



UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER
-
FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE

LICENCE 2 DROIT

-
ANNEE UNIVERSITAIRE 2019/2020

Cours de Monsieur le Professeur Daniel MAINGUY.
Travaux dirigés par Alice CALDUMBIDE, Camille DUTHEIL, Sacha BRUNNER,
Hugo BRUZI et Lyes MESSAOUD-NACER.

Séance 2 : L'inexécution du contrat

I – Jurisprudence

- **Les exonérations de responsabilité : la force majeure**
 - Civ. 1ère, 12 avr. 1995 : JCP, 1995, II, 22467, note P. Jourdain.
 - Com., 1er oct. 1997: Bull. Civ. IV, n° 240.
 - Civ. 1ère, 10 févr. 1998.
 - Civ. 3ème, 6 oct. 1993 : JCP, 1993, II, 22154, note P. Waquet ; JCP E, 1994, II, 600, note P.-H. Antonmattéi.
 - Civ. 3ème, 9 mars 1994 : JCP G, 1994, I, 1771, obs. G. Viney.
 - Ass. Pl., 14 avr. 2006 : JCP, 2006, II, 10087, obs. P. Grosser ; D. 2006, n° 23, Chr., p. 1566, obs. D. Noguero.

- **Distinction obligations de moyens / obligations de résultats**
 - Civ. 1ère, 14 janvier 2016, n°14-28227

- **Les clauses pénales**
 - Civ. 3ème, 26 avr. 1978 ; D. 1978, p. 349.
 - Ch. Mixte, 20 janv. 1978 ; D. 1978, p. 349.
 - Com 22 mars 2011 pourvoi n°09-16660, BICC n°746
 - Com. 14 juin 2016, n°15-12.734

II – Doctrine

- P. Rémy, *La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept*, RTD Civ. 1997 p. 323.
- Y.-M. Laithier, *Les sanctions de l'inexécution du contrat*, RDC 2016, n°hors série, p. 39.

- P. Oudot, *Force majeure : une décision inédite pourtant exemplaire !*, Gaz. Pal., n° 289v7, 7 mars 2017

III – Exercices

- Commentaire d'arrêt : Ass. Pl., 14 avr. 2006

I – Jurisprudence

- Les exonérations de responsabilité : la force majeure

➤ **Civ. 1ère, 12 avr. 1995, N° de pourvoi : 92-11975**

Attendu qu'à la suite d'un accouchement par césarienne à la Clinique de l'Essonne, Marie-Laure X... a subi, le 16 mai 1984, une transfusion de trois concentrés globulaires provenant du centre départemental de transfusion sanguine de l'Essonne ; qu'un examen, pratiqué le 27 février 1986, a révélé qu'elle avait été contaminée par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH) ; qu'elle a assigné en déclaration de responsabilité et en indemnisation le centre, son assureur la Mutuelle d'assurance du corps sanitaire français et la Clinique de l'Essonne ; qu'elle est décédée du SIDA le 8 avril 1992, l'instance étant reprise par ses héritiers ; que l'arrêt confirmatif attaqué a déclaré le centre et la clinique responsables in solidum des dommages résultant de la contamination ;

Sur le moyen unique du pourvoi n° 92-11.950 formé par le centre et son assureur :

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir accueilli la demande dirigée contre le centre alors qu'en retenant la responsabilité de celui-ci à raison de la présence d'un virus indécélable lors de la fourniture du sang transfusé à Marie-Laure X..., la cour d'appel, qui a méconnu que ce caractère indécélable est exclusif de la responsabilité du centre fournisseur, aurait violé l'article 1147 du Code civil ;

Mais attendu que la cour d'appel a exactement retenu que le vice interne du sang, même indécélable, ne constitue pas, pour l'organisme fournisseur, une cause qui lui est étrangère, et que les obligations des centres de transfusion quant à la conservation du sang et à sa délivrance, dont ils ont le monopole, ne les dispensent pas de réparer les conséquences dommageables dues à la fourniture de sang nocif ; d'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;

Mais sur le moyen unique, pris en sa première branche, du pourvoi n° 92-11.975 formé par la Clinique de l'Essonne :

Vu l'article 1147 du Code civil ;

Attendu que, pour retenir la responsabilité de la clinique, l'arrêt attaqué se borne à énoncer qu'en raison de la confiance que le malade doit nécessairement lui faire, la clinique a l'obligation de fournir des produits sanguins non viciés et qu'en fournissant un sang contaminé par le virus VIH, elle a engagé sa responsabilité ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la clinique, tenue d'une simple obligation de prudence et de diligence dans la fourniture de produits sanguins livrés par un centre de transfusion, avait la possibilité de contrôler la qualité du sang transfusé à Marie-Laure X..., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deuxième et troisième branches du moyen :

Rejette le pourvoi n° 92-11.950 formé par le centre départemental de transfusion sanguine de l'Essonne ;

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a déclaré la Clinique de l'Essonne responsable des dommages résultant pour les conjoints X... de la transfusion sanguine reçue par leur auteur le 16 mai 1984, l'arrêt rendu le 28 novembre 1991, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée.

➤ **Com., 1er oct. 1997, N° de pourvoi: 95-13477**

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 20 janvier 1995), qu'après la mise en liquidation judiciaire des sociétés Ibertrans et Iberfrance, le

liquidateur a saisi le juge des référés d'une demande d'expertise sur le fondement de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile ; que les sociétés Marie, Groupe HBCH, MM. Guez

Gérard, Mardochée et Roland et M. Saslawsky, ont relevé appel de l'ordonnance ayant accueilli cette demande ;

Attendu que la société Groupe HBCH, la SCI Marie et MM. Guez Gérard, Mardochée et Roland font grief à l'arrêt d'avoir ordonné une expertise in futurum, pour rechercher la responsabilité des dirigeants des sociétés Ibertrans et Iberfrance dans leur mise en liquidation judiciaire, alors, selon le pourvoi, qu'une telle mesure ne peut être prise que pour éviter le dépérissement de la preuve de faits ; qu'en l'espèce, le liquidateur était en possession de l'intégralité de la comptabilité des sociétés ; que, par ailleurs, il résulte de la mission confiée à l'expert que celui-ci devait rechercher dans quelle mesure la responsabilité des dirigeants de ces sociétés pouvait être engagée, et qu'il ne lui était pas demandé de simplement constater des faits, dont la preuve pouvait venir à disparaître, mais d'analyser des pièces déjà en possession du liquidateur, de rechercher les causes de la liquidation judiciaire et de donner un avis sur la responsabilité des dirigeants ; qu'en statuant

ainsi, la cour d'appel a violé l'article 145 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu qu'après avoir souverainement retenu, par une décision motivée, que le liquidateur avait un intérêt légitime à la mesure demandée, la cour d'appel n'a fait qu'user des pouvoirs qu'elle tient de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile en donnant à l'expert mission " de relever tous faits pouvant entraîner la mise en cause de la responsabilité de tous intervenants dans la gestion, l'exploitation et le financement des sociétés Ibertrans et Iberfrance, ce en vertu tant des dispositions des articles 178 à 195 de la loi du 25 janvier 1985, que du droit commun de la responsabilité civile, sur un plan général, de fournir au tribunal tous éléments de fait lui permettant de statuer ultérieurement au fond, sur les responsabilités éventuellement encourues " ; que le moyen est sans fondement ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

➤ **Civ. 1ère, 10 févr. 1998, N° de pourvoi : 96-13316**

Attendu que Mme Bonjour, après avoir conclu en 1992 avec l'Ecole Saint-Louis un contrat de formation à temps plein aux fins de préparer un CAP de coiffure pendant deux années, pour le prix de 32 000 francs, a informé celle-ci que, pour des raisons de santé, elle ne pouvait plus suivre la formation prévue ; que Mme Bonjour ayant cessé de régler les frais de scolarité, l'Ecole l'a assignée en paiement du solde ; que l'arrêt confirmatif attaqué (Paris, 14 décembre 1995) a rejeté cette demande ;

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Attendu que l'Ecole Saint-Louis fait grief à l'arrêt d'avoir exonéré Mme Bonjour de son obligation, alors que la maladie de celle-ci qui ne lui était pas extérieure et ne l'empêchait pas de payer le prix de l'inscription, ne pouvait pas être considérée comme un cas de force majeure ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 1147 et 1148 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant constaté qu'en raison de sa maladie, Mme Bonjour n'avait pu suivre l'enseignement donné par l'Ecole, la cour d'appel a justement considéré que cette maladie, irrésistible, constituait un événement de force majeure, bien que n'étant pas extérieure à celle-ci ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur la seconde branche :

Attendu qu'il est encore reproché à l'arrêt d'avoir déclaré abusive la clause du contrat prévoyant que " le contrat devient définitif après la signature, le montant du contrat sera dû en totalité ; aucun motif ne sera retenu pour une éventuelle annulation ", alors qu'en s'abstenant de rechercher dans quelle mesure, en pratique, le désistement d'un élève en cours d'année pourrait préjudicier à l'Ecole Saint-Louis, à défaut d'une telle clause et qu'en ne caractérisant pas l'existence d'un avantage excessif au profit de ce professionnel, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 132-1 du Code de la consommation ;

Mais attendu que l'Ecole Saint-Louis n'ayant pas soutenu dans ses conclusions d'appel que le désistement d'un élève en cours d'année pourrait lui préjudicier à défaut de la clause litigieuse, la cour d'appel n'avait pas à procéder à une recherche qui ne lui était pas demandée ; qu'ensuite, en relevant que ladite clause procurait à l'Ecole un avantage excessif en imposant à l'élève le paiement des frais de scolarité, même en cas d'inexécution du contrat imputable à l'établissement ou causé par un cas fortuit ou de force majeure, la cour d'appel a, par ce seul motif et rejoignant la recommandation n° 91-09 du 7 juillet 1989 de la Commission des clauses abusives, légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi.

➤ **Ass. Plé., 14 avr. 2006, N° de pourvoi: 02-11168**

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Douai, 12 novembre 2001), que M. X... a commandé à M. Y... une machine spécialement conçue pour les besoins de son activité professionnelle ; qu'en raison de l'état de santé de ce dernier, les parties sont convenues d'une nouvelle date de livraison qui n'a pas été respectée ; que les examens médicaux qu'il a subis ont révélé l'existence d'un cancer des suites duquel il est décédé quelques mois plus tard sans que la machine ait été livrée ; que M. X... a fait assigner les consorts Y..., héritiers du défunt, en résolution du contrat et en paiement de dommages-intérêts ;

Sur le premier moyen :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande de dommages-intérêts alors, selon le moyen :

1) qu'en estimant que la maladie dont a souffert M. Michel Z... avait un caractère imprévisible, pour en déduire qu'elle serait constitutive d'un cas de force majeure, après avoir constaté qu'au 7 janvier 1998, date à laquelle M. Michel Y... a fait à son cocontractant la proposition qui fut acceptée de fixer la date de livraison de la commande à la fin du mois de février 1998, M. Michel Y... savait souffrir, depuis plusieurs mois, d'une infection du poignet droit justifiant une incapacité temporaire totale de travail et se soumettait à de nombreux examens médicaux, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé, en conséquence, l'article 1148 du code civil ;

2) qu'un événement n'est pas constitutif de force majeure pour le débiteur lorsque ce dernier n'a pas pris toutes les mesures que la prévisibilité de l'événement rendait nécessaires pour en éviter la survenance et les effets ; qu'en reconnaissant à la maladie dont a souffert M. Michel Y... le caractère d'un cas de force majeure, quand elle avait constaté que, loin d'informer son cocontractant qu'il ne serait pas en mesure de livrer la machine commandée avant de longs mois, ce qui aurait permis à M. Philippe X... de prendre toutes les dispositions nécessaires pour

pallier le défaut de livraison à la date convenue de la machine commandée, M. Michel Y... avait fait, le 7 janvier 1998, à son cocontractant la proposition qui fut acceptée de fixer la date de livraison de la commande à la fin du mois de février 1998, soit à une date qu'il ne pouvait prévisiblement pas respecter, compte tenu de l'infection au poignet droit justifiant une incapacité temporaire totale de travail, dont il savait souffrir depuis plusieurs mois, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé, en conséquence, l'article 1148 du code civil ;

Mais attendu qu'il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ; qu'il en est ainsi lorsque le débiteur a été empêché d'exécuter par la maladie, dès lors que cet événement, présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure ; qu'ayant retenu, par motifs propres et adoptés, que seul Michel Y... était en mesure de réaliser la machine et qu'il s'en était trouvé empêché par son incapacité temporaire partielle puis par la maladie ayant entraîné son décès, que l'incapacité physique résultant de l'infection et de la maladie grave survenues après la conclusion du contrat présentait un caractère imprévisible et que la chronologie des faits ainsi que les attestations relatant la dégradation brutale de son état de santé faisaient la preuve d'une maladie irrésistible, la cour d'appel a décidé à bon droit que ces circonstances étaient constitutives d'un cas de force majeure ; D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

[...]

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ; Condamne M. X... aux dépens

- **Distinction obligations de moyens / obligations de résultats**

➤ Civ. 1ère, 14 janvier 2016, n°14-28227

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, PREMIÈRE
CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant
:

Sur le premier moyen, pris en sa première
branche :

Vu les articles 1147 et 1150 du code civil ;

Attendu que l'obligation de ponctualité à
laquelle s'engage un transporteur ferroviaire
constitue une obligation de résultat dont il
ne peut s'exonérer que par la preuve d'une
cause étrangère ne pouvant lui être imputée ;
que la méconnaissance de cette obligation
est réparée à concurrence du préjudice
strictement prévisible lors de la conclusion
du contrat et qui constitue une suite
immédiate et directe du retard dans
l'exécution de celui-ci ;

Attendu, selon le jugement attaqué, que M.
X... a acheté deux billets de train pour
effectuer, le 16 juin 2013, le trajet Marseille-
Istres en première classe et, le lendemain, le
voyage d'Istres à Nîmes avec
correspondance à Miramas ; que, contraint
de voyager en seconde classe dans le premier
train et de se rendre en taxi à Nîmes en
raison d'un retard de plus de trente minutes

du second train, M. X... a réclamé à la
Société nationale des chemins de fer français
(la SNCF) l'indemnisation de ses préjudices ;

Attendu que, pour rejeter ses demandes, à
l'exception du remboursement du coût du
siège de première classe et du billet de train
inutilisé, le jugement retient que M. X...
n'établit ni la réalité ni la consistance d'une
faute imputable au transporteur dont la
responsabilité n'est pas engagée ;

Qu'en statuant ainsi, la juridiction de
proximité a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de
statuer sur les autres griefs du pourvoi :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'il
condamne la SNCF à rembourser à M. X...
la somme de 4,30 euros au titre de l'absence
de fauteuil de première classe dans le train
n° 79720 du 16 juin 2013 et celle de 16,50
euros représentant le coût du billet du train
n° 79708 du 17 juin 2013, le jugement rendu
le 16 juin 2014 par la juridiction de
proximité de Marseille ; remet, en
conséquence, sur les autres points, la cause
et les parties dans l'état où elles se trouvaient
avant ledit jugement et, pour être fait droit,
les renvoie devant la juridiction de proximité
d'Aubagne ;

Condamne la Société nationale des chemins
de fer français aux dépens ;

- **Les clauses pénales**

➤ Civ. 3ème, 26 avril 1978, N° de pourvoi : 76-11424

Sur le moyen unique : attendu qu'il est
reproché à l'arrêt attaqué (Paris, 18 décembre
1975) d'avoir condamné la société
européenne de promotion immobilière,
bénéficiaire d'une promesse de vente en date
du 16 février 1973, à payer à la société civile

immobilière pantin-davoust, promettante,
l'indemnité forfaitaire "d'immobilisation"
conventionnellement prévue en cas de non-
réalisation de la vente aux conditions et délais
stipulés et que l'arrêt attaqué a qualifiée de
"peine", alors, selon le moyen, "que, dans ses

conclusions d'appel demeurées sans réponse, la société européenne de promotion immobilière, demandant l'application des nouvelles dispositions des articles 1152 et 1231 du code civil, faisait valoir que "l'indemnité d'immobilisation" s'analysait en une clause pénale conventionnelle destinée à réparer le préjudice éprouvé par le vendeur du fait de l'obligation de rechercher un nouvel acquéreur, que la convention litigieuse avait reçu exécution de sa part, à l'exception d'une notification de pure forme, que seul le vendeur était responsable de la non-réalisation de la vente et qu'il avait vendu le 19 juillet 1974 l'immeuble en cause, 150.000 francs de plus que le prix fixe dans la promesse de vente, qu'il n'avait donc subi aucune perte" ; mais attendu que si, lorsqu'ils modifient un contrat en modérant ou augmentant la peine qui y est stipulée, les

juges du fond doivent préciser en quoi le montant de celle-ci est "manifestement excessif", ou "dérisoire", ils n'ont pas à motiver spécialement leur décision lorsque, faisant application pure et simple de la convention, ils refusent de modifier le montant de la "peine" qui y est forfaitairement prévue ; que des lors la cour d'appel, en énonçant qu'elle "ne trouvait pas dans la cause d'éléments lui permettant de qualifier d'excessive la peine prévue dans la promesse de vente et de la modérer", a répondu aux conclusions et légalement justifié sa décision ; d'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ; par ces motifs : rejette le pourvoi forme contre l'arrêt rendu le 18 décembre 1975 par la cour d'appel de paris.

➤ **Ch. Mixte, 20 janv. 1978, N° de pourvoi : 76-11611**

Sur le moyen unique, pris en sa première branche : attendu que la société coffrâtes reproche à l'arrêt attaqué d'avoir, en application de l'article 1152 du code civil, tel que modifié par la loi du 9 juillet 1975, réduit le montant d'une clause pénale insérée dans le contrat qui la liait à la société auto culture champenoise, malgré l'absence de toute demande sur ce point de la part de cette dernière; mais attendu que la société coffrâtes avait pris l'initiative de demander aux juges d'appel de se refuser à réduire le montant de ladite clause, et qu'ainsi l'application de l'article 1152 du code civil se trouvait dans le débat; d'où il suit que la première branche du moyen ne peut être accueillie; mais sur la deuxième branche de ce moyen : vu l'article 1152 du code civil tel que modifié; attendu que, pour réduire de deux tiers le montant de l'indemnité résultant de la clause susvisée, la cour d'appel s'est bornée à énoncer qu'il était " un peu élève "; qu'en statuant ainsi sans rechercher en quoi ce montant était manifestement excessif, elle n'a pas donné de base légale à sa décision; par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la troisième branche du moyen : casse et annule, dans la limite ainsi admise du moyen, l'arrêt rendu

entre les parties le 22 janvier 1976 par la cour d'appel de Reims; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties au même et semblable état ou elles étaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Nancy.

