HAL
open science

Regards critiques sur la consécration du dualisme des responsabilités contractuelle et extracontractuelle

Benjamin Moron-Puech

To cite this version:

Benjamin Moron-Puech. Regards critiques sur la consécration du dualisme des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. 2017. hal-01651459

HAL Id: hal-01651459

https://hal.science/hal-01651459v1

Preprint submitted on 29 Nov 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.

Regards critiques sur la consécration du dualisme des responsabilités contractuelle et extracontractuelle

Benjamin Moron-Puech
Maître de conférences à l'université Panthéon-Assas
Laboratoire de sociologie juridique

Le titre de cette communication peut surprendre : « consécration du dualisme des responsabilité » ? De qui se moque-t-on ? Le dualisme est déjà bel et bien là. Il suffit d'ouvrir la plupart des ouvrages de responsabilité pour constater soit le titre même de l'ouvrage[1], soit dans le plan[2], soit seulement dans les développements[3], qu'il y a deux responsabilité civile : la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle, les auteurs contemporains préférant généralement cette dernière expression à celle de responsabilité délictuelle[4]. Quant au droit positif, nul doute qu'il adopte lui aussi un tel dualisme des responsabilités. La jurisprudence, en particulier, distingue aujourd'hui la responsabilité contractuelle d'une responsabilité qu'elle préfère, généralement[5], appeler pour sa part délictuelle et non extracontractuelle[6], par attachement sans doute au système civiliste traditionnel qui, jusqu'en 1985[7], ignorait totalement cette notion. Du point de vue terminologique, ce dualisme s'exprime parfois également, en particulier dans la jurisprudence relative à la responsabilité des contractants à l'égard des tiers, par la distinction entre le « manquement contractuel » et la

---

[1] M. Bacache-Gibeili, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, 2e éd., Économica, 2012.

[2] G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, 3e éd., LGDJ, 2008 où le Titre III est intitulé « La distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle ».

[3] J. Flour, J.-L. Aubert et É. Savaux, *Droit civil. Les obligations, 2. Le fait juridique*, 2011, 14e éd., no 61.

[4] Comp. S. Fournier et P. Maistre du Chambon, *La responsabilité civile délictuelle*, PUG, 4e éd., 2015.

[5] Mis à part la chambre sociale, qui ces derniers moi a souvent utilisé l'expression de responsabilité extra-contractuelle (not. Cass., soc. 21 sept. 2017, no 16-20.104 et 16-20.103 (2 arrêts), *Bulletin*, à propos de la responsabilité encourue en cas de rétractation de l'offre d'un contrat de travail), les autres chambres demeurent fidèles au terme de responsabilité délictuelle. Les rares cas où elles s'en écartent s'expliquent par la présence de la notion de responsabilité contractuelle. Tel est le cas pour le contentieux de la responsabilité du fait des produits défectueux, en raison de l'utilisation de cette expression dans le texte de référence de ce contentieux, la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, spécialement l'art. 13 (not. Cass., com., 24 juin 2008, no 07-11.744, *Bull.*, IV, no 128 ; Cass., 1re civ., 10 déc. 2014, no 13-14.314, *Bull.*, I, 209). *Idem* en droit international privé, sans doute en raison de la présence de cette expression dans plusieurs conventions internationales, notamment la Convention de la Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière (not. Cass., 1re civ., 19 mai 1976, *Bull*, I, no 182 ; Cass., 1re civ., 28 oct. 2003, *Bull.*, I, no 219 *affaire de la pirogue cambodgienne*). *Idem* pour les questions de prescriptions, du fait de l'influence de l'art. 2270-1 ancien du code civil évoqué *infra* à la note 6 (Cass. com., 8 avr. 2015, no 13-28.512, *Bull.*, IV, no 66).

[6] Cf. Cass., 1re civ., 9 juin 2017, no 16-14.096, inédit où alors que l'arrêt d'appel utilisait l'expression de responsabilité extra-contractuelle, la Cour va user de celle de responsabilité délictuelle ; *idem* Cass, 3e civ., 31 oct. 1989, *Bull.*, II, no 208.

[7] Date de l'introduction dans le code civil de l'art. 2270-1, aujourd'hui abrogée, prévoyant une durée de prescription de dix années pour les actions en responsabilité. Il y là semble-t-il l'influence de la Convention de la Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière qui use de ce vocable. Bien que disparu dans les dispositions nouvelles, le vocable de « responsabilité extracontractuelle » a perduré dans la jurisprudence ultérieure relative à la prescription de telles actions en responsabilité. Cf. Cass. com., 29 nov. 2016, 15-13.474, inédit.

Sous licence Creative Commons *(CC-BY-NC-ND)*

« faute délictuelle »[8]. La différence n'existe pas seulement dans les mots, on la trouve également dans les textes distincts qu'utilise la Cour pour fonder l'action en responsabilité découlant de la violation d'une norme extracontractuelle ou contractuelle : l'article 1382 devenu 1240 dans le premier cas et l'article 1147 devenu 1231-1 dans le second[9]. Surtout, tant pour la doctrine que pour le droit positif, il existerait entre ces deux responsabilités des différences de régime concernant la compétence juridictionnelle, la loi applicable, la mise en demeure, la prescription, le préjudice et les faits générateurs autres que la faute des différences de régime elle existe dans les différences de régimes entre les deux responsabilité[10]. Il serait dès lors incontestable, au vu de cette différence de régime qu'il y aurait une différence de nature[11]. Par conséquent, lorsque le projet de réforme, tant dans sa version d'avril 2016 que de mars 2017 entreprend dans l'architecture même du chapitre 2 consacré aux conditions de la responsabilité, de distinguer les dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle, puis de développer les règles propres à chacune des responsabilités, il n'y aurait aucune innovation, mais simplement rationalisation d'un code civil qu'on jugerait en l'état peu satisfaisant.

