

PREPA ENM 2013

Droit civil

« La distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle »

Corrigé établi par Christophe André

Il est fréquent en droit de poser des distinctions et autres *summa divisio* qui structurent les règles juridiques de façon *a priori* intangible. La cohérence théorique de ces distinctions est incontestable mais leur mise en œuvre pratique achoppe parfois sur un certain nombre d'incertitudes concrètes. Ce constat vaut particulièrement lorsqu'on envisage la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle.

On distingue ainsi classiquement deux branches de la responsabilité civile : la responsabilité délictuelle visée aux articles 1382 à 1386 du Code civil et la responsabilité contractuelle, visée à l'article 1147 du Code civil, qui trouve à s'appliquer lorsqu'il existe entre l'auteur du dommage et la victime un contrat, et que le dommage est imputable à l'inexécution d'une obligation du contrat ou rattachée au contrat. La responsabilité contractuelle a classiquement été considérée comme une notion assez voisine de la responsabilité délictuelle. Leurs différences tiendraient à leurs régimes, mais leur nature serait la même. Elles auraient toutes deux pour fonction de réparer un dommage. Réactivant une ancienne querelle doctrinale qui s'était épanouie à la fin du XIX^{ème} siècle, Philippe Rémy a rompu une telle unanimité en soutenant que les deux ordres de responsabilité étaient fondamentalement distincts, tant dans leur régime que dans leur nature. Le vocable même de responsabilité serait impropre en la matière. Ainsi, les articles 1146 et suivants du Code civil auraient pour fonction, non la réparation, mais l'exécution par équivalent du contrat conclu entre les parties. L'article 1147 du même code serait particulièrement éloquent à cet égard, qui subordonne l'octroi de dommages-intérêts à l'inexécution contractuelle ou au retard dans cette exécution. Ce faisant, il ferait de la responsabilité contractuelle une modalité particulière d'exécution des obligations conclues entre les parties. La responsabilité contractuelle serait donc en réalité un « faux concept ». Par-delà cette querelle, la distinction est assurée par un principe dit du « non-cumul » qui recouvre en réalité une non-option : il est interdit d'opter pour les règles délictuelles dès lors que les conditions de la responsabilité contractuelle sont réunies. L'objectif est de préserver la prévisibilité contractuelle en évitant que la victime ne puisse à sa guise choisir le régime le plus favorable à son indemnisation, sans égard pour les prévisions du débiteur.

Cependant, cette distinction, bien que classique et cardinale, est aujourd'hui brouillée. D'une part, les frontières du contrat sont incertaines, comme en témoignent notamment les obligations rattachées au contrat sur le fondement de l'article 1135 du Code civil. D'autre part, une jurisprudence contemporaine s'est épanouie, qui affirme une identité des fautes contractuelle et délictuelle (AP 6 octobre 2006), ce qui permet à la victime de se situer sur le terrain de l'article 1382 du Code civil tout en bénéficiant des avantages probatoires offerts par le contrat. Autant de mutations qui invitent à se demander si l'enjeu indemnitaire ne conduit pas à remettre en cause la distinction classique, à la dépasser, au profit d'une distinction entre atteintes aux corps et atteintes aux biens, comme le montrent d'ores et déjà le droit de la prescription réformé ou les régimes spéciaux d'indemnisation.

Aussi bien convient-il de mettre en valeur la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle conçue comme une distinction cardinale (I) et cette même distinction perçue aujourd'hui comme brouillée (II).

I- Une distinction cardinale

Afin de bien prendre la mesure de la distinction, il convient d'en saisir les enjeux (A), avant de considérer le respect de la distinction assuré par le principe de non-cumul (B).

A- Les enjeux de la distinction : différence de régime ou de nature ?

La distinction se fonde classiquement sur une différence de régime (1), même si certains auteurs vont plus loin et y voient une profonde différence de nature (2).

