bénéfice du tiers, qui aurait pour effet de lui accorder indirectement le bénéfice du contrat, serait alors contraire au principe de l'effet relatif des contrats, et nuirait aux prévisions des parties. Cette restriction liée au préjudice combat alors l'argument formulé par certains contre l'arrêt Myr'ho, et selon lequel l'action du tiers entraînerait un risque de double compensation, pour un même fait générateur, des dommages causés au contractant lésé et au tiers, faisant peser une charge excessivement lourde de l'inexécution sur la tête du débiteur à l'origine de l'inexécution. Car ce risque n'existe d'un point de vue contractuel, sur le plan du respect des prévisions des parties, que si le créancier défaillant est amené à compenser deux fois le préjudice résultant de l'absence de prestation contractuelle. Or tel n'est pas le cas, puisque ce n'est pas de ce dommage dont se plaint le tiers lorsqu'il agit sur le fondement délictuel.

540. Rejet des dommages consécutifs. En dehors des cas où le tiers est lié au contrat inexécuté d'une manière particulière[2104], le dommage qu'il subira correspondra en effet rarement à la perte de la prestation attendue du contrat. Il peut cependant subir des dommages dont la compensation, si elle ne vise pas directement cette perte, met en jeu une fonction bien particulière des dommages-intérêts, par principe réservée aux dommages-intérêts contractuels lorsqu'ils servent la satisfaction du créancier. Les dommages dits « consécutifs » sont en effet ceux, nous l'avons vu, qui, découlent de l'inexécution du contrat, et que l'absence de contrat n'aurait pas pu éviter[2105]. Cela

[2102] Com., 8 février 2011, n°09-17.034, *RTD civ.* 2011.350, B. FAGES ; *D.* 2011. 1535, X. BOUCOBZA et Y.-M. SERINET. Il s'agissait ici du cas particulier d'une action en responsabilité d'un associé contre un contractant de la société, et de la distinction de la personne de l'associé, de la personne morale qu'est la société.
[2103] Civ.3ème, 18 janvier 2006, *Bull. civ*. III, n° 19, *RDC* 2006.815, obs. G. VINEY. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a censuré les juges d'appel qui avaient accepté d'accorder au crédit-preneur agissant contre des constructeurs pour des malfaçons une somme correspondant au coût des travaux de reprise. La Cour de cassation considère que le crédit-preneur ne pouvait pas « demander, sur le fondement délictuel, la somme correspondant à la réparation des désordres de construction mais seulement l'indemnisation du préjudice en résultant ». Ainsi, seul le créancier contractuel, ici le maître de l'ouvrage ou l'acquéreur pourra demander réparation du préjudice correspondant aux sommes nécessaires pour la reconstruction.
[2104] V. *infra*, n° 558 et s.
[2105] V. *supra*, n° 346 et s. Ils s'opposent ainsi aux dommages « extrinsèques », que la conclusion du contrat a contribué à réaliser.

signifie que ces dommages consécutifs, sans correspondre à l'absence de prestation contractuelle, correspondent à la déception d'une attente contractuelle au sens large. La compensation de ces dommages causés par l'inexécution contractuelle visera ainsi non seulement à rétablir le tiers victime dans une situation antérieure, mais par ailleurs à établir à son bénéfice une situation qu'il attendait de la conclusion et de la bonne exécution du contrat. À la différence du dommage correspondant à l'absence de prestation contractuelle, de tels dommages pourront être subis par des tiers qui n'ont aucun lien particulier avec le contrat.

Prenons l'exemple d'une personne ayant acquis un appartement dans une ville, ou un quartier, dans lequel une station de métro doit être implantée, comme ce fût le cas ces dernières années dans toute la première couronne de villes autour de Paris. L'acquéreur espère alors, lorsqu'il acquiert ce bien, faire une plus-value prochaine, et non négligeable, avec l'arrivée du métro. L'acquéreur n'a pas de lien contractuel avec les différents intervenants qui s'occupent de l'installation du métro, mais il a un intérêt certain à la bonne exécution de ce contrat auquel il n'est pas partie. Lorsque la construction prend du retard, voire est interrompue, il subit un dommage direct et certain, celui de ne pas pouvoir bénéficier de la plus-value sur son bien. Ce dommage ne correspond pas à l'absence de prestation contractuelle, l'absence de jouissance du métro, et est bien distinct du préjudice subi par le créancier contractuel, mais il correspond à un dommage consécutif, né de l'inexécution du contrat, mais qui aurait existé en l'absence de contrat. Sa compensation ne vise donc pas directement à rétablir le tiers dans un *statu quo ante*, puisque sa situation ne s'est pas dégradée du fait de l'inexécution, mais plutôt à compenser sa déception de n'avoir pas pu profiter d'un avantage escompté de la bonne exécution du contrat par les parties.

541. Fonction des dommages-intérêts délictuels. Or si l'on accepte l'action en responsabilité délictuelle du tiers pour le dommage causé par le manquement contractuel, c'est parce qu'elle ne vise pas en principe à « réclamer indirectement à son profit le bénéfice du contrat auquel il n'est pas partie », mais qu'elle « tend à faire valoir que le contrat, en raison du manquement, lui a été dommageable »[2106]. Si l'action du tiers est acceptée, c'est parce qu'elle répond à un besoin de réparation du dommage,

[2106] S. CARVAL, « Droit des tiers d'invoquer un manquement contractuel », *op.cit.*

une logique de réparation et de rétablissement qui caractérise la responsabilité délictuelle. Or la compensation des dommages liés à la déception d'une attente contractuelle, qu'ils soient caractérisés par l'absence de prestation contractuelle ou l'absence d'un avantage attendu du contrat, pris au sens large, parce qu'elle vise à placer le tiers lésé dans la situation dans laquelle il aurait été en présence du contrat et de sa correcte exécution, ne peut viser le rétablissement de son *statu quo ante*, caractéristique de la fonction de réparation de la responsabilité civile. La compensation de ces dommages est au contraire caractéristique d'une fonction particulière des dommages-intérêts, la fonction de satisfaction du créancier, fonction réservée aux dommages-intérêts contractuels lorsqu'ils prennent en charge le dommage subi par le créancier contractuel[2107]. Si les dommages-intérêts contractuels peuvent servir cette fonction particulière de satisfaction, à la dimension prospective inhabituelle en matière de responsabilité, c'est parce qu'en plus d'être l'instrument d'une responsabilité, qui compense les dommages, ils sont également un remède à l'inexécution du contrat.

Cette dimension prospective est en revanche incompatible avec la responsabilité délictuelle, tournée vers le rétablissement de situations dégradées par le dommage[2108]. Et si, introduite par le tiers dans le contrat, la responsabilité délictuelle était amenée à prendre en charge une telle fonction, non pas pour satisfaire le créancier, mais le tiers, elle porterait alors atteinte à l'effet relatif des conventions. Le principe posé par l'arrêt Myr'ho, s'il nous apparaît juste et opportun, doit ainsi trouver une limite, guidée par la fonction des dommages-intérêts délictuels lorsqu'ils prennent en charge le dommage subi par le tiers. C'est bien ici le dommage, et non le seul préjudice, qui permettra de trancher : la compensation d'une perte de revenus espérés, gain manqué, qui découlerait d'un dommage corporel subi par le tiers du fait de l'inexécution contractuelle, devrait pouvoir être pris en charge par la responsabilité délictuelle. Les dommages-intérêts visent en effet en ce cas bien à rétablir une situation dégradée par le manquement contractuel, ce qu'exprime le dommage corporel.

[2107] V. *supra*, n° 339 et s.
[2108] Cela n'empêche pas la responsabilité délictuelle d'intégrer une certaine dimension prospective, propre au contrat, lorsqu'elle vise à réparer des dommages causés par une faute précontractuelle, en présence d'un contrat conclu et exécuté. V. *supra*, n° 483 et s.

542. Conclusion de section. La mise en œuvre de la responsabilité délictuelle au profit du tiers qui subit un dommage du fait de l'inexécution contractuelle, et le principe de réparation intégrale qui l'accompagne, caractérisent l'immixtion de la logique délictuelle au sein du contrat. Cette immixtion ne saurait être acceptée que si elle respecte un nécessaire équilibre entre l'objectif de réparation propre à la responsabilité délictuelle, et les principes essentiels au respect du contrat que sont les principes de l'effet relatif et du respect des prévisions contractuelles. Cet équilibre apparaît menacé lorsque les dommages-intérêts délictuels prennent en charge la compensation de dommages qui, sans correspondre à l'absence de prestation contractuelle – dommage subi en principe par le seul créancier contractuel – correspondent à l'absence d'un avantage attendu du contrat. La compensation par la responsabilité délictuelle de ces dommages doit donc être exclue, et l'action en responsabilité des tiers en ce cas écartée. C'est à cette seule condition que l'on pourra contenir le principe posé par l'arrêt Myr'ho, qui trouve sa justification dans des considérations liées à la responsabilité, dans des limites respectueuses du contrat.

Le tiers subit cependant parfois un dommage qui s'apparente à l'absence de prestation contractuelle. Il faut alors en ce cas se demander ce qui l'amène à subir un tel dommage, et si en ce cas, la compétence subsidiaire de la responsabilité délictuelle ne devrait pas être écartée, au profit de la règle spéciale – la responsabilité contractuelle.

Section 2. Une immixtion refoulée au profit de la responsabilité contractuelle

543. Exclusion des actions directes. La soumission du tiers qui subit un dommage du fait du manquement contractuel à la responsabilité délictuelle présente le désavantage de traiter de manière différente le créancier contractuel lésé et le tiers, alors qu'ils subissent parfois le même dommage, ce qui sera le cas lorsque le dommage subi par le créancier ne correspond pas à l'absence d'avantage attendu du contrat. Si cette disparité de traitement est en réalité justifiée par la différence de situation entre créancier et tiers,

elle peut cependant devenir gênante lorsque le tiers est dans une position qui s'approche de celle du créancier lésé ; il sera alors parfois justifié de pouvoir lui appliquer les limites du contrat, afin de respecter les prévisions contractuelles. Avant d'entrer plus en détail dans les conditions de cette extension contractuelle au service du contrat, il nous faut exclure de notre propos des situations dans lesquelles ponctuellement, pour des raisons d'opportunité, notamment lorsque l'action en responsabilité délictuelle ne permet pas l'indemnisation des tiers, les juges ont pu étendre les dispositions contractuelles au bénéfice du tiers, faisant de lui un véritable créancier contractuel. On laissera d'abord de côté la question des actions directes prévues par la loi, et qui visent à offrir au créancier contractuel, dans des cas particuliers, un second débiteur plus solvable que le premier – le débiteur de son débiteur[2109]. Ces actions, plus que des actions en responsabilité contractuelle, constituent de véritables actions en paiement au bénéfice du tiers[2110], et ne rentrent ainsi pas directement dans le champ de notre étude.

544. Exclusion de la stipulation pour autrui. Nous laisserons également de côté le mécanisme de la stipulation pour autrui dont le Code civil donne, depuis la réforme de 2016, la définition suivante : « L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire. Ce dernier peut être une personne future mais doit être précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse »[2111]. Extension du contrat à un tiers par l'effet de la volonté des parties, la stipulation pour autrui a parfois été présumée

[2109] Pour une liste, non exhaustive, de telles actions directes, v. not. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, t.3, *Le rapport d'obligation*, 9ème éd., Sirey, 2015, n° 104 : action du bailleur contre le sous-locataire pour le paiement des loyers (art. 1753 C.civ.), des ouvriers d'un entrepreneur contre le maître de l'ouvrage pour le paiement des salaires (art.1798, C.civ.), du mandant contre le sous-mandataire en remboursement des frais (art.1994, C.civ.), de la victime du dommage contre l'assureur de l'auteur (art. L124-3, C. assur.) , du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage en rémunération des travaux exécutés (art. 12, loi 31 décembre 1975), des établissements publics de santé contre les débiteurs des hospitalisés pour le règlement des frais de séjour (art. L 6145-11, CSP).

[2110] C'est ainsi que les définit l'article 1341-3 du Code civil introduit par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. V. article 1341-3, Code civil : « Dans les cas déterminés par la loi, le créancier peut agir directement en paiement de sa créance contre un débiteur de son débiteur ». V. cependant J. GHESTIN, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ.* 1994, p.777 et. s., n° 30 : l'auteur considère que l'action directe a pour but de « corriger, en application du principe de justice commutative, le principe de relativité des conventions, en permettant à son titulaire, en dehors même de son consentement, de se prévaloir de certains effets obligatoires du contrat. Mais elle n'a pas pour objet ou pour effet d'en faire une partie au contrat ».

[2111] Art. 1205, alinéa 2, C.civ.

par la jurisprudence pour contrer la sévérité du principe de l'effet relatif des contrats qui, dans certains cas, aboutissaient à laisser un tiers victime de l'inexécution du contrat sans possibilité de réparation. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle présumé dans le contrat de transport de personnes une stipulation tacite pour autrui au bénéfice des proches du parent du transporté blessé ou décédé, dans le but de les faire profiter des avantages de la responsabilité contractuelle, ici en particulier de l'obligation de résultat pesant sur le transporteur[2112]. Outre que cette jurisprudence n'aurait plus tant d'utilité aujourd'hui au vu de l'existence de régimes de responsabilité sans faute permettant de prendre en charge la réparation de ce dommage – responsabilité du fait des choses, responsabilité du fait des accidents de la circulation – elle vise avant tout à étendre les dispositions contractuelles au bénéfice du tiers, pour pallier l'insuffisance de la responsabilité délictuelle, et non pour lutter contre l'immixtion de la responsabilité délictuelle dans le contrat. Une telle présomption de stipulation pour autrui a par ailleurs également été découverte par la jurisprudence dans le cadre du scandale du sang contaminé, afin de permettre aux victimes d'agir contre les centres de transfusion qui avaient fourni le sang aux hôpitaux[2113]. En cela, le mécanisme de la stipulation pour autrui pourrait être comparé avec celui, issu du droit allemand, du fameux « contrat avec effet protecteur pour les tiers ». Cette création doctrinale et jurisprudentielle, permet au tiers d'être indemnisé, là où la responsabilité délictuelle ne le permettait pas, et permet une indemnisation sur un fondement plus favorable que celui de la responsabilité délictuelle. La compétence contractuelle apparaît alors purement opportuniste, forcée. Ce n'est alors pas tant l'immixtion de la responsabilité délictuelle qui est refoulée, que la compétence contractuelle qui est recherchée, pour des considérations d'opportunité.

[2112] Civ., 6 déc. 1932, *D.* 1933.1.137, note JOSSERAND, *Gaz. Pal* 1932.1.269.
[2113] TGI Paris, 1er juillet 1991, *JCP* 1991. II. 21762, note HARICHAUX ; TGI Paris, 28 nov. 1991, *D.* 1992. 85, note DORSNER-DOLIVET ; *D.* 1992. IR 70 ; TGI Toulouse, 16 juill. 1992, *JCP* 1992. II. 21965, note LABBÉ ; TGI Nice, 27 juill. 1992, *D.* 1993. 38, note VIDAL ; TGI Toulouse, 9 juin 1992, *D.* 1992. IR 203 ; TGI Aix-en-Provence, 12 juill. 1993, *D.* 1994. 13, note VIDAL ; Civ. 1ère, 14 nov. 1995, n° 92-18.199, *Bull. civ*. I, n° 414 ; *D.* 1995. 269 ; *RDSS* 1996. 379, obs. ALFANDARI ; *JCP* 1996. I. 3985, n° 8, obs. G. VINEY. Cette jurisprudence est également devenue obsolète à partir du moment où a été offerte aux victimes la possibilité d'agir pour défaut de sécurité du produit, ce que la Cour, inspirée par la directive européenne du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, a admis avant même la loi du 19 mai 1998. V. Civ. 1, 13 févr. 2001, n° 99-13.589, *Bull. civ.* I, no 35 ; *D.* 2001. 2234, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 2001. 367, obs. P. JOURDAIN ; *JCP* 2002.II. 10099, note LISANTI-KALCZYNSKI.

545. Une extension contractuelle pour rejeter l'immixtion délictuelle. En dehors de ces situations d'extension des effets du contrat au tiers à son bénéfice, il est des cas dans lesquels, du fait de la situation particulière des tiers au regard du contrat, leur traitement différencié des parties apparaît injustifié. Afin de préserver les prévisions contractuelles, et sans atteindre au droit du tiers de voir son dommage réparé, il faut envisager de soumettre les tiers à la responsabilité contractuelle, et ainsi aux stipulations contractuelles qui encadrent la réparation du dommage causé par l'inexécution du contrat. Contrairement à l'action directe ou la stipulation pour autrui, cette soumission du tiers au régime contractuel a pour but de protéger les prévisions contractuelles de l'empire tentaculaire de la responsabilité délictuelle. Au service des prévisions des parties (§1), cette extension contractuelle ne peut se fonder que sur de seules considérations d'opportunité, et doit se fonder sur une extension du domaine de la responsabilité contractuelle (§2).

§1. Une extension contractuelle au service des prévisions des parties

546. Une extension de la responsabilité contractuelle pour protéger les prévisions contractuelles. Si le fait que le dommage soit causé non seulement au créancier, mais également à un tiers, perturbe les prévisions contractuelles, c'est parce que le tiers agit comme un cheval de Troie pour la responsabilité délictuelle, qui s'engouffre, avec son principe de réparation intégrale, au cœur du contrat. L'extension de la responsabilité contractuelle au tiers qui demande réparation du dommage causé par l'inexécution contrat permettrait, du côté des parties, de protéger leurs prévisions en leur offrant la possibilité de mettre en œuvre les clauses du contrat concernant la réparation des dommages. L'intrusion de la responsabilité délictuelle au cœur du contrat serait alors combattue, au nom du respect des prévisions contractuelles.

547. L'option offerte au tiers par les projets de réforme. Ce refoulement de la responsabilité délictuelle n'est cependant efficace qu'à la seule condition que la compétence contractuelle soit imposée aux tiers, et qu'elle ne puisse pas résulter d'une option, d'un choix qui leur serait offert. C'est pourtant le chemin choisi par les récents projets de réforme de la responsabilité, et avant eux par divers projets doctrinaux et

propositions de loi ayant eu pour objet de réformer le droit de la responsabilité civile. Les articles 1234 du projet de réforme de la Chancellerie de mars 2017 et de la proposition de loi enregistrée au Sénat le 29 juillet 2020 prévoient ainsi tous deux dans un alinéa premier que le tiers au contrat qui subit un dommage du fait d'une inexécution contractuelle ne pourra en demander réparation « que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle », à la condition que ce tiers amène la preuve d'un fait générateur délictuel. Ils prévoient cependant dans un alinéa 2 que certains tiers disposeront d'une option en faveur de la responsabilité contractuelle. Ainsi, après avoir insisté sur une compétence exclusive de la responsabilité délictuelle (« *que* sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle »), le projet de réforme, tout comme la proposition de loi, ouvrent aux tiers « ayant un intérêt légitime à la bonne exécution du contrat » la possibilité d'opter pour une action en responsabilité contractuelle, avec pour conséquence leur soumission aux conditions et limites du contrat concernant la responsabilité. L'objectif d'un tel compromis est d'assurer un équilibre entre la nécessité de préserver les prévisions contractuelles des effets perturbateurs de la responsabilité délictuelle – de ne pas « décourager les prises d'initiatives » en soumettant, par la responsabilité délictuelle, le débiteur contractuel à plus que ce qu'il n'avait prévu[2114] – , et la nécessité de préserver les intérêts du tiers, et avec l'impératif, tiré de la responsabilité, d'une réparation intégrale du préjudice subi. Le tiers ne devrait ainsi en principe pas souffrir de limitations qu'il n'a pas choisies ou négociées[2115].

548. Une extension contractuelle imposée aux tiers. Ce compromis ne nous semble pourtant pas satisfaisant, en ce qu'il ne tranche pas définitivement la situation du tiers, ou plutôt de certains tiers particuliers que l'alinéa 2 semble viser, et parce qu'il fait de la responsabilité contractuelle un simple choix d'opportunité pour le tiers. Or si l'on admet une extension au tiers des limites contractuelles à la réparation de son dommage, et que l'on porte ainsi alors une atteinte non négligeable au principe de l'effet relatif des contrats au détriment des intérêts du tiers, c'est parce que cette atteinte est justifiée

[2114] G. DURRY, *RTD civ.* 1973, p.128 et s. : l'auteur souligne que le jeu de la responsabilité délictuelle amène le débiteur à être « plus responsable qu'il ne croyait ».
[2115] M. DUGUÉ, « Rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle : la dernière ligne droite ? », *RDC* 2020, p.27 et s. : L'auteur souligne que « Le but de la responsabilité civile tient à la conciliation d'intérêts antagonistes : il s'agit certes de protéger les victimes, mais sans décourager la prise d'initiative », et salue le compromis réalisé par la proposition de loi du 29 juillet 2020.

par la nécessité de protéger les prévisions contractuelles[2116]. Or ce respect des prévisions pour le débiteur contractuel défaillant ne peut être garanti qu'à condition qu'il soit assuré que la réparation des dommages découlant du manquement contractuel ne dépassera pas ce qui était prévu au moment de la conclusion du contrat, ce que ne permet pas l'application facultative de la responsabilité contractuelle laissée aux mains du tiers. Le choix de la responsabilité contractuelle n'est par ailleurs pas totalement libre, puisqu'il est ici conditionné au fait que le tiers ne dispose d'aucune autre action en réparation pour le préjudice qu'il subit du fait du manquement contractuel.

549. Rejet de l'option en faveur de la responsabilité délictuelle. Pour préserver les prévisions contractuelles du débiteur contractuel, tout en évitant de soumettre de manière trop systématique les tiers à la responsabilité contractuelle, d'autres projets, antérieurs avaient également fait le choix de l'option, mais en sens inverse. Les articles 1342 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription dirigé par Pierre Catala, dit « avant-projet Catala », et 1386-18 de la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile du 9 juillet 2010 présentée par le sénateur Laurent BÉTEILLE soumettent ainsi, dans un alinéa 1er, tous les tiers au régime de la responsabilité contractuelle, et les soumettent ainsi à toutes les limites et conditions s'imposant au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage. Dans un second alinéa cependant, ils offrent au tiers la possibilité d'opter pour la responsabilité délictuelle, à condition d'amener la preuve d'une faute délictuelle. Si la soumission de principe à la responsabilité contractuelle nous apparaît plus en accord avec le respect des prévisions contractuelles, l'option offerte au tiers du régime délictuel remet immédiatement en question la force de cette affirmation audacieuse. Par ailleurs, cette option offerte au tiers constitue une entorse au principe de non-cumul, qui, bien que réaffirmé par le projet[2117], perd ici de sa force. Le principe de non-cumul, corollaire

[2116] M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats, op. cit.*, n° 181. L'auteur réserve cet argument aux cas dans lesquels le dommage est causé au tiers par une « faute exclusivement contractuelle », la violation d'une obligation consistant en la prestation principale du contrat, cas dans lesquels elle nie la possibilité d'une action en responsabilité délictuelle. Si les critères que nous utilisons sont différents, l'idée reste identique : dans certains cas où les tiers sont trop proches du contrat, les prévisions contractuelles du débiteur défaillant sont déjouées par la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle.

[2117] Article 1341, alinéa 1er de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, P. CATALA (dir.), La documentation française, 2006 et article 1386-17, alinéa 1er de la proposition de loi n° 657 portant réforme de la responsabilité civile enregistrée à la présidence du Sénat le 9 juillet 2010.

nécessaire de la clause générale de responsabilité délictuelle et pierre angulaire du système de responsabilité civile français, est rendu illisible par cette disposition qui s'articule autour du seul avantage, pour certains tiers, du régime de responsabilité contractuelle. Le compromis trouvé par ces projets de réforme trouve encore une fois sa raison d'être dans la recherche d'un équilibre[2118] entre les intérêts du tiers et ceux du débiteur défaillant. Les projets refusent par ailleurs l'idée d'une distinction entre les tiers, et rejettent explicitement la théorie des groupes et chaînes de contrats, soumettant tous les tiers à la compétence de principe de la responsabilité contractuelle[2119]. C'est justement cet excès dans l'extension de la responsabilité contractuelle à tous les tiers qui les amènent à nuancer leur proposition en offrant le choix du régime délictuel.

550. Limites du seul argument lié au respect des prévisions contractuelles. Poussée à l'extrême, la justification du respect des prévisions conduit en effet à soumettre tous les tiers au régime contractuel, et ainsi aux limites posées tant par la loi, que par le contrat, à la réparation du dommage. C'est ainsi que dans sa thèse, Jérôme HUET fait le choix d'un système « objectiviste », qui tient compte des « circonstances de fait où se produit le dommage, et la nature de l'activité qui en est à l'origine, plus que de la qualité juridique de la victime »[2120], choix qui l'amène alors à soumettre tous les tiers dont le dommage résulte de la violation d'une « règle générale » qui a « trouvé, dans la convention et la situation qui en est issue, l'occasion d'être méconnue »[2121] à la responsabilité contractuelle.

Cette soumission du tiers aux mêmes limites contractuelles que celles que se voit imposer le créancier contractuel lésé répond à la critique de la disparité de traitement entre tiers et créancier pour des dommages similaires, et satisfait au « besoin de prévision qui est inhérent à l'activité contractuelle »[2122]. Mais du côté des tiers, cette soumission aux clauses contractuelles peut apparaître injuste, alors qu'ils n'ont à aucun

[2118] Les notes sous l'article 1341 de « l'avant-projet Catala » évoquent ainsi la « solution la plus équilibrée ».
[2119] Note sous l'article 1341, alinéa 1er de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, P. CATALA (dir.), La documentation française, 2006 : « Elle [la solution choisie] conduirait également à faire disparaître toutes les controverses et distinctions liées aux chaînes et aux groupes de contrats, ainsi que d'absorber la situation des victimes par ricochet ».
[2120] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, op. cit.,* n° 685.
[2121] *Ibid*, n° 684.
[2122] *Ibid*, n° 684 et n° 705 et s.

moment donné leur consentement à cet accord[2123]. C'est pourquoi le respect des prévisions des parties ne suffit pas à lui seul à justifier une telle extension de la responsabilité contractuelle au-delà du cercle des parties, et qu'il faut pouvoir identifier, parmi ces tiers, ceux qu'il semble opportun et justifié de soumettre au régime contractuel.

§2. Une extension contractuelle fondée sur le domaine de la responsabilité contractuelle

551. L'extension de la responsabilité contractuelle aux tiers, parce qu'elle conduit à les soumettre à des contraintes qu'ils n'avaient ni négociées, ni acceptées, ne peut se fonder sur la seule nécessité de les soumettre aux limites du contrat (A), et doit se justifier par une extension de son domaine au-delà du cercle des parties (B).

A. Le rejet d'une compétence contractuelle fondée sur la seule soumission du tiers aux limites du contrat

552. L'argument tiré de la disparité de traitement entre tiers et créancier contractuel. L'extension au tiers des limites tirées du contrat concernant la réparation des dommages contrevient, en ce qu'elle constitue une extension de l'effet obligatoire du contrat au tiers, au principe de l'effet relatif des contrats. Cette extension doit alors trouver une justification ailleurs que dans de simples considérations d'opportunité visant à soutenir l'idée que le tiers doit être soumis aux limites du contrat[2124]. Outre l'argument selon lequel l'action du tiers, fondée sur la responsabilité délictuelle, vient

[2123] *Contra*, J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, op. cit.,* n° 708 et s., qui soutient que cette extension contractuelle imposée aux tiers respecte leurs intérêts en leur ouvrant une autre voie de droit pour obtenir réparation, une réparation qui leur serait souvent plus avantageuse que celle obtenue sur le terrain de la responsabilité délictuelle. Cette dernière remarque, si elle était vraie en 1978 au moment où la thèse de Jérôme HUET est soutenue, ne l'est cependant plus aujourd'hui.

[2124] A. GOUËZEL, « Opposabilité des clauses limitatives à l'action en responsabilité délictuelle du tiers : quelle place pour l'opportunité dans l'élaboration de la jurisprudence ? », *D.* 2024, p.1577 et s. : l'auteur, s'il reconnaît la place des considérations d'opportunité dans l'élaboration des décisions, souligne le danger de solutions quoi ne seraient justifiées que par des considérations d'opportunité, comme c'est le cas de l'arrêt commenté (Com., 3 juillet 2024, n° 21-14.947).

déjouer les prévisions des parties, l'un des arguments d'opportunité avancé en faveur d'une extension des limites contractuelles au tiers est celui d'une disparité de traitement entre tiers et créancier contractuel dans la réparation du dommage qu'ils subissent tous deux du fait du manquement contractuel. Cet argument a été développé par la doctrine, à partir notamment de situations dans lesquelles le tiers, comme le créancier contractuel, sont victimes d'un dommage corporel, un dommage qui découle donc de la violation d'une obligation contractuelle de sécurité, souvent jugée comme accessoire au contrat. On retrouve ainsi cette justification en faveur d'une soumission du tiers aux limites du contrat chez de nombreux auteurs critiques de la responsabilité contractuelle, ou simplement critiques de la casuistique jurisprudentielle et du flou qui entoure la délimitation entre les responsabilités[2125], ou encore chez ceux qui soulignent la double fonction de la responsabilité contractuelle. Tous ont en commun de vouloir harmoniser la situation des parties et des tiers victimes, soit pour leur appliquer à tous la responsabilité délictuelle, faisant ainsi « dégonfler » le domaine contractuel[2126], soit pour au contraire leur étendre la responsabilité contractuelle[2127], ou du moins ses limites.