Com 22 mars 2011

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :
Statuant tant sur le pourvoi principal formé par Mme X..., la société Cabinet Y... B..., M. Z..., MM. Nicolas, Romain, Laurent et Jacques B... que sur le pourvoi incident relevé par Mmes Olivia et Manuela Z...- B...,
Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par acte du 1er décembre 2006, M. Laurent B..., directeur et actionnaire de la société Y... B..., agissant tant en son nom personnel qu'au nom et pour le compte des autres associés, Mme X..., M. Z..., MM. Nicolas, Romain, Laurent et Jacques B... (les consorts B...) et Mmes Olivia et Manuela Z...- B..., a promis de céder à la société Immobilière bord de Seine (la société IBS) qui l'a accepté, l'ensemble des actions de la société Y... B..., moyennant le prix de 252 000 euros révisable en fonction des actifs nets de la société au 1er janvier 2007 ; que le

société IBS n'ayant pas versé le solde du prix dans le délai stipulé, les consorts Y... B..., Mme Olivia et Manuela Z...- B... et la société Y... B... ont, le 2 mai 2007, assigné la société IBS pour obtenir la caducité de la vente et sa condamnation au paiement de diverses sommes ; que le 8 novembre 2007, la société IBS a été mise en liquidation judiciaire et la société Bécheret, Thierry, Sénéchal et Gorrias (la société BTSG) a été nommée liquidateur ; Sur les premier et troisième moyens des pourvois principal et incidents, rédigés en termes identiques, réunis :

Attendu que ce moyen ne serait pas de nature à permettre l'admission des pourvois ;

Mais sur le deuxième moyen de ces pourvois, rédigés en termes identiques, pris en leur première branche, réunis :

Vu l'article 1226 du code civil ;

Attendu que la caducité d'un acte n'affecte pas la clause pénale qui y est stipulée et qui doit précisément produire effet en cas de défaillance fautive de l'une des parties ;

Attendu que pour rejeter la demande des consorts B... et de Mmes Olivia et Manuela Z...- B..., l'arrêt retient que M. B... est mal fondé à demander la fixation de sa créance au titre de la clause pénale compte tenu de la caducité de la promesse qui a été constatée ;

Attendu qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le dernier grief :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a infirmé le jugement condamnant la société IBS à payer à Mme X..., M. Z..., MM. Nicolas, Romain, Laurent et Jacques B... et Mmes Olivia et Manuela Z...- B... la somme de 31 470 euros au titre de la clause pénale, l'arrêt rendu le 9 juin 2009, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne la société Bécheret, Thierry, Sénéchal et Gorrias, ès qualités, aux dépens ;

Com 14 juin 2016 (n°15-12.734)

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Donne acte à la société JP services du désistement de son pourvoi ;

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 27 novembre 2014), que la société Centre financements (la société CEFI) et la société B3M, aux droits de laquelle vient la société Ardissa, ont conclu un contrat-cadre ayant pour objet la location de matériels, logiciels et services informatiques ; qu'à l'expiration des contrats de location conclus en exécution du contrat-cadre, la société Ardissa n'a restitué à la société CEFI qu'une partie des matériels loués ; que la société CEFI a réclamé à la société Ardissa le paiement de factures correspondant à l'indemnité prévue à l'article 10.3 du contrat-cadre, stipulant qu'en cas de retard dans la restitution du matériel, le locataire devrait payer au bailleur une indemnité de jouissance calculée sur la période comprise entre le jour de la résiliation du contrat de location et celui de la restitution effective du matériel, et sur la base d'une indemnité journalière égale à 1/30e du dernier loyer mensuel ou 1/90e du dernier loyer trimestriel ; que la société Ardissa a assigné la société CEFI afin de voir dire ces factures injustifiées ;

Attendu que la société CEFI fait grief à l'arrêt de dire que l'indemnité de jouissance prévue par la clause litigieuse constitue une clause pénale manifestement excessive et de condamner en conséquence la société Ardissa à lui payer la seule somme de 150 000 euros, au titre des indemnités de jouissance dues jusqu'à cette date, alors, selon le moyen, que ne constitue pas une clause pénale l'indemnité stipulée dans un contrat de location de matériel afin de compenser la jouissance de ce matériel par le locataire au-delà du délai dans lequel il devait être restitué, et correspondant, sans aucune majoration de la charge financière pesant sur le locataire, au seul montant du loyer convenu calculé prorata temporis, de sorte qu'en décidant le contraire

pour en déduire que l'indemnité prévue à l'article 10.3 des conditions générales pouvait donner lieu à modération, la cour d'appel a violé les dispositions de l'article 1226 du code civil, ensemble celles de l'article 1152 du même code ;

Mais attendu que l'arrêt retient que, même si pour partie, l'indemnité de jouissance prévue par le contrat représente pour le bailleur une contrepartie du service dont le locataire continue de bénéficier après le terme de la location en conservant les matériels loués, cette indemnité vise également à contraindre le locataire à restituer le matériel loué et constitue une évaluation forfaitaire et anticipée du montant du préjudice résultant

pour le bailleur de l'inexécution, qui s'applique du seul fait de celle-ci ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a exactement déduit que la clause prévoyant cette indemnité devait être qualifiée de clause pénale ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

II – Doctrine

- **P. Rémy, La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept, RTD Civ. 1997 p. 323.**

1. Depuis un siècle environ, l'habitude s'est prise de traiter l'inexécution du contrat comme un cas de responsabilité civile - une « responsabilité contractuelle », certes distincte de la responsabilité délictuelle, mais construite à son image. Exprimant cette idée moderne de la « responsabilité contractuelle », le doyen Carbonnier écrit ainsi que « le débiteur a l'obligation de réparer le dommage causé au créancier par l'inexécution (fautive) du contrat, comme tout homme, en général, est tenu de réparer le dommage causé à autrui par sa faute (art. 1382-1383) » (1). Ce concept d'une « responsabilité contractuelle » ayant une fonction de réparation des dommages injustement causés s'oppose absolument à la doctrine du code, selon laquelle les dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat sont un effet des obligations contractées et remplissent donc une fonction d'exécution par équivalent(2). La doctrine classique me paraît plus exacte, à beaucoup d'égards, que la doctrine moderne. M. Huet, dans une thèse remarquable (3), soutient que la responsabilité contractuelle combine aujourd'hui ces deux fonctions ; cette opinion décrit certes assez exactement le droit positif et, dans une certaine mesure, permettrait de réordonner la distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle ; mais la fin poursuivie par cet auteur - « soumettre les situations qui sont semblables en fait à des règles juridiques identiques » - serait plus sûrement atteinte si la fonction de réparation était uniformément assurée par la responsabilité délictuelle, la « responsabilité contractuelle » revenant à sa fonction simple de paiement forcé. En vérité, ce retour à la doctrine classique de l'inexécution du contrat permettrait, non de confirmer la distinction des deux « ordres » de responsabilité, mais de l'abolir, en débarrassant le contrat de fonctions qui ne sont pas les siennes et en redonnant par conséquent à la responsabilité délictuelle compétence exclusive pour la réparation des dommages injustement causés - spécialement pour les dommages causés à la personne. Les avantages d'une telle remise en ordre seraient considérables. M. Tallon a montré comment le concept contemporain de « responsabilité contractuelle » empêchait de bâtir une présentation cohérente des remèdes offerts au créancier en cas d'inexécution du contrat (4). De leur côté, MM le Tourneau et Cadiet, dans leur récent traité de la responsabilité, mettent clairement en relief les difficultés résultant de l'intrusion, dans le régime de la défaillance contractuelle, de schémas empruntés, plus ou moins

consciemment, à la responsabilité délictuelle (5). Partageant beaucoup de ces critiques (6), nous nous attacherons à décrire ici comment s'est opéré ce changement de concept (I), quelles conséquences en ont résulté (II) et quel avenir il pourrait avoir (III) (7).

I. - NAISSANCE DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE

2. Ce que nous appelons aujourd'hui « responsabilité contractuelle » est réglé, au titre III du code civil (Des contrats ou des obligations conventionnelles en général), dans un chapitre III intitulé De l'effet des obligations. En tête du chapitre, le célèbre article 1134 ; puis viennent les effets de l'obligation de donner (S.II, art. 1136 et s.) et ceux de l'obligation de faire ou de ne pas faire (S.III, art. 1142 et s.) ; enfin la section IV traite des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation (art. 1146 et s.). A la suite de Pothier, le code a donc traité le droit du créancier à des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat comme un effet de l'obligation contractée ; on serait même tenté de dire que les dommages et intérêts sont la forme que prend ordinairement l'obligation contractuelle, lorsque le créancier recourt à la contrainte, faute de pouvoir réclamer (ou obtenir) l'exécution en nature (8). Ainsi, l'effet de l'obligation de faire ou de ne pas faire est de « se résoudre » (se payer) en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur (art. 1142), sauf les cas où la loi autorise l'exécution forcée en nature (art. 1143 et 1144). Ainsi encore, l'article 1147 dispose que le débiteur est condamné à des dommages et intérêts « à raison de l'inexécution » et non à raison du dommage causé au créancier par sa faute. Enfin, la fonction d'exécution forcée des dommages et intérêts résulte clairement de l'article 1150 : sauf en cas de dol, le débiteur est tenu, non de rétablir le créancier en l'état où il se trouverait si un dommage ne lui avait pas été injustement causé, mais de lui procurer l'équivalent de l'avantage qu'il attendait (ou pouvait légitimement attendre) du contrat. Tout, dans ce régime des dommages et intérêts, est donc 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.

3. Le plan général du code interdit d'ailleurs toute confusion entre les dommages et intérêts des articles 1146 et suivants et la dette de responsabilité : l'obligation de réparer le dommage injustement causé à autrui est une variété d'« engagement formé sans convention » (L.III, Tit.4) réglée, à deux cent cinquante articles de distance des « obligations conventionnelles en général », au chapitre des délits et quasi-délits. Ce plan traduit simplement la distinction fondamentale des sources ou « causes » d'obligations (comme disait Pothier) (9). Selon le code, comme selon Pothier, la *summa divisio* des causes d'obligations oppose seulement les conventions aux « autres causes », parmi lesquelles les délits et quasi-délits. Il ne s'agit donc pas là de la distinction des deux responsabilités à laquelle la systématique moderne nous a habitués ; plus radicale, la thèse classique est que l'inexécution du contrat n'est pas la cause d'une obligation nouvelle ; c'est le contrat lui-même qui est la cause de la dette de dommages et intérêts, au cas d'inexécution. C'est pourquoi, comme le disait Eugène Gaudemet (10), il y a une opposition irréductible entre le cas où un lien d'obligation préexiste à la dette de dommages et intérêts et le cas des articles 1382 et suivants, où il n'y a pas d'obligation préexistante résultant d'un lien de droit déterminé. Or la doctrine moderne, même lorsqu'elle tient à la distinction des deux ordres, présente l'inexécution du contrat comme un fait générateur de responsabilité - donc comme la source d'une obligation nouvelle, distincte de l'obligation contractuelle primitive (11), et dont elle serait le « prolongement » ou le « remplacement ». Ce qui suppose que l'inexécution de l'obligation a, à la fois, un effet extinctif de la dette primitive et un effet créateur de la dette de dommages-intérêts. Dans la doctrine du code au contraire, l'inexécution (ou la mauvaise exécution) n'opère pas cette espèce de novation de la dette contractée en dette de réparation : l'obligation inexécutée n'est pas éteinte par le seul fait de l'inexécution ; c'est précisément l'exécution par équivalent que réclame le créancier lorsqu'il prétend à des dommages et intérêts (12) et le débiteur qui prétend échapper aux dommages et intérêts doit prouver « le fait qui le libère », c'est-à-dire l'extinction de son obligation (art. 1147, 1148, 1245, 1246, 1302, 1315 c. civ.). Certes, la satisfaction du créancier ne sera obtenue qu'en argent, comme est procurée en argent, en général, la réparation des

dommages injustement causés ; mais c'est simplement parce que l'argent est bon à tout : exécuter le contrat comme réparer un dommage, ou restituer un enrichissement injuste - toute obligation, quelle que soit sa cause, doit être liquidée en vue de l'exécution, lorsque celle-ci ne se fait pas in specie. Mais ce mode d'exécution de l'obligation n'en modifie pas la nature parce qu'il ne modifie pas sa cause - qui reste le contrat. D'une cause d'obligation à l'autre, la théorie classique des sources n'admet ni contamination, ni confusion, ni métamorphose : l'inexécution du contrat n'est pas une variété de délit civil et l'exécution forcée du contrat ne se ramène donc pas à la réparation d'un dommage injustement causé. Les dommages et intérêts dus en cas d'inexécution sont un « remède » offert au créancier (comme disent les Anglais), non une nouvelle obligation du débiteur (13). Si l'on ne trouve pas trace de « responsabilité contractuelle » dans les textes relatifs aux dommages et intérêts, c'est bien parce qu'un tel concept ne peut entrer dans le système classique des sources d'obligations. Les dommages et intérêts ne constituent d'ailleurs pas le seul remède à l'inexécution, comme le suggérerait l'idée de réparation, ni même le remède principal : l'action en dommages et intérêts s'articule, en droit commun des contrats, avec l'exécution forcée en nature (art. 1143 et 1144), l'exception d'inexécution, la résolution (art. 1184), et le cas échéant la résiliation du contrat, qu'on ne saurait ramener à des modes de réparation d'un dommage.

4. Que le code ne traite pas l'inexécution du contrat comme un cas de responsabilité, c'est ce qui ressort enfin de la réglementation des contrats spéciaux (L.III, T.VI et s.). D'abord parce que, lorsque le contrat porte sur le transfert d'un droit ou la fourniture d'une chose (vente, louage de choses) les principales actions ouvertes au créancier sont les actions en garantie, qui n'ont aucun trait commun avec l'action en responsabilité. La doctrine moderne s'efforce certes de définir la garantie en termes de responsabilité, comme « l'obligation incombant à une personne d'indemniser une autre d'un dommage qui, de son point de vue, a une cause fortuite » ; mais c'est pour y voir aussitôt une obligation « dérogatoire au droit commun » - entendez le droit commun de la « responsabilité contractuelle », comprise comme la « sanction des fautes » du débiteur. Il faut alors donner à ces garanties légales des justifications plus ou moins artificielles (14). Dans une vue classique des contrats spéciaux, ces garanties (qui sentent encore très fort le Digeste, L.21, T.1 et 2) sont au contraire l'effet normal de ce type de contrat : rien d'étonnant à ce que l'obligation de livrer la chose (*praestare rem, id est tradere*) emporte, sauf convention contraire, la garantie que l'acheteur ne souffrira pas d'éviction et qu'il « aura utilement la chose », comme disait Pothier (15). Il n'y a, dans cet effet typique de certains contrats aucune « dérogation au droit commun » - on ne voit pas pourquoi les effets principaux des contrats les plus usuels seraient ainsi qualifiés. Si particularisme il y a, il consiste bien plutôt en ce que les actions en garantie ne comportent en général pas de droit à dommages et intérêts, mais seulement des restitutions (c'est encore un souvenir du Droit romain : art. 1630 et s., 1644 et 1646) (16). Ni l'action rédhibitoire ni l'action *quanti minoris* ne ressemblent à des actions en responsabilité. Il y a plus. Les diverses actions en dommages et intérêts, telles que les règle le code à propos de chaque contrat, obéissent elles aussi en effet à un principe de typicité qui empêche qu'on les confonde avec l'action atypique en responsabilité pour les dommages injustement causés. Il y a dans le code des actions contractuelles nommées, comme il y a (parce qu'il y a) des contrats nommés. Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, les civilistes, encore élevés au lait des Institutes et du Digeste, donnent fréquemment à ces actions contractuelles spéciales leurs noms romains : actions « *empti* » et « *venditi* » pour les actions nées de la vente, actions « *locati* » et « *conducti* » pour les actions nées du louage de choses, actions « *mandati directa* » et « *mandati contraria* » pour les actions relatives au mandat, etc. Le lecteur des titres VI et suivants du livre III constatera que ces actions participent de l'économie propre à chaque contrat et se rattachent même, dans chaque contrat, à un cas particulier d'inexécution d'une obligation déterminée. Le code énonce ainsi, contrat-type après contrat-type, les cas dans lesquels les dommages et intérêts sont dus par le débiteur de telle ou telle obligation, ceux dans lesquels il en est exonéré, et même, à l'occasion, la façon de les mesurer. Des textes disent, bien sûr, que le débiteur « répond » ou « est

responsable » de telle perte, ou de tel fait, ou de telle défaillance ; mais ce vocabulaire, employé comme le faisait Pothier, n'évoque la « responsabilité » que pour un esprit contemporain ; d'autres textes disent d'ailleurs bien mieux que tel contractant est (ou n'est pas) « chargé » de tel ou tel cas (fortuit ou non), ou qu'il « supporte » telle perte ou qu'il est « tenu » des dommages et intérêts dans tel événement : dans ces textes-là, le code détermine, non la « responsabilité » du débiteur, mais l'étendue des obligations contractées par lui. La typicité des actions contractuelles, dans le code, traduit donc simplement la diversité concrète des obligations contractuelles : rien de plus normal, dès lors que les actions contractuelles en dommages et intérêts ne tendent en vérité qu'à procurer au créancier l'équivalent des avantages escomptés du contrat. On ne saurait faire entrer ces actions contractuelles typiques dans un schéma de « responsabilité » : dans le système du code, la « responsabilité contractuelle » n'existe pas encore.

5. Jusque vers 1870, on n'utilise d'ailleurs guère cette expression (17). Le traité de Sourdat, premier ancêtre de tous les traités de responsabilité, annonce dans son titre même qu'il ne traitera que de « l'action en dommages-intérêts en dehors des contrats » (18) ; la responsabilité, en cet âge classique, est encore en-dehors des contrats. De même, la Jurisprudence générale Dalloz traite des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat au mot « Obligations » (19) et ne traite, au mot « Responsabilité », que de la responsabilité délictuelle, en se contentant d'observer sobrement, et comme une évidence, qu'« on n'a pas à s'occuper ici de ce qui a trait à l'inexécution des conventions » (20) - la responsabilité ne naît que du délit. La frontière du contrat et du délit est aussi la frontière du contrat et de la responsabilité.

6. L'invention de la « responsabilité contractuelle », sous sa figure actuelle, constitue donc une mutation fondamentale de notre droit des obligations. A ses origines, il y a certainement la notion antique et vague de « faute contractuelle » (A) ; mais le facteur déterminant dans la fabrication du nouveau concept a été, me semble-t-il, la querelle des années 1880-1900 sur l'admission de cas de responsabilité sans faute : Planiol est alors celui par qui la « responsabilité contractuelle » advient véritablement (B).

7. A. - La « faute contractuelle » est bien antérieure à la « responsabilité contractuelle ». Son histoire est longue et embrouillée. La mémoire du droit des contrats remonte ici encore au droit romain de l'époque classique, à l'époque où le *praestare culpam* chasse le *praestare custodiam* dans les contrats de bonne foi, puis au droit romano-byzantin, qui systématisait la gradation des fautes (21) selon le critère de l'*utilitas contrahentium*. Ce mouvement est repris par le droit romain médiéval (22) et ne se perdra plus jusqu'à la fin de l'Ancien Régime : d'Accurse et Alciat à Pothier (23), on suit le fil de la « prestation des fautes » et les infinies subtilités de son critère à trois branches. On sait que cette très antique doctrine a été critiquée pour sa complexité par Doneau, Thomasius et Lebrun (24), qui prétendent restituer ici la « pureté » du « vrai » Droit romain (ce que fera à nouveau Hasse au début du XIXe siècle) (25). La « prestation des fautes » est enfin abandonnée par les rédacteurs du code, pour un excellent motif : « la division des fautes est plus ingénieuse qu'utile dans la pratique : il n'en faut pas moins sur chaque faute vérifier si l'obligation du débiteur est plus ou moins stricte, quel est l'intérêt des parties, comment elles ont entendu s'obliger, quelles sont les circonstances... elle ne peut que répandre une fausse lueur et devenir la matière de contestations plus nombreuses. L'équité elle-même répugne à ces idées subtiles » (26). Ce refus de la prestation des fautes (des trois fautes) est en toutes lettres à l'article 1137 alinéa premier : les « soins du bon père de famille » serviront de standard général pour déterminer l'étendue de l'obligation de conserver la chose d'autrui ; de même que le débiteur d'une chose déterminée quant à son espèce seulement se libère (sauf convention particulière) en la fournissant de qualité moyenne (art. 1246), de même le débiteur de l'obligation de conserver la chose d'autrui se libère en général en fournissant des soins de qualité moyenne. Mais naturellement, cette obligation est « plus ou moins étendue relativement à certains contrats dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent » (art. 1137 al. 2). La fausse question des degrés de la faute est ainsi remplacée par la vraie question : celle de l'étendue des obligations contractées, qui suppose toujours l'analyse du contenu du contrat - car la question

que soulève la « responsabilité contractuelle » est toujours (et seulement) de savoir si le débiteur a exécuté le contrat.

8. Pourtant, comme le montre un très intéressant article de M. Desrayaud récemment paru dans cette Revue(27), l'article 1137, rapproché des articles 1382 et 1383, offrait en 1804 une nouvelle tentation à une doctrine imprégnée de jusnaturalisme (28) et volontiers moralisante : s'il n'y a plus, en matière contractuelle, qu'une seule « faute », il est tentant de comprendre cette unique « faute contractuelle » comme une simple espèce de la faute civile que sanctionnent les articles 1382 et 1383 - ces « principes de droit naturel », fondés « sur ce précepte sublime de la morale divine, ne fais pas à autrui ce que tu ne veux pas qu'on te fasse à toi-même » (29). L'idée d'une « responsabilité civile » unique, sanctionnant les mêmes fautes de comportement dans les rapports contractuels et « extra- contractuels », se trouve évidemment en germe dans une telle théorie de la « faute contractuelle » que l'on trouve chez Toullier (30). Faut-il chercher encore plus haut les racines de l'unité des fautes, et notamment chez Domat, comme on le fait parfois ? Il est vrai qu'après avoir posé un principe général de responsabilité pour faute, Domat en donne pour exemple « le défaut de s'acquitter d'un engagement », qui « est aussi une faute qui peut donner occasion à des dommages et intérêts dont on sera tenu » (31). Mais chez Domat, cette allusion reste isolée ; selon un système qui annonce celui de Pothier, Domat traite des dommages et intérêts à propos des conventions et les analyse explicitement comme « un effet des engagements », indépendamment de toute idée de responsabilité ou de faute (32). Il est donc abusif de faire de Domat l'inventeur du concept moderne de « responsabilité contractuelle » (33) ; mais on pressent à le lire que la généralité de la responsabilité pour faute pousse instinctivement au rapprochement de la « faute contractuelle » et de la faute délictuelle, et par conséquent à l'idée que l'inexécution du contrat est un cas de responsabilité.

9. L'opposition absolue de la « faute contractuelle » et de la « faute délictuelle » est pourtant encore un leitmotiv doctrinal des années 1850-1870 (34). Il est alors couramment enseigné que la « faute contractuelle », à la différence de la faute délictuelle, est présumée et que le débiteur, pour s'exonérer, doit prouver la cause étrangère, le cas fortuit ou la force majeure ; on harmonise ainsi, sans les états d'âme ultérieurs, les articles 1137 et 1147. On respecte aussi le droit commun du paiement : le créancier ayant prouvé sa créance (art. 1315, al. 1), c'est au débiteur qui se prétend libéré de justifier le fait qui a produit l'extinction de son obligation (art. 1315, al. 2). On dit donc que la « faute contractuelle » cesse là seulement où commence le cas fortuit, et l'on ne trouve pas de difficulté à lire, à l'article 1302, que l'obligation est éteinte si la chose due a péri sans la faute du débiteur (al. 1), mais que celui-ci doit prouver le cas fortuit qu'il allègue (al. 3). Les difficultés de lecture de ces textes ne commenceront que lorsque l'inexécution du contrat sera comprise comme un vrai cas de responsabilité : la « faute contractuelle », perçue alors comme le fait générateur d'une obligation nouvelle de réparation, deviendra le « fait personnel » du débiteur ; la présomption d'une « faute » du débiteur paraîtra alors évidemment contraire au droit commun de la responsabilité ; à supposer qu'il y ait présomption de faute, on trouvera illogique qu'elle ne puisse être renversée que par la preuve du cas fortuit. Ce renversement moderne de perspective - ce contresens sur la « faute contractuelle » - s'opérera lorsque Planiol défendra « l'unité de la faute » : c'est seulement dans le dernier quart du XIXe siècle, et pour des raisons qui n'ont rien à voir avec la théorie générale du contrat, que l'on verra naître, dans un même mouvement, « l'unité de la faute » et le concept moderne de « responsabilité contractuelle ».

