

# TRIBONNIEN

REVUE CRITIQUE DE LÉGISLATION  
ET DE JURISPRUDENCE

---

## ÉTUDES :

### RÉFORME DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

OLIVIER DESCAMPS : Critique historique

YVES-MARIE LAITHIER : Regard comparatif

DAVID DEROUSSIN : La tradition juridique

BENJAMIN MORON-PUECH : Dualisme des  
responsabilités

---

## ENTRETIEN

ANTOINE GARAPON ET JEAN LASSÈGUE :

Justice digitale

---

## GLOSE

Formation de l'esprit français :

OLIVIER BEAUD SUR UN TEXTE DE CARL SCHMITT

---

## CRITIQUES

PIERRE-LOUIS BOYER : L'appel

RÉMI FAIVRE-FAUCOMPRÉ : Grand Paris

LAURENT HECKETSWEILER : Mandat salarié

---

#### Comité scientifique

Bertrand Ancel, Pierre Bonin, Emmanuelle Chevreau, Sophie Démare-Lafont, Richard Desgorces, Pascale Deumier, Emmanuel Dockès, Bénédicte Fauvarque-Causson, Jean-Louis Halpérin, Michel Humbert, Dario Mantovani, Mustapha Mekki, Laurent Pfister, Franck Roumy, Dominique Rousseau, Daniel Tricot, Nicolas Warembourg

#### Comité de rédaction

Boris Bernabé, Julien Boudon, François Chénéde, David Deroussin, Olivier Descamps, Anne Dobigny-Reverso, Rémi Faivre-Faucompré, Samuel Fulli-Lemaire, Charles Gijssbers, Rachel Guillas, Gwenaél Guyon, Dominique Hiebel, Suzanne Lequette, Alexis Mages, Anthony Mergey, Laurent Reverso, François Saint-Bonnet, Sylvain Soleil, Paul Talbourdet, Édouard Verny

#### Comité international

Ulrike Babusiaux, Federico Battaglia, Eric Descheemaeker, Alejandro Guzmán, Andrea Fusaro, Aglaia McClintock, Laurent Mayali, Mathias Schmoeckel, Jakob Fortunat Stagl, Alexander Volokh

#### Direction de la revue

Nicolas Cornu Thénard, Nicolas Laurent-Bonne

#### Conception graphique

Gaël Etienne

#### Logotype

Ateliers Marie Bracco

#### Édition

Société de législation comparée

Revue publiée avec le soutien de l'Institut d'Histoire du Droit (UMR CNRS 7184), du Centre Michel de L'Hospital (EA 4232), de l'Institut de l'Ouest : Droit et Europe (UMR CNRS 6262), de l'Institut des Sciences Juridique et Philosophique de la Sorbonne (UMR CNRS 8103) ainsi que de l'Institut universitaire de France.

#### Tribonien

12 place du Panthéon  
75005 Paris  
[revue@tribonien.com](mailto:revue@tribonien.com)

#### Ont contribué à ce numéro :

Olivier Beaud,  
professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas  
Pierre-Louis Boyer,  
maître de conférences HDR à l'Université  
Catholique de l'Ouest (Angers)  
Olivier Descamps,  
professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas  
David Deroussin,  
professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3  
Rémi Faivre-Faucompré,  
docteur de l'Université Paris II Panthéon-Assas  
Antoine Garapon,  
magistrat et secrétaire général de l'Institut  
des hautes études sur la justice  
Laurent Hecketsweiler,  
maître de conférences à l'Université  
de Montpellier  
Yves-Marie Laithier,  
professeur à l'école de droit de la Sorbonne  
(Université Paris 1)  
Jean Lassègue,  
chargé de recherche au CNRS – Institut Marcel  
Mauss (EHESS)  
Benjamin Moron-Puech,  
maître de conférences à l'Université Paris II  
Panthéon-Assas

**ÉTUDES :  
RÉFORME DE LA  
RESPONSABILITÉ CIVILE**

- 6 **OLIVIER DESCAMPS**  
*Approche critique et historique de  
la réforme de la responsabilité civile*
- 18 **YVES-MARIE LAITHIER**  
*Regard comparatif sur le projet de réforme  
du droit de la responsabilité civile*
- 42 **DAVID DEROUSSIN**  
*Le projet de réforme du droit de la  
responsabilité et la tradition juridique*
- 64 **BENJAMIN MORON-PUECH**  
*Regard critique sur la consécration  
du dualisme des responsabilités  
contractuelle et extracontractuelle*

**ENTRETIEN :  
JUSTICE DIGITALE**

- 84 Rencontre avec Antoine Garapon  
et Jean Lassègue

**GLOSE :  
« LA FORMATION DE L'ESPRIT  
FRANÇAIS PAR LES LÉGISTES »**

- 90 Glose d'Olivier Beaud
- 95 Texte de Carl Schmitt

**CRITIQUES**

- 124 **PIERRE-LOUIS BOYER**  
*Appel politique et appel juridique.  
La procédure d'appel face à la dialectique  
institutionnelle*
- 132 **RÉMI FAIVRE-FAUCOMPRÉ**  
*Pour une distinction entre la servitude  
d'utilité publique en tréfonds  
et l'infrastructure de transport*
- 140 **LAURENT HECKETSWEILER**  
*Dans quelle mesure les honoraires  
du mandat salarié sont-ils la rémunération  
du service rendu ?*

# Regard critique sur la consécration du dualisme des responsabilités contractuelle et extracontractuelle<sup>1</sup>

BENJAMIN MORON-PUECH

Le titre de cette communication peut surprendre : « consécration du dualisme des responsabilités » ? De qui se moque-t-on ? Le dualisme est déjà bel et bien là ; mieux encore, il tient bon, cela malgré les coups d'estoc que lui portait il y a un peu plus de dix ans Philippe Rémy<sup>2</sup>. Il suffit ainsi d'ouvrir la plupart des ouvrages de droit de la responsabilité pour constater soit dans le titre même de l'ouvrage<sup>3</sup>, soit dans le plan<sup>4</sup>, soit seulement dans les développements<sup>5</sup>, qu'il y a deux responsabilités civiles : la res-

ponsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle<sup>6</sup>. Quant au droit positif, nul doute qu'il adopte lui aussi un tel dualisme des responsabilités. La jurisprudence, en particulier, distingue aujourd'hui la responsabilité contractuelle d'une responsabilité extracontractuelle. Même si les juges préfèrent généralement<sup>7</sup> recourir à l'adjectif *délictuel* plutôt qu'à

<sup>6</sup> La plupart des auteurs contemporains hésitent désormais à user de l'expression responsabilité délictuelle. Comp. toutefois S. Fournier et P. Maistre du Chambon, *La responsabilité civile délictuelle*, 4<sup>e</sup> éd., Grenoble, 2015.

<sup>7</sup> Mis à part la chambre sociale qui, ces derniers temps, a souvent utilisé l'expression de responsabilité extracontractuelle (not. Cass., soc. 21 sept. 2017, n°16-20.104 et 16-20.103, *Bulletin*, à propos de la responsabilité encourue en cas de rétractation de l'offre d'un contrat de travail), les autres chambres demeurent fidèles au terme de responsabilité délictuelle. Les rares cas où elles s'en écartent s'expliquent par la présence de la notion de responsabilité extracontractuelle dans les textes. Tel est le cas pour le contentieux de la responsabilité du fait des produits défectueux, en raison de l'utilisation de cette expression dans le texte de référence de ce contentieux, la directive 85/374/CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en

celui d'*extracontractuel*<sup>8</sup> – sans doute par attachement au code civil qui jusqu'en 1985<sup>9</sup> ignorait totalement l'expression « responsabilité extracontractuelle » – leur jurisprudence est donc également bien construite sur une approche dualiste de la responsabilité civile. Du point de vue terminologique, ce dualisme est également parfois exprimé, en particulier dans la jurisprudence relative à la responsabilité des contractants à l'égard des tiers, par la distinction entre le « manquement contractuel » et la « faute délictuelle »<sup>10</sup>. Par-là, il s'agit de bien marquer la distinction des faits générateurs propres à chacune de ces responsabilités.

Cette différence entre ces deux responsabilités ne se manifeste pas seulement dans l'usage de mots distincts pour désigner la responsabilité ou son fait généra-

teur. Cette différence se manifeste également dans les textes distincts qu'utilisent les juridictions pour fonder l'action en responsabilité découlant de la violation d'une norme contractuelle ou extracontractuelle : l'article 1147 devenu 1231-1 du code civil dans le premier cas<sup>11</sup> et l'article 1382 devenu 1240 du même code dans le second. Surtout, tant pour la doctrine que pour le droit positif<sup>12</sup>, il existerait entre ces deux responsabilités des différences de régime concernant la compétence juridictionnelle, la loi applicable, la mise en demeure, le préjudice, les faits générateurs et, dans une mesure moindre qu'auparavant, la prescription<sup>13</sup>. Il serait dès lors incontestable, au vu de cette différence de régime qu'il y aurait une différence de nature<sup>14</sup>. Par conséquent, lorsque le projet de réforme, tant dans sa version d'avril 2016 que de mars 2017 entreprend, dans l'architecture même du chapitre II (du titre III) consacré aux conditions de la responsabilité, de distinguer les dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle, puis de développer les règles propres à chacune de ces responsabilités, il n'y aurait aucune innovation, mais simplement rationalisation d'un code civil qu'on

matière de responsabilité du fait des produits défectueux, spécialement l'art. 13 (not. Cass., com., 24 juin 2008, n°07-11.744, Bull., IV, n°128 ; Cass., 1<sup>re</sup> civ., 10 déc. 2014, n°13-14.314, Bull., I, 209). *Idem* en droit international privé, sans doute en raison de la présence de l'expression « responsabilité extracontractuelle » dans plusieurs conventions internationales, notamment la Convention de la Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière (not. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 19 mai 1976, Bull., I, n°182 ; Cass., 1<sup>re</sup> civ., 28 oct. 2003, Bull., I, n°219, affaire dite de la pirogue cambodgienne). *Idem* pour les questions de prescriptions, du fait de l'influence de l'art. 2270-1 ancien du code civil évoqué *infra* (Cass. com., 8 avr. 2015, n°13-28.512, Bull., IV, n°66).