553. Un argument repris par la Cour de cassation. Cette dernière solution semble avoir eu un écho en jurisprudence, comme en atteste l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 3 juillet 2024, qui, sans remettre en cause la nature délictuelle de l'action en responsabilité du tiers, affirme que celui-ci « peut se voir opposer les conditions et limites de la responsabilité qui s'applique dans les relations entre les contractants », c'est-à-dire les conditions et limites de la responsabilité contractuelle[2128]. Dans cet arrêt, une société produisant des machines avait fait transporter certaines de l'Italie à la France. Durant la manutention, l'une de ces machines avait été endommagée. La société propriétaire des machines avait été indemnisée par son assureur qui, subrogé dans les droits de la société, avait fait une action en responsabilité contractuelle contre la société chargée de la manutention des machines. Cette dernière oppose alors à l'assureur que ce n'est pas avec la société aux

[2125] V. not. P. ESMEIN, « La chute dans l'escalier », *JCP* 1956.I.1321.
[2126] Ph. RÉMY, « La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept », *op. cit.*
[2127] J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité, op. cit.,* n° 684 et n° 729.
[2128] Com., 3 juillet 2024, n° 21-14.947, *D.* 2024.1577, note A. GOUËZEL ; *D.* 2024.1607, note D. HOUTCIEFF ; *CCC* 2024, n° 10, p.11, comm. L. LEVENEUR.

droits desquels vient l'assureur qu'elle avait conclu le contrat, mais avec une de ses filiales. La cour d'appel, faisant application de la jurisprudence Myr'ho, avait relevé d'office la nature délictuelle de l'action en responsabilité, et considéré que les clauses limitatives de responsabilité étaient inopposables à la société victime du manquement, tiers au contrat. La Cour de cassation, contre toute attente, censure et affirme au contraire l'opposabilité de telles clauses au tiers qui exerce une action en responsabilité délictuelle contre le débiteur contractuel. Au soutien de cette solution surprenante, la Cour expose deux considérations d'opportunité : « ne pas déjouer les prévisions du débiteur, qui s'est engagé en considération de l'économie générale du contrat » et « ne pas conférer au tiers qui invoque le contrat une position plus avantageuse que celle dont peut se prévaloir le créancier lui-même »[2129].

554. Rejet de l'argument tiré de la disparité de traitement entre tiers et créancier contractuel. Or cet argument nous semble erroné pour une raison simple : si le tiers est traité différemment que la partie, c'est parce qu'il est placé dans une situation différente, celle d'une personne n'ayant pas accepté les termes du contrat. L'autonomie de la volonté est peut-être, dans sa vision absolue, une fiction, le contrat tirant sa force obligatoire tant des volontés que de la loi, mais il n'en reste pas moins que la volonté reste un élément central du contrat et de l'effet obligatoire de son contenu obligationnel. Par ailleurs, du point de vue de la responsabilité, il semble parfaitement injuste de soumettre un tiers à des limites contractuelles dont il n'avait pas connaissance, et qu'il n'avait pas acceptées, en contravention avec le principe de réparation intégrale qui sous-tend la responsabilité délictuelle. Bien plus injuste que le fait de traiter le créancier contractuel de manière différente, et moins avantageuse, puisque cette différence de traitement prend sa source dans un contrat qu'il a accepté. Ainsi, si la difficulté de l'action offerte au tiers réside dans la recherche d'un équilibre entre son intérêt à voir son dommage compensé et sa situation rétablie, et l'intérêt du débiteur de voir ses prévisions contractuelles respectées, notamment celles liées à l'étendue de sa responsabilité, l'arrêt du 3 juillet 2024 rompt cet équilibre en ne se fondant plus que sur des considérations liées à la protection du débiteur et du contrat, là où, à l'inverse, l'arrêt d'Assemblée plénière du 13 janvier 2020, dit arrêt Bois rouge,

[2129] Com., 3 juillet 2024, n° 21-14.947, spéc. §13.

s'était fondé sur des seules considérations d'opportunité liées à l'indemnisation du tiers[2130].

555. L'impossibilité d'opposer des clauses tirées du contrat dans une action en responsabilité délictuelle. Enfin, pris comme seule justification d'une solution, l'argument tiré de la disparité de traitement entre tiers et créancier lésé aboutit à une solution qui se distance de toute forme d'exigence logique[2131]. Il ne s'agit en effet pas dans l'arrêt du 3 juillet 2024 d'une extension du régime de responsabilité contractuelle au tiers, mais d'une simple « opposabilité » des clauses contractuelles liées à la réparation, et tout cela dans le cadre d'une action en responsabilité délictuelle. La Cour de cassation n'opère pas de revirement de jurisprudence quant à la nature de l'action offerte au tiers, et confirme au contraire, dans sa motivation, la solution tirée de l'arrêt Myr'ho et réaffirmée par l'arrêt Bois rouge[2132]. La Cour de cassation ne développe pas par ailleurs les notions juridiques qu'elle semble mettre en œuvre, à commencer par l'opposabilité des clauses limitatives de responsabilité. Il ne s'agit pourtant pas ici d'une opposabilité du contrat pris comme un « fait juridique » dont le tiers pourrait se prévaloir, mais bien ici d'une opposabilité de l'acte juridique et de son contenu obligatoire, du moins une partie, que l'on étend au tiers. Au soutien de sa solution, la Cour de cassation n'avance que de simples arguments d'opportunité, pour consacrer une forme d'action hybride, au régime hybride[2133], fondée sur la responsabilité délictuelle du fait du seul manquement contractuel, mais avec une soumission du tiers à des limites contractuelles propres à la responsabilité contractuelle. On peut penser que les catégories juridiques sont parfois trop rigides, qu'une conceptualisation à outrance pourrait être un danger, et qu'il faut de la flexibilité pour servir des bonnes solutions, fondées également sur des considérations d'opportunité, mais c'est une autre chose que de faire disparaître de telles catégories, pour remettre ici en question la distinction même des régimes de responsabilité, et cela afin de ne servir que certains intérêts, ceux du débiteur. D'autres considérations ont peut-être guidé une telle

[2130] Ass. plén., 13 janvier 2020, n° 17-19.963, spéc. §21 : « Il importe de ne pas entraver l'indemnisation de ce dommage ». Sur l'incohérence suscitée par l'affirmation simultanée de ces deux propositions contradictoires, v. A. GOUËZEL, « Opposabilité des clauses limitatives à l'action en responsabilité délictuelle du tiers : quelle place pour l'opportunité dans l'élaboration de la jurisprudence ? », *op. cit.*
[2131] *Ibid*
[2132] Com., 3 juillet 2024, n° 21-14.947, §12.
[2133] A. GOUËZEL, « Opposabilité des clauses limitatives à l'action en responsabilité délictuelle du tiers : quelle place pour l'opportunité dans l'élaboration de la jurisprudence ? », *op. cit.*

solution. Dans cet arrêt en effet, si la soumission du tiers aux limites du contrat apparaissait probablement opportune, c'est que ce tiers n'en était pas vraiment un. Le créancier lésé était ici une filiale de la société tiers au contrat et victime de son inexécution, qui n'était donc pas totalement étrangère au contrat conclu entre la société filiale et le manutentionnaire. Le véritable critère d'une extension non pas seulement des clauses du contrat, mais de la responsabilité contractuelle elle-même émerge alors, et repose sur l'identification de tiers au statut particulier.

B. L'affirmation d'une compétence contractuelle fondée sur une extension du domaine de la responsabilité contractuelle

556. Extension du domaine contractuel à certains tiers. Plus que d'opposer à tout tiers les clauses contractuelles encadrant la réparation des dommages issus de l'inexécution du contrat, et ce au regard de seules considérations d'opportunité, c'est bien le régime de responsabilité contractuelle tout entier qu'il faut appliquer et étendre aux tiers, mais à certains tiers seulement. Il nous faudra justifier une telle extension de la responsabilité contractuelle, en en exposant les fondements (1), avant d'en formuler le critère (2).

1. Fondements d'une extension du domaine contractuel

557. Une solution opportune. L'opportunité de l'extension du domaine de la responsabilité contractuelle aux tiers est certaine, et les arguments en sa faveur ont été depuis longtemps avancés par la doctrine. Le premier argument est tiré de la disparité de traitement qui résulte de la mise en œuvre du régime délictuel au profit du tiers, entre tiers et créancier contractuel. Si cet argument ne nous convainc pas pleinement, c'est que, nous l'avons vu, il apparaît par principe justifié de traiter différemment le tiers du débiteur contractuel. Cette objection peut être cependant levée lorsque le tiers est dans une position particulière qui le rapproche du créancier contractuel, la disparité de traitement apparaissant réellement injustifiée. Le second argument, tiré du respect des prévisions contractuelles est en revanche, nous l'avons vu, une considération

déterminante pour justifier d'une telle soumission du tiers au régime contractuel. Mais elle ne suffit pas à expliquer la soumission du tiers au régime contractuel, et doit se concilier avec la nécessité de préserver les intérêts et les prévisions du tiers, ce qui implique de déterminer encore une fois les tiers qu'il est juste de soumettre à un régime plus contraignant de responsabilité[2134]. La solution pourra notamment apparaître opportune lorsque le dommage causé au tiers est un dommage « contractuel », découlant de la violation de l'obligation principale du contrat, car dans ce cas, l'extension de la responsabilité contractuelle offre au tiers une action dont on a dit qu'il devrait être dépourvu sur le terrain délictuel[2135], et assure en même temps le respect des prévisions contractuelles. La cohérence de la distinction des régimes contractuel et délictuel de responsabilité en ressort par ailleurs grandie. Afin que cet équilibre entre le respect des prévisions contractuelles et la protection des intérêts des tiers soit préservé, il faut cependant réserver cette extension contractuelle à certains tiers seulement.

558. Une solution juridiquement fondée. Pour que soit étendu au tiers le domaine de la responsabilité contractuelle, et les limites à la réparation du dommage qui vont avec, il faut pouvoir contrevenir au principe de l'effet relatif des conventions, ou du moins sortir d'une vision restrictive de l'étendue de la force obligatoire du contrat. S'il est aujourd'hui admis que le contrat tire sa force obligatoire non seulement des volontés des parties, mais également et même surtout de la loi[2136], alors la loi, ou même la jurisprudence, peut choisir d'étendre cet effet obligatoire au-delà du cercle des seules parties au contrat[2137]. Selon Madame THIBIERGE, cette extension de la force obligatoire à certains tiers permettrait d'assurer le respect des fondements même de l'octroi, par la loi, de ce caractère obligatoire au contrat : la protection du contrat comme acte de prévision et comme instrument d'une justice commutative[2138]. Seraient

---

[2134] G. DURRY, *RTD civ.* 1980, p.355 et s. : « si l'on pose, en postulat, que la responsabilité contractuelle est justiciable d'un régime spécifique parce que le débiteur a dû prévoir à quoi il s'engageait et quelles règles lui sont applicables en cas de défaillance, il ne faut pas tolérer que la qualification de tiers au contrat permette de déjouer ces prévisions, du moins chaque fois que cette qualification est, pour une large part, artificielle ».
[2135] V. *supra*, n° 555 et s.
[2136] H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 33, spéc p. 47, n° 13.
[2137] C.GUELFUCCI-THIBIERGE, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat…à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ.* 1994, p.275 et s., spéc. n° 39 ; M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats, op. cit.*, n° 279 et s.
[2138] M.BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats, op. cit.*, n° 292 et s.

ainsi «"parties" tous ceux qui sont concernés par le contrat comme instrument de respect des prévisions et de réalisation de la justice commutative […] »[2139], c'est-à-dire non seulement les participants à la « procédure contractuelle », les « parties cocontractantes », mais également les destinataires de cette norme contractuelle, parties à la norme contractuelle[2140]. Cette extension de la force obligatoire à ceux qui n'ont pas participé à l'accord, ni exprimé leur volonté de se soumettre au contenu du contrat s'entend d'autant plus ici qu'il ne s'agit pas de rendre le tiers créancier ou même débiteur contractuel[2141], mais seulement de le soumettre à la responsabilité contractuelle, et donc de le soumettre aux limites prévues par le contrat, et la loi, à la réparation de son dommage. Il ne s'agit ainsi pas tant d'inclure le tiers dans la sphère obligatoire du contrat que de lui appliquer le régime de l'inexécution du contrat, et même plus particulièrement le seul remède qui peut lui être offert : la responsabilité contractuelle[2142]. Plus que d'une extension de la force obligatoire du contrat fondée sur une distinction renouvelée entre parties et tiers, il s'agit alors d'une extension du domaine de la responsabilité contractuelle à des tiers qui, sans pouvoir réclamer le statut de partie au contrat, seront soumis aux limites qu'il prévoit concernant la compensation de son dommage.

2. Critère de l'extension du domaine contractuel

559. Statut intermédiaire entre partie et tiers. Un certain équilibre entre le respect des principes fondamentaux du droit des contrats – tels que le principe de l'effet relatif

---

[2139] *Ibid.*, n° 300.
[2140] *Ibid.*, n° 303. L'auteur reprend ici une terminologie développée par KELSEN qui définit la convention non seulement comme la procédure, mais également comme le résultat de cette procédure particulière de création d'obligations. V. H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 33.
[2141] M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats, op. cit.*, n° 296, p.259 : l'auteur considère que cette extension de l'effet obligatoire du contrat au tiers ne devrait concerner que l'aspect actif du contrat, et non passif.
[2142] Monsieur STOFFEL-MUNCK souligne à ce titre la nature particulière des clauses limitatives de responsabilité qui, à l'instar des clauses compromissoires, sont des conventions de « nature purement juridiques, en ce sens que leur objet n'est pas de déterminer un flux économique mais de modifier le jeu normal des règles de droit dans le cadre d'un litige ». En l'occurrence, ces clauses « encadrent le litige qui naîtra du fait juridique de l'inexécution ». V. Ph. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité délictuelle pour manquement contractuel : quelle perspective en l'absence de réforme ? », in *Écrits sans esprit de système, Mélanges en l'honneur de Philippe Delebecque*, Dalloz, 2024, p. 961, spéc. n° 96 et s.

des conventions et le respect des prévisions contractuelles – et la préservation des intérêts des tiers lésés par l'inexécution du contrat, ne peut être atteint que si l'extension du domaine de la responsabilité contractuelle est restreinte à certains tiers particuliers, proches du contrat, et non à ceux que l'on nomme les *penitus extranei*[2143]. Cette dernière catégorie est constituée par les tiers totalement étrangers à la convention dont l'inexécution a causé le dommage, des tiers qui ne sont aucunement liés aux contractants et ne sont victimes de son inexécution que par simple contingence. Ils s'opposerait aux tiers qui, du fait de leur proximité avec le contrat inexécuté, se situent dans une position intermédiaire entre tiers et partie au contrat. Ainsi, « autour du contrat gravitent souvent des gens qui ne sont ni parties ni représentés, mais qu'il n'est pas satisfaisant de considérer complètement comme des tiers »[2144]. La doctrine s'est ainsi efforcée de distinguer différentes catégories de tiers, et de remanier la classique distinction entre tiers et parties au contrat fondée sur l'identification des personnes ayant participé ou non à la formation du contrat[2145], pour justifier d'une extension du régime contractuel à certains tiers qui, sans être de véritables parties au contrat, pourraient constituer des tiers « liés » par le contrat[2146], ou des tiers « impliqués »[2147]. Pour déterminer le cercle des tiers à qui l'on peut étendre les contraintes de la responsabilité contractuelle, il faut ajouter à un critère objectif, tiré de la position particulière du tiers au regard du contrat, un critère subjectif.

560. Le critère objectif tiré de la situation du tiers au regard du contrat. La détermination du cercle des tiers soumis à la responsabilité contractuelle est généralement appréhendée par la situation particulière du tiers au regard du contrat inexécuté, une situation qui le distingue des tiers simple, des *penitus extranei*. En

---

[2143] V. not. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat…à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *op. cit.,* n° 10.
[2144] G. DURRY, *RTD civ.* 1969, p.776 et s.
[2145] V. not. J. GHESTIN, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP* 1992.I.3628 et « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ.* 1994, p.777 et s.; J.-L. AUBERT, « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.* 93, p.263 et s. ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat…à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ.* 1994, p.275 et s. ; M. GRIMALDI, « Le contrat et les tiers », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p.163 ; D. MAZEAUD, « Le contrat et les tiers : nouvelle leçon et nouvelle présentation », in *Leçons du Droit Civil, Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruylant, 2011, p.605 et s.
[2146] J. GHESTIN, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *op. cit.*
[2147] Ph. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité délictuelle pour manquement contractuel : quelle perspective en l'absence de réforme ? », *op. cit*., spéc. n° 83 et s.

témoignent d'ailleurs les récents projets de réforme de la responsabilité civile, qui ouvrent aux seuls « tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution du contrat » une option en faveur de la responsabilité contractuelle[2148]. Ce critère de l'intérêt légitime à la bonne exécution du contrat n'est pas pleinement satisfaisant, et le flou qui entoure cette formule a déjà fait l'objet de critiques de la part d'une partie de la doctrine. Entendu au sens large, l'option sera alors ouverte à tout tiers qui subit un préjudice du fait de l'inexécution du contrat[2149], le préjudice étant lui-même défini par les projets comme la « lésion d'un intérêt licite »[2150]. Entendu plus strictement, comme un intérêt qui existait *ab initio*, et qui ne pourrait se « déduire de la simple réalisation du dommage »[2151], le critère doit alors être précisé, et trouve une incarnation particulière dans la théorie des groupes de contrats.

561. Le critère objectif tiré de l'existence d'un groupe de contrats. La notion de groupe de contrats a été élaborée par la jurisprudence dans la deuxième moitié du XX^{ème} siècle[2152], qui s'est efforcée de traduire une réalité économique – celle d'un contrat qui loin d'être un « continent superbement isolé », serait plutôt « l'île d'un archipel animé d'une vie collective »[2153] – en termes juridiques. Le groupe de contrats a été ainsi défini comme « les contrats qui sont liés entre eux parce qu'ils portent sur un même objet ou concourent à un même but »[2154]. La théorie du groupe de contrats a connu une courte reconnaissance en jurisprudence, notamment dans un arrêt rendu par la première chambre civile le 21 juin 1988, et dans lequel elle affirme, au visa des articles 1147 et 1382 ancien, « Attendu que, dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement la demande en réparation de tous ceux qui n'ont souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial »[2155]. La Cour de

[2148] Article 1234, alinéa 2 du projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 et de la proposition de loi du 29 juillet 2020.
[2149] J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité des contractants à l'égard des tiers dans le projet de réforme de la responsabilité civile », *D*. 2017, p.1846 et s.
[2150] Article 1235 du projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017 et de la proposition de loi du 29 juillet 2020.
[2151] M. DUGUÉ, « Rapports entre les responsabilité contractuelle et extracontractuelle : la dernière ligne droite ? », *RDC* 2020, p.27 et s.
[2152] V. not. B. TEYSSIÉ*, Le groupe de contrats*, LGDJ, 1975 ; J. NÉRET, *Le sous-contrat*, LGDJ, 1979.
[2153] M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale des contrats et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty,* Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 235 et s.
[2154] *GAJC*, t.2, n° 173-176, §1.
[2155] Civ.1ère, 21 juin 1988, *D.*1989.5, note C. LARROUMET ; *JCP* 1988.II.21125, note P.J OURDAIN ; *Defrénois* 1989.357, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1989.74, obs J. MESTRE ; *RTD civ.* 1989.107, obs. Ph. RÉMY.

cassation y a mis elle-même un coup d'arrêt par son célèbre arrêt *Besse*[2156], à la suite duquel elle n'a plus réservé l'action contractuelle au tiers que dans les seules chaînes de contrat translatives de propriété, justifiant alors la nature contractuelle de l'action par la transmission, aux acquéreurs successifs d'une chose, de tous les droits et actions attachées à la chose comme accessoire de la chose[2157]. Si la notion de groupe de contrats, ou d'ensembles contractuels, qui s'attache à définir le cercle des personnes qui seront soumises à l'empire de la responsabilité contractuelle, semble ainsi avoir été abandonnée par la jurisprudence, certains auteurs voient dans la survivance de la jurisprudence sur les chaînes de contrats l'expression d'une nécessité persistante d'élargir le domaine de la responsabilité contractuelle à des tiers qui gravitent autour du contrat, et cela en utilisant une façade technique, la théorie de l'accessoire[2158]. Une partie de la doctrine s'est par ailleurs attachée, et s'attache encore à la ressusciter, la proposant comme un remède à l'extension de la responsabilité délictuelle au sein du contrat[2159].

562. Définition du groupe de contrats. La question d'une définition unitaire du groupe de contrats repose sur la nécessité de dégager, à partir de l'appréhension des liens économiques pouvant exister entre différents contrats imbriqués au sein d'une même opération économique globale, et malgré une diversité de situations, un ou des critères permettant d'attribuer à cette réalité économique des effets juridiques, en particulier la soumission à tous les membres du groupe à la responsabilité contractuelle. L'analyse de la fonction servie par les dommages-intérêts délictuels joue nous l'avons vu, un rôle déterminant dans l'entreprise d'encadrement de l'empire de la responsabilité délictuelle lorsqu'elle prend en charge le dommage subi par le tiers du

---

[2156] Ass. plén.., 12 juillet 1991, *D.*1991.549, note J. GHESTIN ; *JCP* 1991.II.21743, note G. VINEY ; *Defrénois* 1991.1301, obs. J.-L. AUBERT ; *CCC* 1991, n° 200, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1991.750, obs. P. JOURDAIN.

[2157] V. not. Civ.1ère, 28 octobre 1991 ; Civ.3ème, 30 octobre 1991, *CCC* 1992, n° 25, obs. L. LEVENEUR ; Com., 10 décembre 1991, *CCC* 1992, n° 47, obs. L. LEVENEUR; Civ.3ème, 26 mai 1992, *JCP* 1993.I.3625, n° 14, obs. G. VINEY ; Civ.1ère, 26 mai 1999, *CCC* 1999, n° 153, obs. L. LEVENEUR ; Civ.1ère, 22 février 2000, *CCC* 2000, n° 91, note L. LEVENEUR.

[2158] Ph. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité délictuelle pour manquement contractuel : quelle perspective en l'absence de réforme ? », *op. cit*., , spéc. n° 79.

[2159] M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats, op. cit.,* spéc. n° 12 ; M. BACACHE, « L'assimilation des fautes délictuelle et contractuelle réaffirmée par l'assemblée plénière », *op. cit*. À l'occasion de l'arrêt Bois rouge et des critiques que la réaffirmation de l'identité des faits générateurs contractuel et délictuel a suscité, l'auteur renouvelle ses propositions visant à remédier à l'intrusion de la responsabilité délictuelle au cœur du contrat.

fait de l'inexécution contractuelle[2160]. Lorsque les dommages-intérêts visent non plus à rétablir le tiers dans une situation passée rompue par le dommage, mais à lui procurer un équivalent de l'avantage qu'il attendait du contrat, alors ils servent une fonction en principe réservée à la responsabilité contractuelle, qui ne peut être prise en charge par la responsabilité délictuelle.

Est-ce à dire que ce critère, qui permet de faire échec à la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle, peut également servir de critère à l'extension de la responsabilité contractuelle aux tiers ? La souffrance par le tiers d'un dommage contractuel se trouve en effet au cœur de la définition du groupe de contrats donnée par Madame BACACHE dans sa thèse, qu'elle limite cependant immédiatement à l'absence de « plus contractuel », entendu comme l'absence de prestation attendue du contrat[2161]. L'auteur cherche alors à identifier, à partir de ce critère du dommage contractuel, les raisons pour lesquelles des tiers pourraient être amenés à subir un tel dommage en principe propre aux relations entre cocontractants. Elle aboutit à cette conclusion : une personne ne peut se plaindre de l'absence du « plus contractuel » que si elle est elle-même créancière d'une obligation « strictement contractuelle » souscrite à son profit en vertu d'un autre contrat que celui dont l'inexécution lui cause préjudice[2162], autrement dit si elle est membre d'un groupe de contrats entendu comme « une chaîne linéaire de contrats portant sur le même bien et ayant en commun au moins deux obligations en nature identiques »[2163]. L'auteur propose ainsi une définition plus restrictive que ce que la jurisprudence en avait fait[2164], qui exclut de fait du domaine contractuel les tiers qui subiraient un dommage consécutif à l'inexécution, sans que cela ne corresponde exactement, en l'absence d'une identité d'obligations unissant le contrat conclu par le tiers avec son cocontractant et celui dont l'inexécution cause le dommage, à l'absence de la prestation contractuelle.

Cette interprétation stricte de l'extension du domaine contractuel nous semble devoir l'emporter. La responsabilité contractuelle est en effet une responsabilité de

[2160] V. *supra*, n° 539 et s.
[2161] M.BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats, op.cit,* n° 107 et s.
[2162] *Ibid*, n° 111.
[2163] *Ibid*, n° 123.
[2164] *Ibid*, n° 124.

droit spécial, dont le domaine doit donc s'interpréter le plus strictement possible. Ainsi certains tiers victimes de dommages consécutifs à l'inexécution ne pourront ni agir sur le terrain délictuel, ni contractuel, mais cela ne veut pas dire qu'ils ne disposeront d'aucune action contre leur propre cocontractant, en dehors de tout groupe de contrats. En revanche que certains tiers ne disposent d'aucun droit à indemnisation, tel que l'exemple précité des acquéreurs de biens immobiliers espérant s'enrichir avec l'arrivée d'un métro dont la construction prend du retard, ne nous apparaît pas choquant, la réparation d'un tel dommage apparaissant comme remettant totalement en cause les prévisions contractuelles.

563. Le critère subjectif tiré de la connaissance par le tiers des limites contractuelles. Si l'extension de la responsabilité contractuelle se fonde sur le respect des prévisions contractuelles pour le débiteur contractuel, elle doit également ménager les intérêts du tiers et ses prévisions quant à la réparation de son dommage. Monsieur STOFFEL-MUNCK propose ainsi d'ajouter au critère objectif du groupe de contrats un critère subjectif, tiré de la connaissance par le tiers des limites contractuelles auxquelles il devra être soumis en cas de dommage[2165]. Lorsque le tiers contracte en « connaissant les limites de responsabilité figurant dans le contrat principal », et *a fortiori* lorsqu'il a « participé à la construction de l'arrangement d'ensemble », il doit pouvoir être soumis aux limites prévues pour la responsabilité entre les cocontractants initiaux. Il cite alors l'exemple d'une filiale du cocontractant intermédiaire qui s'intégrerait dans l'ensemble contractuel pour bénéficier de la prestation due par le débiteur initial, exemple qui correspond par ailleurs parfaitement aux faits ayant donné lieu à l'étonnant arrêt du 3 juillet 2024. L'ajout de ce critère subjectif nous semble nécessaire pour assurer l'indispensable équilibre entre les intérêts des tiers et le respect des prévisions contractuelles.

564. Le tiers dans la jurisprudence de la CJUE. L'extension des contours du domaine contractuel à l'aide du groupe de contrats ne semble en revanche pas pouvoir complètement expliquer la récente jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui de son côté semble avoir une compréhension très extensive de la

[2165] Ph. STOFFEL-MUNCK, « La responsabilité délictuelle pour manquement contractuel : quelle perspective en l'absence de réforme ? », *op. cit.*, n° 83 et s.

matière contractuelle en ce qui concerne les tiers. Alors qu'en 1992 elle refusait de qualifier de contractuelle l'action du sous-traitant en raison de l'absence d'un « engagement librement assumé »[2166], depuis son arrêt *Brogsitter*[2167] elle a considérablement étendu sa vision de la matière contractuelle, y intégrant tour à tour les actions d'un codébiteur d'un contrat de crédit contre un autre[2168], l'action d'un créancier contractuel contre un tiers complice de la violation du contrat[2169], ou encore une action paulienne[2170], considérant que le critère de la matière contractuelle ne devait pas tant résider dans l'identité des parties que dans la « cause de l'action »[2171]. Dans les arrêts *Flightright* puis *Feniks*, elle transforme alors discrètement le critère de la matière contractuelle, passant d'un critère purement personnaliste, celui de « l'engagement librement assumé », à celui d'une « obligation juridique librement consentie par une personne à l'égard d'une autre et sur laquelle se fonde l'action du demandeur »[2172]. Si la Cour n'a pas encore explicitement traité de la responsabilité du débiteur contractuel à l'égard du tiers qui subit un dommage du fait de l'inexécution du contrat, il est presque certain qu'avec un tel critère, et au vu de l'appréciation souple qu'elle en fait, elle devrait également retenir une qualification contractuelle.