10. B. - Les années 1880-1900 constituent à bien des égards une époque cruciale de notre histoire doctrinale. Outre les turbulences politiques (qui ont dû compter), plusieurs mouvements s'y combinent, qui entrent en résonance. En premier lieu, le code a vieilli, et trois générations de commentateurs en ont tiré toute la substance ; beaucoup disent qu'il faut aller « au-delà du code » ; la préparation et la promulgation du BGB montrent d'ailleurs les progrès qu'on peut espérer d'un renouvellement de la « science juridique » more germanico. En second lieu, les accidents

industriels (avant les accidents de la circulation) font craquer les principes classiques de la responsabilité ; il entre d'ailleurs, dans cette question, beaucoup plus que de la froide technique juridique : les accidents du travail sont en effet un aspect de la « question ouvrière » ou de la « question sociale » (35). Enfin l'époque est à la création prétorienne - c'est le moment des « grands arrêts » (et des grands arrêtiéristes). Ces trois crises - crise du code, crise de la responsabilité, crise des sources et des méthodes - bouillonnent ensemble. C'est de là que sortira la figure moderne de la « responsabilité contractuelle ».

11. Le facteur décisif est, me semble-t-il, l'absolue généralité des articles 1382-1383 (36), au moment où se pose la question des accidents du travail. En forgeant un délit civil unique, sur l'unique fondement de la faute, au lieu d'un système de délits spéciaux, le code et plus encore ses commentateurs n'ont en effet laissé que deux voies à la responsabilité sans faute prouvée du patron à l'égard de l'ouvrier victime d'un accident du travail : ou changer le principe même de la responsabilité délictuelle - c'est ce que propose Saleilles, avec la théorie du risque - ou transporter la réparation du terrain du délit au terrain du contrat - c'est ce que propose le belge Saintelette, avec la théorie de la « garantie » (37). On sait que la chambre civile préférera en 1896 la voie délictuelle à la voie contractuelle, en inventant la responsabilité du fait des choses (38) avant que la loi du 9 avril 1898 ne vienne régler la question des accidents du travail. Mais cette loi ne vide pas la querelle, qui conserve un aliment avec les accidents de transport (39). Dans le même chaudron où mijote la responsabilité du fait des choses (en attendant les accidents d'automobile), la question de la « garantie » contractuelle chauffe ainsi jusqu'à la Grande guerre. L'un de ses protagonistes les plus marquants est Planiol ; c'est à lui qu'on peut imputer l'invention de la responsabilité contractuelle de l'âge moderne.

12. Comme on sait, l'objectif de Planiol est de « sauver la faute » (40). Pour cela, il lui faut défendre sur le double front ouvert d'un côté par Saleilles et de l'autre par Saintelette : repousser à la fois la théorie du risque en matière de délits et celle de la garantie en matière de contrats. Sur ce second point, on pouvait se contenter de dire qu'il était artificiel de faire entrer dans le contrat une obligation que l'une des parties n'avait certainement pas entendu assumer (41) et plus encore de transformer en obligation contractuelle le devoir général de ne pas nuire à la personne d'autrui. Mais la défense de la faute conduit la démonstration de Planiol sur une tout autre voie. Traitant de l'obligation du patron d'assurer la sécurité de l'ouvrier, Planiol commence certes par dire que cette obligation « ne peut avoir une origine conventionnelle, parce que c'est la loi elle-même qui la crée, et que, lorsqu'une obligation est légale, elle ne devient pas contractuelle par cela seul que des particuliers l'expriment dans leur convention... En effet, cette obligation n'est pas autre chose que le devoir de ne pas compromettre la vie d'autrui par négligence. Ce n'est pas le contrat qui oblige le patron à prendre des précautions pour ne pas tuer des passants ; le contrat n'a donc pas besoin de créer cette obligation au profit des ouvriers » (42). Cet argument aurait suffi à convaincre que la réparation des dommages corporels n'appartient pas au contrat. Mais l'objectif de Planiol n'est point de défendre le régime du contrat, mais la nécessité de prouver la faute du patron ; aussi ajoute-t-il que « la controverse sur la nature délictuelle ou contractuelle de l'obligation... ne conduit nullement à trancher la question du fardeau de la preuve » (43). Contre « l'opinion commune » (à la fin du XIX^e siècle) selon laquelle la « faute contractuelle » serait présumée, Planiol soutient alors que « la différence que l'on prétend établir entre les deux espèces de fautes manque entièrement de base ; ce n'est qu'une sorte d'illusion résultant d'un examen superficiel : l'une et l'autre faute créent également une obligation, celle de réparer par une indemnité le dommage causé ; l'une et l'autre supposent également l'existence d'une obligation antérieure ; l'une et l'autre consistent également en un fait qui est la violation de cette obligation... traiter d'une manière différente deux débiteurs qu'on peut supposer tenus d'obligations semblables par leur objet, l'un en vertu de la loi, l'autre en vertu d'une convention... serait un caprice sans motifs, une absurdité législative » (44). C'est parce qu'en général les obligations « légales » ont pour objet une abstention alors que, le plus souvent, les obligations contractuelles sont « positives » qu'on a « l'illusion » d'une différence dans le régime de la preuve

des « deux fautes ». Au vrai, il y a « unité de la faute » (45). D'où la construction, dans le *Traité élémentaire*, d'une « notion générale de la faute », dans un titre « des obligations non contractuelles » qui embrassera « indifféremment » la violation des obligations légales et des obligations conventionnelles (46) : « point très important », mais « qui est presque universellement mal compris » (47). Ce que l'on comprend mal, en effet, lorsqu'on se tient aux catégories classiques, ce sont les mystérieuses « obligations légales préexistantes ». Esprit limpide, Planiol explique : on se fait « facilement une idée sommaire » des obligations conventionnelles, parce que les types des principaux contrats « sont fixés depuis longtemps » ; s'il n'en va pas de même pour les « obligations légales », c'est parce que l'article 1382, texte purement sanctionnateur (« l'équivalent de ce qu'est l'article 1142 pour les obligations conventionnelles »), ne dit pas « quand l'auteur du dommage est en faute ». Il faut « dresser le tableau des obligations légales dont l'article 1382 est la garantie, mais ce travail n'a jamais été entrepris ». Voici donc ce tableau des obligations légales : « 1°) s'abstenir de toute violence envers les choses ou envers les personnes ; 2°) s'abstenir de toute fraude, c'est-à-dire de tout acte irrégulier et trompeur destiné à léser autrui ; 3°) s'abstenir de tout acte qui exige une certaine force ou une certaine habileté que l'on ne possède pas au degré voulu ; 4°) exercer une surveillance suffisante sur les choses dangereuses qu'on possède ou sur les personnes dont a la garde (enfants, fous, etc.) » (48). On trouvera, à la *Revue critique* de 1905 (49), un autre catalogue - cherché « dans la jurisprudence, ce grand recueil de l'expérience humaine, ce livre toujours ouvert » - des fautes « contre l'honnêteté, contre l'habileté, contre la légalité » : fautes du séducteur, du pâtissier, du conservateur des hypothèques, du chef de gare, du patron d'établissement insalubre, tableau baroque et chatoyant où se mêlent évidemment les « fautes contractuelles » et délictuelles. Le même article fournit explicitement le présupposé de cette doctrine des fautes : « il faut sous entendre, dans la constitution de toute société humaine, une double règle légale qu'on pourrait formuler ainsi : « défense d'être malhonnête, défense d'être maladroit » ». Ces deux défenses ne sont elles-mêmes que la traduction d'un *neminem laedere* fondamental. De telles « obligations légales » sont évidemment bien loin des exemples modestes d'obligations légales fournis par l'article 1370 - obligations entre propriétaires voisins ou obligations des tuteurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée. A la vérité, le système de Planiol joue sur l'ambiguïté sémantique de « l'obligation » que le langage courant, mais non le langage juridique - confond avec le « devoir » (50). Ainsi naît ce qu'on pourrait appeler la pantimétique : à supposer « toute société humaine » constituée sur ces devoirs généraux transformés en « obligations légales », l'essence unique du Droit devient la sanction des fautes et tout y est réparation des torts (le *neminem laedere* chasse le *suum cuique tribuere*) (51) ; la responsabilité pénètre partout - spécialement dans le contrat.

13. Il faut relier cela à la doctrine des sources d'obligations que Planiol, à la même époque, élabore dans un célèbre article de la *Revue critique*(52). On sait que, pour Planiol, toutes les obligations dérivent de deux sources seulement : le contrat et la loi - qui embrasse les délits, quasi-délits, quasi-contrats et obligations légales stricto sensu. A première vue, cette classification dualiste des sources d'obligations se raccorde mal à la doctrine de l'unité de la responsabilité(53) ; mais, à y mieux regarder, on perçoit leur parfaite cohérence. La classification de Planiol efface en effet l'antithèse classique du contrat et des engagements formés sans convention pour lui substituer l'antithèse de deux « volontés créatrices » - Planiol le dit ainsi : la volonté des parties et la volonté du législateur. Ces deux volontés sont les sources primaires des obligations ; mais la « contravention » à ces obligations primordiales a pour effet de les transformer toutes en une nouvelle obligation de réparation, sous forme de dommages et intérêts. Délit et quasi délit (mais aussi quasi-contrat) que, dans la « nomenclature classique », on aperçoit comme des sources primaires d'obligations, ne sont en vérité que des sources secondes, ou dérivées (54), « la transformation en argent d'une obligation légale primordiale, par l'effet d'une contravention ou inexécution » (55). Homothétiquement, le contrat est donc vu lui aussi comme une source d'obligations « primordiales » qui se transformeront en une obligation nouvelle de dommages-

intérêts par l'effet d'une « contravention ». Quelle que soit la source des obligations « primaires », il n'y a ainsi qu'une « faute civile » donnant naissance dans tous le cas à une nouvelle et même obligation, celle de réparer le dommage causé. C'est donc bien la dualité des sources d'obligations, comme la voit Planiol, qui commande au fond l'unité de la responsabilité. On reste étonné d'une telle construction, chez un auteur qui met si fort en garde ses lecteurs contre le *mos geometricus* dans la matière des obligations (56). Il n'est pas impossible que Planiol ait puisé une part de son inspiration dans les travaux préparatoires du code civil allemand : il a en tout cas lu Jhering sur la faute (57), et loue le BGB d'en avoir donné une définition plus complète que celle du code (58) ; de même, son parti de traiter des dommages-intérêts non avec les contrats (comme le fait le code français), mais comme une partie de la théorie générale des obligations « considérées en elles-mêmes », est aussi un emprunt à la méthode du BGB (59), dont Saleilles avait fait connaître les travaux préparatoires.

14. A la différence du monisme extrême [celui de Grandmoulin (60) et de Lefebvre (61)] selon lequel l'inexécution du contrat est un délit, la thèse de Planiol n'efface pas l'opposition de la loi et du contrat ; mais elle la déplace considérablement : la loi qui jusque là n'était qu'une modeste source immédiate d'obligations (celles du tuteur, celles des voisins) est prise ici à la fois comme source immédiate d'une foule innombrable d'obligations « primordiales » et comme source médiate de toutes les obligations « dérivées », puisqu'elle impose de réparer les contraventions à toutes les obligations, quelle qu'en soit la source primaire. Planiol discute habilement les « mauvais arguments » de Lefebvre et de Grandmoulin (62), dont les thèses assimilent le contrat à une loi ou inversement la loi à une espèce de contrat pour en tirer le principe d'une responsabilité unique ; ces arguments, dit Planiol, sont inutiles, dès lors que « la nature de l'obligation violée reste sans influence sur la faute » (63).

15. On voit quelles séductions la doctrine de Planiol a pu exercer : l'opposition de la loi et du contrat comme « volontés » antithétiques satisfait à la fois le positivisme légaliste et la doctrine de l'autonomie de la volonté (c'est un mariage courant à la fin du XIXe) ; la dualité des obligations primaires, en dépit de l'équivoque du mot « obligations », est un trompe l'oeil assez esthétique ; enfin l'unité de la faute s'accorde merveilleusement au moralisme congénital de notre droit des obligations. Pourtant, presque tout en tombera ; la théorie des « obligations légales préexistantes » disparaîtra ; la responsabilité délictuelle admettra un très large secteur de responsabilité sans faute ; la « responsabilité contractuelle » sera utilisée, au moins dans ses commencements, comme un procédé dispensant la victime de faire la preuve d'une faute du débiteur. Mais il subsistera, de cet effort rhétorique, ce à quoi peut-être Planiol tenait le moins, au fond : l'espèce de métaphore selon laquelle, l'inexécution de contrat étant une « faute » de même nature que le délit, cette faute fait naître une obligation de réparer qui succède à l'obligation contractuelle inexécutée - la réparation évinçant ainsi l'exécution forcée.

II. - LA « RESPONSABILITE CONTRACTUELLE » : SUITES

16. Dans la première moitié de notre siècle, la filiation doctrinale de Planiol est aisée à repérer, aussi bien chez les partisans de l'unité que chez ceux de la dualité de la responsabilité. Ainsi Esmein, qui assimile complètement les fondements des deux responsabilités, prolonge la thèse de Planiol en disant que, même dans la responsabilité contractuelle, la faute apparaît comme l'inexécution d'une obligation légale (puisque c'est la loi qui nous oblige à exécuter les engagements que nous avons assumés) (64) : la « faute » étant la même, la « sanction » doit être la même, sauf différences de détail à justifier dans chaque cas ; on est ici à la pointe de la doctrine pantimétique. La doctrine « dualiste » est simplement plus prudente : Henri et Léon Mazeaud (65) soutiennent qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre les deux responsabilités (elles sont même fondées sur la faute), mais seulement des différences « accessoires » tenant à la source (volontaire ou légale) des obligations violées. Une seule nature, mais des différences de régime plus ou moins justifiables selon qu'on est ou non volontariste : ce compromis flottant deviendra l'opinion majoritaire (66). La consolidation définitive du concept actuel de «

responsabilité contractuelle » viendra de deux faits jurisprudentiels presque concomitants : l'irruption de l'obligation contractuelle de sécurité, puis le succès de la distinction des obligations de moyens et de résultat. D'une part, l'introduction de l'obligation de sécurité dans les contrats a définitivement ancré la « responsabilité contractuelle » dans sa fonction de réparation, où elle concurrence désormais la responsabilité délictuelle (A). D'autre part, la distinction des obligations de moyens et de résultat a organisé la coexistence de deux régimes de « responsabilité contractuelle », l'un fondé sur la faute prouvée, l'autre plus « objectif », ce qui accentue le parallèle avec les deux régimes typiques de la responsabilité délictuelle (B). Ainsi se verrouille, dans les années 1910-1930, le concept de « responsabilité contractuelle » : de l'espèce de métaphore élaborée par Planiol à des fins rhétoriques, on est passé à la confusion des fonctions puis à l'assimilation des régimes.

17. A. - Au tournant du siècle, la « responsabilité contractuelle » est, on l'a vu, une voie offerte au contractant victime d'un dommage corporel pour échapper à la nécessité de prouver la faute de l'auteur du dommage : on imagine donc de « forcer » le contrat pour y faire entrer une « garantie » de sécurité ; la victime invoquera l'inexécution du contrat plutôt que le délit et l'article 1147 la dispensera de prouver la faute du « débiteur de sécurité ». La contractualisation de ce type de dommage apparaît donc comme un procédé d'« objectivation » de la responsabilité, comme on dirait aujourd'hui. La concurrence que fait la « responsabilité contractuelle » à la responsabilité délictuelle répond ainsi, dans ses débuts, à un objectif clair de faveur à la victime. Tout s'embrouille - et très vite - quand d'un côté l'obligation contractuelle de sécurité voit son régime se diversifier, tandis que d'un autre côté l'invention de la responsabilité du fait des choses ouvre un très vaste champ de responsabilité délictuelle sans faute. De l'invention primitive de la « créance de sécurité » à la situation actuelle, la concurrence des voies contractuelle et délictuelle de la réparation a ainsi perdu toute cohérence.

18. Comme on sait, l'obligation de sécurité pénètre d'abord le contrat de transport. Cela est compréhensible : l'accident de transport est, avec l'accident du travail, l'autre grand type d'accident de la société « machiniste ». La doctrine de Saintelette visait d'ailleurs explicitement à couvrir de la « garantie » contractuelle aussi bien les accidents de transport que les accidents du travail. Au surplus, en matière de transport, l'article 1782 fournissait le modèle d'une obligation accessoire de « conservation des choses qui... sont confiées » au voiturier, celui-ci étant tenu de la perte et des avaries, sauf à prouver le cas fortuit ou la force majeure (art. 1784). Il était tentant d'étendre cette obligation de conservation, a pari ou a fortiori, au transport de personnes. Pourtant, la jurisprudence de la fin du siècle refuse la voie contractuelle à la victime de l'accident de transport, comme elle l'avait refusée à l'ouvrier victime d'un accident du travail (67). Ses raisons sont fortes ; d'abord, l'article 1784 (comme l'article 103 c. com.) se rattache au dépôt nécessaire de corps certains (arg. art. 1782) et les personnes transportées ne sauraient être considérées comme des choses déposées entre les mains du transporteur ; on ne voit ensuite pas pourquoi on ferait entrer prétoriquement dans le contrat une obligation à laquelle l'une des parties au moins n'entendait sans doute pas s'astreindre ; enfin, accepter la voie contractuelle, c'est aussi admettre les exclusions et limitations conventionnelles de responsabilité. Le revirement des années 1911-1913 (68) est donc bien le signe que s'acclimate, en droit positif, l'idée que la « responsabilité contractuelle » et la responsabilité délictuelle partagent une même fonction, et ont une même « nature » (69). Le paradoxe est que ce qui est alors recherché, c'est l'avantage probatoire que confère à la victime le régime du contrat par rapport au régime du délit ; derrière l'identité des fonctions, c'est en même temps la dualité des régimes qui s'affirme. Ainsi se justifie politiquement le compromis auquel s'arrêtera la doctrine dominante : il y a bien une seule responsabilité, mais avec des différences « techniques » qu'on peut utiliser pour mieux protéger les victimes.

19. Le procédé est si commode qu'il gagne très rapidement, en jurisprudence, d'autres contrats que le transport. Vingt ans plus tard, Lalou (70) et Josserand (71) décrivent ce mouvement jurisprudentiel principalement alimenté, jusque dans les années 30, par des décisions de juges du

fond. Josserand (c'est lui qui baptise, semble-t-il, l'obligation de sécurité) en donne une analyse fort intéressante ; il recense d'abord les « échecs » du procédé (dans le louage de services, le contrat d'enseignement, la responsabilité des notaires, des médecins et chirurgiens) avant de dénombrer les cas où « le concept contractuel a fait reculer devant lui et a vaincu le concept délictuel » (transports, hôtellerie, accidents locatifs) ; ce « forçage » du contrat - qu'il approuve pour d'autres obligations - lui paraît ici contestable : l'introduction de l'obligation de sécurité, faux « enrichissement du concept contractuel », constitue en réalité un simple transvasement dans le contrat d'une obligation de nature extra- contractuelle(72). Ce témoin du premier moment a donc très exactement vu, dans le développement de l'obligation de sécurité, trois phénomènes liés : le gonflement artificiel du contrat, le refoulement de la responsabilité délictuelle, et la multiplication des conflits de frontières entre les deux ordres de responsabilité.

20. Les mouvements de notre question deviennent ensuite beaucoup plus difficiles à saisir. C'est que la concurrence du délit et du contrat se complique alors de deux façons. Du côté du délit, le triomphe d'un principe général de responsabilité du fait des choses donne fréquemment aux victimes d'accidents corporels le même avantage probatoire que celui qu'on cherche à leur offrir avec la « créance de sécurité » ; or, dans maintes situations contractuelles le dommage est causé à l'une des parties par une chose appartenant à l'autre partie, ou fournie par elle, ou manipulée par elle (73). Du côté du contrat, la distinction des obligations de moyens et de résultat se répand elle aussi à une vitesse étonnante et beaucoup d'« obligations contractuelles de sécurité » ne seront traitées ni comme des garanties, ni comme des obligations de résultat, mais comme des obligations de moyens. Les voies contractuelle et délictuelle de la réparation se dédoublent ainsi chacune en deux régimes, l'un plus favorable, l'autre moins favorable à la victime ; les choix se ramifient donc. On le voit dans la querelle du transport bénévole (74), où le choix de la solution contractuelle peut servir aussi bien à faciliter la réparation qu'à l'exclure, de même que le choix de la solution délictuelle peut être commandé par l'intention de faire jouer soit l'article 1384 soit les articles 1382 et 1383 (75). On le verra mieux encore lorsque, l'existence d'une relation contractuelle étant incontestable, l'accident se produira sur les franges du contrat : accidents d'avant et d'après transport (le quai, la montée, la descente), accidents de magasin (où l'on peut raffiner les distinctions selon que l'accident a lieu avant ou après l'emplette, qu'il a été causé par la chose achetée ou par une des innombrables choses se trouvant dans le magasin, de l'escalier mécanique à la feuille de salade). C'est alors, au gré des espèces, la valse-hésitation des responsabilités contractuelle et délictuelle.