1- La conception classique : une différence de régime

La responsabilité contractuelle est l'ensemble des règles relatives à l'obligation pour le contractant, qui n'exécute pas correctement la prestation mise à sa charge par le contrat, de réparer le préjudice que cette inexécution, totale ou partielle, cause à l'autre partie. Lorsque l'obligation contractuelle, quel que soit son objet (faire, ne pas faire, donner), n'est pas respectée, une obligation de répondre civilement du dommage lui est substituée. Cette réparation s'effectue le plus souvent par équivalent, c'est-à-dire par l'allocation de dommages et intérêts. La responsabilité contractuelle se distingue assez nettement, en droit français, de la responsabilité délictuelle, qui est l'autre branche de la responsabilité civile. Elles se différencient d'abord par leurs sources : l'une est la conséquence de la violation d'une obligation contractuelle, tandis que l'autre découle de l'inobservation d'une obligation imposée directement par la loi (C. civ., art. 1382 et s.). Mais le droit français va plus loin et déduit de cette distinction d'origine un certain nombre de différences relatives au régime. Le fondement et la portée de cette dualité ont donné lieu à des controverses : certains auteurs opposent plus ou moins radicalement les deux responsabilités, alors que d'autres pensent, au contraire, qu'elles ont une unité profonde. Aujourd'hui, une conception intermédiaire semble l'emporter : responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle diffèrent sans doute par leurs sources, ce qui explique que leurs conditions et leurs régimes ne soient pas identiques, mais cela ne révèle pas pour autant une véritable dualité de nature. Voilà pourquoi on parle parfois, non de deux responsabilités, mais plutôt de deux régimes de responsabilité (G. Viney)

2- La critique contemporaine : une différence de nature

Cette présentation classique de la responsabilité contractuelle est vivement critiquée par certains auteurs (cf Ph. Rémy, *La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept*). Selon cette critique, les dommages-intérêts alloués ne viennent pas réparer un dommage contractuel, ils sont simplement une modalité d'exécution du contrat : en bref, si le contrat n'est pas exécuté, le créancier peut demander l'exécution en nature ou bien, si cela est impossible ou s'il le préfère, une somme d'argent qui correspond à l'exécution par équivalent du contrat. Selon cette conception, le créancier n'aurait donc pas à prouver un préjudice pour obtenir des dommages intérêts sur le terrain de l'article 1147 du Code civil, il lui suffirait d'établir une inexécution pour obtenir gain de cause. On peut toutefois ne pas être convaincu par cette critique radicale. Il y a en réalité une véritable responsabilité contractuelle du débiteur qui n'exécute pas ses obligations : il doit des dommages intérêts car il doit répondre de la parole qu'il a donnée. Il doit assumer les conséquences dommageables du non-respect de sa promesse, ce qui est très exactement la signification du terme responsabilité (*respondere* = répondre de). Du reste, il faut nécessairement un préjudice du créancier pour ouvrir

droit à réparation. Le préjudice est une constante de la responsabilité, commune aux responsabilités délictuelle et contractuelle, ce qui prouve bien que la responsabilité contractuelle a pour fonction de réparer un dommage.

B- Le respect de la distinction : le principe du non-cumul

Le principe du non-cumul est fondé sur le respect de la prévisibilité contractuelle (1) et il interdit en réalité d'opter pour les règles délictuelles quand bien même elles seraient plus favorables, dès lors que les conditions de la responsabilité contractuelle sont réunies (2).