Cette nouvelle jurisprudence sur la matière contractuelle et les tiers déroute cependant, tant il apparaît difficile d'y trouver une ligne directrice autre que le simple fait que l'action du demandeur trouve sa source dans un contrat qui le lie, peu importe la situation du défendeur au regard de ce contrat. Si dans certains cas, tel celui ayant donné lieu à l'arrêt *Flightright*, l'existence d'un groupe de contrats peut être caractérisé – ici le contrat liant le transporteur aérien au passager et celui liant ce transporteur à un autre transporteur effectif portaient en partie sur la même prestation de transport du passager – dans d'autres, ce n'est pas le cas, et l'extension de la matière contractuelle est alors critiquable. Elle aboutit alors, comme le souligne un auteur, à attraire le défendeur à l'action devant le for d'un contrat auquel il n'est pas partie, et sans qu'il

[2166] CJCE, C-26/91, 17 juin 1992, *Jakob Handte.*
[2167] CJUE, C-548/12, 13 mars 2014, *Brogsitter*.
[2168] CJUE, C-249/16, 15 juin 2017, *Saale Kareda*.
[2169] CJUE, C-274/16, C-447/16, C-448/16, 7 mars 2018, *Flightright.*
[2170] CJUE, C-337/17, 4 octobre 2018, *Feniks*. Solution confirmée par CJUE, C-722/17, 10 juillet 2019, *Reitbauer*.
[2171]CJUE, C-274/16, C-447/16, C-448/16, 7 mars 2018, *Flightright*, spéc. §61.
[2172] Pour une critique de ce revirement de jurisprudence qui ne s'affiche pas comme tel, v. B. HAFTEL, « Revirement et extension du champ de la "matière contractuelle" dans les relations à trois personnes », *RDC* 2019, p. 85 et s.

n'ait aucunement pu le prévoir[2173]. De la solution de l'arrêt *Feniks*, dont la Cour souligne qu'elle sert les objectifs de prévisibilité des règles de compétence, on peut désormais conclure que « l'acquéreur d'un immeuble en France pourrait raisonnablement s'attendre à être attrait en Roumanie dès lors que le vendeur avait un créancier roumain », ce qui paraît absurde[2174]. On ne peut en effet attendre d'un acquéreur qu'il connaisse, au moment de l'acquisition de son bien, tous les créanciers de son vendeur et les lieux d'exécution des différents contrats qui le lie à ses créanciers. Cette jurisprudence de la Cour aura peut-être, et c'est souhaitable, vocation à être précisée et circonscrite à des situations correspondant à des chaînes et groupes de contrats.

Conclusion du Chapitre II

565. La fonction des dommages-intérêts délictuels comme limite à l'immixtion de la responsabilité délictuelle. Le principe posé par la jurisprudence en 2006 avec l'arrêt Myr'ho, et réitéré, voire étendu en 2020 par l'arrêt Bois rouge, d'une possibilité pour tout tiers d'engager la responsabilité délictuelle du débiteur contractuel sur la base d'un manquement contractuel, doit nécessairement être encadré si l'on veut que cette solution reste viable. La limite à cette jurisprudence ne peut cependant venir du fait générateur, l'absorption du fait générateur contractuel par le fait générateur délictuel rendant illusoire, et inutile l'établissement d'une faute délictuelle détachable du contrat. Le lien de causalité, condition la plus flexible de l'action en responsabilité, est plus souvent utilisée par les juges pour servir l'idéologie de la réparation que pour limiter l'étendue de la responsabilité, et apparaît par ailleurs insuffisant à fournir une limite satisfaisante à cette jurisprudence. C'est donc encore dans le dommage, et dans ce qu'il nous dit de la fonction servie par les dommages-intérêts qui le compensent, que l'on trouvera un cadre pour la mise en œuvre de cette solution. Ainsi la compensation d'un dommage qui correspondrait à la perte d'un avantage attendu du contrat, qu'il s'agisse de l'absence de prestation contractuelle ou plus largement de

[2173] B. HAFTEL, « Revirement et extension du champ de la "matière contractuelle" dans les relations à trois personnes », *op. cit.*
[2174] *Ibid*

l'absence de l'avantage que le tiers espérait obtenir de la bonne exécution du contrat, ne peut être prise en charge par la responsabilité délictuelle. Lorsqu'ils compensent ces dommages « contractuels », les dommages-intérêts ne visent pas tant à rétablir un *statu quo ante* de la victime, qu'à établir une situation attendue du contrat. Or cette fonction prospective ne peut en aucun cas être assumée par les dommages-intérêts délictuels, tournés vers la réparation et le rétablissement.

566. Une extension contractuelle encadrée par le groupe de contrats. Ce n'est pas pour autant que les tiers victimes de ces dommages « contractuels » seront systématiquement privés d'une quelconque action en responsabilité. Mais ce qu'ils demandent, la compensation d'un dommage correspondant à l'absence d'avantage attendu du contrat, relève en principe plutôt du domaine de la responsabilité contractuelle. La question se pose alors d'une éventuelle extension de la responsabilité contractuelle en dehors de son cadre naturel, à la compensation du dommage subi par le tiers. Cette extension aurait alors pour conséquence de soumettre le tiers aux limites fixées par le contrat, et par la loi, à la réparation du dommage, et qui ne sont en principe applicables que dans le cadre d'une responsabilité entre contractants. Cette extension menace dès lors les intérêts du tiers à voir son dommage intégralement réparé, et ce alors même qu'il n'a en principe consenti à aucune de ces limites. L'extension de la responsabilité contractuelle au tiers doit ainsi ménager un équilibre entre le respect des intérêts des tiers, et la préservation des prévisions contractuelles, menacées par l'immixtion de la responsabilité délictuelle.

Cet équilibre n'est assuré qu'à condition de définir strictement le cercle des tiers qui pourront être soumis au régime contractuel. Régime d'exception, la responsabilité contractuelle doit en effet être interprétée strictement. Le critère du tiers « ayant un intérêt légitime à la bonne exécution du contrat », choisi par les projets de réforme de la responsabilité, ne suffit pas, car, entendu largement, il peut viser tous les tiers qui souffrent de la mauvaise exécution du contrat. Nous lui préfèrerons un critère dégagé par la doctrine, et abandonné par la jurisprudence, celui du groupe de contrats. Défini par Madame BACACHE comme une « chaîne linéaire de contrats portant sur le même bien et ayant en commun au moins deux obligations en nature identiques »[2175], il permet

[2175] M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats, op. cit.*, n° 123.

de soumettre au régime contractuel des tiers placés dans une situation identique au créancier contractuel lésé, lorsqu'ils souffrent de l'absence de la prestation contractuelle. Si l'on y ajoute un critère subjectif, tiré de la connaissance par le tiers des limites contractuelles auxquelles il sera soumis, les intérêts du tiers seront d'autant mieux préservés. Le choix du groupe de contrats comme critère conduit cependant à laisser sans indemnisation les tiers qui souffrent de l'absence d'un avantage attendu du contrat, sans être membre d'un groupe de contrats. Seule cette solution nous semble ménager un équilibre entre des exigences tirées de la responsabilité, l'indemnisation des tiers[2176], et celles tirées du contrat, le respect des prévisions des parties.

Conclusion du Titre II

567. Critique et reconnaissance de la jurisprudence Myr'ho et de ses suites. L'affirmation par la Cour de cassation, en Assemblée plénière, en 2006, du fait que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »[2177] a suscité au sein de la doctrine une levée de boucliers, et une critique presqu'unanime d'une solution de principe qui représenterait la menace d'être une « véritable machine à faire sauter le contrat »[2178]. En réaffirmant sa solution en 2020, en Assemblée plénière à nouveau, motivation enrichie à l'appui, la Cour semble vouloir faire passer un message clair, et répondre aux critiques, entérinant ainsi entre la doctrine et la jurisprudence un différend irréconciliable. Ce faisant, elle va même un peu plus loin qu'en 2006, un peu trop loin, en fondant l'action en responsabilité du tiers directement sur le seul fait illicite.

La solution de 2006 ne pouvait en effet qu'être approuvée, et ne constituait que la suite logique de l'absorption du fait générateur contractuel par le fait générateur délictuel, qui conduit à trouver, derrière chaque manquement contractuel ou presque, un manquement au devoir général de prudence et de diligence, et donc une faute

[2176] Exigence revendiquée expressément dans l'arrêt Bois rouge de 2020. V. Ass. plén., 13 janvier 2002, n° 17-19.963, §14 : « Le principe ainsi énoncé [par l'arrêt Myr'ho] était destiné à faciliter l'indemnisation du tiers […] ».
[2177] Ass. plénière, 6 octobre 2006, n° 05-13.255.
[2178] J.-S. BORGHETTI, « Petit exercice de jurisprudence-fiction », *RDC* 2014, p.32 et s.

délictuelle. Loin de fonder la responsabilité délictuelle directement sur le manquement contractuel, la jurisprudence ne faisait que prendre acte de cette réalité causée par la clause générale. L'arrêt Bois rouge va plus loin, et semble accepter l'idée d'une action en responsabilité délictuelle fondée sur le manquement contractuel, fait illicite, quand bien même celui-ci ne constituerait pas un manquement au devoir de prudence et de diligence.

568. Limites à l'immixtion de la responsabilité délictuelle. Ce dernier arrêt Bois rouge, bien qu'il semble simplement vouloir réaffirmer la jurisprudence Myr'ho, révèle la nécessité de fixer des limites à cette action du tiers contre un débiteur contractuel, et à l'immixtion de la responsabilité délictuelle au sein de l'exécution du contrat qu'elle permet. Hormis les cas où aucune faute délictuelle ne pourra être constatée, ce qui semblait d'ailleurs le cas dans les faits de l'arrêt Bois rouge, et qui exclut forcément toute action en responsabilité délictuelle, c'est la fonction servie par les dommages-intérêts délictuels lorsqu'ils compensent le dommage subi par le tiers qui permettra de tracer les limites de ce principe, excluant de fait la compensation de dommages correspondant à un avantage attendu du contrat. Certains des tiers exclus de l'action délictuelle pourront alors parfois trouver refuge dans l'action en responsabilité contractuelle, lorsqu'ils subiront un dommage en tant que membres d'un groupe de contrats auquel appartient le contrat inexécuté. Loin de se présenter comme une option, sa soumission au régime contractuel et aux limites encadrant la réparation des dommages causés entre contractants lui sera alors imposée. L'immixtion de la responsabilité délictuelle dans le contrat sera ainsi contrôlée, et parfois refoulée.

Conclusion de la deuxième partie

569. Responsabilité délictuelle et contrat. La subsidiarité de la responsabilité délictuelle fait d'elle, comme régime de droit commun, la responsabilité compétente pour traiter de situations qui, bien qu'en dehors du champ de la responsabilité contractuelle, se rattachent au contrat. C'est notamment le cas lorsque, découlant d'une faute précontractuelle et non de l'inexécution d'une obligation contractuelle, la

responsabilité délictuelle interviendra pour réparer un dommage causé entre contractants, dans le cadre d'un contrat qu'elles exécutent. Ce sera également le cas lorsqu'au contraire, la responsabilité délictuelle viendra compenser les effets dommageables d'une inexécution contractuelle, subis non pas par le créancier contractuel, mais par un tiers. Ces situations para-contractuelles constituent un contexte particulier de mise en œuvre de la responsabilité délictuelle, qui ne pourra rester indifférente à la présence du contrat. Les relations entre responsabilité délictuelle et contrat seront alors marquées de deux manières.

570. La responsabilité délictuelle influencée par le contrat. Lorsqu'elle intervient à proximité du contrat, pour régir les marges de son existence, la responsabilité délictuelle subira son influence, et ses effets devront être encadrés. Cette influence du contrat ne sera pas la même selon qu'il ait existé, mais qu'en raison de la faute précontractuelle, qui caractérise également un vice du consentement, il ait été annulé, ou qu'au contraire malgré le vice dont il est affecté, le contrat perdure et produit ses effets entre les parties. La responsabilité précontractuelle en présence d'un contrat annulé s'apparentera à celle qui prend en charge les effets d'une rupture abusive des pourparlers, et aura pour unique fonction de rétablir la victime dans son *statu quo ante*, sans jamais pouvoir s'approcher d'une compensation qui ressemblerait à l'établissement de la situation attendue du contrat, soit parce qu'il n'a jamais existé, soit parce qu'il a été annulé. En présence d'un contrat vicié mais maintenu, la responsabilité délictuelle subira plus fortement l'attraction du contrat, et la compensation des dommages découlant de la faute précontractuelle devra alors, en plus de rétablissement de la victime, viser à assurer le maintien et la bonne exécution de ce contrat, en restaurant, sans trop perturber les prévisions des parties, la relation contractuelle endommagée. La responsabilité délictuelle, revêtue d'une mission hybride, devra viser à effacer toutes les conséquences de la faute précontractuelle, tout en veillant à ne pas procéder à un rééquilibrage du contrat, et à ne pas donner corps à des obligations contractuelles qui n'existent pas.

571. Le contrat perturbé par la responsabilité délictuelle. Lorsque la responsabilité délictuelle intervient pour compenser le dommage subi par le tiers du fait de l'inexécution contractuelle, le problème est autre. Le tiers agit alors comme une porte d'entrée de la responsabilité délictuelle au cœur même du contrat, pour traiter des

conséquences de son inexécution. Empiétant directement sur le domaine de la responsabilité contractuelle, l'immixtion de la responsabilité délictuelle dans l'exécution du contrat est pourtant rendue inéluctable par le principe de l'effet relatif des contrats. Et risque de venir perturber les prévisions des parties, en particulier du débiteur contractuel qui ne pourra limiter, à l'égard du tiers, sa responsabilité comme il l'aurait fait avec son cocontractant. C'est d'autant plus vrai que la jurisprudence facilite l'action du tiers, lui permettant de se fonder sur le manquement contractuel, derrière lequel se cache en réalité une faute délictuelle, pour obtenir réparation de son dommage. L'immixtion de la responsabilité délictuelle dans l'exécution du contrat par le biais du tiers, si elle découle directement de cette vision générale des conditions de l'action en responsabilité délictuelle, devra alors être encadrée, contrôlée, et parfois même, lorsque la proximité du tiers avec la situation contractuelle le justifiera, rejetée au profit de la responsabilité contractuelle.

Conclusion

572. La rencontre de la responsabilité délictuelle et du contrat. Qu'il s'agisse de la délicate distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle, de la remise en cause d'une telle distinction, de la nature et des effets de la responsabilité précontractuelle, ou encore des conditions de l'action en responsabilité du tiers à qui l'inexécution contractuelle a causé un dommage, les problèmes liés à la rencontre de la responsabilité délictuelle et du contrat sont nombreux et divers. Des problèmes qui tiennent à la délimitation entre les régimes contractuel et délictuel de responsabilité, et plus globalement d'interférences entre deux objets juridiques que tout oppose. Des problèmes qui demeurent, tant il apparaît difficile d'y apporter une solution unique, prédéterminée, qui réaliserait le délicat équilibre entre des considérations propres au contrat – au premier rang desquelles le respect des prévisions contractuelles – et des considérations propres à la responsabilité délictuelle – notamment l'objectif de réparation intégrale. La persistance, en jurisprudence comme en doctrine, de telles questions autour de la délimitation et de la rencontre de la responsabilité délictuelle et du contrat justifiait que l'on s'y attarde encore un peu. Malgré la multitude d'écrits portant notamment sur le rapport entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, il nous avait semblé manquer une étude plus globale de ces divers points de rencontre.

573. La clause générale, facteur de rencontre de la responsabilité délictuelle et du contrat. L'intérêt d'une telle étude, mêlant des questions en apparence différentes, qui n'ont en commun que d'être à la croisée des sphères contractuelle et délictuelle, nous a d'abord dérouté. Il nous est cependant assez vite apparu que ces difficultés, qu'elles soient de délimitation entre les régimes de responsabilité ou plus généralement d'interférences entre la responsabilité délictuelle et le contrat, avaient une cause commune : la clause générale de l'article 1240 du Code civil. Sa célèbre formule, « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », imprime au droit français de la responsabilité sa particularité au regard de systèmes juridiques voisins. Reprenant à leur compte un

certain héritage juridique, mais faisant part d'une certaine audace au moment de sceller le destin du droit civil français dans un Code à la vocation universaliste, les rédacteurs du Code de 1804 ont fait le choix d'une responsabilité délictuelle ne connaissant *a priori* que peu de limites, fondée sur la faute, et imprégnée de l'idée de réparation intégrale. Ils ont ce faisant offert aux juges un instrument d'une grande flexibilité, capable de s'adapter aux évolutions les plus spectaculaires – révolution industrielle et explosion des accidents causés par des machines, et plus récemment révolution technologique et démultiplication des modes et des lieux de réalisation d'un dommage. Un instrument capable aussi de s'étendre sans limites, et d'envahir tous les pans du droit, au point de devenir hégémonique[2179]. Cette clause générale, et les conséquences qu'elle emporte sur le domaine de la responsabilité délictuelle, singularise le droit français au regard de systèmes juridiques voisins ayant fait le choix de responsabilités délictuelles plus limitées. Dans ces systèmes pourtant, le problème de délimitation entre les dommages-intérêts fondés sur la faute et ceux qui compensent les conséquences d'une inexécution contractuelle existe, et sera souvent résolu en ayant à cœur de satisfaire au mieux l'objectif de réparation propre à la responsabilité. Il n'aura cependant jamais l'ampleur de celui que connaît le droit français.

574. Du problème de délimitation entre les responsabilités contractuelle et délictuelle à une question de coordination entre des régimes concurrents. De cette vocation tentaculaire de la responsabilité délictuelle à régir toute situation donnant lieu à un dommage naissent en premier lieu des difficultés de délimitation entre les responsabilités contractuelle et délictuelle. Dans les mains du juge, la généralité de la clause de responsabilité est devenue envahissante, conduisant à l'absorption des conditions de l'action en responsabilité contractuelle, au premier rang desquelles son fait générateur, le manquement contractuel. La clause générale caractérise ainsi une situation particulière, rétive à toute entreprise de délimitation, d'attribution à chacun de son pré carré. Parce qu'il lui est constitutif de n'avoir pas de limites propres, elle outrepasse celle fixées par les autres normes, ici la responsabilité contractuelle. Et conduit à une situation de concours entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, qui doit se solder par la nécessaire exclusion de la seconde au profit de la première. La

[2179] H. MAZEAUD, « L'"absorption" des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *D.* 1935, p.5 et s.

responsabilité contractuelle, prévue pour régir les dommages causés par l'inexécution d'un contrat entre les parties, bénéficie en effet d'un régime adapté à la préservation des prévisions contractuelles et ne peut donc tolérer l'intrusion de la responsabilité délictuelle et de sa réparation intégrale.

La question n'est alors plus vraiment celle d'une délimitation des frontières entre deux régimes de responsabilité dont les domaines se frôleraient, et seraient poreux, mais plutôt d'un véritable conflit de normes, qui ne peut se résoudre que par l'exclusion de l'élément perturbateur ; ici la responsabilité délictuelle, rejetée hors du contrat.

575. Modes d'exclusion de la responsabilité délictuelle du contrat et fonction des dommages-intérêts contractuels. La responsabilité délictuelle ne sera cependant pas exclue avec la même force, et de la même manière, selon que la forme que prendra ce concours entre les responsabilités.

Lorsque les dommages-intérêts contractuels viseront à rétablir le créancier dans un *statu quo ante*, à réparer son dommage, alors ils se trouveront en situation de concurrence avec les dommages-intérêts délictuels, dont c'est la fonction principale. Parce que les deux normes poursuivent le même objet, et qu'elles sont incompatibles, cette concurrence deviendra même conflit de normes. Un conflit qui ne sera dès lors résolu que par la mise en œuvre d'une règle particulière, le principe de non-cumul des responsabilités. La frontière entre les responsabilités ne peut donc ici être tracée *a priori* ; elle ne le sera que ponctuellement, et *a posteriori*, lorsque, par la mise en œuvre du principe de non-cumul, la responsabilité délictuelle sera exclue du champ du contrat. Un tel principe incarne ici en réalité un rapport bien particulier entre les responsabilités, celui d'un rapport d'une norme spéciale à une norme générale, la dernière devant céder chaque fois que l'on sera dans le domaine de la première, et se voyant dès lors attribuer une vocation subsidiaire. Une subsidiarité qui, caractéristique d'un droit commun, lui permettra de revenir dès lors que les limites du domaine contractuel céderont. L'enjeu principal sera ainsi celui de la délimitation du domaine contractuel, qui, laissée aux mains du juge sera irriguée de considérations d'opportunité qui feront obstacle à l'émergence de frontières fixes.

Lorsque les dommages-intérêts contractuels poursuivront une fonction propre de satisfaction du créancier, ils viseront cette fois à octroyer à ce dernier l'équivalent monétaire de l'avantage attendu du contrat. En ce cas, ils poursuivent une fonction exclusive, qui ne peut souffrir d'aucune concurrence délictuelle. La responsabilité délictuelle sera cette fois définitivement exclue par la délimitation d'un domaine réservé à la responsabilité contractuelle.

576. Aux marges du contrat : une analyse des fonctions de la responsabilité délictuelle. Cette subsidiarité propre à la responsabilité délictuelle, droit commun, fait d'elle par ailleurs la responsabilité naturellement apte à régir les situations se trouvant aux marges du contrat. Dans ces zones « para-contractuelles », la nature délictuelle de la responsabilité ne semble alors plus tellement faire débat. Elle devra néanmoins être réaffirmée, voire discutée. Ce sont surtout ses effets qui se verront adaptés, encadrés. Le déploiement, au contact d'un contrat conclu et exécuté par les parties, du principe de réparation intégrale, risque en effet d'emporter avec lui les prévisions contractuelles. Ce sont dès lors cette fois les fonctions des dommages-intérêts délictuels qui seront scrutées.

Aux marges de l'existence du contrat, lorsque la responsabilité délictuelle prendra en charge des dommages causés par une faute précontractuelle, elle pourra être amenée à prendre en compte l'existence d'un contrat exécuté par les parties. Ce sera notamment le cas lorsque le contrat sera vicié, mais maintenu par les parties, la partie lésée faisant le choix d'une seule action en responsabilité délictuelle contre son cocontractant. Elle devra alors veiller à ne pas perturber l'exécution du contrat par la mise en œuvre de sa logique rétrospective, tournée vers le passé. Au seul rétablissement de la partie lésée devra ainsi parfois s'ajouter la considération d'un présent, celui du contrat, un présent tourné vers l'avenir de la relation contractuelle. Sans pour autant aboutir, par le biais du principe de réparation intégrale, à octroyer à la partie lésée plus que ce qu'elle aurait obtenu du contrat. Mise au service du contrat et de sa bonne exécution, la responsabilité délictuelle ne doit pas devenir une forme d'assurance contre les risques de l'opération contractuelle. Le choix des dommages compensés devra alors refléter ce délicat équilibre.

Aux marges de l'exécution du contrat, lorsqu'elle répare le dommage causé au tiers par le manquement contractuel, la responsabilité délictuelle s'immisce cette fois au cœur du contrat. Les perturbations qui en découlent sont alors d'autant plus redoutées. C'est ce qui explique que la jurisprudence autour des conditions d'une telle action, et particulièrement l'affirmation par la Cour de cassation du principe selon lequel « 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 »[2180], ait suscité une telle levée de boucliers de la doctrine. Une telle décision ne faisait pourtant que prendre acte du phénomène d'absorption du fait générateur contractuel par le fait générateur délictuel, qui impliquait que derrière tout, ou presque tout manquement contractuel pouvait se cacher une faute délictuelle. Les conditions de l'action en responsabilité délictuelle étant réunies, rien ne semblait devoir empêcher une telle solution, irriguée par l'impératif de réparation de la responsabilité délictuelle. Mais la doctrine, essentiellement préoccupée par le respect des prévisions contractuelles, y a vu un danger pour le contrat. Au point d'aboutir, face à la constance d'une telle solution jurisprudentielle, à une véritable incompréhension entre la doctrine et les juges. Si une telle solution nous semble sur le principe devoir être approuvée, nous avons tenté d'y apporter quelques limites, afin de rétablir un équilibre entre les considérations tirées de la responsabilité, qui préserve ici les intérêts du tiers à voir son dommage réparé, et celle tirées du contrat. L'analyse de la fonction servie par les dommages-intérêts délictuels nous a ici livré des clés : lorsque le tiers demandera compensation d'un dommage qui correspond à un avantage attendu du contrat, et demandera ainsi non pas à être rétabli dans un *statu quo ante*, mais établi dans une situation espérée du contrat, alors l'action en responsabilité délictuelle devrait lui être fermée. Dans certains cas cependant, s'il appartient à un groupe de contrats, c'est l'action en responsabilité contractuelle qui lui sera ouverte.

Ainsi, quand bien même les frontières entre la responsabilité délictuelle et le contrat apparaissent acquises, et que chacun semble avoir trouvé son domaine naturel, la frontière nous échappe à nouveau, et s'évanouit sous nos yeux. Si cette étude n'aura pas nécessairement contribué à fixer cette frontière, elle aura du moins, nous

[2180] Ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13.255.

l'espérons, contribué à nourrir la réflexion sur la dynamique particulière qui existe, en droit français, entre la responsabilité délictuelle et le contrat.

Bibliographie

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS, MANUELS, COURS ET COMMENTAIRES

AGOSTINI (É.), *Droit comparé,* PUF, 1ère éd., 1988

ATIAS (C.), *Le contrat dans le contentieux judiciaire*, Litec, 5ème éd., 2010

BACACHE-GIBEILI (M.), *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle,* Economica, t. 5, 4ème éd., 2021

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), BARDE (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil des obligations*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, t. 1, 2ème éd., 1900

BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, LGDJ, 20ème éd., 2023

BRUN (Ph.), Responsabilité civile extracontractuelle, Lexisnexis, 6ème éd., 2023

BRUN (Ph.), PIERRE (Ph.), BUGNICOURT (J.-Ph.) (dir.), *Le Lamy Droit de la responsabilité*, Lamy, 2025

BUREAU (D.), MUIR WATT (H.), *Droit international privé,* PUF, t. 2, 3ème éd., 2014

CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 12ème éd., 2023

CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), CHÉNÉDÉ (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, t. 2, *Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, 14ème éd., 2024

CARBONNIER (J.),
- *Droit civil,* PUF, *vol. II, Les biens. Les obligations,* 2004

- *Droit civil,* PUF, t. 4*, Les obligations,* 21ème éd. refondue, 1998

CHANTEPIE (G.), LATINA (M.), *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil,* Dalloz, 3ème éd., 2024

CHARTIER (Y.), *La réparation du préjudice dans la responsabilité civile,* Dalloz, 1983

DAVID (R.), JAUFFRET-SPINOSI (C.), GORÉ (M.), *Les grands systèmes de droit contemporain,* Dalloz, 12ème éd., 2016

DISSAUX (N.), JAMIN (C.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil,* Dalloz, 2016

DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général,* Librairie Arthur Rousseau, *I. Source des obligations*, t. III, 1923

DEMOLOMBE (C.), *Cours de Code Napoléon*, L. Hachette et cie, t. XXIV, *Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général*, 1868

DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations,* Economica, 2ème éd., 2012

DESHAYES (O.), GÉNICON (T.), LAITHIER (Y.-M.), *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, LexisNexis, 2ème éd., 2018

DEUMIER (P.)*, Introduction générale au droit*, LGDJ, 7ème éd., 2023

DOMAT (J.), *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Jean-Baptiste Coignard, t. I, 2ème éd., 1697

DURRY (G.), *La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle*, Collection de droit comparé de McGill, Université McGill, 1986

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations,* PUF, t.2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, 3ème éd., 2013

FAGES (B.), *Droit des obligations*, LGDJ, 14ème éd., 2024

FEENSTRA (R.), « Grotius et le droit privé européen », RCADI, 1984, t. 182, p. 453 et s.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É.), *Droit civil. Les obligations*, Sirey, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 9ème éd., 2015

FROMONT (M.), KNETSCH (J.), *Droit privé allemand*, LGDJ, 2ème éd., 2017

GAMBARO (A.), SACCO (R.), VOGEL (L.), *Traité de droit comparé*, *Le droit de l'Occident et d'ailleurs,* LGDJ, 2011

GAZZANIGA (J.-L.), *Introduction historique au droit des obligations,* PUF, 1992

GHESTIN (J.), JAMIN (Ch.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, LGDJ, 3ème éd., 2001

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil*. *Introduction générale*, LGDJ, 4ème éd., 1994

GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), CHAINAIS (C.), MAYER (L.), *Procédure civile,* Dalloz, 8ème éd., 2023

JESTAZ (Ph.), JAMIN (C.), *La doctrine,* Dalloz, 2004

JOURDAIN (P.), *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 3ème éd., 1996

LAMBERT-FAIVRE (Y.), PORCHY-SIMON (S.), *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation,* Dalloz, 9ème éd., 2022

LE TOURNEAU (Ph.) (dir.), *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation,* Dalloz, 2023-2024

LE TOURNEAU (Ph.), CADIET (L.) (dir.), *Dalloz action Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2002-2003

LEQUETTE (Y.), « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *RCADI*, 2017, vol. 387, p. 9 et s.

LÉVY (J.-Ph.), CASTALDO (A.), *Histoire du droit civil,* Dalloz, 2ème éd., 2010

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.), STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Droit des obligations,* LGDJ, 9ème éd., 2017

MARTY (G.), RAYNAUD (Ph.), *Obligations*, Sirey, t. I, 2ème éd., 1988

MAZEAUD (H.), *Cours de doctorat,* 1946-1947

MAZEAUD (H. et L.), TUNC (A.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* Montchrestien, t. I, 6ème éd., 1965

NASCIMENTO E SILVA (do G.E.), « Le facteur temps et les traités », *RCADI*, 1977, vol. 154, p. 215 et s.