<sup>8</sup> Cf. Cass., 1<sup>re</sup> civ., 9 juin 2017, n°16-14.096, inédit où alors que l'arrêt d'appel utilisait l'expression de « responsabilité extra-contractuelle », la Cour va user de celle de « responsabilité délictuelle » ; *idem* Cass., 3<sup>e</sup> civ., 31 oct. 1989, Bull., II, n°208.

<sup>9</sup> Date de l'introduction dans le code civil de l'art. 2270-1, aujourd'hui abrogé, prévoyant une durée de prescription de dix années pour les actions en responsabilité. Il y a semble-t-il l'influence de la Convention de la Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière qui use de ce vocable. Bien que disparu dans les dispositions nouvelles, le vocable de « responsabilité extracontractuelle » a perduré dans la jurisprudence ultérieure relative à la prescription de telles actions en responsabilité. Cf. Cass. com., 29 nov. 2016, n°15-13.474, inédit.

<sup>10</sup> Not. Cass., AP, 6 oct. 2006, n°05-13.255, Bull. AP, n°9 ; Cass., 3<sup>e</sup> civ. 18 mai 2017, n°16-11.203.

<sup>11</sup> L'hésitation était ici permise entre 1217 et 1231-1. La Cour a choisi pour l'instant 1231-1 : Cass., 1<sup>re</sup> civ., 11 janv. 2017, n°16-10.479. Notons que l'hésitation a un temps aussi existé au siècle passé où certains arrêts voyaient parfois dans l'art. 1137 le siège de la responsabilité contractuelle. Cf. l'arrêt du 1<sup>er</sup> avr. 1922 cité *infra*.

<sup>12</sup> Pour une présentation de ces différences, cf. J.-C. Saint-Pau, « Art. 1146-1155, Fasc. 15 », *JurisClasseur Civil Code*, 2013 ; G. Viney, *Introduction à la responsabilité* cit., p. 422 s.

<sup>13</sup> Demeurent en effet certaines prescriptions raccourcies (not. L. 114-1 c. ass.) qui, formulées à propos de contrats particuliers, pourraient être considérées comme applicables seulement aux actions en responsabilité contractuelle et non aux actions en responsabilité délictuelle pour les dommages nés à l'occasion de ce contrat.

<sup>14</sup> F. Rouvière, « Le revers du principe "différence de nature (égale) différence de régime" », *Le droit entre autonomie et ouverture. Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Bergel*, Bruxelles, 2013, p. 415-448.

jugerait en l'état peu satisfaisant.

Pourtant, nous voudrions ici soutenir la thèse inverse et procéder ainsi au retournement que permet le regard comparatiste qu'il soit diachronique, *via* la connaissance de l'histoire du droit, ou synchronique, *via* la connaissance des droits étrangers. Selon cette thèse, le dualisme des responsabilités ne figurerait pas dans le code civil et n'aurait été mis en place par la jurisprudence qu'au début du *xx*<sup>e</sup> siècle. Dès lors, l'inscription dans le code civil du dualisme des responsabilités, comme se propose de le faire le projet de réforme, constituerait bel et bien une consécration de ce dualisme, en ce sens qu'inscrivant dans le Code une réalité qui n'y figurerait pas, elle changerait la nature de ce dualisme qui, d'une règle jurisprudentielle pouvant être abandonnée à tout moment du fait de sa nature coutumière<sup>15</sup>, deviendrait une règle édictée, figée dans le Code, probablement pour les prochains siècles. Ainsi, à rebours de l'idée la plus évidente selon laquelle la présence du dualisme des responsabilités dans le projet ne serait qu'une simple opération matérielle, destinée à rationaliser les dispositions existantes, nous voudrions montrer qu'elle est un acte lourd de signification. Autrement dit, nous voudrions montrer que l'on se situe avec le projet de réforme à un instant critique de notre histoire juridique : adopte-t-on ou non le système jurisprudentiel ? Prendre conscience de cet instant critique sera – compte tenu des contraintes éditoriales – le seul et unique objet de cet article.

Afin de prendre conscience que ce projet de consécration du dualisme des responsabilités civiles constitue un instant critique dans l'histoire française du droit de la responsabilité civile, il importe de

<sup>15</sup> Sur cette nature coutumière, cf. G. Drouot, *La rétroactivité de la jurisprudence*, préf. Cl. Brenner, LGDJ, 2016, n° 270.

revenir sur cette histoire. Comme cela sera montré, la distinction des responsabilités contractuelle et extracontractuelle n'est pas présente dans le code civil de 1804, quoi que puisse en penser la doctrine dominante<sup>16</sup>. Cette distinction n'a été développée que tardivement en jurisprudence. Examinons successivement ces deux discours du droit que sont le Code et la jurisprudence. En premier lieu donc, le dualisme et le Code ; en second lieu, le dualisme et la jurisprudence.

## I. Le dualisme et le code civil

Lorsqu'on consulte le code civil de 1804, le dualisme des responsabilités est loin d'être évident. La seule analyse correcte de cette source du droit consiste à dire que ses rédacteurs n'ont pas nettement perçu la question du monisme ou du dualisme de la responsabilité civile et qu'ils n'ont donc pas tranché cette question. En soi, certains textes postérieurs à 1804<sup>17</sup> pourraient conduire à une interprétation différente et amener ainsi à conclure que le dualisme figurait d'ores et déjà dans le Code, avant le projet de réforme de 2017. Nous montrons toutefois que cette interprétation n'est pas en l'état acceptable.

Suivant cette chronologie, nous montrerons que le dualisme des responsabilités civiles était absent en 1804, d'une part,

<sup>16</sup> Du moins la doctrine positiviste, car les historiens sont semble-t-il plus mesurés sur cette question. Cf. not. D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 2012, p. 583 : « Le Code [...] paraît consacrer la distinction des deux ordres de responsabilité ».

<sup>17</sup> On s'en tiendra ici aux seuls textes ayant modifié le code civil depuis 1804, en écartant donc les textes situés hors de ce code (art. L. 211-13 et L. 217-13 c. conso ; L. 421-2 du code des relations entre le public et l'administration) et qui, parce qu'ils usent de l'expression « responsabilité extracontractuelle », impliquent l'adoption d'un modèle dualiste de la responsabilité principalement. En effet, extérieurs au droit commun contenu dans le code civil, ces textes ne sauraient avoir pour portée de modifier la teneur de ce droit commun.

et que les réformes ultérieures affectant la responsabilité civile ne l'ont pas réellement consacré, d'autre part.

## Le dualisme et le code civil de 1804

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

Figurent toutefois quelques éléments qui pourraient donner l'impression que les Rédacteurs ont entendu distinguer ces deux responsabilités, en particulier le plan du code civil<sup>18</sup>. L'examen du livre III consacré aux « Différentes manières dont on acquiert la propriété » révèle en effet d'un côté l'existence d'un titre III intitulé « Des contrats et des obligations conventionnelles en général » et de l'autre un titre IV intitulé « Des engagements qui se forment sans convention »<sup>19</sup>. Or, à l'intérieur du titre III, figure un chapitre III dénommé « De l'effet des obligations », chapitre qui contient une section IV intitulée « Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation ». De là, on pourrait conclure que la section IV précitée, du fait de son insertion dans le titre III relatif aux obligations conventionnelles, consacre des règles propres à l'inexécution des obligations

<sup>18</sup> En ce sens, Ph. Rémy, « La "responsabilité contractuelle" » cit., n°3, pour qui « Le plan général du Code interdit [...] toute confusion entre les dommages et intérêts des articles 1146 et suivants et la dette de responsabilité », et l'auteur de développer ensuite cette idée.

<sup>19</sup> Bien que le titre III parle d'obligations et le titre IV d'engagements, ce qui pourrait laisser penser que ces deux titres parlent de chose différentes, il faut considérer que les termes sont identiques. Comme le rappelle Pothier, « [l]e terme d'*obligation*, dans un sens plus propre et moins étendu [que celui d'*obligation* imparfaite recouvrant aussi les obligations devant Dieu], ne comprend que les obligations parfaites, qu'on appelle aussi engagements personnels » (*Traité des obligations*, préf. J.-L. Halpérin, Paris, 2011 [1821], n° 1).

contractuelles, tandis que le titre IV consacrerait des règles propres à l'inexécution des obligations ne résultant pas d'un contrat.

Cependant, lorsqu'on examine plus en détail l'architecture globale du Code, il est permis de se demander si opposer ainsi la section IV du chapitre III du titre III avec le chapitre II du titre IV – ce qui semble être la pensée actuellement dominante en doctrine<sup>20</sup> – ne serait pas prêter aux rédacteurs du Code une intention qu'ils n'ont pas eue. Deux éléments au moins conduisent à douter d'une telle intention.

D'abord, on observe que nombre de règles contenues dans le titre III ne concernent pas les obligations nées d'une convention, mais bien plutôt toutes les seules obligations, quelles que soient leurs sources. Ainsi, l'ensemble des dispositions sur la preuve ou l'extinction des obligations est commun à toutes les obligations, et le fait qu'elles ne soient pas reprises dans le chapitre II du titre IV relatif aux délits et aux quasi-délits ne paraît pas pouvoir signifier qu'elles en sont exclues. Or, si l'on en revient aux dommages et intérêts, force est de constater que le titre IV sur les quasi-délits ne contient aucune règle à ce propos : il se contente avant tout d'évoquer les faits générateurs de responsabilité, sans détailler les normes relatives aux dommages et intérêts perçus par le demandeur à l'action en responsabilité. Dès lors, de la même manière que les règles sur la preuve ou l'extinction des obligations contenues dans le titre III s'appliquent aussi aux obligations provenant d'une des causes énoncées par le titre IV, il est possible de considérer que les règles sur les dommages et intérêts, également situées dans le titre III, s'appliquent aussi aux obligations prévues par le titre IV et notamment à celles découlant

<sup>20</sup> Cf. Ph. Rémy, « La "responsabilité contractuelle" » cit., n°3.



d'un délit ou d'un quasi-délit.

