



HAL
open science

Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle

Ruben de Graaff, Benjamin Moron-Puech

► **To cite this version:**

Ruben de Graaff, Benjamin Moron-Puech. Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle . Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2017, 166, pp.71-89. hal-01619802

HAL Id: hal-01619802

<https://hal.science/hal-01619802v1>

Submitted on 20 Oct 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Revue de la Recherche Juridique

Droit prospectif

Rédacteur en chef
Emmanuel Putman

2017-1
XLII - 166

Presses Universitaires
d'Aix-Marseille  puam

droit public histoire du droit et des idées politiques **droit comparé**
philosophie du droit **droit civil** théorie générale **droit des affaires**
droits étrangers liberté et droits fondamentaux **droit international**
bioéthique **droit administratif** droit processuel **droit maritime**



LE CONCOURS DES RESPONSABILITÉS CONTRACTUELLE ET DÉLICTEUELLE

RÉFLEXIONS COMPARATISTES À L'OCCASION DU PROJET DE RÉFORME DU DROIT FRANÇAIS DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE*

Ruben DE GRAAFF¹ et Benjamin MORON-PUECH²

Abstract: *The French government has proposed to reform the remaining body of liability law. It has suggested to codify and modify the well-known principle of non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, that has originally been developed by the Cour de cassation. This contribution examines the government's proposal from a comparative perspective. This perspective reveals, first of all, that the decision to allow a concurrent claim in delict or not is not only influenced by the theoretical arguments that feature prominently in legal literature, but also by the scope and structure of the laws of contract and delict. Secondly, the contribution argues that the question of concurrence cannot be settled satisfactorily as long as important differences between the laws of contract and delict continue to exist. The conclusion must be that the laws of contract and delict should be reunified as much as possible. Inspiration for such an approach can be drawn from Dutch private law.*

Précisions terminologiques – L'expression « concours des responsabilités contractuelle et délictuelle », commune aux juristes allemands, anglais, belge et néerlandais³, n'est peut-être pas très familière au juriste francophone s'intéressant au droit de la responsabilité, de sorte que quelques précisions préliminaires s'imposent ici. Par cette expression il s'agit de s'intéresser à la question de savoir comment les ordres juridiques traitent de la situation dans laquelle coexistent une pluralité potentielle de demandes – judiciaires ou extra-judiciaires –, toutes fondées sur le droit de la responsabilité. C'est là ce qu'un juriste français appellerait plus volontiers la question du « non-cumul » ou de la « non-option »⁴. Si cette dernière

* Pour des regards comparatistes plus larges sur la réforme de la responsabilité civile cf. A. G. Castermans, D. Dankers-Hagenaars, A. Dejean de la Batie (dir.), « Regards comparatistes sur la réforme de la responsabilité civile », *RIDC*, 1-2017, p. 5-44.

¹ Doctorant rattaché à l'Institut de Droit privé de l'Université de Leiden (Pays-Bas).

² Maître de conférences, rattaché au Laboratoire de Sociologie juridique de l'Université Paris II - Panthéon-Assas (France).

³ Les juristes belges connaissent la même expression. Les juristes allemands et néerlandais parlent généralement de « *anspruchsconkurrenz* » et « *samenloop van vorderingsrechten* » lesquels mots signifient littéralement concours des actions (le mot action est utilisé dans un sens matériel ici). Quant aux anglais, ils connaissent l'expression « concours des remèdes », qui est proche de la précédente.

⁴ Ainsi, les principaux traités et manuels français traitant de la question ne comprennent pas semble-t-il le terme « concours ». Mme Bacache-Gibeili traite de ce problème dans une rubrique intitulée « La règle du non cumul » (*Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, 2^e éd.,

terminologie n'a pas été ici reprise c'est parce qu'elle a le défaut de désigner la réponse à une question et non la question elle-même. En effet, quand on parle de non-cumul ou de non-option, l'on désigne par là la réponse retenue en France à la question du concours des responsabilités contractuelle et délictuelle. D'un point de vue méthodologique, cela n'est guère satisfaisant car cette manière de faire masque la question examinée, ce qui n'aide guère à appréhender le contexte dans lequel elle se pose ainsi que la pluralité de réponses qui pourraient y être apportées. Dès lors, dans une démarche scientifique, qui plus est comparatiste, il est nécessaire de se détacher de la terminologie utilisée en droit français positif, pour lui privilégier une terminologie mettant mieux en lumière la question ici étudiée, à savoir celle de concours des responsabilités contractuelle et délictuelle⁵. Voilà pourquoi l'on parlera ici de « concours des responsabilités contractuelle et délictuelle ».

Délimitation du problème – Le problème du concours des responsabilités contractuelle et délictuelle se pose lorsqu'un même fait illicite constitue à la fois la violation d'une norme contractuelle – on entend schématiquement par là une norme véritablement créée par les parties au contrat – et d'une norme extracontractuelle, de sorte que, potentiellement⁶, deux actions en responsabilité sont ouvertes.

Donnons un exemple franco-néerlandais contemporain. Au printemps 2016, les Pays-Bas et la France ont acheté conjointement, pour la somme de 160 millions d'euros, deux chefs-d'œuvre de Rembrandt, les portraits de Maerten Soolmans et de son épouse Oopjen Coppit, peints en 1635. Les deux tableaux, respectivement propriété des Pays-Bas et de la France⁷, seront exposés conjointement et alternativement au Musée du Louvre et au Rijksmuseum. Imaginons que ces deux peintures

n° 110); M. Brun en traite dans une rubrique intitulée « Portée de la distinction: l'interdiction de l'option entre les deux ordres de responsabilité » (*Responsabilité civile extracontractuelle*, 2^e éd., n° 105); MM. Terré, Simler et Lequette le font dans une rubrique intitulée « Le problème du cumul des deux responsabilités » (*Les obligations*, 11^e éd., n° 875); Ph. Le Tourneau *et al.* le font dans une rubrique intitulée « Prolongement: la règle de non-option » (*Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, 2014-2015, n° 1016). Comp. toutefois G. Viney qui, dans une rubrique intitulée « La règle dite du "non-cumul des responsabilités contractuelle et extracontractuelle" », relève en note qu'il faudrait plutôt parler du problème de « d'option » ou de « concours » (*Introduction à la responsabilité*, 3^e éd., n° 216). Comp. également, Fl. Bussy-Dunaud, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties. L'étendue de la faculté de choix du plaideur*, Thèse Paris I, J. Ghestin (dir.), 1988, LGDJ.

⁵ Rappr., à propos de la « révision pour imprévision », B. Fauvarque-Cosson, « Le changement de circonstances », *RDC*, 2004-1, p. 67, n° 2.

⁶ Et l'on se situe ici avant même la question de la recevabilité de la demande ou de son bien fondé. Les auteurs sont en effet d'accord pour parler de concours même lorsqu'une des deux voies se trouve fermée, soit du fait d'une clause d'irresponsabilité, soit du fait de la prescription. Cf. J.-S. Borghetti, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.*, 2010, n° 28.

⁷ Cf. Art. 2-2, Accord entre le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas et le Gouvernement de la République française relatif à l'exposition et à la gestion conjointe des portraits de Maerten Soolmans et d'Oopjen Coppit par Rembrandt van Rijn, <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/trb-2016-11.html>.

soient endommagées au cours de leur restauration. Il n'est pas inconcevable dans cette hypothèse que le restaurateur ait violé deux normes (tant d'ailleurs en droit français que néerlandais) : d'une part la norme contractuelle qui dit explicitement ou implicitement que cette personne sera responsable du dommage en cas d'avarie, et d'autre part une norme extracontractuelle découlant du régime général de la responsabilité pour une faute en droit français (art. 1240 et 1241 c. civ.) ou d'un délit civil en droit néerlandais (art. 6: 162 du code civil néerlandais : le « Burgerlijk Wetboek » ou « BW »)⁸. Ainsi, dans cette hypothèse, les deux propriétaires pourraient potentiellement agir sur le terrain tant contractuel qu'extracontractuel.