OETKER (H.) (dir.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Beck, t.2, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 9ème éd., 2022

PLANIOL (M.), *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, t. II, 1931

PLANIOL (M.), RIPERT (G.), *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, t. VI, 2ème éd. par P. Esmein, 1952

POTHIER (R.-J.), *Traité des obligations*, Dupin, 1827

ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Coll. Thémis droit, 2ème éd., 2013

SAINCTELETTE (C.), *De la responsabilité et de la garantie*, Bruylant, 1884

SALEILLES (R.)
- *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, LGDJ, 3ème éd., 1914
- *Introduction à l'étude du droit civil allemand, à propos de la traduction française du Bürgerliches Gesetzbuch entreprise par le Comité de législation étrangère*, éd. F. PICHON, 1904.
- *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, éd. F. PICHON,1890

- *Étude sur les sources de l'obligation dans le projet de Code civil allemand*, Extrait du *Bulletin de la société de Législation comparée,* éd. F. PICHON, 1889

SCHMOECKEL (M.), RÜCKERT (J.), ZIMMERMANN (R.) (dir.), *Historisch-Kritiker Kommentar zum BGB*, Mohr Siebeck, vol. II, 2007

SCHWARZ (G.C.), WANDT (M.), *Gesetzliche Schuldverhältnisse,* Vahlen, 10ème éd., 2020

TERRÉ (F.), MOLFESSIS (N.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, 14ème éd., 2022

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations,* Dalloz, 11ème éd., 2013

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil, Les obligations,* Dalloz, 13ème éd., 2022

VINEY (G.), *Traité de droit civil*, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 4ème éd., 2019

VINEY (G.), JOURDAIN (P.), *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité,* 3ème. éd., 2011

VINEY (G.), JOURDAIN (P.), CARVAL (S.), *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité,* LGDJ, 4ème éd., 2013

VINEY (G.), JOURDAIN (P.), CARVAL (S.), *Traité de droit civil, Les effets de la responsabilité,* LGDJ, 4ème éd., 2017

ZWEIGERT (K.), KÖTZ (H.), *Introduction to comparative law,* Clarendon Press, 3ème éd., 1998, trad. T. WEIR

WINDSCHEID (V.), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Rütten & Loening, 6ème éd., 1887

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES ET THÈSES

ALBIGES (C.), *De l'équité en droit privé,* LGDJ, 2000, préf. R. Cabrillac

ARNAUD (A.-J.), *Les origines doctrinales du Code civil français*, LGDJ, 1969, préf. M. Villey

AUBERT (J.-L)., *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, LGDJ, 1970, préf. J. Flour

BACACHE-GIBEILI (M.), *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, LGDJ, 1996, préf. Y. Lequette

BALAT (N.), *Essai sur le droit commun,* LGDJ, 2016, préf. M. Grimaldi

BALLOT-LÉNA (A.), *La responsabilité civile en droit des affaires – Des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ, 2008, préf. Ph. Dubois

BASCOULERGUE (A.), *Les caractères du préjudice réparable, Réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile,* PUAM, 2014, préf. S. Porchy-Simon

BECQUÉ (J.), *La protection de la victime d'un dommage corporel et de ses proches dans le cadre contractuel*, Astride Quillet, 1943

BELLISSENT (J.), *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, LGDJ, 2001, préf. R. Cabrillac

BERG (O.), *La protection des intérêts incorporels en droit de la réparation des dommages – Essai d'une théorie en droit français et allemand*, Bruylant, 2006, préf. G. Viney, avant-propos R. Frank

BLOCH (C.), *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, 2008, préf. R. Bout, avant-propos Ph. le Tourneau

BONDON (M.-S.)*, Le principe de réparation intégrale du préjudice. Contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile,* PUAM, 2020, préf. R. Cabrillac

BRUN (A.), *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Sirey, 1931, préf. L. Josserand

CALASTRENG (S.), *La relativité des conventions,* thèse Toulouse, 1939

CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10ème éd., 2001

CARVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995, préf. G. Viney

CATALA (N.), *La nature juridique du payement*, LGDJ, 1961, préf. J. Carbonnier

CHACORNAC (J.), *Essai sur les fonctions de l'information en droit des instruments financiers*, Dalloz, 2014, préf. F. Drummond

CHÉNÉDÉ (F.), *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, 2008, préf. A. Ghozi

COUTANT-LAPALUS (C.), *Le principe de réparation intégrale en droit privé,* PUAM, 2002, préf. F. Pollaud-Dulian

DELIYANNIS (J.), *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle,* LGDJ, 1952

DESCAMPS (O.), *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, LGDJ, 2005, préf. A. Lefebvre-Teillard

DECKER (M.), *Aspects internes et internationaux de la protection de la vie privée en droits français, allemand et anglais*, PUAM, 2001, préf. Y. Lequette

DEKKERS (R.), *La fiction juridique, étude de droit romain et comparé*, Sirey, 1935

DUCLOS (J.), *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, LGDJ, 1984, préf. D. Martin

DUBOIS (C.), *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue,* LGDJ, 2016, préf. Y. Lequette

DUGUÉ (M.), *L'intérêt protégé en droit de la responsabilité civile,* LGDJ, 2019, préf. P. Jourdain

DRAGU (R.), *De l'exécution en nature des contrats,* Domat-Montchrestien, 1936

ESPAGNON (M.), *La règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle*, thèse Paris I, 1980

FABRE-MAGNAN (M.), *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ, 1992, préf. J. Ghestin

FARNOUX (É.), *Les considérations substantielles dans le règlement de la compétence internationale des juridictions. Réflexion autour de la matière délictuelle*, LGDJ, 2022, préf. S. Bollée

FAURE-ABBAD (M.), *Le fait générateur de responsabilité contractuelle*, LGDJ, 2003, préf. Ph. Rémy

GALBOIS-LEHALLE (D.), *La notion de contrat. Esquisse d'une théorie*, LGDJ, 2020, préf. Y. Lequette

GANNAGÉ. (L.), *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé,* LGDJ, 2001, préf. Y. Lequette

GÉNICON (T.), *La résolution du contrat pour inexécution,* LGDJ, 2007, préf. L. Leveneur

GÉNY (F.), *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif,* LGDJ, rééd. 2016 (1ère éd. 1919)

GOLDIE-GENICON (C.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, préf. Y. Lequette

GOUEZËL (A.), *La subsidiarité en droit privé*, Economica, 2013, préf. P. Crocq

GOUNOT (E.), *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, A. Rousseau, 1912

GOUTAL (J.-L.), *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, LGDJ, 1981, préf. H. Batiffol

GRARE (C.), *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Dalloz, 2005, préf. Y. Lequette

GROSSER (P.), *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, thèse Paris I, 2000

GROTIUS (H.), *Le droit de la guerre et de la paix*, Pierre de Coup, 1724, trad. J. BARBEYRAC (1ère éd. latine 1625)

GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), *Nullité, restitutions et responsabilité*, LGDJ, 1992, préf. J. Ghestin

GUIZIOU (H.), *La réparation du dommage, Contribution à l'étude de la hiérarchisation des intérêts*, thèse Paris-Panthéon-Assas, 2024

HABRE (C.), *La subsidiarité en droit privé,* Point Delta, 2016, préf. H. Lécuyer, avant-propos S. Cabrillac

HALPÉRIN (J.-L.), *Histoire du droit privé français depuis 1804,* PUF, coll. Quadriges, 2ème éd., 2016

HAFTEL (B.), *La notion de matière contractuelle en droit international privé : Étude dans le domaine du conflit de lois,* thèse Paris II, 2008

HUET (J.), *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Panthéon-Assas, rééd. 2020 (1ère éd. 1979), préf. G. Viney

HUGUENEY (P.), *De la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1910

JACQUEMIN (Z.), *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, allemand et anglais,* LGDJ, 2021, préf. B. Fauvarque-Cosson

JAMIN (Ch.), *La notion d'action directe*, LGDJ, 1991, préf. J. Ghestin

JAPIOT (R.), *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une nouvelle théorie*, La mémoire du Droit, 2017

JEAMMAUD (A.), *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse Lyon III, 1975

JOSSERAND (L.), *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, Arthur Rousseau, 1897

JUEN (E.), *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, LGDJ, 2016, préf. É. Loquin

KIEFER (T.), *Die Aquilische Haftung im "Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten" von 1794*, Centaurus Verlag, 1989

LAITHIER (Y.-M.), *Étude comparative des sanctions de l'inexécution des contrats*, LGDJ, 2004, préf. H. Muir Watt

LARROUMET (C.), *Réflexions sur la responsabilité civile, Évolution et problèmes actuels en droit comparé,* Institut de droit comparé de l'Université McGill, 1983

LE GALLOU (C.), *La notion d'indemnité en droit privé.*, LGDJ, 2007, préf. A. Sériaux

LÉCUYER (G.), *Liberté d'expression et responsabilité. Étude de droit privé*, Dalloz, 2006, préf. L. Cadiet

LEGROS (A.), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité en cas de nullité des contrats*, thèse Dijon, 1900

LIBCHABER (R.), *Recherches sur la monnaie en droit privé,* LGDJ, 1992, préf. P. Mayer

LUCAS-SCHLOETTER (A.), *Droit moral et droits de la personnalité. Étude de droit comparé français et allemand*, PUAM, 2000

MALHIÈRE (F.), *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État et Cour de cassation)*, Dalloz, 2013, pré. D. Rousseau

MALINVAUD (Ph.), *La responsabilité des incapables et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat,* LGDJ, 1965, préf. H. Mazeaud

MAUCLAIR (S.), *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle*, Varenne, 2013, préf. T. Azzi

MINOIS (M.), *Recherche sur la qualification en droit international privé des obligations*, LGDJ, 2020, préf. T. Azzi

MOLINA (L.), *La prérogative contractuelle*, LGDJ, 2022, préf. L. Aynès

MONATERI (P. G.), *Cumulo di responsabilità contrattuale et extracontrattuale*, CEDAM, 1989

NAJJAR (I.), *Le droit d'option, Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, LGDJ, 1967, préf. P. Raynaud

NÉRET (J.), *Le sous-contrat*, LGDJ, 1979, préf. P. Catala

MOTULSKY (H.), *Principes de réalisation méthodique du droit privé,* Sirey, 1948, préf. P. Roubier

NICOLAS (É.), *L'assimilation en droit. Essai de philosophie de la technique juridique*, Dalloz, 2022

OUERDANE-AUBERT de VINCELLES (C.), *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, 2002, préf. Y. Lequette

PENIN (O.), *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat*, LGDJ, 2012, préf. Y. Lequette

PIAZZON (T.), *La sécurité juridique*, Defrénois, 2009, préf. L. Leveneur

PICHARD (M.), *Le droit à. Étude de législation française,* Economica, 2006, préf. M. Gobert

PIÉDELIÈVRE (J.), *Des effets produits par les actes nuls, Essai d'une théorie d'ensemble*, Arthur Rousseau, 1911

PINNA (A.), *La mesure du préjudice contractuel*, LGDJ, 2007, préf. P.-Y. Gautier

POUMARÈDE (M.), *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, thèse Toulouse, 2003

PROROK (J.), *La responsabilité civile sur les marchés financiers*, LGDJ, 2019, préf. H. Synvet

PUECH (M.), *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle,* LGDJ, 1973, préf. A. Rieg

PUFENDORF (S.), *Le droit de la nature et des gens*, Édition de Bâle, 1732, trad. J. BARBEYRAC (1ère éd. latine 1672)

QUÉZEL-AMBRUNAZ (Ch.), *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2010, préf. Ph. Brun

RANDEGGER (A.-L.), *La donation indirecte. Recherches sur l'instrumentalisation de sa qualification*, thèse Paris-Panthéon-Assas, 2022

RÉMY (B.), *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2008, préf. P. Mayer

RIPERT (G.),
- *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2ème éd., 1955
- *La règle morale dans les obligations civiles,* LGDJ, 3ème éd., 1935

RIPERT (L.), *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle,* Dalloz, 1933

ROUJOU DE BOUBÉE (M.-E.), *Essai sur la notion de réparation,* LGDJ, 1974, préf. P. Hébraud

SALEILLES (R.),
- *La réforme sociale*, 1898
- *Les accidents de travail et la responsabilité civile*, Arthur Rousseau, 1897

SAVATIER (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, *Première série : Panorama des mutations,* Dalloz, 3ème éd., 1964

SCHLECHTRIEM (H.), *Vertragsordnung und außervertragliche Haftung*, Alfred Metzner Verlag, 1972

SOULEAU (I.), *La prévisibilité du dommage contractuel,* thèse Paris II, 1979

SPITZ (N.), *La réparation des préjudices boursiers*, Revue Banque, 2010, préf. A. Pietrancosta

STARCK (B.), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, 1947, préf. M. Picard

STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, LGDJ, 2000, préf. R. Bout

TEYSSIÉ (B.)*, Les groupes de contrats*, LGDJ, 1975

TRAULLÉ (J.), *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, LGDJ, 2007, préf. P. Jourdain

TUNC (A.), *La responsabilité civile,* Economica, 1981

UNTERMAIER (É.), *Les règles générales en droit public français*, LGDJ, 2011, préf. S. Caudal Sizaret

VILLEY (M.), *La formation de la pensée juridique moderne,* PUF, 2009

VINEY (G.), *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, 1965, préf. G. Ripert

WEILL (A.), *La relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz, 1938

WÉRY (P.), *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du Code civil,* Kluwer, 1993

WESTER G., *Les principes de la réparation confrontés au dommage corporel*, LGDJ, 2023, préf. S. Porchy-Simon

WINTGEN (R.)*, Étude critique de la notion d'opposabilité, Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, 2004, préf. J. Ghestin

WOYCIECHOWSKI (S.), *Haftungsgrenzen im französischen Deliktsrecht. Zur Reichweite der delikitischen Generalklauseln in Art. 1382 f. Code. Civil*, Mohr Siebeck, 2017

ZIMMERMANN (R.), *The Law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition,* Juta & Co, 1990

III. OUVRAGES COLLECTIFS, NUMÉROS SPÉCIAUX ET RAPPORTS

L'évaluation des dommages-intérêts, question de fait ou de droit ?, Dossier, *RDC*, 2019, p. 159 et s.

L'évaluation du préjudice financier de l'investisseur dans les sociétés cotées, Rapport du club des juristes, novembre 2014

L'absorption du dol par la responsabilité civile, Dossier, *RDC*, 2013, p. 1155 et s.

États généraux du dommage corporel. Réparation intégrale : mythe ou réalité ?, Conseil national des barreaux, *Gaz. Pal,* 9 et 10 avril 2010, n° 99-100

Les métamorphoses de la responsabilité, Sixièmes Journées René Savatier, Poitiers, 15 et 16 mai 1997, PUF, 1997

Études sur le rôle du juge, Travaux de l'association Henri Capitant, t. V, 1949, Dalloz, 1950

BÉHAR-TOUCHAIS (M.) (dir.), *Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages ? À propos des dommages et intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage*, Colloque du C.E.D.A.G. du 21 mars 2002, Droit In-situ, CD ROM interactif, 2003

CAYROL (N.), (dir.), *La notion de dommages-intérêts*, Dalloz, 2016

DESHAYES (O.) (dir.), *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats,* PUF, 2008

DUBUISSON (B.), JOURDAIN (P.) (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé*, Bruylant, 2015

FENOUILLET (D.) (dir.), *Flexibles notions*, *La responsabilité civile*, 2020

FENOUILLET (D.), RÉMY-CORLAY (P.) (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003

FONTAINE (M.), VINEY (G.) (dir.), *Les sanctions de l'inexécution de l'obligation contractuelle. Études de droit comparé*, LGDJ, 2001

KOZIOL (H.) (dir.), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective,* Jan Sramek Verlag, 2015

LEDUC (F.) (dir.) *La responsabilité du fait des choses : réflexions autour d'un centenaire,* Economica, 1997

LEDUC (F.), PIERRE (P.) (dir.), *La réparation intégrale en Europe : Études comparatives des droits nationaux,* Larcier, 2012

LEQUETTE (Y.), MOLFESSIS (N.) (dir.), *Quel avenir pour la pour la responsabilité civile ?,* Dalloz, 2015

MORÉTEAU (O.), M. SÉJEAN (M.) (dir.), *Principes du droit européen de la responsabilité civile*, Société de législation comparée, 2007

PERELMAN (Ch.) (dir.), *Les antinomies en droit,* Bruylant, 1965

PIGNARRE (L.-F.) (dir.), *La réforme du droit de la responsabilité*, Actes du colloque du 25 novembre 2016, LGDJ, 2017

SCHRAGE (E. J. H.) (dir.), *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts*, Dunckler & Humblot, 2001

SUPIOT (A.), DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *Prendre la responsabilité au sérieux,* PUF, 2015

IV. ARTICLES, COMMUNICATIONS, CONTRIBUTIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS, ENTRÉES DE DICTIONNAIRES ET D'ENCYCLOPÉDIES

ALBERTINI (M.), AMAR (É.), « La rupture abusive des pourparlers », *LPA*, 2013, p. 6 et s.

AMSELEK (P.), « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », in P. AMSELEK (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Economica, 1986, p. 30 et s.

ANCEL. (P.),
- « Le concours de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle », *RCA*, 2012, n° 2, p. 38 et s.
- « Le contrat avec effet protecteur pour les tiers », *RDC*, 2004, p. 471 et s.
- « La responsabilité contractuelle », in FENOUILLET D., RÉMY-CORLAY (P.) (dir.), *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2003, p. 243 et s.
- « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 171 et s.

ARHAB (F.), « Les nouveaux territoires de la faute », *RCA*, 2003, n° 6, p. 43 et s.

AUBERT (J.-L.), « À propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », *RTD civ.,* 1993, p. 263 et s.

AUBERT de VINCELLES (C.), « La validité du contrat : dol, erreur et obligation d'information », in CARTWRIGHT (J.), FAUVARQUE-COSSON (B.), WHITTAKER (S.) (dir.), *La réécriture du Code civil. Le droit français des contrats après la réforme de 2016*, SLC, 2018, p. 77 et s.

AUZARY-SCHMALTZ (B.),
- « Liability in Tort in France before the Code Civil », in SCHRAGE (E. J. H.) (dir.), *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts,* Dunckler & Humblot, 2001, p. 309 et s.
- « La responsabilité délictuelle dans l'Ancien droit français. Les origines des articles 1382 et suivants du Code civil », *Revue historique de droit français et étranger,* 1999, p. 163 et s.

AZZI (T.), « Les relations entre la responsabilité délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.*, 2007, p. 277 et s.

BACACHE (M.),
- « La responsabilité médicale : entre droit commun et régimes spéciaux », in *Mélanges en l'honneur de la Professeure Annick Batteur,* LGDJ, 2021, p. 17 et s.
- « Le préjudice économique pur. Rapport français », in *Le préjudice : entre tradition et modernité,* Journées franco-japonaises, Association Henri Capitant, t. I, 2013, p. 39 et s.
- « Office du juge et responsabilité civile », in *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron*, LGDJ, 2009, p. 23 et s.

BAKER (J.), « Trespass, Case and the Common Law of Negligence 1500-1700 », in SCHRAGE (E. J. H.) (dir.), *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts,* Dunckler & Humblot, 2001, p. 47 et s.

BAKOUCHE (D.), « La prétendue inconsistance de la distinction du dol principal et du dol incident », *JCP*, 2012, p. 1425 et s.

BARTHEZ (A-S.), « Contre l'autonomisation de la responsabilité civile délictuelle en matière de dol », *RDC*, 2013, p. 1155 et s.

BAUDOIN (J.-L.), « Les dommages punitifs : un exemple d'emprunt réussi à la *Common law* », in *Études offertes à Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p.1 et s.

BÉCHILLON (D. de), « Le contrat comme norme en droit public positif », *RFD admn.*, 1992, p. 15 et s.

BEAUD (O.),
- « L'Essai contre la codification ou le refus d'un droit uniforme pour l'Allemagne toute entière. Considérations sur l'impensé "territorial" dans la pensée juridique de Savigny », *Droit & Philosophie,* 2009, vol. 1, p. 9 et s.
- « Ouverture : L'Europe entre droit commun et droit communautaire », *Droits*, 1991, n° 14, p. 3 et s.

BENÖHR (H.-P.), « Die Redaktion der Paragraphen 823 und 826 BGB », in ZIMMERMANN (R.) (dir.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, 1999, p. 510 et s.

BERG (O.),
- « Le dommage objectif », in *Études offertes à Geneviève Viney,* LGDJ, 2008, p. 63 et s.
- « L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française », *RTD civ.*, 2006, p. 53

BIRKS (P.), « Negligence in Eighteenth Century Common Law », in SCHRAGE (E. J. H.) (dir.), *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts,* Dunckler & Humblot, 2001, p. 173 et s.

BOLAND (G.), « Quelques propos sur les antinomies et pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », in PERELMAN (Ch.) (dir.), *Les antinomies en droit,* Bruylant, 1965, p. 183 et s.

BOLLÉE (S.), « À la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles *», D.*, 2008, p. 2161 et s.

BÉTOULLE (J.), « L'aspect "délictuel" du dol dans la formation des contrats », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2001, Études et documents, p. 259 et s.

BORGHETTI (J.-S.),
- « Le soleil se lève au nord : ou comment la réforme belge de la responsabilité extracontractuelle fait pâlir le projet français », *D.*, 2024, p. 643 et s.
- « Le préjudice économique pur et l'atteinte au cours normal des choses », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Suzanne CARVAL*, IRJS Éditions, 2021, p. 113 et s.
- « Nils Jansen et Reinhard Zimmermann (dir.), *Commentaries on European Contract Laws* » *RTD civ.*, 2019, p. 207 et s.
- « La responsabilité des contractants à l'égard des tiers dans le projet de réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2017, p. 1846 et s.
- « Peut-on se passer de la causalité en droit de la responsabilité ? », in LEQUETTE (Y.), MOLFESSIS (N.) (dir.), *Quel avenir pour la pour la responsabilité civile ?,* Dalloz, 2015, p. 11 et s.
- « La perte de chance, rapport introductif », *LPA*, 2013, n° 218, p. 3 et s.
- « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.*, 2010, p.1 et s.
- « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 145 et s.

BOURDELOIS (B.), « Réflexions sur le traitement des relations précontractuelles en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie,* Defrénois, 2005, p. 107 et s.

BRENNER (C.), « Source des obligations dans le Code civil rénové : passage à l'acte ou acte manqué ? », *JCP*, 2016, p. 898 et s.

BRUN (Ph.),
- « De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses », *RTD civ.*, 2010, p. 487 et s.
- « Les mots du droit de la responsabilité : esquisse d'abécédaire », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 117 et s.

BÜRGE (A.), « Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTD civ.*, 2000, p. 1 et s.

CABRILLAC (M.), « Remarques sur la théorie générale des contrats et les créations récentes de la pratique commerciale », in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty,* Université des sciences socialesde Toulouse, 1978, p. 235 et s.

CADIET (L.),
- « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 495 et s.
- « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices, Revue générale de droit processuel*, 1998, n°9, p. 87 et s.

CANIVET (G.), « Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile. Essai de pragmatique jurisprudentielle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 213 et s.

CARBONNIER (J.), « Le silence et la gloire », *D.*, 1951, chron. 119

CASSON (P.), « Le subsidiaire et le droit privé », *RRJ*, 2001, p. 143 et s.

CHAZAL (J.-P.),
- « Léon Duguit François Gény, controverse sur la rénovation de la science juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques,* 2010/2, vol. 65, p. 85 et s.

- « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », in *Études de droit de la consommation, Liber amicorum Jean Calais-Auloy,* Dalloz, 2004, p. 279 et s.
- « Les nouveaux devoirs des contractants. Est-on allé trop loin ? », in JAMIN (C.), MAZEAUD (D.) (dir.)*, La nouvelle crise du contrat,* Dalloz, 2003, p. 99 et s.

CHÉNÉDÉ (F.), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D*. 2016, p. 796 et s.

CHEVALLIER (J.), « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, n° 50, 2002, p. 103 et s.

CORNELIS (L.), « La responsabilité précontractuelle, conséquence éventuelle du processus précontractuel », *RGDC*, 1990, p. 391 et s.

CROZE (H.), « Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation », in *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 181 et s.

DELMAS-MARTY (M.), LINXIN (H.), « Vers un *jus commune* universalisable ? », Note terminologique in *Vers un droit commun universalisable,* Séminaire de recherche coordonné par M. Delmas-Marty, K. Martin-Chenut, L. D'Ambrosio, 10-12 avril 2017, Château de Goutelas

DESCHEEMAEKER (E.),
- « Comparative common law », *RIDC*, 2020, p. 915 et s.
- « De la structure de la responsabilité : réflexions comparatistes autour de *Torts and Rights* », *RIDC*, 2013, p. 51 et s.
- « La dualité des torts en droit français », *RTD civ*., 2010, p. 435 et s.
- « Eltjo J. H. Schrage (dir.), *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts* », *RIDC,* 2004, p. 261 et s.

DESCAMPS (O.),
- « Histoire de la responsabilité civile en France », in FENOUILLET (D.) (dir.), *Flexibles notions*, *La responsabilité civile*, Dalloz, 2020, p. 4 et s.
- « Approche critique et historique de la réforme de la responsabilité civile », *Tribonien, Revue critique de législation et de jurisprudence,* 2018, p. 6 et s.
- « La responsabilité dans le Code civil », *Histoire de la justice*, 2009/1, n° 19, p. 291 et s.

- « Le destin de l'article 1382 ou : de la fable du chêne et du roseau en matière de responsabilité civile », *Droits,* 2008, n° 47, p. 23 et s.
- « L'esprit de l'article 1382 du Code civil ou la consécration du principe général de responsabilité pour faute personnelle », *Droits,* 2005, n° 41, p. 91 et s.

DESHAYES (O.),
- « La nouvelle mouture de l'avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile : retour sur la responsabilité des parties à l'égard des tiers *», RDC*, 2017, p. 238 et s.
- « Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et répartition des risques d'inexécution », *RDC*, 2008, p. 1008 et s.
- « Le dommage précontractuel », *RTD com.*, 2004, p. 195 et s.

DESNOYER (C.), « Du bon usage de la règle *specialia generalibus derogant* : le contre-exemple de la jurisprudence relative à l'articulation des articles 1386 et 1384, alinéa 1er du Code civil », in PERALDI-LENEUF (F.), SCHILLER (S.) (dir.), *Les conflits de normes – Le traitement légistique et jurisprudentiel des conflits horizontaux de normes,* CRDP Lille II et Mission de recherche droit et justice, 2012, p. 128 et s.

DIKOFF (L.), « L'évolution de la notion de contrat », in *Études de droit civil à la mémoire d'Henri Capitant,* Dalloz, 1939, p. 201 et s.

DISSAUX, « Des choses minimes, le législateur doit aussi avoir cure… », *D.*, 2015, p. 1215 et s.

DORALT (W.), « Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch », in BASEDOW (J.), HOPT (K. J.), ZIMMERMANN (R.) (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, OUP, vol.1, 2012

DROSS. (W.), « La déception contractuelle. Proposition d'un droit commun », *RTD civ.*, 2018, p. 787 et s.

DUFOUR (A.), « L'idée de codification et sa critique dans la pensée juridique allemande des XVIIIème-XIXème siècles », *Droits,* n° 24, 1996, p. 45 et s.

ENGEL (L.), « Vers une nouvelle approche de la responsabilité. Le droit français face à la dérive américaine », *Esprit,* juin 1993, p. 5 et s.

ESMEIN (P.),

- « La chute dans l'escalier », *JCP,* 1956, I, 1321
- « Trois problèmes de responsabilité civile », *RTD civ.*, 1934, p. 317 et s.
- « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », *RTD civ*, 1933, p. 627 et s.

EWALD (F.),
- « La faute civile : droit et philosophie », *Droits*, 1987, n° 5, p. 45 et s.
- « Théories sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius », in *Études d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot,* LGDJ, 1959, p. 157 et s.

FABRE-MAGNAN, (M.),
- « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », *JCP*, 2016, p. 706 et s.
- « De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales de vente », *D.*, 2015, p. 826 et s.

FAGELLA (G.), « Dei Periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica », in *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda*, Luigi PIerro, vol. III, 1906, p. 271 et s.

FEENSTRA (R.),
- « Grotius' Doctrine of Liability for Negligence » in SCHRAGE (E. J. H.) (dir.), *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts,* Dunckler & Humblot, 2001, p. 129 et s.
- « Zum Ursprung des deliktischen Generalklausel in den modernen europäischen Kodifikationen », *Zeitschrift für Europäisches Privarecht (ZEUP),* 2001, p. 585 et s.
- « Le droit romain et l'Europe », in *Droit romain et identité européenne,* Actes du colloque organisé les 12, 13 et 14 mai 1992, *RIDA*, supplément, au tome XLI, 1994, p. 15 et s.

FLOUR (Y.), « Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance ? », *Droits*, 1987, n° 6, p. 29 et s.

FLÜCKIGER (A.), « Le principe de clarté de la loi ou l'ambigüité d'un idéal », *Cahiers du Conseil constitutionnel,* n° 21, janvier 2007

FORIERS (P.), « Les lacunes du droit », *Logique et Analyse*, 1967, vol. X., p. 71 et s.

FULLER (L.L), PERDUE (W.), « The Reliance Interest in Contract Damages », (1936-1937), 46 *Yale LJ*, 52 (Part I), 373 (Part II)

FULLI-LEMAIRE (S.), PERROUIN-VERBE (S.), « Can't buy me love: The French Reluctance to Embrace the Juridical Act », in *Iurium itinera. Historische Rechtsvergleichung und vergleichende Rechtsgeschichte, Reinhard Zimmermann zum 70. Geburtstag am 10. Oktober 2022*, Mohr Siebeck, 2022, p. 291 et s.

GARDNER (J.),
- « What is tort law for? » Part I, « The Place of Corrective Justice », *Law and Philosophy*, 2011, vol. 30, n° 1, p. 1 et s.
- « The Mark of Responsibility », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2003, vol. 23, n° 2, p. 157 et s.

GASSIN (R.), « Lois spéciales et droit commun », *D.*, 1961, chron. 91

GAUDEMET (J.), « Les tendances à l'unification du droit en France dans les derniers siècles de l'Ancien Régime (XVIème-XVIIIème) », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa,* Atti del terzo congresso internazionale della società italiana di storia del diritto*,* Firenze, 1977, p. 171 et s.

GÉNICON (T.), « Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », *Droit et patrimoine*, 2014, n° 240, p. 63 et s.