Cette interprétation peut être d'autant plus soutenue que, à bien y regarder, la section IV consacrée aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution n'est pas tout à fait à sa place dans le titre III consacré aux contrats et aux « obligations conventionnelles en général ». En effet, les sommes que le débiteur contractuel est tenu de verser en application de cette section IV ne sont pas alors dues à raison d'une convention (sauf hypothèse d'une clause pénale), mais résultent bien de la loi ou à « tout le moins d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé » de payer lesdites sommes, pour reprendre les termes de l'article 1370 du Code civil, texte introduisant les deux chapitres que le titre IV consacre aux quasi-contrats puis aux délits et quasi-délits. En effet, ces sommes sont, en réalité, un effet (légal) des obligations. Si les rédacteurs du code civil ne l'ont pas perçu c'est parce qu'ils ont confondu les effets du contrat avec les effets de l'obligation. Comme le soulignait déjà il y a deux siècles Victor-Napoléon Marcadé, l'œuvre des rédacteurs est sur ce point « un pêle-mêle d'idées incohérentes »<sup>21</sup> et l'on ne peut s'y retrouver qu'en distinguant les règles relatives au contrat et celles relatives aux obligations en général. Dès lors, à s'en tenir à une lecture systémique des textes du code civil, il y a bien quelques sérieux arguments permettant de soutenir que, malgré un plan défectueux souvent dénoncé par les commentateurs, la section IV consacrée aux dommages et intérêts s'applique tant à l'inexécution des obligations conventionnelles qu'à celle des obligations non conventionnelles.

<sup>21</sup> V. N. Marcadé, *Explication théorique et pratique du code civil contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence et un traité résumé après le commentaire de chaque titre*, 7<sup>e</sup> éd., Paris, 1873, t. IV, n° 376 s. et spé. n° 378. On trouve de semblables propos dans la troisième édition de 1847 (t. IV, p. 402 s.).

Ensuite, cette thèse d'une large application des règles sur les dommages et intérêts peut être corroborée par l'étude du *Traité des obligations* de Robert-Joseph Pothier. En effet, ce traité – dont les rédacteurs du code civil ont reconnu à nombre d'occasions l'importance qu'il avait eue sur leur travail<sup>22</sup> – entend également traiter de manière unitaire les dommages et intérêts qu'ils résultent d'un délit ou de l'inexécution d'un contrat<sup>23</sup>. Ainsi, le passage que Pothier consacre à cette matière se situe, non pas dans les développements consacrés aux obligations nées d'un contrat, mais dans ceux communs à toutes les obligations : l'article III que Pothier consacre aux « dommages et intérêts résultants, soit de l'inexécution des obligations, soit du retard apporté à leur exécution » ne se situe pas dans le chapitre I de la partie I de son *Traité des obligations*, chapitre où sont évoqués dans deux sections différentes ce qui concerne le contrat et ce qui concerne les délits et quasi-délits, mais dans le chapitre II de cette partie I où est traité l'effet des obligations, indépendamment de leur « cause » conventionnelle ou non conventionnelle. Certes, comme le faisaient remarquer François Chénéde et David Deroussin, lors de la conférence où fut pré-

<sup>22</sup> P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, t. XIII, Paris, 1836, not. p. 313, 413 et 414. Sur l'influence de Pothier sur le code civil, cf. J.-L. Gazzaniga, « Domat et Pothier : le contrat à la fin de l'Ancien Régime », *Droits*, 12 (1990), p. 37-46 ; J. Gaudemet, « Pothier et Jacqueminot. À propos des sources du code civil de 1804 », *Mélanges Rieg*, Bruxelles, 2000, p. 369-387.

<sup>23</sup> Comp. Ph. Rémy, « La "responsabilité contractuelle" » cit., n°2, estimant que le régime des dommages-intérêts repris de Pothier par les rédacteurs du code civil est « étranger à l'idée d'une vraie "responsabilité contractuelle" », taillée sur le modèle de la responsabilité délictuelle, et partageant avec elle une fonction de réparation. Si cet auteur relève bien que Pothier présente les dommages-intérêts comme un effet de l'obligation, il ajoute aussitôt qu'il s'agit d'un « effet de l'obligation contractée » et non, contrairement à ce que nous soutenons, d'un effet de l'obligation en général.

senté le présent article, les exemples donnés par Pothier pour illustrer ce chapitre II sont principalement tirés du droit des contrats<sup>24</sup>. Toutefois, si l'on s'intéresse non aux exemples mais aux développements généraux, l'on s'aperçoit que ceux-ci peuvent, la plupart du temps, s'appliquer tant à l'inexécution d'une obligation contractuelle qu'à l'inexécution d'une obligation non contractuelle. En outre, lorsque Pothier vient à aborder l'importance du dol sur les dommages-intérêts, il précise bien que ses explications valent « soit que le dol ait été commis *delinquendo*, soit qu'il ait été commis *contrahendo* »<sup>25</sup>. Cette dernière remarque est d'autant plus intéressante que Pothier se prévaut sur ce point de l'autorité de Charles Du Moulin<sup>26</sup>, révélant par-là que l'approche large des dommages et intérêt qu'il retient s'inscrit dans une tradition doctrinale. Certes, les passages cités par Pothier du traité *De eo quod interest (Des dommages et intérêts)* de Du Moulin concernent le seul dol, ce qui pourrait laisser penser que cette approche moniste des dommages et intérêts n'existerait que pour le cas de dol. Il nous semble toutefois que le plan et le contenu précédemment évoqués de l'œuvre de Pothier permettent de récuser cette analyse. Reste alors à expli-

<sup>24</sup> Rappr. les propos de Ph. Rémy, « La "responsabilité contractuelle" » cit., signalant que Pothier ne s'intéresse qu'aux dommages et intérêts extrinsèques, autrement dit ceux qui relèveraient pour cet auteur de la fonction de paiement et non de la fonction de réparation, d'où il en déduit que ces développements de Pothier ne concerneraient pas la responsabilité délictuelle. *Contra* G. Viney, *Introduction à la responsabilité cit.*, n°166-2, montrant que Pothier avait bien en tête également les dommages et intérêts extrinsèques.

<sup>25</sup> R.-J. Pothier, *Traité des obligations cit.*, n°168 où, évoquant les règles sur le dol, l'auteur indique : « Ces décisions ont lieu, soit que le dol ait été commis *delinquendo*, soit qu'il ait été commis *contrahendo* ».

<sup>26</sup> Pothier était son raisonnement en faisant référence au traité de Charles Du Moulin : *Tractatus de eo quod interest*, n°155.

quer pourquoi Pothier emprunte la plupart de ses exemples au contrat. Cela peut s'expliquer par le fait que l'article III qu'il consacre aux dommages et intérêts est construit en grande partie sur le traité de du Moulin sur les dommages et intérêts, traité qui constitue encore à l'époque la référence sur cette question. Or, ce traité, malgré un intitulé générique et des précisions méthodologiques liminaires n'excluant nullement les dommages et intérêts en dehors d'un contrat<sup>27</sup>, s'intéresse principalement aux dommages et intérêts en matière contractuelle<sup>28</sup>. Pour cette raison, il nous semble qu'il faut s'en tenir aux idées portées par le plan du traité de Pothier et considérer que, pour ce dernier, les règles sur les dommages et intérêts fonctionnaient bien quelle que soit l'origine de l'obligation. Cela nous amène donc à penser que, compte tenu de l'importance accordée par les rédacteurs du code civil à l'œuvre de Pothier, il est difficile de croire qu'ils aient pu sur cette question des dommages et intérêts s'en écarter si frontalement. Il faut y voir là une erreur ou une incompréhension de son œuvre, erreur sans doute aggravée par une lecture hâtive, concentrée sur les exemples donnés par Pothier et non sur l'architecture de son ouvrage.

Compte tenu de ces deux raisons, tirées pour l'une d'une lecture systémique du code civil et pour l'autre des textes ayant nourri ses rédacteurs, prendre argument du plan du code civil pour opposer les dommages et intérêts contractuels aux dommages et intérêts extracontractuels serait quelque peu

<sup>27</sup> En effet, au début de son étude, du Moulin en précise bien le champ. Or, s'il exclut certains dommages et intérêts, cela n'est nullement le cas de ceux résultant de l'inexécution d'une obligation née en dehors d'un contrat. Cf. C. Bontems, *Les dommages intérêts à travers le « De eo quod interest » de Dumoulin*, Mémoire pour le DES d'Histoire du droit, Paris, 1963, p. 65.

<sup>28</sup> C. Bontems, *op. cit.*, p. 66.

hasardeux. Les arguments précédemment développés permettent-ils cependant de considérer que, dans l'esprit des rédacteurs du code civil, il y avait une volonté de ne pas distinguer responsabilité contractuelle et extracontractuelle ? Non, cela serait tout aussi aventureux. Le seul jugement raisonnable que l'on peut porter sur le code civil est que ses auteurs n'avaient pas conscience de ce problème théorique – la seule dualité qu'ils percevaient était celle du délit et du quasi-délit –, de sorte qu'ils n'ont pas pu prendre parti dessus.