Classiquement la question du concours des responsabilités contractuelle et délictuelle n'est envisagée qu'entre des parties à un contrat, comme dans l'exemple précité. Ce serait pourtant commettre une erreur que de limiter le problème à cette seule hypothèse. Ce problème peut aussi théoriquement – et le droit comparé nous pousse à cet effort de mise à distance par rapport à l'approche française du « non-cumul » – se poser entre une partie à un contrat et un tiers⁹. Si une telle solution n'est pas pour l'instant connue en droit français et en droit néerlandais, elle pourrait néanmoins advenir dans le droit français de demain. En effet, la nouvelle mouture de projet de réforme du droit de la responsabilité civile (mars 2017), adoptée à la suite des critiques émises contre la première version¹⁰, prévoit dans l'article 1234 que les tiers souhaitant agir en responsabilité civile contre les parties à un contrat peuvent le faire tant sur le fondement délictuel que contractuel. Malgré la formulation un peu maladroite du deuxième alinéa de ce texte¹¹, c'est bien une option que l'article 1234 offre aux tiers au contrat. Ce faisant, les auteurs de ce projet gouvernemental se rallient à l'opinion de Madame

⁸ Le concours pourrait aussi avoir lieu entre une action contractuelle et une action fondée sur la base du régime de la responsabilité du fait des choses, général en droit français (art. 1242 c. civ.) et restreint aux choses mobilières en droit néerlandais (art. 6:173 BW).

⁹ Que M. Leveneur-Azémar soit ici remerciée pour nous avoir aidé à nous en convaincre. *Adde* G. Viney, « Pour une interprétation modérée et raisonnée du refus d'option entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle », *McGill Law Journal* p. 823-825 ; S. Abid Mnif, *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, Préf. P. Jourdain, Avant-propos de Jerbi Sami, L'Harmattan, Logiques juridiques, n° 45 s. et les références citées en note 348.

¹⁰ Not. R. de Graaff, M. Leveneur et B. Moron-Puech, « Concurrence of actions », in *Report on the french avant-projet de réforme de la responsabilité civile*, Rapport du Groupe Grotius-Pothier remis à la Chancellerie, 30 juill. 2016 (<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01373466>). Comp. J.-S. Borghetti, « L'articulation des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », *JCP G*, suppl. au n° 30-35, 25 juill. 2016, p. 15-19.

¹¹ L'alinéa 2 commençant par l'adverbe « toutefois », cela peut laisser penser que ce texte ne poserait qu'une exception à un principe qui serait contenu dans l'alinéa 1^{er}. Or, tel n'est pas le cas : la suite de l'alinéa révèle que les deux possibilités sont également ouvertes. Si exception il y a, c'est moins par rapport à l'alinéa 1^{er} que par rapport à la règle de « non cumul » qui sous-tend l'article 1233 du code civil.

Viney qui, en 1994¹², puis en 2005, dans le « projet Catala », avait plaidé en faveur de cette solution et que nous avons pour notre part également défendue dans notre réponse à l'appel à contribution du ministère de la Justice¹³.

Si l'on résume, le problème du concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle peut donc se poser tant entre les parties au contrat qu'entre une partie et un tiers.

Origine du problème – Le concours des responsabilités ne pose aucun problème quand les deux demandes en responsabilité ont le même résultat juridique. Cependant, du moins en droit français et néerlandais, les responsabilités contractuelle et délictuelle ont des régimes distincts, ce qui peut conduire à des résultats différents, en fonction du texte sur lequel est fondé la demande en dommages-intérêts. Ces différences peuvent concerner les conditions substantielles, les effets, plus précisément l'indemnisation du préjudice, et la prescription de l'action en responsabilité, mais aussi les questions de compétence.

En ce qui concerne les conditions substantielles : en droit français, lorsque l'action en responsabilité est notamment engagée à propos du dommage causé par une chose, cette action bénéficie, d'une manière générale, des conditions très favorables qu'offre à la victime l'article 1242 du code civil tel qu'interprété par les juges, tandis que si cette action est engagée sur le terrain contractuel, les conditions de cette action dépendront du type de contrat, selon que l'obligation de sécurité pesant sur l'auteur du dommage sera de moyen ou de résultat. Le droit néerlandais ne connaît pas un principe général semblable à celui contenu dans l'article 1242 précité, mais il connaît divers régimes spéciaux relativement à la responsabilité du fait d'autrui et au fait des choses, lesquels contiennent des conditions plus favorables pour la partie lésée que celles existant en droit commun (art. 6:169-193 BW).

En ce qui concerne les effets de la responsabilité en droit français, il est enseigné que les règles sur l'indemnisation du préjudice varient selon la nature de l'action engagée. Ainsi, dans une action en responsabilité contractuelle, la réparation du préjudice serait limitée par le caractère prévisible du dommage (article 1231-3 du code civil), alors qu'en matière délictuelle celle-ci serait intégrale. Ce n'est pas le cas du droit néerlandais qui, en droit commun de la responsabilité civile, connaît un seul régime pour déterminer les types de dommages devant être réparés (art. 6:95 BW et s.). Cependant, la nature de l'action en responsabilité peut affecter le montant de l'indemnisation, notamment car en cas d'inexécution du contrat le demandeur peut demander à être replacé dans la situation où il se serait trouvé si le contrat avait été exécuté (« intérêt positif »), alors que pour la responsabilité

¹² G. Viney, art. précité.

¹³ Voir le rapport cité *supra* note 12. *Adde* A. G. Castermans *et al.*, précité, p. 18.

délictuelle le demandeur ne peut que prétendre être replacé dans la situation où il se serait trouvé si la faute n'avait pas été commise (« intérêt négatif »).

De même, s'agissant de la prescription, si le délai des deux actions est unifié en droit commun français et néerlandais¹⁴, demeurent des règles spéciales pour certains contrats¹⁵ et certaines responsabilités¹⁶.

Enfin, les actions en responsabilité peuvent obéir à des règles de compétence territoriale distinctes, tant en droit interne qu'en droit international privé¹⁷.

Solutions au problème – Ce problème du concours des responsabilités contractuelle et délictuelle peut être théoriquement résolu de trois façons différentes, chacune pouvant connaître en son sein des variantes. Premièrement, un système juridique peut offrir aux plaideurs une totale liberté en leur permettant de *combiner* les deux actions en responsabilité. Assurément, s'agissant d'une action en responsabilité *civile*, dont le but premier est la réparation, il ne saurait être question de cumuler l'indemnisation d'un même préjudice, mais l'on peut tout à fait admettre que les actions soient combinées notamment dans l'hypothèse où, chacune, prise isolément, ne permettrait pas d'obtenir la même réparation des préjudices¹⁸. Deuxièmement, un ordre juridique peut offrir aux plaideurs la possibilité d'un *choix*. Cette fois, aucune application combinée n'aurait lieu, le plaideur devrait choisir entre les deux actions. Troisièmement, et c'est la solution la moins libérale, un ordre juridique peut imposer aux plaideurs *exclusivement* l'une des deux actions.

Schématiquement, le droit français – et plus précisément la jurisprudence des chambres civiles de la Cour de cassation¹⁹ – se rattache à la troisième solution

¹⁴ Cf., en droit néerlandais, art. 3:310 BW et, en droit français, art. 2224 c. civ.

¹⁵ Cf., en droit néerlandais, art. 7:23 BW et, en droit français, art. L. 114-1 c. ass.

¹⁶ Par exemple, pour la responsabilité du fait des produits défectueux cf., en droit néerlandais, art. 6:191 BW et, en droit français, art. 1245-16 nouv. c. civ.); pour la responsabilité découlant de pratiques anti-concurrentielles, cf., en droit néerlandais, art. 6:193 BW et, en droit français, art. L. 482-1 c. com.).

