

## LA FIN DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE ?

PAR

Éric SAVAUX

Docteur Agrégé des Facultés de Droit  
Professeur à la Faculté de Droit, d'Économie  
et des Sciences sociales d'Angers

La doctrine civiliste française est à un tournant de son histoire. Alors que depuis près d'un siècle elle conçoit l'inexécution des obligations issues du contrat comme une source de responsabilité, des voix autorisées s'élèvent, de plus en plus nombreuses, qui suggèrent d'abandonner l'idée même de responsabilité contractuelle<sup>1</sup>. Le mouvement n'est pas achevé; la résistance s'organise<sup>2</sup>. Mais la proposition est suffisamment sérieuse pour que l'on s'interroge sur le destin de la responsabilité contractuelle et que l'on se demande s'il faut souscrire au pronostic de sa mort prochaine ou espérer au contraire sa survie.

Encore convient-il de préciser immédiatement le sens de l'interrogation afin d'éviter toute ambiguïté. Il ne s'agit évidemment pas, en abandonnant la responsabilité contractuelle, d'autoriser le débiteur à se délier de ses obligations en toute impunité. Aucune société ne résisterait à l'insécurité créée par la liberté de manquer à ses engagements. Même la doctrine anglo-saxonne la plus libérale n'envisage pas une telle solution. Excluant toute possibilité d'exécution forcée, elle propose de reconnaître au débiteur une option: exécuter l'obligation ou payer des dommages-intérêts au créancier<sup>3</sup>.

---

1) Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz, 1996, n°220 et s., et n°1481 et s. D. TALLON, *L'inexécution du contrat: pour une autre présentation*, RTD civ. 1994, pp. 223 et s., et *Pourquoi parler de faute contractuelle?*, Écrits en hommage à Gérard CORNU, 1995, pp. 429 et s.; Ph. RÉMY, *Critique du système français de responsabilité*, Droit et cultures, 1996/1, pp. 47 et s., et *La "responsabilité contractuelle": histoire d'un faux concept*, RTD civ. 1997, pp. 323 et s.

2) P. JOURDAIN, *Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle in Les métamorphoses de la responsabilité*, P.U.F, Coll. Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Tome 32, 1998, pp. 65 et s.

3) V. notamment: B. RUDDEN et P. JUILHARD, "La théorie de la violation efficace", in *Revue internationale de droit comparé* 1986, pp. 1015 et s.

Dans tous les systèmes juridiques, le débiteur qui manque à son obligation peut donc (au moins) être contraint à verser une compensation au créancier. La véritable question est justement la nature de cette compensation. S'agit-il, comme le juge la doctrine dominante depuis près d'un siècle, de réparer un préjudice: celui causé au créancier par l'inexécution ou la mauvaise exécution de l'obligation? Ou s'agit-il au contraire, comme l'indiquent les auteurs qui prédisent la fin de la responsabilité contractuelle, de procurer au créancier, par équivalent, la satisfaction qu'il pouvait attendre de l'exécution de l'obligation?

Formulée de la sorte, l'interrogation est toute récente. Pour qu'elle naisse, il a justement fallu que soit forgé le concept de responsabilité contractuelle, puis, qu'à son tour, ce concept soit contesté. Naturellement, la question de la nature des dommages-intérêts contractuels n'apparaît donc ni chez DOMAT et POTHIER, ni dans les commentaires du Code, ni même, jusqu'à une époque très récente, dans la doctrine moderne. Mais si l'interrogation n'est pas expressément formulée, les auteurs ont quand même une certaine conception du droit à dommages-intérêts du créancier en cas d'inexécution de l'obligation contractuelle. Et de DOMAT à nos jours, tout semble avoir changé.

DOMAT et POTHIER conçoivent assez nettement les dommages-intérêts dûs en cas d'inexécution comme un effet de l'obligation contractuelle. Pour le premier, *“en toutes conventions, c'est le second effet des engagements, que celui qui manque à ceux où il est entré (...) sera tenu des dommages et intérêts de l'autre, selon la nature de la convention et la qualité de l'inexécution ou du retardement et les circonstances”*<sup>4</sup>. Le second traite des *“dommages et intérêts résultants, soit de l'inexécution des obligations, soit du retard apporté à leur exécution”* dans le Chapitre *“De l'effet des obligations”* en indiquant en préliminaire que *“lors donc que l'on dit que le débiteur est tenu des dommages et intérêts du créancier, résultants de l'inexécution de l'obligation, cela veut dire qu'il doit indemniser le créancier de la perte que lui a causée, et du gain dont l'a privé l'inexécution de l'obligation”*<sup>5</sup>. Pour DOMAT et POTHIER,

---

4) Les lois civiles dans leur ordre naturel, Livre I: Des engagements volontaires et mutuels par les conventions, Titre I: Des conventions en général, Section 3: Des engagements qui suivent naturellement des conventions, quoiqu'ils n'y soient pas exprimés, § IV.

On peut néanmoins déceler une hésitation dans la pensée de DOMAT, puisqu'il rapproche par ailleurs l'inexécution de l'obligation de la faute délictuelle: Livre II, Des engagements qui se forment sans convention, Titre VIII, Des dommages causés par des fautes qui ne vont pas à un crime ni à un délit, Section 4: *“le défaut de s'acquitter d'un engagement (...) est aussi une faute qui peut donner occasion à des dommages et intérêts dont on sera tenu”*.

5) Traité des obligations, 1<sup>ère</sup> Partie: De ce qui appartient à l'essence des obligations, et de leurs effets, Chapitre II: De l'effet des obligations, Article III.

*“l’inexécution du contrat n’est pas la cause d’une obligation nouvelle; c’est le contrat lui-même qui est la cause de la dette de dommages et intérêts, au cas d’inexécution”*<sup>6</sup>.

À la suite de POTHIER, les rédacteurs du Code civil ont traité le droit à dommages-intérêts du créancier comme un effet de l’obligation contractée<sup>7</sup>. La matière est réglée dans le Chapitre III (Effets des obligations) du Titre III (Des contrats ou des obligations conventionnelles en général), aux articles 1146 et suivants. La teneur des textes démontre que les dommages et intérêts sont la forme que prend ordinairement l’obligation contractuelle lorsque le créancier ne peut réclamer ou obtenir l’exécution en nature<sup>8</sup>: l’article 1142 prévoit que toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout (c’est-à-dire se paye) en dommages et intérêts, en cas d’inexécution de la part du débiteur; l’article 1147 fonde la dette de dommages et intérêts sur l’inexécution ou sur le retard dans l’exécution de l’obligation, pas sur le dommage causé au créancier par la faute du débiteur...<sup>9</sup>. Rien dans ce système ne révèle une confusion avec le délit et le quasi-délit traités dans le Titre IV (Des engagements qui se forment sans convention) aux articles 1382 et suivants. Le Code maintient donc encore fermement la distinction des sources d’obligations et le rattachement des dommages et intérêts contractuels aux effets de l’obligation conventionnelle.

Il en va de même, à première vue, de la doctrine classique. La plupart des auteurs distinguent soigneusement les principes qui régissent les dommages et intérêts dûs en cas d’inexécution de l’obligation contractuelle de ceux qui s’appliquent en l’absence de contrat, car ils opposent en général nettement le manquement à un engagement préalable de la faute commise en l’absence de tout engagement<sup>10</sup>. La doctrine contemporaine qui conteste le concept de responsabilité contractuelle ne relève que peu d’exceptions<sup>11</sup>. Il n’y a guère que

6) Ph. RÉMY, La “responsabilité contractuelle”: histoire d’un faux concept, précité, n°3.

7) Sur le système du Code, voir particulièrement: Ph. RÉMY, La “responsabilité contractuelle”: histoire d’un faux concept, n°2 et s.

8) Ph. RÉMY, *Ibid.* n°2.

9) Ph. RÉMY, *Ibid.*

10) Selon LAURENT (Principes de droit civil, Tome 16, n°312), *“Les principes que le Code établit sur les dommages-intérêts sont généraux: ils s’appliquent à toutes les obligations conventionnelles, qu’elles aient pour objet une chose ou un fait (...) (ils) ne s’appliquent pas aux dommages-intérêts résultant des délits ou quasi-délits”*. De la même manière, pour ACOLLAS (Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon, 2° Ed., Tome 2, Paris, 1874, p. 794), *“La section IV ne concerne que les dommages-intérêts qui résultent de l’inexécution des obligations contractuelles ou quasi-contractuelles; elle est inapplicable aux dommages-intérêts qui forment l’objet même des obligations engendrées par le délit ou le quasi-délit”*.

11) Ph. RÉMY, La “responsabilité contractuelle”: histoire d’un faux concept, précité, n°8.

TOULLIER dont elle note qu'il rapproche nettement la "faute contractuelle" et la "faute délictuelle"<sup>12</sup>.

Il nous semble que la doctrine des commentateurs du Code est sans doute moins ferme que cela. HUC que l'on cite parmi les auteurs qui font de l'opposition des deux fautes "*un leitmotiv doctrinal*"<sup>13</sup>, indique néanmoins que "*les règles (...) des articles 1149 à 1151, quoique formulées à l'occasion des obligations conventionnelles sont néanmoins applicables aux dommages-intérêts encourus à raison d'une faute commise en l'absence de tout engagement (...) Il faudra donc les appliquer notamment en matière de délit civil, c'est-à-dire de violation volontaire d'un devoir commun à tous*"<sup>14</sup>. HUC favorise ainsi la confusion des dommages et intérêts contractuels et délictuels<sup>15</sup>. Surtout, c'est le fondement attribué par la doctrine classique au droit à dommages-intérêts en cas d'inexécution de l'obligation contractuelle qui est propice à un rapprochement (au moins partiel) avec le droit des délits. À cet égard, certains commentaires du Code distinguent, à la suite de POTHIER<sup>16</sup>, le cas où l'inexécution est due à une simple faute et celui où elle est imputable au dol du débiteur. Dans la première hypothèse, "*la vraie cause de l'obligation subsidiaire des dommages et intérêts réside dans une clause tacite de la convention elle-même, par laquelle le débiteur consent à indemniser le créancier pour le cas où l'obligation principale ne serait pas exécutée*"<sup>17</sup>. En

12) Ph. RÉMY, *Ibid.* TOULLIER indique en effet clairement à propos des dommages et intérêts résultant de l'inexécution des conventions, de la faute et de la demeure qu'"*il faut donc entendre par faute en cette matière, tout fait, toute omission qui causent du dommage à autrui, et qui peuvent être imputés à celui qui les a commis, quand même il n'y aurait de sa part aucune mauvaise foi. C'est ce que nous apprend l'art. 1147, fondé sur les mêmes principes que les art. 1382 et 1383* (TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, 5<sup>e</sup> Éd., Tome 6, n<sup>o</sup>233. C'est nous qui soulignons). Sur la doctrine de TOULLIER, voir également: A. DESRAYAUD, *École de l'Exégèse et interprétations doctrinales de l'article 1137 du Code civil*, RTD Civ. 1993, p. 535 et s. Cette doctrine fut sévèrement critiquée par AUBRY et RAU (*Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ*, 6<sup>e</sup> Ed. par BARTIN, Tome 4, p. 145, note 25).