Au demeurant, cette absence de prise de position n'est guère surprenante lorsqu'on examine l'état des savoirs juridiques en vigueur au moment de ce code. Comme l'a montré Marie-Anne Daillant, la question de l'articulation des règles sur l'inexécution du contrat d'un côté et sur la loi *Aquililia* puis la matière des délits et quasi-délits de l'autre n'a, antérieurement au code civil, jamais été clairement réglée

en droit positif et en doctrine, même si, à partir de Samuel Pufendorf – et chez Jean Domat<sup>29</sup>, comme le rappelle Philippe Rémy qui tente aussitôt néanmoins de minimiser cette généralité<sup>30</sup> –, s'est dessinée une tendance à traiter dans la rubrique des délits et quasi-délits y compris de l'inexécution du contrat<sup>31</sup>. Cette tendance est présente dans certains esprits au moment de l'élaboration du Code puisque, comme l'a relevé David Deroussin<sup>32</sup>, les travaux préparatoires font état de l'interrogation du président du Tribunal, François Jaubert, se demandant à propos des obligations du déposant : « n'est-ce pas aussi une espèce de délit de la part de celui qui les viole ? »<sup>33</sup>. Une telle question est sans doute un écho à la formation de droit reçu sur les bancs de la faculté par Jaubert, avocat de formation.

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

<sup>29</sup> J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 2<sup>e</sup> éd., 1697, t. II, p. 132 (Livre II, Tome VIII, Section IV, n°II), où Domat traite, d'une manière générale, de la violation du contrat comme un « engagement qui se forme sans convention », autrement dit comme un délit dans la catégorisation retenue par les rédacteurs du Code de 1804. Pour Domat : « Le défaut de s'acquitter d'un engagement est aussi une faute qui peut donner occasion à des dommages & intérêts dont on sera tenu. Ainsi un vendeur qui est en demeure de délivrer ce qu'il a vendu, un dépositaire qui diffère de rendre le dépôt, un héritier qui retient une chose leguée, etc. ». Certes, ces développements sont chez Domat dans une rubrique consacrée aux dommages et intérêts causés par des fautes « sans crime ni délit », ce qui pourrait laisser penser que, selon lui, l'inexécution du contrat n'est pas un délit. Toutefois ce serait là se méprendre sur le sens que Domat attribue au terme de « délit ». Ce terme n'a pas chez lui le sens qu'il a aujourd'hui, notamment en raison de l'absence de claire distinction à l'époque entre le délit civil et le délit pénal. Pour lui, le « délit » c'est ce qui procède d'un « mauvais dessein » (J. Domat, *op. cit.*, p. 288). En l'absence d'un tel dessein, il parle seulement de « faute ». Dès lors, lorsque dans le passage précité il parle de « faute » pour désigner la violation d'un engagement, il nous semble bien qu'il faut comprendre cela, dans le langage du Code de 1804, comme ramenant l'inexécution du contrat à un délit ou quasi-délit, et donc à l'idée d'une responsabilité indifférente à l'origine contractuelle ou extracontractuelle de la norme violée.

<sup>30</sup> Ph. Rémy, « La "responsabilité contractuelle" » cit., n°8, spéc. nt 31. Pour Ph. Rémy, c'est là une allusion « isolée », ce qui nous semble discutabile comme l'a rappelé G. Viney, *Introduction à la responsabilité* cit., n°166-1.

<sup>31</sup> M.-A. Daillant et B. Moron-Puech, « Relecture de la distinction des responsabilités contractuelle et extracontractuelle (1804-1911) », *La responsabilité*, colloque de la Société d'histoire du droit, 4 et 5 juin 2017 [En ligne : hal.archives-ouvertes.fr], p. 1 et 2.

<sup>32</sup> D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations* cit., p. 584.

<sup>33</sup> P.-A. Fenet, *Recueil complet* cit., p. 398.

## Le dualisme et le code civil de 2018

Lorsqu'on ouvre le code civil aujourd'hui, en 2018, l'on peut constater qu'y figurent à plusieurs occasions, soit dans le plan soit dans le contenu, l'expression de « responsabilité extracontractuelle ». Assez marginal avant la réforme du droit des contrats intervenue par l'ordonnance du 10 février 2016, le phénomène a depuis pris considérablement de l'importance puisque cette expression, jusque-là cantonnée dans deux textes spéciaux – l'un sur la prescription au demeurant abrogée en 2008<sup>34</sup> et l'autre sur la responsabilité du fait des produits défectueux<sup>35</sup> – a fait une percée en droit commun des contrats, en trois occasions<sup>36</sup> et, plus lourd encore de signification, figure désormais dans le plan même du code civil. En effet, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont, à l'occasion de la réorganisation des titres III et IV du Code, introduit dans le titre III un sous-titre II intitulé « La responsabilité extracontractuelle ».

À première vue, la présence de l'expression « responsabilité extracontractuelle » suggère assez fortement que le code civil serait sorti de l'état d'indétermination dans lequel il était jusque-là. Parler de responsabilité extracontractuelle, c'est en effet dire très nettement que cette responsabilité est étrangère au contrat et c'est aussi, un peu moins nettement certes<sup>37</sup>,

suggérer qu'il y aurait un dualisme. Parler de responsabilité extracontractuelle implique en creux la reconnaissance d'une responsabilité contractuelle car sinon, à quoi bon ajouter l'adjectif extracontractuel après le terme de responsabilité ? En résumé donc, la lecture de l'actuel code civil laisse sérieusement penser que le dualisme des responsabilités, qui ne figurait pas dans la version de 1804 du Code, aurait depuis lors été consacré.

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

Concernant d'abord les modifications introduites par l'ordonnance du 10 février 2016, il faut, pour comprendre la portée de ces modifications, revenir aux termes mêmes de l'habilitation donnée par le législateur au gouvernement. D'après l'article 8 de la loi n°2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, le gouvernement était habilité à intervenir par voie d'ordonnance dans le champ du « droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve ». En revanche, l'ordonnance ne lui donnait aucune compétence pour intervenir dans le champ du droit de la responsabilité et donc, notamment, pour clarifier l'ambiguïté originelle du code civil quant au caractère unitaire ou moniste de

pas pertinente pour le contrat où, selon eux, il faudrait seulement parler d'exécution par équivalent. En l'état du droit positif, où plusieurs textes font référence à l'expression de « responsabilité contractuelle » (not. art. 1386-18 anc. devenu art. 1245-17 c. civ., L. 224-3 et -18 c. conso, L. 9 codes des postes et communications électroniques, L. 7342-5 c. trav., A. 125-2 c. ass. et L. 421-2 code des relations entre le public et l'administration), une telle opinion ne nous semblerait toutefois pas acceptable.

<sup>34</sup> Art. 2270-1 c. civ. précité.

<sup>35</sup> Art. 1386-18 c. civ. devenu art. 1245-17.

<sup>36</sup> Art. 1100-2, 1116 et 1178 c. civ.

<sup>37</sup> De farouches opposant au concept de responsabilité contractuelle, ceux pour qui, tel Philippe Rémy, ce n'est là qu'un « faux concept », pourraient toutefois avoir une autre lecture de l'usage de l'adjectif « extracontractuel ». Ils pourraient par exemple soutenir que celui-ci, loin d'être destiné à opposer la responsabilité extracontractuelle à la responsabilité contractuelle, aurait seulement pour but de souligner que la notion même de responsabilité ne serait

la responsabilité civile. Le rapport au président de la République, réalisé en amont de cette ordonnance, le spécifie pleinement en indiquant que les parties du Code relatives à la « responsabilité contractuelle » sont une « reprise à droit constant de la section IV du chapitre III de l'actuel titre III du code civil » et que tout cela sera seulement modernisé « dans le cadre du futur projet de réforme globale de la responsabilité civile ». Dès lors, compte tenu du champ de l'habilitation, l'introduction par la réforme de l'expression « responsabilité extracontractuelle » dans les articles et le plan du code civil ne saurait être prise en compte. Le gouvernement n'ayant pas été habilité à réformer la responsabilité civile, l'on ne peut en aucun cas tirer argument de l'emploi par ces textes de l'expression « responsabilité extracontractuelle ».

Ne pourrait-on pas avancer toutefois que la ratification de l'ordonnance par la loi du 20 avril 2018 change la donne ? En effet, force est de constater que le législateur, lors de l'examen de la loi de ratification, n'a à aucun moment songé à remettre en cause le plan adopté par le pouvoir réglementaire. Ne pourrait-on donc pas en déduire que le législateur a finalement *confirmé* les normes posées par le pouvoir réglementaire en dépassement de ses pouvoirs, ce qui rendrait alors caduc l'argument visant à écarter du débat les nouvelles occurrences de l'expression « responsabilité extracontractuelle » introduites par l'ordonnance ? L'argument est habile, mais malheureusement mal fondé car, pour qu'il y ait confirmation, encore faut-il démontrer l'intention du législateur de valider *a posteriori* des normes annulables. Or, aucun des travaux préparatoires disponibles ne révèlent une telle volonté du législateur. Au contraire, à plusieurs endroits dans ces travaux<sup>38</sup>, est rap-

pelée l'idée selon laquelle l'ordonnance soumise à ratification ne concerne nullement le droit de la responsabilité, en particulier la responsabilité contractuelle. Pour toutes ces raisons, l'on ne voit pas comment l'on pourrait tirer de la loi de ratification une quelconque volonté de confirmer le dépassement de pouvoir réalisé par le pouvoir réglementaire.