21. On note, depuis une quinzaine d'années, un certain reflux de l'obligation de sécurité(76) : les juges comprennent que la « créance de sécurité » est une « créance » bien paradoxale, lorsqu'elle prive le « créancier de sécurité » de l'avantage qu'il aurait à invoquer l'article 1384 alinéa 1er s'il n'était créancier de rien du tout ! Mais ce n'est pas à dire que la jurisprudence ait entrepris pour autant de dégonfler le contenu du contrat de cette encombrante obligation « accessoire » ; comme le montre la jurisprudence des accidents de magasin ou de transport, le juge ne renonce pas à l'obligation contractuelle de sécurité ; pour retrouver le régime délictuel, il préfère dire ou qu'il n'y a pas contrat, ou que son exécution n'a pas encore commencé, ou qu'elle est déjà achevée. La frontière du délit et du contrat se déplace, mais la « responsabilité contractuelle » conserve sa fonction de réparation des dommages corporels.

22. Le réflexe contractualiste a d'ailleurs resurgi, plus récemment, avec la réparation des dommages causés par les produits défectueux. Ici encore, le plus simple, de lege ferenda, aurait été de construire un régime uniforme de responsabilité délictuelle objective des fabricants - ce serait aujourd'hui la façon la plus économique d'appliquer la directive européenne de 1985. Mais, dans le silence de la loi (et bien avant la directive), la jurisprudence a suivi la pente, évidemment plus facile pour elle, de la contractualisation des dommages. Le contrat en cause étant la vente, le « forçage » a d'abord pris naturellement la voie de la garantie des vices cachés du produit. Avec plusieurs inconvénients, qui se sont révélés au fil des espèces, et qui ont été corrigés avec plus ou moins d'artifice. Premier inconvénient : le vendeur ne doit de dommages et intérêts à

l'acheteur que s'il connaissait les vices de la chose (art. 1645) ; qu'importe : en tant que professionnel, il sera tenu de connaître les vices affectant la chose vendue - c'est l'apport du malheureux boulanger de Pont-Saint-Esprit au système moderne de sécurité du consommateur (77). Deuxième inconvénient : accrochée à la garantie des vices, l'action de l'acheteur victime est enfermée dans un bref délai (art. 1648) ; qu'importe : on finira, en 1991, par découvrir que l'obligation contractuelle de sécurité est, dans la vente, une « obligation autonome » (78), soumise au délai de prescription de l'action contractuelle de « droit commun ». Un dernier inconvénient de la solution contractuelle se trouve dans le principe de relativité des conventions, fort gênant dans le cas de la responsabilité du fait des produits, où le dommage se produit au bout de la chaîne de distribution ; à vrai dire, demi-inconvénient seulement, puisque précisément le droit de la vente admet depuis un siècle la transmission de la garantie des vices aux acquéreurs successifs de la chose ; la garantie des vices transportera donc avec elle l'obligation de sécurité jusqu'au bout de la chaîne des ventes ; et quand l'on en viendra, pour cause de trop brève prescription, à détacher l'obligation de sécurité de la garantie (1991), la transmission de plano de toutes les actions contractuelles en responsabilité aura déjà été admise (1986). Cet assouplissement de l'effet relatif des contrats par les actions contractuelles directes a certainement fait beaucoup pour le succès de la solution contractuelle en matière de responsabilité du fait des produits. Mais la transmission des actions contractuelles est un procédé limité : comment faire profiter de l'obligation contractuelle de sécurité d'autres personnes que l'acquéreur final ? On a pu songer un temps que le développement des « actions contractuelles directes » ferait tomber ce dernier obstacle au rayonnement de l'obligation « contractuelle » de sécurité vers les tiers victimes ; avec un peu d'indulgence, on aurait pu voir dans beaucoup de situations-types d'accidents domestiques des « groupes de contrats » et des victimes n'ayant « souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial » : l'époux, les enfants, les amis utilisateurs du produit défectueux auraient bien pu invoquer un prêt de l'acheteur final. Mais le célèbre arrêt Besse, en restaurant l'effet relatif, a enrayé cet ultime développement. S'étant ainsi privée de la ressource de l'action contractuelle directe, la Cour de cassation vient de recourir à un procédé plus étonnant encore en disant, dans son style admirablement bref, que « le vendeur professionnel... tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes... en est responsable tant à l'égard des tiers que de son acquéreur » (79). Ainsi, l'inexécution d'une obligation contractuelle (livrer un produit exempt de vice) constitue ipso facto une faute délictuelle à l'égard des tiers : on saute donc l'obstacle de l'effet relatif, puisque l'action du tiers reste une action délictuelle, fondée sur l'article 1382 ; mais on voit bien que la faute délictuelle du vendeur, définie comme le manquement à son obligation contractuelle de livrer un produit non défectueux, n'est pas « détachable du contrat » (80) : sa faute délictuelle est en réalité une « faute » purement contractuelle. Voici donc une action délictuelle directement et uniquement fondée sur une « faute contractuelle » ; on se dit que Grandmoulin finira par avoir raison. Voici aussi une nouvelle complication dans la structure de notre système de réparation des dommages corporels ; les tiers auront avantage à accrocher chaque fois qu'ils le pourront leur action délictuelle à la violation d'une obligation contractuelle de sécurité plutôt qu'à la vieille « garde de structure » qui leur permettait elle aussi de rechercher, mais dans des conditions plus étroites, la responsabilité du fabricant (plus problématiquement celle du vendeur) ; pour ces tiers, l'article 1382 devient donc un texte plus favorable que l'article 1384 alinéa 1er : allez expliquer cela aux mânes de Planiol !

23. Après la jurisprudence des « chutes dans l'escalier » (81), puis celle des accidents de quai ou de magasin, la jurisprudence des accidents du fait des produits montre aujourd'hui que le choix de la voie contractuelle a toujours pour effet d'introduire le désordre dans notre système de réparation des dommages corporels. L'idée d'offrir à la victime un « parapluie contractuel » est donc, expérience faite, une fausse bonne idée : mieux vaudrait redonner au délit sa compétence naturelle sur les affaires de « bras cassés et de morts d'homme » (82), et « décontractualiser » l'obligation de sécurité (83), si l'on veut en construire un régime cohérent (84). Dans le cas de la

sécurité des produits, il est clair que la pseudo-obligation contractuelle de sécurité ne fait que répéter une règle légale précise (art. 1er L. 21 juill. 1983, art. L. 221-1 c. consom.) : il serait donc possible de construire là dessus une responsabilité uniformément délictuelle, en débarrassant la vente de cette encombrante obligation accessoire de sécurité.

24. L'obligation contractuelle de sécurité est pourtant en passe de gagner un nouveau territoire, en devenant « obligation de sécurité quant aux biens ». L'expression est déjà courante (85), et la jurisprudence l'utilise notamment en matière de responsabilité du fait des produits ; elle a été précédée par une partie de la doctrine (86). Il faut ici se garder d'une confusion. Beaucoup de contrats font naître, à titre principal (dépôt, contrats de gardiennage ou de surveillance) ou à titre accessoire (entreprise, bail, sous des formes aussi variées que le sont ces deux contrats) l'obligation de conserver la chose d'autrui - il arrive d'ailleurs que cette obligation accessoire soit elle-même considérée comme résultant d'un dépôt (art. 1782, pour le transport ; art. 1952 pour l'hôtellerie ; L. du 6 juill. 1992 pour le dépôt hospitalier). L'étendue de cette obligation est naturellement variable selon l'économie du contrat, et nos « petits contrats » nommés comportent bien souvent un régime précis de cette obligation accessoire de conservation (ex. : art. 1788 et s. ; art. 1880 et s.) ; à défaut, une jurisprudence abondante taille elle-même ce régime (87). Il est certes abusif de baptiser cette obligation « obligation de sécurité quant aux biens », mais cela ne tire pas à conséquence : l'obligation de veiller sur la chose a, dans tous ces cas, un caractère contractuel - la vraie difficulté étant, selon les espèces, de qualifier le contrat et de déterminer l'étendue de cette obligation. Il n'en va pas de même lorsque le dommage est causé à des biens qui n'ont pas été confiés, à titre principal ou accessoire, par un contractant à l'autre : le rattachement au contrat d'une obligation de sécurité quant aux biens a alors pour conséquence de contractualiser un dommage dont la nature est délictuelle. Il en résulte, comme pour la réparation des dommages corporels, d'incertains conflits de frontière entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle ; on trouvera des exemples de cette incertitude dans les cas où un entrepreneur cause, dans l'exécution du contrat, un dommage aux biens du maître de l'ouvrage chez qui il travaille (88). Ici encore, l'expansion de la responsabilité contractuelle est due à un gonflement artificiel du contrat ; ici encore se brouille la distinction du contrat et du délit.

25. B. - L'invention par Demogue, à la fin des années vingt, de la distinction des obligations de moyens et de résultat a, de son côté, considérablement renforcé l'analogie de la responsabilité délictuelle et de la « responsabilité contractuelle ». D'une part en effet, l'existence d'obligations « de moyens » conforte l'idée que la « faute contractuelle » est une faute de comportement analogue à la faute délictuelle (89) ; d'autre part, les obligations « de résultat » apparaissent alors comme des cas de « responsabilité sans faute » parallèles aux cas de responsabilité délictuelle objective. « Responsabilité contractuelle » et responsabilité délictuelle sont ainsi formellement construites selon un même schéma ; cette analogie formelle des structures de responsabilité renforce incontestablement l'idée qu'il n'existe qu'une responsabilité « civile » sous deux figures, et que le vrai clivage est entre les cas de responsabilité subjective et les cas de responsabilité objective(90).

26. La distinction des obligations de moyens et de résultat possède sans doute un grain de vérité : les obligations contractuelles n'ont pas toutes la même étendue, ou pas la même intensité, alors même qu'à première vue elles auraient, abstraitement, le même objet ; c'est ce que dit très clairement l'article 1137 alinéa 2 de l'obligation de conserver la chose d'autrui. Les précieux « petits contrats » du code civil fournissent maint exemple de cette variabilité concrète d'obligations ayant pourtant un même objet, jusque dans des contrats très proches (91).

27. Cela dit, on voit bien qu'une *summa divisio*, quelle qu'elle soit, ne peut prétendre rendre compte de cette diversité naturelle des obligations contractuelles. Voilà ce qu'on objecte souvent à la distinction des obligations de moyens et de résultat, à la suite d'Esmein (92) ; d'où les raffinements contemporains : introduction des garanties au degré supérieur de la classification (93) et sous-distinctions (obligations de moyens « renforcées » ou obligations de résultat « atténuées »). Une autre objection est l'incertitude du critère de distinction. Le critère de Demogue

(94), qui opposait les professions libérales (le professionnel libéral ne promettrait que des « moyens », parce qu'il est indépendant) aux métiers (les techniciens devraient des résultats), apparaît bien contestable aujourd'hui (95) et on lui préfère un faisceau de critères combinant la dose d'aléa de la promesse faite et le « rôle (actif ou passif) de la victime » (96) : mais ces critères sont eux-mêmes flottants et la jurisprudence ne paraît pas s'y tenir avec une grande constance. Plus profondément, les incertains exercices de qualification auxquels cette distinction conduit les juges nous paraissent purement rhétoriques : la question étant toujours - et seulement - de savoir si le débiteur a convenablement exécuté l'obligation, il faut toujours - et seulement - se demander ce qui était concrètement in obligatione pour y comparer ce qui a été fait ; le passage par une « qualification » aussi imprécise et sommaire est un embarras inutile. Reste le rôle qu'on prête en général à la célèbre distinction quant à la charge de la preuve ; mais, en vérité, quelle que soit l'étendue de l'obligation, c'est toujours au créancier qui réclame l'exécution forcée d'établir qu'il n'a pas reçu la prestation promise (art. 1315 al. 1) et c'est toujours au débiteur qui se prétend libéré de prouver le fait qui a produit l'extinction de son obligation (art. 1315 al. 2) (97) ; simplement, l'objet concret de la preuve à faire par l'un et par l'autre dépend de ce qui a été promis - ce qui rend la preuve plus ou moins difficile pour l'un ou pour l'autre. On a d'ailleurs fort justement relevé que, contrairement à une idée académique, la preuve de l'inexécution d'une obligation « de résultat » n'est pas toujours plus facile que la preuve de l'inexécution d'une obligation de moyens (98). Tous arguments examinés, MM le Tourneau et Cadiet reconnaissent pourtant à « la célèbre dichotomie... une valeur suggestive certaine (qui explique son succès rapide et persistant) » (99). Mais c'est précisément de cette « valeur suggestive » qu'il faut se défier, me semble-t-il.

28. C'est en effet à ce caractère « suggestif » que l'on doit d'abord l'idée selon laquelle cette distinction serait la *summa divisio* de toutes les obligations, quelle que soit leur source - et pas seulement des obligations contractuelles. On sait que cette thèse a été défendue par Henri Mazeaud dans un article historique et qu'elle est encore soutenue (100). La filiation de Planiol s'y retrouve : si la responsabilité, délictuelle comme contractuelle, découle toujours de la violation d'une « obligation préexistante », il est tentant d'opérer, dans les « obligations légales » une « classification comparable » à celle qu'on découvre dans les obligations contractuelles (101) : il y aurait donc des obligations légales de résultat (ou déterminées) et des obligations légales de moyens (ou de prudence et diligence). Et c'est ce parallélisme qui justifierait la construction, en matière délictuelle comme en matière contractuelle, de deux régimes semblables de responsabilité l'un pour faute prouvée, l'autre sans faute prouvée. Ainsi s'achève, dans le système d'Henri Mazeaud, la métaphore de Planiol : la distinction des deux types d'obligations « primordiales » commande, indépendamment de leur source, le régime de la responsabilité qui en procède. Il est évidemment fort difficile, après cela, de maintenir une distinction des ordres de responsabilité fondée précisément sur la source des obligations violées.

29. L'autre effet de cette distinction « suggestive » est de donner au contrat une double figure : promesse d'un avantage, lorsque l'obligation est « de résultat », ou simple promesse d'un certain comportement, lorsque l'obligation est de moyens. Il est bien vrai que ces deux figures du contrat sont concevables, comme le montrent, en droit comparé, les exemples de la *common law* d'un côté et du BGB de l'autre (102). Ce qui se traduit par deux traitements fort différents de l'inexécution contractuelle. Dans l'un, la faute n'entre aucunement dans la définition du *breach of contract* ; dans l'autre au contraire, il n'y a de responsabilité du débiteur que pour inexécution fautive, en vertu d'un principe général de culpabilité (§ 276 BGB) (103) ; mais, dès lors que le créancier a prouvé l'impossibilité d'exécuter en nature, c'est au débiteur de prouver que l'inexécution ne lui est pas imputable (§ 282 BGB) ; quant aux garanties, elles sont fermement mises à part (104). Ce n'est pas le lieu de débattre des mérites intrinsèques de chacun de ces systèmes. Qu'il nous soit permis de dire que nous préférons sur ces questions la vue simple de la *common law* à la construction du BGB, où se repère la filiation de la trop savante *Ecole pandectiste* ; Outre-Rhin, on exprime d'ailleurs la même préférence (105). Le sûr en tout cas est

que chacun de ces systèmes repose clairement sur un seul principe ; seul le droit français contemporain les amalgame - si bien que les comparatistes le classent comme « dualiste » (Constantinesco) ou comme « intermédiaire » (Treitel), ce qui est la façon scientifique d'exprimer une certaine perplexité (106).

30. L'étonnant est que cette caractéristique du système français se soit cristallisée si tard. On retrouve ici les méandres de la « faute contractuelle ». On a vu plus haut que la doctrine du XIX^e siècle tenait que la « faute contractuelle » était « présumée », et raccordait cela aux articles 1147 et 1148 : ce qui ne constitue que l'application de l'article 1315 à l'exécution forcée par équivalent (107). On ne perçoit donc pas alors d'antinomie entre les articles 1137 et 1147 - prouver le cas fortuit, c'est prouver l'absence de « faute contractuelle » (arg. art. 1302 al. 1 et 3). Mais dès l'instant que la « faute contractuelle » se modèle sur la faute délictuelle et devient une faute de comportement, prouver le cas fortuit est évidemment autre chose que prouver la simple conduite normalement diligente. Dans l'entre-deux de la faute démontrée et du cas fortuit identifié, il y a les cas douteux : qui en a la charge ? A Saleilles, qui soutenait que l'inexécution du contrat n'est même pas « la faute présumée (mais) la faute réalisée », Planiol objecte précisément qu'il ne saurait y avoir « faute réalisée » dans les cas où la cause demeure inconnue (108). Il faut donc bien « concilier » les deux textes, et c'est de cet effort qu'est née la « suggestive » distinction de Demogue : l'article 1137 aurait donc été écrit pour les obligations de moyens, et l'article 1147 pour les obligations de résultat ; on voit par là que le passage de la doctrine française sous la bannière de l'École « scientifique » n'avait aucunement entamé ses capacités exégétiques (109).

31. Il n'est pas sûr qu'en dépit de son succès ce système dualiste soit tout à fait stabilisé. M. Tunc a notamment présenté une autre « conciliation » des articles 1137 et 1147, qui fait descendre la force majeure jusqu'à l'absence de faute (110), ce qui lui « permet d'affirmer que la responsabilité contractuelle proprement dite (111) repose exclusivement sur la faute ». Au bout de cette démonstration, il y aurait logiquement la permission pour le débiteur de se libérer, même dans le cas des obligations de résultat, par la preuve d'une absence de faute ; les obligations de résultat deviendraient toutes des obligations de moyens « renforcées » (112). La position intermédiaire du droit français n'est donc pas seulement peu claire ; elle est aussi instable, car le concept moderne de « responsabilité contractuelle » pousse inévitablement l'analyse de l'inexécution du contrat vers la « responsabilité du fait personnel » (113). Ce premier pas accompli, d'autres suivront, quasi mécaniquement : alignement, aussi complet que possible, des « faits générateurs » de responsabilité contractuelle sur les faits générateurs de responsabilité délictuelle ; puis l'absorption de l'une par l'autre.

III. - LA « RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE » : AVENIR

32. Le schéma d'une « responsabilité contractuelle du fait personnel » une fois imposé, d'autres « faits générateurs » de responsabilité délictuelle sont en voie de gagner le terrain du contrat. Il y a là du mimétisme : « la responsabilité contractuelle est devenue doctrinalement tributaire de la délictuelle » (114). Mais l'invention de ces nouveaux faits générateurs de responsabilité contractuelle répond aussi à une nécessité - plus impérieuse encore en matière contractuelle qu'en matière délictuelle, car la faute personnelle du débiteur, prise comme procédé d'imputation, est un principe trop étroit pour couvrir la très grande diversité des causes de dommages en matière contractuelle ; on voit donc se constituer une « responsabilité contractuelle du fait d'autrui » et une « responsabilité contractuelle du fait des choses » (A). Cet alignement des faits générateurs de responsabilité paraît à beaucoup insuffisant : la concurrence anarchique de deux systèmes de réparation, dont l'un reste soumis au régime contractuel engendre tant de « bizarreries et d'injustices » (115) qu'une doctrine autorisée prône l'unification des responsabilités c'est-à-dire, en réalité, l'absorption complète du régime de l'inexécution contractuelle par le régime du délit (B). Il me semble qu'on ne gagnera rien à ce brouillage définitif des causes d'obligations ; mieux vaudrait retourner aux principes classiques (C).

33. A. - « Responsabilité contractuelle du fait d'autrui » et « responsabilité contractuelle du fait des choses » sont des procédés d'imputation inutiles si l'on s'en tient à la doctrine classique : on n'est contractuellement responsable ni du fait d'autrui, ni du fait d'une chose (116) ; on doit des dommages et intérêts parce qu'on est débiteur d'une obligation inexécutée ; c'est le contrat qui fait le débiteur, et il est indifférent que l'inexécution du contrat ait sa cause dans le « fait d'autrui » ou dans le « fait d'une chose », dès lors que ces faits ne constituent pas pour le débiteur l'un des faits libératoires énoncés par les articles 1147 et 1148. C'est le sens commun : les moyens d'exécuter les promesses sont l'affaire de celui qui a promis ; les contrats sont très fréquemment exécutés non par le débiteur en personne mais par des auxiliaires ou des substituts que le débiteur choisit, et leur exécution s'accomplit bien souvent au moyen de « choses » que le débiteur met en oeuvre ou qu'il fournit. Mais il n'y a pas à rechercher dans « le fait d'autrui » ou dans le « fait de la chose » des « faits générateurs de responsabilité » tant que la cause des dommages et intérêts reste le contrat lui-même.