13) Ph. RÉMY, *Ibid.* n<sup>o</sup>9, qui renvoie au n<sup>o</sup>95 du Tome VII du Commentaire théorique et pratique du Code civil.

14) HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, Tome VII, n<sup>o</sup>151.

15) Il est vrai que la confusion se fait alors en faveur du contrat, puisque ce sont les principes fixés pour le cas d'inexécution d'un engagement contractuel qui sont étendus au délit.

16) *Traité des obligations*, 1<sup>ère</sup> Partie: De ce qui appartient à l'essence des obligations, et de leurs effets, Chapitre II: De l'effet des obligations, Article III: Des dommages et intérêts résultant, soit de l'inexécution des obligations, soit du retard apporté à leur exécution, spécial. n<sup>o</sup>159 et 166.

17) DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Tome XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, Tome 1, 2<sup>e</sup> Ed., 1870, n<sup>o</sup>577. Voir également: MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7<sup>e</sup> Ed., Tome 4, n<sup>o</sup>520: "*Quand on ne peut reprocher aucun dol du débiteur, on regarde naturellement la dette de dommages-intérêts comme le résultat d'une convention accessoire tacitement arrêtée entre lui et le créancier*".

revanche, en cas de dol du débiteur, “la cause de l’obligation des dommages-intérêts (...) n’est plus, comme dans la première hypothèse, une clause tacite et subsidiaire de la convention; car il n’est pas possible de supposer une clause par laquelle les parties prévoyant le dol de l’une d’elles, auraient voulu restreindre la responsabilité qui devait résulter de son acte frauduleux. C’est donc du dol lui-même que procède l’obligation d’en réparer les suites; et M. BIGOT-PRÉAMENEU exprimait très bien cette cause, dans l’Exposé des motifs, en disant que le dol établit, contre celui qui le commet, une nouvelle obligation, différente de celle du contrat (Locré, t. XII, p. 330); obligation nouvelle, en effet, indépendante du consentement du débiteur, et par laquelle il est tenu, velit, nolit, de réparer tout le dommage, qu’il a causé au créancier par suite de l’inexécution de l’obligation”<sup>18</sup>. Cette fois la cause de l’obligation subsidiaire aux dommages-intérêts ce n’est plus le contrat; c’est la loi<sup>19</sup>.

Sous cette réserve, on peut néanmoins adhérer au constat dressé par Philippe RÉMY: la doctrine classiquiconçoit plutôt les dommages-intérêts contractuels comme un substitut de l’exécution en nature<sup>20</sup> et la confusion avec une créance de réparation ne viendra que plus tard<sup>21</sup>.

Le Professeur RÉMY a en effet récemment démontré dans une magistrale étude<sup>22</sup> que c’est sans doute PLANIOL qui a involontairement forgé les instruments nécessaires à l’invention de la responsabilité contractuelle. Dans sa défense de la faute contre la théorie de la garantie soutenue par SAINC-

18) DEMOLOMBE, op. cit. n°598; MARCADE, n°1150.

19) TOULLIER rattache de manière générale le droit à dommages-intérêts en cas d’inexécution de l’obligation, non au contrat, mais à la loi (Le droit civil français suivant l’ordre du Code, 5<sup>e</sup> Éd., Tome 6, n°222: “(...) les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l’équité, l’usage ou la loi donnent à l’obligation, d’après sa nature (art. 1135). La principale de ces suites consiste dans les dommages et intérêts qui sont dus à l’une des parties par celle qui n’exécute pas son obligation, ou qui a retardé de l’exécuter. C’est une obligation qui naît de la loi et de l’équité, c’est la sanction des conventions”.

20) C’est ce qui ressort, malgré des propos parfois non dénués d’ambiguïté, des principes avancés pour la fixation de la mesure des dommages-intérêts. V. par exemple: DEMOLOMBE, op. cit., n°567: les dommages-intérêts compensatoires ont pour but “de réparer, de compenser le dommage que l’inexécution cause au créancier; et ils doivent avoir, en effet, généralement, pour résultat de le mettre, par équivalent, dans le même état que si l’obligation avait été exécutée”; Ibid., n°593: “(...) le débiteur s’est obligé à exécuter la convention, soit spécifiquement telle qu’il l’a consentie, soit par équivalent, au moyen d’une indemnité pécuniaire, qui doit évidemment, pour être l’équivalent de l’exécution de la convention, placer le créancier au même état que si cette exécution avait eu lieu”.

21) La “responsabilité contractuelle”: histoire d’un faux concept, précité, n°6 et s.

22) La “responsabilité contractuelle”: histoire d’un faux concept, précité.

TELETTE<sup>23</sup>, PLANIOL conteste l'opposition traditionnelle entre la faute contractuelle, qui serait présumée, et la faute délictuelle, qui devrait être prouvée. En réalité, dans les deux cas, la faute crée une obligation: celle de réparer le dommage causé; dans les deux cas, la faute suppose l'existence d'une obligation antérieure, et elle consiste en un fait qui est la violation de cette obligation<sup>24</sup>. PLANIOL forge donc une notion générale de la faute qui englobe la violation des obligations légales et celle des obligations conventionnelles<sup>25</sup>. Comme il considère par ailleurs que toutes les obligations découlent du contrat ou de la loi, qui en sont les sources primordiales, et que la contravention à ces obligations a pour effet de les transformer toutes en une nouvelle obligation de réparer le dommage causé par cette contravention<sup>26</sup>, PLANIOL fournit tous les éléments d'un changement de nature du droit à dommages-intérêts du créancier: sa source, ce n'est pas le contrat mais un fait: l'inexécution de l'obligation; son objet, ce n'est pas d'exécuter l'obligation, de payer, mais d'indemniser le créancier du préjudice qu'il a subi.

Dans la filiation doctrinale de PLANIOL<sup>27</sup>, ce sont les Leçons de droit civil de H., L. et J. MAZEAUD qui expriment aujourd'hui le plus clairement ces idées. Selon ces auteurs, qui critiquent le rattachement de la responsabilité contractuelle aux effets de l'obligation, *“la responsabilité contractuelle est une source d'obligation, tout autant que la responsabilité délictuelle. Sans doute une obligation liait déjà l'auteur du dommage et la victime; mais l'obligation dont il s'agit est une obligation différente, qui remplace la première. Il y a successivement deux obligations; la première naît du contrat, la seconde de la responsabilité contractuelle(...). La situation est la même en cas de responsabilité délictuelle. Avant la réalisation du dommage une première obligation existait, créée cette fois par la loi non par le contrat. Par exemple, l'obligation de ne pas frapper autrui. La violation de cette obligation fait naître une nouvelle obligation: l'obligation de réparer le dommage résultant de cette violation. Les auteurs qui ont séparé la responsabilité contractuelle de la responsabilité délictuelle ont été ainsi conduits à méconnaître l'unité de la responsabilité civile”*<sup>28</sup>.

---

23) *De la responsabilité et de la garantie. Accidents du transport et de travail*, Bruxelles, 1884.

24) *Traité élémentaire de droit civil*, 3<sup>e</sup> Éd. 1905, II, n°876.

25) *Ibid.*, n°863 et s.

26) *Ibid.*, n°830.

27) Sur laquelle, voir plus précisément: Ph. RÉMY, La “responsabilité contractuelle”..., précité n°16.

28) H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, Tome II, Volume 1, Obligations, Théorie générale, 8<sup>e</sup> Éd. par F. CHABAS, 1991, n°376. V. également: H. MAZEAUD,

Depuis la thèse d'Albert BRUN<sup>29</sup>, la doctrine dominante est d'ailleurs en ce sens. Fondamentalement, la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle sont des mécanismes de même nature. Seules des différences de régime les opposent, fondées essentiellement sur l'originalité du fait générateur en matière contractuelle: l'inexécution d'une obligation découlant de la convention<sup>30</sup>.

Certes, il y a toujours eu des auteurs fidèles à l'analyse classique<sup>31</sup> et des doctrines divergentes<sup>32</sup>. Mais depuis quelques mois les rangs des contestataires se renforcent. Denis TALLON et Philippe RÉMY sont venus se joindre à Philippe Le TOURNEAU qui conteste depuis longtemps l'analyse du droit à dommages-intérêts du créancier en une créance de réparation<sup>33</sup>. Le premier a d'abord critiqué la présentation de l'inexécution du contrat que donne la doctrine dominante avant de s'attaquer à la notion de faute contractuelle<sup>34</sup>.

*Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, RTD civ. 1929, pp. 551 et s, spécial. n°3 et s.

29) *Rapports et domaines respectifs des responsabilités contractuelle et délictuelle*, Lyon, 1930.

30) Ce qui se traduit dans l'aménagement du régime de la responsabilité contractuelle, soit par la nécessité de respecter la volonté des parties, soit, dans une vue plus moderne, par celle de protéger le contrat tel que les parties l'ont voulu, dans le respect des exigences légales: G. VINEY, *Introduction à la responsabilité civile*, 2° Éd. LGDJ, 1995, n°234 et s.

Une thèse plus radicale -"moniste"- prolongeant la thèse de PLANIOL soutient plus radicalement que le fondement de la responsabilité est le même dans les deux cas. La faute "contractuelle" correspond en réalité à un manquement à une obligation légale, puisque c'est la loi qui oblige à respecter les conventions (V. P. ESMEIN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle*, RTD civ. 1933, pp. 627 et s, spécial. n°5).

