



HAL
open science

Pour la consécration d'un principe de concours des responsabilités contractuelle et délictuelle

Kouroch Bellis

► **To cite this version:**

Kouroch Bellis. Pour la consécration d'un principe de concours des responsabilités contractuelle et délictuelle. *Revue Lamy Droit civil*, 2019, 2019 (12), pp.40-46. halshs-03125247

HAL Id: halshs-03125247

<https://shs.hal.science/halshs-03125247>

Submitted on 22 Feb 2021

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.

Pour la consécration d'un principe de concours des responsabilités contractuelle et délictuelle

Kouroch Bellis

Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Revue Lamy Droit civil, déc. 2019, pages 40-46, version auteur

Le principe du concours des responsabilités délictuelle et contractuelle doit être consacré. Le principe actuel de non-cumul, fruit d'un malentendu historique, n'a pas de fondement valable, complique le droit civil français et aboutit à des injustices pratiques. L'émergence de responsabilités dites légales et l'admission des clauses limitatives de responsabilité annoncent sa chute. Le concours des responsabilités aboutirait, dans le vocabulaire français actuel, à une responsabilité délictuelle pour faute d'ordre public et à une responsabilité sans faute pouvant être remise en cause par la lettre ou l'économie d'un contrat.

1. Spécificité française, au moins dans la rigueur de son application¹, le principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle paraît relever aussi bien de la raison que de la tradition. S'il a essuyé des critiques², celles-ci sont pour le moment en petit nombre et ni le législateur ni la jurisprudence n'indiquent avoir le souhait conscient d'y mettre fin. Les rédacteurs du projet de réforme du droit de la responsabilité de 2017 entendent même le consacrer³.

2. Dans la perspective d'une réforme à venir, cette contribution vise à appuyer la critique de ce principe et à prôner un principe contraire – le principe de concours des responsabilités⁴. Le principe de non-cumul est en effet le fruit d'un malentendu historique et pose bien des problèmes sans que l'on ne lui trouve de fondement valable (I). De sorte qu'un principe

¹ Voir André TUNC, *La Responsabilité civile*, Economica, 1990.

² René SAVATIER, Note sous Cass. civ. 2, 13 mai 1955, D. 1956.1.53 ; Id., *Traité de la responsabilité civile en droit français*, LGDJ, 2^e éd., 1951, t. 1, n^{os} 148-160 ; Paul ESMEIN, « La chute dans l'escalier », *JCP* 1956.1.1321 ; Geneviève VINEY, « Pour une interprétation modérée et raisonnée du refus d'option entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle », R.D. McGill (39) 1994.813 ; Jean-Sébastien BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD Civ.* 2010.1 ; Salma Abid MNIF, *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle. Comparaison des droits français et tunisien*, préf. P Jourdain, avant-propos J. Sami, L'Harmattan, 2014.

³ Art. 1233, projet 2017. V. néanmoins *infra* n^o 25.

⁴ V. déjà, de manière plus détaillée : Kouroch BELLIS, « Contrat et responsabilité civile : pour un système juste en droit des obligations », *RJTUM* 2018 (52), 2, pp. 291 et s., III.

opposé, le principe de concours des responsabilités contractuelle et délictuelle, emporte bien plus la conviction **(II)**.

3. Avant d'aller plus loin, rappelons que ce qu'on nomme le principe de non-cumul des responsabilités recoupe deux règles⁵. D'une part, l'absence d'option : si une personne n'a pas été ou ne peut être condamnée à réparation par la responsabilité contractuelle, elle ne peut subsidiairement invoquer la responsabilité délictuelle. D'autre part, l'absence de cumul : pour un même litige, on ne peut appliquer une responsabilité sur certains points ou dans une certaine mesure, et une autre sur d'autres points ou pour attribuer un excédent. Bien entendu, il ne s'agit pas de se demander si l'on peut recevoir deux fois réparation du même (chef de) préjudice.

I. L'absence de fondement du principe de non-cumul des responsabilités

4. Le « principe » de non-cumul des responsabilités est un objet d'étude bien curieux. Il s'agit, selon la pratique jurisprudentielle, d'un principe structurant du droit français des obligations et, de ce fait, d'un principe fondamental du droit civil français. Pourtant, on ne lui trouve aucun fondement textuel⁶ ou historique, ce qui est tout à fait étonnant. Certes, si la plupart des principes juridiques⁷ sont inférés de la loi, certains ne le sont pas, tel, dans une certaine mesure⁸, le principe selon lequel nul selon lequel doit s'enrichir au détriment d'autrui⁹. Cependant, dans ces cas, le fondement est souvent historique. Ainsi, les juges se permettent de découvrir un principe général du droit français souvent lorsqu'il correspond à un principe

⁵ Comp. René RODIÈRE, *La responsabilité civile*, Rousseau, 1952, n° 1683.

⁶ Ou tout au plus un fondement textuel très vague, comme nous le verrons dans la présentation de l'émergence historique de ce principe.

⁷ Voir Patrick MORVAN, *Le principe de droit privé*, Éditions Panthéon-Assas, 1999.

⁸ Puisqu'on peut l'inférer de la gestion d'affaires et du paiement de l'indu.