Pourtant, nous voudrions ici soutenir la thèse inverse. Selon cette thèse, le dualisme des responsabilités ne figurerait pas dans le code civil et n'aurait été mis en place que par la jurisprudence au début du XXe siècle, sous l'influence d'un discours doctrinal de plus en plus désireux de séparer les responsabilités. Dès lors, selon cette thèse, l'inscription dans le code civil du dualisme des responsabilités, comme se propose de le faire le projet de réforme, constituerait bel et bien une consécration de ce dualisme, en ce sens qu'inscrivant dans le code une réalité qui n'y figurerait pas, elle changerait la nature de ce dualisme qui, d'une règle jurisprudentielle pouvant être abandonnée à tout moment du fait de sa nature coutumière, deviendrait une règle édictée, figée dans le code, probablement pour les prochains siècles. Ainsi, à rebours de l'idée reçue selon laquelle la présence du dualisme des responsabilité dans le projet ne serait qu'une simple opération matérielle, destinée à rationaliser les normes existantes, nous voudrions montrer qu'elle est un acte lourd de signification. Autrement dit, nous voudrions montrer que l'on se situe avec le projet de réforme à un instant critique de notre histoire juridique : adopte-t-on ou non le système jurisprudentiel. Vous faire prendre conscience de cet instant critique sera donc le premier regard critique sur ce projet, l'adjectif « critique » s'entendant donc ici, vous l'aurez compris, au sens étymologique, à ce qui constitue un point de rupture.

Le deuxième regard critique, « critique » étant cette fois entendu au sens commun du terme, visera à juger ce système dualiste. Avant d'adopter définitivement cette construction dualiste, issu des efforts conjugués de la doctrine et de la jurisprudence, peut-être faudrait-il quand même se poser la question de savoir si cela est souhaitable ? Si oui, très bien, allons-y, si non fuyons-le, nous universitaires, et emmenons sur notre dos le législateur, comme naguère Énée emportait Anchyse en laissant derrière lui son épouse Créuse. Faute de temps cependant et pour faire honneur aux collègues historiens ici présents — mais aussi pour livrer ma communication à leur propres critiques, je me concentrerai ici sur le premier regard critique.

Parce que la tâche d'évaluer l'ensemble du système du dualisme serait trop large pour que je m'y attèle, je voudrai seulement ici me concentrer sur un de ses points névralgiques : l'articulation de ces deux responsabilités telle qu'elle est opérée aujourd'hui mais peut-être aussi et avant tout par le projet de réforme. Tel sera donc le

[8] Not. Cass., AP, 6 oct. 2006, n° 05-13.255, *Bull. AP*, n° 9 ; Cass., 3e civ. 18 mai 2017, n° 16-11.203

[9] L'hésitation était ici permise entre 1217 et 1231-1. La Cour a choisi pour l'instant 1231-1 : Cass., 1re civ., 11 janv. 2017, n° 16-10.479.

[10] Pour une présentation de ces différences, cf. J.-C. Saint-Pau, JurisClasseur Civil Code, Art. 1146-1155, Fasc. 15, 2013 ; G. Viney, préc., p. 422 et s.

[11] Fr. Rouvière, « Le revers du principe "différence de nature (égale) différence de régime" », *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruylant, p. 415-448, 2013.

Sous licence Creative Commons *(CC-BY-NC-ND)*

second regard critique, l'adjectif critique étant cette fois entendu dans son sens plus habituel, c'est-à-dire le fait de « juger une chose à sa juste valeur, de discerner ses mérites et ses défaut »[12].

I. Le projet de réforme, un moment critique pour le dualisme des responsabilités

Afin de prendre conscience que la discussion du projet de réforme constitue un instant critique dans l'histoire française du droit de la responsabilité civile, il convient de revenir sur cette histoire en rappelant que cette distinction n'est pas présente dans le code civil de 1804, quoi que puissent en penser la doctrine dominante, du moins la doctrine positiviste car les historiens, dont le Professeur Deroussin[13], sont plus mesurés sur cette question. Cette distinction n'a été développée que tardivement en jurisprudence, sous l'influence des idées doctrinales dominantes. Examinons successivement ces deux discours du droit que sont le code et la jurisprudence, en les confrontant à chaque fois au discours doctrinal les concernant. D'une part donc, le dualisme et le code (A) ; d'autre part, le dualisme et la jurisprudence (B).

A. Le dualisme et le code civil

Lorsqu'on consulte d'abord le code civil de 1804, devenu en 1807 Code Napoléon, le dualisme des responsabilités est loin d'être évident ; la seule analyse correcte de cette source du droit consiste à dire que les rédacteurs du code n'ont pas nettement perçu la question du monisme ou du dualisme de la responsabilité civile et qu'ils n'ont donc pas tranché cette question. Aujourd'hui, cependant, certains textes du code[14] pourraient conduire à interpréter différemment les dispositions du code civil relative à la responsabilité et amener ainsi à conclure que le dualisme figurerait désormais dans le code. Nous montrerons toutefois que cette interprétation n'est pas en l'état acceptable.

Suivant cette chronologie nous montrerons d'abord l'absence de ce dualisme en 1804 et ensuite son absence aujourd'hui (2).

1. Dans le code civil de 1804

Si l'on ouvre le code civil de 1804, l'on ne trouve pas dans son plan même la distinction proposée par le projet de réforme entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité extra-contractuelle.

L'on trouve toutefois quelques éléments qui pourraient donner l'impression que les rédacteurs du code civil ont entendu distinguer ces deux responsabilités, en particulier le plan du code civil. L'examen du Livre III du code civil consacré aux « Différentes manières dont on acquiert la propriété » révèle en effet d'un côté l'existence d'un Titre III intitulé « Des contrats et des obligations conventionnelles en général » et de l'autre un Titre IV intitulé « Des engagements qui se forment sans convention »[15]. Or, à l'intérieur du Titre III, figure un

[12] *Trésor de la langue française informatisée*, V° *critique*, http://www.cnrtl.fr/definition/critique, sens 2.