Ne pourrait-on pas, à tout le moins, soutenir que la réforme réalisée par l'ordonnance, compte tenu de la multiplication des occurrences de l'expression « responsabilité extracontractuelle » dans le Code, rend plus difficilement défendable la thèse du monisme des responsabilités ? Nous ne le croyons pas non plus. En effet, ce serait là n'avoir une vue que partielle des changements réalisés par l'ordonnance et susceptibles d'affecter le droit de la responsabilité. En effet, la réforme n'a pas seulement affecté le contenu des textes ou des intitulés des différentes rubriques du code civil, elle a également modifié l'architecture des titres III et IV du Code. Or, lorsqu'on lit de concert le plan de la réforme avec le plan du code civil et celui du *Traité des obligations* de Pothier, l'on ne peut que constater que le nouveau plan issu de l'ordonnance est désormais beaucoup plus proche de celui retenu par Pothier, que celui retenu par les rédacteurs du code civil de 1804. En effet, tout comme Pothier traitait dans un chapitre I des différentes sources d'obligation, puis dans un chapitre II des règles communes aux effets des obligations, l'ordonnance place dans un même titre III les disposi-

<sup>38</sup> Cf. l'exposé des motifs précédant le projet de loi n° 578. *Adde* les propos tenus par François Pillet, rapporteur du projet de loi au Sénat, lors des débats en commission des lois du Sénat le 11 oct. 2017 ou encore ses écrits dans son rapport (n° 22) déposé en 1<sup>re</sup> lecture (spéc., p. 8, 11 et 31). *Adde* les propos tenus en séance publique par Muriel Jourda, lors de la 1<sup>re</sup> lecture au Sénat, le 17 oct. 2017.

tions sur les sources des obligations, puis dans un titre IV celles sur le régime général des obligations ; ce faisant de nombreuses dispositions rattachées dans le code civil de 1804 aux seules obligations conventionnelles sont désormais étendues à toutes les obligations. Seule la rubrique sur les dommages et intérêts n'a pas été déplacée, ce qui n'est guère surprenant au regard de l'emprise qu'exerce sur nos contemporains l'idée selon laquelle cette rubrique ne concernerait que les contrats. Pour autant, appréhendé dans son ensemble, le plan du code civil tel que modifié par la réforme laisse penser que le système moniste de Pothier pourrait finalement l'emporter, et que le dépôt annoncé d'un projet de loi réformant la responsabilité civile pourrait être l'occasion d'achever ce renouement avec la pensée de Pothier, tant malmené sur ce point par les rédacteurs du Code de 1804. Dès lors, dressant le bilan de la réforme introduite par l'ordonnance du 10 février 2016, l'on peut dire que si son contenu peut donner l'impression d'une adhésion à un système dualiste, son plan, en revanche, pose les fondations intellectuelles d'un système moniste. Pour toutes ces raisons, la réforme du droit des contrats intervenue en 2016 et en cours de ratification ne nous semble nullement apporter une réponse déterminante à la question, laissée ouverte par le code civil, du dualisme ou du monisme de la responsabilité civile.

S'agissant, ensuite, de l'introduction dans le code civil de l'expression « responsabilité contractuelle » antérieurement à la réforme du 10 février 2016, il y a ici eu deux modifications. Premièrement l'introduction, à l'occasion de la loi de 1985 sur les accidents de la circulation, de l'article 2270-1 du code civil prévoyant que « les actions en responsabilité civile extra-

contractuelle se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation ». Deuxièmement l'introduction en 1998 de l'article 1386-18 (aujourd'hui 1245-17) relatif à la responsabilité du fait des produits défectueux et prévoyant que « Les dispositions du présent titre ne portent pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité ». Faut-il considérer que ces deux textes ont abouti à une levée de l'indétermination du code civil ? Non et cela pour trois raisons.

La première raison est que la présence dans ces textes de l'adjectif « extracontractuel » est le résultat d'influences sur le code civil de systèmes dualiste étrangers et dont on ne saurait guère prétendre que ce code les aurait fait siens, dissipant par là même son ambiguïté initiale quant au système de responsabilité civile retenu. S'agissant de l'usage de l'expression responsabilité extracontractuelle, au sein du régime de responsabilité du fait des produits défectueux, ce n'est là que la reprise servile et non réfléchie de l'article 13 de la directive de 1988 sur la responsabilité du fait des produits défectueux. Reprise dont la portée ne devrait pas masquer le souci d'unité qui marque ce régime spécial puisque l'ancien article 1386-1 du code civil (devenu l'article 1245 avec la réforme de 2016) affirme que : « Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime ». Quant à l'article 2270-1 du même code, depuis abrogé, s'il concerne certes une question générale, il ne faut pas oublier qu'il a été introduit par une loi sur les accidents de la circulation. Or, cette loi a notamment été construite par le gouvernement d'alors en



tenant compte de la convention sur les accidents de la circulation de 1971<sup>39</sup>, laquelle emploie l'expression de responsabilité extracontractuelle. Ce caractère étranger à notre système juridique transparait nettement des travaux préparatoires puisque, lors du débat d'un amendement sur la portée de ce texte, le rapporteur du Sénat avait pris la peine de préciser ce que recouvrait l'adjectif extracontractuel – marquant ainsi le caractère non évident pour lui et ses collègues de cette expression par rapport à celles de responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle. En outre, ce rapporteur s'était un temps efforcé d'effacer une distinction qui lui semblait « artificielle » entre la responsabilité contractuelle d'un côté et la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle de l'autre<sup>40</sup>. Surtout, il faut rappeler que si la loi de 1985 introduit l'expression de responsabilité extracontractuelle, elle procède néanmoins d'une philosophie moniste puisque l'article 1<sup>er</sup> de la loi s'applique aux victimes d'un accident, même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat.

La deuxième raison est que ces textes n'ont pas une portée générale. L'un concerne la seule question de la prescription des actions en responsabilité extracontractuelle, autrement dit une question particulière de régime qui ne paraît pas susceptible de rejaillir sur l'entière du système de responsabilité civile. L'autre concerne le droit de la responsabilité du fait des produits défectueux. La jurisprudence ne s'y est d'ailleurs pas trompée puisque, mis à part ces deux hypothèses, les chambres civiles et commerciale de la Cour de cassation sont très largement fidèles à la terminologie du code civil et

n'utilisent pas l'expression de « responsabilité extracontractuelle ».

Troisième et dernière raison, postérieurement à ces deux textes spéciaux de 1985 et 1998, adoptés sous influence étrangère, le Parlement français a eu l'occasion de manifester à plusieurs reprises et spontanément<sup>41</sup> son attachement à un système moniste de la responsabilité civile soit en adoptant des régimes spéciaux de responsabilité faisant fi de la distinction, comme c'est le cas pour la responsabilité médicale<sup>42</sup>, soit, plus significatif encore, en affirmant que les responsabilités délictuelle et quasi-délictuelle s'appliquaient également en cas d'inexécution du contrat. Ainsi, à l'occasion des débats parlementaires sur ce qui allait devenir la loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière, a été réaffirmée la nature unitaire de la responsabilité. Par cette loi a en effet été introduit dans le code monétaire et financier un article L. 544-5 selon lequel « Les agences de notation de crédit [...] engagent leur responsabilité délictuelle et quasi délictuelle, tant à l'égard de leurs

<sup>41</sup> Dans tous les exemples qui sont donnés plus bas, le législateur n'avait nulle obligation de légiférer. En particulier, dans le cas de la responsabilité des agences de notation évoqué plus loin, cette responsabilité était déjà prévue par le règlement européen n°1060/2009 du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit, texte qui, en raison de sa nature, est directement applicable et ne nécessite donc aucune transposition.

<sup>42</sup> Cf. l'art. L. 1142-1 CSP introduit par la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. Le souci de réunification est très clair dans la bouche d'un des principaux rédacteurs du projet de loi, D. Tabuteau. Cf. l'entretien que nous avons eu avec lui et retranscrit dans B. Moron-Puech, *Contrat ou acte juridique ? Étude à partir de la relation médicale*, thèse de droit, Université Panthéon-Assas, 2016, Annexe 2, p. 562. *Adde* la demi-douzaine d'autres exemples cités dans G. Viney, *Introduction à la responsabilité* cit., n° 245.

<sup>43</sup> Ce texte est le seul texte de droit interne – mis à part les décrets fixant le programme de divers concours d'entrée dans des professions réglementées ! – à utiliser l'expression de « responsabilité délictuelle ». Les textes parlent plutôt sinon de « matière délictuelle » : art. 46 CPC, 314-7 c. pén. ou L. 562-9 COJ.

clients que des tiers »<sup>43</sup>. Or, lorsqu'on regarde les travaux préparatoires, l'un des motifs avancés pour l'utilisation de la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle est le caractère général de cette responsabilité, caractère qui lui permet de fonctionner tant en présence d'un contrat avec l'agence de notation qu'en son absence<sup>44</sup>.

Comme nous l'indiquaient des collègues spécialisés dans la responsabilité des agences de notation<sup>45</sup>, cette disposition a laissé beaucoup d'auteurs perplexes, nombre d'entre eux lui reprochant de méconnaître le dualisme des responsabilités et de remettre « en cause un principe fondamental de notre droit de la responsabilité civile dans un domaine spécifique [...], le principe dit de "non-cumul" »<sup>46</sup>.

Loin d'encourir cette critique, cette disposition de loi nous paraît au contraire révéler quelle serait la tendance naturelle d'un juriste qui, ignorant tout de l'actuel système jurisprudentiel du droit de la responsabilité civile, examinerait d'un œil

<sup>44</sup> « Nous nous étions principalement concentrés, jusque-là, sur la responsabilité contractuelle, c'est-à-dire la relation entre l'agence de notation et son client. Or il est toujours délicat de trop s'immiscer dans les relations contractuelles, dès lors que deux parties contractent dans un cadre communautaire qui les autorise à choisir le droit sous lequel elles se placent. / Par conséquent, à l'issue de ce nouveau travail, j'ai proposé à la commission de replacer la réflexion sur le terrain de la responsabilité délictuelle, afin de nous intéresser à la responsabilité des agences de notation à l'égard de l'ensemble de la communauté financière et du marché » : JORF, *Débats parlementaires. Sénat. Compte rendu intégral*, Séance du 1<sup>er</sup> oct. 2010, p. 7256 [En ligne : [www.senat.fr](http://www.senat.fr)].

<sup>45</sup> Que soient ici remerciés, pour leurs conseils et la documentation qu'ils nous ont fournie, Dorine Verheij et Jérôme Chacornac.