¹⁷ En droit interne français, cf. art. 46 CPC; en droit interne néerlandais, cf. art. 100 à 106 du code de procédure civile néerlandais (« *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* »). En droit européen, cf. art. 7 du règlement n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte), [2012] OJ L 351.

¹⁸ L'hypothèse peut tout à fait se concevoir en présence d'une clause délimitant contractuellement la réparation due au titre de la responsabilité contractuelle, et qui, sur certains postes de préjudice, n'offrirait aucune indemnisation, tandis que pour d'autres serait accordée une indemnisation supérieure à celle offerte en cas d'action en responsabilité extracontractuelle.

¹⁹ Not. Cass., 2^e civ., 3 mars 1993, n° 91-17.677, où la Cour s'appuie sur la « règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle ». La chambre criminelle ne connaît guère ce principe, puisqu'elle a tendance à appliquer les règles de la responsabilité délictuelle, y compris lorsqu'il lui est demandé, dans le cadre de l'article 470-1 du CPP, de statuer sur l'inexécution du contrat. Sur cette hypothèse, cf. S. Abid Mnif, *op. cit.*, p. 264 s.

en imposant exclusivement au plaideur l'action en responsabilité contractuelle²⁰. Une solution similaire est suivie en droit belge depuis 1973²¹. Le projet français de réforme de la responsabilité reprend la solution traditionnelle du non-cumul (art. 1233 c. civ.), avec toutefois deux exceptions participant d'une autre logique, celle de la deuxième solution. En effet, outre l'option signalée plus haut dont disposent les tiers au contrat (art. 1234), est également prévue une option en cas de dommage corporel survenant lors de l'exécution d'un contrat (art. 1233-1)²². Le droit néerlandais en revanche opte pour la deuxième solution en permettant au plaideur de choisir²³. La même solution est également retenue en droit allemand²⁴ et en droit anglais²⁵.

Dans les lignes qui suivent, il s'agit d'utiliser le droit comparé afin de jeter un éclairage nouveau sur deux aspects du problème examiné et ainsi, au terme de cet article, de s'interroger sur la pertinence de la solution retenue par l'avant-projet de réforme du droit français de la responsabilité civile précédemment évoqué. En premier lieu, il s'agit, grâce au droit comparé de mieux comprendre les différentes solutions données au problème du concours d'action (I). En second lieu,

²⁰ Un choix existe néanmoins en droit positif pour l'action émanant du tiers au contrat lequel a actuellement le choix entre deux actions (Cass., AP, 6 oct. 2006 : *Bull. civ.*, n° 9). Certes, la jurisprudence qualifie ces deux actions de délictuelle, mais l'une d'entre elle est bel et bien fondé sur l'inexécution du contrat. En outre, il n'est pas impossible demain que la Cour de cassation, sans revenir sur la nature de cette responsabilité, estime que les clauses sont opposables au tiers – question sur laquelle elle ne s'est semble-t-il pas prononcée jusqu'à ce jour –, dès lors que ce tiers entend se prévaloir du contrat. La solution ne serait sans doute pas « logique » aux yeux de la doctrine, mais elle n'en serait pas moins possible et surtout juste en ce qu'elle ne placerait pas « le tiers dans une situation bien meilleure que celle du contractant en lui permettant de ne prendre dans le contrat que ce qui l'avantage » (P. Ancel, « Les arrêts de 1988 sur l'action en responsabilité contractuelle dans les groupes de contrats, quinze ans après », *Études en l'honneur de A. Ponsard*, Litec, 2003, n° 35).

²¹ Cass. 7 déc. 1973, Arr. Cass. 1974, 395 (*Stuvadoors*). Comp. antérieurement : Cass. 13 fév. 1930, RGAR 1930, nr. 590. Une décision récente a paru s'en écarter (Cass. 29 sept. 2006, Arr. Cass. 2006, 1863), mais la solution du non-cumul a été cependant réaffirmée quelques mois plus tard (Cass. 27 nov. 2006, Arr. Cass. 2006, 2427). Cf. H. Bocken, « Samenloop contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Verfijners, verdwijners en het arrest van het Hof van Cassatie van 29 september 2006 », *NJW* 2007, p. 722-731.

²² L'article 1233-1 n'est toutefois pas seulement une règle d'articulation des deux responsabilités en cas de concours, c'est aussi une règle de délimitation de celle-ci. En effet, ce texte signifie aussi que dans l'hypothèse où aucun fait générateur de responsabilité extracontractuelle n'existerait, il sera également possible au demandeur, mais pour le seul dommage corporel, de se fonder sur l'action en responsabilité extracontractuelle. Où l'on voit donc que cet article 1233-1 modifie les règles habituelles de délimitation des deux responsabilités civiles.

²³ Cf. not. HR 6 mars 1959, NJ 1959/349, note L. J. Hijmans van den Bergh (*Bertha/Revenir*).

²⁴ Reichsgericht 13 October 1916, RGZ, 88, 433; solution rappelée depuis, notamment BGH 24 nov. 1976, BGHZ 67, 359.

²⁵ Cf. not. *Henderson v Merrett Syndicates Ltd* (No. 1) [1995] 2 AC 145 (*House of Lords*). Pour plus de précisions sur les solutions des droits néerlandais, allemands et anglais, cf. R. De Graaff, « Concurrent Claims in Contract and Tort: A Comparative Perspective », *ERPL*, 4 - 2017, p. 701-726.

il s'agit de montrer que toutes ces solutions présentent des inconvénients, ce qui conduit, *in fine* à éclairer d'un jour nouveau le problème même du concours (II).

I. L'éclairage du droit comparé sur la solution du concours des responsabilités

Plan – L'éclairage du droit comparé sur les solutions au problème du concours est double. D'abord, celui-ci vient relativiser les solutions apportées à ce problème en montrant que celles-ci ne s'imposent pas avec la force de l'évidence, contrairement à ce que pensent traditionnellement les juristes (A). Ensuite, cette remise en cause des justifications traditionnelles conduit à rechercher les véritables raisons du choix d'une solution plutôt que d'une autre (B).

A. Les justifications classiques aux solutions du concours : sortir des évidences

Des justifications peu contestées – Examinée à l'aune d'un unique système juridique, la solution donnée au problème du concours des responsabilités peut, pour les juristes nationaux relever de l'évidence. En effet, les juristes français ne portent généralement aucun regard critique sur la solution à ce problème et surtout sur la justification de cette solution. Les juristes français, qu'ils s'agissent des juristes de droit public ou de droit privé, trouvent normal que la solution retenue soit celle du non-cumul ou plutôt, pour reprendre l'expression plus précise utilisée par certains publicistes, de la « primauté de la responsabilité contractuelle »²⁶. Aux leurs yeux des juristes français, cette solution, « conforme à la logique juridique »²⁷, s'explique par « le souci de protéger la convention elle-même et donc de respecter la force obligatoire des contrats »²⁸.

De même, de nombreux juristes néerlandais soutiennent généralement que la responsabilité extracontractuelle devrait offrir un certain niveau de protection à toutes les personnes, peu important qu'elles aient ou non conclu un

²⁶ Ph. Terneyre, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Économica, 1989 ; M. Paillet, « Quelques réflexions sur les rapports entre responsabilité administrative contractuelle et extracontractuelle. Sur la « tyrannie » du principe de primauté de la responsabilité contractuelle », *Contrats publics. Mélanges en l'honneur du professeur Claude Guibal*, 2006, p. 553 s. D'autres auteurs parlent parfois de « priorité », not. Cf. not. L. Richer sous CE, 1^{er} déc. 1976 : *D.*, 1978, p. 46.

²⁷ L. Richer, note précitée.