[13] L'auteur dit ainsi, nous soulignons, « Le *Code* […] paraît consacrer la distinction des deux ordres de responsabilité ».

[14] On s'en tiendra ici aux seules textes ayant modifié le code civil depuis 1804, en écartant donc les textes situés hors de ce code (art. L. 211-13 et L. 217-13 c. conso ; L. 421-2 CREPA) et qui, parce qu'ils usent de l'expression « responsabilité extracontractuelle », impliquent l'adoption d'un modèle dualiste de la responsabilité principalement. En effet, extérieurs au droit commun contenus dans le code civil, ces textes ne sauraient avoir pour portée de modifier la teneur du droit commun contenu sur ce point dans le code civil.

[15] Bien que le Titre III parle d'obligation et le Titre IV d'engagements, ce qui pourrait laisser penser que ces deux titres parlent de chose différentes, il faut considérer que les termes sont différents. Comme le rappelle R.-J. Pothier, « [l]e terme d'*obligation*, dans un sens plus propre et moins étendu [que celui d'obligation imparfaite recouvrant les obligations devant Dieu], ne comprend que les obligations parfaites, **qu'on appelle aussi *engagements personnels*** » (*Traité des obligations*, n° 1).

chapitre III « De l'effet des obligations, chapitre qui contient une Section IV « Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation ». De là l'on pourrait donc en conclure que la Section IV précitée, du fait de son insertion dans un Titre relatif aux obligations conventionnelles, consacre des règles propres à l'inexécution des obligations contractuelles, tandis que le Titre IV consacrerait des règles propres à l'inexécution des obligation ne résultant pas d'un contrat.

Cependant, lorsqu'on examine plus en détail l'architecture globale du code, il est permis de se demander si, opposer ainsi la Section IV du Chapitre III du Titre III avec le Chapitre II du Titre IV, ne serait pas prêter aux rédacteurs du code une intention qu'ils n'ont pas eu. Trois éléments au moins nous conduisent à douter d'une telle intention.

Premièrement, l'on observe que nombre de règles contenues dans le titre III ne concernent pas les obligations nées d'une convention, mais concernent bien plutôt toutes les obligations. Ainsi toutes les dispositions sur la preuve ou l'extinction des obligations sont communes à toutes les obligations et, le fait qu'elles ne soient pas reprises dans le Chapitre II du Titre IV relatif aux délits et aux quasi-délits ne paraît pas pouvoir signifié qu'elles en sont exclues. Or, si l'on en revient aux dommages et intérêts, force est de constater que le Titre IV sur les quasi-délits ne contient aucune règle sur les dommages intérêts, il se contente avant tout d'évoquer les faits générateurs de responsabilité, sans détailler les règles relatives aux dommages et intérêts perçus par le demandeur à l'action en responsabilité. Par exemple, il n'y aurait rien d'anormal à considérer que le texte prévoyant la possibilité d'accorder des dommages et intérêts moratoires s'appliquent également à l'inexécution des obligations nées d'un délit ou quasi-délit. Dès lors, il est également possible de soutenir que les règles sur la Section IV du Chapitre II du Titre III sont aussi applicables au dommages et intérêts résultant d'un quasi-délit.

Deuxièmement, cette interprétation peut être d'autant plus soutenue que, à bien y regarder, la section IV consacrée aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution n'est pas tout à fait à sa place dans le Titre III. En effet, les sommes que le débiteur est tenu de verser ne sont pas alors dues à raison d'une convention, sauf hypothèse de la clause pénale, mais résultent bien de la loi ou à « tout le moins d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé » de payer lesdites sommes, pour reprendre les termes de l'art. 1370, introduisant les deux chapitres du Titre IV.

Troisièmement, enfin, si l'on examine le code civil de 1804 à l'aune du traité des obligations Robert-Joseph Pothier, traité dont les rédacteurs ont reconnu à nombre d'occasion l'importance qu'il avait eu sur leur travail[16], force est de constater que l'équivalent des règles contenues dans la Section IV du Chapitre II du titre III se situent, dans l'œuvre de R.-J. Pothier dans des développements qui ne sont pas dédiés aux seules obligations nées d'un engagement, mais dans les développements communs à toutes les obligations. Ainsi l'Article III que R.-J. Pothier consacre aux « dommages et intérêts résultants, soit de l'inexécution des obligations, soit du retard apporté à leur exécution », se situe non pas dans le Chapitre I de la Partie I du traité, chapitre où sont évoquées dans deux sections différentes ce qui concerne le contrat et ce qui concerne les délits et quasi-délits, mais dans le Chapitre II de cette partie traitant de l'effet des obligations, indépendamment de leur cause contractuelle ou délictuelle.

[16] P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, T. XIII, Videcocq, 1836, not. p. 313, 413 et 414. Sur l'influence de Pothier sur le code civil, cf. J.-L. Gazzaniga, « Domat et Pothier : le contrat à la fin de l'Ancien Régime », *Droits*, 1990, n° 12, p. 37-46 ; J. Gaudemet, « Pothier et Jacqueminot. À propos des sources du Code civil de 1804 », *Mélanges Rieg*, Bruylant, 2000 p. 369-387.