GHESTIN (J.),
- « Contre l'absorption du dol par la responsabilité civile », *RDC*, 2013, p. 1162 et s.
- « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP*, 2007, I ,155
- « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », *RTD civ.*, 1994, p. 777 et s.
- « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », *JCP*, 1992, I, 3628

GIJSBERS (C.), « L'incidence des règles relatives à la nullité, la caducité et aux restitutions », *RDI*, 2016, p. 342 et s.

GIRARDET (A.), « L'équité du juge : si on levait le voile ? », *Justices, Revue générale de droit processuel*, 1998, n° 9, p. 1 et s.

GOLDIE-GENICON (C.), « Droit commun et droit spécial », *RDA*, 2013, n° 7, p. 29 et s.

GRIDEL (J.-P.), LAITHIER (Y.-M.), « Les sanctions civiles de l'inexécution du contrat imputable au débiteur : état des lieux », *JCP*, 2008, I, 143

GRIMALDI (C.), « Quand une obligation d'information en cache une autre : inquiétudes à l'horizon… », *D.* 2016, p. 1009 et s.

GRIMALDI (M.), « Le contrat et les tiers », in *Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 163 et s.

GRYNBAUM (L.), « Responsabilité et contrat : l'union libre », in *Libre droit : Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau,* Dalloz, 2008, p. 409 et s.

GSELL (B.), « Die Neuregelungen zu den Vertragsverhandlungen nach der Reform des französischen Schuldsrechts », in BIEN (F.), BORGHETTI (J.-S.) (dir.), *Die Reform des französischen Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, 2018, p. 31 et s.

GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), « De l'élargissement de la notion de partie au contrat…à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », *RTD civ.*, 1994, p. 275 et s.

HAFTEL (B.), « Entre "Rome II" et "Bruxelles I" : l'interprétation communautaire uniforme du règlement "Rome I" », *JDI*, 2010, p. 761 et s.

HAGE-CHAHINE (N.), « Culpa in contrahendo in European Private International Law: Another Look at Article 12 of the Rome II Regulation », *Northwestern Journal of International Law & Business*, 2012, vol. 32, n°3, p. 451 et s.

HALPÉRIN (J.-L.),
- « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2001, vol. 4, n° 1, p. 9 et s.
- « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *RIDC*, 2000, p. 717 et s.

HAUSER (J.), « Aliments, divorce et surendettement », *RTD civ.*, 1993, p. 814 et s.

HÉBRAUD (P.),
- « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Études offertes à Pierre Kayser,* PUAM, 1979, t.2*.,* p. 1 et s.
- « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques »*,* in *Mélanges offerts à Jacques Maury,* Librairie Dalloz & Sirey, 1960, t. II, p. 420 et s.

HENRIOT (J.), « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot "responsabilité" », *Archives de philosophie du droit,* 1977, vol. 22, p. 59 et s.

HEUZÉ (V.), « La notion de contrat en droit international privé », *Travaux du comité français de droit international privé,* 1997-1998, p. 319 et s.

HONORAT (J.), « Rôle effectif et rôle concevable des quasi-contrats en droit actuel », *RTD civ*., 1969, p. 653 et s.

HUBERLANT (Ch.), « Antinomies et recours aux principes généraux », in PERELMAN (Ch.) (dir.), *Les antinomies en droit,* Bruylant, 1965, p. 204 et s.

HUET (J.), « Observations sur la distinction entre les responsabilités délictuelle et contractuelle dans l'avant-projet de réforme de droit des obligations », *RDC*, 2007, p. 31 et s.

IBBETSON (D.),
- « Harmonisation of the Law of Tort and Delict: A Comparative and Historical Perspective », in R. ZIMMERMANN (R.) (dir.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrecht*, Baden-Baden, 2003, p. 83 et s.
- « The Tort of Negligence in the Common Law in the Ninteenth and the Twentieth Centuries », in SCHRAGE (E. J. H.) (dir.), *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts,* Dunckler & Humblot, 2001, p. 229 et s.

JALUZOT (B.), « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective », *RIDC* vol. 57, n° 1, 2005, p. 29 et s

JANSEN (N.), « Duties and Rights in Negligence: A Comparative and Historical Perspective on the European Law of Extracontractual Liability », *Oxford Journal of Legal Studies,* 2004, vol. 24, n° 3, p. 443 et s.

JHERING (von R.), « De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites », in *Œuvres choisies*, Marescq, t. II, 1893, trad. O. DE MEULENAERE (1ère éd. all. 1860)

JOSSERAND (L.), « L'essor moderne du concept contractuel », in *Recueil d'études sur les sources du Droit en l'honneur de F. Gény*, Sirey, 1934, t. II, p. 333 et s.

JOURDAIN (P.),
- « Les dommages-intérêts alloués par le juge. Rapport français », in FONTAINE (M.), VINEY (G.) (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, LGDJ, 2001, p. 264 et s.
- « Rapport français », in *La bonne foi*, Journées Louisianaises, Travaux de l'association Henri Capitant, tome XLIII, Litec, 1992, p. 121 et s.
- « La réparation des dommages immobiliers et l'enrichissement de la victime », *RDI*, 1995, p. 51 et s.
- « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, Sixièmes Journées René Savatier, Poitiers, 15 et 16 mai 1997, PUF, 1997, p. 65 et s.

KAYSER (P.), « Le sentiment de la justice et le développement de la responsabilité civile en France », *RRJ*, 2000, p. 445 et s.

KELSEN (H.), « La théorie juridique de la convention », *Archives de philosophie du droit*, 1940, p. 33 et s.

KNETSCH (J.),
- « L'avenir de la responsabilité civile pour fait personnel, entre conservatisme et modernité », *Archives de philosophie du droit*, 2021, p. 305 et s.
- « L'acte juridique et le nouveau droit français des obligations. Réflexions sur les pérégrinations franco-allemandes d'un concept juridique », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Claude Witz,* LexisNexis, 2018, p. 419 et s.

- « Faut-il décontractualiser la réparation du dommage corporel ? », *RDC* 2016, p. 801 et s.
- « La désintégration du dommage moral », *D.* 2015, p. 443 et s.
- « La responsabilité civile, un modèle à bout de souffle ? », *RDA* mars 2024, p. 116 et s.

LACROIX (M.), « La relativité aquilienne en droit de la responsabilité civile – Analyse comparée des systèmes germanique, canadien et québécois », *Revue de droit de McGill,* 2013, p. 425 et s.

LAGARDE (P.), « La *culpa in contrahendo* à la croisée des règlements communautaires », in *Liber Fausto Pocar,* Guiffrè Editore, 2009, vol. 2, p. 583 et s.

LAGOUTTE (J.), « La faute dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *RCA*, 2017, p. 5 et s.

LAITHIER (Y.-M.),
- « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles. Articles 1217 à 1231-7 », *JCP* 2015, numéro spécial, suppl. au n° 21, p. 47 et s.
- « Le droit à l'exécution en nature : extension ou réduction ? », in STOFFEL-MUNCK (Ph.) (dir.), *Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 97 et s.
- « La distinction entre "intérêt positif" et "intérêt négatif" à l'épreuve des avant-contrats », in DESHAYES (O.) (dir.) *L'avant-contrat, Actualité du processus de formation des contrats*, PUF, 2008, p. 153 et s.
- « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC*, 2005, p. 161 et s.

LALOU (H.), « 1382 contre 1165 ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant ou d'un contractant à l'égard des tiers », *D.H.*, 1928, chron. p. 69 et s.

LAPOYADE-DESCHAMPS (C.), « La réparation du préjudice économique pur en droit français », *RIDC*, 1998, p. 367 et s.

LAMY (B. de), « Les tribulations de l'article 1382 du Code civil au pays de la liberté d'expression », in *Libre droit : Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 275 et s.

LAMBERT-FAIVRE (Y.), « De la poursuite à la contribution : quelques arcanes de la causalité », *D.*, 1992, p. 311 et s.

LAPOYADE-DESCHAMPS (C.), « La réparation du préjudice économique pur en droit français », *RIDC*, 1998, p. 367 et s.

LARDEUX (G.), « L'absorption du dol par la responsabilité civile », *RDC*, 2013, p. 1179 et s.

LARROUMET (C.), « Pour la responsabilité contractuelle », in *Le droit privé français à la fin du XXème siècle : études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 543 et s.

LE GAC-PECH (S.), « Vers un droit des remèdes », *LPA*, 4 décembre 2007, n° 242, p. 7 et s.

LE RIDER (J.), « La codification, objet de la controverse Thibaut-Savigny », in G. KAMECKE (G.), LE RIDER (J.) (dir.), *La codification : perspectives transdisciplinaires*, 2007, p. 161 et s.

LE TOURNEAU (Ph.),
- « Des métamorphoses contemporaines et subreptices de la faute subjective », in *Les métamorphoses de la responsabilité,* 6èmes Journées Savatier, PUF, 1998, p. 31 et s.
- « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile ou de la relativité de son déclin », *RTD civ.* 1988, p. 505 et s.

LÉCUYER (H.),
- « Volontés et responsabilités », in PIGNARRE (L.-F.) (dir.), *La réforme du droit de la responsabilité*, Actes du colloque du 25 novembre 2016, LGDJ, 2017, p. 36 et s.
- « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit : Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz, 1999, p. 643 et s.

LEDUC (F.),
- « L'état actuel du principe général de responsabilité délictuelle du fait des choses », in LEDUC (F.) (dir.) *La responsabilité du fait des choses : réflexions autour d'un centenaire,* Economica, 1997, p. 35 et s.
- « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », *RCA* 2010, dossier 3

LETURMY (L.), « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD civ*., 1998, p. 839 et s.

LEQUETTE (Y.), « Responsabilité civile *versus* vices du consentement », in *Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2012, p. 323 et s.

LIBCHABER (R.), « Propos hésitants sur l'incertaine solution des conflits de normes », *RTD civ.*, 1997, p. 792 et s.

LIMPENS (J.), « La théorie de la "relativité aquilienne" en droit comparé », in *Mélanges offerts à Robert Savatier,* Dalloz, 1965, p. 559 et s.

LUCAS (O.), « La Convention européenne des droits de l'homme et les fondements de la responsabilité civile », *JCP*, 2005, I, 111

MALAURIE (Ph.), « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le *judge made law* à la manière européenne », *JCP* 2016, p. 318 et s.

MALLET-POUJOL (M.), « De la "cohabitation" entre la loi du 19 juillet 1881 sur la liberté de la presse et l'article 1382 du Code civil », *Légipresse*, 2006, n° 234, p. 93 et s.

MARTIN (X.), « Sur l'archétype humain du Code civil naissant », *Histoire de la justice,* vol.19, 2009, p. 203 et s.

MARTY (G.),
- « Illicéité et responsabilité », in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 339 et s.
- « Rôle du juge dans l'interprétation des contrats », in *Études sur le rôle du juge,* Travaux de l'association Henri Capitant, 1949, t. V, Dalloz, 1950, p. 84 et s.

MAZEAUD (D.),
- « Le contrat et les tiers : nouvelle leçon et nouvelle présentation », in *Leçons du Droit Civil, Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruylant, 2011, p. 605 et s.
- « Le contrat et les tiers dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », in CARTWRIGHT (J.), VOGENAUER (S.), WHITTAKER (S.) (dir.), *Regards comparatistes*

sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, SLC, 2010, p. 231 et s.
- « À partir d'un petit cas tragique Outre-Rhin : retour sur le désordre de la distinction des ordres de responsabilités… », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 711 et s.

MAZEAUD (H.),
- « Essai de classification des obligations », *RTD civ.*, 1936, p. 1 et s.
- « L' "absorption" des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *D.*, 1935, p. 5 et s.

MEKKI (M.),
- « Le juge et le droit de la responsabilité civile. Propos introductifs », *RDC*, 2017, n° 4, p. 112 et s.
- « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.*, 2016, p. 494 et s.
- « Les remèdes à l'inexécution dans le projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations », *Gaz. pal*, 30 avril 2015, p. 37 et s.
- « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *Gaz. Pal.,* 12 avril 2016, n° 14, p. 15 et s.
- « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 739 et s.

MICHAELS (R.), « Code vs Code: Nationalist and Internationalist Images of the Code civil in the French Resistance to an European Codification », *European Review of Contract Law*, 2012, p. 277 et s.

MICHAUX (S.) , « La formation du contrat : pour un rapprochement entre psychologie et droit », in FONTAINE (M.) (dir.), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen,* Bruylant / LGDJ, 2002, p. 789

MINOIS (M.), « Recherches sur la qualification en droit international privé des obligations. Pour une unité de la qualification », *RDIA*, 2018, n°1, p. 220 et s.

MOLFESSIS (N.),
- « La psychologisation du dommage », in LEQUETTE (Y.), MOLFESSIS (N.) (dir.) *Quel avenir pour la responsabilité civile ?* Dalloz, 2015, p. 39 et s.

- « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *RDC* 2005, p. 37 et s.

MONZER (R.), « Les effets de la mondialisation sur la responsabilité précontractuelle », *RIDC*, 2007, p. 523 et s.

MORÉTEAU (O.), « Basic Questions of Tort Law from a French Perspective », in KOZIOL (H.) (dir.), *Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective,* Jan Sramek Verlag, 2015, p. 3 et s.

MORON-PUECH (B.), « Regards critiques sur la consécration du dualisme des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », *Tribonien, Revue critique de législation et de jurisprudence*, 2018, n° 2, p. 64 et s.

MOSSLER (P.), « The discussion on general clause or numerus clausus during the preparation of the German Civil Code », in SCHRAGE (E. J. H.) (dir.), *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts,* Dunckler & Humblot, 2001, p. 361 et s.

NAU (L.), « Responsabilité pré- ou près contractuelle ? Variations sur un même thème en droit comparé franco-allemand », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du doyen Bernard Gross,* Presses Universitaires de Nancy, 2009, p. 119 et s.

NEWMAN (R.), « La nature de l'équité en la "droit civil" », *RIDC*, 1964, p. 289 et s.

NILS-ROBERT (C.), « Naissance d'une image : la balance de l'équité », *Justices, Revue générale de droit processuel*, 1998, n° 9, p. 53 et s.

NIORT (J.-F.), « Retour sur "l'esprit" du Code civil des Français », *Histoire de la justice,* 2009, n° 19, n° 1, p. 121 et s.

NUSSENBAUM (M.), « La perte de chance ou la question des aléas », *CCC*, 2019, étude 10

OUDIN (M.), « Un droit européen… pour quel contrat ? – Recherches sur les frontières du contrat en droit comparé », *RIDC*, 2007, p. 475 et s.

S. PELLET (S.), « Négociations et avant-contrat », in LATINA (M.) (dir.), *La réforme du droit des contrats en pratique*, Dalloz, 2017, p. 25 et s.

PENA (M.), « Jansénisme et Code civil », *RRJ*, 1992-3, p. 817 et s.

PERELMAN (Ch.), « Les antinomies en droit. Essai de synthèse », in PERELMAN (Ch.) (dir.), *Les antinomies en droit*, Bruylant, 1965, p. 392 et s.

PÉRÈS (C.), « Observations sur "l'absence" de principes directeurs à la lumière du projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats », *RDC*, 2015, p. 647 et s.

PIÉDELIÈVRE (S.), « Les dommages-intérêts punitifs, une solution d'avenir ? », *RCA*, hors-série juin 2001, p. 68 et s.

PIGNARRE (G.), « La responsabilité : débat autour d'une polysémie », in *La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle*, Colloque organisé par la Faculté de droit et d'économie de Savoie, 7 et 8 décembre 2000*, RCA*, juin 2001, hors série, p. 10 et s.

PFISTER (L.), « La naissance de l'action en concurrence déloyale et le droit commun de la responsabilité délictuelle », *Cahiers du centre lyonnais d'histoire du droit et de la pensée politique,* 2005, p. 119 et s.

PHILIPPE (D.), « Rapport belge », in *La bonne foi*, Journées Louisianaises, Travaux de l'association Henri Capitant, tome XLIII, Litec, 1992, p. 61 et s.

PLANIOL (M.),
- « Études sur la responsabilité civile », *Rev. crit.*, 1905, p. 277 et s. ; 1906, p. 80 et s.
- « Classification des sources des obligations », *Rev. crit*., 1904, p. 224 et s.

PONTHIER (J.-M.), « Le dommage et le préjudice », *Actes du colloque « Vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique »,* Palais du Luxembourg, 11 et 12 mai 2001, texte disponible en ligne à l'adresse https://www.senat.fr/colloques/colloque_responsabilite_publique/colloque_responsabilite_publique.html

POPINEAU-DEHAULLON (C.), « Regards comparatistes sur la responsabilité du contractant à l'égard d'un tiers, victime de l'inexécution du contrat », *RDC*, 2007, p. 622 et s.

PORCHY-SIMON (S.), « La réaffirmation des constantes du droit de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle », *Archives de Philosophie du Droit,* 2021, vol. 63, p. 283 et s.

POUGHON (J.-M.), « Cambacérès. Des approches du Code civil », *Histoire de la justice,* 2009, vol.19, p.161

POUMARÈDE (M.),
- « Notion d'inexécution d'une obligation contractuelle », in *Dalloz Action Droit de la responsabilité et des contrats,* 2023/2024, chapitre 3121, p. 1292 et s.
- « Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avant-projet Catala », *D.*, 2006, p. 2420 et s.

PRICHARD (M. J.), « Trespass, Case and the Rule in *Williams V. Holland* », *The Cambridge Law Journal*, 1964, vol.22, n° 2, p. 234

PUTMAN (E.), « Remarques sur la demande subsidiaire », *JCP*, 1991, I, 3493

QUÉZEL-AMBRUNAZ (C.),
- « Clauses générales ou délits spéciaux », in *Les perspectives de modernisation du droit des obligations : comparaisons franco-ibériques,* Journées nationales de l'association Henri Capitant, Dalloz, 2014
- « La responsabilité civile et les droits du Titre I du Livre I du Code civil : à la découverte d'une hiérarchisation des intérêts protégés », *RTD civ.*, 2012, p. 251 et s.
- « Fault, Damage and the Equivalence Principle in French Law », *Journal of European Tort Law*, 2012, vol. 3, n°1, p. 21 et s.

RADÉ (C.),
- « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2003, p. 2247 et s.
- « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile », *D.*, 1999, chron. p.313

RANIERI (F.), « Bonne foi et exercice du droit dans la tradition du civil law », *RIDC*, 1998, p. 1055 et s

RAYNARD (J.), « À propos de la subsidiarité en droit privé », in *Mélanges Christian Mouly,* Litec, 1998, vol. 1, p. 131 et s

REBUT (D.), « De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui et de son caractère autonome », *RRJ*, 1996-2, p. 409 et s.

RÉMY (Ph.),
- « L'absorption du dol par la responsabilité civile : pour ou contre ? », *RDC*, 2013, p. 1195 et s.
- « Les dommages et intérêts », in TERRÉ (F.) (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats,* Dalloz, 2008, p. 281 et s.
- « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages-intérêts », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrat. La sanction du droit,* PUF, 2001, p. 121 et s.
- « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, p. 323 et s.
- « Critique du système français de responsabilité civile », *Revue juridique de l'USEK,* 1997, n° 5, p. 49 et s.

RÉMY-CORLAY (P.), « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC*, *2005*, p. 13 et s.

RENOUX-ZAGAMÉ (M.-F.), « Le droit commun européen entre Histoire et Raison », *Droits,* 1991, n° 14, p. 27 et s.

RIALS (S.),
- V° « Standard », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003
- « Les standards, notions critiques du droit », in PERELMAN (Ch.), VANDER ELST (R.) (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 39 et s.

RIEG (A.), « La punctuation. Contribution à l'étude de la formation successive du contrat », in *Études offertes à Alfred Jauffret,* Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 593 et s.

RIPERT (G.), « Le prix de la douleur », *D.*, 1948, p. 1 et s.

RODIÈRE (R.), « Études sur la dualité des régimes de responsabilité – La combinaison des responsabilités », *JCP* 1950, I, 868

ROLLAND (C.), « Responsabilité contractuelle ou responsabilité à dommages contractuels ? », *RRJ*, 2005, p. 1 et s.

RONTCHEVSKY (N.), « La réparation limitée du préjudice des investisseurs victimes d'une fausse information en droit français », *Journal des sociétés*, 2011, n° 89, p. 19 et s.

SALEILLES (R.),
- « De la responsabilité précontractuelle. À propos d'une étude nouvelle sur la matière », *RTD civ.*, 1907, p. 697 et s.
- « Le risque professionnel dans le Code civil », *D.*, 1897, p. 433 et s.

SANA-CHAILLÉ de NÉRÉ (S.), « Contrats et obligations. Confirmation des actes nuls », *J-Cl. Civil*, art 1178 à 1185, fasc. 50

SAVATIER (R.), « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.*, 1934, p. 525 et s.

SAVAUX (É.), SCHÜTZ (R.-N.), « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs. Réflexions à partir du contrat de bail », in *Propositions sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert,* Dalloz, 2005, p. 271 et s.

SCHRAGE (E. J. H.), « Negligence in the discussion during the preparation of the Dutch Civil Code of 1838 », in SCHRAGE (E. J. H.) (dir.), *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts,* Dunckler & Humblot, 2001, p. 391 et s.

SCHMIDT (J.),
- « La période précontractuelle en droit français », *RIDC*, 1990, p. 545 et s.
- « La sanction de la faute précontractuelle », *RTD civ.*, 1974, p. 46 et s.

SÉGUR (Ph.), « Droit et littérature, éléments pour la recherche, *Droit et littérature,* 2017, p. 109 et s.

SERAGLINI (C.), « Le droit international privé de la période précontractuelle », in DESHAYES (O.) (dir.), *L'avant-contrat. Actualité du processus de formation des contrats,* PUF, 2008, p. 77 et s.

SERINET (Y.-M.), « L'effet rétroactif de la résolution pour inexécution en droit français », in FONTAINE (M.), VINEY (G.) (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles,* Bruylant / LGDJ, 2002, p. 654 et s.

STOFFEL-MUNCK (Ph.),
- « La responsabilité délictuelle pour manquement contractuel : quelle perspective en l'absence de réforme ? », in *Écrits sans esprit de système, Mélanges en l'honneur de Philippe Delebecque*, Dalloz, 2024, p. 962 et s.
- « L'abus dans le contrat, vingt ans après », in *Homme de foi, homme de droit*. *Mélanges en l'honneur d'Alain Sériaux*, Mare et Martin, 2023, p. 353 et s.

TALLON (D.),
- « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1995, p. 429 et s.
- « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.*,1994, p. 233 et s.

TERRÉ (F.),
- « Libres propos sur la responsabilité civile », *Archives de philosophie du droit*, 1977, vol. 22, p. 37 et s.
- « Sur une sociologie juridique du contrat », *Archives de philosophie du droit.* 1968, vol. 13, p. 71 et s.

THIEME (H.), « Natürliches Privatrecht une Spätscholastik », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung,* 1953, p. 230 et s.

THIREAU (J.-L.), V° « Droit commun », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique,* PUF 2003

TRAULLÉ (J.), « L'indemnisation du préjudice né de l'impossibilité de contracter avec un tiers après la conclusion d'un contrat vicié », *D.*, 2013, p. 2651 et s.

TRIGEAUD (J. -M.), « Promesse et appropriation du futur », in *Le droit et le futur, Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris*, PUF, 1985, p. 63 et s.

TUNC (A.),
- « Le droit en miettes », *Archives de philosophie du droit,* 1977, vol. 22, p. 32 et s.

- « Les récents développements des droits anglais et américain sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation », *RIDC*, 1953, p. 29 et s.

VAN COMPERNOLLE (J.), « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la balance des intérêts », *Nouveaux itinéraires en droit. Mélanges en hommage à François Rigaux,* Bruylant, 1993, p. 495 et s.

VILLEY (M.), « Esquisse historique sur le mot responsable »*, Archives de philosophie du droit,* 1977, vol. 22, p. 45 et s.

VINEY (G.),
- « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *D.*, 2016. p. 1378 et s.
- « Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité civile », *JCP,* 2016, p. 99 et s.
- « Pour ou contre un principe général de responsabilité civile pour faute ? », in *Le droit privé français à la fin du XX*^{ème} *siècle. Études offertes à Pierre Catala,* Litec, 2001, p. 555 et s.
- « La responsabilité contractuelle en question », in *Le contrat au début du XXIème siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 920 et s.
- « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français. Rapport français », in FONTAINE (M.), VINEY (G.) (dir.), *Les sanctions de l'inexécution de l'obligation contractuelle. Études de droit comparé*, LGDJ, 2001, p. 167 et s.
- « Pour une interprétation mesurée et raisonnée du refus d'option entre les responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle », *Revue de droit de McGill*, 1994, p. 813 et s.
- « La responsabilité », *Archives de philosophie du droit*, Vocabulaire fondamental du droit, 1990, vol. 35, p. 275 et s.
- « De la responsabilité personnelle à la répartition des risques », *Archives de philosophie du droit,* 1977, vol. 22, p. 5 et s.

WAGNER (G.), V° « Comparative tort law » in REIMANN (M.), ZIMMERMANN (R.), *Oxford Handbook of Comparative Law,* OUP, 2ème éd. 2019

WEIR (T.), « The Staggering March of Negligence », in *The Law of Obligations. Essays in Celebration of John Fleming*, Clarendon Press, 1998, p. 97 et s.

WELLER (M.-Ph.), « Civil liability for incorrect capital market information. An antagonism between freedom and liability », *RTDF*, 2013, n°1, p. 44 et s.

WESTER-OUISSE (V.), « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale », *RTD civ.*, 2010, p. 419 et s.

WHITTAKER (S.), « Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle. Un cadre commun pour la responsabilité civile ? », *RDC*, 2019, n° 4, p. 145 et s.

WINTGEN (R.),
- « La rétroactivité de l'anéantissement en droit comparé », *RDC*, 2008, p. 73 et s.
- « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », *RDC,* 2006, p. 543 et s.

ZENATI (F.), « Le juge et l'équité », *Annales de la faculté de droit de Lyon*, 1985, p. 89 et s.

ZIMMERMANN (R.),
- « Characteristic Aspects of German Legal Culture », in ZEKOLL (J.), WAGNER (G.) (dir.), *Introduction to German Law*, Wolters Kluwer, 3ème éd., 2019, p. 1 et s.
- « Savigny's legacy. Legal history, comparative law, and the emergence of a European legal science », *Law Quarterly Review,* 1996, vol. 112, p. 576 et s.

V. PRINCIPALES NOTES ET OBSERVATIONS

ANCEL (P.), « Faut-il faire "avec" », *RDC* 2007, p. 538 et s., note sous Ass. plén., 6 oct. 2006, arrêt dit *Myr'ho*, n° 05-13.255

ATIAS (C.), « La victime de manœuvres dolosives peut exercer une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice qu'elle a subi », *D.*, 1995, p. 180 et s., note sous Com., 18 octobre 1994, n° 18-10.1994

BACACHE (M.),

- « L'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle réaffirmée par l'assemblée plénière », *D.* 2020, p. 394 et s., note sous Ass. plén, 13 janvier 2020, n° 17-19.963
- « Réparation du défaut d'information médicale : revirement ou affinement de jurisprudence ? », *D.*, 2014, p. 590 et s., note sous Civ.1ère, 25 janvier 2017, n° 15-27.898
- « Le dommage prévisible : exécution par équivalent du contrat ou responsabilité contractuelle ? », *D.*, 2011, p. 1725 et s., note sous Civ. 1ère, 28 avril 2011, n° 10-15.056
- « Longue vie à l'arrêt *Mercier* », *RDC*, 2011, p. 335 et s., note sous Civ. 1re, 3 juin 2010, n° 09-13.591

BARBIER (H.),
- « Regain d'incertitude quant au préjudice réparable en cas d'action en seuls dommages-intérêts pour dol », *RTD civ.*, 2019, p. 576 et s., note sous Com. 5 juin 2019, n° 16-10.391
- « L'incidence du choix procédural du contractant sur son droit à réparation », *RTD civ.*, 2016, p. 847 et s., note sous Civ. 3ème, 29 septembre 2016, n° 15-15.129, Civ. 1ère , 28 septembre 2016, n° 15-18.904, et Com. 21 juin 2016, n° 14-29.874

BARBIÉRI (J.-F.), « Préjudice réparable d'une cession de contrôle dolosive : retour vers le passé », *Rev. sociétés*, 2020, p. 37 et s., note sous Com. juillet 2019, n° 17-26.484

BEAUGENDRE (S.), « La responsabilité contractuelle à l'épreuve du droit du bail », *LPA*, 13 septembre 2002, n° 184, p. 3 et s., note sous Civ. 3ème, 30 janvier 2002, n° 00-15.784

BLOCH (L.),
- « Responsabilité d'un contractant envers les tiers », *RCA*, 2017, comm.212 note sous Com. 18 mai 2017, n° 16-11.203
- « Relative relativité de la faute contractuelle ou absolue généralité de la faute délictuelle ? », *RCA*, 2006, étude 17, note sous Ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, arrêt dit *Myr'ho*

BOFFA (R.), « Opposabilité du contrat par les tiers : une leçon et des doutes », *D.*, 2013, p. 746 et s., note sous Com. 18 décembre 2012, n°11-25.567.

BORGHETTI (J.-S.)