<sup>46</sup> J. Chacornac, *Essai sur les fonctions de l'information en droit des instruments financiers*, Paris, 2014, n°1058. *Adde* C. Thépot, « L'encadrement légal de l'activité des agences de notation par la loi de régulation bancaire et financière », *Les Petites Affiches*, 2010, n°250 ; Fl. Denis, « La nouvelle responsabilité civile des agences de notation », *RLDA*, 2011, p. 73-78 ; X. Clédat, « Agences de notation : de la délicate mise en œuvre de leur responsabilité civile », *Revue Lamy Droit Civil*, 2012, p. 59-63 ; A. Sotiropoulou, « La responsabilité civile des agences de notation », *Bulletin Joly Bourse*, 2013-1.

profane le code civil et trouverait dans son article 1240 un principe général de responsabilité, tellement général que ce juriste ne verrait aucune difficulté à l'appliquer, y compris à l'inexécution d'un contrat<sup>47</sup>. Or, cette analyse, le législateur n'est pas le seul à l'avoir faite en 2010. Elle fut aussi, pendant plus d'un siècle, l'analyse que firent les juges français aux premiers temps de l'application du code civil. C'est cette histoire de la jurisprudence qu'il nous faut maintenant conter.

## II. Le dualisme et la jurisprudence

Pas plus que la lecture du Code, la lecture des recueils de jurisprudences du XIX<sup>e</sup> siècle ne donne à voir un dualisme des responsabilités. La thèse peut là encore apparaître quelque peu osée tant nous sommes habitués aujourd'hui à l'idée de ce dualisme et qu'il nous est donc si difficile de nous en extraire. D'ailleurs, la lecture d'ouvrages généraux d'histoire du droit ne nous y conduit guère. Ainsi, David Deroussin, lorsqu'il s'intéresse à cette question de l'éventuelle distinction des responsabilités, après avoir évoqué, nous l'avons mentionné, l'ambiguïté du Code de 1804, indique que celle-ci aurait été levée par la jurisprudence, et ce même auteur de citer un arrêt du 30 janvier 1826<sup>48</sup> où la Cour de cassation aurait distingué les responsabilités contractuelle et extracontractuelle<sup>49</sup>. Pourtant, l'examen des recueils de jurisprudence révèle qu'il faut

<sup>47</sup> Rapp. Ph. Rémy, « La "responsabilité contractuelle" » cit., n°11, lequel considère que le caractère général des articles 1382 et 1383 a eu un caractère « décisif » dans la construction du système (moniste ou dualiste) de responsabilité, même si l'auteur apprécie différemment de nous cette influence.

<sup>48</sup> Cass., Civ. 30 janv. 1826 : D. 1826, 1, 62.

<sup>49</sup> D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations* cit., p. 584.

attendre le début des années 1890 pour qu'apparaisse sous la plume de certains juges l'ébauche d'un dualisme des responsabilités. Jusqu'à cette date, la jurisprudence française<sup>50</sup> adopte très largement, si ce n'est unanimement<sup>51</sup>, une analyse moniste de la responsabilité civile.

### L'apparition d'une tradition jurisprudentielle moniste au XIX<sup>e</sup> siècle

Lorsqu'on se plonge dans les recueils de jurisprudence du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>52</sup>, il apparaît rapidement que le système dualiste des responsabilités qu'on connaît aujourd'hui ne permet pas de rendre compte de la jurisprudence de l'époque. Certes, plusieurs arrêts, et notamment celui de 1826 précité, affirment l'existence de règles propres à l'inexécution du contrat, règles qui ne se trouveraient pas dans d'autres cas de responsabilité. Est-ce à dire pour autant que la responsabilité découlant du contrat s'opposerait à une responsabilité intervenue en dehors d'un contrat ? Pas nécessairement, cela peut aussi simplement signifier que l'inexécution d'un contrat entraîne le jeu de règles spéciales, telles, comme dans l'arrêt de 1826, celles sur la mise en demeure, et que ces règles ne se retrouvent pas en droit commun des délits. Autrement dit, à la lecture de ces

<sup>50</sup> Comp. avec la jurisprudence belge qui opère ce basculement beaucoup plus tôt, sans doute en raison de l'importante influence de François Laurent, Professeur à Gand durant cette période. Cf. not. Cass., 3 mai 1861, *Pas.* 1861, 1, p. 397, spéc. p. 408 ; CA Gand, 18 juin 1887 : S. 1889, 4, p. 1.

<sup>51</sup> Nous n'avons pas procédé à un relevé exhaustif des décisions jurisprudentielles faisant application des textes du droit de la responsabilité entre 1804 et 1890, de sorte qu'il ne nous est pas possible d'affirmer que la jurisprudence serait unanime. Néanmoins, le relevé sélectif auquel nous avons procédé nous permet de le présumer.

<sup>52</sup> Cf. la base de données des quelques décisions pertinentes recensées sur cette période [En ligne : hal.archives-ouvertes.fr].

arrêts, deux interprétations sont possibles. Selon une première interprétation, il existerait deux ordres de responsabilité avec chacun ses règles propres. Selon une deuxième interprétation, il existerait un droit commun de la responsabilité comprenant *en son sein* des règles spéciales, en partie lorsque le délit résulte de l'inexécution d'un contrat. Évidemment, lorsque les auteurs contemporains, habités par l'idée du dualisme des responsabilités, ont redécouvert ces arrêts du XIX<sup>e</sup> siècle affirmant l'existence d'un droit propre, ils y ont lu une confirmation historique du dualisme des ordres, sans percevoir qu'une autre interprétation était possible. Or il semble que, ce faisant, leur jugement a été biaisé, ce que confirme l'étude minutieuse de la jurisprudence.

Lorsqu'on se penche sur les recueils, l'on trouve de nombreux arrêts révélant que c'est la deuxième interprétation mentionnée plus haut qu'il faut retenir pour comprendre la jurisprudence de cette époque, autrement dit l'interprétation suivant laquelle la violation d'un contrat serait un délit ou quasi-délict. Au-delà des quelques décisions qualifiant expressément l'inexécution d'un contrat de quasi-délict<sup>53</sup>, cette analyse se fonde d'abord sur les nombreuses décisions dans lesquelles les magistrats, sans doute nourris par le *Traité des obligations* de Pothier, considèrent que les dispositions de la section IV relatives aux dommages et intérêts, bien que situées dans le titre III relatif aux « contrats et aux obligations conventionnelles en général », peuvent s'appliquer aux engagements non conventionnels évoqués dans le titre IV<sup>54</sup>. De même, cette analyse

<sup>53</sup> CA Nîmes, 1 janv. 1878 : D., 1879, 2, p. 55 ; Cass. req., 25 oct. 1892 : D., 1892, 1, p. 613.

<sup>54</sup> Cass. req., 10 juin 1879 : DP, 1880, 1, p. 418 ; Cass., civ., 6 juin 1896 : DP, 1896, 1, p. 465.

peut se prévaloir des nombreuses autres décisions où ce ne sont pas des textes prétendument réservés au contrat que les juges appliquent à des engagements formés sans convention, mais des textes prétendument rattachés aux engagements formés sans convention qui sont appliqués par les magistrats à des contractants. Ce dernier phénomène s'observe avant tout pour l'article 1382 ancien du code civil appliqué à des contrats<sup>55</sup>. Doivent en particulier être ici mentionnés les arrêts qui, à propos des contrats de transports<sup>56</sup>, d'entreprise<sup>57</sup> ou encore, à partir de 1889<sup>58</sup>, de dépôt hôtelier<sup>59</sup> – contrats dans lesquels existent des dispositions spéciales sur les dommages et intérêts –, indiquent qu'en dehors de ces dispositions spéciales, applicables à seulement une partie des obligations des contractants, il faut faire retour au droit commun que constitue, aux yeux des juges, l'article 1382 ancien du code civil. L'article 1382 ancien n'est pas la seule disposition ainsi appliquée à des engagements conventionnels. C'est aussi le cas, de manière manifeste, de l'article 1385 ancien du Code, dont plusieurs décisions font application en présence d'un contrat<sup>60</sup>. Qu'il s'agisse de l'article 1382 ou 1385 anciens<sup>61</sup>, ce qui va justifier l'application de

<sup>55</sup> Cass. Req. 25 avr. 1855 : DP, 1855, 1, p. 156.

<sup>56</sup> Cass., civ., 10 nov. 1884 : DP, 1885, 1, p. 433 ; CA Aix, 12 déc. 1887 et CA Poitiers, 6 févr. 1888 : S., 1888, 2, p. 138.

<sup>57</sup> Cass., req., 29 mars 1893 : DP., 1893, 1, p. 289 ; Cass. req., 24 mai 1894 : DP, 1894, 1, p. 451. Rapp., pour le louage d'ouvrage : CA Rennes, 20 mars 1893 : S., 1894, 2, p. 36.

<sup>58</sup> La responsabilité des aubergistes et hôteliers fut en effet modifiée par la loi du 18 avril 1889 qui vint modifier l'article 1953 du code civil pour y établir une disposition spéciale sur la responsabilité de ces professionnels.

<sup>59</sup> CA Aix, 11 mai 1908 : DP, 1908, 2, p. 190.

<sup>60</sup> CA Paris, 23 févr. 1884 : S., 1886, 2, p. 97 ; Cass., civ., 9 mars 1886 : S., 1886 1, p. 244 ; Cass. 11 mars 1902 et 29 mai 1902 : S., 1902, 1, p. 309 ; Cass., req., 2 juill. 1902 : S. 1902, 1, p. 448.

<sup>61</sup> Et l'on pourrait aussi citer des décisions appliquant entre contractants les articles 1383, 1384 et 1386 : Cass.,

ces articles du titre IV à des inexécutions du contrat relevant du titre III, c'est l'argument du droit commun, argument expressément mentionné dans plusieurs arrêts<sup>62</sup>.