²⁸ M. Bacache-Gibeilli, *op. cit.*, n° 112 pour un exemple en droit privé. Dans le même sens, en droit public, cf. not. J.-F. Brisson, « Fasc. 854 : Responsabilité en matière contractuelle et quasi-contractuelle », *JurisClasser Administratif*, LexisNexis, 2006 ; Ph. Terneyre, *op. cit.* ou R. Chapus, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, préf. M. Waline, LGDJ, 1954, n° 376.

contrat.²⁹ En l'absence d'intention claire de la part du législateur ou des parties elles-mêmes, la simple existence d'un contrat ne devrait pas, *a priori*, conduire à écarter la protection découlant de la responsabilité extracontractuelle. Le droit de la responsabilité contractuelle n'est pas considéré comme une partie spéciale du droit de la responsabilité délictuelle, de sorte que l'inexécution du contrat ne constitue pas automatiquement un délit. Réciproquement, le droit de la responsabilité délictuelle n'est pas soumis à la responsabilité contractuelle puisque le droit des contrats ne régit pas l'ensemble des actions et omissions des parties, il se cantonne aux obligations contractuelles. Les deux régimes de responsabilités sont donc indépendants et la partie se prétendant lésée peut réclamer des dommages-intérêts sur ces deux terrains.

Critique de ces justifications – Pourtant, si ces raisons étaient aussi logiques que ne le prétendent les auteurs, comment expliquer qu'elles ne soient pas partagées à l'étranger? Comment expliquer par exemple que les Néerlandais n'adoptent pas la solution de la primauté de la responsabilité contractuelle alors qu'ils connaissent aussi le principe de force obligatoire du contrat? Plus généralement, comment comprendre que ce qui est « logique » en France ne le soit pas aux Pays-Bas? Y aurait-il une logique française et une logique néerlandaise? Non. La logique est universelle. Dès lors, les raisons avancées par les auteurs pour défendre la solution de la primauté de la responsabilité contractuelle n'impliquent pas, logiquement, le choix de telle solution plutôt que de telle autre. Le choix de ces solutions doit découler d'autres raisons qu'il nous faut rechercher au cas par cas.

B. La recherche d'autres justifications

Méthodologie – Pour comprendre les raisons qui ont conduit les ordres juridiques à choisir une solution plutôt qu'une autre, il convient de revenir au contexte historique dans lequel ont été rendus les premiers arrêts optant nettement pour une solution donnée, en postulant dès lors que les décisions ultérieures n'ont fait que reprendre à leur compte la règle précédemment dégagée sans la remettre en cause.

Droit français. Droit privé – En droit français, si l'on s'intéresse d'abord au droit privé, J.-S. Borghetti a récemment rappelé que le « principe de non-cumul »

²⁹ F. B. Bakels, « Aspecten van samenloop (I) », 140 *WPNR* (2009), p. 337-346, n° 15; C. J. H. Brunner, *Beginselen van samenloop* (Gouda Quint, 1984), p. 66; J. H. Nieuwenhuis, *Anders en eender* (Kluwer, 1982), p. 18-22; W. Snijders, « Samenloop van wetbepalingen in het Nieuw B.W. », in *Speculum Langemeijer* (W.E.J. Tjeenk Willink, 1973), p. 453-471, 459-463. Comp., ant. à la réforme de 1992 où plusieurs auteurs militaient en faveur d'un principe de non-cumul à la française: L. D. Pels Rijcken, *Tijdschrift voor Privaatrecht* (1980), p. 1101-1138, 1125; H.C. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw Burgerlijk Wetboek*, Kluwer, 1979, p. 44 et s.; C.A. Boukema, *Civielrechtelijke samenloop* (W.E.J. Tjeenk Willink, 1966), p. 121 et s.

est apparu seulement dans les années 1930³⁰ – et non à la fin du XIX^e ou en 1922 comme cela est souvent soutenu³¹. Or, jusqu'à cette période, alors qu'était déjà souvent invoqué en doctrine l'argument suivant lequel le principe de non-cumul devait être retenu afin de préserver la force obligatoire du contrat³², celui-ci ne s'était jusqu'alors nullement imposé et n'avait assurément conduit la jurisprudence à abandonner la possibilité d'un cumul. Comme l'a montré J.-S. Borghetti – mais cela gagnerait à être conforté par une étude des documents préparatoires aux décisions ayant opté pour le non-cumul –, ce n'est qu'à partir du moment où la Cour de cassation a affirmé un principe général de responsabilité du fait des choses, c'est-à-dire à partir de l'arrêt *Jand'heur*, en 1930, que la jurisprudence a commencé à retenir la primauté de la responsabilité contractuelle. À partir de cette date, il a pu en effet sembler urgent aux juges de cantonner le domaine de cette responsabilité sans faute, qui risquait effectivement de mettre fort à mal l'équilibre contractuel. Dès lors, en droit privé, la reconnaissance de la primauté de la responsabilité contractuelle paraît liée au souci de préserver les prévisions des parties contre une responsabilité du fait des choses trop élargie.

Droit français. Droit public – Si l'on se tourne à présent vers le droit public, il est permis de penser, à la lecture des quelques rares études conséquentes sur le principe de primauté, que celui-ci a véritablement vu le jour à partir de

³⁰ J.-S. Borghetti, préc., p. 1 s. Rapp. G. Babert, *Le système de Planiol (Bilan d'un moment doctrinal)*, Ph. Rémy (dir.), Thèse Université de Poitiers, déc. 2002, n° 242 pour qui c'est « en 1927 que la Cour de cassation change sa jurisprudence ». Comp. Ph. Brun, « De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses », *RTDcin*, 2010, p. 487-497, spé. n° 9 où l'auteur considère que le principe est antérieur, même s'il ne s'est effectivement que tardivement imposé. L'opinion du premier semble cependant l'avoir emporté en doctrine : cf. S. Abid Mnif, *op. cit.*, n° 41-42 ; H. Capitant *et al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 2, Dalloz, 13^e éd., 2015, p. 265, n° 4. Mme Abid Mnif, indique même « être frappé[e] par la discordance entre le discours doctrinal affirmant très tôt son hostilité à l'admission de l'option et la réalité jurisprudentielle qui lui est restée favorable jusqu'aux années 1950 » et l'auteur de souligner ensuite l'importance qu'a eu le principe général de responsabilité du fait des choses dans la consécration du non-cumul. Relevons au demeurant que l'opinion de J.-S. Borghetti était partagée par plusieurs auteurs du siècle dernier. Cf. not. J. Popesco-Albota, *Le droit d'option. Le problème des deux ordres de responsabilité civile contractuelle et délictuelle*, Thèse de l'Université de Bucarest, Rousseau, Paris, 1933, p. 172 où l'on peut lire ceci : « qu'il nous soit permis de dire que la décision du 21 janv. 1890 de la Cour de Cassation ne peut être utilisée pour soutenir la condamnation du droit d'option ». *Adde* J. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, LGDJ, 1951, Tome 1, n° 149, où l'auteur défend encore le principe de l'option après avoir critiqué ses collègues ayant aperçu dans la jurisprudence un principe de non-cumul.

³¹ Retenant comme point de départ de cette jurisprudence l'arrêt Cass., civ., 21 janv. 1890 : *DP*, 1891, 1, 380, cf. M. Bacache-Gibeilli. Comp. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 876, qui retiennent Cass., civ., 11 janv. 1922, *DP*, 1922, 1, 16.

³² Cf. les nombreuses références doctrinales antérieures à 1930 citées par le Doyen Josserand dans sa note sous Cass., req., 14 déc. 1926, *DP*, 1927, 1, p. 106, 1^{re} col.