34. La démonstration de l'inutilité de la « responsabilité contractuelle du fait d'autrui » a été faite par Becqué lui-même, à qui l'on doit pourtant l'introduction de cette regrettable expression dans le vocabulaire doctrinal français (117). Becqué part certes de la constatation que notre code n'énonce, à la différence du BGB (§ 278), aucun principe général de responsabilité du débiteur pour « la faute commise par son représentant légal et par les personnes dont il se sert pour exécuter son obligation dans la même mesure que s'il s'agissait de sa faute personnelle », mais seulement des dispositions particulières assez nombreuses (art. 1245, 1735 (118), 1797, 1953, 1994) à partir desquelles on peut inférer l'existence d'un tel principe, « en suspension dans le code ». Mais, arrivant au fondement, Becqué explique très simplement la « responsabilité contractuelle pour autrui », en droit français, comme « l'application pure et simple du droit commun » alors qu'en droit allemand elle « apparaît comme une exception aux principes généraux qui dominent la matière des obligations ». C'est parce qu'en droit allemand l'inexécution de l'obligation est traitée comme une responsabilité pour faute (§ 276 BGB) qu'il a fallu compléter cette règle par une « responsabilité pour la faute commise par les personnes dont (le débiteur) se sert pour exécuter son obligation » (§ 278). Rien de tel dans le système français, du moins selon la doctrine du code : le débiteur de l'obligation inexécutée doit des dommages et intérêts, sauf à établir la cause étrangère qui le libère ; or le fait du tiers volontairement introduit par le débiteur dans l'exécution du contrat, comme auxiliaire ou substitut, ne pourra qu'exceptionnellement être considéré comme un cas de force majeure (119) ; il est donc inutile de faire appel à la « responsabilité du fait d'autrui » pour justifier le droit du créancier à des dommages et intérêts. Pour le cas d'exécution par des préposés, la Cour de cassation a clairement rappelé la doctrine classique à la fin des années soixante en approuvant une cour d'appel d'avoir décidé que « les termes de l'article 1147 ne permettent pas d'établir une distinction suivant que le débiteur exécute lui-même ou fait exécuter par un ou plusieurs de ses préposés » (120). Dans le cas de substitution dans l'exécution (par sous-contrat ou cession de contrat), il est également inutile d'évoquer la « responsabilité contractuelle du fait d'autrui » : tant qu'il n'est pas libéré, le débiteur primitif répond de l'inexécution tout simplement parce qu'il est toujours débiteur ; et lorsqu'il est libéré (hypothèse d'une cession « parfaite ») il ne peut être « responsable », sauf à avoir promis sa garantie - auquel cas la prétendue « responsabilité du fait d'autrui » est encore une obligation personnelle. Construire une « responsabilité contractuelle du fait d'autrui » est donc inutile, tant qu'on en reste au régime de l'inexécution du contrat tel que le conçoit le code : on ne répond pas du fait d'autrui quand l'on paye simplement ce que l'on doit. En revanche un tel mécanisme devient indispensable lorsqu'on raisonne en termes de « responsabilité », chaque fois qu'on ne peut établir une « faute » du débiteur. Il faut alors, pour fonder ce qui apparaît comme une exception à une responsabilité du fait personnel, chercher des justifications plus ou moins aisées, la plus artificielle étant certainement la « représentation » du débiteur dans l'exécution du contrat par ses aides ou substituts. Outre ce défaut de simplicité, le détour de la «

responsabilité contractuelle pour autrui » présente, par rapport à la solution classique, deux inconvénients (121).

35. Une première difficulté est de faire accepter cette « responsabilité pour autrui » lorsque l'obligation inexécutée apparaît comme une « obligation de moyens ». Un éminent auteur regrette « la méconnaissance, à peu près générale en doctrine », de la « responsabilité contractuelle pour autrui » (122) ; mais des résistances semblables à celle de Rodière (123) sont inévitables dès lors que l'inexécution du contrat s'assimile à un cas de responsabilité pour faute : on tentera (après avoir mis à part les cas où la loi elle-même impose une « garantie du fait d'autrui ») de ramener la « prétendue responsabilité contractuelle pour autrui » à des cas de « faute personnelle » du débiteur - fautes in eligendo ou in vigilando, faute d'organisation de l'entreprise, ou faute consistant à se substituer un tiers alors que l'exécution devait être personnelle (art. 1994-1°). Inévitables sont aussi les prudences des juges : pour un coup d'audace déjà ancien (124), combien d'arrêts préfèrent user d'expédients peu honnêtes, comme la disqualification d'un dépôt en entreprise, pour pouvoir faire jouer l'article 1797, alors qu'il suffisait d'appliquer tout droit au dépositaire lui-même les règles du dépôt (125).

36. Un second inconvénient de la « responsabilité contractuelle du fait d'autrui » est d'appeler l'application analogique de l'article 1384, alinéa 5, alors qu'il n'y a point d'analogie(126). On sera tenté de transposer en matière contractuelle l'exonération du commettant par l'abus de fonctions du préposé ; or l'abus de fonctions du préposé peut précisément constituer l'inexécution d'une obligation contractuelle du commettant (le préposé du dépositaire vole, détourne ou incendie le bien confié en dépôt) ; absoudre le débiteur, c'est alors considérer que l'inexécution du fait du préposé le libère, sans considération du point de savoir s'il y avait ou non force majeure (127). La Cour de cassation elle-même, dans sa formation la plus autorisée, a succombé à cette tentation (128), avant de revenir à l'analyse contractuelle classique (129). Comme l'a très bien vu M. Rebut dans un récent article (130), il n'est pas nécessaire, pour échapper à cette contamination de la responsabilité contractuelle par la responsabilité délictuelle du fait d'autrui, de prétendre à son « autonomie », comme le dit parfois la doctrine contemporaine ; il suffit - c'est plus simple et plus exact - de ne pas voir dans l'inexécution du contrat un cas de responsabilité pour faute du débiteur.

37. La « responsabilité contractuelle du fait des choses » appelle une démonstration analogue : le fait que l'inexécution du contrat soit due à une chose fournie par le débiteur ou maniée par lui est strictement indifférent, dès lors que ce fait ne présente pas pour le débiteur les caractères d'une cause exonératoire. Mais ici encore, le parallélisme des responsabilités appelle l'introduction, dans la responsabilité contractuelle, de cet autre fait générateur - qui vient corriger, comme dans la responsabilité délictuelle, l'étroitesse d'une responsabilité d'abord fondée sur la faute du débiteur.

38. A la différence de « la responsabilité contractuelle du fait d'autrui », la « responsabilité contractuelle du fait des choses » n'a pas d'inventeur clairement déterminé. Ses commencements ont en effet été obscurcis par la question du cumul : à l'époque où l'article 1384, alinéa 1, était encore d'invention récente on se demandait seulement si ce texte était applicable entre contractants (131). L'interdiction de l'option condamne évidemment ce procédé, dès lors que la victime invoque l'inexécution d'une obligation contractuelle : ce qui ne se perçoit très bien qu'à partir des années quarante, au moment où la Cour de cassation ferme la responsabilité contractuelle du médecin (grand utilisateur de choses dangereuses pour le corps des patients) à l'invasion de l'article 1384, alinéa 1 (132). Mais, la voie délictuelle se trouvant ainsi fermée par le principe de non-cumul, il reste la possibilité du décalque contractuel de l'article 1384 ; on propose donc l'admission d'une « responsabilité contractuelle du fait des choses livrées » d'une part, et « du fait des choses mises en oeuvre pour l'exécution du contrat » d'autre part. Ce cheminement intellectuel se repère très bien dans les grands traités de responsabilité contemporains (133). L'intégration de ce nouveau fait générateur de responsabilité contractuelle apparaît spécialement utile pour les contractants victimes d'un dommage corporel. On constate en effet que

l'application du régime contractuel conduit fréquemment à voir dans l'obligation de sécurité une simple obligation de moyens, alors même que le dommage est causé par une chose utilisée par le débiteur pour l'exécution du contrat ou livrée par le débiteur en exécution du contrat. Pour retrouver ici l'équivalent du régime délictuel, il faut donc inventer une responsabilité contractuelle du fait des choses : le principe de non-cumul est formellement respecté, et la diversité naturelle des obligations contractuelles « de sécurité » se trouve effacée par ce subterfuge.

39. Un arrêt très commenté de la première chambre civile du 17 janvier 1995 (134) a consacré cette invention, en posant que, « contractuellement tenu d'assurer la sécurité des élèves qui lui sont confiés, un établissement d'enseignement est responsable des dommages qui leur sont causés non seulement par sa faute, mais encore par le fait des choses qu'il met en oeuvre pour l'exécution de son obligation contractuelle ». Il est vrai que depuis, la Cour de cassation n'a pas repris ce procédé de renforcement de l'obligation de sécurité, alors qu'elle aurait eu plusieurs occasions de le faire - ce qui suscite évidemment bien des interrogations (135). Peut-être que la Cour de cassation se repense, après tout ; en tout cas, avant que se cristallise cette nouvelle invention, redisons qu'elle est inutile, si on exclut du contrat la pseudo-obligation « contractuelle » de sécurité : on pourra alors, sans heurter le principe de non-cumul, appliquer s'il y a lieu l'article 1384, alinéa 1, au contractant victime d'un tel dommage.

40. B. - Le concept moderne de responsabilité contractuelle n'a donc pas encore achevé sa course, ni produit toutes ses conséquences. Outre l'imparfait alignement des « faits générateurs », la doctrine de la réparation est en voie d'atteindre plusieurs autres points du régime de l'inexécution du contrat.

41. En premier lieu, la mesure des dommages et intérêts : le principe de réparation intégrale, propre au délit, tend à gagner le terrain du contrat, en dépit de l'article 1150 du code civil, selon lequel le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts que l'on pouvait prévoir lors de la conclusion du contrat (136). La doctrine classique explique simplement ce texte par la nature même des dommages et intérêts, qui procurent au créancier réclamant cette forme de satisfaction l'équivalent de ce que lui aurait procuré l'exécution en nature - mais rien de plus (137). La doctrine moderne y voit au contraire une dérogation difficilement justifiable au principe de réparation intégrale du dommage injustement causé et propose soit de l'abroger (138), soit de le maintenir seulement comme « instrument d'une politique de modération judiciaire des dommages et intérêts » (139). L'effacement de l'article 1150 par le principe de réparation est depuis longtemps à l'oeuvre. On rappellera que pour Pothier, les dommages-intérêts prévisibles s'entendaient des « dommages-intérêts intrinsèques », c'est-à-dire ceux que « le créancier, par l'inexécution de l'obligation, pourrait souffrir par rapport à la chose même qui en a été l'objet et non ceux que l'inexécution de l'obligation lui a occasionnés d'ailleurs dans ses autres biens (dommages et intérêts extrinsèques). C'est pourquoi dans ces cas, le débiteur n'est pas tenu de ceux-ci, mais seulement de ceux soufferts par rapport à la chose qui fait l'objet de l'obligation, *damni et interesse, propter ipsam rem non habitam* »(140). Et c'était bien ainsi que l'entendaient les rédacteurs de l'article 1150 (141). La « prévisibilité », dans cette définition, est donc une notion objective renvoyant à la nature même du dommage réparable, elle-même directement commandée par l'objet de l'obligation : le « dommage prévisible » n'est ni plus, ni autre chose que l'objet même de l'obligation inexécutée - l'avantage promis et non reçu. L'explication moderne de ce texte fait au contraire de la prévisibilité une notion psychologique, en justifiant l'exigence de prévisibilité par la « volonté » implicite des parties qui auraient « prévu l'inexécution et tacitement envisagé ses conséquences » (142). Dans le système moderne, c'est donc le « caractère volontaire de l'obligation violée » qui fonde l'article 1150, alors que dans le système classique, c'est tout simplement la fonction de paiement des dommages-intérêts. Cette interprétation volontariste de l'article 1150 produit deux séries de conséquences. Premièrement, au lieu de mesurer les dommages-intérêts sur l'avantage promis par le débiteur (ou

raisonnablement escompté par le créancier) on les mesurera sur les conséquences prévisibles de l'inexécution, ce qui peut être très différent, et explique la difficulté, constante en pratique, à distinguer la prévisibilité du dommage de son caractère simplement direct. Certes, la prévisibilité n'a pas encore été ramenée à la simple prévisibilité de la cause du dommage ; on sait que la Cour de cassation a nettement affirmé que l'article 1150 « ne fait aucune allusion à la prévision de la cause du dommage » et en a tiré cette conséquence que « le débiteur, hors le cas de dol, n'est tenu que des dommages-intérêts dont la quotité a pu être prévue par lui lors du contrat » (143) : on continue donc d'exiger que l'étendue du dommage ait été prévisible, et pas seulement sa cause ; mais nul ne songe plus à invoquer l'article 1150 pour limiter la nature du dommage réparable par la voie contractuelle à l'objet même de l'obligation inexécutée - propter ipsam rem non habitam. Deuxièmement, l'interprétation « volontariste » du texte en facilite la critique : pourquoi traite-t-on mieux celui qui s'était volontairement obligé que l'auteur d'une faute délictuelle (144) ? Le déclin du rôle de la volonté dans le contrat ne conduit-il pas naturellement au « déclin parallèle » de l'article 1150 (145) ? Au vrai, l'effacement de ce texte est inscrit dans l'idée moderne d'une responsabilité contractuelle ayant une fonction de réparation des dommages injustes ; en attendant la disparition de l'article 1150, rien d'étonnant si on l'oublie souvent.

42. Plus largement, c'est toute l'exécution forcée du contrat qui tend à s'absorber dans la « réparation ». Un auteur (146) a très bien décrit ce mouvement en analysant la classification des modes de réparation présentée dans le Traité de la responsabilité de MM Mazeaud et Tunc (147) : ordonner l'exécution du contrat refusée par le défendeur, ou la livraison de l'objet vendu, ou la destruction de ce qui a été fait par contravention à l'engagement (art. 1143), ou l'exécution par le créancier aux dépens du débiteur (art. 1144), tout devient procédé de « réparation en nature » par simple opposition aux dommages et intérêts présentés comme un procédé de « réparation par équivalent ». Toute l'exécution forcée du contrat tend à devenir ainsi réparation, parce que l'inexécution du contrat est comprise comme un cas de responsabilité. Seuls échappent encore à l'emprise de la « réparation », dans la systématique contemporaine, la résolution, l'exception d'inexécution et la réfaction du contrat (148). Il en résulte que la présentation de l'inexécution est aujourd'hui fréquemment rompue en deux morceaux : celui de la « responsabilité contractuelle », rattaché à la responsabilité en général, et celui qui reste rattaché aux contrats synallagmatiques. L'articulation des divers remèdes, leurs combinaisons, le rôle respectif du créancier et du juge sont alors très mal perçus (149).

43. Il y a plus : l'absorption du régime de l'inexécution par la réparation entame profondément notre conception de la force obligatoire du contrat. Car si toute l'exécution forcée devient réparation, il n'y a plus d'exécution que volontaire (150). La doctrine de Planiol découvre ici sa pointe philosophique : le contrat réduit à sa fonction de source « primaire » d'obligations n'est fait que pour être exécuté volontairement ; le droit d'exiger l'exécution se transforme en droit d'exiger réparation (à la condition qu'il y ait eu faute et dommage) ; les actions dont les pactes sont munis (art. 1134) disparaissent dans le brouillard de l'action générale en responsabilité. L'existence d'obligations contractuelles préexistant au fait dommageable ne sert qu'à décider s'il y a ou non responsabilité (151).

44. Cette absorption des règles de l'inexécution par les règles de la réparation prépare l'unification de la responsabilité civile, vigoureusement souhaitée par une doctrine autorisée (152). Les critiques portées contre la distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle sont connues : différences de régime sans justification rationnelle, difficultés à situer le dommage dans le champ ou à l'extérieur du contrat, absurdité des résultats quand un même dommage survenu dans les mêmes circonstances est traité contractuellement à l'égard de certaines victimes et délictuellement à l'égard d'autres victimes. Le tout couronné par la conception rigide (et spécifiquement française) du principe de non-cumul. La critique est spécialement forte quand le dommage dont il s'agit est causé à la personne du contractant : ni les différences de faits générateurs, ni les différences quant à la preuve, ni la différence des prescriptions, ni la différence du régime des clauses d'exonération ne sont alors justifiables. Il faudrait donc, pour supprimer

ces « bizarreries et injustices », unifier le régime des deux responsabilités(153) - et, en attendant, assouplir notre principe de non-cumul, ou y renoncer. Cette solution, préconisée par d'excellents esprits, me paraît contestable.

45. C. - Certes, notre droit de la responsabilité est devenu bizarre, peu cohérent, et souvent incertain ou injuste ; mais l'unification des responsabilités me paraît être un remède inadéquat à ces maux. Il faut d'abord comprendre que l'unification est impossible. Même déformée par sa fonction moderne de réparation, la « responsabilité contractuelle » conserve nécessairement une fonction de paiement(154). Cette fonction de paiement s'applique à toutes les obligations qui expriment les utilités attendues du contrat par l'une ou l'autre partie : l'acheteur qui ne paye pas le prix, le vendeur qui ne livre pas ou qui livre une chose non-conforme ne sont pas des auteurs de dommages fautifs à qui on demanderait réparation, mais bien des débiteurs qu'on contraint à exécuter exactement. Quelque déformation qu'on leur fasse subir, les règles du délit ne peuvent s'appliquer à l'inexécution de telles obligations : les plus convaincus partisans de l'unification reconnaissent par exemple l'inapplicabilité de l'article 1384, alinéa 1, aux « dommages... provoqués par le défaut d'utilité de la chose, la non-conformité au sens strict » (155) ; c'est que les « dommages provoqués par le défaut d'utilité de la chose » ne sont rien d'autre que les avantages escomptés par l'acheteur et non reçus (*ipsa res non habita*) ; si au contraire la transposition de l'article 1384, alinéa 1, est envisageable pour les dommages causés à la personne ou aux biens de l'acheteur par les défauts de la chose achetée, c'est parce que l'atteinte à la personne de l'acheteur ou à ses biens est d'abord artificiellement entrée dans le champ de la responsabilité contractuelle. Ce qui est vrai des « faits générateurs » de responsabilité est vrai pour l'ensemble du régime de l'inexécution du contrat : il est certes contestable de soumettre l'action en réparation du dommage causé par un défaut du produit vendu à des délais de prescription différents selon que la victime est l'acheteur ou un tiers ; mais, pour corriger cette bizarrerie, il serait absurde de soumettre l'action en garantie ou l'action en délivrance au délai de prescription de l'action délictuelle. Le vrai est que l'unification des responsabilités ne peut toucher que les fausses actions contractuelles (celles qui tendent à la réparation des dommages injustes) ; les vraies actions contractuelles (celles qui tendent à l'obtention des avantages escomptés du contrat) ne peuvent être soumises au régime de l'action délictuelle(156) ; la distinction de la « responsabilité contractuelle » d'avec la délictuelle retrouve son véritable sens quand elle recouvre la distinction du paiement forcé et de la réparation. C'est cette distinction naturelle que le concept actuel de « responsabilité contractuelle » a fait oublier ; c'est donc elle qu'il faut retrouver.

46. Les « bizarreries et injustices » de notre droit positif, justement dénoncées, procèdent toutes, en effet, du faux concept d'une « responsabilité contractuelle » construite aujourd'hui comme un système de réparation concurrent de la responsabilité délictuelle. C'est l'attribution au contrat d'une fonction de protection d'intérêts extra-contractuels qui est la cause, historique et logique, de nos difficultés actuelles. En « forçant » ainsi le contrat, on brouille nécessairement ses rapports avec le délit, lequel en retour contamine le régime de l'inexécution du contrat. On ôte du même coup au principe de non-cumul sa justification profonde : ce principe d'ordre, aisément compréhensible lorsqu'il empêche le droit du délit de venir troubler le régime du contrat (157) devient évidemment critiquable lorsqu'il empêche la victime d'un dommage artificiellement contractualisé de recourir aux règles de la responsabilité délictuelle. Donner au contrat la fonction d'assurer des intérêts normalement protégés par le droit du délit, notamment la sécurité des personnes et celle des biens, c'est créer la concurrence de deux systèmes de réparation qui ont forcément un régime différent puisque l'un d'eux, même tordu par cette fonction de réparation dont on l'a chargé, reste fondamentalement un régime d'exécution forcée des conventions. La correction à opérer ne consiste donc pas dans une unification impossible des deux responsabilités, mais dans la disparition de l'une des deux - la fausse « responsabilité contractuelle ».

47. Ceci n'implique aucune réforme législative, mais seulement un retournement doctrinal - un retour au code. Il n'est pas sûr que cette conversion soit aisée. Fondamentalement, elle suppose que le contrat soit ramené à sa figure originelle : la promesse d'un avantage déterminé, plutôt que la promesse d'un certain comportement du débiteur, y compris lorsque ce qui est dû est un service (et non un bien ou un droit déterminé). On évitera donc de parler de « faute contractuelle » lorsqu'on visera seulement l'inexécution du contrat (158). Puis on dépouillera le contrat de sa fonction de réparation en le débarrassant de l'obligation de sécurité ; une telle obligation constitue en réalité, comme le dit Mlle Viney, une « norme générale de comportement qui existe en dehors de tout contrat », étrangère par conséquent aux utilités spécialement recherchées par ceux qui contractent. Enfin on tentera d'oublier la pseudo *summa divisio* des obligations de moyens et de résultat. Ce resserrement du contrat réduirait du même coup la « responsabilité contractuelle » à sa fonction d'exécution forcée (159) ; au délit, on redonnerait ainsi compétence exclusive pour la réparation des dommages injustement causés - spécialement pour les dommages causés à la personne. On pourrait alors, sans toucher au régime des contrats, construire des règles spéciales de réparation des dommages corporels, par types d'accidents (domestiques, de la route, médicaux, etc.), ou même le droit général des accidents que plusieurs souhaitent (160). Il me semble que le droit de la responsabilité ne retrouvera sa cohérence que débarrassé de la fausse « responsabilité contractuelle », et que le droit de l'inexécution contractuelle ne retrouvera sa simplicité que déchargé de sa fausse fonction de réparation.