- « Responsabilité des contractants à l'égard des tiers : pas de pitié pour les contractants ! », *D.*, 2020, p. 416 et s., note sous Ass. plén, 13 janvier 2020, n° 17-19.963
- « Préjudice d'anxiété des travailleurs exposés à l'amiante : indemnisation élargie et motivation enrichie », *RDC*, 2019, n° 3, p. 13 et s., note sous Ass. plén., 5 avril 2019, n° 18-17.442
- « Responsabilité des contractants à l'égard des tiers : Bootshop en fin de course ? », *RDC* 2017, p. 425 et s., note sous Com., 18 janvier 2017, n° 14-16.442
- « Petit exercice de jurisprudence-fiction », *RDC*, 2014, p. 32 et s., note sous Civ. 1ère, 25 septembre 2013, n° 12-25.160
- « L'invocation du contrat par les tiers, ou le flou persistant », *RDC*, 2013, p. 915 et s., note sous Com. 18 décembre 2012, n° 11-25.567
- « Le point de départ de l'action en responsabilité contractuelle en cas de manquement du banquier à son obligation d'information », *RDC*, 2010, p. 843 et s., note sous Com., 26 janvier 2010, n° 08-18.354
- « Manquement du médecin à son obligation d'information : quel préjudice réparable ? », *RDC*, 2008, p. 769 et s., obs. sous Civ.1ère, 6 décembre 2007, n° 06-19.301

CAFFIN-MOI (M.), « Dol dans la formation du contrat : la question délicate du préjudice réparable », *D.*, 2012, p. 2772 et s., note sous Com. 10 juillet 2012, n° 11-21.954

CARVAL (S.), « Droit des tiers d'invoquer un manquement contractuel », *RDC*, 2007, p. 279 et s., note sous Ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, arrêt dit *Myr'ho*

CHÉNÉDÉ (F.), « La relativité de la faute contractuelle : revirement ou bris de jurisprudence à l'horizon ? », *AJ.* Contrat, 2017, p. 377 et s., note sous Civ. 3ème, 18 mai 2017, n°16-11.203

DELEBECQUE (Ph.), « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : brèves remarques », *RDC* 2007, p. 556 et s., note sous Ass. plén., 6 oct. 2006, arrêt dit *Myr'ho*, n° 05-13.255

DESHAYES (O.),
- « Le préjudice réparable en cas de dol dans la formation du contrat (suite) », *RDC*, 2014, p. 30 et s., note sous Com. 24 septembre 2013, n°12-19.640

- « La faute dans la rupture des pourparlers peut-elle résulter de l'absence de motifs ? », *RDC*, 2013, p. 545 et s., note sous Civ. 1ère, 20 décembre 2012, n° 11-27.340 et Civ. 3ème, 18 décembre 2012, n° 10-30.764.
- « Le dommage réparable en cas de dol dans la formation du contrat », *RDC* 2013, p. 91 et s., note sous Com., 10 juillet 2012, n° 11-21.954
- « Perte de chance », *RDC*, 2009, p. 1032 et s., note sous Civ. 1ère, 05 mars 2009, n° 08-11.374, 13 novembre 2008, n° 07-18.008, et 18 septembre 2008, n° 07-15.427

DREYER (E.), « Disparition de la responsabilité civile en matière de presse », D., 2006, p. 1337, note sous Civ. 1ère, 10 avril 2013, n° 12-10.177

DUBARRY (J.), « Questions naïves sur la règle de non-option entre les responsabilités contractuelle et délictuelle », *JCP*, 2012, act. 1069, note sous Civ. 1ère, 28 juin 2012, n° 10-28.492

DUGUÉ (M.), « Rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle : la dernière ligne droite ? », *RDC*, 2020, n° 4, p. 27 et s., note sous la proposition de loi n° 678 portant réforme de la responsabilité civile, Sénat, 29 juill. 2020, art. 1233.

FAGES (B.), « Le dol du cédant de titres sociaux n'implique pas nécessairement l'allocation de dommages-intérêts pour survalorisation du prix », *Rev. sociétés*, 2014, p.162 et s., note sous Com. 24 septembre 2013, n° 12-19.640

GARIAZZO (M.), *JCP*, 2006, II, 10181, avis du Premier avocat général sous Ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, arrêt dit *Myr'ho*

GÉNICON (T.),
- « La "réfaction pour dol" existe-t-elle ? », *RDC*, 2012, p. 1180 et s. , note sous Civ. 3ème, 6 juin 2012, n° 11-15.973.
- « Les dommages-intérêts comme reflet de l'exécution forcée en nature », *RDC*, 2012, p. 773 et s., note sous Civ. 3ème, 27 mars 2012, n° 11-11.798 et Com., 7 février 2012, n° 10-20.937

GOUËZEL (A.), « Opposabilité des clauses limitatives à l'action en responsabilité délictuelle du tiers : quelle place pour l'opportunité dans l'élaboration de la jurisprudence ? », D. 2024, p. 1577 et s., note sous Com. 3 juillet 2024, n°21-14.947

GRIMALDI (C.), « Toute faute contractuelle est une faute délictuelle, mais encore faut-il s'entendre sur le préjudice réparable ! », *RDC*, 2007, p. 563 et s., , note sous Ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, arrêt dit *Myr'ho*

HAFTEL (B.),
- « Revirement et extension du champ de la "matière contractuelle" dans les relations à trois personnes », *RDC*, 2019, p. 85 et s., note sous CJUE, aff. C-274/16, C-447/16, C-448/16, 7 mars 2018, *Feniks*, et CJUE, aff. C-337/17, 4 oct. 2018, *Flightright*
- « Absorption du délictuel par le contractuel, application du Règlement (CE) n° 44/2001 à une action en responsabilité délictuelle », *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 863 et s., note sous CJUE, aff. C-548/12, 13 mars 2014, *Brogsitter*

HEINICH (J.),
- « Dol dans une cession de droits sociaux : incidence d'une lettre d'intention et préjudice réparable », *RDC*, 2019, n° 4, p. 59 et s., note sous Com. 5 juin 2019, n° 16-10.391
- « Retour sur le préjudice de ne pas contracter de la victime de dol qui ne demande pas la nullité du contrat : un revirement inattendu ! », *Rev. sociétés*, 2016, p. 730 et s., note sous Com. 21 juin 2016, n° 14-29.874

HOUTCIEFF (D.), « Toute faute contractuelle n'est pas nécessairement délictuelle à l'égard des tiers », *D.* 2017, p. 1225 et s., note sous Civ. 3ème, 18 mai 2017, n°16-11.203

JACQUEMIN (Z.),
- « La perte d'un être cher fait son entrée dans le droit allemand », *RDC*, 2018, p. 303 et s., note sous la *Gesetz zur Einführung eines Anspruchs auf Hinterbliebenengeld* de 2017
- « Du manquement contractuel qui n'est pas un délit », *Gaz. Pal.*, 10 octobre 2017, n° 304, p. 22 et s., note sous Com. 18 mai 2017, n° 16-11.203

JACQUES (Ph.), « Einstein à la Cour de cassation : la relativité de la théorie », *RDC*, 2007, p. 569 et s., note sous Ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, arrêt dit *Myr'ho*

JOURDAIN (P.),
- « Vers une dissociation des fautes contractuelle et délictuelle ? », RTD civ. 2017, p. 666 et s., note sous Civ. 3ème, 18 mai 2017, n° 16-11.203

- « Les nouveaux usages de la perte de chance », *RTD civ.*, 2010, p. 330 et s., note sous Civ. 1ère, 28 janvier 2010, n° 08-20.755
- « Identité des fautes contractuelle et délictuelle : serait-ce l'amorce d'un recul ? », *RTD civ*. 2009, p. 121 et s., note sous Civ. 3ème, 22 octobre 2008, n° 07-15.583
- « Fait de la chose inerte : la Cour de cassation maintient la condition d'anormalité », *RTD civ.*, 2005, p. 407 et s., note sous Civ. 2ème, 24 février 2005, n° 03-18.135
- « L'hégémonie de la responsabilité contractuelle », *RTD civ.*, 2004, p. 94 et s., note sous Com. 24 septembre 2003, n° 01-17.503

JUEN (E.), « Le droit des tiers à la réparation du dommage causé par une faute contractuelle », *RDC*, 2017, p. 533 et s., note sous Com. 18 janvier 2017, n° 14-16.442

LAITHIER (Y.-M.),
- « Le bouleversement des conditions de l'action en responsabilité civile en cas de réticence dolosive », *RDC*, 2011, p. 1148 et s., note sous Com., 7 juin 2011, n° 10-13.622.
- « La portée procédurale de la règle du "non-cumul" des responsabilités contractuelle et délictuelle », *RDC*, 2011, p. 51 et s., note sous Com. 13 juillet 2010, n° 09-14.985

LE GALLOU (C.), « Cumul de la nullité pour dol et réparation : oui mais pour quel préjudice… ? », *RLDC*, 2012, n° 97, p. 12 et s., note sous Com., 10 juillet 2012, n° 11-21.954

LE TOURNEAU (Ph.),
- « Principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle : application à la concurrence déloyale », *AJ Contrats d'affaire-Concurrence-Distribution*, 2014, p. 335 et s., note sous Com. 08 juillet 2014, n° 13-11.208
- « Parasitisme et marque notoire, ou de l'application du régime général de responsabilité en présence d'une lacune du droit spécial », *Gaz. Pal.* 31 mars 2001, p. 22, note sous Paris, 8 nov. 2000

LEDUC (F.),
- « Pas de requiem prématuré pour l'arrêt *Mercier* », *RDC*, 2011, p. 345 et s., note sous Civ. 1re, 3 juin 2010, n° 09-13.591
- « La spécificité de la responsabilité contractuelle du fait des choses », *D.*, 1996, p.164 et s., note sous Civ. 1ère, 17 janvier 1995, Bull. civ. I, n° 43

LEVENEUR (L.)
- « Manquement contractuel et responsabilité à l'égard des tiers », *CCC*, 2007, comm. 63, note sous Ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, arrêt dit *Myr'ho*
- Note sous Com., 12 mars 1991*, CCC*, 1991, n° 135

LIBCHABER (R.), note sous Civ. 3ème, 28 juin 2006, n° 04-20.040, *Defrénois*, 2006, p. 1858 et s.

MARTIN (D.), « La réparation du préjudice des investisseurs en cas de fausse information », *JCP E* 2010, étude 1777, note sous Com. 9 mars 2010, n° 08-21.547, 08-21.793

MAZEAUD (D.),
- « La responsabilité du débiteur contractuel à l'égard des tiers : évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation ? », *D.*, 2012, p. 659 et s., note sous Civ. 1ère, 15 décembre 2011, n° 10-17.691
- « Responsabilité contractuelle sans préjudice : confusion ou conversion ? », *D.*, 2003, p. 458 et s., note sous Civ. 3ème, 30 janvier 2002, *Bolmont*, n° 00-15.784
- « Loteries publicitaires : la fluidité des frontières entre le contrat et le délit… », *D.*, 2002, p. 1316 et s., note sous Civ. 1ère, 12 juin 2001, n° 98-20.309

MAZEAUD (H. et L.)*,* obs. sous Civ. 2ème, 28 oct. 1954, *RTD civ.* 1955, p. 324, n° 34

PIERRE (P.), « Feu l'arrêt *Mercier* ! Feu l'arrêt *Mercier* ? », *RDC* 2011, p. 357 et s., note sous Civ. 1re, 3 juin 2010, n° 09-13.591

PLANIOL (M.), note sous Cass., 17 août 1895, *D.*, 1896, 1, 81

PROROK (J.), « La détermination du préjudice réparable en cas de dol lors d'une cession de droits sociaux », *Rev. sociétés*, 2019, p. 742 et s., note sous Com. 5 juin 2019, n° 16-10.391

RÉMY-CORLAY (P.), « L'action en responsabilité précontractuelle relève de la matière délictuelle ou quasi-délictuelle », *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 668 et s., note sous CJCE, aff. C-334/00, 17 septembre 2002, *Tacconi*

SARGOS (P.), « L'obligation de surveillance des établissements psychiatriques privés est fonction de l'état du patient », *JCP* 2000.II.10415, note sous Civ.1ère, 18 juillet 2000, n° 99-12.135

SCHILLER (S.), « Nature des fautes susceptibles d'engager la responsabilité des dirigeants à l'égard des actionnaires et méthode d'évaluation du préjudice subi », *JCP E*, 2001, comm. 1483, note sous Com., 9 mars 2010, n° 08-21.547, 08-21.793

SEUBE (J.-B.), « La responsabilité délictuelle du contractant : les prévisions contractuelles sacrifiées sur l'autel de la protection des victimes », *RDC* 2007, p. 379 et s., note sous Ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13.255

STOFFEL-MUNCK (Ph.),
- « Cession de contrôle : arrêt de principe sur le préjudice de l'acquéreur trompé », *Bull. Joly* 2012, p. 767 et s., note sous Com. 10 juillet 2012, n° 11-21.954
- *JCP*, 2007, I, 115, et « La relativité de la faute contractuelle », *RDC*, 2007, p. 587 et s., notes sous Ass. plén., 6 octobre 2006, n°05-13.255, arrêt dit *Myr'ho*
- « Responsabilité contractuelle », *RDC*, 2004, p. 280 et s., note sous Civ. 3ème, 3 décembre 2003, n° 02-18.033

VINEY (G.),
- « La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle », *D.*, 2006, p. 2825 et s., note sous Ass. plén., 6 octobre 2006, n°05-13.255, arrêt dit *Myr'ho*
- *RCA*, 1992, comm. 152, note sous Civ. 1ère, 28 mai 1992

WICKER (G.), « La sanction délictuelle du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *RDC*, 2007, p. 593 et s., note sous Ass. plén., 6 octobre 2006, n°05-13.255, arrêt dit *Myr'ho*

VI. DICTIONNAIRES ET VOCABULAIRES

Trésor de la langue française informatisé, disponible en ligne à l'adresse http://atilf.atilf.fr/

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 15e éd., 2024

LITTRÉ (É.), *Dictionnaire de la langue française*, Hachette, 1873

TRÉVOUX (F. De), *Dictionnaire universel françois et de* latin, Compagnie des libraires associés, 1771

VII. JURISPRUDENCE

A. Jurisprudence française

Cour de cassation

- Civ., 17 juillet 1869, *D.P.* 1869.1.350
- Cass. Req., 2 juillet 1878, *S.* 1879.1.155
- Civ., 18 novembre 1895, *D.* 1896.1.16
- Cass. civ., 6 juin 1896, *D.P.* 1896.1.465
- Civ., 1er juin 1896 *D.P.* 1897.1.433, concl. SARRUT, note R. SALEILLES ; *S.* 1897.1.17, note P. ESMEIN
- Cass. Req., 23 février 1897, *S.* 1898.1.65, note P. ESMEIN
- Civ., 23 mai 1911, *D.P.* 1912.1.421
- Civ., 21 novembre 1911, *S.* 1912.1.73, note G. LYON-CAEN ; *D.* 1913.1.249, note L. SARRUT
- Civ., 11 janvier 1922, H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, F. CHÉNÉDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, t. 2, 14ème éd., 2024, n° 212
- Crim., 15 juin 1923, *D.* 1924.1.135
- Cass. Req., 25 juin 1928, *S.* 1928.1.351
- Chambres réunies, 13 février 1930, *D.P.* 1930.1.57, rapport Le MARC'HADOUR, concl. MATTER, note G. RIPERT ; *S* 1930.1.121, note P. ESMEIN
- Civ., 22 juillet 1931, *D.H.* 1931.506
- Civ., 6 décembre 1932*, D.* 1933.1.137, note L. JOSSERAND, *Gaz. Pal.* 1932.1.269
- Cass. Req., 9 mars 1936, *D.H.* 1936.233
- Civ., 20 mai 1936, *D.* 1936.1.88, concl. MATTER, rap. JOSSERAND ; *S.* 1937.1.321, note A. BRETON ; *GAJC* t. 2, *op.cit.,* n° 190
- Cass. Req., 8 mars 1937, *D.P.* 1938.1.76, note R. SAVATIER
- Civ., 11 mars 1940, *Gaz. Pal*. 1940.2.15 ; *RTD civ.* 1941.267
- Cass. Req., 7 octobre 1940, *D.H.* 1940.180

- Civ. 1ère, 17 mars 1947, *D.*1947.269
- Civ. 2ème, 28 octobre 1954, *Bull. civ*. II, n° 328 ; *JCP* 1955.II.8765, note R. SAVATIER ; *RTD civ.* 1955.324, n° 34, obs. H. et L. MAZEAUD
- Civ. 2ème, 23 novembre 1955, *D.* 1956.76
- Civ. 1ère, 1er juin 1958, *Bull. civ*. I, n° 358
- Civ. 2ème, 25 mai 1960, *Gaz. Pal.* 1960.2.161
- Civ. 1ère, 18 octobre 1960, *JCP* 1960.II.18446, note R. SAVATIER ; *RTD civ.* 1960.120, obs. A. TUNC
- Civ. 1ère, 7 novembre 1961*, D.* 1961.2.146, note P. ESMEIN
- Civ. 1ère, 9 octobre 1962, *JCP* 1962.II.12910, note P. ESMEIN ; *RTD civ.* 1963.333, obs. A. TUNC
- Civ. 1ère, 7 novembre 1962, *Bull. civ*. I, n° 405 ; *JCP* 1963.II.12987, note P. ESMEIN
- Civ. 1ère, 24 juin 1963, *D.* 1963.717
- Civ. 2ème, 19 novembre 1964, *D*. 1965.93, note P. ESMEIN ; *JCP* 1965.II.14022, note R. RODIÈRE
- Civ. 2ème, 19 juin 1964, *Bull. civ.* II, n° 459
- Civ. 1ère, 29 avril 1965, *D.* 1965.578
- Civ. 2ème, 11 mai 1966, *D.* 1966.735, note P. AZARD
- Civ. 1ère, 24 octobre 1967, *RTD civ.* 1968.363, note G. DURRY et 389, note G. CORNU
- Civ. 1ère, 5 janvier 1968, *Bull. civ*. I, n°5
- Civ. 1ère, 1er juillet 1969, *D*. 1969.641, note G.M.C ; JCP 1969.II.16091, concl. R. LINDON
- Civ. 1ère, 1er décembre 1969, *Bull. civ*. I, n° 299 ; *Gaz. Pal*. 1970, I, Somm., p. 18 ; *D*. 1970.422, note M. PUECH ; JCP 1970.II.16445, note J.-L. AUBERT
- Civ.1ère, 11 juillet 1970, *D*. 197.767, note R. ABADIR ; *JCP* 1970.II.16488 ; *RTD civ.* 1971.163, obs. G. DURRY
- Civ. 2ème, 16 décembre1970, *RTD civ.* 1971.661, obs. G. DURRY
- Civ. 3ème, 15 octobre 1970, *Bull. civ*. I, n° 515
- Civ. 2ème, 13 mai 1971, *JCP* 1971.IV.158
- Com., 14 mars 1972, *D*.1972.653, note J. GHESTIN ; *Defrénois* 1973.446, obs. J.-L. AUBERT
- Com., 20 mars 1972, n° 70-14.154, *Bull. civ.* IV, n° 93 ; *RTD civ.* 1972. 779, obs. G. DURRY ; *JCP* 1973.II.17643, obs. J. SCHMIDT
- Civ. 3ème, 18 avril 1972, *Bull. civ.* II, n° 233
- Civ. 1ère, 15 novembre 1972, *D.* 1973.343
- Civ. 1ère, 4 février 1975, *Bull. civ.* I, n° 43 ; *JCP 1975*.II.18100, note C. LARROUMET ; *RTD civ.* 1975.537, obs. G. DURRY
- Civ. 3ème, 2 octobre 1974, n° 73-11.901, *GAJC*, t. 2, *op. cit.*, n° 177

- Com., 27 avril 1976, *Bull. civ*. IV, n° 139
- Civ. 3 ème, 1er mars 1977, n° 75-13.247, *D.* 1978.91, note C. LARROUMET
- Civ. 1ère, 23 mai 1978, *Bull. civ.* I, n° 201
- Civ. 1ère, 14 novembre 1979, *Bull. civ.* I, n° 279 ; *D.* 1980, inf. rap. 264, obs. J. GHESTIN ; *RTD civ.* 1980.763, obs. F. CHABAS
- Com., 25 juin 1980, *Bull. civ.* IV, n° 276 ; *RTD civ.* 1981.157, obs. G. DURRY
- Civ. 1ère, 24 janvier 1984, n° 82-16.767
- Ass. plén., 9 mai 1984, n° 79-16.612, *D.* 1984.525, 5ème arrêt, concl. CABANNES, note F. CHABAS ; *JCP* 1984.II.20256, 2ème arrêt, note P. JOURDAIN ; *RTD civ.* 1984.508, obs. J. HUET ; *GAJC*, t. 2, *op. cit.*, n° 228
- Civ. 2ème, 28 novembre 1984, n° 83-14.718, JCP 1985.II.20477, note N. DEJEAN de la BÂTIE
- Civ. 1ère, 3 juillet 1985, n° 84-10.875, *Bull. civ*. I, n° 211
- Civ. 1ère, 10 juin 1986, *Bull. civ*. I, n° 164
- Crim., 20 janvier 1987, *Bull. crim.*, n° 25
- Civ. 1ère, 10 février 1987, n° 85-15.329
- Civ. 2ème, 4 juin 1997, *RTD civ.* 1998.921, obs. J. MESTRE
- Civ. 3ème, 4 mai 1988, *JCP* 1988.IV.237
- Civ. 1ère, 21 juin 1988, *D.* 1989.5, note C.LARROUMET ; *JCP* 1988.II.21125, note P. JOURDAIN ; *Defrénois* 1989.357, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1989.74, obs J. MESTRE ; *RTD civ.* 1989.107, obs. Ph. RÉMY.
- Civ. 1ère, 11 janvier 1989, *Bull. civ.* I, n° 3
- Civ. 1ère, 7 mars 1989, *Bull. civ*. I, n° 118 ; *D*. 1991.1, note Ph. MALAURIE ; *Gaz. Pal.* 1989.2.632, note G. PAIRE ; RTD civ. 1989.548, obs. P. JOURDAIN
- Ass. plén., 29 mars 1991, n° 89-15.231, *D.* 1991.324, note C. LARROUMET ; Somm. 324, obs. J.-L. AUBERT ; p. 157, chron. G. VINEY ; *JCP* 1991.II.21673, concl. DONTENWILLE, note J. GHESTIN ; *Gaz. Pal.* 1992.2.513, obs. F. CHABAS ; *RTD civ.* 1991.541, obs. P. JOURDAIN
- Civ. 1ère, 22 mai 1991, n° 89-21.791, *RTD civ.* 1991.757, obs. P. JOURDAIN
- Ass. plén., 12 juillet 1991, *D.* 1991.549, note J.GHESTIN ; *JCP* 1991.II.21743, note G. VINEY ; *Defrénois* 1991.1301, obs. J.-L. AUBERT ; *CCC* 1991, n° 200, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1991.750, obs. P. JOURDAIN.
- Civ. 1ère, 16 juillet 1991, *JCP* 1992.I.3572, obs. G. VINEY
- Civ. 1ère, 28 octobre 1991, *CCC* 1992, n° 25, obs. L. LEVENEUR

- Civ. 3ème, 30 octobre 1991, *CCC* 1992, n° 25, obs. L. LEVENEUR
- Com., 10 décembre 1991, *CCC* 1992, n° 47, obs. L. LEVENEUR
- Civ. 3ème, 26 mai 1992, *JCP* 1993.I.3625, n°14, obs. G. VINEY
- Civ. 3ème, 2 décembre 1992, *CCC* 1993, n° 24
- Crim, 15 mars 1993, n° 92-82.263, *Société générale de Fonderie*, *Rev. sociétés* 1993.847, note B. BOULOC ; *RTD com* 1994.148, note P.BOUZAT ; *D.* 1993.610, note C. DUCOULOUX-FAVARD ; *Dr. sociétés*, nov.1993, p. 15, note H.HOVASSE ; *Bull. Joly Bourse* 1993, n°4, p. 365 ; jurisp. 76, note M. EANTIN ; *Gaz. Pal.* 20 juillet 1993, p. 351, note J.-P. MARCHI ; *Banque & Droit*, nov.-déc. 1993, n° 32, p. 22, note F. PELTIER ; *RDBF* juillet-août 1993, n° 38, p. 178, obs. J. PANNIER ; *D.* 1995.203, note Y. REINHARD.
- Crim., 16 juin 1993, n° 92-83871
- Civ.1ère, 13 octobre 1993, n° 91-16.344, *Bull. civ.* I, n° 287
- Civ. 1ère, 15 décembre 1993, n° 91-10.199, *D.* 1994.230, obs. O. TOURNAFOND ; Defrénois 1994.795, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP* 1995.II.22366, obs. D. MAZEAUD ; *Defrénois* 1994.795, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1994.588, obs. J. MESTRE
- Crim., 12 avril 1994, n° 93-82.579, *Bull. crim.*, n° 146
- Com., 18 octobre 1994, *D*. 1995.180, note Ch. ATIAS ; *Defrénois* 1995.332, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 1995.I.3853, n°4, obs. G. VINEY
- Civ. 1ère, 13 décembre 1994, n° 92-16.152, *Bull. civ*. I, n° 372
- Civ. 1ère, 17 janvier 1995, n° 93-13.075, *JCP* 2000.I.280, obs. G. VINEY ; *D.* 1995.350, note P. JOURDAIN ; *RCA* 1995, ch., n° 16, H. GROUTEL ; *JCP* 1995.I.3853, n° 9-14, obs. G. VINEY
- Civ. 2ème, 1er février 1995, n° 93-06.020, *RTD civ.* 1995.627, obs. P. JOURDAIN
- Civ. 3ème, 22 mars 1995, n° 93-14.590
- Civ. 1ère, 28 mars 1995, n° 93-12.678, *Bull. civ.* I, n° 150, *D*.1996.180, note J.-L. MOURALIS
- Civ. 1ère, 14 novembre 1995, n° 92-18.199, *Bull. civ*. I, n° 414 ; *D.* 1995. 269 ; *RDSS* 1996. 379, obs. ALFANDARI ; *JCP* 1996. I. 3985, n°8, obs. G. VINEY.
- Civ. 1, 10 juillet 1995, n° 93-17.388 ; *Defrénois* 1995.1399, obs. J.-L. AUBERT, *CCC* 1996.2, note L. LEVENEUR ; D. 1997.20, note P. CHAUVEL ; *RTD civ.* 1996.390, obs. J. MESTRE
- Ass. plén., 1er décembre 1995, n° 91-15.578, n° 91-19.653, n° 93-13.688, *GAJC*, t. 2, *op. cit.*, n° 179-182
- Civ. 1ère, 20 février 1996, *D.* 1996.511, note B. EDELMAN
- Civ.1ère, 5 novembre 1996, n° 94-14.978, *GAJC*, Dalloz, t. 1, 14ème éd., 2024, n° 24
- Com., 10 décembre 1996, n° 95-20.931, *Bull. civ*. IV, n° 309

- Civ. 1ère, 4 février 1997, n° 94-19.013
- Civ.1ère, 25 février 1997, n° 95-13.545
- Civ. 1ère, 3 juin 1997, n° 95-13.568
- Civ. 3ème, 13 novembre 1997, n° 95-21.311, *Bull. civ.* III, n° 202, *RTD civ.* 1998, p. 124, obs. P. JOURDAIN ; p. 696 obs. P.-Y. GAUTIER
- Com., 27 janvier 1998, n° 96-13.252, *RTD civ.* 1998.904, obs. J. MESTRE
- Civ. 2ème, 11 février 1998, *JCP* 1998.II.10156, note G. CARDUCCI ; et I.135, n° 1, obs. M. FABRE-MAGNAN ; et I.185, n° 1, obs. G. VINEY
- Civ. 1ère, 7 avril 1998, *Bull. civ.* I, n° 141, *JCP* 1998.II.10203, note O. GOÛT
- Civ. 1ère, 1er décembre 1998, n° 96-21.951, RDI 1999.262, note Ph. MALINVAUD
- Civ. 1ère, 15 décembre 1998, n° 96-21.905 et n° 96-22.440, *Defrénois* 1999, art. 37008, n° 40, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 1999.623, obs. J. MESTRE
- Civ. 3ème, 6 janvier 1999, *Bull. civ*. III, n°3.
- Civ. 1ère, 22 juin 1999, n° 97-10.126
- Com., 4 janvier 2000, n° 06-16.197, *CCC* 2000, n° 79, note L. LEVENEUR
- Civ. 1ère, 22 février 2000, n° 98-11.391, *CCC* 2000, n° 91, note L. LEVENEUR
- Civ. 1ère, 16 mai 2000, n° 97-13.909, *RCA* 2000, comm. 266
- Ass. plén., 12 juillet 2000, n° 98-11.155, *D.* 2000, somm. 463, obs. P. JOURDAIN
- Civ.1ère, 18 juillet 2000, n° 99-12.135, *Bull. civ.* I, n° 221, *JCP* 2000.II.10415, rapp. SARGOS ; *RCA* 2000, n° 372 ; *CCC* 2000, n° 175, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2001.146, obs. P. JOURDAIN ; *D*. 2001.2234, note Ph. DELEBECQUE
- Ass. plén., 17 novembre 2000, *Époux Perruche*, n° 99-13.701, *GAJC*, t. 2, *op. cit.*, n° 222 ; *D*. 2001.332, obs. D. MAZEAUD et P. JOURDAIN ; *JCP* 2001.II.10438, concl. J. SAINTE-ROSE et note F. CHABAS ; *D*. 2001.489, chron. J.-L. AUBERT ; et 492, chron. L. AYNÈS ; *RTD civ.* 2001.285, obs. M. FABRE-MAGNAN ; et 149, obs. P. JOURDAIN ; *LPA* 2000, n° 245, p. 4, note M. GOBERT
- Civ. 1ère, 13 février 2001, *Bull. civ*. I, n° 35, JCP 2002.II.10099, note C. LISANTI-KALCZYNSKI ; et I.338, n° 8, obs. G. VINEY ; *CCC* 2001, comm. 86, obs. L. LEVENEUR ; *Defrénois* 2001.712, obs. É. SAVAUX ; *RTD civ.* 2001.367, obs. P. JOURDAIN ; *D*. 2001.2235, obs. Ph. DELEBECQUE
- Civ. 1ère, 15 mai 2001, *RTD civ.* 2001.699, obs. N. MOLFESSIS
- Civ. 1ère, 12 juin 2001, *JCP* 2002.II.10104, note D. HOUTCIEFF