1921³³, dans le cadre du problème de la répartition des contentieux entre le juge judiciaire et le juge administratif³⁴. En effet, en 1921³⁵ puis en 1922³⁶, le Conseil d'État a été saisi de deux affaires dans lesquelles la question du concours se trouvait posée. Dans ces deux arrêts, le Conseil d'État a fait primer la responsabilité contractuelle, suivant en cela son Commissaire du gouvernement Louis Corneille, pour qui « la faute contractuelle absorbe la faute délictuelle »³⁷. Si cette solution a été retenue, c'est sans doute pour éviter de perturber le jeu des règles de répartition des contentieux, différentes selon que l'action est contractuelle ou extracontractuelle. Admettre le cumul aurait en effet pu conduire à des conflits positifs³⁸ et aurait permis aux parties d'instrumentaliser quelque peu les règles de répartition des compétences si laborieusement élaborées par le Tribunal des conflits. Ce n'est d'ailleurs sans doute pas un hasard si ce principe de primauté a été rendue possible grâce au Commissaire du gouvernement Louis Corneille, lequel, quelques mois plus tôt, en janvier 1921, avait dans l'un des deux arrêts de la célèbre affaire dite du Bac d'Éloka³⁹ œuvré pour une répartition équilibrée des contentieux. Il est donc permis de penser que c'est la crainte de perturber le délicat équilibre de répartition des contentieux qui a conduit à l'adoption de ce principe de priorité⁴⁰.

Droit français. Bilan – De toutes ces observations se dégage donc l'impression que si le principe de primauté de la responsabilité contractuelle a été

³³ Comp. R. Chapus, *op. cit.* qui invoque des arrêts antérieurs, mais dont il semble à la lecture qu'ils ne concernaient pas des hypothèses de concours d'action, mais seulement de délimitation des actions. La doctrine actuelle cite souvent comme précédent l'arrêt CE, 20 nov. 1891, Lefebvre: *Rec.*, p. 685. Cependant, le problème du concours n'y est pas traité d'une manière générale et ce serait sur-interpréter l'arrêt que d'y voir le point de départ d'une jurisprudence posant la primauté de l'action contractuelle. Ce d'autant plus que la mise à l'écart des articles 1382 et 1384 par l'arrêt peut aussi être comprise comme un simple rappel de l'arrêt *Blanco* du 8 févr. 1873, dans lequel le Tribunal des conflits juge que ces articles du code civil sont sans application en droit public.

³⁴ Rapp. L. Richet, note précitée, p. 47, 2^e col. et M. Paillet, *op. cit.*

³⁵ CE, 6 mai 1921, *Cie P.L.M.*: *Rec.*, p. 454 et *RDP*, 1921, p. 510, concl. L. Corneille.

³⁶ CE, 22 déc. 1922, *Lassus*: *Rec.*, p. 984 et *RDP*, 1923, concl. L. Corneille, p. 427.

³⁷ *RDP*, 1921, p. 513 et *RDP*, 1923, p. 428.

³⁸ De tels conflits surviendraient si, en présence d'un contrat de droit privé entre une personne publique et une personne privée, le juge judiciaire, saisi d'une action en responsabilité contractuelle, venait à rendre une solution donnée, incompatible avec une autre solution rendue par le juge administratif saisi quant à lui d'une action en responsabilité contractuelle.

³⁹ TC, 22 janv. 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*: *Rec.*, p. 91. Sur cette affaire cf. S. Garceries, L'élaboration d'une notion juridique de service public industriel et commercial, thèse de doct. sous la dir. de P. Chrétien, Université de Cergy-Pontoise.

⁴⁰ D'aucuns pourraient nous répondre que ce principe s'applique aujourd'hui dans des affaires où aucune question de compétence ne se pose, de sorte que cela n'explique pas pourquoi ce principe y serait également appliqué. Il nous semble cependant qu'à partir du moment où le Conseil d'État avait déjà un tel principe général, il était tout naturel pour lui de l'appliquer également en dehors de cette question de répartition des compétences. Certes, il aurait pu l'infléchir dans ce cas particulier,

affirmée en droit français, c'est afin d'atteindre un point d'équilibre soit entre les parties au procès (droit privé), soit entre les juges en charge de statuer sur les actions (droit public). Qu'en est-il dans quelques autres droits voisins ?

Droit néerlandais – La possibilité d'un concours des responsabilités contractuelle et délictuelle a été affirmée très tôt en droit néerlandais par la Cour de cassation (« Hoge Raad » ou « HR ») et toujours reprise depuis lors⁴¹. Ce n'est cependant qu'en 1959 que la Cour de cassation a clairement posé la règle suivant laquelle la solution retenue au problème du concours est celle de l'option entre les deux responsabilités⁴². Ceci peut surprendre lorsqu'on sait que le code civil néerlandais, du moins jusqu'à sa refonte en 1992, était très fortement inspiré par le code civil français. L'une des raisons de ce choix pour l'option est d'ordre procédural : la Cour de cassation n'a pas voulu qu'une juridiction puisse déclarer une action en responsabilité extracontractuelle irrecevable au seul motif qu'une action en responsabilité contractuelle était possible⁴³. De plus, la jurisprudence néerlandaise n'a jamais posé un principe général de responsabilité du fait des choses, pas plus d'ailleurs que le législateur, lorsqu'il a refondu le code civil néerlandais à la fin du xx^e siècle⁴⁴. Dès lors, admettre le cumul ne se heurte pas aux Pays-Bas aux mêmes inconvénients que ceux pouvant exister en droit français.

Autres droits européens – Il est intéressant de relever qu'en Allemagne et en Angleterre, où le principe de l'option est admis⁴⁵, la portée de la responsabilité extracontractuelle est elle aussi moins large qu'elle ne l'est en France. Il n'y a pas de principe général de responsabilité du fait des choses⁴⁶ et la responsabilité extracontractuelle ne permet généralement pas d'obtenir la réparation du dommage

mais il aurait fallu pour cela que l'application de ce principe y rencontrât des obstacles. Peu soucieux de promouvoir une large indemnisation des cocontractants lésés de l'administration qui auraient pu avoir intérêt à agir sur d'autres fondements, le Conseil d'État n'a guère cherché à se départir d'un principe qui avait également pour avantage, comme cela a été relevé (M. Paillet, *op. cit.*, n° 16), d'être un « facteur d'économie de moyen », en canalisant les demandes des requérants.

⁴¹ HR 9 déc. 1955, NJ 1956/157 (*Boogaard/Vesta*). V. déjà HR 6 mai 1892, W 6183 (*Korf/Fhijnbeen*).

⁴² Cf. not. HR 6 mars 1959, NJ 1959/349 (*Revenir/Bertha*).

⁴³ Cf. C.A. Boukema, *Civielrechtelijke samenloop*, 1966, p. 124.

⁴⁴ Cf. l'article 6:173 BW qui, relativement à la responsabilité du fait des choses mobilières dangereuses, prévoit que la personne dont la responsabilité est mise en cause peut échapper à celle-ci si elle prouve son absence de faute.

⁴⁵ V. *supra* notes 25 et 26.

⁴⁶ La responsabilité du fait des choses n'existe que sur le fondement de dispositions ayant une portée réduite. Pour le droit allemand, cf. § 833 BGB auquel il faut ajouter quelques règles en dehors du BGB ; sur celles-ci, cf. C. C. Van Dam, *European Tort Law*, 2^e éd., Oxford University Press, 2013, p. 90). Le droit anglais connaît plusieurs types de responsabilité où aucune preuve de négligence ou de faute n'est requise, notamment la violation d'un devoir légal, la violation de propriété, la diffamation, la responsabilité du fait d'autrui ou du fait d'un animal. Sur ces hypothèses, cf. S. Deakin *et al.*, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, 7^e éd., Clarendon Press, 2013, p. 28.

économique pur⁴⁷. Dès lors, admettre l'option risque rarement de réduire à néant les prévisions des contractants⁴⁸. De surcroît, dans ces droits, le régime de la responsabilité contractuelle est parfois soumis à des prescriptions brèves et ne permet pas toujours d'obtenir la réparation de dommages non économiques⁴⁹. D'où, dès lors, l'intérêt de permettre aux justiciables de se fonder s'ils le souhaitent sur la responsabilité extracontractuelle.