48. Je ne plaide donc pas pour le maintien de la distinction des deux responsabilités, ni pour la « tyrannie » d'un « parti pris dualiste » (161), mais pour la distinction de la réparation et du paiement forcé. Cette distinction respecte l'opposition classique du contrat et du délit mais abolit la distinction des « deux responsabilités » en faisant disparaître le faux concept de « responsabilité contractuelle ». Derrière la distinction traditionnelle des causes d'obligations, on perçoit mieux alors la dualité des principes premiers de l'ordre civil : exécuter les promesses, d'une part, et réparer les dommages injustement causés à autrui d'autre part. C'est à cette remise en ordre (en ordre naturel) qu'il faudrait s'essayer, me semble-t-il, plutôt qu'à l'effacement de la doctrine classique des sources d'obligations (162).

➤ D. Mazeaud, « Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? », D. 2010, p. 1832.

1 - Bien fol celui qui affirmera que l'arrêt, rendu le 29 juin 2010 par la chambre commerciale de la Cour de cassation, constitue à coup sûr l'épilogue de la fameuse saga jurisprudentielle relative au sort réservé aux clauses de responsabilité qui aménagent la sanction de l'inexécution d'une obligation essentielle(1) !

Non pas que cette décision souffre de la moindre ambiguïté quant à son sens et à sa portée, tant sa lettre est claire et son esprit lumineux, mais chaque observateur sait que, dans ce domaine, souvent la Cour de cassation a varié, comme en témoigne suffisamment un rapide résumé des épisodes précédents pour ceux des lecteurs du Recueil qui auraient manqué le début de ladite saga.

2 - Episode n° 1 : l'« illustrissime » arrêt Chronopost dans lequel la Cour de cassation(2) a, au nom de la cause, réputé non écrite la clause limitative de réparation, stipulée en faveur du transporteur rapide, qui fixait un plafond dérisoire de réparation en cas de manquement à son obligation essentielle de ponctualité, de célérité et de fiabilité, parce qu'elle « contredisait la portée de l'engagement pris » par celui-ci. La leçon de ce premier arrêt était donc que les clauses qui fixent un plafond dérisoire de réparation en cas de manquement à une obligation contractuelle essentielle doivent être réputées non écrites, parce qu'en réduisant excessivement la sanction de l'inexécution, elles permettent au débiteur de se soustraire à son engagement en toute impunité. Episode n° 2 : les arrêts rendus par une chambre mixte en 2005(3), puis par la chambre commerciale en 2006(4) et 2007(5), par lesquels la Cour de cassation a décidé que devaient être supprimées du contrat les clauses limitatives de réparation au seul motif qu'elles aménageaient les suites de l'inexécution d'une obligation essentielle. Avec cette nouvelle règle, le sort de la

clause limitative ne dépendait plus de son effet sur l'engagement souscrit par le débiteur, mais uniquement de l'objet du manquement visé par la clause ; il suffisait que celui-ci réside dans une obligation essentielle pour que la clause soit boutée hors du contrat.

Episode n° 3 : cette jurisprudence, qui sonnait le glas des clauses limitatives de réparation en droit commun, et a fortiori celui des clauses élusives de responsabilité (étant entendu que les unes et les autres n'ont plus droit de cité dans les contrats de consommation depuis le décret du 18 mars 2009(6)), a par la suite connu un certain fléchissement avec de nouvelles décisions de la chambre commerciale(7) qui ont laissé entendre qu'une clause qui aménage la sanction de l'inexécution d'une obligation essentielle n'est plus fatalement réputée non écrite et que, pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'elle emporte une contradiction avec la portée de l'engagement souscrit par le débiteur. Concrètement, une clause limitative de réparation est menacée d'être supprimée du contrat, non pas lorsqu'elle porte sur l'inexécution d'une obligation essentielle, mais parce qu'elle vide de toute substance cette obligation.

3 - Statuant sur le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris(8), entrée en résistance contre la jurisprudence liberticide susvisée, précisément contre l'arrêt du 13 février 2007(9), l'arrêt rendu le 29 juin dernier était donc attendu avec impatience puisqu'il appartenait au fond à la chambre commerciale de décider de l'avenir des clauses qui aménagent la sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle essentielle. Deviendraient-elles de simples leurres contractuels privés de la moindre efficacité ou redeviendraient-elles un précieux instrument de gestion du risque d'inexécution, sous réserve qu'elles ne privent pas l'obligation essentielle de sa substance ?

Tel était, en somme, l'enjeu pour la Cour de cassation qui, en l'espèce, devait donc statuer sur la validité d'une clause limitative de réparation qu'invoquait un contractant dont le manquement à son obligation contractuelle essentielle était avéré. A dire vrai, même si l'arrêt commenté n'est pas franchement innovant, tant en ce qui concerne la règle selon laquelle « seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur » que celle aux termes de laquelle « la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur », il est probable qu'il fera date. En effet, il fixe avec une grande netteté les contours de la contradiction illégitime (I) et de la faute lourde (II) susceptibles de neutraliser une clause de responsabilité qui aménage les suites de l'inexécution d'une obligation contractuelle essentielle.

I - La contradiction illégitime

4 - On ne peut pas reprendre d'une clause ce que l'on a promis de l'autre !

Telle est au fond l'idée appliquée par la Cour de cassation dans cet arrêt qui marque indiscutablement un retour à l'esprit de la jurisprudence inaugurée par la chambre commerciale en 1996(10) et qui constitue un ralliement à la lettre de la décision rendue par celle-ci le 18 décembre 2007(11). Non seulement, en effet, seules les clauses qui privent de sanction l'inexécution d'une obligation contractuelle essentielle et lui ôtent alors sa force contraignante sont réputées non écrites, mais encore c'est lorsqu'une clause a « pour effet de vider de toute substance l'obligation essentielle » qu'est caractérisée « la contrariété entre ladite clause et la portée de l'engagement souscrit »(12) par le débiteur. Même si on retiendra sans doute de cet arrêt qu'il a restauré la prévisibilité des clauses de responsabilité en droit commun et renforcé la sécurité juridique, son intérêt est aussi d'ordre pédagogique. En premier lieu, la Cour de cassation met au point, de façon limpide, la règle (A) qui règne désormais en la matière. En second lieu, la motivation de son arrêt offre de très utiles informations sur la mise en oeuvre (B) de celle-ci.

A- La règle mise au point

5 - « (...) Seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ». Avec cette formule, il est clair qu'à l'instar des juges du fond de la cour de Paris, la Cour de cassation opte définitivement pour l'éviction de la

règle liberticide, qui irriguait le pourvoi, selon laquelle la liberté contractuelle bute inéluctablement sur l'obligation essentielle. Elle retient une règle de validité infiniment plus nuancée et plus subtile sur laquelle la liberté ne vient pas s'échouer mais qui en neutralise les excès et les dérives. Une règle morale en somme, en vertu de laquelle s'engager à exécuter une obligation contractuelle essentielle et s'affranchir, via une clause de responsabilité, des conséquences de son inexécution ne vaut !

6 - On comprend donc sans peine que la Cour de cassation réinsuffle une importante dose de vitalité aux clauses de responsabilité en mettant fin à la séquence jurisprudentielle des années 2005-2007 puisqu'il ne suffit plus désormais que la clause litigieuse aménage la sanction du manquement à une obligation essentielle pour être neutralisée, il est nécessaire qu'elle vide cette obligation de sa substance et contredise, dès lors, la portée de l'engagement souscrit par le débiteur. Le critère qui doit conduire le juge à décider si la clause est valable ou réputée non écrite ne réside pas dans la nature de l'obligation dont elle aménage la sanction de l'inexécution, mais dans l'effet que produit la clause sur la portée de l'engagement contractuel du débiteur. En définitive, on peut dorénavant tenir probablement pour acquis que la liberté contractuelle a retrouvé des lettres de noblesse dans notre domaine et qu'elle bute, non plus sur le caractère essentiel de l'obligation inexécutée, mais sur l'exigence du maintien du caractère obligatoire et contraignant de l'engagement souscrit par le débiteur qui se prévaut de la clause. Lorsque l'effet de la clause consiste à désactiver l'engagement souscrit, à neutraliser le caractère contraignant de l'obligation essentielle, à enlever sa force à l'obligation en privant de sanction son inexécution, elle doit être réputée non écrite parce qu'elle permet au débiteur de ne pas exécuter son obligation essentielle.

7 - A priori, il en va concrètement ainsi, outre évidemment les clauses d'allègement d'une obligation essentielle, d'une part, des clauses évasives de responsabilité qui excluent la responsabilité du débiteur alors même qu'il est avéré qu'il n'a pas exécuté son obligation essentielle. Une telle clause qui dispense le débiteur d'exécuter son obligation essentielle prive de toute évidence celle-ci de sa substance ; elle la frappe d'inconsistance, elle la prive de toute force en excluant toute sanction en cas de manquement. D'autre part, il en ira aussi ainsi, et pour les mêmes raisons finalement, des clauses qui fixent un plafond dérisoire de réparation parce qu'elles dispensent, faute de sanction effective, le débiteur de l'exécution de son obligation essentielle.

On relèvera que le domaine ainsi esquissé de la règle mise au point par la Cour est en phase avec son inspiration causaliste. En effet, au nom de la cause, ne sont annulés que les engagements contractuels souscrits en l'absence de contrepartie ou moyennant une contrepartie illusoire ou dérisoire. Dès lors, seules les clauses qui privent, en cas de manquement du débiteur à son obligation essentielle, l'engagement du créancier d'une contrepartie ou d'une contrepartie réelle doivent être réputées non écrites, à savoir les clauses qui ont pour objet d'exclure toute responsabilité du débiteur et les clauses qui, en fixant un plafond de réparation dérisoire, ont ce même effet.

Reste à observer comment cette règle est concrètement mise en oeuvre en l'espèce.

B - La mise en oeuvre de la règle

8 - La motivation de l'arrêt commenté révèle que la Cour a parfaitement acté l'idée que les clauses limitatives de réparation ne sont pas toujours le produit d'un rapport de forces inégales et le ferment d'une injustice contractuelle qui se cristallise dans le montant dérisoire du plafond de réparation, mais qu'elles constituent aussi parfois le fruit d'une répartition librement négociée des risques de l'inexécution

Pour refuser, contrairement à ce que suggérait le pourvoi, de réputer non écrite la clause limitative de réparation prévue en cas de manquement du débiteur à son obligation essentielle, la Cour, en se retranchant derrière les constatations des juges du fond, paraît procéder en deux temps.

9 - Dans un premier temps, elle se livre à un examen spécifique de la clause appréhendée isolément. A cet égard, elle reprend les motifs de la cour de Paris qui portaient sur le contexte et le contenu de la clause litigieuse. Les juges du fond avaient en effet relevé, d'une part, que le plafond de réparation avait été négocié via « une clause stipulant que les prix convenus reflètent la répartition du risque », d'autre part, que « le montant » de ce plafond, qui correspondait au prix payé par le créancier, n'était pas dérisoire. En somme, à ce seul stade du test de licéité de la clause, il apparaît que celle-ci ne vide pas l'obligation de sa substance et ne contredit pas l'engagement du débiteur, parce qu'elle a été librement négociée dans la perspective, comme sa lettre l'indiquait, d'une répartition des risques regardée comme équitable par les contractants.

10 - Dans un second temps, la licéité de la clause est appréciée à l'aune de l'économie générale du contrat, à savoir non plus isolément mais en contemplation de son environnement contractuel. Le message de la Cour de cassation semble alors être qu'il convient, pour décider si elle est valable ou si elle doit être réputée non écrite, de rechercher si, indépendamment de son seul contenu et du contexte dans lequel elle a été stipulée, la clause litigieuse a une contrepartie, une justification, une... cause. Autrement dit, le juge doit, pour se prononcer, se demander si le contrat qui comporte la clause litigieuse est un contrat sur mesure, dont l'économie générale a été conçue en contemplation de la clause litigieuse, et dont le contenu serait donc différent en l'absence de celle-ci. C'est bien ainsi qu'avait procédé la cour de Paris qui avait relevé que le débiteur avait, en contrepartie de la clause limitative, consenti une remise de 49 % au créancier, auquel était en outre accordé toute une série d'avantages et de « privilèges » au cours de l'exécution du contrat. Et la chambre commerciale approuve les juges du fond d'avoir déduit de cette analyse globale du contrat la validité de la clause litigieuse, qui était causée par la situation contractuelle spécifique du créancier et le statut que lui accordait le contrat, tant et si bien que la clause ne vidait pas de sa substance l'obligation essentielle du débiteur et ne contredisait donc pas la portée de son engagement.

11 - En définitive, il n'est pas interdit de penser que même les clauses élusives de responsabilité, comme les clauses limitatives de réparation qui fixent un plafond dérisoire d'indemnisation, ne sont peut-être pas vouées inéluctablement à être supprimées du contrat. Certes, il existe en présence de telles clauses une très forte probabilité, si ce n'est une véritable présomption de contradiction illégitime, mais il n'en reste pas moins que le débiteur pourrait réactiver la clause litigieuse en apportant la preuve que cette contradiction, qui apparaît illégitime si l'on s'en tient à une simple appréciation isolée de la clause, n'est qu'apparente et s'efface si on contemple cette clause à travers le prisme de son environnement contractuel, par référence à l'économie générale du contrat dont elle constitue un des éléments parmi d'autres, dont certains peuvent représenter sa juste contrepartie et constituer sa cause.

Pour conjurer le mauvais sort que réservait le demandeur au pourvoi à la clause limitative de réparation, la Cour de cassation a dû aussi prendre parti sur la notion de faute lourde.

II - La faute lourde

12 - On ne peut pas se prévaloir d'un contrat auquel on a gravement manqué !

Telle est au fond l'idée qui sous-tend l'influence néfaste de la faute lourde sur une clause de responsabilité dont le débiteur réclame le bénéfice et que reprenait à son compte le demandeur au pourvoi, mais en se fondant sur l'objet du manquement (A) imputable au débiteur. Argument qui connaît le même sort que le précédent puisque la Cour de cassation profite de cet arrêt pour revenir à une conception subjective de la faute lourde, fondée sur la gravité du comportement du débiteur (B).

A - L'objet du manquement

13 - Pour neutraliser la clause limitative de réparation, le demandeur au pourvoi avait « ressorti de ses cartons » une jurisprudence qui avait prospéré avant le début de la saga Chronopost et l'exploitation de la notion de cause pour mettre fin aux clauses de responsabilité abusives entre professionnels, et qui se traduisait par une objectivisation de la faute lourde. Naguère, en effet, la Cour de cassation avait décidé que le débiteur commettait une faute lourde, qui emportait la

neutralisation des clauses évasives de responsabilité et des clauses limitatives de réparation, lorsque l'inexécution qui lui était imputable avait pour objet une obligation contractuelle considérée comme essentielle⁽¹³⁾, fondamentale⁽¹⁴⁾ ou substantielle⁽¹⁵⁾. La liberté contractuelle était alors d'autant plus mise à mal par cette définition objective de la faute lourde que la notion d'obligation essentielle est insaisissable, et que la volonté des contractants suffit à imprimer un tel caractère à une obligation objectivement accessoire.

A la fin du XX siècle, cohabitaient donc deux conceptions de la faute lourde. La conception subjective, d'une part, fondée sur l'attitude du débiteur, dans laquelle elle est classiquement définie comme la négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur à l'accomplissement de la mission contractuelle qui lui a été confiée. La conception objective, d'autre part, assise sur l'attente légitime du créancier et dont le centre de gravité réside dans l'objet du manquement.

14 - A l'aube du XXI siècle, le destin de cette extension de la notion de faute lourde faisait débat. D'abord, on pouvait légitimement la considérer comme caduque en raison de la règle initiée par la chambre commerciale de la Cour de cassation en 1996 et prorogée ensuite avec le succès que l'on sait, qui la privait de sa raison d'être.

Ensuite, certains auteurs s'étaient élevés contre ce gauchissement de la notion. Christian Larroumet, par exemple, critiquait l'objectivation de la faute lourde en ces termes : « (...) une imprudence ou une négligence dans l'exécution d'une obligation, quel que soit le caractère essentiel de cette obligation, n'est pas nécessairement une faute lourde. Le critère de la faute lourde ne se trouve pas dans l'importance de l'obligation inexécutée, mais dans le comportement du débiteur »⁽¹⁶⁾.

Enfin, la Cour de cassation, elle-même, semblait revenir sur sa propre jurisprudence dont on a compris qu'elle n'avait plus guère d'intérêt, comme le révèlent les arrêts qu'elle avait rendus, dans l'affaire Chronopost, en 2005⁽¹⁷⁾. Statuant sur la notion de faute lourde susceptible de faire échec au plafond légal de réparation dont se prévalait le transporteur rapide, elle avait affirmé que « la faute lourde de nature à tenir en échec la limitation d'indemnisation prévue par le contrat-type ne saurait résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle » et que « seule une faute lourde caractérisée par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle, peut mettre en échec la limitation d'indemnisation prévue au contrat-type établi annexé au décret ». Restait tout de même à savoir si la sentence sonnait définitivement le glas de la conception objective de la faute lourde ou si sa portée devait être limitée, réservée aux seules clauses limitatives réglementaires prévues dans un contrat-type, établi par décret ? Sur ce point, le doute était d'autant plus permis qu'il avait été entretenu par l'arrêt du 18 décembre 2007⁽¹⁸⁾ qui, à la question de savoir si le manquement à une obligation essentielle constitue une faute lourde privant d'efficacité un plafond conventionnel de réparation, avait botté en touche⁽¹⁹⁾. Tel n'est pas le cas de l'arrêt commenté dans lequel la Cour de cassation prend très clairement et nettement position.

B - La gravité du comportement

15 - Pour balayer l'argumentation quelque peu désespérée du demandeur au pourvoi qui se raccrochait avec l'énergie du désespoir à une jurisprudence dont la caducité était pourtant probable, la Cour de cassation décide que « la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur ».

Comme l'avaient donc justement prédit certains, cette « déformation », opportune lors de la période « pré-Chronopost », de la notion de faute lourde mais « qui n'avait plus d'intérêt que pour les plafonds de responsabilité d'origine légale, a été abandonnée par une chambre mixte du 22 avril 2005 »⁽²⁰⁾.

La notion de faute lourde est donc désormais recentrée sur la gravité du comportement imputable au débiteur et fondée sur l'idée simple mais juste que l'incurie et l'impéritie du débiteur

dans l'accomplissement de sa mission contractuelle excluent, à titre de sanction, qu'il puisse tirer profit d'une clause modérant la sanction d'une telle faute.

L'ordre règne donc désormais dans le régime des clauses de responsabilité.

Y.-M. Laithier, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », RDC 2016, N° hors série, p.39.

Par comparaison avec le Code civil de 1804, le régime des sanctions de l'inexécution du contrat est entièrement refondu par l'Ordonnance du 10 février 2016. L'amélioration des textes est saisissante. Il est vrai que la marge de progression était immense. Rappelons en effet que jusqu'à la veille de la réforme, les sanctions de droit commun étaient dispersées dans le Code civil – une dispersion que la doctrine avait parfois accentuée en renvoyant l'étude de certaines sanctions tantôt au droit de la responsabilité civile, tantôt au régime général de l'obligation. Par ailleurs, plusieurs sanctions, y compris les plus fondamentales, étaient mal exprimées. Songeons à l'exécution forcée en nature, que l'ancien article 1142 écartait sans nuance, ou à la résolution pour inexécution, logée dans le paragraphe consacré à la condition résolutoire. Enfin, certaines sanctions étaient oubliées, par exemple l'exception d'inexécution, tout comme était passée sous silence l'articulation entre les divers moyens dont dispose le créancier.

La plupart de ces défauts sont corrigés par les articles 1217 et suivants du Code civil. Sur les 22 articles que comportent la Section 5 relative à « l'inexécution du contrat », plus des trois quarts ont été modifiés entre le projet publié par la Chancellerie en février 2015 et la version définitivement adoptée – du moins jusqu'à la loi de ratification. Ces nombreux changements n'ont pas tous la même portée.

Certains sont secondaires. C'est le cas du renvoi par l'article 1217 aux autres sanctions, qui est formulé de façon plus rigoureuse mais sans changement substantiel. De même, l'article 1226 indique que l'urgence dispense de mettre en demeure le débiteur avant de résoudre unilatéralement le contrat ; la précision est bienvenue, mais la Cour de cassation n'en aurait sans doute pas décidé autrement. Plus généralement, le style et la terminologie ont été – dans l'ensemble – améliorés. Ainsi, « sanction » remplace « remède » (art. 1217), « obligation » remplace « engagement » (art. 1217) ou « prestation » (art. 1220) ; les dernières allusions à la distinction entre les obligations de faire et de donner sont supprimées (art. 1231) ; la cause étrangère est absorbée par la force majeure (art. 1231-1).

À l'inverse, d'autres changements sont significatifs. Par exemple, selon l'article 1123, al. 2 du Code civil, la connaissance par le tiers de l'intention du bénéficiaire de se prévaloir du pacte de préférence redevient une condition de la substitution en cas d'inexécution. La nécessité d'une autorisation préalable du juge est réintroduite pour la destruction de ce qui a été fait en violation du contrat (art. 1222).