- Ass. plén., 13 janvier 2002, n° 17-19.963
- Civ. 3ème, 30 janvier 2002, n° 00-15.784
- Civ.1ère, 26 février 2002, n° 99-19.053, *Bull. civ.* I, n° 68
- Com., 18 juin 2002, n° 99-16.488, *RTD civ.* 2003.282, obs. J. MESTRE
- Ch. mixte, 6 septembre 2002, n° 98-22.981, *D*. 2002.2963, note D. MAZEAUD ; *JCP* 2002.II.10173, note S. REIFEGERSTE ; *RTD civ.* 2003.94, obs. J. Mestre et B. Fages ; *GAJC*, t. 2, *op. cit.*, n° 278
- Civ. 3ème, 2 octobre 2002, *CCC* 2002, n° 23, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2003.284, obs. J. MESTRE et B. FAGES
- Com., 8 octobre 2002, n° 98-22.858, *JCP* 2003.I.152
- Soc., 4 décembre 2002, n° 00-44.303, *Bull. civ.* V, n° 368 ; *RTD civ.* 2003.711, note P. JOURDAIN ; *RDC* 2003.54, note Ph. STOFFEL-MUNCK
- Civ. 1ère, 4 février 2003, n° 00-15.572, *RCA* 2003, comm. n° 142
- Com., 12 mars 2003, n° 12-11.970, *RDC* 2013.873, note Y.-M. LAITHIER
- Civ. 1ère, 1er avril 2003, n° 01-00.575, *RTD civ.* 2003.506, obs. P. JOURDAIN
- Civ. 3ème, 30 avril 2003, n° 01-14.890, *Defrénois* 2003.1175, obs. É. SAVAUX ; *JCP* 2004.II.10031, note C. JAMIN ; *RTD civ.* 2003.501, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDC* 2004.365, obs. J.-B. SEUBE
- Com., 1er juillet 2003, n° 99-17.183, *RDC* 2004.396, obs. M. Behar-Touchais
- Civ. 1ère, 9 juillet 2003, n° 00-22.202, *JCP* 2004.I.163, n°6, obs. G. VINEY ; *RTD civ.* 2003.709, obs. B. FAGES et J. MESTRE
- Civ.1ère, 30 septembre 2003, n° 00-22.294, *RGDA* 2004.270, note V. Heuzé
- Civ. 2ème, 23 octobre 2003, *Bull. civ.* II, n° 330
- Com., 26 novembre 2003, *Manoukian*, n° 00-10.243 et 00-10.949, *GAJC*, t. 2, *op. cit.*, n° 162 ; *D.* 2004.869, note A.-S. DUPRÉ-ALLEMAGNE ; *JCP* 2004.I.163, n°18, obs. G. VINEY ; *JCP E* 2004.738, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RDC* 2004.257, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2004.80, obs. J. MESTRE et B. FAGES
- Civ. 3ème, 3 décembre 2003, n° 02-18.033, *AJDI* 2004.204, note S. BEAUGENDRE ; *RTD civ.* 2004.295, note P. JOURDAIN ; *D.* 2005.185, note Ph DELEBECQUE ; *RDC* 2004.280, note Ph. STOFFEL-MUNCK
- Civ. 3ème, 25 février 2004, n° 95-13.545
- Civ. 2ème, 18 mars 2004, n° 02-12.743
- Ch. mixte, 9 juillet 2004, n° 02-16.302, *RTD civ.* 2005.125, note J. MESTRE ; *D*. 2004.2175, note C. TUAILLON ; *Defrénois* 2004.1402, note R. LIBCHABER ; *RLDC* 2004.396, note M. MALAURIE

- Civ. 1ère, 23 novembre 2004, n° 03-10.233, *D* 2005, pan. 406, obs. J. PENNEAU ; *RTD civ.* 2005.139, obs. P. JOURDAIN
- Com., 4 janvier 2005, n° 03-16.790, *CCC* 2005, n° 108, obs. L. LEVENEUR
- Civ. 1ère, 11 janvier 2005, n° 02-19.016
- Civ. 1ère, 8 février 2005, n° 01-10.309, *D*. 2005.2058, note C. CORGAS-BERNARD ; *Dr. et patr.* 2005, n° 136, p. 99, obs. F. CHABAS
- Com., 5 avril 2005, n° 03-19.370, *Bull. civ.* IV, n° 81, *RDC* 2005.687, obs. D. MAZEAUD ; *CCC* 2005, n° 149, note L. LEVENEUR ; *RCA* 2005, comm. 174, note H. GROUTEL ; *RTD civ.* 2005.602, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2005.2836, obs. B. FAUVARQUE-COSSON
- Civ. 2ème, 7 avril 2005, n° 04-12.882, *RCA* 2005, comm.173, obs. H. GROUTEL
- Civ. 2ème, 21 avril 2005, n° 03-20.683, *RCA* 2005, comm. 223, obs. C. RADÉ
- Civ. 1ère, 10 mai 2005, n° 02-15.910
- Civ. 3ème, 22 juin 2005, n° 04-10.415, *RDC* 2005.1025, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *CCC* 2005, n° 186, note L. LEVENEUR
- Com., 28 juin 2005, n° 03-16.974, *RTD civ*. 2005.591, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *D.* 2005.2838, obs. S. AMRANI-MEKKI ; et 2006.2774, note P. CHAUVEL ; *Dr. et patr.* 2005, n° 141, p. 93, obs. L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK ; *CCE* 2005, n° 158, note Ph. STOFFEL-MUNCK
- Civ. 1ère, 27 septembre 2005, *RTD civ*. 2006.126, obs. P. JOURDAIN
- Civ. 3ème, 28 septembre 2005, n° 04-14.586, *JCP* 2006.II.10010, note C. NOBLOT
- Civ. 2ème, 6 octobre 2005, n° 03-20.187, *Bull. civ*. II, n° 236
- Com., 22 novembre 2005, *Société Eurodirect Marketing,* n°03-20.600, *RTD com* 2006.445, note M. STORCK ; *Banque & Droit,* janvier-février 2006, n° 105, p. 35, note H. VAUPLANE et J.-J.DAIGRE ; *JCP E* 2006.1079
- Civ. 3ème, 18 janvier 2006, n° 03-20.999, *RDC* 2006, p. 815, obs. G. VINEY
- Civ. 1ère, 24 janvier 2006, n° 01-16.684, n° 01-17.042 et 02-13.775
- Civ. 3ème, 24 mai 2006, n° 04-19.716, *RDC* 2006. 217, note S. GERRY-VERNIÈRES
- Civ. 3ème, 28 juin 2006, n° 04-20.040, *JCP* 2006.II.10130, note O. DESHAYES ; et I.166, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *D.* 2006. 2963, note D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2006. 755, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; et 770, note P. JOURDAIN

- Ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13.255, arrêt dit *Myr'ho*, *D.* 2006.2825, note G. Viney ; *JCP* 2007.I.115, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RDC* 2007.375, obs. J-B. SEUBE ; et 556, obs. Ph. DELEBECQUE ; et 558, obs. P.-Y. GAUTIER ; et 563, obs. Ph. JACQUES ; et 587, obs. G. Wicker ; et 609, obs. R. WINTGEN ; *RTD civ.* 2007.123, obs. P. JOURDAIN
- Civ.1ère, 19 décembre 2006, n° 05-15.719 ; *JCP* 2006.II.10052, note S. HOCQUET-BERG ; *RTD civ.* 2007.352, obs. P. JOURDAIN
- Civ. 1ère, 16 janvier 2007 n° 06-13.983, *D.* 2007. 2966, chron B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.* 2007.342, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDC* 2007.719, obs. D. MAZEAUD ; et p. 741, obs. G. VINEY ; *JCP* 2007.I.161, n°6, obs. M. MEKKI
- Civ. 2ème, 25 janvier 2007, n° 06-12.106, *D.* 2007.443 et 2897, obs. P. JOURDAIN ; *RTD civ.* 2007.362, obs. P. JOURDAIN ; *RDC* 2007.725, obs. J.-S. BORGHETTI
- Com., 6 février 2007, n° 04-13178, *Bull. civ*. IV, n° 21, *D*. 2007.653, obs. E. CHEVRIER ; *RDC* 2007.731, note J.-S. BORGHETTI ; *JCP* 2007.II.10108, note F. MARMOZ ; *RTD civ.* 2007.343, obs. J. MESTRE et B. FAGES
- Civ. 1ère, 6 mars 2007, n° 06-10.946
- Civ. 1ère, 15 mai 2007, n° 05-16.926, *D.* 1594 et 2897, obs. P. JOURDAIN ; *RTD com.* 2008.172, obs. B. BOULOC ; *JCP* 2007.I.105, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RDC* 2007.1137, obs. S. CARVAL
- Civ.1ère, 31 mai 2007, n° 05-19.978
- Ass. plén., 29 juin 2007, n° 06-18.141, *GAJC*, t. 2, *op. cit.*, n° 263 ; *D* 2007, chron. p. 2903, obs. Ph. BRUN ; *JCP* 2007.II.10150, note J.-M. MARMAYOU ; *RTD civ.* 2007.782, obs. P. JOURDAIN
- Civ. 3ème, 4 juillet 2007, n° 06-15.776, *D.* 2007.2102 et 2897, obs. P. JOURDAIN; *RTD civ.* 2007.562, obs. B. FAGES ; *Defrénois* 2007.1449, obs. É. SAVAUX
- Ch. mixte, 6 juillet 2007, n° 06-13823, *BICC* 1er nov. 2007, rap. HEDERER, avis DE GOUTTES ; *D.* 2007.2642, note G. VINEY ; et 1956, obs. I. GALLMEISTER ; et 2974, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *JCP* 2007.II.10175, note M. MEKKI ; et 2008.I.125, n° 12, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *Defrénois* 2007.1442, obs. É. SAVAUX ; *CCC*, 2007, n° 295, note L. LEVENEUR, *Dt et patr.* 2008, p. 94, obs. L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK
- Com., 10 juillet 2007, *Soc. Les Maréchaux*, n° 06-14.768, *GAJC*, t. 2, *op. cit.*, n° 192
- Civ. 1ère, 23 janvier 2008, n° 06-17.489, *Bull. civ*. I, n° 27, *Defrénois* 2008.712, note R. LIBCHABER

- Civ. 3ème, 27 mars 2008, n° 07-11.721, *RTD civ.* 2008.475, n°3, obs. B. FAGES
- Civ. 1ère, 28 mai 2008, n° 07-13.487, *RTD civ.* 2008.476 obs. B. FAGES ; *RDC* 2008.1118, obs. D. MAZEAUD
- Civ. 1ère, 22 mai 2008, n° 05-20.317, 06-10.967, *Bull civ.* I, n° 148 et 149, *JCP* 2008.II.10131, note L. GRYNBAUM ; et I.186, n° 3, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RCA* 2008, étude 8, C. RADÉ ; *D.* 2008.1544, obs. I. GALLMEISTER ; et 2894, obs. P. JOURDAIN ; *RTD civ.* 2008.492, obs. P. JOURDAIN
- Civ. 1ère, 28 mai 2008, n° 07-13.487, *RTD civ.* 2008.476, obs. B. FAGES
- Civ. 1ère, 25 juin 2008, n° 07-18.108, *JCP* 2008.I.218, n°6, obs. F. LABARTHE ; *CCC* 2008, n° 254, note L. LEVENEUR
- Civ. 1ère, 25 juin 2008, n° 07-18.108
- Civ. 1ère, 21 octobre 2008, n° 07-15.823
- Com., 21 octobre 2008, n° 07-18.487, *RTD civ*. 2009.318, obs. B. FAGES ; *JCP* 2009.I.123, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RDC* 2009.506, obs. J.-S. BORGHETTI
- Civ. 3ème, 22 octobre 2008, n° 07-15.583 et 07-15.692, *RTD civ.* 2009.121, obs. P. JOURDAIN
- Civ. 1ère, 30 octobre 2008, n° 07-19.223, *RTD civ*. 2009.331, obs. P. JOURDAIN
- Com., 13 janvier 2009, n° 08-13.971
- Crim., 24 février 2009, n° 08-83.956
- Ass. plén., 29 mai 2009, n° 07-20.913, *BICC* 15 septembre 2009, p. 1, rapport GÉRARD et avis MELLOTTÉE ; *Gaz. Pal.* 2009, n° 212, p. 12, note N. FRICERO ; *Dr.et proc*. 2009/5, p. 277, obs. E. PUTMAN ; *JCP* 2009, act. 9, obs. O. SALATI
- Civ. 1ère, 9 juillet 2009, n° 08-10.820, *JCP E* 2010, comm. 1153, obs. D. LEGEAIS ; *RTD civ.* 2009.728, obs. P. JOURDAIN
- Civ. 3ème, 12 janvier 2010, n° 08-19.224
- Com., 26 janvier 2010, n° 08-18.354, *RDC* 2010.843, note J.-S. BORGHETTI
- Civ. 1ère, 28 janvier 2010, n° 09-10.992, *D*. 2010.1522, note P. SARGOS ; *RDSS* 2010.375, obs. F. ARHAB-GIRARDIN ; *JCP* 2010, n° 41, chron. 1015, n° 6, obs. P. STOFFEL-MUNCK ; *Gaz. Pal.* 2010.2.3619, note M. MEKKI ; *RTD civ.* 2011.128, obs. P. JOURDAIN ; *RDC* 2011.77, note J.-S. BORGHETTI
- Com., 2 février 2010, n° 09-11.064, *RTD civ.* 2010. 322, note B. FAGES
- Com., 9 mars 2010, n° 08-21.547 et 08-21.593, *Gaudriot*, *Dr. sociétés* 2010, comm. 109, note M.-L. COQUELET ; *RTDF* 2010, n° 2, p. 60,

note N. SPITZ ; et p. 129, chron. N. RONTCHEVSKY ; *D.* 2010.761, note A. LIENHARD ; et 2797, note J.-C.HALLOUIN ; *RTD civ.* 2010.575, note P. JOURDAIN ; *RTD com.* 2010.374, note P.LE CANNU et B. DONDERO ; *Rev. sociétés* 2010.230, note H. LE NABASQUE ; *JCP E* 2010, comm. 1483, obs. S.SCHILLER et 1777, note D. MARTIN

- Civ. 1ère, 25 mars 2010, n° 09-12.895, *RTD civ.* 2010.322, obs. B. FAGES
- Soc., 11 mai 2010, n° 09-42.241 et autres, *D.* 2010.35, obs. O. GOUT ; et 2048, note C. BERNARD ; et 2012.901, obs. P. LOKIEC ; *RTD civ.* 2010.564, obs. P. JOURDAIN
- Civ. 2ème, 12 mai 2010, n° 09-14.569, *RTD civ.* 2006.576, obs. P. JOURDAIN
- Civ. 1ère, 3 juin 2010, n° 09-13.591, *D* 2010.1484, obs. I. GALLMEISTER ; et 1522, note P. SARGOS ; *D.* 2011.35, note O. GOUT ; *RTD civ.* 2010.571, note P. JOURDAIN ; *JCP* 2010.788, note S. PORCHY-SIMON ; *RDC* 2011.335, note M. BACACHE
- Civ. 1ère, 8 juillet 2010, n° 09-67.013
- Civ. 3ème, 13 juillet 2010, n° 09-67.156, *D.* 2010.1941 et 2011, obs. M.-P.DUMONT-LEFRAND ; *AJDI* 2011.208, obs. Y.ROUQUET ; *RTD com.* 2010.693, obs. F. KENDÉRIAN ; *CCC* 2010, n° 240, obs. L. LEVENEUR ; *RDC* 2011.65, obs. T. GÉNICON ; et 178, obs. J.-B.SEUBE
- Com., 13 juillet 2010, n° 09-14.985, *JCP* 2011.435, n° 10, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RDC* 2011.51, note Y.-M. LAITHIER ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 304, p. 17, note D. HOUTCIEFF
- Civ. 2ème, 4 novembre 2010, n° 09-68.903, *Bull. civ.* II, n° 177 ; *JCP* 2011.435, obs. P. STOFFEL-MUNCK
- Civ.1ère, 1er décembre 2010, n° 09-13.303, *D.* 2011.423, obs. I. GALLMEISTER et note F.-X. LICARI ; *RTD civ.* 2011, 317, obs. P. REMY-CORLAY ; *RDC* 2011.459, note S. CARVAL ; *JCP* 2011, chron. 435, n° 11, Ph. STOFFEL-MUNCK
- Com., 18 janvier 2011, n° 09-14.617, *RTD civ.* 2011.345, obs. B. FAGES
- Com., 8 février 2011, n° 09-17.034, *RTD civ*. 2011.350, obs. B. FAGES ; *D*. 2011.1535, note X.BOUCOBZA et Y.-M. SERINET
- Civ. 3ème, 16 mars 2011, n° 10-10.503, *D.* 2011.947 ; et 2012.459, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *RTD civ.* 2011.533, obs. B. FAGES ; *CCC* 2011, n° 135, obs. L. LEVENEUR ; *Dr. et patrimoine* 2012, n° 211, p. 67, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 215, p. 16, obs. D. HOUTCIEFF ; *Defrénois* 2011.1935, obs. J.-B.SEUBE et H. LÉCUYER

- Civ. 2ème, 28 avril 2011, n° 10-17.380
- Civ. 1ère, 28 avril 2011, n° 10-15.056, *D* 2011.1725, obs. I. GALLMEISTER, note M. BACACHE et 1745 édito F. ROME ; *CCC* 201, comm. 154, obs. L. LEVENEUR ; *RCA* 2011, comm. 242, obs. S. HOCQUET-BERG
- Civ. 3ème, 28 avril 2011, n° 10-13.646, *Dr. et patrimoine* 2012, n° 211, p. 73, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *Gaz. Pal.* 2011, n° 279, p. 19, obs. M. MEKKI
- Civ. 3ème, 11 mai 2011, n° 10-12.875, *D.* 2011. 1457, obs. D. MAZEAUD ; et 1460, obs. D. MAINGUY ; *CCC* 2011, n° 186, note L. LEVENEUR ; *Defrénois* 2011.1023, chron. L. AYNÈS ; *RTD civ.* 2011.532, obs. B. FAGES
- Civ. 3ème, 18 mai 2011, n° 10-11.721, *Bull. civ*. III, n° 79 ; *RDC* 2011.1139, obs. T. GENICON
- Com., 7 juin 2011, n° 10-13.622, *RTD civ.* 2011.533, obs. B. FAGES ; *RDC* 2011.1148, obs. Y.-M. LAITHIER ; *JCP* 2011.42.1141, obs. J.GHESTIN
- Com., 6 septembre 2011, n° 10-11.975, *Gaz. Pal.* 8 février 2012, p. 16, obs. M. MEKKI
- Com., 10 juillet 2012, n° 11-21.954, *D*. 2012.2772, note M. CAFFIN-MOI ; *Rev. sociétés* 2012.686, note B. FAGES ; *RTD civ.* 2012.725, obs. B. FAGES ; et 732, obs. P. JOURDAIN ; *RDC* 2013.91, obs. O. DESHAYES ; *RLDC* 2012/97, p. 12, obs. C. LE GALLOU ; *LPA* 11 oct. 2012, p. 17, obs. D. HOUTCIEFF ; *JCP* 2012.I.1151, n° 9, obs. J. GHESTIN ; *BJS* novembre 2012. 767, note Ph. STOFFEL-MUNCK
- Com., 6 septembre 2011, n° 10-11.975
- Com., 13 septembre 2011, n° 10-19.526, *JCP E* 2011.1826, n°3, obs. F. DEBOISSY et G. WICKER ; *CCC* 2011, comm. 253, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2011.758, obs. B. FAGES
- Com., 18 octobre 2011, n° 10-28005
- Civ. 1ère, 15 décembre 2011, n° 10-17.691, *D*. 2012.659, obs. D. MAZEAUD ; *RTD com* 2012.393, obs. B.BOULOC ; *Gaz. Pal.* 12 avril 2012, n° 103, p. 17, obs. D. HOUTCIEFF ; *LEDC* février 2012, n° 02, p. 3, obs. O. DESHAYES
- Com., 10 janvier 2012, n° 10-26.837
- Com., 7 février 2012, n°10-20.937.
- Civ. 3ème, 27 mars 2012, n° 11-11.798
- Civ. 3ème, 6 juin 2012, n°11-15.973, *RDC* 2012.1180, note T. GÉNICON
- Civ. 1ère, 12 juin 2012, n° 11-18.327, *D.* 2012.1610, obs. I. GALLMEISTER

- Civ. 1ère, 28 juin 2012, n° 10-28.492, *Gaz. Pal.* 26-27 septembre 2012, p. 9, obs. M. MEKKI ; 10 octobre 2012, p. 20, note D. HOUTCIEFF ; et 10 janvier 2013, p. 14, note L.-F. PIGNARRE ; *RLDC* 2012/98, p.7, note E. GARAUD ; *JCP* 2012.1069, note J. DUBARRY ; *D*. 2013.40, note Ph. BRUN et O. GOUT
- Com., 10 juillet 2012, n° 11-21.954, *D.* 2012.2772, obs. M. CAFFIN-MOI ; *JCP* 2012.1151, obs. J.GHESTIN ; *RDC* 2013.91, obs. O. DESHAYES ; *RTD civ*. 2012.725, obs. B. FAGES ; et 732, obs. P. JOURDAIN
- Civ. 1ère, 12 juillet 2012, n° 11-17.510, *D.* 2012.2277, note M. BACACHE ; *JCP* 2012.1036, note P. SARGOS ; *RTD civ.* 2012.737, obs. P. JOURDAIN ; *Gaz. Pal.* 26-27 sept. 2012, p. 9, obs. M. MEKKI ; *RCA* 2012, comm. 8, note S. HOCQUET-BERG ; *RDC* 2013.111, obs. G. VINEY ; *JCP* 2013.484, obs. C. BLOCH ; *D* 2013.50, obs. O. GOUT
- Civ. 1ère, 26 septembre 2012, n° 11-13.177, *D.* 2012.2305, obs. I. GALLMEISTER ; et 2649, édito F. ROME ; *RTD com.* 2012.843, obs. B. BOULOC ; *RCA* 2012, comm. 330, obs. S. HOCQUET-BERG ; *Gaz. Pal.* 28 nov. 2012, p. 14, obs. M. MEKKI
- Civ. 2ème, 18 octobre 2012, n° 11-14.155
- Soc., 4 décembre 2012, n° 11-26.294, *D.* 2013.2658, obs. M. BACACHE, A. GUÉGUAN-LÉCUYER, S. PORCHY-SIMON
- Civ. 3ème , 18 décembre 2012, n° 10-30.764
- Com., 18 décembre 2012, n°11-25.567, *RDC* 2013.915, obs. J.-S. BORGHETTI ; et 533, obs. Y.-M. LAITHIER ; *D*. 2013.746, obs. R. BOFFA
- Civ. 1ère, 20 décembre 2012, n° 11-27.340
- Civ. 3ème, 16 janvier 2013, *Rev. crit. DIP* 2013.620, note D. BUREAU
- Civ. 2ème, 18 avril 2013, n° 12-13.579
- Com., 19 mars 2013, n° 11-26.566, *RDC* 2013.1360, note J.-S. BORGHETTI ; *JCP* 2013.705, note G. PILLET ; *JCP E* 2013.1309, note S. Le GAC-PECH
- Civ. 2ème, 12 septembre 2013, n° 12-23.530, *RDC* 2014.16, note T. GÉNICON ; *RCA* 2013, comm. 330, note S. HOCQUET-BERG
- Com., 24 septembre 2013, n° 12-19.640, *Rev. sociétés* 2014.162, note B. FAGES ; *JCP E* 2014.1199, obs. M. CAFFIN-MOI ; *RDC* 2014.20, note O. DESHAYES.
- Civ. 1ère, 2 octobre 2013, n° 12-26.975
- Civ. 1ère, 23 janvier 2014, n° 12-22.123, *D.* 2014.590, obs. M. BACACHE

- Civ. 2ème, 6 février 2014, n°13-10.540, *D.* 2015.1231 ; *RTD civ.* 2014.371, obs. H.BARBIER ; *JCP* 2014, n° 336, obs. N.DISSAUX ; et 1323, obs. M. BACACHE ; *RDC* 2014.365, obs. S. CARVAL
- Soc., 2 avril 2014, n° 12-28.616 et n° 12-29.825, *D.* 2014.1312, note C. WILLMANN ; et 1404, chron. E. WURTZ
- Com., 25 mars 2014, n° 12-29.534
- Civ. 1ère, 2 avril 2014, n° 13-16.038
- Com., 20 mai 2014, n° 12-26.705
- Civ. 1ère, 18 juin 2014, n° 13-14.843, *D*. 2014.1625, note C. MÉNABÉ ; et 2015.124, obs. O. GOUT ; *RTD civ.* 2014.663, obs. P. JOURDAIN ; *JCP* 2014, n° 920, note D.BAKOUCHE
- Civ. 2ème, 10 juillet 2014, n° 13-19.498.
- Civ. 1ère, 15 octobre 2014, n° 13-20.875, *RCA* 2014, comm. 364, note S. HOCQUET-BERG
- Civ. 2ème, 5 février 2015, n° 13-27.780, *RCA*, 2015, comm. 144
- Com., 5 janvier 2016, n° 14-15.701
- Civ. 1ère, 14 janvier 2016, n° 14-28.227, *RDC* 2016.210, note T. GENICON ; et 462, note M. LATINA ; *D*. 2016.981, note C. GAUCHON
- Com., 16 février 2016, n° 13-28.448, *Gaz. Pal*. 2016, n° 263, p. 21, note D. HOUTCIEFF
- Civ. 1ère, 9 mars 2016, n° 15-18.899, *D.* 2016.1328, chron. A. PELISSIER ; *RGDA* 2016.186, note L. MAYAUX ; *JCP E* 2016.1260, note A. FRANÇOIS
- Crim., 23 mars 2016, n°15-80.513
- Com., 30 mars 2016, n°14-11.684, *D.* 2016.1300, note G. GRUNDELER ; *RTD civ.* 2016.356, note H. BARBIER ; *Rev. sociétés* 2016.590, note B. LECOURT ; *RDC* 2016.652, note T. GÉNICON
- Civ. 3ème, 7 avril 2016, n°15-13.064, *D*. 2016.840 ; *RTD civ.* 2016.605, obs. H. BARBIER ; *JCP N* 2016, n° 1250, note L. LEVENEUR
- Com., 21 juin 2016, n° 14-29.874, *RTD civ.* 2016.847, note H. BARBIER ; *Rev. sociétés* 2016.730, note J. HEINICH ; *AJ Contrats d'affaire – Concurrence – Distribution* 2016.386, note A. BORIES ; *RJDA* 2016.774

- Civ. 3ème, 29 septembre 2016, n°15-15.129, *RTD civ.* 2016.846, obs. H. BARBIER
- Civ. 3ème, 27 octobre 2016, n° 15-22.920, *RDI* 2016.650, obs. Ph. MALINVAUD ; *Gaz.Pal.* 2017, n° 15, p. 29, obs. D.HOUTCIEFF
- Civ. 1ère, 16 novembre 2016, n° 15-25.630
- Civ. 3ème, 5 janvier 2017, n° 15-18.115
- Com., 18 janvier 2017, n°14-16.442 et 14-18.832, *RTD civ.* 2017.651, obs. H. BARBIER
- Civ. 1ère, 25 janvier 2017, n° 15-27.898, *RTD civ.* 2017.403, note P. JOURDAIN ; *D.* 2015.555, note S.-M. FERRIÉ
- Com., 15 mars 2017, n°15-16.406, *Rev. sociétés* 2017.485, note Th. MASSART ; *JCP E* 2017.18, note B.-O. BECKER
- Civ. 2ème, 18 mai 2017, n° 16-17.754, *CCC* 2017, comm. 164, obs. L. LEVENEUR ; *RCA* 2017, comm. 238, obs. H. GROUTEL ; *RTD civ.* 2017.865, obs. H. BARBIER
- Com., 20 septembre 2017, n° 16-14.812, *D*. 2017. 2452
- Civ. 3ème, 18 mai 2017, n°16-11.203, *D.*2017.1227, note D.HOUTCIEFF ; *RTD civ.* 2017.651, obs. H.BARBIER ; et 666, obs. P. JOURDAIN ; *AJ Contrat* 2017.377, note F. CHÉNÉDÉ ; *RDI* 2017.349, note Ph. MALINVAUD ; *CCC* 2017, comm.163, obs. L. LEVENEUR ; *RCA* 2017, comm. 212, obs. L. BLOCH ; *Constr.-Urb.* Juillet 2017, comm. 107, M.-L. PAGÈS de VARENNE ; *RDC* 2017.425, note J.-S. BORGHETTI ; *LEDC* juill.2017, p. 1, obs. M. LATINA ; *Gaz. Pal.* 27 juin 2017, p. 14, obs. D. MAZEAUD ; et 26 septembre 2017, p. 33, obs. D. HOUTCIEFF ; et 10 octobre 2017, p. 22, obs. Z. JACQUEMIN
- Civ. 1ère, 18 octobre 2017, n° 15-20.791 et n° 14-18.118, *D* 2018.35, obs. Ph. BRUN ; et 490, note J.-S. BORGHETTI ; *RTD civ.* 2018.140, note P. JOURDAIN ; *RDSS* 2017.1140, note J. PEIGNÉ
- Com., 7 février 2018, n° 16-20.352, *JCP* 2018.416, note M. LEVENEUR-AZÉMAR ; *D*. 2018.537, note D. MAZEAUD ; et 2019.279, obs. M. MEKKI ; *RTD civ.* 2018.401, note H. BARBIER ; *RTD com.* 2018.184, note B. BOULOC
- Com., 24 octobre 2018, n° 17-25.672
- Civ. 3ème, 25 octobre 2018, n° 17-24.024, *D.* 2019.279, obs. M. MEKKI ; et 1511, note M.-P. DUMONT ; *AJDI* 2019.362, note P. HAAS
- Civ. 1ère, 10 avril 2019, n° 18-14.987
- Com., 5 juin 2019, n°16-10.391, *RTD civ.* 2019.576, note H. BARBIER ; *Rev. sociétés* 2019.742, note J. PROROK ; et 2020.37, note J.-F.BARBIÉRI ; *RDC* 2019.1165, note J. HEINICH ; *D.* 2020.353, obs. M. MEKKI.
- Civ. 1ère, 26 juin 2019, n° 18-12.630