Relevons par ailleurs qu'en Belgique, la Cour de cassation n'a pas retenu la même interprétation de l'article 1384 du code civil que son homologue français. Si les juges belges voient bien dans l'article 1384 un principe général de responsabilité du fait des choses – et non en revanche du fait d'autrui⁵⁰ – ils exigent cependant un défaut de la chose⁵¹. Dès lors, étant donné le lien précédemment établi entre la solution du concours et la portée de la responsabilité extracontractuelle, il n'est guère surprenant que la solution du non-cumul peine parfois à convaincre les auteurs⁵².

Bilan – Finalement, il apparaît que la solution au problème du concours ne dépend pas tant du respect de la force obligatoire, comme le pensent les juristes français, ou du caractère indépendant des deux régimes, comme le pensent les juristes néerlandais, que de l'architecture du système juridique relative aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Si ce système est bien équilibré, alors nul problème à autoriser en règle générale l'option. Si, en revanche, l'option risque de déséquilibrer le système, alors le non-cumul s'impose. Tel est donc le premier éclairage du droit comparé, relatif à la solution du concours. Là n'est pas toutefois le seul intérêt du regard comparatiste, il permet également d'éclairer le problème même du concours des responsabilités.

⁴⁷ W. H. Van Boom, « Pure Economic Loss. A Comparative Perspective », in W. H. Van Boom *et al.*, *Pure Economic Loss*, Springer, 2004, p. 1-40.

⁴⁸ Cf., en droit allemand, R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, p. 905-906.

⁴⁹ En droit allemand, jusqu'en 2002, la réparation des dommages non économiques (« *Schmerzensgeld* »), tels ceux résultant du dommage corporel ou de la privation de liberté, pouvait avoir lieu sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle (§ 847 BGB). Tel n'était pas le cas pour les demandes similaires fondées sur la responsabilité contractuelle (§ 253 BGB). En outre, la prescription des actions en défaut de conformité des biens était particulièrement courte (six mois seulement, d'après l'ancien § 477 BGB). Quant au droit anglais, la durée et le point de départ de la prescription varient d'un fait générateur à l'autre (cf. « *Limitation Act 1980* »), de sorte qu'il arrive aux plaideurs d'utiliser dans leur intérêt ces différences. Ainsi, dans l'affaire *Henderson v Merrett Syndicates Ltd* (No. 1) [1995] 2 AC 145 (*House of Lords*), les requérants ont obtenu gain de cause sur le terrain extracontractuel, ce qu'ils n'auraient pas pu faire sur le terrain contractuel où leur action était prescrite.

⁵⁰ Cass. 19 juin 1997, *Arr. Cass.* 1997, 670.

⁵¹ Cass. 26 mai 1904, *Pas.* 1904, I, 246.

⁵² *V. supra.*

II. L'éclairage du droit comparé sur le problème du concours des responsabilités

Plan – Si le droit comparé permet d'éclairer d'un jour nouveau le problème du concours des actions c'est parce que l'examen des solutions retenues par les différents ordres juridiques européens permet de prendre conscience que toutes présentent des inconvénients. Or, un tel constat amène à se demander si le problème du concours ne serait tout simplement pas mal posé : si aucune solution n'est satisfaisante n'est-ce pas parce que le problème lui-même ne l'est pas ? Et, en effet, il est permis de penser que la question du concours ne devrait pas être « comment résoudre ce concours », mais « comment éviter ce concours » ? Aussi, après avoir d'abord envisagé les limites des solutions actuelles (A), nous montrerons que le problème du concours devrait être réorienté (B).

A. *Les limites des solutions actuelles*

L'examen des différentes solutions retenues au problème du concours fait apparaître qu'aucune d'entre elle n'est pleinement satisfaisante. Premièrement, il apparaît qu'aucun des droits examinés ne s'en tient rigoureusement à la solution de principe qu'il affiche. Des aménagements importants sont prévus, ce qui affaiblit théoriquement la solution de principe retenue. Deuxièmement, ces solutions conduisent en pratique à des résultats peu satisfaisants.

Premièrement, derrière la simplicité des solutions retenues par les droits étudiés – option ou non-cumul – il apparaît en réalité que ces ordres juridiques ne s'en tiennent pas à la rigueur des principes. En droit français par exemple, les juges ont pour habitude de « contractualiser » des normes non contractuelles, issues soit de la volonté du législateur ou du gouvernement, soit même de la volonté du juge. L'exemple le plus connu en est l'obligation de sécurité, intégrée au contrat de transport par la Cour de cassation dans un grand arrêt de 1911⁵³. Ce faisant, les juges permettent aux contractants de se plaindre sur le terrain contractuel de la violation d'une norme à laquelle il est fictivement reconnue qu'elle a été créée par les parties. Par cet artifice, les juges s'assurent que le transporté pourra être indemnisé sur le terrain contractuel alors que, à défaut d'une telle norme, aucune indemnisation ne serait possible ni sur le terrain contractuel, ni sur celui extracontractuel compte tenu de la règle du non-cumul.

Les droits néerlandais, mais aussi allemand et anglais connaissent eux aussi de semblables travers théoriques. Ainsi, il est courant que lorsqu'une personne demande réparation sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle, elle se

⁵³ Cass. civ. 21 nov. 1911 : *GAJC*, 13^e éd., 2015, n° 277.

voit néanmoins appliquer des règles tirées d'un régime contractuel, au motif que ces règles seraient impératives⁵⁴. Il arrive encore que les juges, pour déterminer si l'action en responsabilité extracontractuelle est bien fondée, s'appuient sur les normes contractuelles⁵⁵. Pourtant, si la solution de l'option était rigoureusement suivie, de telles solutions ne seraient pas envisageables : les deux actions devraient rester indépendantes et l'option pleinement fonctionner. On voit donc que le système officiel de l'option ne correspond pas à la réalité de la pratique. Ce système est donc assez faible théoriquement même si, il faut en convenir, il peut présenter de sérieux avantages pratiques, en ce qu'il permet d'éviter que des règles spéciales impératives soient trop aisément contournées par les plaideurs.

Deuxièmement, ces solutions présentent parfois des inconvénients pratiques. Ceux-ci sont particulièrement perceptibles pour le principe du non-cumul qui, dans sa forme française, paraît s'accommoder plus difficilement de tempéraments que la solution de l'option⁵⁶. Ceci explique la plus grande difficulté pour les

⁵⁴ En droit néerlandais, il existe des exceptions en présence de textes prévoyant explicitement qu'ils s'appliquent en toute hypothèse ou lorsque les juges estiment que cette extension découle nécessairement d'une disposition spéciale: HR 2 déc. 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5216, NJ 2012/197 (*Nefalit/Schraa*); HR 29 juin 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ7617, NJ 2008/606 (*Pouw/Visser*); HR 15 juin 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1414, NJ 2007/621, § 4.2 (*Fernhout/Essen*); HR 2 mars 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3535, NJ 2007/240, § 3.4.4 (*Holding Nutsbedrijf Westland*); HR 21 avril 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2582, NJ 2006/272 (*Inno/Sluis*); HR 2 oct. 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2720, NJ 1999/682 (*Koninklijke Schelde/Wijkhuisen*). Des limites à la règle de l'option peuvent aussi découler des stipulations du contrat, dont il serait prévu qu'elles s'appliqueraient aussi en matière extracontractuelle (clause pénale, clause limitative de responsabilité, clause relative à la prescription, etc.), ou encore de la nature et du but du contrat: HR 27 avril 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1335, NJ 2002/54 (*Donkers/Scholten*); HR 25 oct. 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7010, NJ 2004/556 (*Bunink/Manege Nieuw Amstelland*). De même, en droit allemand, il peut être dérogé à la règle de l'option lorsqu'il est clair qu'une disposition légale entend régir exclusivement une situation donnée, de sorte que doivent être exclues ou limitées les demandes s'appuyant sur un autre fondement. Les juridictions ont ainsi appliqué depuis longtemps des normes de la responsabilité contractuelle à des actions en responsabilité extracontractuelle. Cf. BGH 20 nov. 1984, BGHZ 93, 23; BGH 23 mars 1966, BGHZ 46, 140; BGH 30 nov. 1972, NJW 1972, 475; BGH 23 mars 1966, NJW 1967, 42; BGH 20 déc. 1966, BGHZ 46, 313. Il en va de même pour le délai de prescription: BGH 31 janv. 1967, BGHZ 47, 53; BGH 24 mai 1976, BGHZ 66, 315; BGH 8 janv. 1986, NJW 1986, 1608; BGH 31 janv. 1967, BGHZ 47, 53.