Entre ces deux séries de modifications se situe une zone d'ombre, c'est-à-dire des changements dont il est difficile à ce jour de mesurer la portée exacte. Ainsi, y a-t-il une différence, et dans l'affirmative laquelle, entre le « coût manifestement déraisonnable » de l'exécution forcée en nature et la rédaction adoptée excluant le prononcé de cette sanction en cas de « disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier » (art. 1221) ? De même, le projet prévoyait que la résolution puisse « toujours » être demandée en justice. La rédaction de ce texte soulevait la question de savoir s'il remettait en cause la validité des clauses de renonciation anticipée à la résolution judiciaire. L'actuel article 1227 dispose que « la résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice ». La rédaction se veut plus claire. En vérité, elle est tout aussi équivoque. De même encore, en matière de clause pénale, comment interpréter le silence de l'article 1231-5 (dernier alinéa) au sujet de la validité des clauses de dispense de mise en demeure qui, dans la version initiale, était expressément reconnue ?

Dans l'ensemble, il n'y a rien d'inattendu dans ces nouvelles dispositions. Toutes avaient été suggérées soit avant le projet publié en 2015, soit à l'occasion de la consultation publique qui

s'en était suivie. Ce qui révèle, non pas l'avènement d'une « démocratie participative » (ne serait-ce qu'en raison de l'opacité du processus), mais plus sobrement la dimension collective de l'œuvre. Ces textes ont été rédigés par sédimentation, avec le concours critique d'universitaires et de praticiens de divers horizons.

De manière générale, les objectifs poursuivis de modernisation, de simplification, d'accessibilité du droit commun et de regroupement des règles sont atteints. Par-delà la remise en ordre formelle, on remarque que plusieurs traits caractéristiques du droit français ont été conservés. C'est vrai du recours au concept de « faute » (du débiteur) et de la prise en compte de son degré de gravité. C'est vrai également de la résolution du contrat qui reste conçue comme une sanction grave devant être réservée, sauf clause contraire, aux inexécutions les plus sérieuses. On devine l'orientation choisie : le contrat ne doit pas être anéanti à la légère, ce que montre également le régime de la force majeure temporaire (art. 1218, al. 2) ou la généralisation de la réduction du prix (art. 1223). C'est vrai enfin de l'exigence minimale de coopération imposée aux parties en dépit de l'inexécution et qui découle, plus ou moins directement, de l'idée de bonne foi.

Parallèlement, une autre orientation – plus innovante – se dégage du nouveau régime visant à promouvoir l'efficacité, y compris économique, des sanctions de l'inexécution et donc du droit des contrats. Elle se manifeste par un retrait du juge, dont l'intervention est plus souvent retardée ou facultative qu'auparavant. Le régime de l'exécution en nature par un tiers, la rétrogradation de la résolution judiciaire ou l'automatisme des effets de la force majeure sur le contrat en sont autant d'illustrations. Participe également de cette nouvelle orientation la prise en compte du coût de l'inexécution et de ses suites. Cela ne concerne pas seulement la nouvelle limite à l'exécution forcée en nature. C'est la même préoccupation qui inspire l'exception d'inexécution par anticipation, la réduction du prix ou la consécration de la résolution unilatérale.

On mesure ainsi le chemin parcouru depuis l'article remarqué que Denis Tallon avait publié en 1994 et qui, éclairé par son expérience de co-rapporteur des Principes d'Unidroit, avait appelé de ses vœux une nouvelle présentation des sanctions de l'inexécution du contrat. C'est désormais chose faite. D'abord, les sanctions sont regroupées de façon cohérente dans une subdivision du Code, sans que la présentation ne soit brouillée par le type d'obligation, ni par la nature synallagmatique du contrat. Ce qui permet, ensuite, de mieux saisir au sein de cet éventail comment les sanctions s'articulent en fonction de leur utilité propre, leur compatibilité ou leur incompatibilité. Le Code civil, tel que modifié par l'Ordonnance, offre ainsi une panoplie de sanctions (I) parmi lesquelles un choix doit être effectué (II).

I – La panoplie des sanctions

La panoplie des sanctions de l'inexécution en droit commun est annoncée par l'article 1217. Aucune de celles qui sont consacrées n'est d'un type nouveau. Aucune de celles qui existaient déjà n'est supprimée. Toutefois, cette continuité apparente est trompeuse. En réalité, la plupart des sanctions voient leur domaine ou leur régime modifié. Et si l'on s'interroge sur les innovations, une distinction apparaît alors clairement entre l'innovation manquée, d'un côté (A), et les innovations réalisées, de l'autre (B).

A – L'innovation manquée : les dommages-intérêts

L'innovation manquée concerne les dommages-intérêts, qu'il s'agisse de leur régime conventionnel (1) ou plus encore de leur régime légal (2).

1 –

Le régime conventionnel de la réparation et plus largement des clauses de responsabilité est consolidé. L'inefficacité de ces clauses en cas de faute intentionnelle est maintenue et l'article 1231-3 fait produire le même effet à la faute lourde, ce qui est acquis de très longue date. Aucune définition légale de ces fautes n'est donnée. Il faut également compter avec l'article 1170, dont la filiation avec la jurisprudence Chronopost n'est pas difficile à établir, sans oublier l'interdiction des clauses abusives dans les contrats d'adhésion édictée par l'article 1171 qui est certes une innovation, mais qui n'est pas propre à l'inexécution du contrat.

En ce qui concerne la clause pénale, il est dommage qu'au nom de l'objectif de simplification toute référence à la fonction incitative ait été effacée du Code. Cela confortait l'utile et pertinente distinction – malheureusement perdue de vue à chaque fois que la somme « manifestement excessive » est réduite par le juge à une valeur proche du dommage réparable – entre la « vraie » clause pénale (celle qui comporte par essence une fonction punitive et donc comminatoire) et la clause forfaitaire d'indemnisation.

Surtout, il est regrettable que l'occasion n'ait pas été saisie, d'une part, de définir plus précisément la clause pénale alors que persiste un contentieux sur ce point précis malgré des études décisives, d'autre part, de mieux identifier le ou les critères en fonction desquels l'excès manifeste est apprécié et le cas échéant corrigé. À cet égard, la référence devenue usuelle au préjudice réparable au moment où le juge statue paraît bien insuffisante. La légitimité de la pénalité et de son montant ne saurait être appréciée dans l'ignorance de l'intérêt que son bénéficiaire cherchait à défendre en la stipulant. Or la poursuite d'un intérêt légitime peut justifier un écart, même sensible, avec le préjudice causé.

2 –

Mais ces réserves sont peu de choses à côté de celles que suscite l'absence de réforme du régime légal des dommages-intérêts. En effet, si l'on met à part quelques changements terminologiques, le régime des dommages-intérêts judiciaires ne comporte aucune innovation. Compte tenu de l'importance pratique de cette sanction et du caractère sommaire des dispositions du Code civil, cet immobilisme représente le défaut majeur de la réforme en matière d'inexécution.

L'occasion est ainsi manquée d'attribuer aux dommages-intérêts une fonction qui ne soit pas seulement compensatoire. Sans aller nécessairement jusqu'à admettre les dommages-intérêts punitifs, une fonction « confiscatoire » aurait pu être instaurée afin de tenir en échec les fautes lucratives, du moins lorsque le créancier a intérêt à ce que le débiteur ne conserve aucun bénéfice de son manquement.

De même, l'occasion n'a pas été saisie de préciser plus en détail les méthodes d'évaluation du préjudice, alors que règne un certain flottement en ce domaine et que le risque de sous-indemnisation est régulièrement dénoncé, ce qui est d'autant plus malvenu que l'exécution forcée en nature est a priori moins accessible qu'auparavant. La remarque vaut pareillement en ce qui concerne le moment de l'évaluation du dommage. Toutes ces absences rejaillissent sur le degré de motivation des décisions de justice et fragilisent, par voie de conséquence, les anticipations que peuvent faire les parties du montant de l'indemnisation qu'elles sont amenées tantôt à payer, tantôt à percevoir.

Enfin, la réforme aurait pu être l'occasion de régler les rapports avec la responsabilité extra-contractuelle, notamment à propos des conditions auxquelles un tiers peut se prévaloir de l'inexécution du contrat afin d'engager la responsabilité délictuelle du débiteur.

Cette lacune est grave. Mais aussi importante soit-elle, elle demeure isolée et sera peut-être comblée à la faveur de la réforme annoncée du droit de la responsabilité civile. Les autres sanctions ont toutes été modifiées.

B – Les innovations réalisées

Les principales innovations ont trait à la place de l'unilatéralisme dans les sanctions (1) et au domaine de l'exécution en nature (2).

1 –

Précisons au préalable que l'unilatéralisme ne désigne pas l'éviction définitive du juge mais simplement la possibilité qu'a le créancier, en droit et non pas seulement en fait, de déclencher et de faire produit effet aux sanctions.

L'essor de l'unilatéralisme dans la mise en œuvre des sanctions est légèrement en retrait par rapport à ce que laissait supposer le projet rendu public en février 2015. Dans l'intervalle, le rôle du juge a été accru dans la mise en œuvre de l'exécution en nature aux dépens du débiteur prévue par l'article 1222, plus précisément à propos de la « destruction » de ce qui a été fait en violation du contrat. Ce texte – qui montre que la distinction entre les obligations de faire et de ne pas

faire a peut-être encore un avenir – a été modifié afin d'imposer l' « autorisation préalable du juge ». D'après le Rapport au Président de la République, ce n'est pas le caractère irréaliste de l'absence d'intervention préalable du juge, mais le caractère « irrémédiable » de la destruction et le risque d'abus commis par le créancier qui justifient la règle. Pourtant, toute destruction n'est pas nécessairement irrémédiable. En outre, le fait qu'une conséquence irrémédiable se produise ou qu'un abus soit commis par le créancier n'a pas empêché l'admission des sanctions unilatérales par ailleurs.

Qu'en est-il de la réduction du prix ? Dans le projet initial, le caractère extra-judiciaire de la sanction ne faisait aucun doute. La rédaction de l'article 1223, al. 1er est moins claire. Le texte prévoit en effet que le créancier peut « solliciter » une réduction proportionnelle du prix. Ce verbe suppose que le créancier s'adresse à autrui. Est-ce au débiteur ? C'est concevable. Mais aucun texte spécifique n'était nécessaire pour permettre aux parties de modifier leur contrat d'un commun accord, fût-ce après une inexécution. Dès lors, ne serait-ce pas plutôt du juge que le créancier sollicite la réduction du prix ? Si cette interprétation devait l'emporter, l'article 1223 mettrait en place une « révision » judiciaire du contrat « pour inexécution » à la demande du seul créancier. Ce qui soulèverait au moins les deux questions suivantes. Premièrement, est-il permis de stipuler une réduction unilatérale du prix en cas d'inexécution ? En d'autres termes, l'unilatéralisme d'origine conventionnelle est-il licite ? Deuxièmement, comment concilier le caractère judiciaire de la sanction avec la suite du texte (non modifiée) indiquant les circonstances dans lesquelles le créancier notifie « sa décision de réduire le prix » ?

Quoi qu'il en soit, en dépit de ces quelques modifications, l'unilatéralisme demeure un trait marquant du nouveau régime des sanctions de l'inexécution du contrat. Cela se manifeste dans cette sanction provisoire qu'est l'exception d'inexécution, qui n'est pas originale en soi, mais qui est pour la première fois consacrée en tant que règle de droit commun (C. civ., art. 1219).

Plus novatrice est l'admission de l'exception d'inexécution par anticipation (C. civ., art. 1220), c'est-à-dire celle qui est invoquée avant que ne soit exigible l'obligation dont la violation est pressentie. Le procédé renforce la fonction de garantie de l'exception d'inexécution.

Une autre contribution majeure à l'unilatéralisme consiste en la suppression de l'autorisation judiciaire préalable dans ce qu'il est convenu d'appeler la « faculté de remplacement », c'est-à-dire la possibilité de faire exécuter l'obligation par un autre que le débiteur défaillant (C. civ., art. 1222). Jusqu'à la veille de la réforme, la dispense d'autorisation était exceptionnelle en matière civile. Elle constitue désormais la règle de principe, ce qui est une excellente innovation. Comme l'indique l'alinéa 1er, cette sanction n'est qu'une possibilité offerte au créancier. Aucun devoir de minimiser le dommage ne l'incite à la mettre en œuvre. De ce point de vue également, la réforme mérite d'être approuvée.

Enfin, et c'est l'une des innovations les plus remarquables de l'Ordonnance, la résolution judiciaire descend de son piédestal textuel. Dès le milieu du 19^e siècle, la Cour de cassation avait perçu les limites de cette judiciarisation en reconnaissant la licéité des clauses résolutoires, avant d'admettre, plus tard, la résolution unilatérale. Désormais, le Code civil reconnaît trois modes de résolution du contrat, la résolution judiciaire étant symboliquement rétrogradée de la première à la dernière place, derrière la résolution conventionnelle et la résolution par notification (v. C. civ., art. 1224 et art. 1227 et s.). On relèvera tout de même, pour nuancer la portée de l'unilatéralisme, d'une part, que le juge conserve le pouvoir d'apprécier la régularité de la résolution mise en œuvre par le créancier (V. C. civ., art. 1228 et plus généralement le devoir de bonne foi, art. 1104) dont le renouveau depuis une trentaine d'années doit beaucoup au contentieux relatif à la clause résolutoire), d'autre part, qu'à la différence de l'exception d'inexécution, les textes ne prévoient pas de résolution unilatérale par anticipation.

2 – La seconde innovation notable concerne le domaine de l'exécution en nature

L'exécution forcée en nature est reconnue comme un droit appartenant à tout créancier sans distinction (C. civ., art. 1221). Ce principe, la Cour de cassation l'avait déjà consacré, tout en faisant une exception pour les promesses unilatérales. Cette exception est supprimée par

l'article 1124 qui tient la révocation de la promesse pour non avenue, ouvrant ainsi la voie à la formation du contrat promis et à son exécution forcée.

Cette faveur pour l'exécution en nature est en quelque sorte contrebalancée par une autre innovation : celle prévoyant une limite tirée de l'existence d'une « disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier » (C. civ., art. 1221).

Une première question que soulève l'introduction de cette limite légale est de savoir s'il est possible de l'écartier conventionnellement. A priori la ratio legis du texte s'y oppose : la clause risquerait d'infliger au débiteur une sanction manifestement disproportionnée, ce qui est précisément le résultat contre lequel la réforme entend lutter. À la réflexion cependant, la validité de la clause pourrait être défendue en tant qu'elle constitue un moyen de répartir et d'accepter les risques, ou un moyen de faire échec aux fautes lucratives, ou encore, plus généralement, un indicateur de la valeur ou de l'importance subjective que le créancier accorde à l'exécution en nature escomptée et qui est (ou a pu être) la raison de son engagement.

La compréhension des deux termes du rapport de proportionnalité (coût de la sanction pour le débiteur et intérêt retiré par le créancier) est une autre question soulevée par l'introduction de cette limite légale. Il reviendra à la jurisprudence de préciser cette directive, notamment s'il y a lieu de faire une appréciation objective ou subjective de l'intérêt du créancier ou s'il faut tenir compte de la situation patrimoniale du débiteur. En tout cas, il est certain que cette disposition ne donne pas au juge le pouvoir d'apprécier rétrospectivement l'équilibre économique du contrat. Ce qui importe, c'est le coût de l'exécution forcée elle-même. Par exemple, un cédant de parts sociales récalcitrant ne peut pas se prévaloir d'un coût disproportionné au motif que le prix convenu est insuffisant et qu'il aurait pu conclure une meilleure affaire ultérieurement.

Observons, enfin, que la rédaction de l'article 1221 aurait gagné à être plus ouverte afin que d'autres paramètres puissent être pris en compte tels que l'existence d'une faute intentionnelle du débiteur à des fins lucratives (qui est à craindre avec une pareille limite), l'accès et l'utilité d'autres sanctions, notamment le remplacement (art. 1222), voire la difficulté plus ou moins aiguë d'évaluer les dommages-intérêts ou la prise en compte des répercussions néfastes de l'exécution forcée sur les tiers (par exemple, l'incidence de travaux de démolition sur des commerçants étrangers à la procédure).

Telle est la nouvelle panoplie des sanctions inscrite dans le Code civil parmi lesquelles un choix va devoir être effectué.

II – Le choix de la sanction

Les nouvelles dispositions du Code civil comportent deux séries d'indications, les unes relatives à la liberté de choix (A), les autres à son exercice (B).

A – La liberté de choix

Le choix offert au créancier est vaste. Il suppose, naturellement, que les conditions de chaque sanction soient remplies. Mais, sous cette réserve, le principe est la liberté de choisir le moyen le plus conforme à ses intérêts.

L'Ordonnance n'instaure pas de hiérarchie ; les sanctions ne sont pas enfermées dans un rapport de subsidiarité. Ainsi, par exemple, la résolution n'est pas réservée aux cas dans lesquels l'exécution forcée en nature est inaccessible ; l'exception d'inexécution n'est pas le préalable obligatoire au déclenchement des autres sanctions ; l'exécution forcée en nature ne suppose pas la démonstration du caractère inadéquat des dommages-intérêts.

Ce principe de liberté de choix comporte toutefois des limites de deux sortes : il existe des restrictions légales (1) auxquelles peuvent s'ajouter des restrictions conventionnelles (2).

1 –

Selon l'article 1217, « les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ». Le texte règle ensuite un cas (le plus facile) : la possibilité de cumuler les dommages-intérêts avec les autres sanctions. Le fait est que cette sanction est compatible avec les autres – sous réserve que l'inexécution ne résulte pas d'un cas de force majeure (C. civ., art. 1231-1). Dans le prolongement de la critique sur l'absence de réforme des règles relatives à l'indemnisation du

préjudice, on observera qu'il n'est pas indiqué si la définition du dommage réparable varie selon que le contrat est résolu ou non, c'est-à-dire, pour reprendre la terminologie suisse, s'il y a lieu de compenser l'intérêt positif ou l'intérêt négatif du créancier.

Pour le reste, l'article 1217 ne donne pas d'indication. En général, la compatibilité des sanctions dépend du moment où elles sont mises en œuvre. Par exemple, à l'instant T, la résolution est incompatible avec l'exception d'inexécution, la réduction du prix ou l'exécution forcée en nature. Un contrat ne peut pas, en même temps, être maintenu et anéanti. C'est contradictoire. En revanche, la résolution peut faire suite à l'une de ces sanctions si, pour une raison ou une autre, elles n'ont pas produit leur plein effet et que l'inexécution persiste.

Le risque d'enrichissement injustifié peut également être à l'origine d'une incompatibilité. Par exemple, une même créance ne peut pas donner lieu à la fois à une condamnation du débiteur à l'exécution forcée en nature (C. civ., art. 1221) et à un remplacement auprès d'un tiers (C. civ., art. 1222) quelle que soit l'époque.

2 –

À ces restrictions légales du choix des sanctions s'ajoutent éventuellement des limites conventionnelles. Plusieurs modalités sont envisageables.

Les parties peuvent réduire l'accès ou les effets d'une sanction. Une clause peut, par exemple, fixer un seuil en deçà ou au-delà duquel la réduction du prix n'est pas autorisée. De même est-il concevable que soit conventionnellement encadré le pouvoir du juge d'octroyer un délai sur le fondement de l'article 1228 du Code civil.

De façon plus radicale, les parties peuvent exclure une sanction. Il est certes interdit de supprimer toute sanction en cas de violation ; ce serait ôter au contrat sa force obligatoire. Mais il est permis d'en écarter certaines, par exemple, la résolution judiciaire, l'exécution par un tiers ou la réduction du prix.

Le sort de la clause excluant l'exécution forcée en nature est plus incertain. À ce sujet, on peut se demander quelle position la Cour de cassation adopterait si elle devait connaître d'une clause de ce type stipulée au profit d'un promettant voulant maintenir la jurisprudence Consorts Cruz, c'est-à-dire une jurisprudence à laquelle la Cour de cassation est restée fidèle contre vents et marées mais que l'Ordonnance a ostensiblement brisée.

Il faut enfin observer que, dans le silence de l'Ordonnance, la jurisprudence décidant que la stipulation d'une clause résolutoire ne suffit pas en elle-même à exclure la résolution par notification devrait être maintenue. Ce dont il découle, plus généralement, que toute exclusion conventionnelle d'une sanction doit au minimum, à peine d'inefficacité, être explicite.

Au fond, la liberté de choisir la sanction obéit à un régime qui n'est guère innovant par rapport au droit positif. Il en va différemment de l'exercice du choix.

B – L'exercice du choix

Le choix de la sanction soulève deux questions : qui est l'auteur du choix (1) et quelles en sont les conditions d'exercice (2) ?

1 –

En principe, il revient au créancier de choisir la sanction de l'inexécution. L'article 1217, al. 1er l'indique expressément. Ce n'est certes pas une nouveauté, mais il n'y avait aucune raison que cela évolue : le créancier est le mieux placé pour connaître et défendre ses intérêts. Il faut observer que le Code civil, dans sa nouvelle rédaction, ne précise ni l'incidence éventuelle de la faute du créancier sur l'étendue de son choix, ni la mesure dans laquelle le créancier peut modifier son choix initial.

Le choix du créancier peut être tenu en échec par le juge, ne serait-ce qu'à travers le contrôle qu'il effectue du respect des conditions de chaque sanction. Sans surprise, c'est dans le cadre de la résolution judiciaire que les pouvoirs du juge sont les plus étendus. Saisi d'une demande de résolution, ce dernier peut-il d'office ordonner une réduction du prix ? À notre sens, la réponse est négative. Le juge n'a pas le pouvoir de réviser le contrat, fût-ce pour inexécution, si le créancier n'en a pas fait la demande.