1- Le fondement du principe : le respect de la prévisibilité contractuelle

Etre contractuellement responsable, c'est, à tout le moins, autre chose qu'être délictuellement responsable. En matière contractuelle, il faut tenir compte, dans les rapports des parties, du contrat qui les lie, ne serait-ce que parce que c'est lui qui détermine leurs obligations, selon leurs prévisions. Or, cet élément de prévision n'existe pas en matière délictuelle où, la plupart du temps, auteur et victime étaient auparavant de parfaits étrangers, leur rencontre résultant du hasard. Ainsi s'expliquent les différences de régime entre les deux ordres de responsabilité : en ce qui concerne la loi applicable dans le temps (celle du jour de formation – la seule ayant pu entrer dans les prévisions des parties – et non du jour de l'inexécution en matière contractuelle; celle du jour du fait dommageable en matière délictuelle), la loi applicable dans l'espace (loi d'autonomie, sauf Convention contraire, en matière contractuelle; loi du lieu du délit en matière délictuelle), l'exigence d'une mise en demeure préalable (article 1146 du Code civil) ou non, la seule réparation du dommage prévisible en matière contractuelle (art. 1150 du Code civil), le principe de la validité des clauses relatives à la responsabilité en matière contractuelle et leur nullité en matière délictuelle, etc. Le principe d'une réparation du seul dommage prévisible, sauf faute lourde ou dolosive : Si les conditions de l'article 1147 du Code civil sont réunies, le débiteur sera condamné à réparer le préjudice prévisible correspondant, selon l'article 1149 du Code civil, à la « perte qu'il a faite » et au « gain dont il a été privé ». La perte faite ou perte éprouvée par le créancier, que l'on désigne aussi par l'expression latine *damnum emergens*, correspond à la perte subie par le créancier en raison de l'inexécution par le débiteur de ses propres obligations. Par exemple, lorsque le créancier a été victime d'un vol malgré l'installation d'un système d'alarme qui s'est révélé défectueux, sa perte s'élève à tout ce qui a été dérobé. Le gain manqué, que l'on désigne souvent de l'expression latine *lucrum cessans*, correspond aux profits que le créancier aurait pu tirer de l'exécution du contrat. L'appréciation du montant des dommages-intérêts dus au créancier relevant du pouvoir d'appréciation des juges du fond, la Cour de cassation ne fournit pas de règles précises gouvernant cette évaluation. Ce qui est certain, c'est que conformément à l'article 1150 du Code civil, seuls les dommages que l'on pouvait prévoir au moment où l'on s'est engagé sont réparables (exemple : le transporteur devait savoir qu'il pouvait perdre le colis qu'il était chargé de transporter). Cette limitation de la condamnation du débiteur aux dommages-intérêts prévisibles ne s'applique plus lorsque l'inexécution est due à un dol du débiteur. Le dol correspond certainement à l'intention de nuire mais aussi au refus délibéré d'exécuter ses obligations (cf *culpa lata dolo aequiparatur* cf Civ. 1^{ère} 4 février 1969). C'est ce même article 1150 qui ménage la possibilité de clauses contractuelles portant sur la réparation, et notamment de clauses limitatives ou exclusives de responsabilité contractuelle. Les contractants sont libres de stipuler des clauses qui auront pour conséquence d'alléger voire de supprimer la responsabilité pesant sur le débiteur d'une obligation : soit ces clauses interviennent directement pour alléger les obligations pesant sur le débiteur (exemple : vestiaire non surveillé), soit elles maintiennent toutes les obligations pesant sur le débiteur mais en limitant ou excluant la réparation due au créancier en cas d'inexécution. Les premières sont des clauses allégeant les obligations et les secondes des clauses limitatives ou

exclusives de responsabilité. Ces clauses sont en principes valables, en raison de la liberté contractuelle mais il existe des limites à cette validité.

2- La portée du principe : une option interdite

En vertu du principe du non-cumul, dont la dénomination n'est pas suffisamment claire, il est interdit à la victime, non seulement de cumuler ou de combiner les deux régimes de responsabilité, mais encore de choisir l'un ou l'autre. Si les conditions de mise en jeu de la responsabilité contractuelle sont réunies, ses règles doivent s'appliquer, sinon il convient de se référer à celles de la responsabilité délictuelle. Il arrive que le demandeur ait intérêt à se prévaloir d'un régime plutôt que de l'autre, par exemple, la responsabilité délictuelle peut lui permettre d'échapper à une clause restrictive de responsabilité. En sens inverse, dans d'autres cas, la responsabilité contractuelle s'avère plus avantageuse, notamment par le jeu d'une obligation de sécurité ou de renseignements qui incombe à l'autre partie. Mais une jurisprudence abondante et bien assise n'autorise pas la victime à choisir les règles qui lui sont les plus favorables. D'après la Cour de cassation, « *les articles 1382 et suivants du code civil ne peuvent pas être invoqués à l'appui d'une demande tendant à la réparation d'un préjudice résultant, pour l'une des parties à un contrat, d'une faute commise par l'autre partie dans l'exécution d'une obligation contractuelle* » (Civ. 1^{re}, 6 janvier 1981). En effet, la Cour de cassation considère le principe du non-cumul comme une règle de droit, dont elle vérifie la bonne application par les juges du fond.

On le voit, la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle est bien ancrée dans notre droit, et son respect est assuré de longue date par le principe classique du non-cumul. Pourtant, des incertitudes se font jour, qui tendent à brouiller la distinction.

II- Une distinction brouillée

Si la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle est moins nette qu'il n'y paraît *prima facie*, c'est parce que les frontières de la sphère contractuelle sont parfois incertaines (A) mais aussi parce qu'une jurisprudence récente a posé un principe d'identité des fautes contractuelle et délictuelle qui permet à la victime de cumuler au sens le plus strict les avantages du contrat et du délit en panachant en quelque sorte les régimes (B).

A- Les frontières incertaines de la sphère contractuelle

On se souvient ainsi qu'en 1936 la jurisprudence Mercier avait fait de la responsabilité médicale un avatar de la responsabilité contractuelle, pour des raisons d'opportunité au regard de la preuve et de la prescription. Cette jurisprudence a été abandonnée en 2010 mais cela en dit long sur la porosité des frontières entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. En effet, la sphère contractuelle peut être plus ou moins étendue selon que le juge décide ou non de rattacher au contrat une obligation, de sécurité notamment, sur le fondement de l'article 1135 du Code civil. C'est ce qu'illustre le contentieux classique du contrat de transport (1) mais aussi les difficultés plus récentes apparues lorsqu'un accident survient dans un restaurant ou un supermarché (2).

1- Le contentieux classique des obligations rattachées au contrat de transport

Sur le fondement de l'article 1147 du Code civil, la responsabilité contractuelle du débiteur peut être engagée si trois conditions cumulatives sont réunies : l'existence d'un contrat valable, l'inexécution d'une obligation du contrat ou rattachée au contrat, un préjudice du créancier causé par

l'inexécution, étant précisé que les parties au contrat doivent être partie à l'instance. Les obligations du contrat sont celles qui ont été expressément voulues par les parties, les obligations rattachées au contrat sont celles qui sont imposées par la loi (lois impératives) ou par la jurisprudence (article 1135 du Code civil qui a permis par exemple de rattacher une obligation de sécurité au contrat de transport ou une obligation d'information dans de nombreux contrats de service). Or, le juge peut marquer sa sollicitude pour la victime en rattachant au contrat une obligation de sécurité de résultat qui allègera considérablement son fardeau probatoire : il suffira d'établir une blessure ou un décès pour prouver l'inexécution. En 1911, il a été jugé que le transporteur de voyageurs était tenu d'une obligation contractuelle de sécurité, obligation qui a été qualifiée plus tard d'obligation de résultat (Civ. 21 novembre 1911). Il n'y a plus aujourd'hui de débats que pour ce qui se passe avant le commencement du transport et après son achèvement : par exemple, dans un transport ferroviaire, entre le moment où le voyageur achète son billet (ou bien encore, celui où il le composte ; ou bien encore, celui où il entre dans la gare) et monte dans le train ; et, entre le moment où il descend du train et restitue son billet (ou bien encore, celui où il sort de la gare). C'est la période des « accidents de quai », d'escaliers, de passerelles, de couloirs et de jardins de gare. En 1969, la Cour de cassation s'était uniquement placée sur le terrain contractuel. Elle avait décidé que, pendant le transport proprement dit, le transporteur était tenu d'une obligation de sécurité de résultat, tandis que pendant la situation contractuelle antérieure et postérieure au transport, le transporteur était tenu d'une simple obligation de diligence et qu'il n'était donc alors responsable que si sa faute était démontrée ; des auteurs y avaient vu une obligation de sécurité de moyens. Cette jurisprudence avait été vivement critiquée. On lui avait surtout reproché son injustice lorsque le dommage survenu sur le quai avait été causé par une chose dont la SNCF avait la garde. Si la victime était un tiers (celui qui n'avait pas de billet), elle pouvait invoquer l'article 1384, al. 1er, c. civ., sans avoir donc à démontrer la faute du transporteur, alors que si elle était un voyageur, elle était obligée de prouver la faute. Cette différence n'était pas raisonnable puisque le resquilleur se voyait mieux protégé que le détenteur d'un billet... C'est pourquoi l'arrêt *Valverde* de la première chambre civile du 7 mars 1989 l'a abandonné : pendant le transport, les relations avec les voyageurs sont contractuelles et l'obligation du transporteur est une obligation de résultat. Avant et après le transport, la responsabilité a une nature délictuelle, que la victime soit un voyageur ou un tiers.

2- Le contentieux contemporain des accidents survenus dans les restaurants et les supermarchés

Les contours fluctuants de la sphère contractuelle et les incertitudes qui en découlent suscitent encore aujourd'hui un contentieux non négligeable en cas d'accidents dans des supermarchés ou des restaurants. Toute la question est de savoir s'il y a lieu ou non de rattacher une obligation de sécurité au contenu obligationnel du contrat qui lie le client au supermarché ou au restaurateur. D'une part, s'agissant des supermarchés, la jurisprudence opère une distinction selon que l'accident survient avant (responsabilité délictuelle ; Civile 1^{ère} 14 janvier 1999) ou après le passage en caisse (la responsabilité serait alors contractuelle). D'autre part, s'agissant des accidents dans les restaurants, un arrêt récent signale un embarras similaire lorsqu'il s'agit de tracer les frontières du contrat. En effet, par un arrêt du 28 juin 2012, la première chambre civile a considéré que l'usage d'une aire de jeux, exclusivement réservée à la clientèle du restaurant, fait partie du contrat, si bien que la victime du dommage causé lors de l'usage de cette aire doit engager la responsabilité contractuelle du propriétaire du restaurant. Cette solution, qui est dans la droite ligne de décisions antérieures (Civile 1^{ère} 18 novembre 1975), peut prêter le flanc à la critique : le contrat de restauration emporte-t-il réellement, au-delà des aliments et des boissons, une obligation quant à l'organisation et au fonctionnement de l'établissement, en l'espèce une aire de jeux ? Rappelons du reste que si la

sécurité avait été détachée du contrat, la victime aurait pu agir sur le terrain de la responsabilité délictuelle du fait des choses (article 1384 alinéa 1).

B- L'affirmation d'une identité des fautes contractuelle et délictuelle

Au regard de la distinction entre effet relatif et opposabilité, la faute contractuelle devrait être considérée comme relative : seule le cocontractant devrait pouvoir l'invoquer. Ainsi, le tiers, agissant sur le terrain de l'article 1382 du Code civil, serait tenu de prouver une faute délictuelle indépendante de tout point de vue contractuel. Pourtant, sur cette question, les différentes chambres de la Cour de Cassation étaient divisées sur le point de savoir si le tiers à un contrat peut invoquer, à titre de faute délictuelle, la seule faute contractuelle d'un contractant, et elles étaient loin d'être constantes dans la réponse apportée à cette question. Nous allons voir que l'identité des fautes contractuelle et délictuelle a fini par triompher en droit positif (1), mais que la pérennité de cette solution n'est pas assurée en droit prospectif (2).