- Ass. plén., 13 janvier 2020, n° 17-19.963, *D*. 2020.353, obs. M. MEKKI *;* et 394, obs. M. BACACHE; et 416, note J.-S. BORGHETTI ; *RTD civ.* 2020.96, note H. BARBIER; et 395, obs. P. JOURDAIN; *AJ contrat* 2020.80, note M. LATINA; *RFDA* 2020.443, note J. BOUSQUET ; *RDC* 2020/2.40, obs. G. VINEY ; *LPA* 26 mars 2020, n° 61, p. 13, obs. G. TRÉDEZ ; et 22 juillet 2020, n° 146, p. 15, obs. J.LEFEBVRE ; *Gaz. Pal*. 4 février 2020, n° 05, p. 15, obs. D.HOUTCIEFF ; et 7 avril 2020, n° 14, p. 37, obs. D. HOUTCIEFF ; et 21 avril 2020, n°15, p. 29, obs. J.TRAULLÉ ; *JCP* 2020.93, note M. MEKKI ; et 360, obs. G.VIRASSAMY ; *JCP E* 2020.1066, note D.BAKOUCHE ; *CCC* 2020, comm. 58, obs. L. LEVENEUR ; *Defrénois* mars 2020, n° 10, p. 1, note N. BALAT
- Ch. Mixte, 25 mars 2022, n° 20-15.624, *D.* 2022.774, note S. PORCHY-SIMON
- Civ. 1ère, 1er mars 2023, n° 21-22.015
- Civ. 3ème, 27 juin 2024, n° 22-24.502, *CCC* 2024, comm. 145, obs. L. LEVENEUR
- Com., 3 juillet 2024, n°21-14.947, *D.* 2024.1577, note A. GOUËZEL ; et 1607, note D.HOUTCIEFF

Conseil d'État

- CE, 13 mai 2011, n° 329290

Conseil constitutionnel

- Cons. const., n° 82-144 DC, 22 octobre 1982, *Gaz. Pal.* 1983.1.60, note F. CHABAS
- Cons. const., n° 98-401 DC, 10 juin 1998, *RTD civ.* 1998.796, obs. N. MOLFESSIS ; et 1999.78, obs. J. MESTRE
- Cons. const., n° 2001-451 DC, 27 novembre 2001
- Cons. const., n°2002-463 DC, 13 janvier 2003, *RDC* 2003.9, obs. T. REVET ; *D.* 2003.638, chron. B. MATHIEU
- Cons. const., n° 2001-455 DC, 12 janvier 2002
- Cons. const., n° 2005-514 DC, 28 avril 2005
- Cons. const., n° 2010-2 QPC, 11 juin 2010, *JCP* 2010.698 ; *D*. 2010.2086, note J. SAINTE-ROSE et P. PEDROT
- Cons. const., n° 2010-8 QPC, 18 juin 2010, *RCA* 2010, com. 176
- Cons. const., n° 2013-672 DC, 13 juin 2013, *RDC* 2013.1285, obs. C.PÉRÈS
- Cons. const., n° 2014-415 QPC, 26 septembre 2014, *RCA* 2014, veille 34
- Cons. const., n°2018-761 DC, 21 mars 2018

-

B. Jurisprudence allemande

- BGHZ, 30, 103, 106
- BGH, 22 avril 1958, *BGHZ* 27, 137
- BGH 7 juin 1958, *JZ* 1969, 702
- BGH NJW, 1968, 2287
- BGH, 28 janvier 1976, *NJW* 1976, 712
- BGH, 9 mai 2005, II. ZR 287/02

C. Jurisprudence anglaise

- *Donoghue v. Stevenson*, House of Lords [1932] AC 562
- *Hedley Byrne v. Heller*, [1963] 2 All ER 575

D. Jurisprudence européenne

Cour de justice de l'Union européenne

- CJCE, 4 mars 1982, C-38/81, *Effer*, *RCDIP* 1982.570, note H. GAUDEMET-TALLON
- CJCE, 27 septembre 1988, C-189/87, *Kalfelis*, *Rev. crit. DIP* 1989.112, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1989.457, note A. HUET
- CJCE, 17 juin 1992, C-26/91, *Jakob Handte*, Rev. *crit. DIP* 1992.726, note H. GAUDEMET-TALLON ; *JDI* 1993.469, note J.-M. BISCHOF ; *RTD eur.* 1992.709, note P. de VAREILLES-SOMMIÈRES
- CJCE, 27 octobre 1998, C-51/97, *Réunion européenne*
- CJCE, 17 septembre 2002, C-334/00, *Tacconi*, *Rev. crit. DIP*, 2003.668, note P. RÉMY-CORLAY
- CJUE, 21 décembre 2011, C-495-10, *D.* 2012.926, note J.-S. BORGHETTI ; et 2013.50, obs. O. GOUT ; *RTD civ.* 2012.329, obs. P. JOURDAIN
- CJUE, 13 mars 2014, C-548/12, *Brogsitter*, *D.* 2014.1967, obs. S. BOLLÉE *; RTD com.* 2014.446, obs. A. MARMISSE-D'ABBADIE D'ARRAST ; *Rev. crit. DIP* 2014.863, note B. HAFTEL ; *RDC* 2014.691, obs. M. LAAZOUZI.
- CJUE, 5 mars 2015, C-503/13 et C-504/13, *Boston Scientific Medizintechnik*
- CJUE, 10 septembre 2015, C-47/14, *Holterman*
- CJUE, 21 juin 2017, C- 621/15, *D* 2017.1807, note J.-S. BORGHETTI ; et 2018.35, obs. Ph. BRUN ; *RTD civ* 2017.877, note P. JOURDAIN

- CJUE, 14 juillet 2016, C-196/15, *Granarolo*
- CJUE, 15 juin 2017, C- 249/16, *Kareda*
- CJUE, 7 mars 2018, C-274-16, *Flightright*,
- CJUE, 4 octobre 2018, C 337-17, *Feniks*
- CJUE, 10 juillet 2019, C-722/17, *Reitbauer*
- CJUE, 14 septembre 2023, C-393/22, *Extéria c./Spravime*

Cour Européenne des Droits de l'Homme

- CEDH, 6 octobre 2005, *Maurice c./France*, n° 11810/03, et *Draon c./France*, n° 1513/03
- CEDH, 25 juin 2013, *Trévalec c./Belgique*, n° 30812/07, *D.* 2013.2139, note O. SABARD ; et 2106, note P.-Y. GAUTIER ; *RDLF* 2014, chron. n° 5, obs. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ

VIII. RAPPORTS, PROJETS DE RÉFORME, TRAVAUX LÉGISLATIFS ET CODES COMMENTÉS

ACHILLES (A.), GEBHARD (A.), SPAHN (P.) (dir.), *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, De Gruyter, 1898, vol. II, *Recht der Schuldverhältnisse*

BUFNOIR (C.), CHALLAMEL (J.), DRIOUX (J.), GÉNY (F.), HAMEL (P.), LÉVY-ULLMANN (H.), SALEILLES (R.), *Code civil allemand promulgué le 18 août 1896 entré en vigueur le 1er janvier 1900,* traduit et annoté, Hachette BNF, 2015

CATALA (P.) (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription,* La documentation française, 2006

DINTILHAC (J.-P.) (dir.), *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, 2005

FENET (P.-A.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1836, tomes I et XIII

LARDEUX (G.), LEGEAIS (R.), PÉDAMON (M.), WITZ (C.), *Code civil allemand,* Traduction commentée*,* Dalloz, Juriscope, 2010

TERRÉ (F.) (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2008

Code européen des contrats, Avant-projet, Livre I, Académie des privatistes européens, coordinateur Giuseppe Gandolfi, Guiffrè, 2ème éd., 2002.

Rapport d'information sur la responsabilité civile produit par les sénateurs Alain AZZIANI et Laurent BÉTEILLE le 15 juillet 2009

Projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017 par Jean-Jacques URVOAS, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016.

Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, enregistrée à la Présidence du Sénat le 29 juillet 2020.

IX. OUVRAGES ET ARTICLES NON JURIDIQUES

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, GF – Philosophie, 2004, trad. et prés. R. BODEÜS

DE LAS CASES (E.), *Le mémorial de Sainte-Hélène*, vol.7, Lecointe, 1828

DWORKIN (R.), *Prendre les droits au sérieux*, trad. M.-J. ROSSIGNOL et F. LIMARE, révisée et présentée par F. MICHAUT, préf. P. BOURETZ, PUF, coll. Léviathan, 1995

EWALD (F.), *Histoire de l'État Providence*, Grasset, 1986

HOBBES (T.), *Dialogue des Common-Laws d'Angleterre*, Vrin, 1990 (1ère éd. 1681)

KANT (E.), *Critique de la raison pratique* (), PUF, Collection Quadrige, 2016, trad. E. PICAVET (1ère éd. all. 1788)

KANT (E.), *Critique de la raison pure*, PUF, 2012 [1781]

LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie,* PUF, 10ème éd., 2010

LEVET (J.-P.), « La justice "corrective" dans l'*Éthique à Nicomaque* ou les fondements philosophiques de la réparation », in HOAREAU-DODINAU (J.), MÉTAIRIE (G.), TEXIER (P.) (dir.), *La Victime II. La*

réparation du dommage, *Cahiers de l'Institut d'Anthropologie juridique*, n° 22, Université de Limoges, p. 109 et s.

MANDEVILLE (B.), *La fable des abeilles, ou les fripons devenus honnêtes gens,* Pocket, 2017, trad. D.-R. Dufour (1ère éd. ang. 1705)

RICOEUR (P.), « Le concept de responsabilité, essai d'analyse sémantique », *Esprit*, 1994, n° 206 (11), p. 28 et s.

SMITH (A.), *Théorie des sentiments moraux,* PUF, 1999 (1ère éd. ang. 1759)

STOCZKOWSKI (W.), « La Préhistoire : les origines du concept », *Bulletin de la Société préhistorique française*, 1993, t. 90, n° 1, p. 13 et s.

Index

A

Abus

- dans l'exercice d'une prérogative contractuelle : 304 et s.
- dans la rupture de relations commerciales établies : 309 et s.

Action directe : 543

Antinomie : 237 et s.

B

Bail (contrat de) : 188 et s.

Bonne foi (devoir de) : 304 et s. ; 426 et s.

C

Causalité (lien de) : 48 et s. ; 112 et s. ; 369 et s. ; 443 et s. ; 532 et s.

Cession d'actions : 471 et s.

Compensation : 181 et s.

Confirmation (d'un acte vicié) : 407 ; 421 et s.

Coûts de réparation : 363 et s.

Coûts de substitution : 363 et s.

D

Défaillance (droit spécial) : 296 et s.

Devoir

- de prudence et de diligence : 121 et s. ;137 et s. ; 523 et s.
- général de ne pas nuire à autrui : 121 et s. ;137 et s. ; 523 et s.

Dol

- préjudice réparable : 467 et s.

- principal ou incident : 464 et s.

Dommage

- consécutif : 349 et s. ; 540 et s.
- corporel : 227 ; 272 et s. ; 350 et s., 511 ; 537 et s.
- extrinsèque : 227 ; 346 et s.
- intrinsèque : 347 et s.
- moral : 109 et s.
- prévisible : 201 et s. ; 234 ; 274 ; 352 et s.

Droit commun

- territorial (*jus commune*) : 79 et s.
- substantiel (de la responsabilité) : 253 et s. ; 424

Droit international privé : 250 ; 282 et s. ; 396 et s., 415 ; 564

E

Équité : 98 et s. ; 193 ; 436 ; 525 et s.

Exécution

- en nature : 328 et s.
- par équivalent : 319 et s.

F

Fait illicite : 521 et s.

Faute délictuelle

- extension :119 et s.

Fait générateur contractuel

- absorption par la faute délictuelle : 126 et s. ; 520 et s.
- relativité : 130 ; 511 et s.

Forçage du contrat : 272 et s.

Fusion des responsabilités contractuelle et délictuelle : 139 ; 232 et s.

G

Gain manqué : 342 et s.

Gemüseblattfall : 94

Groupe de contrats : 560 et s.

I

Identité des faits générateurs délictuel et contractuel : 139 ; 511 et s.

Intérêt

- positif : 221 ; 227 et s. ; 341 et s. ; 443 ; 453 et s.
- négatif : 222 et s. ; 341 et s. ; 443

Investisseurs de sociétés cotées : 481 et s.

J

Justice commutative : 98 et s.

L

Lehre vom Schutzzweck der Norm : 77

N

Negligence (*tort of*) : 73 et s.

Négociations précontractuelles

- préjudice réparable : 442 et s.
- rupture fautive : 435

Non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle

- exception : 547 et s.
- principe : 146 et s. ; 253 et s. ; 292 et s.

Nullité du contrat

- nature de la responsabilité : 403 et s.
- préjudice réparable : 454

O

Obligation

- d'information (manquement à) : 110 et s. ; 272 ; 401 et s. ; 422 et s. ; 461 et s. ; 467 et s.

- de moyens : 146 et s. ; 166 et s.
- de résultat : 146 et s. ; 166 et s.
- de sécurité : 166 et s. ; 273 et s.
- de somme d'argent : 181 et s.
- primaire : 128 et s.
- secondaire : 128 et s.
- strictement contractuelle : 270 et s. ; 334 et s. ; 523 ; 538

P

Paiement : 318 et s.

Perte de chance

- d'obtenir les gains attendus du contrat : 443 et s. ; 470 et s.
- de conclure à des conditions plus avantageuses : 476 et s. ; 485 et s.
- de ne pas conclure avec un tiers : 476 et s. ; 487 et s.

Perte

- de profit : 366 et s.
- de valeur : 366 et s.
- subie : 342 et s.

R

Rechtswidrigkeit : 78

Réfaction du prix : 462 ; 480 et s.

Relativité contractuelle (principe de) : 130 ; 502 et s.

Réparation

- en nature : 172 ; 281 ; 216 et s.
- intégrale : 53 et s. ; 91 et s. ;445 et s.
- fonction de : 215 et s.

Résolution du contrat

- préjudice : 224 et s. ; 452 et s.

Responsabilité contractuelle

- concept de : 162 et s.

- du fait des choses : 150
- du fait d'autrui :151

S

Satisfaction (fonction de) : 316 et s.
Schmerzensgeld : 93
Schockschaden :93
Sécurité juridique : 288 et s. ; 435 ; 448 ; 503
Specialia generalibus derogant : 253 et s.
Subsidiarité : 253 et s.

T

Tiers au contrat
- action en responsabilité contractuelle : 546 et s.
- action en responsabilité délictuelle : 501 et s.
- opposabilité du contrat : 503 et s.

Transport (contrat de) : 166 ; 201 et s. ; 273
Treu und Glauben : 426

V

Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter : 94 ; 544

Table des matières

Thèse de Doctorat / janvier 2025 1

Introduction ***19***

PREMIÈRE PARTIE – LE REFOULEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE HORS DU CONTRAT ***57***

TITRE I. LA GENÈSE DU PROBLÈME : LA GÉNÉRALITÉ DE LA CLAUSE DE RESPONSABILITÉ **60**

Chapitre I. Une généralité singulière 62

Section 1. La clause de responsabilité, un héritage historique 63

§1. Les prémisses des conditions de l'action en responsabilité, ou l'avènement du triptyque caractéristique de la clause de responsabilité 64

A. La faute, élément central de l'action en responsabilité 65

1. L'émergence de la notion de faute dans la responsabilité délictuelle 66

2. L'établissement de la faute au cœur de la responsabilité délictuelle 71

B. Le dommage et le lien de causalité, constantes de l'action en responsabilité 77

§2. Les prémisses du principe de réparation intégrale, condition indispensable à l'émergence d'une clause générale 81

A. La réparation, une idée ancienne 82

B. La réparation intégrale, une idée moderne 85

Section 2. La clause générale, une originalité du droit français 90

§1. Une originalité au regard de la tradition juridique 91

A. L'héritage discuté de l'École de droit naturel 92

1. Une primauté discutée de la clause générale chez Grotius 93

2. L'influence du jusnaturalisme dans les écrits de Domat et Pothier 96

3. L'influence du jusnaturalisme dans la rédaction du Code civil 99

B. La volonté originale des rédacteurs du Code civil 102

§2. Une originalité au regard du droit comparé 106

A. La clause générale, marqueur du droit français 107

1. Manifestations des différences de droit positif 108

a) La *Common law* anglaise 108

b) Le droit allemand 112

2. Explication des divergences historiques 118
a) L'abandon d'un droit commun européen 119
b) Le renouveau d'un droit commun européen ? 127
B. La clause générale, atout du droit français 132
1. Un objectif convergent : la réparation des dommages 133
2. Des moyens divergents : l'avantage de la clause générale de responsabilité 140
a) Un instrument efficace 141
b) Des solutions justes et équitables 143
Conclusion du Chapitre I. 147
Chapitre II. Une généralité envahissante 150
Section 1. Les prémisses de la perturbation 153
§1. L'appréciation souple du dommage et du lien de causalité 154
A. La multiplication des dommages réparables 154
B. L'opportunité dans la caractérisation du lien de causalité 161
1. L'absence de solution de principe 161
2. La diversité des problématiques 164
§2. L'extension du fait générateur délictuel 167
Section 2. L'ampleur de la perturbation 172
§1. L'absorption du fait générateur contractuel 173
A. La distinction de principe des faits générateurs contractuel et délictuel 174
1. Le rejet de l'assimilation du fait générateur contractuel au fait générateur délictuel 174
2. Le rejet de l'assimilation du fait générateur délictuel au fait générateur contractuel 182
B. L'absorption de fait du manquement contractuel dans la faute délictuelle 185
§2. La multiplication des clauses générales 189
A. L'intrusion du fait objectif dans le champ contractuel 190
1. Les causes de l'intrusion : la généralité des clauses de responsabilité objective 190
2. Les conséquences de l'intrusion : le principe de non-cumul 193
B. La contamination du champ contractuel par le modèle des responsabilités indirectes 197
Conclusion du Chapitre II 201
Conclusion du Titre I. 202

TITRE II. LA SOLUTION AU PROBLÈME : L'EXCLUSION DE LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE DU CHAMP DU CONTRAT 205

Chapitre préliminaire. Le concours entre les responsabilités délictuelle et contractuelle 208
Section 1. La controverse sur l'existence de la responsabilité contractuelle 209

§1. Les prémisses de la controverse 209
A. Les origines contestées de la responsabilité contractuelle 210
B. Les conséquences décriées de la responsabilité contractuelle 212
§2. Les suites de la controverse 214
A. Défense de la fonction de paiement et négation de la fonction de réparation 214
B. Défense de la fonction de réparation et mise à l'écart de la fonction de paiement 217
Section 2. La démonstration de l'existence d'une responsabilité contractuelle aux fonctions duales 221
§1. Les dommages-intérêts contractuels comme instrument d'une responsabilité contractuelle 222
A. Les dommages-intérêts, instrument d'une responsabilité civile 222
1. Une identité d'objet avec les dommages-intérêts délictuels 222
2. Une symétrie des conditions avec les dommages-intérêts délictuels 230
a) La nécessité d'un dommage en matière contractuelle 230
i. Les discussions doctrinales 231
ii. Les hésitations jurisprudentielles 232
b) L'exigence d'un lien de causalité en matière contractuelle 236
B. Les dommages-intérêts contractuels, instrument au service du respect des prévisions contractuelles 240
1. Le contrat, acte de prévision 240
2. La responsabilité contractuelle au service du respect des prévisions contractuelles 242
§2. Les dommages-intérêts contractuels au service d'une dualité de fonctions de la responsabilité contractuelle 247
Conclusion du Chapitre préliminaire 250
Chapitre I. L'exclusion fondée sur la concurrence fonctionnelle 253
Section 1. Nécessité de la subsidiarité de la responsabilité délictuelle 254
§1. L'existence d'une concurrence entre les normes 256
A. La fonction de réparation de la responsabilité contractuelle 257
1. Définition de la fonction de réparation des dommages-intérêts contractuels 257
2. Contours de la fonction de réparation des dommages-intérêts contractuels 262
a) L'adéquation de la réparation du dommage et de l'intérêt négatif 263
b) La compatibilité de la réparation du dommage et de l'intérêt hybride 269
B. L'autonomie du régime de responsabilité contractuelle 272
§2. L'existence d'un conflit de normes 278
A. L'identité d'objet entre les responsabilités délictuelle et contractuelle 279
B. L'incompatibilité entre les responsabilités délictuelle et contractuelle 281
Section 2. Sens de la subsidiarité de la responsabilité délictuelle 286

§1. L'exclusion de principe de la responsabilité délictuelle du contrat 286
A. La hiérarchie entre les régimes de responsabilité 287
1. L'attribution d'un domaine résiduel à la responsabilité délictuelle 287
2. La primauté de la responsabilité contractuelle 290
a) Subsidiarité de la responsabilité délictuelle caractéristique d'un droit commun 290
b) Primauté de la responsabilité contractuelle et mise en œuvre du principe *specialia* 300
B. Les contours du domaine contractuel 305
1. L'insuffisance des critères classiques 305
a) Un dommage survenu dans un cadre contractuel 305
b) Un dommage causé par la violation d'une obligation contractuelle 309
2. La prédominance de l'opportunisme juridique 318
a) Une jurisprudence opportuniste et illisible 318
b) Une cohérence assurée par l'objectif de réparation 324
§2. Le retour ponctuel de la responsabilité délictuelle dans le contrat 333
A. Le critère du retour 334
B. Les manifestations du retour 341
1. La sanction de l'abus dans l'exercice d'une prérogative contractuelle 341
2. La sanction de l'abus dans la rupture des relations commerciales établies 348
Conclusion du Chapitre I 350
Chapitre II. L'exclusion fondée sur la différence fonctionnelle 352
Section 1. Définition de la fonction de satisfaction 353
§1. Définition négative de la fonction de satisfaction 353
A. Satisfaction et paiement 353
B. Satisfaction et réparation 356
§2. Définition positive de la fonction de satisfaction 358
A. La fonction de satisfaction ou l'octroi d'un substitut à l'exécution 359
B. La compatibilité de la fonction de satisfaction avec l'exécution en nature 362
Section 2. Identification de la fonction de satisfaction 366
§1. Le fait générateur, un critère inopérant 368
§2. Le dommage, critère principal d'identification de la fonction de satisfaction 370
A. La consistance du dommage 371
1. Intérêt positif et intérêt négatif 372
2. Dommage intrinsèque et dommage extrinsèque 375
3. Dommages consécutifs et dommages prévisibles 378
B. La mesure des dommages-intérêts 383
1. Dans le Code civil 384
2. Dans la jurisprudence 387

a) Une jurisprudence explicite et isolée 387
b) Une jurisprudence implicite mais constante 388
§3. Le lien de causalité, critère complémentaire 395
Conclusion du Chapitre II 397
Conclusion du Titre II 399
Conclusion de la première partie 400

DEUXIÈME PARTIE – LA PRÉSENCE DE LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE AUX MARGES DU CONTRAT 403

TITRE I. LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE INFLUENCÉE PAR L'EXISTENCE DU CONTRAT 407

Chapitre I. La nature délictuelle de la responsabilité aux marges de l'existence du contrat 409
Section 1. La nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle 411
§1. L'insuffisance des arguments tirés des frontières matérielles du contrat 413
A. L'argument tiré du caractère précontractuel du fait générateur de responsabilité 414
1. Présentation de l'argument 415
2. Critique de l'argument 418
a) Un argument fragilisé 418
i) Considérations de droit comparé 419
ii) Considérations de droit international privé 421
b) Un argument inadapté 427
B. L'argument tiré du caractère rétroactif de la nullité 434
1. Présentation de l'argument 435
2. Critique de l'argument 437
a) Au regard de la diversité des réponses face à un acte vicié 437
b) Au regard de la complexité du caractère rétroactif de la nullité 439
§2. La pertinence des arguments tirés des limites de la situation contractuelle 443
A. La proposition d'une nature contractuelle de la responsabilité précontractuelle 445
B. L'affirmation d'une nature délictuelle de la responsabilité précontractuelle 448
Section 2. La compatibilité de la responsabilité délictuelle avec la période précontractuelle 460
§1. La possibilité d'un régime propre à la période précontractuelle 460
§2. Les avantages d'une clause générale de responsabilité 462
A. Compatibilité de la faute délictuelle 463
B. Avantages de la faute délictuelle 470
Conclusion du Chapitre I 475
Chapitre II. Les effets de la responsabilité délictuelle aux marges de l'existence du contrat 477
Section 1. Une réparation au service du rétablissement de la victime 479

§1. Le contrat annulé et la rupture des pourparlers : la compensation du seul intérêt négatif 480
A. L'arrêt Manoukian : une solution en apparence fondée sur l'absence de lien de causalité 481
B. Une limite au principe de réparation intégrale fondée sur le respect de principes contractuels 484
§2. Le contrat annulé et le contrat résolu : l'éventuelle compensation de l'intérêt positif 491
A. La résolution du contrat et la discutable compensation de l'intérêt positif 492
B. La nullité du contrat et l'impossible compensation de l'intérêt positif 494
Section 2. Une réparation au service du contrat 496
§1. Le risque d'absorption des vices du consentement par la responsabilité délictuelle 498
A. L'autonomie de la responsabilité délictuelle au regard des vices du consentement 499
B. La subsidiarité de la responsabilité délictuelle au regard des vices du consentement 505
§2. Le risque d'une immixtion de la responsabilité délictuelle dans l'exécution du contrat 511
A. L'impossibilité de compenser une simple perte d'illusion 512
1. Au regard de la logique contractuelle 512
2. Au regard de la logique délictuelle 516
B. Les difficultés à compenser une altération de la décision 517
1. Les contours des préjudices caractérisant l'altération de la décision 518
a) Des préjudices autonomes 518
b) Des préjudices cristallisés dès la conclusion du contrat 520
2. La compensation des préjudices caractérisant l'altération de la décision 528
a) Les questions soulevées par l'évaluation de la perte de chance de conclure à des conditions plus avantageuses 529
b) Le refus de compenser la perte de chance de conclure avec un tiers 531
Conclusion du Chapitre II 540
Conclusion du Titre I 543

TITRE II. L'IMMIXTION DE LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE DANS L'EXÉCUTION DU CONTRAT 547

Chapitre I. Les conditions de l'immixtion de la responsabilité délictuelle 549
Section 1. La compétence de la responsabilité délictuelle aux marges de l'exécution du contrat 550
§1. La consécration d'une action du tiers en dépit de la relativité des obligations contractuelles 551

A. Une action fondée sur l'opposabilité du contrat 551
B. Une action fondée sur la responsabilité 555
§2. La nature délictuelle de l'action du tiers en raison de la relativité des obligations contractuelles 559
Section 2. Les conditions de l'action en responsabilité délictuelle aux marges de l'exécution du contrat 562
§1. Le débat sur la relativité ou l'assimilation du fait générateur contractuel 563
A. L'opposition de la doctrine à l'affirmation de l'identité des faits générateurs 563
B. L'insurmontable désaccord entre la doctrine et la jurisprudence sur les conditions de l'action du tiers 571
§2. Les conséquences de l'absorption du fait générateur sur les conditions de l'action en responsabilité 578
A. Une solution qui procède de la logique délictuelle 579
B. Une solution justifiée en équité 586
Conclusion du Chapitre I 590
Chapitre II. L'étendue de l'immixtion de la responsabilité délictuelle 592
Section 1. Une immixtion contrôlée par les conditions de l'action en responsabilité délictuelle 593
§1. L'insuffisance du lien de causalité 593
§2. La pertinence du dommage 597
A. Les théories rejetées 598
B. Le critère retenu 599
Section 2. Une immixtion refoulée au profit de la responsabilité contractuelle 603
§1. Une extension contractuelle au service des prévisions des parties 606
§2. Une extension contractuelle fondée sur le domaine de la responsabilité contractuelle 610
A. Le rejet d'une compétence contractuelle fondée sur la seule soumission du tiers aux limites du contrat 610
B. L'affirmation d'une compétence contractuelle fondée sur une extension du domaine de la responsabilité contractuelle 614
1. Fondements d'une extension du domaine contractuel 614
2. Critère de l'extension du domaine contractuel 616
Conclusion du Chapitre II 623
Conclusion du Titre II 625
Conclusion de la deuxième partie 626

Conclusion ***629***

Bibliographie ***635***

Index **699**

Table des matières **706**

Nota : cette page, dernière de couverture, sera retournée avant reliure.