⁹ Découvert dans : Cass. req., 15 juin 1892, Patureau c. Boudier.

issu du droit romain. Le fondement historique a d'ailleurs une force si importante en jurisprudence que, bien souvent, lorsque le principe peut avoir un fondement textuel, le juge ne s'embarrasse pas de celui-ci¹⁰. On trouve des principes qui se sont détachés de leur fondement textuel, tel le principe selon lequel nul ne doit causer un trouble anormal de voisinage. Cependant, pour reprendre cet exemple, la portée de ce principe est bien plus limitée que le principe de non-cumul et le lien avec l'ancien article 1382 du Code civil (qui a servi de fondement explicite en jurisprudence jusqu'en 1986¹¹) et le *neminem laedere* est évident. On trouve en droit administratif des principes généraux jurisprudentiels autopoïétiques et encore plus importants et structurants que le principe de non-cumul, mais nous savons que l'office du juge est différent en droit privé. Par conséquent, bien que la jurisprudence applique un principe de non-cumul et que celui-ci n'est que peu remis en cause en jurisprudence, il est possible de se demander s'il faut vraiment considérer que ce principe existe en droit civil français¹².

5. Notre réponse est négative, ou, à tout le moins, que rien n'oblige à appliquer un tel principe. En effet, d'une part, il n'a pas de fondement historique et est même le fruit d'une sorte de malentendu historique **(A)**. D'autre part, il n'a pas de fondement systémique, en ce sens qu'il ne se justifie pas au sein d'un système logique, et est, au contraire, le fruit de bien des difficultés **(B)**

¹⁰ Ainsi l'adage *infans conceptus*, dont le principe correspondant peut être inféré du Code civil (art. 725 et 906) et pourtant l'arrêt découvrant ce principe (Cass. civ. 1, 6 fév. 2008, 06-16500) ne mentionne pas le Code. V. Bernard TEYSSIÉ, Droit civil. Les personnes, LexisNexis, 2018, n° 27.

¹¹ GAJC, 81-82, 3.

¹² Si l'on s'en tient aux textes en vigueur.

A. Le malentendu historique ayant abouti au principe de non-cumul

6. Il n'y avait pas, *mutatis mutandis*, de principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle à Rome. En effet, en droit romain, le prêteur dont les vêtements prêtés sont détériorés avait l'option entre les deux actions : l'action de louage – correspondant à la responsabilité contractuelle contemporaine – et l'action aquilienne – correspondant à la responsabilité délictuelle contemporaine¹³.

7. L'origine du principe du non-cumul semble résider dans les débats postérieurs au Code civil portant sur les liens entre responsabilités contractuelle et délictuelle et dans le point de savoir si la première est aussi fondée sur le principe posé à l'article 1382, et plus précisément dans le débat sur le caractère générateur ou non de la responsabilité contractuelle de la faute très légère.

8. Il s'agit d'une des questions les plus importantes du droit privé du XIX^e siècle¹⁴. Depuis le droit romain, beaucoup de juristes estimaient que le degré de la faute (lourde, légère, très légère) avait un effet sur l'étendue de la réparation des dommages¹⁵. Ainsi, la faute lourde « consiste à ne pas apporter aux affaires d'autrui le soin que des mauvais pères de famille [...] »

¹³ Voir Paul-Frédéric GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, 2003, pp. 700-701. Bien entendu, il ne pouvait obtenir deux fois réparation du même dommage, et le Digeste ne lui accordait que trente jours pour demander le supplément (*D.*, 44, 7, 34, 2), dans un souci de police judiciaire peut-on penser.

¹⁴ Troplong demandait, en se référant à cette question précise : « quel écrivain peut aujourd'hui écrire sur le droit, sans que l'école ne le somme aussitôt de dire son dernier mot sur la prestation des fautes ? ». Raymond-Théodore TROPLONG, *De la vente*, Hingray, 1856, t. 1, n° 361.

¹⁵ Des auteurs comme Bartole, Denisart, Pothier et de nombreux autres adoptaient cette classification, mais d'autres comme Doneau et Domat la rejetaient. Jean-Philippe LÉVY et André CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, n° 664.

ne manquent pas d'apporter à leurs affaires»¹⁶ ; la faute légère « consiste à ne pas apporter aux affaires d'autrui le soin qu'un bon père de famille apporte aux siennes » et la faute très légère « consiste à ne pas apporter aux affaires d'autrui le soin que les personnes les plus actives, l'homme aux cent yeux, apportent à leurs affaires »¹⁷. Or, l'article 1137 du Code civil nouvellement adopté obligeait désormais à veiller sur la chose confiée comme un « bon père de famille ». Une controverse vivace porta alors sur la question suivante : la faute très légère causant un dommage dans un rapport contractuel entraîne-t-elle droit à réparation ?

Toullier répondit par l'affirmative en expliquant que la distinction entre la faute légère et la faute très légère n'est pas, comme l'avait indiqué Thomasius, assez fixe et que c'est la raison pour laquelle les codificateurs avaient voulu abandonner la division tripartite d'Ancien Régime¹⁸. C'est cependant sa justification textuelle qui fit couler beaucoup d'encre puisqu'il voulait pour preuve textuelle de sa théorie... l'article 1382, qui fait référence à « tout fait quelconque de l'homme », ce qui inclut la faute très légère. Selon Toullier, cet article décrit une règle générale du droit de « la » responsabilité (contractuelle ou délictuelle) au singulier et celle-ci est d'ailleurs « fondée sur ce précepte sublime de la morale divine, *ne fais pas à autrui ce que tu ne veux pas qu'on te fasse à toi-même.* »¹⁹

À peu près toute la doctrine du XIX^e siècle s'opposa à cette unification des « prestations des fautes » (responsabilités pour faute) en matière(s) délictuelle et contractuelle et l'application de l'article 1382 à la matière

¹⁶ Charles TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, Warée, 4^e éd., t. 6, n° 230.