⁵⁵ Ainsi, en droit néerlandais, l'intensité du devoir extracontractuel de vigilance peut dépendre des obligations contractées par les parties: HR 15 mai 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4187, NJ 1982/237, § 3 (*Temi IV/Jan Heymans*); HR 27 fév. 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5547, NJ 1987/584, § 3.4 (*Van der Peijl/Erasmus College*); HR 6 avril 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD4737, NJ 1991/689, § 3.2 (*Van Gend & Loos/Vitesse*); HR 19 oct. 2007, ECLI:NL:HR:1990:AD4737, NJ 2007/565, § 3.7 (*Vodafone/ETC*). De même, en droit anglais, il est arrivé que les juges appliquent une règle contractuelle (« *contractual remoteness test* ») à une action en responsabilité extracontractuelle: *Riyad Bank v Abli United Bank (UK) Plc* [2006] EWCA Civ 780 (CA); *Robinson v PE Jones (Contractors) Ltd* [2011] EWCA Civ 9). Rapp. *Wellesley Partners LLP v Withers LLP* [2015] EWCA Civ 1146.

⁵⁶ La règle du non-cumul adoptée en France est généralement justifiée, nous l'avons-vu, par l'idée de la primauté des prévisions des parties. Toute atteinte au non-cumul vient attaquer frontalement

juges français de porter atteinte à ce principe afin d'éviter les inconvénients qu'il engendre et qu'il convient à présent d'évoquer.

Un premier inconvénient du principe français du non-cumul résulte de la différence de traitement injustifiée entre les victimes directes et les victimes par ricochet. En présence d'un dommage corporel causé par une chose lors de l'exécution d'un contrat, le principe de non-cumul conduira souvent à moins bien indemniser le contractant, victime directe de ce dommage, que la victime indirecte, ce qui est pour le moins choquant. En effet, parce que la victime indirecte est tierce au contrat, elle pourra se fonder sur l'article 1242 (ancien article 1384) du code civil, et être ainsi indemnisée de son préjudice par ricochet, sans nullement avoir à prouver une faute du requérant. En revanche, pour la victime directe, la voie de l'article 1242 est fermée et elle pourra seulement se fonder sur son contrat. Bien souvent, ce contrat comprendra une obligation de sécurité, « contractualisée » par le juge. Cependant, à l'heure actuelle, ces obligations ne sont pas toutes de résultat – pour reprendre la distinction de Demogue entre obligation de moyen et obligation de résultat. Aussi le contractant subissant un dommage corporel devra prouver la faute de son cocontractant. D'où le fait qu'il soit mieux traité que le tiers.

Un autre inconvénient du principe du non-cumul résulte de la piètre protection accordée actuellement à un contractant lorsqu'un tiers agit contre lui afin de se plaindre de la violation d'un contrat. En effet, depuis l'arrêt précité du 6 octobre 2006, le tiers peut obtenir la réparation du dommage qu'il subit en raison de la violation du contrat et, dans la mesure où son action est de nature délictuelle, ce tiers ne peut, semble-t-il⁵⁷, pas se voir opposer par le contractant d'éventuelles clauses limitatives de responsabilité. Or, ce dernier point apparaît choquant à plus d'un auteur : comment le tiers pourrait-il utiliser le contrat contre le contractant et ne pas se voir opposer par le contractant les clauses limitatives contenues dans ce même contrat ? Il nous semble que cet inconvénient résulte directement du principe de non-cumul. C'est en effet parce que la responsabilité est de nature délictuelle que les auteurs considèrent que les clauses ne sont pas opposables. La solution serait toute autre si la Cour de cassation avait retenu que l'action du tiers était de nature contractuelle. Mais le pouvait-elle ? Nullement, car si la Cour avait admis que le tiers avait à sa disposition cette action en responsabilité contractuelle alors, par application du principe de non-cumul, cette

cette justification. Ceci explique que les atteintes ne puissent qu'avancer masquées, par le biais du mécanisme de contractualisation de normes extracontractuelles. En revanche, pour la règle de l'option, celle-ci est fondée sur l'idée d'indépendance des responsabilités contractuelle et délictuelle. Or, une telle idée n'interdit nullement qu'épisodiquement le juge considère qu'une règle, certes édictée à propos d'un contrat, puisse ensuite régir l'ensemble des responsabilités, au motif que cette règle répondrait à un impératif indépendant de la nature de l'action.

⁵⁷ Comp. toutefois ce qui est dit *supra* note 21.

action aurait dû primer sur l'action délictuelle dont disposait traditionnellement ce tiers⁵⁸. Or, une telle solution, conséquence du principe de non-cumul, aurait été très défavorable pour les tiers que cette décision de 2006 essayait justement de protéger : cela les aurait en effet privé de la possibilité d'obtenir une réparation intégrale de leur préjudice toutes les fois où le contrat dont ils auraient invoqué la violation aurait contenu une clause limitative. Dès lors, la Cour ne pouvait faire autrement que d'affirmer la nature délictuelle de l'action, quitte à sacrifier les intérêts du contractant.

L'avant-projet de réforme – la première mouture gouvernementale donc – avait nettement perçu ces deux difficultés qu'il avait tenté de résoudre. Pour la première – l'inégalité de traitement entre victime directe et indirecte – il avait été prévu de réparer le dommage corporel sur le seul fondement de la responsabilité délictuelle (art. 1233 al. 2 ancien), ce qui était une manière d'assurer aux victimes directes d'un dommage corporel qu'elles seraient aussi bien traitées que les victimes indirectes : elles aussi pourraient se fonder sur le principe général de responsabilité du fait des choses⁵⁹. Pour la seconde difficulté – la dissymétrie existant lorsqu'un tiers engageait la responsabilité d'un contractant – il avait été prévu que le tiers ne pourrait agir que sur le terrain délictuel, en ne pouvant alors se fonder que sur un événement extérieur au contrat (art. 1234 anc.). Cependant ces deux solutions généraient elles-mêmes d'autres inconvénients pratiques. La première – parce qu'elle reposait sur le postulat erroné suivant lequel l'action extracontractuelle serait toujours plus favorable aux victimes que l'action contractuelle – aurait conduit en certaines hypothèses à accorder aux victimes d'un dommage corporel une réparation moins satisfaisante que celle à laquelle elles ont droit aujourd'hui⁶⁰. Quant à la seconde solution elle se serait très probablement révélée inefficace au vu des enseignements que l'on peut retirer de l'histoire du droit relative aux actions en responsabilités engagées par les tiers à l'encontre des parties

⁵⁸ Cf. *mutatis mutandis* Cass., 1^{re} civ., 9 oct. 1979 : *Bull. civ.*, 1979, I, n° 241 ; *D.*, 1980, inf. rap. p. 222, obs. Ch. Larroumet ; *RTD civ.*, 1980, p. 354, obs. G. Durry, où la Cour de cassation admet, à propos d'une chaîne translatrice de propriété, que le sous-acquéreur, titulaire d'une action directe de nature contractuelle, ne peut agir que sur le terrain contractuel, de sorte qu'il est obligé de subir les clauses du contrat principal et notamment les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

⁵⁹ C'est ainsi en effet que Mme de Cabarrus, responsable de la rédaction de l'avant-projet projet au Ministère de la justice, justifiait de l'existence de cet article lors d'une rencontre organisée à Leyden par le Groupe Grotius-Pothier, le 22 juin 2016. Cette justification n'était toutefois pas la seule donnée. L'article avait aussi pour but de réduire l'insécurité juridique afférente aux obligations de sécurité dont il n'était guère aisé de dire, par avance, si elles seraient jugées par les juridictions comme étant de moyen ou de résultat. *Adde* A. G. Castermans *et al.*, précité, p. 38.