Au vu de ces arrêts, il nous paraît difficilement contestable que la jurisprudence a adopté tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle un système moniste dans lequel l'inexécution du contrat constitue bien un délit ou un quasi-délict. Comme le disait en 1886 un magistrat, critiquant le discours de la doctrine de l'époque qui, ignorant cette réalité jurisprudentielle, soutenait l'existence d'un dualisme des responsabilités : « la responsabilité contractuelle est une formule vicieuse, une formule erronée de langage, [...] la responsabilité est nécessairement délictuelle »<sup>63</sup>. Très rapidement cependant, à la charnière des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, des décisions vont commencer à être rendues en se fondant sur le système dualiste professé avec de plus en plus de vigueur par la doctrine<sup>64</sup>.

### L'apparition d'une tradition jurisprudentielle dualiste à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle

La première apparition incontestable d'une approche dualiste que nous avons trouvée en jurisprudence figure dans un arrêt rendu par la Cour de cassation en 1890, arrêt dans lequel il est jugé que « c'est seulement en matière de délits ou quasi-

req., 12 févr. 1845 : D. 1845, 1, p. 160 ; CA Poitiers, 6 févr. 1888 : S., 1888, 2, p. 139 ; CA Dijon, 26 déc. 1896 : GP 1896, 1, p. 157 ; T. civ. Seine, 23 janv. 1903 : D. 1904, 2, p. 257 ; CA Riom, 25 mars 1903 : D. 1904, 2, p. 260.

<sup>62</sup> Cass., req., 2 juillet 1878 : S., 1879, 1, p. 155 ou Cass. civ., 6 juin 1896 précité.

<sup>63</sup> A.-F. Lefebvre, « De la responsabilité, délictuelle, contractuelle », *Rev. crit. légis. juris.*, 1886, p. 485 s.

<sup>64</sup> Sur l'influence des travaux de la doctrine sur la consécration par la jurisprudence de la notion de responsabilité contractuelle, cf. Ph. Rémy, « La "responsabilité contractuelle" » cit., n° 10 à 20.

délits que toute faute quelconque oblige son auteur à réparer le dommage provenant de son fait», tandis que dans le contrat de mandat dont il s'agissait en l'espèce, le «mandataire n'est tenu d'apporter à la gestion dont il s'est chargé que les soins d'un bon père de famille»<sup>65</sup>. Même si l'opposition entre les délits et quasi-délits d'un côté et le contrat de l'autre est encore timide, la motivation retenue semble bien suggérer à la fois une différence de nature – l'inexécution du mandat semble ne pas être perçue comme constitutive d'un délit ou d'un quasi-délict – et une différence de régime – la faute doit s'apprécier plus souplesment à l'égard du mandataire. La thèse du dualisme sera reprise deux ans plus tard, avec plus de netteté, par la cour d'appel de Pau qui, à propos également d'un contrat de mandat, va juger «qu'il ne peut être question dans l'espèce d'un quasi-délict, qui n'est une cause d'obligation qu'en l'absence d'une convention»<sup>66</sup>. À l'inverse, l'on trouve également à cette époque au moins une décision refusant d'appliquer à des délits survenus en dehors d'un contrat les règles prévues dans le titre pour les contrats. Ainsi, dans un arrêt de 1896, la Cour de cassation rejette un moyen qui se prévalait des articles 1142 et 1149 du code civil en dehors du cadre contractuel, au motif que «ces articles ont pour objet de sanctionner les engagements contractuels et que la cour n'a pu les violer en statuant sur la réparation du dommage causé par un délit».

Ces arrêts représentent cependant un courant minoritaire dans la jurisprudence.

<sup>65</sup> Cass., req., 21 janv. 1890 : DP, 1891, 1, p.380. Comp. ant. Cass. req., 25 avr. 1855 : DP, 1855, 1, p.156 où la Cour de cassation, au visa des textes sur le mandat et le délit, affirmait qu'un mandataire était responsable «non seulement de son dol, mais encore des simples fautes».

<sup>66</sup> CA Pau, 28 déc. 1891 : S. 1892, 2, p.97.

En effet, les relevés de décisions de justice auxquels nous avons procédé<sup>67</sup>, révèlent que sur la période courant de 1890 à 1910, les arrêts conservant une approche moniste demeurent majoritaires tant chez les juges du fond qu'à la Cour de cassation. Pour les juges du fond peut par exemple être cité un arrêt rendu par la cour d'appel de Rennes en 1893, à propos d'une action en responsabilité exercée par un ouvrier. Dans cet arrêt, il est jugé que «la règle de l'article 1382 [...] est générale, absolue, applicable dans tous les cas, que le dommage ait été causé au cours de l'exécution d'un contrat quelconque, à l'un des contractants par son cocontractant, ou qu'il soit le fait d'un tiers juridiquement étranger à la personne lésée»<sup>68</sup>. Quant à la Cour de cassation, elle rend nombre d'arrêts sur cette période faisant application soit d'articles du code civil concernant l'inexécution du contrat à des situations non contractuelles<sup>69</sup>, soit de dispositions situées dans le chapitre des délits et quasi-délits à des situations contractuelles<sup>70</sup>.

L'année 1911 va néanmoins être un moment décisif dans la jurisprudence du fait de l'important arrêt *Compagnie Générale Transatlantique*<sup>71</sup>. Dans cet arrêt la Cour va mettre un terme aux divergences jurisprudentielles qui existaient jusque-là entre les juges du fond quant à la

<sup>67</sup> Cf. les arrêts contenus dans la base de donnée mentionnée *supra* nt 41.

<sup>68</sup> CA Rennes, 20 mars 1893 : S., 1894, 2, p.36.

<sup>69</sup> Cass., civ., 6 juin 1896 : S., 1896, 1, p.466, à propos de la responsabilité d'un concessionnaire à l'égard du propriétaire d'un terrain endommagé vis-à-vis duquel il n'est lié par aucun contrat. La cour juge que l'article 1149 du code civil, texte «de droit commun», doit s'y appliquer.

<sup>70</sup> Cass., req., 16 mai 1904 : DP, 1905, 1, p.352 où la Cour engage la responsabilité d'un architecte à l'égard d'un propriétaire auquel il était lié par contrat en se fondant sur l'article 1382 du code civil.

<sup>71</sup> Cass., civ. 21 nov. 1911 : S., 1912, 1, p.73.

responsabilité du transporteur en cas de dommage causé aux personnes. Jusqu'à cet arrêt de 1911, s'affrontaient deux positions jurisprudentielles. Selon la première, traditionnelle et ancrée dans une approche moniste de la responsabilité, il était jugé qu'en dehors du texte spécial de l'article 1784 prévoyant une responsabilité de plein droit pour les dommages causés aux marchandises, les transporteurs étaient responsables sur le fondement du droit commun constitué par l'article 1382 du code civil<sup>72</sup>. Dès lors, engager la responsabilité du transporteur pour les dommages causés aux personnes impliquait de démontrer une faute. Selon la seconde position, réformatrice et ancrée dans une approche dualiste de la responsabilité, il était jugé que l'article 1382 du code civil, qui implique la preuve d'une faute, n'est pas applicable aux contrats de transports mais seulement aux délits et quasi-délits. Cette paralysie de l'article 1382 permettait alors aux magistrats de retenir plus facilement la responsabilité du transporteur pour les dommages causés aux personnes. Pour cela, les magistrats forçaient d'abord le contrat, en y insérant l'obligation pour le transporteur de prendre soin du voyageur puis, estimant qu'en matière de responsabilité contractuelle – l'expression commence à être utilisée<sup>73</sup> –, l'inexécution du contrat suffisait à engager la responsabilité du transporteur, il leur était beaucoup plus aisé d'engager cette responsabilité<sup>74</sup>. C'est donc en réponse à ce conflit, particulièrement aigu au sein de la cour

<sup>72</sup> Not. CA Aix, 12 déc. 1887 et CA Poitiers, 6 févr. 1888 : S. 1888, 2, p.138 ; CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., 13 avr. 1892 : D. 1893, 2, p.125.

<sup>73</sup> La première occurrence jurisprudentielle que nous ayons trouvée de cette expression peut être lue dans CA Riom, 27 janv. 1896 : D. 1899, 2, p.316 (en note).

<sup>74</sup> CA Paris, 27 juill. 1892 : S. 1893, 2, p.94 ou, de la même cour, 23 juill. 1894 : D. 1895, 2 p.63.

d'appel de Paris où les deux camps s'affrontaient (y compris parfois au sein de la même chambre), que l'arrêt *Compagnie Générale Transatlantique* est rendu. Aux conclusions de l'avocat général Louis Sarrut, qui plaide depuis sa thèse de doctorat pour une responsabilité contractuelle du transporteur pour les dommages causés à la personne<sup>75</sup>, la Cour de cassation va opter elle aussi pour la thèse dualiste et forcer ici le contrat de transport pour y insérer une obligation de sécurité.

Même si, après cet arrêt, quelques décisions vont continuer à utiliser une approche moniste, notamment pour les dommages causés par des animaux où l'article 1385 demeure appliqué quelques temps entre contractants<sup>76</sup>, la solution posée en 1911 pour le contrat de transport va gagner du terrain. L'accession de Sarrut à la fonction de premier président de la Cour de cassation en 1917 va renforcer encore davantage la postérité de cet arrêt de 1911 et permettre, en 1922, une affirmation sûre et tranchée du dualisme des responsabilités. Reprenant une partie des termes utilisés dans l'arrêt précité de 1890, à savoir que «c'est seulement en matière de délit ou de quasi-délict que toute faute quelconque oblige son auteur à réparer le dommage provenant de son fait», la Cour va surtout ajouter cette nouvelle précision, signe d'une révolution notionnelle accomplie : «les articles 1382 et suivants sont sans application lorsqu'il s'agit d'une faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat ; que le principe est alors posé par l'article 1137 du code civil qui décide que le débiteur ne répond que de la faute que ne commettrait

<sup>75</sup> L. Sarrut, *Législation et jurisprudence sur le transport des marchandises par chemins de fer*, thèse Nancy, 1874.