Quant au débiteur, la règle est évidemment qu'il ne doit pas pouvoir invoquer sa propre inexécution pour décider de la sanction applicable. Ainsi, il n'est pas question qu'il puisse imposer la résolution du contrat, ni la réduction du prix. Et s'il peut offrir l'exécution en nature, l'Ordonnance, à la différence de certains projets ou de textes spéciaux, ne lui confère pas un « droit de correction ».

2 –

Là où l'Ordonnance est plus innovante, c'est à propos des conditions de mise en œuvre des sanctions. En effet, indépendamment des exigences spécifiques à chaque moyen, le nouveau régime impose au créancier l'accomplissement d'actes formels. Il en existe deux types que l'Ordonnance distingue soigneusement.

Le premier type d'acte formel est la mise en demeure. L'exception d'inexécution mise à part, la mise en demeure est une condition préalable à la totalité des sanctions, qu'elles soient judiciaires ou extra-judiciaires. [Le](#) but est de favoriser l'exécution volontaire, ce qui explique sans doute pourquoi elle n'est pas requise en cas d'exception d'inexécution avec laquelle elle ferait double emploi.

Dans cette perspective, plusieurs dispositions imposent – en plus de l'acte de mise en demeure lui-même – la mention du risque de résolution auquel s'expose le débiteur défaillant et l'octroi d'un délai raisonnable pour s'exécuter.

Le deuxième type d'acte formel est la notification. Celle-ci est moins souvent requise que la mise en demeure, son régime est plus hétérogène et sa fonction différente, raison pour laquelle les deux actes peuvent se cumuler.

La notification sert au minimum à informer le débiteur d'une décision prise par le créancier. Son rôle est plus fondamental dans la résolution par notification puisque, comme son nom l'indique, l'une n'existe pas sans l'autre. C'est d'ailleurs le seul cas, en matière d'inexécution, où le contenu de la notification est imposé par la loi. En effet, selon l'article 1226, al. 3, le créancier qui notifie la résolution au débiteur doit indiquer « les raisons qui la motivent ». De manière générale, la réforme ne consacre pas l'idée chère à certains auteurs selon laquelle tout exercice d'un pouvoir contractuel devrait être motivé. L'Ordonnance n'en fait ici qu'une application ponctuelle. L'avenir dira si cette disposition reste un cas isolé en droit commun ou si elle est l'amorce d'un changement de plus vaste ampleur.

- P. Oudot, *Force majeure : une décision inédite pourtant exemplaire !*, Gaz. Pal., n° 289v7, 7 mars 2017

[Force majeure : une décision inédite pourtant exemplaire !](#)

L'infraction commise par le tiers est incluse dans le champ de l'obligation de sécurité de la SNCF qui ne peut s'en exonérer une fois qu'elle a été jugée prévisible.

Cass. 2e civ., 12 janv. 2017, no [15-22066](#), ECLI:FR:CCASS:2017:C200048, SNCF c/ FGTI, D (rejet pourvoi c/ CA Paris, 4 juin 2015), Mme Flise, prés. ; SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, SCP Boré et Salve de Bruneton, av.

1. Un arrêt inédit, parce que voulu « inédit » par la Cour de cassation, ne présente a priori qu'un intérêt relatif. Si message il délivre, celui-ci reste discret, ce dont a conscience le commentateur qui serait en tort d'en outrepasser la portée tenue délibérément pour modeste. Mais à l'heure des réformes, celle déjà actée du droit des contrats, celle en devenir du droit de la responsabilité civile, mettant à l'épreuve les certitudes, détails et autres frémissements se donnent à l'observation, d'autant que la

matière ici évoquée est des plus sensibles. Au fond, est en suspens le devenir de la réparation du dommage corporel en passe de quitter les terres du contrat pour celles du délit. Il lui serait réservé un bon accueil si la force majeure n'y était affublée d'une définition résolument subjective faisant craindre un recul de la responsabilité civile et partant, de la protection des victimes.

Aux termes de l'article 1233, alinéa 2, de l'avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile, « le dommage corporel est réparé sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'il serait causé à l'occasion de l'exécution du contrat ». S'en suit un dispositif particulier, prévu aux articles 1267 à 1277, régissant « la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel », lequel est inefficace en cas de force majeure, d'où l'importance que revêt le soin apporté à sa définition. Si celle, proposée par l'avant-projet, à l'article 1253, alinéa 2, venait à être retenue, le champ élargi de l'irresponsabilité s'étendrait désormais uniformément aux événements « dont le défendeur ou la personne dont il doit répondre ne pouvait éviter la réalisation ou les conséquences par des mesures appropriées ». En clair, par une sorte de « retour vers le futur », la force majeure versus l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile aurait permis l'exonération du patron du remorqueur Marie autant qu'elle aurait fait obstacle à la responsabilité objective¹.

Au demeurant, cette définition subjective de la force majeure, telle que proposée par l'avant-projet, est dans la continuité de celle qui a déjà été consacrée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, en parallèle à l'éviction de la « cause étrangère ». Il s'ensuit que dans la mesure où la portée de toute obligation née d'un contrat est en tout point comparable à celle d'une obligation de moyens à laquelle, en toute logique, il n'est plus fait allusion, pas plus que l'obligation de résultat².

Dans l'attente que la réparation du dommage corporel soit prise en charge sur le terrain délictuel, le législateur – surprenant procédé légistique – suggère à titre provisoire, de faire du droit nouveau, applicable aux contrats conclus à partir du 1er octobre 2016, le support du droit ancien : « Le régime de la responsabilité contractuelle sera donc modernisé dans le cadre du futur projet de réforme globale de la responsabilité civile, qui détaillera les dispositions communes aux responsabilités contractuelles et extracontractuelles, et les dispositions propres à chacun de ces deux régimes. Le maintien de ces textes ne doit donc pas être interprété comme une remise en cause de la jurisprudence autorisant par exemple la réparation en nature du préjudice résultant d'une inexécution contractuelle. » En revanche, pour les contrats conclus avant le 1er octobre 2016, le droit ancien s'applique, mais sans que le juge soit empêché de faire évoluer son interprétation à la lumière de la loi nouvelle en présence d'une règle jusque-là jurisprudentielle, ce qui est le cas de l'obligation de sécurité, support en matière contractuelle, de la réparation du dommage corporel, et de la force majeure qui en est la limite.

2. C'est donc dans ce contexte très particulier que l'arrêt du 12 janvier 2017 de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a été rendu, à partir de faits relativement classiques mettant en cause, pour la énième fois, la SNCF pour manquement à son obligation de sécurité de résultat. Le titre de transport ayant été

acquis avant le 1er octobre 2016, la loi ancienne s'applique, mais avec en arrière-plan la connaissance par le juge de la trame d'une nouvelle articulation entre contrat et délit.

Une passagère, pendant le temps du transport, est victime du vol de son sac à main. Elle poursuit l'auteur du vol, mais tombe et se blesse la cheville. L'auteur du vol ayant été condamné par le tribunal correctionnel, elle est indemnisée par la commission d'indemnisation des victimes d'infractions (FGTI) qui exerce un recours subrogatoire contre la SNCF. Celle-ci en conteste le bien-fondé.

Condamnée en appel, la SNCF invoque deux moyens en défense, l'un ayant trait au domaine de l'obligation de sécurité mise à sa charge, l'autre à la force majeure susceptible de l'exonérer : l'obligation de sécurité ne couvre ni les infractions commises par un tiers, ni la réparation du préjudice qu'elles causent, et la force majeure produit son effet libératoire si l'infraction commise présente un caractère imprévisible.

3. L'arrêt de rejet de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation mérite l'attention dans le double mouvement technique qu'il établit, le premier destiné à étendre le champ de l'obligation de sécurité pour y absorber l'infraction commise par le tiers, le second à exclure l'exonération après que cette même infraction ait été jugée prévisible (I). Jusque-là, rien sur la cause étrangère qui n'est que discrètement mentionnée en fin d'arrêt. Menacée de disparition en droit de la responsabilité civile pris sous toutes ses facettes, la cause étrangère s'avère en réalité la clé de voute de tout l'édifice (II).

I – Le manquement de la SNCF à son obligation de sécurité de résultat

4. L'infraction commise par un tiers couverte par l'obligation de sécurité. Il est acquis que lorsqu'une agression a eu lieu à bord d'un train, le FGTI peut exercer son recours subrogatoire contre la SNCF, tenue d'une obligation de sécurité de résultat à l'égard de la victime transportée³. Or la prospérité de ce recours suppose que le transporteur soit tenu pour responsable. Dans le sillage d'une jurisprudence qui lui est désormais plus favorable, ce dernier soutenait que l'infraction commise par un tiers à l'occasion du transport ne relevait pas du champ de l'obligation de sécurité dont il a la charge : le transporteur ferroviaire « ne peut être considéré comme une personne "tenue à un titre quelconque" d'assurer la réparation du dommage causé par l'infraction, dès lors qu'il n'est ni à l'origine de cette infraction, ni tenu de répondre civilement, ou à titre de garant, de son auteur ». De plus, la SNCF contestait avoir à rembourser l'indemnité versée par le FGTI à la victime, alors même que son dommage n'était pas dû à l'infraction mais à sa chute lors de la poursuite de l'auteur du vol. Sans même se prononcer sur le principe de la subrogation du FGTI dans les droits de la victime, acquise par le seul paiement, en application de la transaction homologuée par le président de la commission d'indemnisation des victimes d'infractions, la Cour de cassation étend l'obligation de sécurité de résultat à l'infraction, dès lors que la victime a été « blessée alors qu'elle était à bord du train ». La solution ne surprend pas. À rebours d'une tendance au repli de l'obligation de sécurité de résultat du transporteur⁴, elle conforte une jurisprudence amorcée à partir des années 2000,

incluant dans son champ, l'infraction commise par un tiers⁵.

5. La prévisibilité de l'infraction commise par le tiers. À défaut d'avoir pu refouler l'infraction hors du champ contractuel, la SNCF tentait de convaincre de ce qu'elle était constitutive d'un cas de force majeure dont elle en rappelait, ici, les caractères extérieurs, irrésistible et imprévisible, à même de la libérer de son obligation de sécurité de résultat. Sans doute espérait-elle se faufiler dans la brèche ouverte par l'arrêt du 23 juin 2011 de la première chambre civile, amplement commenté⁶, ayant admis au profit de la SNCF, la force majeure dans le cas d'une agression d'un voyageur. La Cour de cassation ne la suit pas dans cette voie, reléguant l'arrêt précité au rang d'espèce, ce que d'aucuns avaient pressenti⁷, en raison des circonstances très particulières, de pure folie, dans lequel le drame était survenu : la victime ayant été poignardée soudainement et sans motif en sorte « qu'un tel geste, en raison de son caractère irrationnel, n'eût pu être empêché ni par un contrôle à bord du train des titres de transport, ni par la présence permanente d'un contrôleur dans la voiture ». L'arrêt commenté révélant des faits d'une toute autre nature, les solutions passées reprennent leur cours, faisant obstacle à l'admission de la force majeure dès lors que l'agression pouvait être évitée. En l'occurrence, il était établi que la victime « avait prévenu un agent de la SNCF de ce qu'une personne mendiait dans le wagon et que cet agent lui avait conseillé de se méfier », que par conséquent « la perspective d'un vol entraînait dans des prévisions raisonnables », en sorte que « la commission d'un vol ne constituait pas pour la SNCF une cause étrangère imprévisible ».

Le caractère irrésistible de l'infraction n'est pas mentionné par l'arrêt, sans doute parce qu'il n'est pas paru utile qu'il le soit. Dès lors que la SNCF était informée de la présence dans le train d'un individu suspect, l'infraction pouvait être évitée⁸. En l'occurrence, l'infraction n'était pas irrésistible parce que prévisible. Ce dernier caractère, tout comme le précise le nouvel article 1218 du Code civil, est accompagné de l'adjectif raisonnable, ce qui conforte l'imprévisible dans sa fonction de « variable d'ajustement de la force majeure »⁹. Mais ce qui retient surtout l'attention, c'est la référence faite par l'arrêt à la notion de « cause étrangère ».

II – L'importance accordée à la cause étrangère

6. L'attachement des juges à la cause étrangère. Dans les responsabilités détachées de l'idée de faute, la cause étrangère est au genre ce que la force majeure est à l'espèce¹⁰. Elle traduit l'idée que la cause du dommage est « étrangère » ou « extérieure » au défendeur¹¹. Lorsqu'elle présente les caractères de la force majeure, la cause étrangère emporte l'exonération totale du défendeur. Il en est ainsi, en matière contractuelle, lorsqu'il est reproché à ce dernier un manquement à son obligation de résultat. Dans ce cas, précise notamment l'avant-projet Catala, « l'inexécution est établie du seul fait que le résultat n'est pas atteint, à moins que le débiteur ne justifie d'une cause étrangère (...). Dans tous les autres cas, il ne doit réparation que s'il a effectué toutes les diligences nécessaires »¹².

A priori, les juges n'avaient nul besoin de se référer à la cause étrangère pour écarter la force majeure, la prévisibilité de l'infraction aurait fait son œuvre. Au demeurant, cette référence à la cause étrangère fait souvent défaut, pouvant laisser accroire l'idée qu'elle est aujourd'hui tombée en désuétude¹³. Ainsi n'apparaît-elle pas dans les arrêts de l'assemblée plénière, de 2006, alors que son maintien est pourtant

clairement rappelé par un communiqué de la Cour de cassation¹⁴. Elle n'apparaît pas non plus dans l'arrêt précité, du 23 juin 2011, suggérant que l'obligation de sécurité de résultat pesant sur la SNCF pouvait être ramenée, en définitive, à une simple obligation tout au plus qualifiée de « résultat atténuée » – dont la portée est équivalente à celle d'une obligation de moyens¹⁵. « L'internalisation » ou « l'intériorisation » de l'infraction commise par un tiers et sa couverture par l'ample manteau de l'obligation de sécurité de résultat, se conçoit difficilement avec l'exonération totale de la SNCF, par l'effet d'une force majeure dont l'extériorité aurait été préservée. La pure logique juridique s'efface parfois devant le caractère exceptionnel des faits¹⁶.

L'arrêt, ici commenté, de la deuxième chambre civile, recourt à un procédé, en définitive, très proche de celui utilisé naguère par le célèbre arrêt Teffaine¹⁷, qui lève toute ambiguïté. S'il ne s'agissait pas, en l'espèce, « d'un vice de construction » qui, par ce seul constat, « excluait le cas fortuit et la force majeure », la survenance du dommage subi par la victime « alors qu'elle était à bord du train », dans des circonstances prévisibles, conduisait matériellement et en toute logique à écarter une possible « cause étrangère imprévisible » qui, à moins d'être irrésistible, aurait permis à la SNCF de s'exonérer. La cause étrangère évite de ramener les contours de l'obligation de sécurité et partant, de la responsabilité, à la seule activité proprement dite de transport dont la SNCF aurait la maîtrise. Elle permet à la responsabilité d'aller au-delà des nuages de la faute pour atteindre le risque d'agression¹⁸.

7. Les conséquences d'une possible disparition de la cause étrangère. Ce rappel de la cause étrangère au bon souvenir de la responsabilité civile n'est pas anodin à l'heure où il est envisagé de traiter le dommage corporel uniquement à travers le délit. Exit l'obligation de sécurité de résultat mise à la charge de la SNCF. Exit la cause étrangère. Si les accidents de chemin de fer et de tramways circulant sur des voies qui leur sont propres relevaient, à l'avantage des victimes, du régime général des accidents de circulation, l'agression au cours du transport resterait dans le giron du droit commun¹⁹. Il appartiendrait à la victime de prouver la faute du transporteur, ce qui dans des circonstances voisines de celles de l'arrêt, au demeurant marginales, ne devrait pas poser de difficultés. Mais la décontractualisation de l'obligation de sécurité de résultat, ne serait-ce qu'en matière d'accident de téléphérique, de télécabine, de télésiège, de manège, d'auto-tamponneuse, pourrait s'avérer moins heureuse. Quel que soit le terrain sur lequel sa responsabilité sera engagée, le défendeur serait en mesure de s'exonérer, selon la définition unitaire proposée de la force majeure, en démontrant que l'accident était inévitable. Du reste, cette décontractualisation ne serait que partielle. Pour les dommages matériels, que l'obligation de sécurité a aussi vocation à réparer²⁰, il faudrait s'en tenir au contrat où le sort de la cause étrangère est déjà scellé. Arrêt inédit, domaine marginal... la décision n'en est pas moins exemplaire.

Notes de bas de page

1-

Oudot P., « L'article 1253 : c'est Teffaine qu'on assassine ! », Dalloz, Blog Réforme du droit des obligations, 11 juill. 2016, <http://reforme->

obligations.dalloz.fr/2016/07/11/larticle-1253-cest-teffaine-quon-assassine/.

2-

Oudot P., « Des remèdes aux sanctions : le retour de la faute au galop ! », JCP G 2016, 769, p. 1313 ; Libres propos sur la réforme du droit des contrats, Analyse des principales innovations de l'ordonnance du 10 février 2016, 2016, LexisNexis, p. 99. Contra Jourdain P., « Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et de moyens ? », in Libres propos sur la réforme du droit des contrats, op. cit., p. 139.

3-

[Cass. 2e civ., 7 avr. 2011, n° 10-17884](#). Contra [Cass. 2e civ., 5 juill. 2006, n° 05-13606](#). Roth S., « L'action récursoire du FTGI à l'encontre du transporteur ferroviaire de personnes, à la suite de l'agression d'un usager », AJ pénal 2015, p. 25.

4-

Not. [Cass. 1re civ., 1er déc. 2011, n° 10-19090](#) : [Gaz. Pal. 19 janv. 2012, n° 18472, p. 17](#), note Carayol R. ; RLDC 2012/91, n° 4578, note Hadi S. ; RTD civ. 2012, p. 119, obs. Jourdain P. ; [Gaz. Pal. 8 févr. 2012, n° 18595, p. 19](#), note Mekki M.

5-

[Cass. 1re civ., 12 déc. 2000, n° 98-20635](#) : RTD com. 2001, p. 505, obs. Bouloc B. ; D. 2001, p. 2230, obs. Jourdain P. ; Contrats, conc. consom. 2001, comm. 53, note Leveneur L. ; D. 2001, p. 1650, note Paulin C. ; [Cass. 1re civ., 3 juill. 2002, n° 99-20217](#) : [Gaz. Pal. Rec. 2002, jur., p. 1756](#), note Chabas F. ; D. 2002, p. 2631, note Gridel J.-P. ; RTD civ. 2002, p. 821, obs. Jourdain P. – [Cass. 1re civ., 21 nov. 2006, n° 05-10783](#) : RTD com. 2007, p. 441, obs. Bouloc B. ; D. 2007, p. 15, obs. Gallmeister I. ; RTD civ. 2007, p. 574, obs. Jourdain P.

6-

[Cass. 1re civ., 23 juin 2011, n° 10-15811](#) : D. 2011, p. 2891, obs. Delebecque P., Bretzner J.-D. et Gelbard-Le Dauphin I., ; D. 2011, p. 1817, obs. Gallmeister I. ; Resp. civ. et assur. 2011, comm. 314, obs. Groutel H. ; RTD civ. 2011, p. 772, obs. Jourdain P. ; D. 2011, p. 1745, édito. Rome F. ; Mekki M., « En matière contractuelle, à l'imprévu nul n'est tenu », [Gaz. Pal. 5 oct. 2011, n° 17235, p. 13](#).

7-

Bloch C., « L'agression d'un voyageur peut être imprévisible et irrésistible pour la SNCF ! », JCP G 2011, 1333, spéc. n 9.

8-

Par ex., [Cass. 1re civ., 21 nov. 2006, n° 05-10783](#) : « La SNCF ne pouvait invoquer le caractère irrésistible du fait d'un tiers dès lors que ce fait aurait pu être évité si elle

avait pris des dispositions suffisantes pour faire réellement obstacle à tout accès. »

9-

Chabas F. et Gruau F., in Rép. civ. Dalloz, V° Force majeure, n° 20.

10-

Chabas F. et Gruau F., in Rép. civ. Dalloz, V° Force majeure, n° 3.

11-

Viney G. et Jourdain P., Les conditions de la responsabilité, 2006, LGDJ, nos 383 et s.

12-

Catala P., Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, art. 1364.

13-

Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

14-

[Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, nos 04-18902 et 02-11168.](#)

15-

Paulin C., « Responsabilité du transporteur en cas d'agression, revirement de jurisprudence », JCP G 2011, 1277.

16-

Pour un exemple, l'admission de la légitime défense dans une hypothèse où la responsabilité engagée était fondée sur l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil : [Cass. 2e civ., 22 avr. 1992, n° 90-14586](#) : RTD civ. 1992, p. 768, obs. Jourdain P.

17-

Cass. civ., 16 juin 1896.

18-

Charles J.-B. et Couty E., « Agression d'un passager par un autre : la Cour de cassation tempère l'extension de l'obligation de sécurité du transporteur ferroviaire », Rev. dr. transp. 2011, comm. 173.

19-

Hocquet-Berg S., « Le fait des véhicules terrestres à moteur », JCP G 2016, suppl. n° 30-35, p. 61.

20-

Par ex., [L. n° 98-389, 19 mai 1998](#).