¹⁷ *Ibid. et loc. cit.*

¹⁸ « Cette division des fautes est plus ingénieuse qu'utile dans la pratique [...]. [Cette théorie] ne peut que répandre une fausse lueur, et devenir la matière de contestations plus nombreuses. » (Bigot de Préameneu) P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, p. 230.

¹⁹ Ch. TOULLIER, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, t. 6, n° 232.

contractuelle. Ainsi, autant Proudhon (éd. 1824 et 1836)²⁰, que Duranton (éd. 1830 à 1844)²¹, Troplong (éd. 1834 à 1856)²², Aubry et Rau (1^{re} éd. 1839²³, 4^e éd. 1871²⁴), Larombière (éd. 1857 et 1885)²⁵, Demolombe (éd. 1868)²⁶, et d'autres encore, prirent une position contraire. La controverse fut tout à fait vive et l'agacement de certains auteurs transparait dans leurs écrits²⁷.

²⁰ Jean-Baptiste-Victor PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, Dijon, Lacier, 1824, t. 3, n° 1514. Dans le système de Proudhon (1758-1838), selon le résumé qu'en fait Troplong, la faute très légère n'entraîne plus responsabilité sauf dans certaines dispositions du Code.

²¹ Alexandre DURANTON, *Cours de droit civil français*, Alex-Gobelet, t. 10, 1830, n° 408 (pas de référence nominative à Toullier). Dans le système de Duranton (1783-1866), selon le résumé qu'en fait Troplong, le triptyque d'Ancien Régime avait été conservé par le Code.

²² R.-T. TROPLONG, *De la vente*, t. 1, n°s 371-387.

²³ Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français*, 1839, Strasbourg, F. Lagier, 1^{re} éd., t. 1, n° 308, note 18.

²⁴ Charles AUBRY et Charles RAU, *Cours de droit civil français*, Cosse et Marchal, 4^e éd., t. 4, 1871, n° 308, note 26.

²⁵ Léobon-Valéry-Léon-Jupile LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, Durand, 1857, t. 1, art. 1137, n° 10.

²⁶ Charles DEMOLOMBE, *Traité des contrats*, Durand et Hachette, t. 1, 1868, n° 406.

²⁷ On constate notamment une dispute livrée par continuation d'ouvrage et rééditions interposées entre, d'une part, Toullier et son continuateur Duvergier, et, d'autre part, Troplong. À Duvergier qui explique que l'« accusation » portée contre Toullier par Troplong de mal lire l'article 1137 est « évidemment » « mal fondée », Troplong répond que Duvergier fait preuve d'« une fidélité honorable, mais peut-être trop docile aux doctrines » de Toullier, renvoie donc à ses exposés antérieurs, mais répond tout de même « en peu de mots » dit-il, aux objections de Duvergier, dans une note de... deux / trois pages, dans laquelle il commence par dire qu'il a « hâte de passer à quelque chose de plus sérieux » qu'une des critiques de Duvergier et conclut par : « À cela M. Duvergier ne répond rien, et d'ailleurs qu'aurait-il pu répondre ? » Jean-Baptiste DUVERGIER, *Continuation de Charles TOULLIER, Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, t. 16, Paris, Renouard, 1835, n° 279, pp. 329-337. Raymond-Théodore TROPLONG, *Le Droit civil expliqué selon l'ordre des articles du Code. De l'échange et du louage, commentaire des titres VII et VIII du livre III du Code Napoléon*, Paris, Hingray, 3^e éd., 1859, t. 1, n° 345, p. 433, note 3.

9. Du fait de l'importance et de la vivacité du débat, les positions opposées à Toullier semblent alors s'être crispées et de la position de réaction à Toullier selon laquelle les dispositions relatives au droit des délits et quasi-délits ne doivent pas servir de guide d'interprétation au droit des contrats, on est passé à celle selon laquelle on ne peut jamais faire intervenir le droit des délits dans les rapports entre contractants, même si la faute contractuelle est par ailleurs une faute délictuelle ou quasi-délictuelle. Or, la longueur des développements relatifs à ces deux questions différentes fut inversement proportionnelle à l'importance qu'elles auront sur le long terme.

10. C'est par le truchement de l'ancien article 1386 du Code civil (responsabilité du fait de la ruine des bâtiments) qu'un débat très général sur les rapports entre responsabilités contractuelle et délictuelle se fit. En effet, Toullier écrivait par ailleurs dans son traité que la disposition de l'article 1386 étant générale, le propriétaire de l'édifice répond aussi envers ses locataires dont les meubles ont été détruits ou endommagés²⁸. Duranton est d'accord²⁹ et généralise cette doctrine en considérant que l'article 1382 est tout à fait applicable à des rapports entre cocontractants³⁰. Il est, semble-t-il, le premier auteur depuis le Code civil à expliciter de manière si générale un principe de concours des responsabilités. Troplong, le principal disputeur de Toullier au sujet de l'article 1137, « embrasse l'opinion de Duranton » au sujet de l'article 1386³¹.

²⁸ Ch. TOULLIER, *op. cit.*, t. 11, n° 317, p. 438.

²⁹ A. DURANTON, *op. cit.*, t. 17, n° 64.

³⁰ *Ibid.*, t. 13, n° 710 : « tout fait quelconque de l'homme » (art. 1382) « comprend aussi les faits commis par l'une des parties dans l'exécution d'un contrat ».

³¹ Raymond-Théodore TROPLONG, *De l'échange et du louage*, Hingray, 3^e éd., 1859, t. 1, n° 201.