<sup>76</sup> Cass., req., 1<sup>er</sup> déc. 1914 : DP 1916, 1, p.192.



pas un bon père de famille»<sup>77</sup>. C'est véritablement cet arrêt de 1922 qui permet le départ d'une nouvelle tradition jurisprudentielle fondée désormais sur un système dualiste de la responsabilité civile.

Cette nouvelle tradition n'a cependant pas totalement fait table rase du passé. Pour qui cherche bien, sont encore perceptibles de nos jours des vestiges de cette construction. L'on en donnera trois illustrations.

La nature de la responsabilité du notaire constitue sans doute le vestige le plus visible de cet ancien système moniste. En effet, alors même que le notaire est lié à son client par un contrat, le recours à l'article 1382 ancien (devenu 1240) s'est maintenu en jurisprudence et a même fait des «petits», puisque d'autres professions réglementées se sont également vues appliquer la solution dégagée pour les notaires, en particulier les commissaires aux comptes<sup>78</sup>. Historiquement, ce recours à l'article 1382 était fondé sur la vocation de droit commun de ce texte<sup>79</sup>. Puis, avec le changement de tradition jurisprudentielle, la justification du recours à ce texte a évolué et n'a plus été fondée que sur l'idée suivant laquelle le notaire serait tenu tantôt sur le fondement de la responsabilité délictuelle pour le manquement à ses obligations légales et tantôt sur le fondement de la responsabilité contractuelle pour le manquement à ses

devoirs contractés vis-à-vis de ses mandants<sup>80</sup>.

Autre illustration, plus marquante peut-être, la jurisprudence traditionnelle de la chambre criminelle qui, lorsqu'elle statue sur les intérêts civils d'un prévenu condamné<sup>81</sup> pour l'inexécution pénalement répréhensible d'un contrat, refuse de retenir l'existence d'une responsabilité contractuelle<sup>82</sup>. Cette formation de la Cour de cassation allant même jusqu'à affirmer qu'«un fait dommageable lorsqu'il constitue une infraction pénale caractérisée [...] entraîne une responsabilité d'ordre délictuel, faisant ainsi échec au principe de non-cumul des responsabilités contractuelles et délictuelle»<sup>83</sup>.

Dernière illustration, la jurisprudence sur la responsabilité du commettant du fait du préposé où les juges ont permis à la victime, pourtant contractuellement liée au commettant, d'engager la responsabilité de ce dernier sur le fondement de l'article 1384 alinéa 5<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> Cass., req., 16 févr. 1910 : DP 1912, 1, p. 183 : où il est jugé que, « en dehors de la responsabilité conventionnelle pouvant incomber au notaire comme mandataire des parties, sa responsabilité professionnelle peut, alors même qu'il n'a pas été le négociateur de l'affaire, se trouver engagée par suite du manquement aux obligations que lui imposent ses fonctions ». Comp. Cass., req., 28 déc. 1910 : DP., 1911, 1, p. 451, où l'argument au droit commun réapparaît, avec néanmoins en filigrane l'idée d'une responsabilité professionnelle : « en dehors des responsabilités spéciales qui leur sont imposées par l'art. 68 de la loi du 25 vent. An 11, les notaires sont soumis aux règles du droit commun, et doivent répondre des fautes par eux commises dans l'exercice de leur profession, conformément aux art. 1382 et 1383, c. civ. »

<sup>81</sup> En cas de relaxe, en revanche, la chambre criminelle accepte, sur le fondement de l'article 470-1 du code de procédure pénale, de retenir la qualification contractuelle. Sur ce point cf. S. Abid Mnif, *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, Préf. P. Jourdain, Avant-propos de J. Sami, Paris, 2014, n°s 191-192.

<sup>82</sup> Pour un bilan de cette jurisprudence, cf. S. Abid Mnif, *op. cit.*, n° 184 s.; G. Viney, *Introduction à la responsabilité cit.*, n° 223.

<sup>83</sup> Cass., crim., 27 juin 1972, n° 71-10.820 : Bull. crim., n° 421, p. 306.

<sup>84</sup> G. Viney, *Introduction à la responsabilité cit.*, n° 295.

Considérées par les auteurs comme des anomalies, ces situations sont en réalité les vestiges d'une époque où les juges, frappés par la généralité de l'ancien article 1382 du code civil, grande nouveauté par rapport à l'ancien droit, ont, tel le sénateur Philippe Marini en 2010, compris cet article comme posant un droit commun de la responsabilité, que le délit provienne de la violation de la loi ou de l'inexécution du contrat.

On le voit donc, au fil des époques, selon les besoins des juges et les idées dominantes, l'incertitude du code civil a été résolue différemment : tantôt par un système moniste des responsabilités, système fidèle à une certaine tradition savante, tantôt par un système dualiste qui a aujourd'hui si bien réussi que presque plus aucun auteur ne se souvient qu'il a dominé pendant plus d'un siècle en jurisprudence. Compte tenu de la nature coutumière de ces traditions jurisprudentielles, celles-ci ont vécu ces derniers siècles à côté du droit édicté qu'est le code civil, en profitant de l'indétermination de celui-ci quant à la nature, moniste ou dualiste, du système de responsabilité civile retenu.

Le projet de réforme présenté en mars 2017 par la Chancellerie entend lever cette indétermination, en faisant le choix du système jurisprudentiel dualiste. L'histoire du droit montre que ce choix n'est nullement inéluctable. Une autre voie existe. Non pas celle de la suppression de la responsabilité contractuelle, prétendu « faux concept », au profit d'une exécution par équivalent<sup>85</sup>. Non, plus simplement et conformément à nos traditions passées dont les rédacteurs du code civil de 1804 nous ont éloignés par suite d'un travail

défectueux : la suppression de la responsabilité contractuelle au profit de la responsabilité civile tout court. C'est cette autre voie que nous appelons de nos vœux. Non pas au motif qu'il s'agirait historiquement du « système véritable » – ce serait là une hérésie au regard du projet éditorial de *Tribonien*!<sup>86</sup> –, mais parce qu'elle est la plus simple pour le citoyen<sup>87</sup>, quand bien même elle implique, pour la doctrine d'abord et les rédacteurs des textes ensuite, quelques sérieux efforts de réflexion, d'une part pour discerner, derrière des différences de régime souvent artificielles, l'unité profonde des responsabilités contractuelle<sup>88</sup> et extracontractuelle, et d'autre part pour organiser différemment les différences de régime exist-

<sup>86</sup> Ce projet énonce notamment que : « Le plus souvent, l'histoire n'est employée dans les débats législatifs, judiciaires et doctrinaux que de manière artificielle ou orientée. Elle sert parfois à légitimer des institutions traditionnelles en les revêtant du faux costume de l'éternité ; elle peut servir aussi, à l'inverse, à caricaturer un passé préjugé périmé pour mieux inciter à en faire table-rase. Mais les juristes n'élèvent que par accident une véritable critique du droit positif fondée sur l'histoire. [...] *Tribonien* s'inscrit dès lors dans une logique de combat, proposant de rétablir la place de l'argument historique et comparatif dans les débats législatifs, les querelles doctrinales et les dissensions jurisprudentielles. La revue ne se contente pas pour autant de relater la diversité des expériences juridiques : elle prend plutôt appui sur ces modèles pour alimenter la critique du droit contemporain. »

<sup>87</sup> Pour se convaincre de la simplicité de la voie proposée, il n'est qu'à voir l'« usine à gaz » qu'a dû mettre sur pied la Chancellerie, dans les articles 1233 et 1234-1 du projet de réforme de mars 2017, pour régir l'articulation des deux responsabilités contractuelle et extracontractuelle, sans pour autant attenter à l'objectif de réparation du préjudice corporel. Ainsi, il résulte de ces textes que la nature contractuelle ou extracontractuelle de la responsabilité ne serait plus seulement déterminée par l'origine de la norme violée (une convention ou autre chose qu'une convention), mais aussi par la nature du dommage, avec en outre des possibilités d'option entre les deux responsabilités civiles.

<sup>88</sup> Rapp., récemment, E. Juen, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, Paris, 2015 et R. de Graaf et B. Moron-Puech, « Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle. Réflexions comparatistes à l'occasion du projet de réforme du droit français de la responsabilité civile », *Droit prospectif*, 42 (2017-1), p. 71-89.

<sup>85</sup> Comp. Ph. Rémy, « La "responsabilité contractuelle" » cit., p. 323 ; J.-S. Borghetti, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.* 2010, p. 1.

tant entre les dommages et intérêts, non pas en raison de l'origine de la norme violée, mais de la fonction de ces dommages et intérêts : la réparation, le paiement ou la punition<sup>89</sup>. L'effort est important, mais pas impossible et quelques juristes s'y sont déjà attelés<sup>90</sup>. Espérons que, d'ici le dépôt du projet de loi de responsabilité civile sur le bureau d'une des assemblées, d'autres juristes se joindront à cet effort pour que cette tradition dualiste ne soit plus qu'un mauvais souvenir de notre histoire! ●

<sup>89</sup> Ph. Rémy, « La "responsabilité contractuelle" » cit., n°48 ; Z. Jacquemin, *Payer, réparer, punir. Étude sur les fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, thèse de droit, Université Panthéon-Assas, 2015 ; J.-S. Borghetti, « Faut-il distinguer les dommages et intérêts compensatoires des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation ? », *RDC*, 2016/4, p.787-794. Ces auteurs ont cependant tendance à considérer que les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation ne pourraient prendre place que dans un cadre contractuel, alors qu'il nous semble que les règles qu'ils dégagent pour ces types de dommages et intérêts peuvent tout aussi bien s'appliquer aux obligations légales d'accomplir certaines prestations.

<sup>90</sup> Cf. les références citées aux notes 84 et 85.