1- L'affirmation de l'identité des fautes en droit positif

Dans le dernier état de la jurisprudence, la première chambre civile s'opposait à la chambre commerciale. Tandis que la première se montrait favorable à un principe d'identité des fautes contractuelle et délictuelle en affirmant que « *les tiers à un contrat sont fondés à invoquer tout manquement du débiteur contractuel lorsque ce manquement leur a causé un dommage, sans avoir d'autre preuve à rapporter* » (Civ 1^e 18 juillet 2000, 13 février 2001 ou 18 mai 2004), la chambre commerciale n'autorisait les tiers à se prévaloir, à titre de faute délictuelle, d'un manquement contractuel qu'à la condition qu'il constitue aussi la violation d'un devoir général de prudence et de diligence, conférant à la fois une certaine relativité à la faute contractuelle et une autonomie à la faute délictuelle (Com.8 octobre 2002). Quant aux deuxième et troisième chambres civiles, elles se contentaient d'apprécier au cas par cas si la faute contractuelle invoquée représentait une faute délictuelle. L'Assemblée plénière est alors intervenue et par un arrêt du 6 octobre 2006 a donné raison à la première chambre civile. En l'espèce, un immeuble avait été donné à bail commercial à une société qui avait confié la location gérance de son fonds de commerce à un tiers. Celui-ci imputant au bailleur un défaut d'entretien des locaux a assigné le bailleur en référé pour obtenir la remise en état des lieux et le paiement d'une indemnité provisionnelle en réparation d'un préjudice d'exploitation. La Cour de Cassation rejette le pourvoi en indiquant que « *le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* ». L'Assemblée plénière a ici consacré le principe d'identité des fautes contractuelle et délictuelle dès lors qu'en l'espèce, les fautes reprochées (défaut d'entretien), s'analysaient en la violation d'obligations purement contractuelles qui ne profitent normalement qu'au preneur, le bailleur n'ayant pas de devoir d'entretien des lieux loués à l'égard des tiers. Admettre alors que des tiers puissent invoquer des défauts d'entretien sur le terrain délictuel implique l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle. Cependant, la solution peut présenter certains revers dès lors qu'elle conduit à autoriser les tiers à invoquer un manquement contractuel sans offrir au débiteur la faculté de leur opposer les stipulations et le régime du contrat. En fait, on continue de placer la victime sur le terrain délictuel tout en lui permettant d'invoquer une faute contractuelle.

2- L'avenir incertain de l'identité des fautes en droit prospectif

L'avant-projet *Catala* préconise une autre solution dès lors qu'il énonce dans un article 1342 : « *lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci peut en demander réparation au débiteur sur le fondement des articles 1363 à 1366* », ces derniers énonçant les dispositions propres à la matière contractuelle. L'article 1342 poursuit en

disposant qu' « *il est alors soumis à toutes les limites et conditions qui s'imposent au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage* ». En effet, cela permet à n'importe quelle victime, qu'elle soit partie ou tiers au contrat, d'obtenir la réparation de son préjudice de façon similaire. A défaut, par application de la solution dégagée par l'Assemblée plénière en 2006, le tiers est mieux loti que le créancier partie au contrat dès lors que celui-ci peut se voir opposer par son débiteur des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité tout comme un certain nombre d'exceptions contractuelles. La jurisprudence de 2006 a par la suite été confirmée notamment par la troisième chambre civile qui dispose encore une fois que « *le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* » (Civ 3^e 4 juillet 2007). Elle a même été appliquée, mais avec plus de circonspection, à l'hypothèse où le tiers est auteur (Civile 3^{ème} 22 octobre 2008) mais certains considèrent qu'un arrêt de la première chambre civile du 15 décembre 2011 pourrait marquer l'amorce d'un revirement et d'un retour à la dualité des fautes contractuelle et délictuelle.

Conclusion : La distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle est à la fois cardinale et urticante. Protégée par un principe de non-cumul qui est parfaitement légitime pour préserver la prévisibilité contractuelle, la distinction n'en suscite pas moins depuis longtemps des embarras de qualification. Rien d'étonnant dès lors à ce que les régimes spéciaux d'indemnisation (accidents de la circulation, produits défectueux etc.) aient été bâtis par le législateur en faisant fi de cette distinction, puisque ces régimes autonomes transcendent les deux ordres de responsabilité. C'est toutefois pour y substituer une autre distinction, entre atteintes aux corps et atteintes aux biens, qui est aujourd'hui tout aussi importante dans notre droit. Il suffit de songer notamment à la réforme de la prescription issue de la loi du 17 juin 2008 qui s'appuie sur cette distinction. De nouveaux conflits de frontières en perspective...