11. Ce sont Aubry et Rau³² qui prendront cependant le contrepied de Duranton et initieront par là, semble-t-il, ce qui sera appelé le principe de non-cumul. En effet, ils semblent séparer les articles 1382 et 1383 du droit des contrats mais aussi des rapports entre contractants, tant que la faute n'est pas pénale, auquel cas le droit des délits et quasi-délits s'appliqueraient automatiquement³³. Au fil des éditions, ils écartent, sous l'influence de Larombière³⁴, l'article 1386 des rapports entre propriétaires et locataires³⁵. Demolombe adopta des positions similaires, par opposition explicite à Toullier et en les mettant encore plus en exergue³⁶ et exclut enfin l'application de l'article 1386 en cas de dommage causé à un locataire³⁷. Bien que le principe de non-cumul au sens actuel soit présent, on constate une sorte de flou dans la manière de l'exprimer. La raison est que la question n'est traitée que comme une manière de pousser à bout l'opposition à la doctrine de Toullier, et donc de manière accessoire et sans que ces auteurs ne mesurent, semble-t-il, la portée pratique qu'aura cette doctrine par la suite.

En 1907, au sujet d'un arrêt d'appel ayant écarté l'article 1386 de la résolution d'un litige entre propriétaires et locataires, Planiol explique à regret qu'il s'agit d'une « vieille idée qu'on trouve dans tous nos auteurs » depuis Larombière³⁸. Il prend position pour Toullier mais voit bien qu'il est

³² Qui ne reprennent pas ici Zachariä (Karl Salomo ZACHARIÄ, *Handbuch des französischen Civilrechts*, Mohr, Heidelberg, 4^e éd., t. 2, n° 446), et ce n'est pas inhabituel de leur part (Kouroch BELLIS, *Système de l'obligation naturelle*, thèse, dir. Laurent Leveneur, 2018, n° 283).

³³ Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, 1839, 1^{re} éd., t. 3, n° 446, p. 195 ; n° 446, note 8 et n° 448, note 10, p. 204.

³⁴ L.-V.-L.-J. LAROMBIÈRE, *Théorie et pratique des obligations*, t. 5, art. 1386, n° 3.

³⁵ Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., t. 4, n° 448, p. 772, note 14.

³⁶ Charles DEMOLOMBE, *Traité des engagements qui se forment sans convention*, Pedone et Hachette, 1882, n° 472-478.

³⁷ *Ibid.*, n° 659.

³⁸ Marcel PLANIOL, note sous Paris, 17 janv. 1905. D. 1905.2.97. Il faut en réalité excepter au moins Auguste-Jean-Baptiste SOURDAT, *Traité général de la*

lui-même, à son époque, très isolé à ce propos. Il explique que l'exclusion de la responsabilité délictuelle en cas de garantie contractuelle a notamment été utilisée au sujet de la responsabilité des patrons dans les accidents industriels pour rendre la réparation plus sûre, puisque la garantie contractuelle dispensait d'apporter la preuve d'une faute, mais que cela se retourne ici contre la partie faible puisque le locataire ne peut alors bénéficier de la « présomption de faute » du propriétaire posée par l'article 1386 applicable à l'époque.

12. Le principe de non-cumul a donc émergé de manière sous-jacente à une autre question et a fini par s'imposer sans qu'on ait été conscient du principe que l'on était en train de créer avant qu'il ne soit, en quelque sorte, trop tard. Or, les deux questions mélangées sont liées³⁹ mais indépendantes. Ainsi, Troplong pouvait prendre, sans se contredire, parti contre l'unité des responsabilités, mais pour l'application de l'article 1386 en matière contractuelle : deux régimes juridiques peuvent très bien être différents et applicables simultanément.

Il est d'ailleurs presque impossible de lire une discussion à propos de ce principe sans l'avertissement préalable de ce qu'il signifie malgré son nom, pourtant utilisé par tous. La raison de cette bizarrerie ne peut être que le fait qu'à l'origine, le concept signifiait plus ou moins ce qu'il désigne, c'est-à-dire l'idée évidente selon laquelle on ne peut cumuler deux réparations pour un même dommage, ou en tout cas quelque chose de flou et malléable, mais que l'expression s'est ensuite répandue sans signification précise. On peut d'ailleurs supposer que l'utilisation de l'expression « non-cumul » ait plus ou moins pour origine le principe de non-cumul des peines en droit

responsabilité..., Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, Marchel et Billard, 3^e éd., 1876, t. 2, n° 1465.

³⁹ Voir S. A. MNIF, *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle...*, préc.

pénal, qui désigne bien un non-cumul au sens propre. En effet, l'ombre du droit pénal en la matière est patente⁴⁰.

13. L'arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 1922⁴¹, présenté usuellement comme le grand arrêt affirmant le principe⁴², illustre la confusion qui règne en la matière. En effet, en ce qui concerne le refus d'appliquer le droit des délits et quasi-délits, la solution est de bon sens et convient tout à fait aux critiques du principe de non-cumul dans son sens actuel⁴³.

En l'espèce, des personnes font appel à un tiers non professionnel pour rédiger un acte, dans le cadre d'un litige de voisinage. Le tiers co-contractant assure que l'acte n'implique aucune renonciation de propriété mais une cour d'appel en décide autrement. Ceux qui ont perdu la propriété agissent en responsabilité contre le tiers rédacteur fautif, en estimant que toute faute causant un dommage entraîne un droit à réparation. Cependant, la Cour de cassation leur répond que c'est seulement en matière délictuelle que toute faute dommageable (y compris très légère) entraîne réparation ; or les articles 1382 et suivants « sont inapplicables lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat ».

Il est bien naturel que l'on applique les principes spécifiques aux contrats, voire ceux spécifiques à ce contrat spécial, pour juger de la *nouvelle* obligation qu'elle prévoyait. L'opération de rédaction était par nature contractuelle, et, sans régime spécial, le délit civil, entre tout citoyen, n'a rien

⁴⁰ Puisque le « délit » du Code civil renvoie en réalité à l'infraction pénale et le quasi-délit à ce qui ne l'est pas mais entraîne tout de même droit à réparation civile. K. BELLIS, « Contrat et responsabilité civile : pour un système juste en droit des obligations », n° 129.

⁴¹ Cass. civ., 11 janv. 1922, rej., Pelletier c. Doderet. S. 1924.1.105, note Demogué.

⁴² GAJC 2. 182.

⁴³ Jean-Sébastien Borghetti, opposé au principe du non-cumul dans son sens actuel, est de même favorable à la solution de cet arrêt : J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », n° 33.

à y faire : l'éventuelle faute⁴⁴ était manifestement *uniquement dans l'exécution du contrat*, c'était une faute contractuelle. Cela n'a aucun rapport avec l'exclusion totale du droit des délits des rapports entre contractants.

D'une idée simple et bonne selon laquelle les règles spéciales des contrats, ou le cas échéant du contrat en question, régissent ce qui est par nature spécifiquement contractuel, nous avons abouti à une sorte de principe de "vampirisation" du délit par le contrat bien plus contestable. Tout ceci en croyant que l'on reprend simplement un principe accepté depuis longtemps et sans que l'on ne se rende compte qu'il y a eu évolution, transformation et émergence de manière sous-jacente à un débat doctrinal passé ayant eu peu d'incidence pratique.

14. Ce principe issu d'un malentendu historique ne trouve pas non plus de justification d'opportunité ni de fondement systémique.

B. L'absence de fondement systémique du principe

15. Pour se convaincre de la nécessité de mettre fin au principe de non-cumul des responsabilités, il suffit d'observer son effet pratique extrêmement néfaste : une casuistique jurisprudentielle fantasque guidant le point de savoir si la responsabilité contractuelle s'applique et donc si la responsabilité extracontractuelle est exclue ou non, de sorte qu'une solution du litige peut être totalement différente en fonction de cette variable sans aucune explication de bon sens sous-jacente.

Paul Esmein avait déjà alerté de ce problème dans sa chronique de 1956 intitulée « La chute dans l'escalier »⁴⁵ : « La chute dont il va être question n'est pas un évènement historique, non plus qu'une parabole. C'est celle qu'il peut vous arriver, ou à moi-même, de faire en montant ou en

⁴⁴ On peut estimer que les juges auraient dû plutôt dire que le tiers n'est pas fautif en l'espèce, plutôt que d'utiliser le vocabulaire hasardeux de faute très légère.

⁴⁵ P. ESMEIN, « La chute dans l'escalier », *JCP* 1956.1.1321.

descendant un escalier», avertissait-il en début d'article. Pourtant, cette chute illustrera «le tourbillon» dans lequel est plongée la responsabilité civile⁴⁶. En effet, selon que vous soyez un locataire, un membre de la famille du locataire, un co-contractant du locataire, un locataire rendant visite à un autre locataire se situant à un étage plus élevé..., la responsabilité du propriétaire pourrait être délictuelle ou contractuelle et les solutions pourraient être radicalement différentes. Il commente alors : « je pense qu'il est inacceptable de rendre le propriétaire responsable suivant des modes différents à l'égard du locataire et des tiers qui tombent dans l'escalier. Il doit entretenir l'escalier en bon état à l'égard de tous ceux qui sont admis à l'utiliser, c'est-à-dire tout le monde, sauf ceux à qui il aurait interdit légitimement d'y pénétrer [...]. Et je suis hors d'état de persuader ceux pour qui nos catégories délictuelles et contractuelles ne sont pas devenues des croyances apprises qu'on puisse légitimement rendre le propriétaire responsable à des conditions différentes envers les deux catégories de victimes envisagées. Or je doute d'une doctrine juridique que je ne puis pas faire comprendre aux justiciables. »⁴⁷

De nos jours, comme le note Geneviève Viney, on peut décliner la chronique de Paul Esmein sous bien des thèmes⁴⁸, de sorte que la réparation peut changer du tout au tout - c'est-à-dire du tout au rien - du fait de détails sans rapport logique raisonnable avec une telle conséquence. En effet, la responsabilité délictuelle du fait des choses entraîne une responsabilité de plein droit de l'intégralité du préjudice et de ses suites, alors que la responsabilité contractuelle de sécurité ne serait liée qu'à une « obligation de moyens », et donc sa mise en application serait subordonnée à la preuve d'une faute. Or, si une bouteille explose et cause un préjudice à une

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, n° 239. Les exemples présentés ci-après sont repris de ce passage.

personne passant par -là, la responsabilité est délictuelle ; si cette personne l'a prise dans ses mains pour l'acheter, elle devient contractuelle de sécurité ; si elle explose au domicile de l'acheteur, elle devient contractuelle pour garantie des vices cachés. Rien que pour cet exemple, on pourrait multiplier les subtilités : et si le client avait tendu les bras mais pas encore saisi la chose ? et si la validation du code de carte bancaire était en cours ? et si ceci, et si cela ? Tout ceci est-il bien sérieux ? C'est malheureusement loin d'être le seul exemple. Si vous glissez dans un magasin, ce sera délictuel, mais si c'est dans un couloir d'hôtel, un café ou une laverie, ce sera contractuel. D'ailleurs, ces distinctions ne sont pas à l'abri de revirements et de véritables sagas jurisprudentiels, par exemple au sujet de la chute dans la gare⁴⁹.

16. Or, avec les complications inutiles vient nécessairement l'injustice. Il y a l'injustice pratique du fait de la disparité manifestement inéquitable des réparations : le traitement discriminatoire de situations fondamentalement identiques est la définition même de l'injustice.⁵⁰ Mais l'injustice est aussi théorique. Elle tient à ce que si une personne a expressément obtenu par contrat l'engagement par quelqu'un à un comportement dont la dérogation aurait de toute façon entraîné responsabilité, le débiteur de l'obligation sera tenu à... moins, que si elle ne s'était engagée à rien. Non seulement l'obligation contractuelle vaut moins que le devoir général duquel émane la responsabilité délictuelle, mais encore elle l'ampute. La première incohérence avait déjà été soulignée par Duvergier dans sa controverse avec Troplong, dont il prend explicitement l'exact contrepied⁵¹. On retrouve encore de nos jours la seconde être exprimée, y compris par ceux qui ont en conséquence rejeté le concept même de responsabilité contractuelle⁵².

⁴⁹ *Ibid.*, n° 195.

⁵⁰ V. à ce sujet : Geneviève VINEY, « Pour une interprétation modérée [...] », préc.

⁵¹ V. *supra* note 27.

⁵² Par ex. : Ph. RÉMY, « La responsabilité contractuelle. Histoire d'un faux concept », RTD Civ. 1997.323 n° 41. V. notre défense du concept en question :

17. C'est d'ailleurs l'évidence de cette injustice qui, couplée à la rigidité de la règle de non-cumul, a entraîné, à côté des responsabilités contractuelle et délictuelle, l'émergence de ce qu'on a appelé la responsabilité « légale », « professionnelle » ou « statutaire »⁵³, c'est-à-dire dont le régime ne différencie pas selon que les parties soient liées par un contrat ou non. Un tel concept n'est qu'un moyen détourné de battre en brèche le principe de non-cumul dans certaines matières. Si l'existence ou non d'un contrat ne change rien, alors la responsabilité est délictuelle. En effet, en réalité, toute responsabilité est légale, que ce soit de manière directe ou indirecte. Seulement, la loi peut rendre directement responsable, auquel cas la responsabilité est dite délictuelle, ou bien la loi peut autoriser un contrat qui rendra le cas échéant responsable, auquel cas la responsabilité est dite contractuelle. Si l'existence d'un contrat n'a pas d'effet sur la responsabilité qui émerge d'une situation, alors cette responsabilité a pour origine directe la loi ; elle est donc délictuelle. Tous les exemples de « responsabilités légales » que l'on peut présenter sont en réalité en tout ou en partie⁵⁴ délictuelles. On donne simplement à la responsabilité délictuelle ces qualificatifs lorsqu'on veut aussi l'appliquer entre cocontractants afin que le principe de non-cumul soit sauf en apparence.

Dès lors, l'émergence de ces responsabilités dites légales et le fait qu'elles soient souvent vues comme bonnes et justes en doctrine, sont la meilleure preuve de la nécessité d'admettre le concours des responsabilités, et du fait que la doctrine et la loi, et même la jurisprudence lorsqu'elle pousse le législateur à adopter un tel type de responsabilité (comme en matière de

Kouroch BELLIS, « Contrat et responsabilité civile : pour un système juste en droit des obligations ». (*Adde* : Michel BOUDOT, « La responsabilité contractuelle, d'une controverse à l'autre », dans M. BOUDOT, M. FAURE-ABBAD et P. VECCHI (dir.), *Responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle*, Journées d'études Jean Beauchard, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, pp. 99-119.)

⁵³ V. par ex. à propos de leur développement : Alain SÉRIAUX, « Quel(s) fondement(s) ? », *RCA* 2001. 6bis. 58.

⁵⁴ Si c'est en partie, le concours est admis pour le reste.

circulation automobile), approuvent sans le savoir le principe du concours des responsabilités. C'est pourquoi l'adoption d'un principe de concours serait peut-être une consécration.

18. La consécration du principe de concours des responsabilités permettrait aussi de rendre plus raisonnable l'interprétation des contrats par les juges français. En effet, pour pallier le vide créé par l'exclusion du droit de la responsabilité délictuelle dans les rapports entre co-contractants, la jurisprudence a fait grossir à tort les obligations découlant soi-disant du contrat, notamment à travers des obligations contractuelles de sécurité exorbitantes⁵⁵. On a pu croire que cette situation insatisfaisante avait pour origine le concept de responsabilité contractuelle⁵⁶, mais cette hypertrophie est une question différente de celle de l'existence du concept en lui-même⁵⁷. Le véritable responsable est le principe de non-cumul.

⁵⁵ Voir J.-S. BORGHETTI, «La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps», nos 54 et s. C'est l'étendue et non le principe de l'obligation contractuelle de sécurité qui est critiquable. Christian LARROUMET, «Pour la responsabilité contractuelle», dans *Mélanges Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 543 et s., n° 11.

⁵⁶ Au sujet de cette critique, voir G. VINEY, *Introduction à la responsabilité civile*, n° 166-13.

⁵⁷ *Ibid.*, n° 166-15.

II. Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle

19. L'admission du principe de concours amènerait à repenser les rapports entre délits et relations contractuelles **(A)** et pourrait être explicitement inscrite dans la loi **(B)**.

A. De nouveaux rapports entre délits et relations contractuelles

20. Le principe fondamental qu'il faut avoir en tête en cette matière est très bien exprimé par Planiol :

«la responsabilité conventionnelle vient s'ajouter à la responsabilité établie par la loi et ne peut ni l'éliminer, ni se substituer à elle, par raison que *la loi est antérieure à tous les contrats*. L'obligation légale préexiste, et les parties contractantes peuvent seulement y ajouter quelque chose ; mais une obligation légale préexistante ne devient pas contractuelle par cela seul que des particuliers l'ont reproduite et versée, en quelque sorte, dans leur contrat. [...]»⁵⁸. Il résume : «Il n'y a de *contractuelles* que les obligations exceptionnelles qui ne sont pas établies par la loi, et qui s'ajoutent à nos charges normales quand nous entravons notre liberté naturelle par des conventions particulières.»⁵⁹

Bien entendu, ce principe ne doit valoir qu'en ce qui concerne l'ordre public délictuel. Dans une certaine mesure, la volonté doit pouvoir limiter

⁵⁸ M. PLANIOL, note sous Paris, 17 janv. 1905.

⁵⁹ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, n° 1857. V. en ce sens : Ferdinand GISLAIN, *Critique de la théorie de MM. Ducaurroy et Hasse sur la prestation des fantes*, J. Misson, 1833, n° 27.

la responsabilité délictuelle⁶⁰. Il semble que l'on doit avoir égard à deux choses : les clauses explicites et l'économie du contrat (clauses implicites)⁶¹.

21. Les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité délictuelle doivent, dans une certaine mesure, être autorisées. Il y a d'ailleurs contradiction à prononcer cette illicéité tout en expliquant que tout contrat écarte la responsabilité délictuelle⁶².

Le projet de réforme de la responsabilité de 2017 propose d'autoriser en principe les clauses exonératoires (« exclusives ») et limitatives de responsabilité (art. 1281 al. 1er) sauf en cas de responsabilité pour faute (art. 1283). Cela paraît tout à fait judicieux.

Le projet exclut aussi, aussi bien en matière contractuelle que délictuelle, les clauses limitatives ou exonératoires portant sur le dommage corporel (art. 1281, al. 2). Cette exclusion s'insère dans la logique du tout-indemnitaire qu'a pris la responsabilité civile du fait du développement de l'assurance. On peut estimer que cette logique amenuise la force morale de la « responsabilité »⁶³ qui devient une sorte de sécurité sociale privée palliative à une carence de l'État. À partir du moment où la sécurité sociale (publique) et l'assurance-dommage existent, l'idée de rendre d'ordre public la responsabilité sans faute occasionnant un dommage corporel peut être vue avec circonspection.

⁶⁰ La volonté ne contrevient pas, alors, à la loi, puisque la loi peut être en partie supplétive de volonté.

⁶¹ Voir J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », nos 66 et 68 et bibliographie *supra* note 2.

⁶² Dans ce sens : J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », n° 60.

⁶³ V. Geneviève VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préf. A. Tunc, LGDJ, 1965 ; Herman COUSY, « Évolution comparée des droits européens de la responsabilité », *Risques*, 10 (Assurance, droit, responsabilité), avr.-juin 1992, pp. 41-57.

22. Cela ne signifie pas que, dès lors qu'il y a contrat, le droit de la responsabilité délictuelle sans faute doit être chassé, loin de là ; il s'agit ici de seulement de l'ordre public délictuel. Le principe reste que le droit des délits s'applique, mais, par exception, le droit de la responsabilité délictuelle sans faute serait écarté dans deux situations : lorsqu'une disposition législative spéciale - notamment lorsqu'elle régit un contrat spécial - l'écarte, et lorsque la lettre ou l'économie du contrat suppose l'exonération de responsabilité délictuelle sans faute. En l'absence de stipulation contractuelle expresse, il faut trouver un juste équilibre entre ne pas écarter trop facilement la responsabilité délictuelle, car les parties avaient la faculté d'en insérer une, et ne pas être trop restrictif non plus car sinon cela pousserait les citoyens à rédiger leurs contrats en écrivant tout et trop, ce qui réduit la force du contrat et son intelligibilité. La loi doit donc aussi accompagner ceux qui ont contracté en s'appuyant sur elle.

Cette étude n'est pas le lieu pour se livrer à une analyse détaillée de cette question, mais, à propos des deux situations décrites, il s'agit pour beaucoup d'une question de droit des contrats spéciaux, ou de clauses contractuelles spéciales, et la réforme à venir du droit des contrats spéciaux pourrait être l'occasion de réfléchir à cette question.

23. Le principe de concours des responsabilités signifie que, pour un même litige, on pourra cumuler les responsabilités dans leurs domaines respectifs, et que, pour un même dommage, une responsabilité peut être invoquée de manière subsidiaire à l'autre. Si le même dommage est susceptible d'entraîner à la fois une responsabilité contractuelle et une responsabilité délictuelle, alors on a le choix, et rien n'empêche même de panacher, pour un même dommage, les conséquences de chaque responsabilité ; cependant, il y a cette réserve importante - et évidente - que jamais un même préjudice ne peut être réparé deux fois.

Quant à la question de savoir si une victime indemnisée sur le fondement de la responsabilité contractuelle peut ensuite intenter un procès pour demander un surplus de réparation sur le fondement de la

responsabilité délictuelle, la réponse est probablement négative, mais pour des raisons de procédure civile et de bonne administration de la justice. Sur le plan du droit civil substantiel, rien ne l'empêche.

Toutes ces complications sont cependant bien théoriques. Dans la plupart des cas, si ce n'est dans tous les cas, le principe de concours des responsabilités permettrait une très large simplification du droit, en même temps que d'apporter une plus grande justice dans la résolution des litiges. Quant à l'admission du cumul, il s'agira principalement d'écarter un principe facteur de difficultés et d'injustices pour se concentrer sur ce qui est le plus juste en pratique dans l'application des (nouveaux) principes généraux. Quant à l'admission de l'option, puisque la responsabilité délictuelle est, de nos jours, plus généreuse, elle n'aurait que peu d'incidence. Il n'y a pas, en général, d'intérêt à fonder son action, à propos d'un dommage couvert par celle-ci, sur la responsabilité contractuelle. Néanmoins, l'admission de l'option pourrait parfois avoir un effet, notamment en cas de divergence de lois applicables, au délit et au contrat, à propos du même dommage. Or, il paraît alors juste d'admettre que la victime puisse bénéficier du contrat qu'elle a conclu et faisant doublon avec le droit de la responsabilité délictuelle, lorsqu'elle ne peut pas invoquer la responsabilité délictuelle de l'auteur du dommage : c'est un droit que le contrat lui a conféré. Tout ceci, bien entendu, sous réserve de ne pas réparer deux fois le même préjudice.

24. L'unification des régimes de responsabilité, quant à elle, est une question différente de celle du concours. Elle permettrait néanmoins une application plus facile du principe de concours des responsabilités, puisqu'elle rendrait sans objet toute tentative de panachage trop compliqué à l'occasion d'un même préjudice. Le droit de la violation du lien obligationnel (contractuel ou délictuel)⁶⁴ fonctionnerait beaucoup plus

⁶⁴ V. nos propositions : K. BELLIS, « Contrat et responsabilité civile : pour un système juste en droit des obligations », IV. Notons que nous ne souscrivons pas à l'alinéa

simplement et le principe du concours s'appliquerait encore plus naturellement.

B. Législation du concours des responsabilités

25. Si le projet de réforme de la responsabilité civile est adopté dans sa version de 2017, le principe de concours des responsabilités lui est compatible. À partir du moment où l'on exclut dans un domaine les clauses d'exonération de responsabilité, en l'occurrence en cas de faute (art. 1383, projet 2017) et de dommage corporel (art. 1381, projet 2017), on interdit autant l'exclusion volontaire des parties que celle décidée par la théorie du non-cumul.

Certes, on croit, à travers le premier article du projet de 2017⁶⁵, exclure l'option. Seulement, on ne peut résister à la logique. Ce que dit nécessairement cet article est qu'on ne peut utiliser les règles propres à la responsabilité délictuelle *à propos d'une obligation contractuelle* : cela ne signifie absolument pas que le « domaine contractuel » viendrait « vampiriser » les devoirs généraux que tout un chacun a envers toute autre personne, et qu'à partir du moment où il y a contrat, il n'y a plus délit. Cette étrange doctrine serait d'ailleurs contraire aux articles 1381 et 1383 du projet.

26. Le projet de 2017 va dans le sens de l'adoption du principe du concours, par son article 1233-1 relatif au dommage corporel. Il est possible de considérer que c'est un article explicitant et peut-être adaptant

second du cinquième article présenté en tant qu'exemple et ne croyons pas à la viabilité d'une telle disposition si aucune précision ne lui est apportée.

⁶⁵ Art. 1233, projet 2017 : « En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions propres à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle. »

l'article 1233 pour un domaine spécifique, tels les anciens articles 1385 et 1386 par rapport à l'ancien article 1384 al. 1⁶⁶.

27. La réforme peut néanmoins être l'occasion d'admettre beaucoup plus explicitement le concours, par exemple en réécrivant les articles 1281 à 1283 du projet de 2017 à travers les deux dispositions suivantes.

Disposition a

«L'imputabilité civile de droit commun⁶⁷ est d'ordre public en cas de faute [et de dommage corporel], nonobstant tout contrat conclu entre quelconques parties. Dans les autres cas, les clauses ayant pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter l'imputabilité des dommages sont valables.»

Il n'est pas nécessaire de mentionner explicitement le cas de l'économie du contrat ayant un effet sur la responsabilité civile car cela peut aller de soi et ce serait peut-être à traiter spécifiquement dans le cadre du droit des contrats spéciaux.

Disposition b

«La responsabilité consécutive à un manquement contractuel n'est pas d'ordre public], sauf en cas de faute lourde ou dolosive et dans le cas où la clause limitative ou exclusive de responsabilité contractuelle priverait de sa substance l'obligation essentielle du débiteur].»

⁶⁶ L'ancienne numérotation est utilisée puisque la numérotation actuelle n'est que temporaire. Il aurait été plus judicieux de les renuméroter aux articles 1282 à 1286-18, disponibles. Kouroch BELLIS, *Prestation indue et enrichissement inéquitable*, Paris, Bellis, n° 85 *in fine*.

⁶⁷ Ou, dans le vocabulaire du droit français actuel : «La responsabilité civile délictuelle». En effet, selon nous, la «responsabilité sans faute» n'est pas, à proprement parler, de la responsabilité, mais de la «garantie». Voir K. BELLIS, «Contrat et responsabilité civile : pour un système juste en droit des obligations», préc.

Nous sommes réservés quant à l'admission des parties entre crochets mais il faudrait les insérer si l'on souhaite conserver sur le fond le projet de 2017. Dans cette réécriture, la responsabilité contractuelle peut être limitée aussi en cas de dommage corporel, mais, puisque le concours de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle est admis, et que cette dernière serait d'ordre public en matière de dommage corporel, cette extension devient presque sans objet et est manifestement une malfaçon due à la construction actuelle de la matière.