31) Eugène GAUDEMET indique encore dans sa *Théorie générale des obligations* (1937, réimp. 1962) que "(les) dommages intérêts (contractuels) diffèrent de ceux (...) rencontrés à propos de la théorie générale de la responsabilité civile. Ils sont dûs ici en exécution d'une obligation préexistante entre personnes déjà créancière et débitrice en vertu d'un rapport de droit déterminé. L'obligation à des dommages intérêts n'est que la continuation et le prolongement de cette obligation préexistante, qui a simplement changé d'objet. Au contraire, dans le cas des articles 1382 s., il n'y avait pas d'obligation préexistante résultant d'un lien de droit défini. Une dette à laquelle rien ne préexistait était créée".

32) V. notamment: J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, Th., Paris II, 1978, qui soutient que la responsabilité contractuelle joue aujourd'hui un double rôle: procurer au créancier une satisfaction par équivalent et réparer le préjudice que lui a causé l'inexécution, ce qui correspond assez bien à l'état du droit positif.

33) V., dans le dernier état: Ph. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité*, Dalloz, 1996, n°220 et s, et n°1481 et s.

34) D. TALLON, *L'inexécution du contrat: pour une autre présentation*, RTD civ. 1994, pp. 223 et s., et *Pourquoi parler de faute contractuelle?*, *Écrits en hommage à Gérard CORNU*, 1995, pp. 429 et s.

D'une critique générale de notre système de responsabilité, le second a extrait et amplifié une contestation du concept même de responsabilité contractuelle<sup>35</sup>.

Ces critiques se rejoignent sur la nécessité de revenir à l'analyse classique du droit à dommages-intérêts en cas d'inexécution de l'obligation et d'abandonner ce "*faux concept*"<sup>36</sup> de responsabilité contractuelle dont ils prédisent la mort prochaine (I).

Malgré son sérieux et l'autorité de ses auteurs, il nous semble qu'il est encore trop tôt pour souscrire sans réserve à une telle proposition. Tout n'a pas été pesé et l'abandon de la responsabilité contractuelle constitue une mutation trop importante pour être décidée sans de nouvelles réflexions. Avant de se résoudre à cette issue funeste, il nous paraît souhaitable d'accorder à la responsabilité contractuelle au moins un sursis (II).

## I- UNE MORT ANNONCÉE

Pour les auteurs qui soutiennent la proposition, la mort prochaine de la responsabilité contractuelle est une nécessité. En effet, ce "*faux concept*" repose sur une confusion. Contrairement aux dommages-intérêts accordés à la victime en matière délictuelle, ceux alloués au créancier en cas d'inexécution de l'obligation n'ont pas pour objet de réparer un préjudice. Ils sont uniquement destinés à lui procurer la satisfaction qu'il pouvait attendre de l'exécution du contrat. Il ne s'agit pas d'indemniser mais de payer.

La réception de ce "*faux concept*" par le droit moderne des obligations est donc la cause d'un immense désordre (A). La remise en ordre qui s'impose ne peut venir que de sa suppression (B).

### A- LE CONSTAT D'UN DÉSORDRE

Le désordre qui affecte le droit moderne des obligations est double. Puisque la responsabilité contractuelle est une "*fausse responsabilité*", il est naturel qu'il atteigne principalement le droit de la responsabilité.

Mais comme la responsabilité contractuelle constitue un mélange des genres inacceptable -une sorte de monstre-, le contrat ne peut évidemment sortir

---

35) Ph. RÉMY, *Critique du système français de responsabilité*, Droit et cultures 1996, p 47, et La "*responsabilité contractuelle*": histoire d'un faux concept, RTD civ. 1997, pp. 323 et s.

36) La formule est de Ph. RÉMY (La "*responsabilité contractuelle*": histoire d'un faux concept, précité).

totalelement indemne de la confusion. Le trait est moins mis en lumière, mais la critique du concept de responsabilité contractuelle repose également sur le constat d'une altération de la pureté du contrat.

Le désordre est donc installé à la fois dans le droit du contrat (1°) et dans le droit de la responsabilité (2°).

### 1°- Dans le droit du contrat

Dans l'ordre contractuel, le "faux concept" de responsabilité contractuelle est d'abord accusé d'entraîner une "*présentation éclatée*" de l'inexécution de l'obligation<sup>37</sup>. Contrairement à la *common law* qui donne une vue globale des remèdes dont dispose le créancier en cas d'inexécution de l'obligation - en cas de *breach of contract* -, la doctrine française, à la suite des rédacteurs du Code civil, éparpille les sanctions de l'inexécution dans des présentations au demeurant fort différentes selon les auteurs. Certains traitent la responsabilité contractuelle et les règles spéciales à l'inexécution des contrats synallagmatiques sous la rubrique "violation du lien contractuel", l'exécution forcée étant rattachée au régime général de l'obligation<sup>38</sup>. D'autres analysent l'exception d'inexécution et la résolution pour inexécution dans un volume consacré aux effets du contrat, la responsabilité contractuelle étant confrontée à la responsabilité délictuelle dans un autre volume consacré à la responsabilité<sup>39</sup>... Cette dispersion présente de graves inconvénients. D'abord, elle conduit à masquer des questions essentielles, telle l'option entre la résolution et l'exécution forcée offerte par l'article 1184 al. 2 au créancier ou la possibilité d'exécution aux dépens du débiteur prévue par l'article 1144. Surtout, les auteurs qui rapprochent la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle envisagent principalement les dommages-intérêts dans leur fonction réparatrice, et pas pour ce qu'ils devraient être: une exécution par équivalent de l'obligation. Ils favorisent ainsi l'invasion du contrat par le délit et lui font perdre son originalité. C'est la responsabilité délictuelle qui sert à tort de modèle, notamment quant aux conditions du droit à dommages-intérêts. S'agissant du préjudice, par exemple, son rôle est pourtant très différent dans les deux domaines. En matière délictuelle, il est la source de l'obligation de réparer,

37) D. TALLON, *L'inexécution du contrat: pour une autre présentation*, RTD civ. 1994, pp. 223 et s.

38) F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 6° Éd. Dalloz 1996.

39) Traité de droit civil, sous la direction de Jacques GHESTIN, LGDJ, *Les effets du contrat* par J. GHESTIN et M. BILLIAU, et *Introduction à la responsabilité* par G. VINEY.

alors qu'en matière contractuelle, il sert seulement à mesurer l'étendue de l'exécution par équivalent<sup>40</sup>.

Ensuite, le concept de responsabilité contractuelle est soupçonné de favoriser la perte des règles du Code. Ainsi, la limitation des dommages-intérêts à ceux qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat (Art. 1150 C. civ), confrontée au principe de réparation intégrale en matière délictuelle, apparaît-elle comme une exception que la jurisprudence tend à appliquer de manière marginale<sup>41</sup>.

Au fond, cette confusion provient d'une erreur beaucoup plus grave qui consiste à faire jouer au contrat un rôle qui n'est pas le sien.

Concernant le contrat, la critique fondamentale sous-jacente est en effet la suivante: en traitant le droit à dommages-intérêts du créancier comme la réparation d'un préjudice, on favorise l'utilisation du contrat à une fin qui n'est pas naturellement la sienne. S'il ne s'agit pas de payer, c'est-à-dire d'exécuter l'obligation contractuelle, mais de réparer le dommage subi par une victime, les dommages-intérêts contractuels peuvent être utilisés à cette fin dès lors qu'il existe un préjudice en relation avec l'exécution du contrat. Sur cette pente, le risque est d'ignorer progressivement le contrat, d'accroître artificiellement son contenu obligatoire afin d'assurer l'indemnisation d'une victime. Chacun sait que c'est ce qui est advenu avec l'obligation contractuelle de sécurité. La jurisprudence ne l'a découverte dans le contrat de transport que pour favoriser l'indemnisation des victimes à une époque où le domaine et le régime de la responsabilité délictuelle du fait des choses n'étaient pas clairement fixés<sup>42</sup>. C'est ce qui s'est reproduit chaque fois que la jurisprudence a rattaché plus ou moins artificiellement au contrat une obligation accessoire à seule fin d'assurer l'indemnisation d'un préjudice subi par le créancier.

Mais alors le juge altère profondément l'objet du contrat. Le contrat est un instrument d'échange de biens et de services. Il est fait pour assurer la circulation des richesses, pas pour permettre la réparation des dommages. Son utilisation à cette fin incite d'ailleurs à le forcer, à y ajouter des obligations que

---

40) *Ibid.* p 228.

41) P. JOURDAIN, "Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle", in *Les métamorphoses de la responsabilité*, P.U.F, Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Tome 32, 1998, p. 76.

42) Civ. 21 novembre 1911, Cie générale transatlantique, D.P. 1913, 1, 249, note Sarrut, S. 1912, I, 73, note Lyon-Caen.

les parties n'ont pas réellement voulues. La responsabilité contractuelle installe donc le désordre au cœur du contrat. Son abandon est aussi une entreprise de restauration du contrat.

Réciproquement, en donnant au contrat un objet qui revient naturellement à la responsabilité ce “faux concept” perturbe gravement cette dernière.

## 2° - Dans le droit de la responsabilité

La liste des griefs adressés à la responsabilité contractuelle est longue. Elle multiplie les conflits de frontière entre les deux ordres de responsabilité, elle rend injustifiable le principe du non-cumul et complique l'indemnisation de certaines victimes<sup>43</sup>.

Il y a conflit de frontière entre les deux ordres de responsabilité lorsqu'on hésite sur la nature contractuelle ou délictuelle de l'action de la victime. Les manifestations du phénomène sont trop connues pour qu'on s'y arrête longuement.

En matière d'assistance, la jurisprudence hésite sur la nature de l'action de la victime blessée alors qu'elle apportait son aide à autrui. La jurisprudence dominante applique les règles de la responsabilité contractuelle en considérant qu'une véritable convention s'est nouée entre les parties, laquelle fait naître une obligation accessoire de sécurité à la charge du bénéficiaire de l'entraide<sup>44</sup>. Mais il existe des décisions divergentes qui refusent d'appliquer les règles de la responsabilité contractuelle en jugeant qu'il ne s'est pas formé de véritable convention entre les participants à l'activité<sup>45</sup>. Tout le monde connaît par ailleurs les vicissitudes de l'indemnisation des accidents de quai, ramenés dans le giron de la responsabilité délictuelle après avoir été indemnisés sur le fondement du manquement à une obligation contractuelle de sécurité de moyens<sup>46</sup>. On sait aussi à quelles hésitations a donné lieu l'indemnisation du dommage subi par une partie à l'une des conventions composant un groupe de contrats du fait de l'inexécution par le débiteur d'une obligation découlant d'un autre contrat du

---

43) Ph. RÉMY, *Critique du système français de responsabilité*, Droit et cultures 1996, p. 47, et La “responsabilité contractuelle”..., précité, n°20 et s.

44) V. notamment Civ. 1, 27 janv. 1993, Gaz. Pal. 24 sept. 1993, 19, note F. CHABAS; Civ. 1, 10 oct. 1995, Contrats, conc., consom. 1996, 1; Civ. 1, 17 déc. 1996, Bull. civ. I, n°463, RTD civ. 1997, p. 431, obs. P. JOURDAIN; Civ. 1, 16 juil. 1997, Contrats, conc., consom. 1997, 328.

45) Civ. 2, 26 janv. 1994, JCP 1994 I. 3809, obs. G. VINEY.

46) Civ. 1, 7 mars 1989, VALVERDE, D. 1991 J. p. 1, note Ph. MALAURIE.

groupe avant que la Cour de cassation ne rappelle solennellement que l'action ne peut être que délictuelle, en l'absence de contrat entre eux<sup>47</sup>...

L'invention de la responsabilité contractuelle a aussi fait perdre au principe du non-cumul sa rationalité. Cette règle qui interdit d'invoquer les mécanismes de la responsabilité délictuelle en cas de dommage causé au créancier par l'inexécution d'une obligation, se comprend aisément lorsqu'on reconnaît aux dommages-intérêts contractuels leur véritable nature. Il est impossible d'invoquer un mécanisme qui sert à réparer un préjudice lorsque l'on réclame en réalité l'exécution d'une obligation. Deux techniques n'ayant pas le même objet ne risquent pas d'être confondues. En revanche, le principe devient difficilement justifiable lorsque l'on attribue à la responsabilité délictuelle et à la "responsabilité contractuelle" la même nature et le même objet. S'il s'agit dans les deux cas de réparer un préjudice, pourquoi l'indemnisation doit-elle obéir à des principes différents pour un même type de dommage selon la qualité de la victime (tiers ou partie)? Pourquoi la réparation ne peut-elle se faire dans tous les cas selon les mêmes règles? Et s'il existe deux régimes pourquoi la victime ne peut-elle choisir? Au fond, ce qui est critiquable c'est justement cette coexistence de deux régimes de responsabilité<sup>48</sup>. Dans la rigueur des principes, il ne devrait y avoir qu'une forme de responsabilité (la responsabilité délictuelle) pour la réparation des dommages qui ne proviennent pas de l'inexécution de l'obligation contractuelle, les autres relevant de l'exécution par équivalent, du paiement.

Enfin, la responsabilité contractuelle défavorise certaines victimes dont elle complique l'indemnisation. Ce résultat est dû au fait que le régime du contrat influe nécessairement sur les obligations incluses de force par le juge dans le contrat afin de fonder l'indemnisation. Selon l'économie du contrat, ses modalités d'exécution... le débiteur s'engage à plus ou moins selon les cas. Ainsi, en matière de sécurité des personnes, la jurisprudence n'a pas pu consacrer uniformément une obligation de résultat à la charge du débiteur. Avec ce résultat paradoxal que le créancier d'une simple obligation de sécurité de moyens doit prouver la faute du débiteur là où il en serait dispensé s'il pouvait invoquer la responsabilité (délictuelle) du fait des choses. Une invention destinée à favoriser l'indemnisation des victimes se retourne donc finalement contre elles.

---

47) Ass. plén. 12 juillet 1991 (Besse), D. 1991, 549, note J. GHESTIN, et som. 321, obs. J.L. AUBERT, JCP 1991 II 21743, note G. VINEY, RTD civ. 1991, 750, obs. P. JOURDAIN.

48) Ph. RÉMY, *Ibid.*

À ces griefs dans l'ensemble fondés, on pourrait encore ajouter d'autres écueils redoutables, dont l'irritante question de la relativité de la faute contractuelle. Schématiquement, il s'agit de savoir à quelles conditions un tiers peut réclamer réparation de son dommage lorsque celui-ci provient de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de son obligation par un contractant. Plus précisément, il s'agit de déterminer si le tiers peut invoquer le manquement contractuel pour caractériser une faute délictuelle du débiteur à son égard. Sur ce point la jurisprudence se montre aussi particulièrement hésitante puisqu'après avoir exigé nettement de la victime qu'elle établisse une faute "*envisagée en elle-même et indépendamment de tout point de vue contractuel*"<sup>49</sup> elle déduit aujourd'hui fréquemment la faute délictuelle du seul manquement contractuel<sup>50</sup>.

Ce genre de confusion ne devrait plus être permis si l'on veut bien admettre que les dommages-intérêts contractuels sont dûs au créancier en cas d'inexécution de l'obligation qu'il peut donc seul invoquer et que les tiers doivent se fonder sur un autre type de manquement pour obtenir réparation de leur préjudice.

Pour remettre de l'ordre dans notre droit de la responsabilité, il faudrait donc retrancher de notre arsenal juridique ce faux concept de responsabilité contractuelle.

## B- LA NÉCESSITÉ D'UNE REMISE EN ORDRE

Tout le monde s'accorde sur la nécessité de remettre de l'ordre dans notre droit de la responsabilité, particulièrement de supprimer les différences de régimes applicables à l'indemnisation du préjudice corporel liées à la qualité de tiers ou de cocontractant de la victime. Mais si la perceptibilité mal est largement partagée, les avis divergent radicalement sur les moyens de le combattre. La jurisprudence, la loi et la doctrine ont forgé des remèdes que les auteurs qui contestent le concept de responsabilité contractuelle excluent en raison de leurs insuffisances (1°). La suppression de cette dernière est le seul remède qui puisse être sérieusement préconisé (2°).

### 1° - Les remèdes exclus

Confrontés aux difficultés suscitées par la coexistence de deux ordres de

---

49) V. notamment Civ. 1, 7 nov. 1962, JCP 1963. II. 12987, obs. ESMEIN, Civ. 1, 15 déc. 1964, Bull. I n°565.

50) V. notamment Civ. 3, 31 janv. 1969, JCP 1969. II. 16443, note G. LIET-VEAUX, RTD civ. 1969, obs. G. DURRY, Civ. 3, 5 déc. 1972, D. 1973. J. 401, note J. MAZEAUD, Civ. 3, 5 fév. 1992, RTD civ. 1992. 567, obs. P. JOURDAIN.

responsabilité pour l'indemnisation du dommage corporel, la doctrine, le juge et le législateur ont développé trois sortes de parades: la décontractualisation de la sécurité (a), la fabrication de clones de la responsabilité délictuelle (b) et l'élaboration de responsabilités légales (c).

a) *La décontractualisation de la sécurité*

Puisque la plupart des difficultés concernent la coexistence de deux ordres de responsabilité pour l'indemnisation du préjudice corporel, le moyen le plus simple, le plus évident, d'y mettre fin consiste à décontractualiser la sécurité et à n'admettre la réparation que sur un fondement délictuel. Même lorsque le dommage est causé au créancier par l'inexécution ou la mauvaise exécution d'une obligation contractuelle, la compétence devrait revenir exclusivement aux articles 1382 et suivants du Code civil. De la sorte, les principes d'indemnisation seraient les mêmes, que la victime soit un contractant ou un tiers. Pour les contractants, il n'y aurait plus à appliquer la problématique distinction des obligations de moyens et de résultat. Comme pour les tiers, tout dépendrait de la source du dommage, et particulièrement de l'intervention d'une chose dans sa réalisation. Si le dommage est dû au fait d'une chose, il faut appliquer la responsabilité sans faute de l'article 1384 C. civ. En l'absence d'intervention d'une chose dans la production du dommage, la responsabilité pour faute prouvée des articles 1382 et 1383 C. civ. retrouve son empire.

Au sein de la doctrine française, un fort courant se dessine ainsi pour soutenir la nécessité d'une décontractualisation totale de la sécurité<sup>51</sup>. La jurisprudence elle-même paraît s'être engagée dans cette voie, du moins pour ce qui concerne les dommages causés par les choses livrées en exécution du contrat. En la matière, elle a d'abord détaché la sécurité de la garantie des vices cachés pour en faire une obligation autonome<sup>52</sup>, puis elle a admis que cette obligation profite aux tiers aussi bien qu'au cocontractant. C'est l'un des apports fondamentaux du célèbre arrêt du 17 janvier 1995 par lequel la première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que *“le vendeur professionnel est tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens; qu'il en est*

---

51) Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les obligations*, Cujas, 7<sup>e</sup> Éd. 1997, n°813: *“En fait, le préjudice corporel n'est jamais contractuel, même s'il naît de l'inexécution d'un contrat, car l'obligation de veiller à la sécurité d'autrui est générale: elle ne résulte pas du contrat; son étendue et celle de la réparation ne sont pas affaire de convention”*; P. JOURDAIN, *Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle*, précité, p. 74.

52) Civ. 1, 11 juin 1991, Bull. civ. I, n°201, RTD civ. 1992, 114, obs. P. JOURDAIN.

*responsable tant à l'égard des tiers que de son acquéreur*"<sup>53</sup>. L'immense majorité des commentateurs analyse cette décision comme marquant un détachement de la sécurité du contrat<sup>54</sup>. En effet, "*une obligation qui est destinée à profiter aux tiers comme aux parties n'a plus grand-chose de contractuel*"<sup>55</sup>. Il n'est même plus exact de parler d'obligation dans des relations extra-contractuelles, tant la notion d'obligation évoque le contrat et il vaudrait mieux consacrer ici une responsabilité de plein droit pour risque<sup>56</sup>.

C'est le même arrêt qui a eu pour la première fois très clairement recours à un deuxième remède qui consiste à fabriquer un clone de la responsabilité délictuelle destiné régir les relations entre contractants.

#### *b) Les clones de la responsabilité délictuelle*

Alors que son existence était jusque-là discutée, l'arrêt du 17 janvier 1995 a expressément consacré une responsabilité contractuelle du fait des choses en jugeant que "*contractuellement tenu d'assurer la sécurité des élèves qui lui sont confiés, un établissement d'enseignement est responsable des dommages qui leur sont causés non seulement par sa faute mais encore par le fait des choses qu'il met en œuvre pour l'exécution de son obligation contractuelle*"<sup>57</sup>. Sans doute ne s'agit-il pas d'un clone parfait, le domaine et le régime de la responsabilité contractuelle du fait des choses n'étant sans doute pas strictement identiques à ceux de la responsabilité délictuelle<sup>58</sup>. Mais du moins la méthode est-elle claire: il s'agit d'imiter en matière contractuelle les principes de la responsabilité délictuelle afin d'éviter des différences de traitement qui pour-

53) Civ. 1, 17 janvier 1995 (Société Planet Watthom), D. 1995. J. 350, note P. JOURDAIN.

54) Contra P. SARGOS in *La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire*, Economica 1997 pp. 100-101 qui indique qu'à son avis la responsabilité doit rester contractuelle même à l'égard des tiers parce que dans cette responsabilité du fait des produits "*il y a toujours un acte contractuel qui est la mise sur le marché... Or, cet acte contractuel entraîne (...) une obligation fondamentale qui est l'obligation de ne livrer qu'un produit exempt de tout vice ou de tout défaut de fabrication. Dès lors, à la limite, quel que soit ensuite le cheminement de ce produit (...) est-ce qu'on ne remonte pas, en définitive, à un chaînon contractuel?*". Voir également infra.

55) P. JOURDAIN, note précitée, qui ajoute, dans la droite ligne du courant doctrinal précédemment indiqué, qu'"*au demeurant, l'obligation de sécurité n'est pas et n'a jamais été une obligation spécifiquement contractuelle. Elle fait en réalité partie de ces devoirs de portée générale qui dépassent le cercle des parties contractantes. Le respect de l'intégrité physique et des biens d'autrui s'impose à tous; la sécurité est hors contrat*".

56) *Ibid.*

57) Civ. 1, 17 janvier 1995, précité.

58) Sur ces différences, voir particulièrement: F. LEDUC, *La spécificité de la responsabilité contractuelle du fait des choses*, D. 1996 Ch. pp. 164 et s.

raient être défavorables à la victime, particulièrement d'avoir à prouver une faute du débiteur.

Le même phénomène d'imitation est observable en matière de responsabilité du fait d'autrui. La responsabilité délictuelle des commettants du fait de leurs préposés aurait un double en matière contractuelle: la responsabilité contractuelle du fait d'autrui<sup>59</sup>. La ressemblance est d'ailleurs telle que la jurisprudence tend à les confondre, appliquant fréquemment l'une à la place de l'autre en méconnaissance des domaines respectifs de ces deux formes de responsabilité<sup>60</sup>.

Certains jugent donc que plutôt que reproduire imparfaitement par la voie prétorienne la responsabilité délictuelle, il vaudrait mieux confier au législateur le soin de créer de nouveaux régimes.

### *c) Les responsabilités légales*

Le troisième et dernier remède au désordre qui règne actuellement dans notre droit de la responsabilité, appelé de ses vœux par une partie importante de la doctrine, est “*que le législateur, qui peut tout faire, nous fabrique des “responsabilités légales” qu'il ne faudrait pas “chercher à faire entrer à tous prix... dans les deux catégories “contractuelle” et “délictuelle”... pour respecter une simple classification abstraite et théorique*”<sup>61</sup>. Autrement dit, il s'agit de consacrer des régimes de responsabilité uniforme, s'appliquant indifféremment aux contractants et aux tiers. Le droit positif fournit quelques exemples de ce type de responsabilité.

L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 5 juillet 1985 relative à l'amélioration de la situation des victimes d'accident de la circulation prévoit que le texte s'applique aux victimes d'un accident de la circulation “*même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat*”. La directive du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux instaure un régime de

---

59) Sur l'originalité de cette forme de responsabilité au sein de la responsabilité contractuelle, voir: D. REBUT, *De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui et de son caractère autonome*, Revue de la recherche juridique 1996, pp. 409 et s.

60) L'application de l'une ou de l'autre dépend pourtant d'un élément simple. Il suffit de se demander si le préposé (ou le substitut du débiteur en matière contractuelle) a causé le dommage à un tiers ou à un co-contractant du commettant (ou du débiteur): F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 6<sup>e</sup> Éd. 1996 n° 798, qui observent par ailleurs que l'abus de fonction ne peut pas avoir la même incidence en matière contractuelle et en matière délictuelle.

61) Ph. RÉMY, *Critique du système français de responsabilité civile*, précité p. 48.

responsabilité des fabricants et producteurs applicable à toutes les victimes d'un défaut de sécurité du produit, qu'elles soient cocontractantes ou non. Le nouvel article 1386-2 du Code civil, issu de la loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux qui met enfin le droit français en conformité avec le texte communautaire dispose 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*"<sup>62</sup>. Le même type d'uniformisation est proposé par une doctrine particulièrement autorisée pour les responsabilités professionnelles<sup>63</sup>.

Néanmoins, ce remède est comme les deux autres jugé inadapté par les auteurs qui préconisent la suppression pure et simple de la responsabilité contractuelle.

La suppression de la responsabilité contractuelle s'impose d'abord en raison de l'insuffisance de certains remèdes avancés.

L'extension de la sécurité hors du champ contractuel réalisée par l'arrêt Société Planet Wattohm laisse subsister de redoutables écueils. La Cour de cassation a beau juger que le vendeur professionnel est responsable du défaut de sécurité des produits tant à l'égard des tiers que de son acquéreur, il n'en reste pas moins qu'il existe en droit positif deux types de responsabilité qui n'obéissent pas au même régime. L'arrêt du 17 janvier 1995 parvient à unifier le fait générateur de la responsabilité mais comment gommer les différences relatives à l'étendue de la réparation, à la prescription, au régime des clauses d'exonération...?<sup>64</sup> Comment pourrait-on appliquer les règles de la respon-

---

62) Loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, J.O. du 21 mai 1998, Art. 2. Le texte est loin de réaliser l'uniformisation souhaitée puisque le nouvel article 1386-18 prévoit 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 extra contractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité*". Si la responsabilité du fait des produits défectueux transcende les deux ordres de responsabilité, elle ne les supprime pas. Elle s'ajoute à eux. Il n'y a plus deux mais trois régimes.

63) G. VINEY, *Traité de droit civil*, sous la direction de Jacques GHESTIN, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ 2° Éd. 1995, n°243 et s.

64) Ph. RÉMY, *Critique du système français de responsabilité*, précité, p. 48. Il suffit en effet d'imaginer que la victime non contractante introduise son action plus de dix ans après la manifestation du dommage pour que le problème se pose clairement. Son action est-elle irrecevable parce qu'elle reste de nature délictuelle (art. 2270-1 C. civ.)? Est-elle au contraire recevable parce que découlant du contrat elle est désormais de nature contractuelle? Posant très clairement la question de la nature contractuelle ou délictuelle de l'action du tiers contre le vendeur professionnel, voir G. VINEY in *La responsabilité du fait des choses, Réflexions autour d'un centenaire*, précité, p. 97.

sabilité contractuelle à l'égard d'un tiers sans revenir (au moins partiellement) sur la solution de l'arrêt Besse<sup>65</sup>? Sans doute est-il plus facile de pousser la décontractualisation de la sécurité à son point ultime et de juger à l'inverse que les règles de la responsabilité délictuelle doivent s'appliquer intégralement entre cocontractants parce que même entre eux la sécurité n'est pas contractuelle... La doctrine qui critique le concept de responsabilité contractuelle juge d'ailleurs que "*sur "les bras cassés et les morts d'homme" (J. CARBONNIER) la compétence appartenait naturellement et exclusivement, au droit des délits et quasi-délits*"<sup>66</sup>.

Mais la décontractualisation de la sécurité n'est pas un remède suffisant car il ne s'attaque qu'à une manifestation du mal, et pas à ses racines. Elle exclut du contenu obligatoire du contrat l'artificielle obligation de sécurité mais elle ne conteste pas la fonction indemnitare des dommages-intérêts contractuels.

Les critiques dirigées contre les deux autres remèdes sont beaucoup plus vives, car ces palliatifs reposent justement sur une confusion totale du rôle des dommages-intérêts en matière contractuelle et en matière délictuelle<sup>67</sup>. Si la jurisprudence peut importer en matière contractuelle les principes de la responsabilité délictuelle, et si le législateur peut créer des régimes applicables indistinctement aux contractants et aux tiers, c'est uniquement parce que les dommages-intérêts versés au créancier en cas d'inexécution de l'obligation ont le même rôle que ceux payés à la victime dans le droit des délits. Il s'agit dans les deux cas de réparer un dommage. La seule différence réside dans le fait générateur en matière contractuelle: l'inexécution ou la mauvaise exécution de l'obligation, qui imprime à la responsabilité une certaine originalité. Mais la nature et le rôle de ces sommes d'argent étant fondamentalement le même, il est permis d'imiter l'une de ces responsabilités dans l'autre, ou de les fondre en un régime uniforme. Les clones prétoriens de la responsabilité délictuelle et les responsabilités légales constituent donc l'avancée ultime de la confusion de la responsabilité et du paiement.

Car contrairement aux présupposés de ces remèdes, il convient justement de distinguer soigneusement la responsabilité et le paiement.

---

65) Malgré cette difficulté, le Conseiller SARGOS opine en faveur de la nature contractuelle de l'action du tiers (*La responsabilité du fait des choses, Réflexions autour d'un centenaire*, précité, p. 100).

66) Ph. RÉMY, *Critique du système français de responsabilité*, précité, p. 47.

67) Ph. RÉMY attribue ainsi le souhait du développement des responsabilités légales à "*de bons esprits*" (*Ibid.*, p 48).

## 2° - *Le remède préconisé*

Dans le droit des délits et quasi-délits, l'argent versé à la victime a pour objet de réparer le préjudice qu'elle subit, de compenser les conséquences de l'atteinte portée à ses intérêts. Il en va différemment en matière contractuelle. Les dommages-intérêts payés au créancier sont destinés à le placer dans la situation qui aurait été la sienne si l'obligation avait été exécutée. Autrement dit, il ne s'agit pas de réparer un préjudice mais simplement de lui donner ce à quoi il avait droit en vertu du contrat.

On voit bien les bénéfices attendus d'un tel retour à la pureté des concepts.

D'abord, on évitera la contamination de la matière contractuelle par le droit des délits et l'on retrouvera le sens originel des textes du Code. Ainsi, la règle de l'article 1150 qui limite les dommages-intérêts dûs par le débiteur à ceux qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, d'application aujourd'hui résiduelle, devrait-elle être suivie avec plus de constance. S'agissant de fournir au créancier l'équivalent de l'avantage que lui aurait procuré l'exécution, il est évident que cet équivalent ne peut pas dépasser ce qui a été promis.

Ensuite, les conflits de frontière entre les deux ordres de responsabilité devraient disparaître. Les principes régissant les dommages-intérêts contractuels ne devraient s'appliquer que lorsque c'est le créancier qui se plaint de l'inexécution de l'obligation découlant du contrat. Dans tous les autres cas, c'est le droit des délits qui doit retrouver son empire, qu'il s'agisse d'un tiers qui se plaint d'un préjudice découlant de l'inexécution de l'obligation contractuelle ou du cocontractant qui invoque un dommage qui ne se rattache pas strictement à l'inexécution de l'obligation contractuelle (comme un manquement à la sécurité).

Dans la droite ligne de cette remise en ordre, la règle du non-cumul retrouve son évidence. Il n'y a pas à hésiter sur les règles applicables lorsque les unes ont pour objet le paiement, les autres la compensation d'un préjudice. Le créancier qui réclame l'exécution par équivalent doit se fonder sur les règles contractuelles. Les tiers qui réclament l'indemnisation d'un dommage causé par l'inexécution de l'obligation, et le créancier qui se plaint d'autre chose que l'inexécution de l'obligation, doivent invoquer la responsabilité délictuelle...

Dans l'absolu, ces bénéfices paraissent évidents et l'on est tenté de souscrire sans réserve à la mort de la responsabilité contractuelle. Pourtant, toutes ses conséquences n'ont pas été encore clairement cernées et l'on peut aussi vouloir prendre encore un peu de temps avant de se résoudre à ce remède radical.

Il n'existe pas -heureusement- d'autorisation de mise sur le marché des théories juridiques. La doctrine est libre de favoriser les évolutions qui lui paraissent nécessaires ou souhaitables. Mais c'est sa responsabilité de mesurer tant qu'il est temps les effets du changement proposé. Or, les auteurs qui proposent un abandon pur et simple de la responsabilité contractuelle ont jusqu'ici laissé dans l'ombre certaines conséquences de la transformation qu'ils suggèrent. C'est cette lacune qu'il convient d'essayer de combler.

Il ne s'agit pas de cerner dans cette première approche toutes les implications de l'abandon de la responsabilité contractuelle, mais simplement d'ouvrir quelques voies. Il ne s'agit pas non plus, en l'état actuel de la réflexion, de trancher. Mais les interrogations que cette réflexion fait naître suggèrent qu'il convient sans doute d'accorder à la responsabilité contractuelle au moins un sursis.

## II- UN SURSIS SOUHAITABLE

L'abandon du concept de responsabilité contractuelle nécessite évidemment un changement total de notre perception de l'inexécution du contrat qui doit se traduire par une transformation du langage. Il faut bannir les notions et les mots "faute", "préjudice", "lien de causalité" de l'analyse de la défaillance du débiteur. L'abandon d'un siècle d'habitudes de pensées demandera du temps et il n'est pas sûr que la jurisprudence y souscrive facilement. Actuellement, elle conçoit nettement le droit à dommages-intérêts du créancier en cas d'inexécution comme une forme de responsabilité<sup>68</sup>. Il convient de mettre à profit le délai d'acclimatation de la nouvelle analyse du droit à dommages-intérêts du créancier pour réfléchir encore au sort de la responsabilité contractuelle.

Puisque sa suppression est conçue par les auteurs qui la soutiennent comme le remède à un mal, il convient donc, avant de souscrire à une prescription aussi radicale, de s'assurer de l'adaptation du remède au mal. Cela suppose un double examen: celui des effets du remède (A), et celui des fondements même de la prescription (B).

---

68) Ce que prouve l'exigence d'un dommage et d'un lien de causalité qu'elle maintient fermement. V. notamment Civ. 1, 14 mars 1995, Bull. civ. 1 n°128, *Revue de jurisprudence de droit des affaires* 1995, n°934, Civ. 1, 18 novembre 1997, *Revue de jurisprudence de droit des affaires* 1998, n°142. Adde P. JOURDAIN, *Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle*, précité p. 71 et s.

## A- LES EFFETS DU REMÈDE PROPOSÉ

Un certain nombre d'effets bénéfiques attendus ont été évoqués en présentant les causes de la mort annoncée de la responsabilité contractuelle. Sous réserve d'inévitables difficultés de mise en œuvre (qui a la qualité de cocontractant, qui la qualité de tiers?; sur quelles obligations les parties se sont-elles vraiment accordées?...), il s'agit dans l'ensemble de bénéfices réels, propres à favoriser une certaine remise en ordre de notre droit des contrats et de la responsabilité.

On pourra sans doute en découvrir d'autres, mais ce dont il convient de s'assurer c'est que la suppression de la responsabilité contractuelle n'est pas fondée (en partie) sur l'attente de bénéfices illusoire et qu'elle ne risque pas de s'accompagner d'effets nocifs.

La vérification est à faire d'abord à l'égard du droit à dommages-intérêts du créancier (1°), puis, plus largement, du contrat (2°).

### *1°- Sur le droit à dommages-intérêts du créancier*

Avant d'analyser les effets de l'abandon de la responsabilité contractuelle sur le droit à dommages-intérêts du créancier, il convient d'observer que le changement proposé se fait sur le fondement de textes inchangés. Il suffit de retrouver leur sens originel en considérant que les dommages-intérêts ne sont pas destinés à réparer un préjudice, mais à procurer au créancier une satisfaction par équivalent.

Cette relecture rejaillit sur le domaine du droit à dommages-intérêts contractuels (a), sur ses conditions (b) et sur son étendue (c). Les trois questions sont d'ailleurs intimement liées.

#### *a) Domaine du droit à dommages-intérêts*

S'agissant du domaine du droit à des dommages-intérêts contractuels, il suffit de rappeler ce que nous avons dit à propos de la remise en ordre du droit de la responsabilité, de la disparition des conflits de frontière et de la règle du non cumul.

Les articles 1146 et s. C. civ. n'ont vocation à s'appliquer que lorsque c'est le créancier qui se plaint d'avoir subi une perte ou d'avoir été privé d'un gain en raison de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'une obligation créée par le contrat. Dans tous les autres cas, c'est le droit des délits et des quasi-délits qui s'applique: lorsque l'inexécution de l'obligation cause un dommage à un tiers, et

lorsque le créancier subit une perte ou la privation d'un gain qui ne sont pas dûs à l'inexécution d'une obligation contractuelle.

À l'égard des parties, la délimitation du droit à dommages-intérêts contractuels dépend donc fondamentalement de la détermination du contenu obligatoire du contrat, que l'abandon du concept de responsabilité contractuelle permet de définir strictement.

### *b) Conditions du droit à dommages-intérêts*

S'agissant des conditions du droit à dommages-intérêts contractuels, toutes les notions qui empruntent au délit doivent *a priori* en être chassées: la faute, le préjudice et le lien de causalité<sup>69</sup>.

En matière contractuelle, la notion de faute doit être abandonnée au profit de celle d'inexécution de l'obligation<sup>70</sup>. Les dommages-intérêts contractuels étant destinés à fournir au créancier une satisfaction par équivalent, et pas à l'indemniser d'un dommage, il suffit de se demander s'il a reçu la prestation promise. Dans la négative, il a droit à des dommages-intérêts sans qu'il soit nécessaire de se demander si le comportement du débiteur est ou non fautif. Comme dans la *common law* où seule compte la *breach of contract*, le droit du créancier doit être fondé sur la seule inexécution de l'obligation<sup>71</sup>.

Le bénéfice attendu de cette transformation est évident. Il s'agit d'évacuer de notre droit des sanctions de l'inexécution l'infernale distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat<sup>72</sup>. Le passage par cette qualification des obligations est "un détour logique inutile": pour déterminer si l'obligation est "de moyens" ou "de résultat", on examine toujours le contenu concret du contrat, ce que les parties ont déclaré vouloir, ou ce que dit à leur place la loi ou le juge; il suffit donc de se demander: 1) ce que le débiteur devait; 2) s'il a bien fait ce qu'il devait; le passage par une "qualification" de l'obligation est un trompe-l'oeil. Toute la question du "fait générateur" de la

---

69) S'agissant du lien de causalité, son éviction est *a priori* impliquée par la suppression de la condition de préjudice. Il n'y a pas à se demander si c'est bien l'inexécution qui a causé le préjudice puisqu'il n'y a pas à se demander si le créancier a subi un préjudice. Le droit à dommages-intérêts est ouvert par le seul fait de l'inexécution. Pourtant, dans l'exécution par équivalent le lien de causalité revient en force. La compensation d'une perte ou d'un gain manqué ne peut évidemment être accordée au créancier que s'il est établi qu'ils ont leur source dans l'inexécution de l'obligation.

70) D. TALLON, *Pourquoi parler de faute contractuelle?*, *Écrits en hommage à Gérard CORNU*, 1995, p. 429.

71) *Ibid.* p. 435.

72) Sa naissance est très clairement imputée à l'apparition du concept de responsabilité contractuelle (Ph. RÉMY, *Critique du système français de responsabilité*, précité p. 45).

“responsabilité contractuelle” se ramène en vérité à la question du contenu exact du contrat; comme l’annonce l’article 1137, c’est “l’étendue de l’obligation contractée qui est à considérer, non le point de savoir si “l’obligation de réparer” suppose ou non la preuve d’une faute du débiteur”<sup>73</sup>.

Le passage par la qualification des obligations de moyens et des obligations de résultat constitue effectivement un détour inutile et on peut légitimement souhaiter la disparition de cette distinction dont la mise en œuvre est d’une incroyable complexité. Mais on peut aussi penser qu’il n’y pas grand-chose à attendre de ce point de vue de la disparition de la responsabilité contractuelle. Pour l’excellente raison que l’on rencontrera directement (comme le souhaitent d’ailleurs les partisans de l’abandon de la responsabilité contractuelle) la question que l’on essaie justement de résoudre par cette qualification: définir exactement ce à quoi le débiteur s’est engagé (et savoir s’il s’est exécuté). Et l’on constatera inévitablement que selon les cas, celui-ci s’est engagé à plus ou moins, à mettre simplement ses facultés au service du créancier pour essayer de lui procurer un avantage, ou à lui fournir cet avantage... à promettre des “moyens” ou un “résultat”!

En la matière, la disparition de la responsabilité contractuelle risque bien de ne procurer qu’un bénéfice illusoire.

Néanmoins, la transformation la plus importante concerne le préjudice qui doit naturellement disparaître des conditions du droit à dommages-intérêts puisqu’il s’agit désormais de payer et non d’indemniser<sup>74</sup>. On peut mesurer la portée de la transformation à partir de l’exemple suivant.

Une personne disposant de fonds accepte de consentir un prêt à une autre. Pour s’assurer du remboursement de la dette, elle charge le rédacteur du contrat de prêt de lui fournir un garant solvable. Le rédacteur du contrat fait intervenir à l’acte une caution qui accepte de garantir le prêt mais dont il n’a pas vérifié la solvabilité. Néanmoins, il se révèle que la caution dispose par bonheur d’un patrimoine suffisant pour rembourser la dette en cas de défaillance de l’emprunteur. Le prêteur peut-il réclamer des dommages-intérêts à son conseiller défaillant?

Dans la conception actuelle, la réponse serait certainement négative. Le

---

73) Ph. RÉMY, *Ibid.*

74) L’exigence d’un préjudice pourrait néanmoins réapparaître sous la forme de la condition de l’intérêt pour agir, si la simple volonté du créancier d’obtenir l’exécution est jugée insuffisante (D. TALLON, *L’inexécution du contrat: pour une autre présentation*, précité p. 228).

rédacteur de l'acte a bien manqué à son obligation<sup>75</sup>. Il n'a pas vérifié la solvabilité de la caution alors que son client l'avait chargé de trouver un garant solvable. Mais la demande en dommages-intérêts du créancier sera rejetée, faute pour lui d'établir un préjudice. La caution est malgré tout solvable et le prêteur obtiendra d'elle le remboursement en cas de défaillance du débiteur principal.

En revanche, dans l'exécution par équivalent l'analyse change. Le client du rédacteur de l'acte avait un avantage à l'exécution de l'obligation: consentir le prêt en toute sécurité. Le créancier n'a pas obtenu satisfaction, puisqu'en omettant de vérifier la solvabilité du garant le débiteur lui a fait courir un risque. Il doit donc obtenir des dommages-intérêts destinés à lui procurer par équivalent la satisfaction qu'il n'a pas eue.

La véritable question qui se pose alors est de savoir comment évaluer le montant des dommages-intérêts en l'absence de préjudice. Dans ce cas, le droit anglais des contrats accorde au créancier une somme symbolique connue sous le nom de *nominal damages*. Pourtant, la véritable solution consiste à évaluer l'intérêt qu'avait le créancier à l'exécution de l'obligation et à le satisfaire sous forme de somme d'argent. Mais en l'absence de perte matérielle ou de gain manqué il ne s'agit que d'un intérêt purement moral, dont l'évaluation est arbitraire et dont l'indemnisation risque bien d'être symbolique si l'on ne veut pas sanctionner trop sévèrement (et inutilement) le débiteur pour une inexécution qui ne cause pas de tort véritable au créancier.

Reste que dans l'immense majorité des cas, l'inexécution cause un dommage au créancier puisque l'exécution devait lui procurer un avantage dont il a été privé. À première vue, les modalités de fixation des dommages-intérêts ne risquent donc d'être affectées que dans des cas limités.

Pourtant si l'on veut donner toute sa portée à la mutation proposée, l'abandon de la responsabilité contractuelle doit rejaillir de manière générale sur la mesure des dommages-intérêts contractuels.

### *c) La mesure des dommages-intérêts*

La règle reste évidemment celle fixée par l'article 1149 C. civ.: "*Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé ...*". Mais c'est tout son esprit qu'il faut revoir. Les dommages-intérêts doivent compenser la perte subie et le gain manqué. Mais

---

<sup>75</sup> On suppose que cette obligation découle spécifiquement du contrat qui le lie à son client et pas du seul exercice de sa profession, que sa responsabilité est donc contractuelle et pas délictuelle.

l'une et l'autre doivent être strictement appréciés par rapport à l'avantage que l'exécution devait procurer au créancier. S'agissant de la perte subie, par exemple, on ne peut accorder au créancier des dommages-intérêts sur un fondement contractuel que pour la perte de la richesse qu'il subit par rapport à la chose même qui est l'objet de l'obligation. Il faut donc distinguer soigneusement deux types de dommages-intérêts, comme le faisaient les anciens auteurs: les dommages-intérêts intrinsèques qui correspondent à la perte subie et au gain manqué relativement à la chose même qui est l'objet de l'obligation, et les dommages-intérêts extrinsèques, qui coraux pertes causés aux autres biens<sup>76</sup>.

Un exemple emprunté à POTHIER permet d'illustrer cette distinction<sup>77</sup>. Un acheteur de pièces de bois les a utilisées pour étayer un bâtiment. Celui-ci s'est effondré en raison du défaut de ces matériaux, les pièces de bois livrées étant pourries. Les dommages-intérêts intrinsèques correspondent à la perte que l'acheteur a éprouvée en achetant pour bon ce qui était défectueux. Ils consistent en une réduction du prix d'achat. Les dommages-intérêts extrinsèques sont ceux résultant de la perte de la maison et des meubles qui la garnissent.

Dans le système de POTHIER, la distinction se rattache à la prévisibilité du dommage<sup>78</sup>. Le vendeur des pièces défectueuses n'est en principe tenu que des dommages-intérêts intrinsèques car ce sont les seuls que les parties ont pu prévoir. Mais il doit les dommages-intérêts extrinsèques lorsqu'ils ont été prévus, et que le débiteur s'en est expressément ou tacitement chargé. Ce qui doit être présumé quand il s'agit d'un homme du métier car “(l')ignorance de sa part ne serait pas excusable dans un homme qui fait profession publique d'un état et d'un art”<sup>79</sup>. Il les doit pareillement lorsque c'est son dol qui donne lieu à

---

76) Sur ce système, voir Ph. RÉMY, La “responsabilité contractuelle”: histoire d'un faux concept, précité n°41.

77) Dans le *Traité des obligations*, POTHIER rattache la distinction à la prévisibilité du dommage (n°160 et s).

78) Comme le dit très justement Ph. RÉMY (*Ibid.*), “la “prévisibilité”, dans cette définition, est donc une notion objective renvoyant à la nature même du dommage réparable, elle-même directement commandée par l'objet de l'obligation”. En revanche, la doctrine moderne adopte une interprétation volontariste de l'article 1150 et de la prévisibilité du dommage qui aboutit à mesurer les dommages-intérêts sur les conséquences prévisibles de l'inexécution (*Ibid.*). Dans le *Traité des obligations*, POTHIER illustre la règle par le célèbre exemple de la vente d'une vache malade qui contamine les bœufs de l'acheteur, ce qui l'empêche de cultiver ses terres et ainsi de payer ses dettes, ce qui provoque la vente de ses biens à vil prix par ses créanciers. Bien qu'il soit moins connu, nous avons préféré un autre exemple cité par POTHIER (*Traité des obligations*, n°163) pour illustrer les cas dans lesquels le débiteur est tenu des dommages-intérêts extrinsèques.

79) *Ibid.*

dommages-intérêts “*car celui qui commet un dol s'oblige, velit, nolit, à la réparation de tout le tort que ce dol causera*”<sup>80</sup>.

Dans l'exécution par équivalent, il semble que cette distinction doive jouer un rôle différent: délimiter les domaines respectifs du paiement et de la réparation, des dommages-intérêts contractuels et délictuels<sup>81</sup>. Cette transformation de la mesure des dommages-intérêts pose essentiellement deux questions.

D'une part, elle suppose de forger de nouvelles règles d'évaluation propres à la matière contractuelle, nettement distinctes de celles appliquées dans le droit des délits et fondées exclusivement sur l'appréciation de l'intérêt que le créancier a à l'exécution de l'obligation. Sur ce point, les auteurs qui soutiennent la proposition indiquent une direction: s'inspirer des solutions du droit anglais des contrats<sup>82</sup>. L'évaluation des dommages-intérêts dûs par le débiteur y connaît certes de redoutables difficultés. Mais pour être différentes, elles ne sont sans doute pas plus grandes que celle que pose déjà l'évaluation du préjudice en matière délictuelle et elles ont au moins le mérite de préserver l'originalité du contrat<sup>83</sup>.

D'autre part, la mise en œuvre de cette méthode d'évaluation nécessite de définir exactement ce dont le créancier a été privé du fait de l'inexécution, en relation directe avec ce que le débiteur a contractuellement promis. Une fois encore, c'est donc le contenu obligatoire du contrat qui est déterminant.

## 2°- Sur le contenu obligatoire du contrat

Bien que l'idée de la suppression de la responsabilité contractuelle ait été forgée à partir du désordre qui règne actuellement dans notre droit de la

80) POTHIER, *Traité des obligations*, n° 166.

81) Ce qui suppose évidemment de donner un autre contenu à la notion de prévisibilité que celui que retenait POTHIER, de ne pas confondre la distinction des dommages-intérêts prévisibles et imprévisibles avec celle des dommages-intérêts intrinsèques et extrinsèques, si l'on veut conserver tout son sens à l'article 1150 C. civ.

82) Ph. RÉMY, La “responsabilité contractuelle”: histoire d'un faux concept, précité, n°137 note 137.

83) Observons au passage que l'adoption de cette proposition, jointe à celle concernant la méthode d'appréciation du fait générateur du droit à dommages-intérêts -l'inexécution- (D. TALLON, *Pourquoi parler de faute contractuelle?*, et *L'inexécution du contrat: pour une autre présentation*, précités) rapprocherait sensiblement notre droit du contrat de la *common law*. Une différence fondamentale demeurerait cependant: la possibilité pour le créancier de réclamer l'exécution forcée, que le droit anglais exclut en principe.

responsabilité, il est évident que ce remède est aussi un palliatif à l'altération du contrat qui joue désormais un rôle qui n'est pas le sien. En limitant strictement le droit à dommages-intérêts du créancier à l'avantage que devait lui procurer l'exécution, on restitue au contrat son unique objet: l'échange de biens et de services.

Ce nécessaire "*resserrement du contrat*"<sup>84</sup> suppose une décontractualisation massive des obligations accessoires dont il convient de mesurer l'étendue et la portée afin de cerner l'efficacité de cette entreprise de restauration du contrat.

S'agissant de l'étendue de la décontractualisation, il est évident que celle-ci ne saurait être limitée à la seule obligation de sécurité, même si elle est la première concernée. Elle devrait naturellement s'étendre à toutes les obligations accessoires que le juge a fait entrer de force dans le contrat. Certaines obligations d'information et de conseil qui découlent plutôt de l'exercice d'une profession que de la conclusion d'un contrat devraient être rapidement atteintes<sup>85</sup>. Mais dans cette voie, où convient-il de s'arrêter? Ne convient-il pas d'exclure toutes les obligations qui n'ont pas été réellement voulues par les parties? Mais ne faudrait-il pas alors rayer du Code civil l'article 1135 et son voisin, l'article 1134 alinéa 3? Et que deviendrait la moralisation des conventions réalisée grâce à ces textes? Quelle serait la situation du créancier privé du soutien de ces obligations accessoires? Car alors de deux choses l'une. Ou bien l'obligation accessoire correspond en réalité à un devoir général -ce qui est certainement le cas de la sécurité (chacun la doit à autrui), de manière moins évidente déjà de l'information et du conseil...-, et le créancier victime d'un dommage peut se fonder sur les articles 1382 et s. C. civ. pour en réclamer réparation à l'auteur. Ou bien l'obligation accessoire découle quand même directement du contrat (comme une suite que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature), elle n'a pas d'équivalent hors du contrat, et le créancier victime d'un dommage ne peut en obtenir indemnisation. Pour éviter ce résultat, ne risque-t-on pas de voir éclore d'artificiels devoirs généraux propres à fonder une indemnisation? Auquel cas la remise en ordre espérée du droit des contrats se traduirait finalement par un nouveau désordre dans notre droit de la responsabilité, par le remplacement d'un artifice par un autre.

À l'inverse, c'est le contrat lui-même qui risque d'être atteint selon la portée que l'on accordera à la décontractualisation des obligations accessoires.

---

84) Ph. RÉMY, La "responsabilité contractuelle"..., précité, n°47.

85) En ce sens, P. JOURDAIN, *Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle*, précité, p. 74.

On ne fera pas grief à la décontractualisation des obligations accessoires de bouleverser les prévisions du débiteur en favorisant l'application de la responsabilité délictuelle entre contractants. Si la responsabilité contractuelle disparaît, chaque débiteur saura que les règles contractuelles ne valent que pour la compensation de la perte ou du gain manqué causé par l'inexécution de l'obligation, tout (autre) préjudice relevant du droit des délits et quasi-délits. La véritable question est de savoir si les obligations qui seront détachées du contrat -ou certaines d'entre elles au moins- seront impérativement exclues du champ contractuel, si elles échapperont nécessairement à la volonté des parties, ou si ces dernières pourront "contractualiser" les devoirs généraux auxquels elles correspondent pour aménager les conditions du droit à dommages-intérêts du créancier.

Là encore, la sécurité des personnes et des biens est la première concernée. En admettant qu'il s'agisse d'un devoir général, les parties à un contrat pourront-elles néanmoins l'intégrer à leurs prévisions pour en préciser le contenu et définir les conditions de la responsabilité du débiteur? Pourront-elles décider, par exemple, que ce dernier ne répondra du dommage causé au créancier que sur le fondement d'une faute prouvée, même si le préjudice est dû au fait d'une chose, ce qui déclencherait normalement l'application d'une responsabilité délictuelle sans faute? En ce domaine une réponse négative ne marquerait pas vraiment un recul du contrat, tant il est douteux que les parties puissent actuellement aménager, comme elles l'entendent, la sécurité du cocontractant, la matière relevant largement de l'ordre public législatif ou judiciaire. Mais il n'en va sans doute pas de même de tous les devoirs, notamment du conseil et du renseignement où la convention des parties peut parfois préciser utilement le contenu des devoirs généraux<sup>86</sup>.

La décontractualisation des obligations accessoires devrait donc s'accompagner de la possibilité de "recontractualiser" au moins certaines d'entre elles, faute de quoi une entreprise de restauration du contrat risquerait paradoxalement de se transformer en un nouveau déclin du contrat.

Les dangers de certains effets secondaires de sa disparition incitent donc à réclamer pour la responsabilité contractuelle un sursis. D'autant qu'ils se rattachent aux fondements même de la prescription sur lesquels il convient en fin de compte de revenir brièvement.

---

86) Sur les contrats relatifs à l'information, voir notamment: F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 3<sup>e</sup> Éd. Dalloz 1996, n°776 et s.

## B- LES FONDEMENTS DE LA PRESCRIPTION

La suppression de la responsabilité contractuelle est indiquée comme remède à un désordre causé par la confusion de la responsabilité et du paiement. Cette prescription suggère brèves observations.

La première remarque concerne l'exactitude du diagnostic et l'adaptation du remède au mal. Ce dernier est peut-être moins grave qu'il ne paraît, et le remède trop puissant pour le combattre. Certes, c'est le concept même de responsabilité contractuelle qui est contesté mais le diagnostic est essentiellement établi à partir du désordre créé dans notre droit de la responsabilité par l'obligation contractuelle de sécurité. Or, il n'est pas certain que la responsabilité contractuelle cause autant de perturbations en dehors de ce domaine particulier, car peu d'autres obligations accessoires (à part les obligations découlant de l'exercice d'une profession) sont en concurrence avec un devoir général, et l'indemnisation d'un même type de dommage envisageable à la fois sur un fondement contractuel et sur un fondement délictuel. En outre, il existe un autre remède peut-être mieux adapté à ce mal: décontractualiser la sécurité. Et il n'est même pas utile de la décontractualiser totalement comme le suggèrent certains auteurs<sup>87</sup>. L'idée selon laquelle la sécurité est toujours hors du contrat nous paraît inexacte. Il existe certainement un devoir général de ne pas porter atteinte à l'intégrité physique d'autrui. Mais ce devoir n'exclut pas nécessairement tout rattachement de la sécurité des personnes au contrat. Même si elle n'est que très rarement l'objet de l'obligation principale<sup>88</sup>, la sécurité doit rester contractuelle lorsque l'exécution du contrat expose la personne du créancier (ou celle de ses biens) à un danger que les tiers ne courent pas<sup>89</sup>. Il ne faudrait donc pas condamner la responsabilité contractuelle là où il suffit d'évacuer du contrat les obligations qui n'ont rien de contractuel. La véritable difficulté est de délimiter la sphère des obligations accessoires, de faire le tri entre celles qui peuvent être raisonnablement vues comme une suite naturelle de l'obligation principale et celles qui ne sont rattachées qu'artificiellement au contrat.

---

87) P. JOURDAIN, *Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle*, précité, p. 79.

88) Il n'y a guère que le contrat de "garde du corps" qui paraît donner naissance à une obligation principale de sécurité de la personne, les contrats de location de coffre-fort, de transport de fonds, qui créent une obligation de sécurité relative aux biens.

89) Rien n'oblige à monter sur un manège forain ou sur un toboggan aquatique et on ne voit pas pourquoi la sécurité due au client ne serait pas contractuelle. Nous adhérons pleinement à l'idée que "la sécurité est aussi au cœur de l'obligation contractuelle et qu'elle n'est pas d'essence délictuelle" (P. SARGOS, in *La responsabilité du fait des choses...*, précité, p. 94.

Les deux autres observations, complémentaires, s'appliquent à la composition du remède: l'exécution par équivalent, censée remplacer la responsabilité contractuelle.

D'abord, l'exécution par équivalent suppose par hypothèse... une inexécution. Elle prétend fournir au créancier la satisfaction qu'il n'a justement pas eue. Or, quoi que l'on fasse, l'exécution et l'inexécution ne sont pas simplement contraires. L'inexécution est un fait qui ajoute au contrat. Elle produit dans la situation des parties des effets spécifiques qui ne sont pas simplement l'inverse de ceux de l'exécution.

Ensuite, la notion même d'exécution par équivalent peut-être contestée. Exécuter n'est-ce pas fournir au créancier exactement ce qui lui a été promis? Lui donner de l'argent à la place d'un bien ou d'un service, est-ce vraiment exécuter<sup>90</sup>? Ne doit-on pas admettre avec Patrice JOURDAIN que *“dire que les dommages-intérêts représentent un mode d'exécution par équivalent n'est en réalité qu'une image; à proprement parler, une telle exécution est inconcevable”*<sup>91</sup>.

À abandonner la responsabilité contractuelle, ne risque-t-on pas de juger un jour -dans cent ans?- que l'exécution par équivalent est un faux concept?

---

90) POTHIER dont on sait qu'il concevait les dommages et intérêts comme un effet de l'obligation (voir supra) indique pourtant (*Traité des obligations*, Partie I, Chapitre II, Article III, n° 160) qu'*“il ne faut pas néanmoins assujettir le débiteur à indemniser le créancier de toutes les pertes indistinctement que lui a occasionnées l'inexécution de l'obligation, et encore moins de tous les gains que le créancier eût pu faire, si le débiteur eût satisfait à son obligation”*. La raison de cette limitation est connue: le débiteur est censé ne s'être soumis qu'aux dommages et intérêts qu'on a pu prévoir lors du contrat. Mais il n'empêche que le créancier n'obtiendra pas exactement la même chose que si le contrat avait été exécuté.

91) *Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle*, précité, p. 5.