Sous licence Creative Commons *(CC-BY-NC-ND)*

Où l'on voit bien que tirer argument de la rationalité du plan du code civil pour opposer les dommages et intérêts contractuels aux dommages et intérêts extracontractuels seraient quelque peu hasardeux. Comme le soulignait il y a deux siècles Victor Napoléon Marcadé, l'œuvre des rédacteurs est sur ce point « un pêle-mêle d'idées incohérentes »[17] et l'on ne peut s'y retrouver qu'en distinguant les règles relatives au contrat et celles relatives aux obligation en général. Pour autant, faut-il en conclure que, dans l'esprit des rédacteurs du code civil, il y avait une volonté de ne pas distinguer responsabilité contractuelle et extra-contractuelle ? Non, cela serait tout aussi aventureux. Le seul jugement raisonnable que l'on peut porter sur le code civil c'est que ces auteurs n'avaient pas conscience de ce problème théorique — la seule dualité qu'ils percevaient était celle du délit et du quasi-délit —, de sorte qu'ils n'ont pas pu prendre partie dessus. Au demeurant, cette absence de prise de position n'est guère surprenante lorsqu'on examine l'état des savoirs juridiques en vigueur au moment de ce code. Comme l'a montré ma collègue historienne Anne Daillant, la question de l'articulation des règles sur l'inexécution du contrat d'un côté et sur la loi *Aqulilia* puis la matière des délits et quasi-délits de l'autre n'a, antérieurement au code civil, jamais été clairement réglée en droit positif et en doctrine, même si, à partir de S. Pufendorf, se dessine une tendance à traiter dans la rubrique des délits et quasi-délits y compris l'inexécution du contrat[18]. Cette tendance est présente dans certains esprits au moment de l'élaboration du code puisque, comme l'a relevé le professeur Deroussin[19], les travaux préparatoires font état de l'interrogation du Président du Tribunat, Jaubert, se demandant à propos des obligations du déposant : « n'est-ce pas aussi une espèce de délit de la part de celui qui les viole ? »[20].

En bref, lorsque le code civil de 1804 évoque les délits et les quasi-délits, rien ne permet d'affirmer que cela s'oppose à l'inexécution du contrat, tout comme rien ne permet d'affirmer qu'aux yeux des rédacteurs de ce code l'inexécution du contrat rentrerait dans la catégorie des délits ou quasi-délit. À l'image de la question de Jaubert à laquelle celui-ci ne répond pas, le code laisse sans réponse le point de savoir si l'inexécution du contrat peut-être un délit ou un quasi-délit. Qu'en est-il aujourd'hui, dans l'actuel code civil : cette ambiguïté a-t-elle été, ensuite, tranchée ?

2. Dans le code civil de 2017

Lorsqu'on ouvre le code civil aujourd'hui, en 2017, l'on peut constater qu'y figurent à plusieurs occasions, soit dans le plan soit dans le contenu, l'expression de « responsabilité extracontractuelle ». Assez marginal avant la réforme du droit des contrats intervenue par l'ordonnance du 10 février 2016, le phénomène a depuis pris considérablement de l'importance puisque l'expression, jusque-là cantonnée dans deux textes spéciaux — l'un sur la prescription au demeurant abrogée en 2008[21] et l'autre sur la responsabilité du fait des produits défectueux[22], a percée le droit commun des contrats, en trois occasions[23] et, plus lourd encore de signification, figure désormais dans le plan même du code civil puisque les

[17] V. Marcadé, Explication théorique et pratique du code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre, 7e éd., Delamotte, 1873, nos 376 s. et spé. no 378. On trouve de semblables propos dans la troisième édition de 1847 (t. 4, p. 402 s.).

[18] A. Daillant et B. Moron-Puech, « Relecture de la distinction des responsabilités contractuelle et extracontractuelle (1804-1911) », *La responsabilité*, colloque de la Société d'histoire du droit, 4 et 5 juin 2017, https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01559232/document, p. 1 et 2.

[19] D. Deroussin, *Hsitoire du droit des obligations*, 2e éd., Économica, 2012, p. 584.

[20] P.-A. Fenet, précité, p. 398.

[21] Art. 2270-1 précité.

[22] Art. 1386-18 c. civ. devenu 1245-17.

[23] Art. 1100-2, 1116 et 1178 c. civ.

Sous licence Creative Commons *(CC-BY-NC-ND)*

rédacteurs de l'ordonnance ont, à l'occasion de la réorganisation des Titre III et IV du code, introduit dans le Titre III un sous-titre II intitulé « La responsabilité extracontractuelle ».

À première vue, la présence de l'expression « responsabilité extracontractuelle » suggère assez fortement que le code civil serait sorti de l'état d'indétermination dans lequel il était jusque-là. Parler de responsabilité extracontractuelle, c'est en effet dire très nettement que cette responsabilité est étrangère au contrat et c'est aussi, un peu moins nettement certes, suggérer qu'il y aurait un dualisme. Parler de responsabilité extracontractuelle implique en creux la reconnaissance d'une responsabilité contractuelle car sinon, à quoi bon ajouter l'adjectif extracontractuel après le terme de responsabilité ? De farouches opposant au concept de responsabilité contractuelle, ceux pour qui, tels Ph. Rémy et, après lui, notre collègue Jean-Sébastien Borghetti, ce n'est là qu'un « faux concept » pourraient toutefois être d'une opinion contraire et estimer que l'adjectif « extracontractuelle » a seulement pour objectif de souligner que la notion même responsabilité ne serait pas pertinente pour le contrat où, selon eux, il faudrait seulement parler d'exécution par équivalent. Nous leur répondrions toutefois que, en l'état du droit positif, où plusieurs textes du code civil[24] ou d'autres codes[25] font référence au terme de « responsabilité contractuelle » leur opinion n'est pas acceptable et que dès, lorsque les textes nouveaux parlent de responsabilité extracontractuelle, ils suggèrent bien qu'il existerait un dualisme. En résumé donc, la lecture de l'actuel code civil laisse donc sérieusement penser que le dualisme aurait été depuis consacré.

Cette thèse nous paraît cependant contrariée par de solides arguments, qu'il s'agisse des modifications introduites par l'ordonnance du 10 février 2016 ou de celles qui lui sont antérieures.

Concernant premièrement les modifications introduites par l'ordonnance du 10 février 2016, il faut, pour comprendre la portée de ces modifications, revenir aux termes mêmes de l'habilitation donnée par le législateur au gouvernement. D'après l'article 8 de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, le gouvernement était habilité à intervenir par voie d'ordonnance dans le champ du « droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve ». En revanche, l'ordonnance ne lui donnait aucune compétence pour intervenir dans le champ du droit de la responsabilité et donc, notamment, pour clarifier l'ambiguïté originelle du code civil. Le rapport au président de la République en amont de cette ordonnance le spécifie pleinement en indiquant que les parties du code relatif à la « responsabilité contractuelle » sont une « reprise à droit constant de la section 4 du chapitre III de l'actuel titre III du code civil » et que tout cela sera seulement modernisé « dans le cadre du futur projet de réforme globale de la responsabilité civile ». Dès lors, compte tenu du champ de l'habilitation, l'introduction par la réforme de l'expression « responsabilité extracontractuelle » dans les articles et le plan du code civil, ne saurait être pris en compte. Le gouvernement n'ayant pas été habilité à réformer la responsabilité civile, l'on ne peut en aucun cas tirer argument de l'emploi de ces textes.

Relevons au passage néanmoins que le plan général adopté par les rédacteurs du code civil constitue, assez largement celui du *Traité des obligations* de R.-J. Pothier. En effet, tout comme Pothier traitait dans un chapitre 1 des différentes sources d'obligation puis dans un chapitre 2 des règles communes aux effets des obligations, l'ordonnance place désormais dans un même titre III les dispositions sur les sources, puis dans un titre IV celles sur le régime général. L'on ne peut dès lors que regretter que, sur la question des dommages et intérêts, les rédacteurs n'aient pas suivi le sage Pothier et aient persévéré dans l'erreur de plan des rédacteurs du code civil en laissant la section sur les dommages intérêts dans les dispositions relatives au contrat au lieu de les mettre dans le titre commun à toutes les obligations !

[24] Art. 1386-18 anc. devenu 1245-17

[25] Art. L. 224-3 et -18 c. conso, L. 9 codes des postes et communications électroniques, L. 7342-5 c. trav., A. 125-2 c. ass. et L. 421-2 CREPA.

Sous licence Creative Commons *(CC-BY-NC-ND)*

S'agissant, deuxièmement, de l'introduction de l'expression « responsabilité contractuelle » dans le code civil antérieurement à la réforme du 10 février 2016[26]. Il y a ici eu deux modification : d'abord l'introduction, à l'occasion des lois Badinter, de l'article 2270-1 du code civil prévoyant que « les actions en responsabilité civile extracontractuelle se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation ». Ensuite l'introduction en 1998 de l'article 1386-18 relatif à la responsabilité du fait des produits défectueux et prévoyant que « Les dispositions du présent titre ne portent pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité. » Faut-il considérer que ces deux textes ont abouti à une levée de l'indétermination du code civil ? Non et cela pour deux raisons. La première raison est que ces textes n'ont pas une portée générale. L'un concerne la seule question de la prescription des actions en responsabilité extracontractuelle, autrement dit une question particulière de régime qui ne paraît pas susceptible de rejaillir sur l'entièreté du système de responsabilité civile. L'autre concerne le droit de la responsabilité du fait des produits défectueux. La deuxième raison est que la présence dans ces textes de l'adjectif « extracontractuel » est le résultat d'influences sur le code civil de systèmes normatifs dualistes qui lui sont étrangers. S'agissant de la responsabilité du fait des produits défectueux, ce n'est là que la reprise servile et non réfléchie de l'article 13 de la directive de 1988 sur la responsabilité du fait des produits défectueux. Reprise dont la portée ne devrait pas masquer le souci d'unité qui marque ce régime spécial puisque l'article 1386-1 devenu article 1245 affirme 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 ».

Quant à l'article 2270-1 s'il concerne certes une question générale, il ne faut pas oublier qu'il a été introduit par une loi sur les accidents de la circulation. Or, cette loi a notamment été construite par le Gouvernement d'alors en tenant compte de la convention sur les accidents de la circulation de 1971[27], laquelle emploie l'expression de responsabilité extracontractuelle. Ce caractère étranger à notre système juridique transparaît nettement des travaux préparatoires puisque lors du débat d'un amendement sur la portée de ce texte, le rapporteur du Sénat avait pris la peine de préciser ce que recouvrait l'adjectif extracontractuel — marquant ainsi le caractère non évident de cette expression par rapport à celle de responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle. En outre, ce rapporteur s'était un temps efforcé d'effacer une distinction qui lui semblait « artificielle » entre la responsabilité contractuelle d'un côté et la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle[28]. Pour ces deux raisons, il nous semble qu'il n'est pas possible de considérer que l'introduction de la notion de « responsabilité extracontractuelle » dans le code civil ait entraîné une volonté de modifier le système ancien. La jurisprudence nous paraît au demeurant en ce sens puisque, mis à part ces deux hypothèses, les chambres civiles et commerciales de la Cour de cassation n'ont pas adopté le vocable de responsabilité extracontractuelle et ont continué à s'en tenir à la lettre des textes du code civil.

Il faut par ailleurs ajouter que, postérieurement à ces deux textes de 1985 et 1998, adoptés sous influence étrangère, le parlement français a eu l'occasion de manifester de son propre chef[29] son attachement à un système moniste de la responsabilité civile soit en

[26] On s'en tiendra
[27] Citée *supra* note 5.
[28] *JORF. Débats parlementaires. Sénat. Compte rendu intégral*, Séance du 5 avr. 1985, p. 218.
[29] Il n'avait nulle obligation de venir légiférer sur les agences de notation. La responsabilité de ces agences était en effet d'ores et déjà encadrée par le règlement européen n° 1060/2009 du 16 septembre 2009 sur les agences de

adoptant des régimes spéciaux de responsabilité faisant fi de la distinction[30], soit, encore plus significatif, en affirmant que la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle s'appliquait également en cas d'inexécution du contrat. Ainsi, à l'occasion des débats parlementaires sur ce qui allait devenir la loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière, a été réaffirmée la nature unitaire de la responsabilité. A ainsi été introduit dans le code monétaire et financier un article L. 544-5 selon lequel « *Les agences de notation de crédit […] engagent leur responsabilité délictuelle et quasi délictuelle,* ***tant à l'égard de leurs clients que des tiers*** »[31]. Or, lorsqu'on regarde les travaux préparatoires, l'un des motifs avancés pour l'utilisation de la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle est le caractère général de cette responsabilité. Voici ce qu'indique ainsi le sénateur Marini, à l'origine de l'introduction de cette disposition par voie d'amendement en séance publique.

> *Nous nous étions principalement concentrés, jusque-là, sur la responsabilité contractuelle, c'est-à-dire la relation entre l'agence de notation et son client. Or il est toujours délicat de trop s'immiscer dans les relations contractuelles, dès lors que deux parties contractent dans un cadre communautaire qui les autorise à choisir le droit sous lequel elles se placent.*
>
> *Par conséquent, à l'issue de ce nouveau travail, j'ai proposé à la commission de replacer la réflexion sur le terrain de la responsabilité délictuelle, afin de nous intéresser à la responsabilité des agences de notation à l'égard de l'ensemble de la communauté financière et du marché.*[32]

Comme me l'indiquait une collègue néerlandaise spécialisée dans la responsabilité des agences de notation, Dorine Verheij que je remercie ici, cette disposition a laissé beaucoup d'auteurs perplexes, nombre d'entre eux lui reprochant de méconnaitre le dualisme des responsabilités et de remettre « en cause un principe fondamental de notre droit de la responsabilité civile dans un domaine spécifique […], le principe dit de « non-cumul »[33].

Loi d'encourir cette critique, cette disposition de loi nous paraît au contraire révéler quel serait la tendance naturel pour un juriste qui, ignorant tout de l'actuel système jurisprudentiel du droit de la responsabilité examinerait le code civil et verrait, dans l'article 1240, ce beau principe général de responsabilité, tellement général qu'il ne verrait aucune difficulté à l'appliquer y compris en matière contractuelle. Or, cette analyse, le législateur n'est pas le seul à l'avoir faite en 2010. Elle fut aussi, pendant plus d'un siècle, l'analyse que fit la jurisprudence. C'est cette histoire de la jurisprudence qu'il nous faut à présent et d'autre part rappeler.

---

notation de crédit, règlement directement applicable. Aucune mesure de transposition n'était donc nécessaire et c'est de son propre chef que le législateur français a adopté cette législation

[30] En particulier la loi du 4 mars 2002 relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, cf. not. les propos du rédacteurs du projet de loi, D. Tabuteau, reproduits dans B. Moron-Puech, *Contrat ou acte juridique ? Étude à partir de la relation médicale*, thèse sous la dir. D. Fenouillet, université Panthéon-Assas, 2016, Annexe 2, p. 562.

[31] Ce texte est le seul texte de droit interne — mis à part les décrets fixant le programme de divers concours d'entrée dans des professions réglementées ! — à utiliser l'expression de « responsabilité délictuelle ». Les textes parlent plutôt sinon de « matière délictuelle » : art. 46 CPC, 314-7 c. pén. ou L. 562-9 COJ.

[32] *JORF. Débats parlementaires. Sénat. Compte rendu intégral*, Séance du 1er oct. 2010, p. 7256 http://www.senat.fr/seances/s201010/s20101001/s20101001.pdf

[33] J. Chacornac, *Essai sur les fonctions de l'information en droit des instruments financiers*, Dalloz, n° 1058. *Adde* C. Thépot, « L'encadrement légal de l'activité des agences de notation par la loi de régulation bancaire et financière », *Les Petites Affiches* 2010, n° 250 ; Fl. Denis, « La nouvelle responsabilité civile des agences de notation », *RLDA* 2011, p. 73-78 ; X. Clédat, « Agences de notation : de la délicate mise en œuvre de leur responsabilité civile », *Revue Lamy Droit Civil*, 2012, p. 59-63 ; A. Sotiropoulou, « La responsabilité civile des agences de notation », *Bulletin Joly Bourse*, 2013-1.

Sous licence Creative Commons *(CC-BY-NC-ND)*

B. Le dualisme et la jurisprudence

Pas plus que la lecture du code, la lecture des recueils de jurisprudences du XIXe siècle ne donne à voir un dualisme des responsabilité. La thèse peut là encore apparaître quelque peu osée tant nous sommes habitués aujourd'hui à l'idée de ce dualisme et qu'il nous est donc impossible de nous en extraire. D'ailleurs, la lecture d'ouvrages généraux d'histoire du droit ne nous y conduit guère. Ainsi, le Professeur Deroussin, lorsqu'il s'intéresse à cette question de l'éventuelle distinction des responsabilités, après avoir évoqué, nous l'avons vu, l'ambiguïté du code de 1804, indique que celle-ci aurait été dissipée par la jurisprudence et le Professeur Deroussin de citer un arrêt du 30 janvier 1826 où la Cour de cassation aurait distingué les responsabilité contractuelle et extracontractuelle[34]. Pourtant, l'examen des recueils de jurisprudence révèle qu'il faut attendre la toute fin du XIXe siècle pour qu'apparaisse, et encore que dans quelques arrêts dualisme des responsabilités. En suivant l'ordre chronologique, examinons d'abord la période où la jurisprudence adopta un système moniste, avant que d'examiner celle où elle opta pour un système dualiste.

1. [Le système jurisprudentiel initialement moniste]

Lorsqu'on se plonge dans les recueils de jurisprudence du XIXe siècle[35], il apparaît rapidement que le système dualiste des responsabilité qu'on connaît aujourd'hui ne permet pas de rendre compte de la jurisprudence de l'époque. Certes, plusieurs arrêts, et notamment celui de 1826 précité, affirment l'existence de règles propres à l'inexécution du contrat, règles qui ne se trouveraient pas dans d'autres cas de responsabilité. Est-ce à dire pour autant que la responsabilité découlant du contrat s'opposerait à une responsabilité intervenue en dehors d'un contrat ? Pas nécessairement, cela peut aussi simplement signifier que l'inexécution d'un contrat entraîne le jeu de règles spéciales, telles, comme dans l'arrêt de 1826, celles sur la mise en demeure, et que ces règles ne se retrouvent pas en droit commun des délits. Autrement dit, à la lecture de ces arrêts deux interprétations sont possibles :

- **1°** Il existe deux ordres de responsabilité avec chacun leurs règles propres ;
- **2°** Il un existe un droit commun de la responsabilité comprenant *en son sein* des règles spéciales lorsque le délit résulte de l'inexécution d'un contrat.

Évidemment, lorsque les auteurs contemporains, nourri à l'idée du dualisme des responsabilités, ont redécouvert ces arrêts affirmant l'existence d'un droit propre, ils y ont vu une confirmation d'un dualisme des ordres, sans voir une seconde qu'une autre interprétation était possible. Or, il me semble que, ce faisant, leur jugement a été biaisé. En effet, lorsqu'on se penche vers les recueils de jurisprudence, l'on trouve de nombreux arrêts révélant que c'est la deuxième interprétation qu'il faut retenir pour comprendre la jurisprudence de cette époque, autrement dit l'interprétation suivant laquelle la violation d'un contrat serait un délit ou quasi-délit. Au-delà des quelques décisions qualifiant expressément l'inexécution d'un contrat de quasi-délit[36], il faut surtout remarquer que nombre de décisions, sans doute nourries par le *Traité des obligations* de R.-J. Pothier, considèrent que les dispositions de la section IV relatives aux dommages et intérêts peuvent s'appliquer en dehors du contrat, alors même qu'elles sont situées dans le Titre III relatif aux « contrats et aux obligations conventionnelles en général » et non dans le Titre IV concernant les « engagements qui se forment sans

[34] Cass., Civ. 30 janv. 1826 : *D.* 1826, 1, 62.
[35] Cf. la base de données des décisions pertinentes sur cette période : https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01559232/file/2017-06-03%20Tableau%20annexe%20-%20arre%CC%82ts%20RC.xlsx.
[36] CA Nîmes, 1 janv. 1878 : *D.*, 1879, 2, 55.

Sous licence Creative Commons *(CC-BY-NC-ND)*

convention »[37]. De même, doivent être relevées les nombreuses décisions où des contractants voient leur responsabilité engagée sur le fondement de textes relevant du Titre IV et non du Titre III. Le phénomène ne concerne pas seulement l'article 1382 du code civil[38], on le retrouve également à propos de l'article 1385 puisque plusieurs décisions affirment l'application de ce texte tant hors d'un contrat que dans un contrat[39]. Dans toutes ces situations, ce qui va justifier l'application des articles du Titre IV à des inexécutions du contrat relevant du Titre III, c'est l'argument du droit commun, expressément mentionné dans plusieurs arrêts[40]. Doivent également être ici mentionnés les arrêts qui, à propos des contrats de transports[41], de dépôt[42] ou d'entreprise[43] — contrats dans lesquels existe des dispositions spéciales sur les dommages et intérêts — indiquent qu'en dehors de ces dispositions spéciales, applicables à seulement une partie des obligations des contractants, il faut faire retour au droit commun que constitue l'article 1382 du code civil.

Dès lors, au vu de ces arrêts, il nous paraît difficilement contestable que la jurisprudence a adopté tout au long du XIXe siècle un système moniste dans lequel l'inexécution du contrat constitue bien un délit ou un quasi-délit. Comme le disait en 1886 un magistrat, critiquant le discours de la doctrine de l'époque qui, ignorant cette réalité jurisprudentielle, soutenait l'existence d'un dualisme des responsabilité : « la responsabilité contractuelle est une formule vicieuse, une formule erronée de langage, et que la responsabilité est nécessairement délictuelle »[44].

Si, aujourd'hui, ce système jurisprudentiel moniste n'est plus dominant dans la jurisprudence, il n'a pas totalement disparu. On en trouve encore quelques traces dans la responsabilité du notaire, où l'article 1382 est encore fréquemment visé. Ou encore, en droit pénal où, lorsque la chambre criminelle statue sur les intérêts civils du plaignant, elle se fonde, même en présence d'un contrat, sur l'article 1382 du code civil pour attribuer des dommages et intérêts. On peut également citer la jurisprudence sur la responsabilité du commettant du fait du préposé où, même lorsque le commettant est lié contractuellement à la victime par un contrat, l'on permet à la victime d'engager la responsabilité de ce commettant pour un fait du préposé qu'il s'est substitué, sur le fondement de l'article 1384 du code civil. Considéré par les auteurs comme des anomalies, ces situations sont en réalité les vestiges d'une époque où les juges, frappés par la généralité de l'article 1382 du code civil, grande nouveauté par rapport au droit antérieur qui l'ignorait, ont, tels Philippe Marini en 2010, compris les dispositions de l'article 1382 comme posant un droit commun de la responsabilité, que le délit provienne de la violation de la loi ou de l'inexécution du contrat. Alors, la question qui se pose à nous, mais aussi au législateur, sur le point de ratifier l'ordonnance de réforme du droit des contrats[45] où figure largement l'expression « responsabilité extracontractuelle », est la suivante : ne faudrait-il pas retourner à ce système moniste et renouer ainsi avec la pensée de Pothier ? Réponse, au prochain numéro de Tribonien !

---

[37] Cass. req., 10 juin 1879 : *DP*, 1880, 1, 418 ; Cass., civ., 6 juin 1896 : *DP*. 1896, 1, 465.
[38] Cass. Req. 25 avr. 1855 : *DP*, 1855, 1, 156.
[39] CA Paris, 23 févr. 1884 : *S.*, 1886, 2, 97 ; Cass., civ., 9 mars 1886 : *S.*, 1886 1, 244 ; Cass. 11 mars 1902 et 29 mai 1902 : *S.*, 1902, 1, 309 ; Cass., req., 2 juill. 1902 : *S.* 1902, 1, 448.
[40] Cass., req., 2 juillet 1878 : *S.*, 1879, 1, 155 ou Cass. civ., 6 juin 1896 précité.
[41] Cass., civ., 10 nov. 1884 : *DP*, 1885, 1, 433 ; CA Aix, 12 déc. 1887 et CA Poitiers, 6 févr. 1888 : *S.*, 1888, 2, 138.
[42] CA Aix, 11 mai 1908 : *DP*, 1908, 2, 191 et *idem* en cassation Cass, req. 9 mars 1909 : *DP*, 1909, 1, 351.
[43] Cass., req., 29 mars 1893 : *DP*., 1893, 1, 289 ; Cass. req., 24 mai 1894 : *DP*, 1894, 1, 451. Rappr., pour le louage d'ouvrage : CA Rennes, 20 mars 1893 : *S*., 1894, 2, 36.
[44] A.-F. Lefebvre, « De la responsabilité, délictuelle, contractuelle », *Rev. crit. légis. juris.*, 1886, p. 485 s.
[45] Le projet de loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 a été voté le 17 octobre dernier par le Sénat, lequel n'a pas retouché ce point.

Sous licence Creative Commons *(CC-BY-NC-ND)*

Sous licence Creative Commons *(CC-BY-NC-ND)*

2. Le système jurisprudentiel tardivement dualiste

B. Cependant cette période de divergence ne va durer qu'un temps. À la fin des années 1880 — autrement dit au moment même où la doctrine elle aussi évolue avec les thèses de Sauzet et Sainctelette — l'on voit poindre en jurisprudence le système doctrinal dominant, à savoir celui opposant l'inexécution du contrat aux délits. Ainsi, plusieurs arrêts de juges du fond (cour d'appel d'Aix, 6 août 1883 ou cour d'appel de Pau, 28 déc. 1892), en viennent à opposer l'inexécution du contrat au délit et cela, le plus souvent, dans des contentieux liés au contexte du machinisme, à savoir des dommages corporels subis lors de contrat de transport. Mieux encore, le 27 juillet 1892, semble-t-il pour la première fois, la cour d'appel de Paris fait de l'article 1147 une règle générale de responsabilité en matière contractuelle, règle alors susceptible de concurrence l'article 1382.

Quatre ans après, le 10 novembre 1896, leur analyse est retenue par la Cour de cassation qui va affirmer que « les articles 1142 et 1149 ont pour objet de sanctionner les engagements contractuels » de sorte que la cour d'appel « n'a pu les violer en statuant sur la réparation du dommage causé par un délit ». Par la suite, toutefois, une certaine période de flottement va s'installer. Certains arrêts de la Cour de cassation opposant inexécution du contrat et délit, d'autres continuant à recours à l'article 1382 ou 1385 pour des contrats.

Il faudra attendre 1911 et l'arrêt *Compagnie générale transatlantique*, célèbre pour avoir consacré l'obligation de sécurité et rendu aux conclusions favorables du futur Premier président de la Cour de cassation, Louis Sarrut, pour que le système doctrinal s'imprègne durablement en jurisprudence et conduise au système actuel, consacré dans le nouveau code civil, d'une responsabilité contractuelle opposée à une responsabilité extracontractuelle.

Pourtant le système ancien n'a encore aujourd'hui pas totalement disparu. Deux exemples de ces manifestations

Aujourd'hui, ces situations paraissent comme des anomalies peu compréhensibles aux yeux des positivistes. L'histoire du droit permet au contraire de leur redonner un sens

Nous vous remercions.

3. Le système jurisprudentiel tardivement dualiste

Transition : ≠ avec la thèse de Ph. Rémy.

II. L'articulation des responsabilités, un regard critique sur le projet de réforme

A. La délimitation

1. Rejet de la thèse Ph. Rémy / Terré / Borghetti

Maintien des problèmes qu'il soulignait ?

2. L'existence d'anomalies

- L'anomalie nouvelle

Sous licence Creative Commons *(CC-BY-NC-ND)*

- Les anomalies passées :
    - 1384
    - matière criminelle

B. Le concours

Conclusion : réunification des RC. Impossible ? Juen l'a déjà fait

Il nous

Lorsqu'on ouvre le code civil 1804 et non le code civil tel modifié — au peut-être devrais-je dire ici déformé ! — par l'ordonnance du 10 février 2016. Cette dualité n'est nullement apparente ! D'abord, elle n'est pas évidente car, comme cela est souvent rappelée[46], le mot de responsabilité n'est pas dans le code de 1804, de sorte qu'on ne peut guère y trouver les expressions de responsabilité contractuelle et de responsabilité extracontractuelle ou délictuelle ou quasi-délictuelle. Le code de 1804 traitait certes dans des rubriques différentes de l'inexécution du contrat et du délit, mais cela ne signifiait pas nécessairement que cette inexécution ne pouvait pas aussi être appréhendée comme un délit. Autrement dit, le code civil ne permettait pas de savoir si inexécution du contrat et délit s'opposaient ou si l'un était inclus dans l'autre. L'hésitation était d'autant plus permise au regard de certains travaux préparatoires du code civil. Le Professeur Deroussin, dans son ouvrage sur l'histoire du droit des obligations, rappelle par exemple les hésitations du Président du Tribunat, Jaubert qui, au moment de la discussion des règles relatives au dépôt nécessaire s'interrogeait ainsi : « n'est-ce pas aussi une espèce de délit de la part de celui qui les viole ? » Cette ambiguïté du code sur la manière d'articuler inexécution du contrat et délit n'est pas surprenante lorsqu'on regarde comment, avant ce code civil, étaient pensés l'inexécution du contrat et le délit.

[46] L. Henriot, « Note sur la date et le sens du mot "responsabilité" », *APD*, 1977, p. 59. O., Descamps, « Histoire du droit de la responsabilité dans le monde occidental », *Prendre la responsabilité au sérieux*, A. Supiot et M. Delmas-Marty (dir.), PUF, p. 39-54.

Sous licence Creative Commons *(CC-BY-NC-ND)*