⁶⁰ Cf. les cas mentionnés par J.-S. Borghetti, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2016, p. 1386 et s., n°s 38-39. *Adde* l'hypothèse où l'indemnisation du dommage prévisible (action en responsabilité contractuelle) permettrait d'aller au-delà de ce qu'offre la responsabilité extracontractuelle, ainsi que celle où l'action en responsabilité contractuelle permettrait à la victime de se prévaloir de règle de compétence territoriale qu'elle estimerait plus favorable.

au contrat. En effet, comme l'a fort bien rappelé un auteur⁶¹, fermer aux tiers toute action en responsabilité contractuelle, c'est prendre le risque de voir les juges du fond réactiver leur jurisprudence de la fin du siècle dernier. Rappelons en effet que, à l'époque, l'exigence d'une faute distincte n'avait pas empêché les juges du fond, souverains dans leur appréciation du fait, de découvrir de manière artificielle de telles fautes et permettre ainsi l'action en responsabilité des tiers, dans des conditions encore moins prévisibles pour les contractants que celles existant actuellement.

Ces critiques formulées à l'égard de l'avant-projet ont été entendues par la Chancellerie dans son projet – et non plus « avant-projet » – de mars 2017⁶². Ainsi, remettant en cause le postulat suivant lequel la responsabilité extracontractuelle serait toujours plus favorable à la victime que la responsabilité contractuelle, la Chancellerie a offert à la victime d'un dommage corporel une option entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle (art. 1233-1). De même, tirant les enseignements de l'histoire du droit des actions en responsabilités mises en œuvre par un tiers au contrat, une option a été offerte aux tiers souhaitant agir en responsabilité envers les parties au contrat (art. 1234 al. 2).

Pourtant, ces nouvelles solutions n'échappent toujours pas à la critique. Sur un plan pratique, tous les inconvénients actuellement dénoncés en droit positif ne disparaissent pas. Ainsi l'inégalité de traitement entre la victime directe et la victime indirecte demeure pour les dommages autres que corporel. En outre, les dispositions nouvelles viennent considérablement affaiblir le modèle théorique français du non-cumul puisque l'on peine désormais à comprendre la logique gouvernant le périmètre de ce principe, lequel ne joue donc pas à l'égard des tiers au contrat d'une part et, entre parties au contrat, pas pour les dommages corporels d'autre part. Enfin, il y a fort à parier, au regard des expériences étrangères, que certaines dispositions relevant d'un des deux régimes de responsabilité seront perçues comme impératives par les juges qui les appliqueront donc également au demandeur, même s'il se fonde sur l'autre régime de responsabilité. L'on retrouvera dès lors des incohérences semblables à celles dénoncées plus haut à propos des droits étrangers.

Tout ceci laisse penser que quelle que soit l'ingéniosité mise en œuvre par les gouvernants ou les législateurs pour répondre au problème du concours des responsabilités, aucune solution satisfaisante n'existe théoriquement ou pratiquement. Dans ces conditions, une solution satisfaisante ne pourrait-elle pas venir d'une réorientation du problème ?

⁶¹ En ce sens, M. Leveneur-Azémar, *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, Y. Lequette (préf.), LGDJ, 2017, n^{os} 734-736.

⁶² Cf. les remarques formulées par Mme de Cabarrus dans A. G. Castermans *et al.*, précité, spé. p. 38-39.

B. *La réorientation du problème du concours*

Compte tenu de l'ensemble de ces insuffisances au problème du concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle, il est permis de penser que la difficulté du problème ne provient pas des solutions existantes, mais du problème lui-même. S'il est si difficile de trouver des solutions au problème du concours, n'est-ce pas parce que le problème est mal posé? Plutôt que de chercher à résoudre le problème du concours, ne faudrait-il pas, en reprenant la méthodologie wittgensteinienne⁶³, chercher à le dissoudre? Dès lors, la question ne serait plus: « comment faire en cas de concours? », mais: « comment éviter le concours? ».

La solution à ce nouveau problème est simple: il faut réunifier autant que possible les régimes des responsabilités délictuelles et contractuelle. En revanche les moyens pour y parvenir sont plus conséquents, tant il peut paraître difficile de plaider à contre-courant d'une logique pluriséculaire de dualisme des responsabilités. Cette difficulté n'a toutefois pas pour autant découragé une jeune doctrine française qui a récemment plaidé pour la réunification des responsabilités⁶⁴. Le droit comparé peut assurément contribuer à une telle réunification, notamment en permettant de contester le rattachement d'une règle à l'un des deux régimes de responsabilité. Donnons-en seulement un exemple. En droit français, la règle suivant laquelle la réparation du dommage est limitée, en matière contractuelle, au seul dommage prévisible est traditionnellement présentée comme *la* règle propre de la responsabilité contractuelle. Or, l'examen du droit comparé révèle que cette règle n'est nullement universelle puisque, notamment, elle n'existe pas en droit néerlandais. Est-ce à dire pour autant que le droit néerlandais méconnaîtrait totalement les prévisions des parties? Nullement. Celui-ci pose une règle générale suivant laquelle seul peut-être réparé le dommage en rapport avec le fait générateur de responsabilité pour le débiteur, ce rapport étant déterminé en tenant compte de la nature de la responsabilité et du dommage causé (art. 6:98 BW). Or, une telle règle permet notamment de tenir compte de la prévision par l'auteur du dommage des conséquences de ses actes, peu importe que leur responsabilité soit de nature contractuelle ou délictuelle. C'est là d'ailleurs un gros avantage par rapport au système français qui, du moins sur le papier, ne tient pas compte de cette prévisibilité en matière extracontractuelle, alors que pourtant il n'est pas impossible de songer à des hypothèses où l'auteur de l'infraction aurait eu pleinement conscience du dommage prévisible subi par la victime et où il serait, de ce fait, raisonnable d'apprécier souplement le lien de causalité entre les préjudices consécutifs à son

⁶³ Not. L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, § 6.5 : « D'une réponse qu'on ne peut formuler, on ne peut non plus formuler la question. »

⁶⁴ E. Juen, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, E. Loquin (préf.), LGDJ, 2015.

acte fautif. À l'examen, le droit comparé permet donc de prendre conscience de la fragilité des affirmations suivant laquelle il est *naturel* de limiter la réparation du dommage contractuel au seul dommage prévisible. Le droit français gagnerait au contraire à dégager une autre règle, commune aux deux responsabilités, et suivant laquelle la réparation du dommage dépend notamment de la prévision par l'auteur du dommage des conséquences de ses actes.

Où l'on voit finalement que le recours au droit comparé, non content d'apporter un éclairage nouveau sur les solutions au problème classiquement entendu du concours des actions en responsabilité contractuelle, permet également de réorienter ce problème vers sa dissolution, tout en fournissant les matériaux pour cette ultime opération.

Au regard de ces réflexions comparatistes, il apparaît que le choix du projet de réforme du droit de la responsabilité civile de maintenir le principe dit du « non cumul » apparaît contestable. Certes, le projet semble aller dans la bonne direction lorsqu'il s'efforce parfois de rapprocher les responsabilités contractuelle et extra-contractuelle. Cependant, d'autres efforts s'imposent aux rédacteurs du texte s'ils souhaitent véritablement régler les problèmes inhérents à l'existence de situations de concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle.