

Section 1^{ère}/ La responsabilité pour faute :

le régime de droit commun

Résumé

La **responsabilité pour faute** est le régime de droit commun, applicable à l'auteur d'une activité quelconque. La victime doit pouvoir adresser un reproche à l'auteur de l'accident. Ce régime s'applique à toutes les activités, sauf exception (établissant un régime excluant le droit commun).

La *faute* sera établie par un fait matériel commis par l'auteur d'une activité, quand il a adopté un comportement objectivement incorrect, en violant un devoir, général ou spécial, qui s'imposait à lui. Peu importe le discernement dont dispose l'auteur du fait personnel : son pouvoir (immédiat) justifie l'imputation.

- La faute est objective. Jeter quelqu'un sous un train ou violer les règles du jeu lors de la pratique d'un sport sont des comportements objectivement incorrects.
- La faute est concrète. Il faut tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce, quand un devoir général de prudence est violé. En présence d'un texte spécial, les prescriptions imposées par un règlement sanitaire ou d'urbanisme sont déjà détaillées.

Le *domaine d'application* de cette responsabilité régit en principe toute activité exercée par son auteur, dès lors que la victime subit une atteinte à sa personne ou à ses biens. Le régime de responsabilité pour faute fixé à l'article 1240 c. civ. forme le droit commun de la responsabilité « extracontractuelle ».

- La jurisprudence a toutefois établi des régimes spéciaux de responsabilité qui sont « hébergés » par l'article 1240 c. civ. ou l'ont été. La responsabilité pour troubles anormaux du voisinage pèse sur le voisin qui exerce une activité licite mais créant des nuisances. La responsabilité pour abus de droit pèse sur celui qui exerce une prérogative légale mais dans un but illicite. La responsabilité pour abus de la liberté d'expression impose à celui qui outrage autrui ou dénigre les produits d'une marque de répondre de ses fautes intentionnelles. Ces régimes spéciaux peuvent ponctuellement entrer en concurrence avec le droit commun : la victime est privée d'option en présence d'un abus de la liberté d'expression, non en présence d'un trouble anormal du voisinage.
- Les juges ont également soustrait à l'application du droit commun la réparation du dommage subi par le contactant. En 1804, l'article 1240 permettait de réparer le dommage délictuel subi par toute victime. Depuis plus d'un siècle, toutefois, seuls les tiers (dépourvus de lien contractuel avec l'auteur de l'accident) peuvent invoquer l'article 1240 c. civ. : c'est la raison pour laquelle cette responsabilité civile est désormais appelée « extracontractuelle », et non plus « délictuelle ».

L'article 1240 est un texte qui a été profondément réinterprété. Ce texte signifiait que l'auteur d'une faute doit réparer le dommage causé par son accident et subi par toute victime. Désormais, selon la jurisprudence, ce texte est devenu un principe selon lequel l'auteur d'un accident doit réparer l'accident qu'il cause, uniquement si la victime est un tiers et sauf régimes exceptionnels. La responsabilité pour faute, quant à elle, est désormais traitée à l'article 1241 c. civ.

100. La **responsabilité pour faute** est le régime de droit commun, applicable à l'auteur d'une activité quelconque, lorsqu'elle cause un dommage délictuel à la victime. Selon l'article 1240 c. civ., « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Selon ce texte, l'auteur d'une activité n'engagera sa responsabilité civile que s'il a commis une faute (dont l'existence doit être prouvée par la victime¹). Ce régime de responsabilité est le droit commun : il s'applique à toutes les activités, sauf exception instaurée par un régime spécial.

La *faute* est un comportement illicite imputable à son auteur² : il aurait dû adopter un comportement correct et il avait le pouvoir de le faire.

– La faute consiste à violer une interdiction établie, à défaut de norme spéciale, par une norme générale de prudence. Selon l'article 1241 c. civ., « chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». L'imprudent (qui n'a pas fait exprès) commet un accident au même titre que le fautif (qui savait qu'il était interdit de doubler dans un virage).

– L'auteur de la faute est responsable, car il avait le pouvoir de maîtriser ses faits et gestes. C'est lui qui a jeté quelqu'un sous un train ou qui a brûlé la maison du voisin : son fait personnel exprime son pouvoir (immédiat), et c'est la raison pour laquelle son fait lui sera imputé.

La responsabilité pour faute signifie qu'un reproche peut être adressé à l'auteur d'une activité, parce qu'il n'a pas fait ce qu'il aurait dû faire.

Ce régime de responsabilité civile est celui de droit commun. Son *domaine d'application* englobe toutes les activités qui ne font pas l'objet d'un régime spécial de responsabilité civile, dès lors que ces activités causent à la victime un dommage délictuel.

– Le droit commun établit un principe, qui régit une activité banale (ne faisant l'objet d'aucune réglementation spécifique : arrimer correctement des conteneurs sur un navire³) ou une activité spécifique ne donnant lieu à aucun régime spécial. Si la violation d'un règlement d'urbanisme ou celle du devoir de fidélité pesant sur un conjoint ne donne pas lieu à un régime spécifique (comme avec les accidents du travail ou de la circulation), l'article 1240 c.

¹ Supra n°4. Pour rappel, le fait juridique (qui sera qualifié ensuite de faute) sera établi selon la preuve morale ; à défaut d'établir la matérialité du fait, la victime subira un risque de l'existence (une fatalité).

² Selon Ph. Le Trouneau, Dalloz Action, 2014, n°6705, p.1740 : « La faute est un comportement illicite qui contrevient à une obligation ou à un devoir imposé par la loi, par la coutume, ou par une norme générale de comportement. »

³ Com., 16 décembre 2008, n°07-21.943, Bull. n°214 ; RCA 2009, n°60 ; RLDC 2009/58, no 3329, obs. Bugnicourt : « faute imputable à l'armateur qui n'avait pas mis en oeuvre un arrimage et un saisissage permettant d'assurer la stabilité des conteneurs en pontée même par gros temps ».

civ. sera applicable. C'est le principe : il s'applique sauf exception (établie par un régime spécial, excluant le droit commun).

– Ce principe de responsabilité civile s'applique lorsqu'une victime subit une atteinte à sa personne ou à ses biens. Cette responsabilité civile est « extracontractuelle » (selon la dénomination adoptée en 2016) ou « délictuelle » selon la dénomination doctrinale classique : elle ne répare pas les prestations inexécutées (dommages contractuels), mais les dommages délictuels, c-à-d. les dégâts causés par une imprudence ou une faute.

L'article 1240 c. civ. fixe ainsi le principe de la responsabilité délictuelle de droit commun : l'auteur d'une activité quelconque doit être considéré comme le responsable d'un accident quand il commet une faute (§1^{er}). Ce régime de responsabilité est le droit commun : son domaine d'application (§2^{ème}) est général.

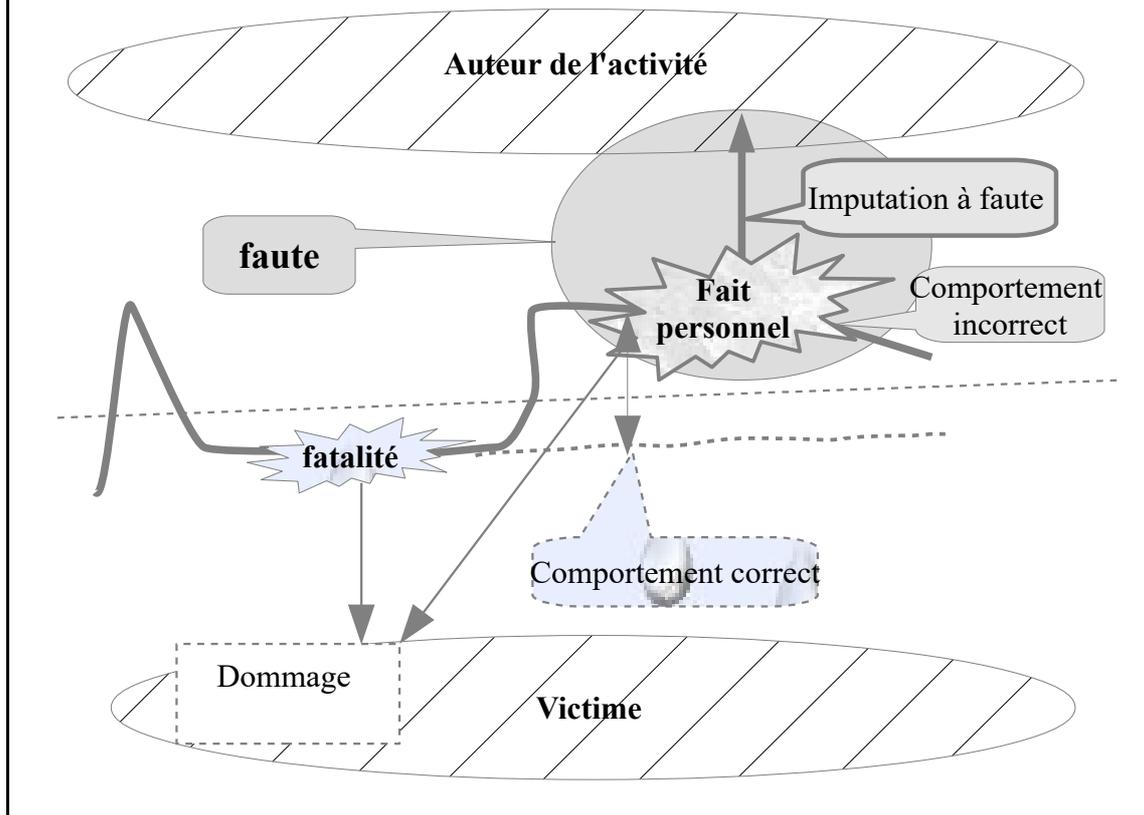
§1^{er}/ La faute : le comportement incorrect imputable à son auteur

101. La **faute**, en droit de la responsabilité civile (et plus spécialement, au sens de l'article 1241 c. civ.), sera établie lorsque l'auteur d'une activité se voit imputer (c-à-d. reprocher) un comportement incorrect (illicite, immoral, illégitime : les termes sont largement synonymes). En comparant le comportement d'une personne prudente et respectueuse des lois à celui adopté en l'espèce par son auteur, soit il n'existe pas de divergence notable (et aucune faute ne sera établie : la victime subit un risque de l'existence¹), soit la divergence existe, et la faute sera retenue. Le responsable (fautif) aurait pu et dû faire autrement, ce qui permettra de lui imputer ce fait personnel. La faute civile est donc établie par deux éléments : il faut un comportement incorrect (fait matériel) et une imputation qui permet d'identifier son auteur (schéma 2.1). La faute, source de responsabilité civile, est donc établie selon une modalité similaire à l'infraction pénale.

¹ Civ. 2^e, 24 avril 2003, n°01-00450 : M. Y... « ne pouvait encourir le reproche d'avoir omis, marchant en tête, d'informer ses amis du risque de chute de pierres parce que tous le connaissaient par la lecture préalable du guide-topo du parcours et parce que la connaissance d'un tel danger sur un parcours pierreux "tombait sous le sens commun" ; [dès lors] le déclenchement de la chute d'une pierre par M. Y... n'était pas fautif »

Schéma
2.1

La faute dans le régime de droit commun



La faute civile est établie en présence d'un comportement incorrect, lorsqu'un *devoir* a été violé. Le fait juridique, matériel, doit donc être identifié (comme en droit pénal, pour l'infraction). Ce sera un fait de commission, résultant d'une action (jeter la victime sous un train ; incendier la maison du voisin), ou un fait d'abstention, résultat d'une négligence (ne pas vérifier que le passager a attaché sa ceinture de sécurité ; ne pas surveiller l'élève pendant la récréation). Le devoir violé résulte d'une norme générale ou spéciale. La solution est acquise de longue date¹ : en droit français, la faute est

¹ Jean Domat (1625-1696), *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1694), L. II, t. VIII, S. IV, § 1 : « Toutes les pertes et tous les dommages, qui peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté, ignorance de ce que l'on doit savoir, ou autres fautes semblables, si légères qu'elles puissent être, doivent être réparées par celui dont l'imprudence ou autre faute y a donné lieu. Car c'est un tort qu'il a fait, quand même il n'aurait pas eu l'intention de nuire. Ainsi, celui qui, jouant imprudemment au mail dans un lieu où il pouvait y avoir du péril pour les passants, vient à blesser quelqu'un, sera tenu du mal qu'il a causé ».

générale (et n'obéit pas à la légalité des infractions et des peines). C'est une première différence avec le droit pénal. La faute civile est générale, la faute pénale est spéciale.

L'auteur de la faute civile sera identifié par *l'imputation*. En présence d'un fait « personnel », cette identification désigne son auteur, puisqu'il dispose du pouvoir (immédiat) de maîtriser ses faits et gestes et donc d'éviter de commettre l'accident. En droit de la responsabilité civile, l'imputation se fonde sur le pouvoir exercé par l'auteur de l'activité : en présence d'un fait personnel, le caractère effectif de ce pouvoir individuel ne sera douteux que dans des situations-limites.

La faute visée à l'article 1240 c. civ., et dont le contenu est précisé (dans un sens extensif) à l'article 1241 c. civ., sera donc établie objectivement en présence d'un comportement incorrect (I), puisqu'un devoir est violé, et imputée à son auteur (II), en raison du pouvoir qu'il exerce.

I/ Le comportement incorrect : la violation d'un devoir

102. Le **comportement incorrect** sera établi, de manière objective, par le constat d'un fait juridique : un devoir qui pesait sur l'auteur d'une activité a été violé. Si aucun fait personnel n'a été commis, l'élément matériel de l'accident fait défaut.

La violation d'un devoir général ou spécial de la vie sociale conduit à établir l'élément matériel d'une *faute civile commune*. Le comportement incorrect sera établi en cas de violation d'un devoir général (de la vie sociale) (art. 1241 c. civ. : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé (...) par son imprudence ») ou quand un texte spécial impose à certaines personnes un devoir spécifique (respect des normes sanitaires par un restaurateur, des règles d'urbanisme par un architecte ...) ou dans certains cas (loi spéciale établissant une infraction). La conduite en état d'ivresse est un comportement incorrect : c'est une imprudence (art. 1241 c. civ.) et une infraction (au code de la route¹). Peu importe la source, générale ou spéciale, du devoir qui a été violé. La faute civile est aussi bien générale que spéciale, et fréquemment les deux. C'est une faute commune : elle relève du droit commun.

Il en va autrement en présence de certaines abstentions. La faute civile ne sera alors établie que si un devoir spécial a été violé. L'article 1241 c. civ. ne s'applique pas : celui qui ne fait rien (abstention pure et simple) ne commet aucun fait personnel. Il ne viole aucun devoir général de la vie sociale. Pour qu'une faute civile soit établie envers lui, il faudra un texte spécial. Seule une faute spéciale établira la faute civile.

¹ Art. 234-1 c. route : « I.-Même en l'absence de tout signe d'ivresse manifeste, le fait de conduire un véhicule sous l'empire d'un état alcoolique caractérisé par une concentration d'alcool dans le sang égale ou supérieure à 0,80 gramme par litre ou par une concentration d'alcool dans l'air expiré égale ou supérieure à 0,40 milligramme par litre est puni de deux ans d'emprisonnement et de 4 500 euros d'amende. »

Le comportement incorrect est donc toujours établi par un élément matériel. Un devoir a été violé.

- Soit ce devoir trouve sa source indifféremment dans un texte général (art. 1241 c. civ.) et/ou dans un texte spécial : la faute civile est commune (1), et l'article 1241 régit potentiellement ce cas de figure.
- Soit ce devoir trouvera sa source exclusivement dans un texte spécial : la faute d'abstention sera spéciale, car l'application de l'article 1241 c. civ. est exclue.

1/ La faute civile commune : le domaine d'application de l'article 1241 c. civ.

103. La **faute civile commune** (et plus précisément, son élément matériel) relève du domaine d'application de l'article 1241 c. civ., quand une imprudence ou une négligence est commise. Elle sera éventuellement aussi décrite par un texte spécial : un texte de droit pénal peut décrire un type particulier d'imprudence ; un règlement sanitaire peut imposer tel type de désinfection. Établi en général ou par un texte spécial, l'élément matériel décrit toujours concrètement une imprudence ou une négligence.

En présence d'une *réglementation spéciale*, la faute civile (son élément matériel) sera établie dès qu'un manquement est commis. La faute est concrètement décrite par la réglementation spéciale : ce sera indifféremment (en fonction de l'objectif de la réglementation) une faute de commission (édifier trop haut un bâtiment ; porter un coup en violation des règles du jeu), une négligence (ne pas vérifier que les passagers du véhicule ont attaché leur ceinture de sécurité¹) ou une imprudence (ne pas jeter un produit destiné à l'alimentation dès qu'il devient périmé). La faute est concrète, parce que spéciale.

- la violation d'une réglementation spéciale en matière de sécurité sera également une imprudence, au sens de l'article 1241 c. civ. Ainsi, selon Crim., 9 juin 2009², le fait, pour un responsable de la sécurité, de ne pas interdire au public l'accès au chantier, sera aussi bien une négligence générale qu'une négligence, constitutive du délit de mise en danger de la vie

¹ Art. R 412-2 c. route : « I.-En circulation, tout conducteur d'un véhicule à moteur dont les sièges sont équipés de ceintures de sécurité en application des dispositions du livre III et dont le nombre de places assises, y compris celle du conducteur, n'excède pas neuf doit s'assurer que tout passager âgé de moins de dix-huit ans qu'il transporte est maintenu soit par un système homologué de retenue pour enfant, soit par une ceinture de sécurité.

« Dans les véhicules de même capacité, lorsqu'un siège n'est pas équipé de ceinture de sécurité, il est interdit d'y transporter un enfant de moins de trois ans.

² Crim., 9 juin 2009, n°08-82.847, revue Actualité juridique Pénal, 2009, Jurisprudence, p. 368-369, note Jérôme Lasserre Capdeville ; Revue de droit immobilier - urbanisme – construction, 2009, p. 540, note Gabriel Roujou de Boubée ; D. 2009, p. 1899-1900, note A. Darsonville (un panneau d'affichage de 90 kg tombe sur un enfant et le tue) : « en laissant ledit panneau en appui instable contre un mur dans l'enceinte d'un chantier dont il avait omis d'interdire l'accès au public, le prévenu a commis une faute (...) ». La faute est un délit de mise en danger de la vie d'autrui (art. 121-3al. 2 et 3 c. pén.) qui aboutit à un homicide involontaire (art. 221-6 c. pén.).

d'autrui (art. 121-3 al. 2 et 3 c. pén.¹) et de celui d'homicide involontaire (art. 221-6 c. pén.²) ;

– lorsqu'une concession de service public de traitement des déchets vient à échéance, le concessionnaire doit renseigner exactement sa masse salariale (art. 4-5 du cahier des clauses administratives particulières³), afin que les concurrents puissent estimer les charges d'exploitation pour présenter leur offre. L'irrespect de la réglementation est une faute spéciale qui relève de l'article 1240 c. civ. (Com., 11 janvier 2023⁴).

Une imprudence peut donc être à la fois spéciale et générale ; une négligence peut être établie par un texte spécial uniquement (à raison d'un devoir pesant sur certains acteurs ou à raison de certaines activités). Dans les deux cas, l'élément matériel de la faute civile commune est décrit de manière très précise.

En l'absence de réglementation spéciale, l'article 1241 c. civ. est le seul texte applicable, puisque son domaine d'application est général. « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ». L'élément matériel de la faute sera établi quand un *devoir général de la vie sociale* est violé, après avoir constaté une divergence entre le comportement d'une personne (normalement) prudente placée exactement dans les mêmes conditions et celui adopté en l'espèce par l'auteur du fait matériel. La faute civile générale s'apprécie donc de manière concrète, en tenant compte de toutes les circonstances de détail :

– Un gardien de but, dans les circonstances concrètes du jeu (présence d'un joueur adverse qui cherche à s'emparer du ballon), pourra, pour effectuer un dégagement, shooter puissamment dans un ballon (et heurter la tempe du joueur adverse). Aucune faute ne sera

¹ Art. 121-3 al. 2 et 3 c. pén. : « Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

« Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait. »

² Art. 221-6 al. 1^{er} c. pén. : « Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. »

³ Com., 11 janvier 2023, n°20-13.967, Bull. : selon « l' article 4-5 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP), (...) les sociétés titulaires des marchés sont tenues d'informer le pouvoir adjudicateur, en vue de l'organisation de la consultation pour le marché de renouvellement, sur « les données relatives aux personnels permanents employés à l'exécution des prestations du [...] marché » et que cette information devait comprendre « au minimum l'état quantitatif et qualitatif des personnels et masses salariales correspondantes ».

⁴ Com., 11 janvier 2023, n°20-13.967, préc. : point 14. « (...) le titulaire d'un marché soumis à un appel d'offres en vue de son renouvellement et dont les contrats de travail liés à la réalisation de ce marché doivent être repris par l'attributaire, commet une faute en ne communiquant pas une information, telle que les évolutions prévues de la masse salariale concernée par l'obligation de reprise du personnel, essentielle à l'élaboration de leurs offres par les candidats et qu'il est seul à connaître, faisant ainsi obstacle au respect des règles de publicité et de mise en concurrence ».

commise (Civ. 2^e, 13 janv. 2005¹) : dans les circonstances de détail, le gardien de but a fait ce qu'un autre gardien de but aurait fait.

- Le conducteur d'un véhicule qui voit une petite fille traverser la rue ne s'attend pas à ce qu'elle rebrousse subitement chemin. Dans les circonstances concrètes de la traversée d'une rue, le comportement de la petite fille est anormal (A.P., 9 mai 1984, *Derguini*²).

La faute civile commune est donc établie de manière *concrète*, quand la violation d'un devoir a été commise. La faute est concrète quand une réglementation spéciale est violée et quand une règle générale de prudence est appréciée en tenant compte de toutes les circonstances qui se sont imposées à l'auteur de l'activité.

- Une personne prudente, placée exactement dans les mêmes conditions, aurait respecté le devoir, spécial et/ou général. Si la personne poursuivie a adopté un comportement différent, le fait matériel de l'imprudence, de la négligence ou de la faute est établi .
- Si l'auteur du fait dommageable a adopté un comportement similaire à celui d'une personne prudente³ (ou lorsque son comportement n'est pas sujet à reproche⁴), la victime subit un risque de l'existence.

2/ La faute civile spéciale : l'exclusion de l'article 1241 c. civ.

104. La **faute civile spéciale** sera exigée en présence d'une abstention (pure et simple), afin que l'élément matériel de l'accident soit établi. L'article 1241 c. civ. ne s'applique pas à cette hypothèse :

¹ Civ. 2^e, 13 janv. 2005, n°03-12.884 et n°03-18.918 ; Bull. n°9 ; D. 2005.2435, note Etienne Cornut ; RTD civ., 2005, p. 410-412, obs. Patrice Jourdain : (abstrat) (gardien de but de l'équipe adverse, contraint de sortir de sa surface de réparation pour renvoyer le ballon avant que son adversaire ne puisse s'en emparer) « ce joueur n'a commis aucune faute caractérisée par une violation des règles du jeu, pouvant engager sa responsabilité en raison de son fait personnel. »

² A.P., 9 mai 1984, n°80-93481, *Derguini*, Bull. A.P. n°3 : « (...) la jeune Fatiha, s'élançant sur la chaussée, l'avait soudainement traversée malgré le danger immédiat de l'arrivée de la voiture de M. Tidu et avait fait aussitôt demi-tour pour revenir sur le trottoir, l'arrêt énonce que cette irruption intempestive avait rendu impossible toute manoeuvre de sauvetage de l'automobiliste (...). »

³ Civ. 2^e, 22 octobre 2015, n°14-17.813 (deux personnes se heurtent dans un lasergame) : « si la responsabilité de toute personne est engagée par sa faute, sa négligence ou son imprudence au titre des articles 1382 et 1383 [devenus 1240 et 1241] du code civil applicables en l'espèce, l'appréciation du comportement de la personne doit se faire in concreto, en considération des circonstances de l'accident ; qu'en l'espèce, le heurt s'est produit au cours d'un jeu qui, par son objet même, n'exclut pas l'existence de collisions entre joueurs, puisqu'il se déroule dans la pénombre dans un lieu labyrinthique où les joueurs évoluent librement ; qu'aucun élément ne permet de considérer que M. Y... aurait violé l'une des règles du jeu, étant observé qu'il n'est pas établi qu'il courait au moment de l'accident et qu'aucune interdiction de courir n'était imposée, hors les escaliers ; que par ailleurs, il ne peut être considéré que le fait que M. Y... et Mme X...se sont heurtés établisse à lui seul l'existence d'un comportement anormal, fautif ou imprudent, de la part de celui-ci ».

⁴ Civ. 2^e, 14 mars 2024, n°22-10.324, Bull. ; D. 2024 p.599 : « le fait pour une personne d'avoir des relations sexuelles non protégées, en méconnaissance des recommandations des autorités sanitaires, avec un partenaire qui lui a dissimulé sa séropositivité [et que la victime ne connaissait que depuis quelques jours], ne constitue pas, à lui seul, une faute ».

il faudra donc un texte spécial, qui impose une action à l'auteur, en application de (ou malgré l'existence de) la maxime de Loysel¹ selon laquelle « Qui peut et n'empêche, pêche ».

Le domaine d'application de cette maxime est étroit. Il faut être en présence d'une *abstention (pure et simple)* et non pas d'une omission dans l'action.

– L'omission dans l'action est une imprudence ou une négligence, qui relève de l'article 1241 c. civ. La personne qui entreprend une activité doit l'accomplir normalement, avec prudence et diligence. L'éditeur d'un annuaire téléphonique doit mentionner tous les noms : s'il en omet un, il commet une négligence (Civ. 2^e, 9 oct. 2003²).

– L'abstention pure et simple n'est, en principe, pas une faute, précisément parce que celui qui ne fait rien n'exerce aucune activité. Il n'est donc l'auteur d'aucun accident. Le dommage que subit la victime est donc causé par la fatalité : elle a faim, elle se noie. Celui qui s'abstient n'a commis aucun fait causant la faim, ni la noyade.

En présence d'une *abstention pure et simple*, la faute civile ne sera établie que par un texte spécial, quand il impose à quelqu'un d'agir. Cette exigence est apparue au xx^e siècle, sous l'influence libérale, afin de ne pas établir de « délit d'intention » (en présence d'une personne qui aurait une pensée malveillante, mais resterait inoffensive). Le principe serait donc que l'abstention pure et simple ne serait jamais une faute, sauf exception établie par un texte³. En droit positif, ces textes existent notamment en droit pénal, mais la jurisprudence a pu adopter une vision extensive :

– La non-assistance d'une personne en danger est le premier cas de figure. Techniquement, le délit de non-empêchement de crime (art. 223-6 al. 1^{er} c. pén.⁴) et celui de non-assistance à personne en péril (art. 223-6 al. 2 c. pén.⁵) établissent une faute (spéciale) envers celui qui peut sauver une personne sans risque pour lui-même. En dehors des prévisions du texte, la faute est exclue : ne pas donner d'argent à un pauvre n'est pas une faute.

¹ Antoine Loysel (1536-1617), *Institutes coutumières* (1607).

² Civ. 2^e, 9 oct. 2003, n°02-12.641, Bull. : « Commet une faute l'éditeur d'un annuaire téléphonique professionnel qui omet deux noms alors qu'il a l'obligation de les mentionner tous »

³ Civ., 27 fév. 1951, *Branly* ; D. 1951, p. 329 note H. Desbois ; Jean Carbonnier, *Le silence et la gloire*, D. 1951, p. 119 : « l'abstention, même non dictée par la malice et l'intention de nuire, engage la responsabilité de son auteur lorsque le fait omis devait être accompli soit en vertu d'une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle, soit aussi, dans l'ordre professionnel, s'il s'agit notamment d'un historien, en vertu des exigences d'une information objective ».

⁴ Art. 223-6 al. 1^{er} c. pén. : « Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000€ d'amende. »

⁵ Art. 223-6 al. 2 c. pén. : « Sera puni des mêmes peines [cinq ans d'emprisonnement et de 75.000€ d'amende] quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours ».

– La non-dénonciation de certaines infractions est le second cas de figure. Le fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, a connaissance de la commission d'un crime ou d'un délit doit le dénoncer au procureur de la République (art. 40 al. 2 c. proc. pén.¹) ; le médecin doit dénoncer aux autorités sanitaires un risque sanitaire grave dont il a connaissance² ; un commissaire aux comptes doit dénoncer au procureur de la République les infractions comptables dont il a connaissance³ ... ; quiconque doit dénoncer les infractions sexuelles dont un mineur est victime⁴.

– En dehors du cadre légal, la jurisprudence a ponctuellement admis que ceux qui n'empêchent pas une personne visiblement alcoolisée de prendre le volant commettent une faute (Mixte, 28 janv. 1972⁵). D'autres décisions ont admis l'existence du principe (imposant une exception textuelle) et établi des exceptions sans texte⁶. Les circonstances sont alors décrites précisément, pour affirmer qu'une abstention (pure et simple) est fautive.

Dans la jurisprudence, la maxime de Loysel possède donc un domaine d'application qui n'est pas aussi étroit que ce que prétend la doctrine libérale.

– L'autonomie de la volonté affirme qu'en principe, il faut un texte spécial pour établir une faute quand un fait matériel n'est pas commis. L'article 1241 c. civ. ne s'applique alors pas : aucune imprudence, ni négligence générales ne sont commises. L'exigence d'un texte (répressif) conduit à poser une équivalence entre faute pénale et faute civile.

¹ Art. 40 c. proc. pén. : « Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1.

« Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. »

² Art. L 3116-5 c. santé publique : « Le fait, pour un fonctionnaire ou agent public, un commandant ou officier d'un navire ou d'un aéronef, un médecin, dans un document ou une déclaration, d'altérer, de dissimuler, ou de négliger de faire connaître à l'autorité sanitaire, des faits qu'il est dans l'obligation de révéler en application du second alinéa de l'article L. 3115-2 et du b du 1° de l'article L. 3115-3, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende. »

³ Art. R 814-30 c. com. : « Le commissaire aux comptes (...) révèle les faits délictueux dont il a connaissance aux procureurs de la République près les tribunaux judiciaires dans le ressort desquels le mandataire de justice a son domicile professionnel et, le cas échéant, son ou ses bureaux annexes. » ; art. L 823-12 al. 2 c. com. : « Ils [les commissaires aux comptes] révèlent au procureur de la République les faits délictueux dont ils ont eu connaissance, sans que leur responsabilité puisse être engagée par cette révélation »

⁴ Art. 434-3 c. pén. : « Le fait, pour quiconque ayant connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'agressions ou atteintes sexuelles infligés à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives ou de continuer à ne pas informer ces autorités tant que ces infractions n'ont pas cessé est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. »

⁵ Mixte, 28 janv. 1972, n°70-90.072, Bull. n°1 ; RGAT 1972, p. 227, note A. B. ; JCP 1972 N. II. 17050, note Lindon ; Gaz. Pal. 1972 p. 227 note H. M. (faute commise par les passagers qui prennent place à bord du véhicule conduit par une personne visiblement alcoolisée) : les passagers « n'avaient pas pu ne pas se rendre compte qu'au moment des faits le conducteur était visiblement sous l'influence de l'alcool et donnait des signes évidents de fatigue ; que les juges d'appel ont déduit de ces circonstances que cette faute est en relation avec le dommage et de nature à laisser à la charge de ceux qui l'ont commise un quart du préjudice qui en est résulté. »

⁶ Civ. 2°, 13 déc. 1972, n°71-12043, Bull. n°320 ; D. 1973. 493, note Larroumet (en l'espèce, refus du «gueth» après divorce d'époux mariés selon la loi mosaïque) : « Si, en principe, l'abstention dommageable ne peut entraîner une responsabilité qu'autant qu'il y avait, pour celui auquel on l'impute, obligation d'accomplir le fait omis, il en est autrement lorsque cette abstention dommageable a été dictée par l'intention de nuire et constitue un abus de droit. » L'arrêt reprend la thèse libérale, mais retient un abus de droit (infra).

- La jurisprudence admet l'existence d'abstentions fautives dans des cas plus larges. Ce qui correspond au domaine (traditionnel) de la maxime « Qui peut et n'empêche, pêche ». La faute civile d'abstention possède un domaine d'application plus large que les fautes pénales d'abstention.

(105- à 108. : réservés)

109. Au sens de l'article 1240 c. civ., la première condition à établir pour être en présence d'une faute impose d'identifier l'**élément matériel** : ce fait personnel est un comportement incorrect qui présente un trait commun. La faute est concrète : en présence d'un devoir général de prudence, toutes les circonstances doivent être prises en compte ; en présence d'un devoir spécial, le texte décrit avec précision le contenu du devoir.

L'élément matériel est établi objectivement par un fait personnel, de commission ou d'abstention. La question de sa preuve étant écartée (puisqu'elle relève du droit de la preuve morale : supra n°4), reste à établir l'autre condition que la faute doit remplir : elle doit être imputable.

II/ L'imputation à faute : le pouvoir de l'auteur du fait personnel

110. L'**imputation à faute** consiste à identifier le type de pouvoir dont l'exercice justifie le rattachement entre l'accident (fait personnel fautif) et son auteur. Si l'imputation repose sur le pouvoir immédiat exercé par l'auteur de la faute, il suffira d'identifier l'auteur du comportement incorrect. À l'inverse, si l'imputation repose sur la maîtrise consciente de ses faits et gestes, il faudra établir le discernement de l'auteur de la faute. Deux conceptions s'opposent.

L'imputation à *faute objective* sera établie dès que l'auteur de l'activité disposait d'un pouvoir effectif, dont l'exercice explique la survenance de l'accident. En présence d'un fait personnel, le pouvoir exercé est immédiat : sauf cas (très marginal) de contrainte (exercée par celui qui menace avec une arme le conducteur d'un véhicule¹), il suffira d'identifier celui qui a agi pour imputer. Celui qui a le pouvoir de s'abstenir de jeter la victime sous un train exerce le pouvoir personnel (immédiat) qui justifie l'imputation.

L'imputation à *faute subjective* sera établie lorsque l'auteur de l'activité exerçait une maîtrise suffisamment consciente sur ses faits et gestes. Le discernement devient alors le critère qui permet d'imputer à l'auteur du fait personnel l'accident qu'il a commis. La faute subjective repose sur la

¹ En présence d'une contrainte, le fait personnel fautif est exercé par celui qui exerce la menace : le fait personnel du conducteur (contraint) devient alors transparent. Infra, la responsabilité du fait d'autrui.

capacité de distinguer le bien du mal et d'agir en conséquence. Si celui qui agit ne discerne pas, aucun reproche ne peut lui être adressé. Il sera alors irresponsable. Le pouvoir qui rend responsable n'est pas le pouvoir d'agir, mais le pouvoir de discerner.

Les articles 1240 et 1241 c. civ. sont inchangés depuis plus de deux siècles, mais leur interprétation a évolué. La solution de 1804 (1) a fait l'objet d'une réinterprétation par l'autonomie de la volonté (2), ce qui explique pourquoi, en droit positif, la question a dû être tranchée à nouveau (3).

1/ Les codificateurs de 1804 : la faute objective

111. Les **codificateurs de 1804** ont adopté le système de la faute objective, en effectuant l'imputation envers toute personne exerçant un pouvoir, sans avoir à se demander si, en outre, l'auteur du fait personnel s'est rendu compte du caractère incorrect de son comportement. Même l'aliéné mental doit ainsi entièrement réparer le dommage subi par la victime. Cette conception (qui reprend celle de Pothier¹) apparaît autant dans le code civil que dans les travaux préparatoires.

L'article 1241 c. civ. ne fait état d'aucune condition relative au discernement de l'auteur de l'accident. L'ancien article 1310 c. civ.² précisait que même le mineur doit réparation intégrale du dommage qu'il cause, et ce même quand le mineur n'est pas en mesure de contracter avec autrui. La question de la capacité (c-à-d. du discernement exigé pour contracter) est bien distinguée du pouvoir, qui impose au mineur de réparer.

Selon les travaux préparatoires du code civil de 1804, l'un des rapporteurs a explicitement décrit la faute objective, en considérant que l'exigence du discernement devait être rejetée.

- Les propos de l'un des rapporteurs (De Greuille) ne sont pas explicites. Il affirme que la faute oblige à réparer même quand son auteur n'a pas fait exprès (lorsque « son cœur et son intention sont absolument étrangers »³). La question du discernement reste implicite, bien que le rapporteur affirme clairement que la faute, source de responsabilité civile, se

¹ Pothier, *Traité des obligations*, n°120, p. 58 : « Il n'est pas douteux qu'un interdit pour cause de prodigalité s'oblige à la réparation du tort qu'il cause par les délits ou quasi-délits qu'il commet, quoiqu'il ne puisse contracter aucune obligation en contractant. / La raison de cette différence est évidente. Ceux avec qui il a contracté doivent s'imputer d'avoir contracté avec lui, une interdiction étant publique, et devant par conséquent être connue. Mais on ne peut rien imputer à ceux à qui il a causé quelque tort par ses délits ou quasi-délits : ils ne doivent pas souffrir de son interdiction, elle ne doit pas procurer l'impunité de ses délits. »

² Anc. art. 1310 c. civ., relatif au mineur, « *Il n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit* ». Le manque de discernement du mineur ne permet pas la conclusion valable de contrat, mais n'empêche pas l'obligation de réparer : le discernement limité ou absent du mineur n'est pas exigé pour parler de faute.

³ Tribun Bertrand De Greuille, in p. A. Fenet, *Recueil des travaux préparatoires du code civil*, tome XIII (1828), p. 474-475 qui parle de faute « à laquelle son cœur et son intention sont absolument étrangers » : « On pourrait, au premier aspect, se demander si cette conséquence n'est pas trop exagérée, et s'il n'y a pas quelque injustice à punir un homme pour une action qui participe uniquement de la faiblesse et du malheur, et à laquelle son cœur et son intention sont absolument étrangers. La réponse à cette objection se trouve dans ce grand principe d'ordre public : c'est que la loi ne peut balancer entre celui qui se trompe et celui qui souffre. »

distingue du délit pénal, précisément par le critère de l'intention¹, absent de la première, exigé dans le second.

– Les propos d'un autre rapporteur (Treilhard²) sont plus explicites. Il affirme clairement qu'un fou est tenu de réparer, en reprenant la position de Pothier. Le discernement est exigé pour contracter, mais pas pour commettre une faute. La faute est donc objective : exiger le discernement, c'est faire « injure » au siècle.

Le pouvoir qui rend responsable est donc celui qui est exercé par l'auteur du fait personnel, sans autre condition³. On ne brûle pas la grange du voisin, même quand on est fou, somnambule ou immature. Le système adopté en 1804 distingue entre le pouvoir de commettre une faute (source de l'obligation légale de réparer) et le pouvoir de conclure un contrat (capacité).

2/ L'autonomie de la volonté : la faute subjective

112. Le courant de l'**autonomie de la volonté** a prôné, au début du xx^e siècle, une imputation à faute subjective, en exigeant un discernement de la part de celui qui adopte un comportement objectivement incorrect. Le pouvoir de choisir entre le bien et le mal suppose le discernement : il faut pouvoir adresser un reproche à celui qui a mal fait. Le manque de discernement interdira donc l'imputation.

Le discernement exigé, selon l'autonomie de la volonté, signifie que l'auteur du fait matériel (du comportement objectivement incorrect) a le pouvoir de se rendre compte du caractère inapproprié de son comportement. C'est le cas en présence d'une faute (faire exprès de doubler dans un virage sans visibilité ; rouler trop vite). Ce sera également le cas en présence d'une négligence (effectuer trop rapidement une vérification comptable) ou d'une imprudence. Le discernement signifie que l'auteur se rend compte. Cela ne signifie pas qu'il commet une faute grave ou une faute intentionnelle :

¹ Rapport du tribun Bertrand-De Greuille, in p. A. Fenet, *Recueil des travaux préparatoires du code civil*, tome XIII (1828), p. 475 : « Si elle [la loi] trouve en lui de la légèreté ou de l'imprudence, elle doit le condamner à la réparation du mal qu'il a fait. Tout ce qu'il a le droit d'exiger, c'est qu'on ne sévise pas contre sa personne, c'est qu'on lui conserve l'honneur, parce que les condamnations pénales ne peuvent atteindre que le crime, et qu'il n'en peut exister que là où l'intention de nuire est établie et reconnue. (...) »

² Rapport du tribun Treilhard, in p. A. Fenet, *Recueil des travaux préparatoires du code civil*, tome XIII (1828), p. 467 : « Celui qui par son fait a causé du dommage est tenu de le réparer ; il est engagé à cette réparation, même quand il n'y aurait de sa part aucune malice, mais seulement négligence ou imprudence : c'est une suite nécessaire de son délit ou quasi-délit. (...) Dirai-je que de graves docteurs ont mis en question si un interdit pour cause de prodigalité s'oblige de réparer les torts causés par ses délits ? Dirai-je que quelqu'uns ont eu le courage de décider qu'il n'était pas tenu de cette réparation ; qu'il pouvait, à la vérité, compromettre par son délit sa liberté, même sa vie, mais qu'il ne pouvait pas compromettre sa fortune, parce que toute aliénation lui est interdite ? Vous croirez sans peine, législateurs, que nous n'avons pas dû supposer qu'une pareille question pût s'élever de nos jours, et vous nous approuverez de n'avoir pas fait à notre siècle l'injure de la décider. »

³ Rapport du tribun Bertrand-De Greuille, in p. A. Fenet, *Recueil des travaux préparatoires du code civil*, tome XIII (1828), p. 475 : « Partout où elle [la loi] aperçoit qu'un citoyen a éprouvé une perte, elle examine s'il a été possible à l'auteur de cette perte de ne pas la causer (...) ».

– Le fait de ne pas vérifier le système de freinage d'un ascenseur est une négligence que le réparateur commet ; le fait de ne pas vérifier la vitesse indiquée au compteur et de commettre un excès de vitesse est une imprudence commise par le conducteur du véhicule. Ce sont des fautes commises avec discernement : l'auteur avait le pouvoir de s'en rendre compte.

– Le fait de scier le câble de frein de l'ascenseur est une faute intentionnelle, commise afin de provoquer la chute de l'ascenseur. Le fait de commettre un excès de vitesse (en vérifiant sur le compteur) est pareillement une faute intentionnelle, même si le conducteur ne cherchait pas à percuter la future victime. Les fautes qualifiées (intentionnelle, grave, inexcusable ...) sont elles aussi commises avec discernement.

Le discernement, en droit de la responsabilité civile, est similaire à la capacité en droit du contrat : il exprime le pouvoir de son auteur (pouvoir de commettre une faute, pouvoir de conclure un contrat).

L'auteur sera *dépourvu de discernement*, lorsqu'il n'est pas en mesure de comprendre le caractère moralement fautif de son comportement. Son comportement est objectivement incorrect : il jette une personne sous un train. Mais il ne commet pas de faute subjective, faute de discernement :

– en raison de son âge. L'enfant de onze ans qui joue avec un arc et en blesse un autre qui s'est caché derrière une meule de foin ne discerne pas les conséquences de son geste (Civ. 2^e, 8 février 1962¹) (solution du droit allemand²). L'accident ne lui sera pas imputable³.

– en raison de l'altération de ses facultés mentales. La suppression du discernement sera liée à une maladie mentale, éventuellement à un état pathologique comme une crise cardiaque subite (solution du droit allemand⁴).

L'absence de discernement interdit l'imputation. La victime subit donc une fatalité.

¹ Civ. 2^e, 8 février 1962, Bull. n°180 (enfant éborgné par une flèche tirée par un enfant de onze ans, lors d'un jeu) : « attendu que les juges d'appel énoncent que les capacités de réflexion et de jugement d'un enfant de onze ans ne sont pas suffisamment développées pour qu'il puisse avoir pleine conscience de tous les dangers qu'il y a à jouer avec un arc et des flèches, que le susnommé ne saurait être incriminé, des lors qu'il n'était pas établi qu'il ait, au cours du jeu, visé son camarade qui s'était caché derrière une meule de paille ; que l'arrêt ajoute (...) que l'inconscience que le jeune A... avait du danger ne permettait pas de lui imputer à faute le geste qui lui est reproché ; »

² §828 BGB : « Le mineur de moins de sept ans est irresponsable (1), celui de moins de dix ans est irresponsable d'un accident de la circulation commis non intentionnellement (2), et celui de moins de dix-huit ans n'est irresponsable qu'en présence d'un défaut de discernement (3) ».

³ Dans l'arrêt Civ. 2^e, 8 février 1962, préc., le père n'est pas non plus responsable, car il n'avait pas à surveiller l'enfant (confié à un tiers pendant les vacances). *Infra*, la responsabilité du fait de l'enfant.

⁴ §827 BGB [exclusion et minoration de la capacité de répondre] : « Celui est privé de conscience ou dépourvu de sa liberté en raison d'une maladie mentale n'est pas responsable du dommage causé à autrui (...) ». ([Ausschluss und Minderung der Verantwortlichkeit] : « Wer im Zustand der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit einem anderen Schaden zufügt, ist für den Schaden nicht verantwortlich. (...) »).

L'exigence du discernement conduit donc à dissocier le comportement incorrect (jeter quelqu'un sous un train : fait matériel) et sa qualification en faute, qui ne sera acquise que par le lien entre le fait personnel et son auteur (doté du discernement). En présence d'un adulte, doté de tout son discernement, l'élément moral spécifique permet de *distinguer entre erreur et faute*.

- Lorsque l'activité de l'historien était soumise à la responsabilité de droit commun (pendant tout le xx^e siècle), la jurisprudence a pu opposer l'historien honnête (qui ne cite pas tous les acteurs, et qui peut en oublier certains) et l'historien malhonnête qui écrit une histoire mensongère ou tronquée (en omettant le rôle joué par des opposants politiques : Civ., 27 fév. 1951, *affaire Branly*¹).
- En exigeant, en droit de la responsabilité civile, un élément moral proche de celui exigé en droit pénal, la doctrine de l'autonomie de la volonté a pu chercher à confondre discernement et intention. En présence d'une infraction qualifiée crime ou délit, le droit pénal exige l'intention (art. 123-1 al. 1^{er} c. pén.) ; en présence d'une faute civile (faute simple), il faut le discernement.

113. En droit positif, **l'influence de l'autonomie de la volonté** s'est exercée sur la jurisprudence à compter du début du xx^e siècle. Les juges ont admis que l'absence de discernement interdisait l'imputation² : la victime subissait alors une fatalité.

La jurisprudence a adopté en 1912³ la théorie doctrinale de l'*unicité des fautes civile et pénale*. En présence d'une relaxe au pénal, la victime ne peut pas saisir les tribunaux civils : l'imprudence est définie de la même manière en droit pénal et en droit de la responsabilité civile. Concrètement, la solution a conduit à une réduction (mesurée) de l'extension donnée à l'accident : en droit pénal, lorsqu'une imprudence cause une atteinte à la personne (blessure par imprudence, homicide involontaire), le discernement est uniquement exigé, mais pas l'intention. La solution prévue en droit pénal est dérogatoire.

¹ Civ., 27 fév. 1951, *Branly*, D. 1951, p. 329 note H. Desbois ; Jean Carbonnier, *Le silence et la gloire*, D. 1951, p. 119 : « l'abstention, même non dictée par la malice et l'intention de nuire, engage la responsabilité de son auteur lorsque le fait omis devait être accompli soit en vertu d'une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle, soit aussi, dans l'ordre professionnel, s'il s'agit notamment d'un historien, en vertu des exigences d'une information objective ».

² Civ. 2^e, 8 février 1962, préc.

³ Civ. 2^e, 18 déc. 1912, *Brochet et Deschamps*, Sirey 1914.1.249 note R. Morel ; Jean Pradel et André Varinard, *Les grands arrêts du droit criminel*, tome I, 2^e éd., 1988, p. 394 et suiv. La victime, déboutée au pénal, ne pouvait solliciter une indemnisation en saisissant les juridictions civiles. *Infra*, n°116.

- En principe, en droit pénal, l'intention de commettre un crime ou un délit est normalement seule prise en compte, qu'elle aboutisse ou non (tentative) (art. 123-1 al. 1^{er} c. pén.¹).
- Par exception, en droit pénal, la qualification pénale de l'imprudence, causant une atteinte aux personnes, n'est prise en compte qu'au regard du dommage causé. La peine encourue dépend donc du dommage infligé à la victime (blessure², mort³), solution qui ne correspond pas à la logique du droit pénal (puisque la sanction dépend normalement de la culpabilité, non de la "réussite", c-à-d. du dommage).

Tout au long du xx^e siècle, la jurisprudence a donc établi un lien entre le discernement et la faute. En présence d'une atteinte à la personne, la solution dérogatoire prévue en droit pénal a permis de sanctionner les imprudences quelconques, du moment que leur auteur possédait suffisamment de discernement. La jurisprudence civile et pénale a donc affirmé que la personne dépourvue de discernement était irresponsable, au civil comme au pénal.

3/ Le droit contemporain : le retour à la faute objective

114. En **droit contemporain**, le retour de la faute objective s'est opéré par étape. Face aux victimes, dépourvues de recours contre un irresponsable, législateur et jurisprudence ont adopté (à nouveau) le système de la faute objective.

Depuis la loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, la *responsabilité de l'aliéné mental* est fondée sur une faute objective.

- Selon l'article 414-3 c. civ.⁴, « celui qui a causé un dommage à autrui sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation ». Contrairement à ce que la

¹ Art. 121-3 c. pén. : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.

« Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui. Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait.

« Dans le cas prévu par l'alinéa qui précède, les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer.

« Il n'y a point de contravention en cas de force majeure. »

² Art. 222-19 c. pén. : « Le fait de causer à autrui, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, une incapacité totale de travail pendant plus de trois mois est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. (...) »

³ Art. 221-6 al. 1er c. pén. : « Le fait de causer, dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, la mort d'autrui constitue un homicide involontaire puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. (...) »

⁴ Anc. art. 489-2 (issu de la loi n°68-5 du 3 janvier 1968), remplacé par l'art. 414-3 (loi n°2007 du 5 mars 2007).

rédaction de cet article pourrait laisser croire¹, un comportement objectivement fautif est nécessaire² : il suffit donc de comparer le comportement de l'aliéné par rapport au comportement d'une personne prudente. En cas de divergence, la faute sera objectivement établie³.

– Le domaine d'application de l'article 414-3 c. civ., cantonné aux accidents commis par des aliénés mentaux, conduit à remettre en vigueur l'ancien article 1310 c. civ.⁴, applicable aux mineurs, et leur imposant de réparer les conséquences de leurs fautes. Le mineur dépourvu de discernement n'est pas un aliéné mental.

En présence d'un enfant dépourvu de discernement, l'assemblée plénière de la cour de cassation, par une série d'arrêts rendus en 1984 (A.P., 9 mai 1984⁵) a procédé à un revirement de jurisprudence, en affirmant clairement que les juges du fond ne sont *pas tenus de vérifier la faculté de discernement* de l'enfant, responsable sur le fondement de l'article 1240 c. civ. La jurisprudence est constante⁶.

Le législateur et la jurisprudence appliquent donc, à nouveau, le système de la faute objective (qui était celui de 1804). Si la jurisprudence n'avait pas attendu 1984 pour revirer, la réforme de 1968 (au sujet des incapables majeurs) n'aurait pas été nécessaire. Ces évolutions s'expliquent uniquement par l'influence exercée par l'autonomie de la volonté au cours du XX^e siècle.

115. Le **retour de la faute objective** conduit logiquement à réduire la zone de fatalité que subit la victime. Et pourtant, cette faute objective n'a pas eu que des répercussions favorables pour les victimes. Il arrive souvent que l'enfant, victime, ait aussi adopté un comportement objectivement fautif : un partage de responsabilité est alors imposé à la victime (Civ. 2^e, 28 février 1996⁷). L'ouverture de la jurisprudence, en consacrant la faute objective, s'est donc effectuée de façon

¹ Le fait dommageable ne suffit pas : le comportement doit avoir été incorrect.

² L'art. 414-3 c. civ. figure dans les dispositions générales (chapitre 1^{er}) du titre XI « De la majorité et des majeurs protégés par la loi », lesquelles traitent de la capacité, de faire un acte juridique (art. 414-1 et 414-2 c. civ.) ou de s'obliger par un fait juridique (art. 414-3 c. civ.).

³ Civ. 2^e, 4 février 1981, n°79-11243, Bull. n°21 ; D. 1983, p. 1, note Gaudrat.

⁴ Anc. art. 1310 c. civ., relatif au mineur, « *Il n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit* ». Le manque de discernement du mineur ne permet pas la conclusion valable de contrat, mais n'empêche pas l'obligation de réparer : le discernement limité ou absent du mineur n'est pas exigé pour parler de faute.

⁵ A.P., 9 mai 1984, *Derguini*, n°80-93481, Bull. crim. n°164, Bull. AP n°3 : « la Cour d'appel, qui n'était pas tenue de vérifier si la mineure était capable de discerner les conséquences de tels actes, a pu, sans se contredire, retenir, sur le fondement de l'article [1240] du Code civil (...) ».

⁶ Civ. 2^e, 19 fév. 1997, n°94-19.726, Bull. n°54 : (abstrat) « La faute d'un mineur peut être retenue à son encontre même s'il n'est pas capable de discerner les conséquences de son acte ou le caractère dangereux d'une chose utilisée par son gardien » ; Civ. 2^e, 20 octobre 2016, n°15-25.465, Bull. ; JCP Soc. 2016.II.1426, note Dominique Asquinazi-Bailleux : (abstrat) « La minorité de l'auteur du dommage n'exclut pas sa responsabilité et ne fait pas obstacle à sa condamnation personnelle sur le fondement de l'article 1382 [devenu 1240] du code civil. »

⁷ Civ. 2^e, 28 février 1996, n°94-13084, Bull. n°54 : « la faute d'un mineur peut être retenue à son encontre même s'il n'est pas capable de discerner les conséquences de son acte ».

prudente, et même très mesurée : l'enfant qui se jette sur un adulte transportant une casserole d'eau bouillante commet, objectivement, une faute, de même que celui qui rebrousse subitement chemin en traversant la rue (A.P., 9 mai 1984, *Derguini*¹).

En conséquence de l'adoption de la faute objective, le législateur (art. 4-1 c. proc. pén.²) puis la jurisprudence³ ont donc *rejeté la théorie de l'unicité des fautes pénale* (intentionnelle en principe) *et civile* (indifférente à l'intention) : le droit pénal, qui a pour fonction de punir, normalement en présence d'une infraction intentionnelle, est indépendant du droit de la responsabilité civile, qui a pour fonction d'indemniser la victime, ici d'une faute objective.

(116- à 123. : réservés)

124. La **faute**, au sens de l'article 1240 c. civ., est donc établie en présence d'un comportement incorrect imputable à son auteur. Elle présente deux caractéristiques : elle est concrète, ce qui permettra d'établir l'élément matériel de la faute ; elle est objective, ce qui conduira à pouvoir l'imputer à l'auteur du fait personnel.

La *faute concrète* est établie quand l'auteur du fait personnel a violé un devoir général ou spécial qui s'imposait à lui.

- En présence d'un devoir général de prudence (art. 1241 c. civ.), la faute est concrète parce que le juge doit prendre en compte toutes les circonstances concrètes qui s'imposait à l'auteur de l'activité. Les circonstances sont déterminantes, parce que le devoir général de prudence ne permet pas, à lui seul, d'établir une divergence entre le comportement d'une personne normale et celui adopté par l'auteur de l'activité.
- En présence d'un devoir spécial, imposé par un texte spécifique propre à un secteur d'activité (construction de bâtiment ; ...) ou une catégorie de destinataires (les devoirs du mariage, pesant spécifiquement sur les conjoints ...), la faute concrète est établie en cas de manquement, sans avoir à tenir des comptes des circonstances concrètes. Le devoir est déjà

¹ A.P. , 9 mai 1984, *Derguini*, n°80-93481, préc. (faute commise par une petite fille âgée de 5 ans qui traverse une rue, revient sur ses pas, et est renversée par une voiture).

² Art. 4-1 c. proc. pén. (issu loi n°2000-647 du 10 juillet 2000) : « L'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1241 du code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie ou en application de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale si l'existence de la faute inexcusable prévue par cet article est établie. »

³ Civ. 1^{ère}, 30 janv. 2001, Bull. n°19 (« la déclaration par le juge répressif de l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à ce que le juge civil retienne une faute civile d'imprudence ou de négligence ») ; Civ. 2^e, 16 sept. 2003, n°01-16715, Bull. n°263 : « le jugement ayant relaxé l'employeur n'interdit pas de lui imputer une faute à l'origine de l'accident du travail. » ; Crim., 9 sept. 008, n°07-87.207, Bull. n°177.

suffisamment précis : il suffira de constater que le bâtiment construit ne respecte pas la hauteur maximale imposée ou que l'époux a entretenu une relation adultère.

La faute concrète établit donc un manquement à un devoir général ou spécial de la vie en société : l'élément matériel est alors établi.

La *faute objective* permet d'imputer, c-à-d. d'établir le lien entre l'auteur du comportement incorrect et le fait qu'il a commis.

– Il suffit de constater qu'il en avait le pouvoir : ce pouvoir (immédiat) justifie l'imputation, aussi bien envers celui qui est capable ou incapable de conclure un contrat. Le discernement n'est pas exigé. Si l'auteur d'un feu de forêt est un fou, privé de discernement, il se verra imputer l'incendie de la même manière que celui qui commet un incendie volontaire.

– L'élément moral est donc absent de l'article 1240 c. civ. Dans la responsabilité délictuelle de droit commun, le caractère conscient, volontaire ou intentionnel de la faute commise par l'auteur du fait personnel n'exerce aucune influence. Si la victime prouve que l'auteur de l'imprudence l'a fait exprès (ce qui peut conduire à établir l'existence d'un délit pénal, qui suppose l'intention), elle ne sera pas davantage indemnisée. Mais si l'intention ou la mauvaise foi est établie, la victime pourra éventuellement saisir les juridictions pénales (et bénéficier des mesures d'instruction décidées par le juge, et payées par l'État).

La faute, source de responsabilité délictuelle, est donc une faute simple : elle est prouvée quand la violation d'un devoir a été commise (ce qui conduit à établir l'élément matériel : le « fait personnel ») et il suffira d'identifier l'auteur du manquement pour le lui imputer. Ce régime de responsabilité s'applique en principe à tout accident qui cause un dégât à une victime : son domaine d'application est général.

§2^{ème}/ Le domaine d'application de la responsabilité pour faute :

la responsabilité délictuelle de droit commun

125. Le **domaine d'application de la responsabilité pour faute** s'étend à toutes les activités qui ne sont pas soumises à un régime dérogatoire, et qui causent à la victime une atteinte à la personne ou aux biens (à savoir un dommage délictuel). L'article 1240 c. civ. établit donc le régime de droit commun, propre à la responsabilité délictuelle.

Le *régime de droit commun* gouverne les activités quelconques qui ne font l'objet d'aucune réglementation spécifique (l'escalade ; la rupture d'un concubinage) ainsi que les activités spécifiques qui ne donnent pas lieu à un régime propre de responsabilité (comme les devoirs du mariage). Le régime de droit commun (à savoir la responsabilité pour faute) s'appliquera donc toujours, lorsqu'aucun régime spécial n'est édicté ; il s'appliquera éventuellement, lorsque la victime bénéficie d'une option entre le régime de droit commun et un régime spécial. Le régime de droit commun est donc le régime de principe : il s'appliquera sauf exclusion (établie par un régime spécial).

La *responsabilité délictuelle* dont le principe est fixé à l'article 1240 c. civ. ne traite que des accidents causant des atteintes à la personne et/ou aux biens, et non des créances impayées. C'est la raison pour laquelle cette responsabilité est qualifiée de délictuelle, selon la dénomination traditionnelle¹, ou d'« extracontractuelle », selon celle adoptée par l'ordonnance de 2016². Le domaine d'application de l'article 1240 c. civ. établit une responsabilité délictuelle.

Le domaine d'application de la responsabilité de droit commun est donc général, puisqu'il a vocation à régir toute activité causant à la victime des dommages délictuels. L'article 1240 fixe le régime de droit commun (I) de la responsabilité délictuelle (II).

I/ Le régime de droit commun : le principe sauf exception

126. Le **régime de droit commun** possède une vocation subsidiaire à s'appliquer, lorsqu'aucun autre régime de responsabilité civile n'a été établi. En droit civil comme ailleurs, un principe s'applique sauf exception, et plus précisément sauf exclusion (impérative).

Le principe applicable à défaut d'exception signifie que les activités qui ne sont soumises à aucun régime spécial seront régies par le régime de droit commun (de la responsabilité pour faute). Le principe s'applique dans le silence de la loi, c-à-d. sauf texte ou jurisprudence établissant un régime spécial.

- La sphère naturelle d'extension du régime de droit commun permet à toute victime d'invoquer la faute commise par l'auteur d'une activité quelconque ou spécifique. L'activité quelconque n'est régie par aucun texte : la rupture d'une négociation, d'un concubinage³ ou d'un contrat n'engagera la responsabilité de son auteur que s'il commet une faute (simple).

L'activité spécifique est visée par un texte qui établit un devoir, sans préciser le régime

¹ Entre 1804 et 2016, le chapitre hébergeant l'ancien art. 1382 c. civ. était dénommé « Des délits et quasi-délits ».

² Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

³ Civ. 1^{ère}, 30 juin 1992, n°90-20367, Bull. n°204 : « la rupture du concubinage ne peut ouvrir droit à indemnité que si elle revêt un caractère fautif ».

applicable à sa violation : la violation du devoir de fidélité d'un époux (art. 212 c. civ.) ou celle d'un devoir pesant sur les négociateurs (si l'un d'eux divulgue une information confidentielle : art. 1112-2 c. civ.) relève donc du régime de droit commun.

– Lorsqu'un texte instaure un régime spécifique applicable à telle ou telle activité (accident du travail, responsabilité du constructeur de bâtiment ...), le droit commun perd sa vocation subsidiaire à régir cette situation. La loi n'est plus silencieuse : elle décrit le régime applicable aux accidents du travail, aux produits défectueux ou aux préposés (employés) qui causent des accidents pendant leur travail. Ces régimes spéciaux (infra, 2^{ème} patrie) sont des exceptions : en droit, l'exception doit être établie par un texte.

– Mais la jurisprudence a également établi des régimes spéciaux au sein de l'article 1240 c. civ.. Historiquement, ces régimes étaient des applications particulières (et communes) du droit commun, mais les juges les ont adaptés à une situation ou activité particulière. Ils sont devenus progressivement autonomes (et certains d'entre eux, mais pas tous, sont désormais régis par un texte spécial).

Le visa de l'article 1240 c. civ. ne permet donc pas de distinguer à coup sûr le régime de droit commun et un régime spécifique. L'article 1240 « héberge » quelques régimes spéciaux établis par la jurisprudence française.

En présence d'un régime spécial de responsabilité (établi par la jurisprudence), l'*exclusion du droit commun* n'aura lieu que si la victime est privée d'option. Or, cette solution repose sur une décision politique (supra n°72) :

– Si le législateur s'inscrit dans une logique réparatrice, la victime pourra avoir le choix entre un régime spécifique (adapté aux troubles du voisinage) et la responsabilité pour faute de droit commun (en présence d'un voisin mal élevé).

– Si le législateur est sensible au coût de la responsabilité civile pour l'auteur d'une activité spécifique (ou s'il veut limiter la notion d'accident), la victime pourra être privée d'option.

L'application de principe de la responsabilité civile de droit commun fixé à l'article 1240 c. civ. signifie donc que le texte gouverne les activités quelconques (1), mais également que ce texte sert de base, selon la jurisprudence, à des régimes exceptionnels (2). Lorsque c'est le cas, il faudra régler la concurrence entre le régime de droit commun et ces régimes exceptionnels hébergés par l'article 1240 c. civ. (3).

1/ L'application de principe du droit commun aux activités quelconques

127. L'application du principe aux activités quelconques signifie que le régime de droit commun doit s'appliquer, lorsque le législateur n'a pas établi d'exception. C'est le sens de l'expression « Tout fait quelconque de l'homme » : le texte régit toutes les activités humaines (sauf exception). La vocation subsidiaire du droit commun conduira donc à appliquer l'article 1240 c. civ. à tous les domaines de la vie sociale, sauf quand un régime spécifique de responsabilité civile a été établi par la loi.

Un régime spécifique de responsabilité est établi quand le législateur soumet une activité spéciale (la fabrication des produits industriels, le travail dans une entreprise ...) à des conditions spécifiques dérogeant au droit commun (à savoir à la responsabilité pour faute).

– La responsabilité du salarié envers son employeur est soumise à un régime spécifique parce qu'une situation spécifique est décrite (l'accident causé par un salarié au détriment de son employeur) et parce que l'employeur devra établir une faute lourde commise par le salarié : l'imputation est modifiée.

– La responsabilité de l'hôpital envers le patient est soumise à un régime spécifique parce qu'une situation spécifique est décrite (une infection nosocomiale, à savoir une maladie que le patient a contracté lors de son séjour à l'hôpital) et parce que l'hôpital ne réparera le dommage que s'il présente certains caractères : la causalité, le dommage réparable ou le délai pour exercer l'action en responsabilité obéissent à un régime différent.

Il faut donc systématiquement deux conditions pour écarter le droit commun : une activité spécifique et un régime spécifique.

Le régime de droit commun s'applique lorsqu'est absente l'une des conditions (ou les deux) pour établir un régime spécifique.

– Lorsqu'une situation spécifique n'est pas décrite par la loi, il faut lui appliquer le droit commun. La rupture du pacs n'est pas spécifique : elle est donc soumise au droit commun (Cons. constit., 9 novembre 1999¹). L'auteur de la rupture (d'un concubinage², d'un pacs, d'une négociation ou d'un contrat) engage sa responsabilité civile quand il commet une faute

¹ Cons. constit., 9 novembre 1999, déc. n°99-419 DC, *Loi relative au pacte civil de solidarité* : « 70. Considérant, enfin, comme cela résulte des dispositions du dernier alinéa de l'article 515-7 du code civil, que le partenaire auquel la rupture est imposée pourra demander réparation du préjudice éventuellement subi, notamment en cas de faute tenant aux conditions de la rupture ; que, dans ce dernier cas, l'affirmation de la faculté d'agir en responsabilité met en oeuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ;

71. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les dispositions relatives à la rupture unilatérale du pacte civil de solidarité ne sont contraires ni au principe de la dignité de la personne humaine, ni à aucun autre principe de valeur constitutionnelle ; (...) ».

² Civ. 1^{ère}, 30 juin 1992, n°90-20367, Bull. n°204 : « la rupture du concubinage ne peut ouvrir droit à indemnité que si elle revêt un caractère fautif ».

quelconque (causant un dommage délictuel à la victime). Ainsi, la rupture d'une négociation portant sur la cession d'actions sera fautive, lorsque le cédant potentiel fait croire que la cession bientôt conclue alors qu'elle est déjà réalisée auprès d'un autre cessionnaire (Com., 26 nov. 2003¹).

– Lorsqu'une situation spécifique est décrite par la loi, sans qu'un régime spécial de responsabilité ne soit établi, il faut pareillement appliquer le droit commun.

– Les devoirs du mariage placent les époux, l'un envers l'autre, dans une situation spécifique : mais comme aucun régime spécifique de responsabilité conjugale n'a été établi par le législateur, la violation des devoirs du mariage (fidélité, cohabitation ...) par l'un des époux sera soumise à la responsabilité de droit commun² (Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1990³). Il en va de même quand un partenaire pacsé commet des fautes de gestion : il engage sa responsabilité civile envers l'autre sur le fondement du droit commun (Cons. constit., 9 nov. 1999⁴).

– La violation du devoir de confidentialité auquel un négociateur est tenu est une situation spécifique décrite à l'article 1112-2 c. civ.⁵ : le législateur précise que le droit commun s'applique. Une faute quelconque suffit.

L'application de principe du régime de droit commun aux activités quelconques ne peut donc être écartée que par une exception légalement établie, à savoir quand le législateur décide d'instaurer un régime spécial (qui se traduira par des conditions différentes du droit commun, plus rigoureuses ou plus englobantes). En droit, un principe doit s'appliquer sauf exception, c-à-d. sauf loi établissant un régime spécial de responsabilité civile.

¹ Com. 26 nov. 2003, n°00-10.243 Bull. n° 186; D. 2004, p.869, note Dupré-Dallemagne ;D. 2004.Somm.2922, obs. Lamazerolles ; JCP 2004.I.163, n°18 et suiv., obs. Viney ; JCP E 2004. 738, note Stoffel-Munck ; JCP E 2004. 601, n°3 et suiv., obs. Caussain, Deboissy et Wicker ; Dr. et patr. 3/2004. 102, obs. Poracchia ; RTD civ. 2004. 80, obs. Mestre et Fages ; Rev. sociétés 2004. 325, note Mathey ; RDC 2004. 257, obs. D. Mazeaud : « d'un côté, que les parties étaient parvenues à un projet d'accord aplanissant la plupart des difficultés (...) et, d'un autre côté, que les actionnaires de la société Stuck avaient, à la même époque, conduit des négociations parallèles avec la société Les complices et conclu avec cette dernière un accord dont ils n'avaient informé la société Alain Manoukian que quatorze jours après la signature de celui-ci, tout en continuant à lui laisser croire que seule l'absence de l'expert-comptable de la société retardait la signature du protocole, la cour d'appel a retenu que les consorts X... avaient ainsi rompu unilatéralement et avec mauvaise foi des pourparlers qu'ils n'avaient jamais paru abandonner et que la société Alain Manoukian poursuivait normalement ».

² Civ. 1^{ère}, 24 janvier 1990, n°87-17.785, Bull. n° 21 :

³ Civ. 1^{ère}, 24 janv. 1990, n°87-17.785, Bull. n°21 : « Indépendamment du divorce et de ses sanctions propres, l'époux qui invoque un préjudice étranger à celui résultant de la rupture du lien conjugal peut demander réparation à son conjoint dans les conditions du droit commun. » Arrêt rendu au visa de l'article devenu 1240.

⁴ Cons. const. 9 nov. 1999, n°99-419 DC, *Loi relative au pacte civil de solidarité* : « 33. Considérant, en huitième lieu, que l'instauration d'une solidarité des partenaires à l'égard des tiers pour les dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante et pour les dépenses relatives au logement commun ne saurait faire obstacle, en cas d'excès commis par l'un des partenaires, à l'application des règles de droit commun relatives à la responsabilité civile ; (...) »

⁵ Art. 1112-2 c. civ. : « Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun. »

(128. et 129. : réservés)

2/ Les activités soumises à un régime spécifique : les régimes dérogatoires hébergés à l'article 1240 c. civ.

130. Les activités soumises à un régime spécifique et relevant pourtant de l'article 1240 c. civ. sont le produit de la jurisprudence. Les juges ont estimé qu'ils étaient confrontés à des situations spécifiques (les conflits de voisinage ; les excès de langage de la presse ...), sans texte adéquat. Ce jugement de valeur porté par les juges sur le "vide législatif" ne va pas de soi : le législateur, seul compétent pour instaurer un régime spécial, a pu, en s'en abstenant, estimer que le texte adéquat est l'article 1240 c. civ.

Les juges ont longtemps considéré et auraient pu continuer à considérer que les conflits de voisinage ou les débats (politisés) entre historiens, en l'absence de régime spécifique établi par le législateur, étaient réglés par le droit commun.

- En présence d'un voisin mal élevé, trop bruyant ou trop malodorant (quand une usine rejette des fumées), les juges auraient pu se contenter de comparer le comportement de ce voisin avec celui d'un voisin normalement prudent. En l'absence de faute (générale : art. 1241 c. civ.) ou de violation d'un règlement d'urbanisme (autorisant l'installation d'une usine), les voisins auraient dû subir (au titre de la fatalité) le risque d'une altération lourde de leur environnement.
- En présence de débats politisés, les juges ont pu considérer qu'un historien ne disait pas toute la vérité (Civ., 27 fév. 1951, *affaire Branly*¹) ou qu'un homme politique ne donnait pas l'importance qui convenait aux chambres à gaz (Civ. 2^e, 18 décembre 1995, *affaire du point de détail*²). En comparant les écrits d'un historien honnête à ceux de l'historien qui réécrit l'histoire, les juges ont admis la faute (de droit commun). Ils l'ont également admise en estimant que les propos tenus par un homme politique étaient inacceptables. La cour de

¹ Civ., 27 fév. 1951, *Branly*, D. 1951, p. 329 note H. Desbois ; Jean Carbonnier, *Le silence et la gloire*, D. 1951, p. 119 : « l'abstention, même non dictée par la malice et l'intention de nuire, engage la responsabilité de son auteur lorsque le fait omis devait être accompli soit en vertu d'une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle, soit aussi, dans l'ordre professionnel, s'il s'agit notamment d'un historien, en vertu des exigences d'une information objective ». Aujourd'hui, l'affaire ne serait plus jugée en ces termes : l'activité d'historien n'est plus quelconque, mais protégée (liberté d'expression : infra).

² Civ. 2^e, 18 décembre 1995, n°91-14785, Bull. n°314 : (abstrat) « Ayant énoncé à bon droit que les victimes d'agissements ou de propos non constitutifs d'un des délits de la loi du 1er juillet 1972 peuvent agir sur le fondement de l'article 1382 [1240] du Code civil en réparation de leur préjudice, une cour d'appel, retenant exactement que les propos d'un homme politique, lors d'une émission radiophonique, qualifiant le mode d'extermination utilisé dans les camps où étaient détenus des juifs et des tziganes de " point de détail ", n'étaient pas constitutifs du délit de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à raison de l'origine ou de l'appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, a pu déduire que l'expression employée, choquante et intolérable en ce qu'elle rendait moins spécifiquement dramatiques les persécutions et les souffrances infligées, proférée publiquement à la radio, était constitutive d'une faute. »

cassation imposait sa vérité judiciaire aux historiens et aux hommes politiques, en distinguant les bons des mauvais, puisque le seul régime applicable était celui de droit commun.

Mais les juges ont estimé préférable d'établir des régimes spéciaux, dérogeant au droit commun, malgré l'absence d'intervention (l'inertie ?) du législateur. Le régime des troubles anormaux du voisinage est devenu complètement autonome (a) ; celui de l'abus de droit reste soumis à l'article 1240 c. civ. (b), mais celui, encore plus spécifique, de l'abus de la liberté d'expression y échappe désormais (c).

a/ Le régime des troubles anormaux du voisinage : une responsabilité objective (sans faute)

131. Le **régime des troubles anormaux du voisinage** est une responsabilité objective spéciale qui impose au voisin, auteur d'une activité même parfaitement licite, de réparer les troubles anormaux (c-à-d. les dommages excessifs) que subit le voisinage, lorsque certaines conditions (excluant notamment les nouveaux voisins) sont remplies. Depuis une loi de 2024¹, ce régime spécial² est établi à l'article 1253 c. civ.³.

La longue absence, dans le code civil, d'un régime spécial de responsabilité, applicable aux relations entre voisins s'expliquait par la réglementation très précise qui fut édictée en *droit des biens*. Le code civil établit des distances à respecter entre une construction et la clôture du voisin (en distinguant les fenêtres opaques ou transparentes), le régime applicables aux murs de séparations (mur mitoyen ou privatif, avec le régime applicable à l'acquisition de la mitoyenneté), sans parler des règlements d'urbanismes fixant la hauteur des bâtiments etc... Au début du XIX^e siècle, la question du voisinage (avec les précisions de ce qui est permis et interdit) fut essentiellement traitée en droit des biens.

¹ Loi n°2024-346 du 15 avr. 2024 « visant à adapter le droit de la responsabilité civile aux enjeux actuels ».

² N. Vermeulen, *Trouble anormal du voisinage : il faut que tout change pour que rien ne change*, AJDI 2024. 507 ; C. Broche, *La loi relative aux troubles anormaux de voisinage : un texte pour mieux vivre ensemble ?*, Defrénois, juill. 2024, p. 14 ; M. Moliner-Dubost, *L'adaptation du droit de la responsabilité civile aux enjeux actuels fait régresser la protection de l'environnement !*, EEI 2024. Comm. 65 ; C. Latil, *Les troubles anormaux du voisinage : le régime de responsabilité fait son entrée dans le code civil !*, JCP N 2024. 1129 ; Nicolas Le Rudulier, *Codification des troubles anormaux du voisinage. De la perte de fondement à la perte de sens*, RTD Civ. 2024 p.813

³ Art. 1253 c. civ. : « Le propriétaire, le locataire, l'occupant sans titre, le bénéficiaire d'un titre ayant pour objet principal de l'autoriser à occuper ou à exploiter un fonds, le maître d'ouvrage ou celui qui en exerce les pouvoirs qui est à l'origine d'un trouble excédant les inconvénients normaux de voisinage est responsable de plein droit du dommage qui en résulte.

« Sous réserve de l'article L. 311-1-1 du code rural et de la pêche maritime, cette responsabilité n'est pas engagée lorsque le trouble anormal provient d'activités, quelle qu'en soit la nature, existant antérieurement à l'acte transférant la propriété ou octroyant la jouissance du bien ou, à défaut d'acte, à la date d'entrée en possession du bien par la personne lésée. Ces activités doivent être conformes aux lois et aux règlements et s'être poursuivies dans les mêmes conditions ou dans des conditions nouvelles qui ne sont pas à l'origine d'une aggravation du trouble anormal. »

Avec la révolution industrielle qui eut lieu au cours du XIX^e siècle, la question du voisinage devint celle de la pollution résultant de l'installation d'usines utilisant le charbon et celle de l'industrialisation avec l'emploi de machines bruyantes (avec la machine à vapeur, puis le moteur à explosion). Le problème du voisinage se transforma donc notablement : la présence du voisin, chez lui, à l'intérieur de ses clôtures, devint un problème en raison des *nuisances causées par l'activité légale* qu'il exerçait. La question devenait donc : faut-il créer un régime spécial de responsabilité du fait des nuisances causées par l'activité légale du voisin ?

- Le législateur s'abstint d'intervenir. On pouvait supposer que l'état français, en concurrence avec ses voisins, notamment britannique et allemand, cherchait à développer l'industrie (facteur essentiel de puissance économique et militaire), sans l'entraver par la responsabilité civile. La nuisance causée aux voisins était une fatalité.
- La jurisprudence (dès le milieu du XIX^e siècle¹) fit le choix d'indemniser les victimes, en imposant donc une charge à l'industrie naissante. La nuisance causée aux voisins devint un accident, mais qui n'entraînait plus dans le cadre de la responsabilité pour faute de droit commun.

Au milieu du XX^e siècle, la théorie des troubles du voisinage se transforma en un régime spécifique au sein de l'article 1240 c. civ., parce que la *pollution par le bruit et les odeurs* (bruit des machines et des routes ; odeurs des usines industrielles ou agricoles, avec les porcheries) était le problème (environnemental) à traiter².

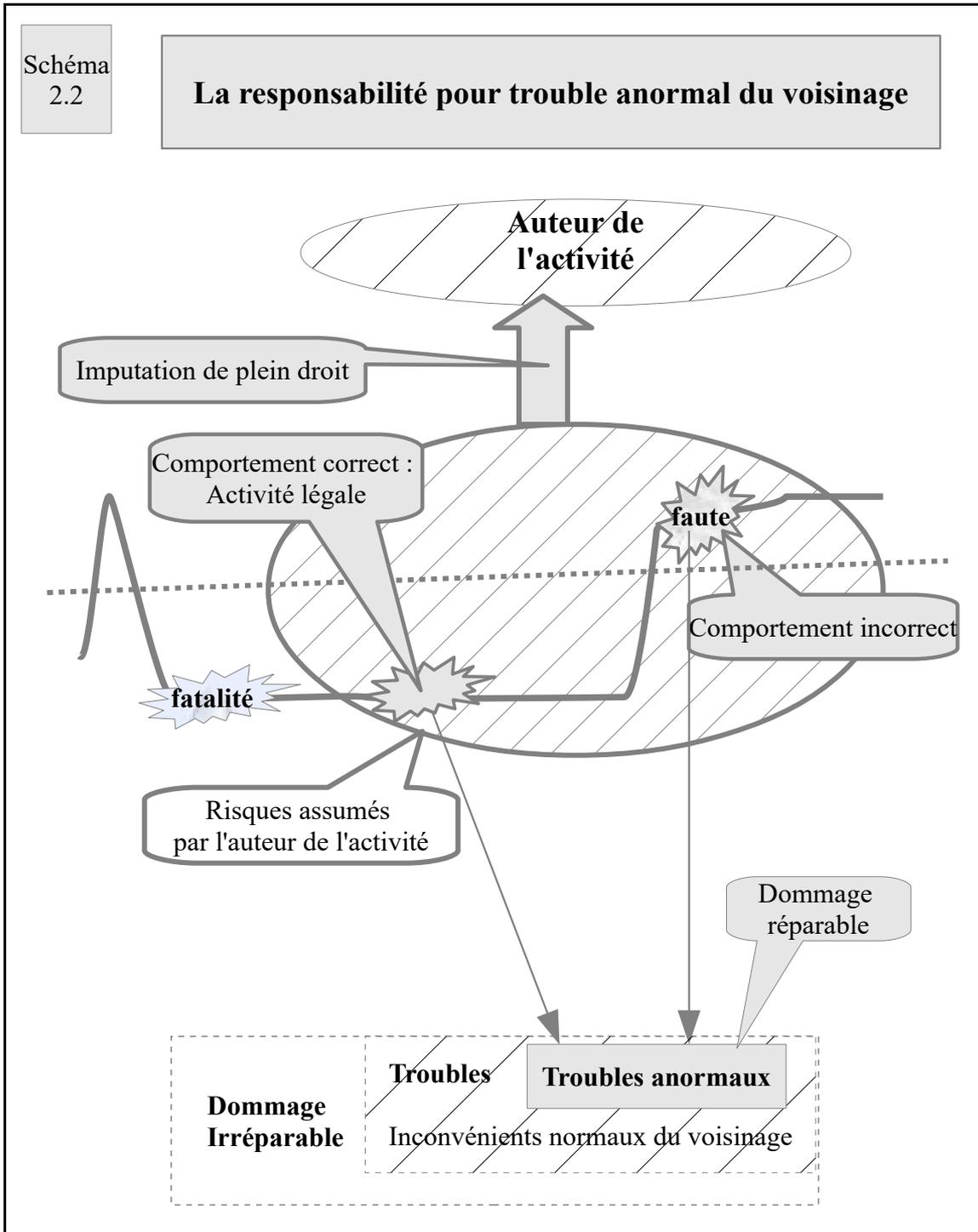
- La référence à la faute (art. 1240 c. civ.) était tellement impropre que la jurisprudence finit par abandonner (dès la fin du XX^e siècle) le visa de l'article 1240 c. civ. Elle se référait à un principe général du droit selon lequel « nul ne doit causer à autrui un trouble anormal du voisinage » (Civ. 3^e, 11 mai 2000³).
- Le régime des troubles anormaux du voisinage devint complètement autonome (et il apparut même dans certains textes ponctuels, comme le code de la construction et de

¹ Le premier arrêt date de 1844. Voir : Civ., 27 nov. 1844, *Desrone c/ Putin et autres*, S. 1844. 1. 811 ; DP 45. 1. 13. ; F. Terré et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, tome 1, 13^e éd., 2015, Dalloz, n°81.

² Civ. 3^e, 4 févr. 1971, n°69-14.964, Bull. n°80 ; JCP 1971. II. 16781, 1^{ère} esp., note R. Lindon ; Grands arrêts de la jurisprudence civile, 2015, n°82 : arrêt rendu aux vises des articles 544 et 1382 [devenu 1240] c. civ. : « si, aux termes du premier de ces textes, la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements, le propriétaire voisin de celui qui construit légitimement sur son terrain est néanmoins tenu de subir les inconvénients normaux du voisinage, en revanche, il est en droit d'exiger une réparation dès lors que des inconvénients excèdent cette limite »

³ Civ. 2^e, 19 nov. 1986, no 84-16.379, Bull. n°172 ; D. 1988. 16, note A. Robert : première formulation du principe selon lequel « nul ne doit causer à autrui un trouble de voisinage », sans référence à la faute ; Civ. 3^e, 11 mai 2000, n°98-18249 ; Bull. n°106 ; D. 2001.Som.2231, obs. Patrice Jourdain ; JCP 2000.I.265, n°7, obs. Périnet-Marquet : « Vu le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui de trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage ».

l'habitation, infra). Désormais (depuis 2024), il figure à l'article 1253 c. civ. Ce régime spécial de responsabilité présente deux caractéristiques : l'activité du voisin est un risque ; le dommage réparable doit être excessif (schéma 2.2).



132. L'imputation de plein droit envers le voisin, auteur de l'activité créant des nuisances (le plus souvent, sonores ou olfactives), est un cas de responsabilité objective. Il assume un risque. Aucune faute n'est exigée. Selon l'article 1253 al. 1^{er} c. civ., « Le propriétaire, le locataire, l'occupant sans titre, (...) est responsable de plein droit (...). »

- L'activité du voisin peut être fautive : ce sera une faute (pénalement incriminée) quand le voisin fait aboyer ses chiens (Crim., 2 juin 2015¹) ; un manquement à une règle d'urbanisme, quand une enseigne lumineuse est apposée sans autorisation (Civ. 3^e, 9 nov. 1976²) ou une imprudence quelconque, quand un câble est arraché par erreur (Civ. 3^e, 13 avril 2005³).
- L'activité peut être parfaitement légale⁴ : ainsi, effectuer des travaux de rénovation sur un immeuble⁵ ou sur la voirie, de sorte que l'accès à un magasin est (temporairement) perturbé ; exercer une activité (de transport aérien), de sorte que la zone résidentielle à proximité de l'aéroport sera bruyante (les propriétés alentours subissant alors une moins-value importante).

Le voisin, auteur des nuisances, pourra invoquer une cause d'exonération avec la *règle de l'antériorité*, inventée par les juges et désormais dotée d'un fondement légal (anc. art. L 112-6 c. construct. et hab.⁶, disposition validée par Cons. constit., 8 avril 2011⁷). Selon l'article 1253 al. 2 c.

¹ Crim., 2 juin 2015, n°14-85.073 (délit d'agression sonore, réprimé par l'art. 222-16 c. pén.) : (abstrat) « (...) le prévenu, en attisant les aboiements de ses chiens et en s'abstenant de prendre les mesures nécessaires pour limiter cette nuisance sonore, a agi en vue de troubler la tranquillité d'autrui ».

² Civ. 3^e, 9 nov. 1976, n°75-12.777, Bull. n°402 ; D. 1977, p. 305, note Denis : (abstrat) « Est justifiée la décision ordonnant l'arasement d'une enseigne lumineuse multicolore apposée, sans autorisation, sur la façade d'un immeuble d'habitation lorsque par son ampleur et sa couleur elle cause aux occupants d'un appartement de sérieux désagréments résultant de la pénétration dans une pièce d'une vive lumière de couleur. »

³ Civ. 3^e, 13 avril 2005, n°03-20.575, Bull. n°89 : « coupure d'électricité à la suite de l'arrachage d'un câble électrique, événement constituant un trouble anormal de voisinage ».

⁴ Civ. 2^e, 3 janv. 1969, n°67-13.391, Bull. n°5 (occupation normale d'un appartement créant une nuisance sonore) : (abstrat) : « l'usage, même normal, d'une chose peut créer des troubles dépassant les inconvénients normaux du voisinage ».

⁵ Civ. 3^e, 22 juin 2005, n°03-20.068, Bull. n°136 ; D. 2006.40 à 47, note Jean-Pierre Karila : les constructeurs sont « pendant le chantier, les voisins occasionnels des propriétaires lésés ».

⁶ Anc. art. L 112-16 c. construct. et hab. (abrogé par la loi du 15 avril 2024) : « Les dommages causés aux occupants d'un bâtiment par des nuisances dues à des activités agricoles, industrielles, artisanales, commerciales ou aéronautiques, n'entraînent pas droit à réparation lorsque le permis de construire afférent au bâtiment exposé à ces nuisances a été demandé ou l'acte authentique constatant l'aliénation ou la prise de bail établi postérieurement à l'existence des activités les occasionnant dès lors que ces activités s'exercent en conformité avec les dispositions législatives ou réglementaires en vigueur et qu'elles se sont poursuivies dans les mêmes conditions. »

⁷ Cons. constit., 8 avril 2011, déc. n°2011-116 QPC, M. Michel Z. et autre [Troubles du voisinage et environnement] : « 7. Considérant que l'article L. 112-16 du code de la construction et de l'habitation interdit à une personne s'estimant victime d'un trouble anormal de voisinage d'engager, sur ce fondement, la responsabilité de l'auteur des nuisances dues à une activité agricole, industrielle, artisanale, commerciale ou aéronautique lorsque cette activité, antérieure à sa propre installation, a été créée et se poursuit dans le respect des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur et, en particulier, de celles qui tendent à la préservation et à la protection de l'environnement ; que cette même disposition ne fait pas obstacle à une action en responsabilité fondée sur la faute ; que, dans ces conditions, l'article L. 112-16 du code de la construction et de l'habitation ne méconnaît ni le principe de responsabilité ni les droits et obligations qui résultent des articles 1er à 4 de la Charte de l'environnement ;

civ., « cette responsabilité n'est pas engagée lorsque le trouble anormal provient d'activités (...) existant antérieurement à (...) la date d'entrée en possession du bien par la personne lésée. »

- Lorsque l'activité (licite : art. 1253 al. 2 in fine c. civ.¹) en cause (et plus précisément, son autorisation²) précède l'installation de nouveaux voisins, ces derniers doivent subir les désagréments actuels du voisinage dans lequel ils s'installent. Les nouveaux-venus sont tenus de prendre en compte l'environnement tel qu'il est lorsqu'ils s'installent.
- En revanche, lorsque l'activité est illicite, la règle de l'antériorité est sans application (Civ. 2^e, 5 oct. 2006³). Il existe un doute quand une activité banale (comme marcher dans son appartement⁴) est en cause.

L'activité du voisin sera donc assimilée à un accident, ce qui peut paraître paradoxal, lorsqu'une activité est banale ou licite. En réalité, cette activité du voisin présente une singularité : elle se distingue du milieu ambiant, notamment quand elle est nouvelle. L'activité se remarque⁵, et, à ce titre, elle devient accident⁶.

133. Le dommage doit constituer un trouble anormal du voisinage. C'est d'ailleurs par ce critère que le régime de la responsabilité pour troubles (anormaux) du voisinage est devenue autonome par rapport à l'article 1240 c. civ. Depuis le milieu XIX^e siècle, la jurisprudence exige que les troubles excèdent « la mesure des obligations ordinaires de voisinage »⁷ : la définition du dommage réparable est donc très spécifique, et doublement.

Premièrement, la notion de *trouble*, c-à-d. d'atteinte à un intérêt légitime juridiquement protégé (supra, n°12), est plus restreinte que le dommage réparable de droit commun.

¹ Art. 1253 al. 2 in fine c. civ. : « Ces activités doivent être conformes aux lois et aux règlements et s'être poursuivies dans les mêmes conditions ou dans des conditions nouvelles qui ne sont pas à l'origine d'une aggravation du trouble anormal. »

² Civ. 2^e, 14 juin 2007, n°05-19.616, Bull. n°164 : selon l'arrêt, « l'auteur des époux X... avait fait l'acquisition de la parcelle litigieuse en novembre 1958 après publication de l'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique de la réalisation de l'aéroport international de Tahiti Faa'a ». L'arrêt protège à l'évidence certains intérêts : la simple publication d'une enquête préalable (dont la fonction officielle consiste à recueillir l'avis des administrés : normalement pour en tenir compte) et l'accroissement du trafic aérien, devenu même nocturne, sont-ils des éléments effectivement dépourvus de pertinence ?

³ Civ. 2^e, 5 oct. 2006, n°05-17.602, Bull. n°255 : mise à l'écart de la règle de l'antériorité, en raison de l'exploitation (sonore et malodorante) en violation des règles légales.

⁴ Civ. 2^e, 3 janv. 1969, n°67-13.391, Bull. n°5 : « l'usage, même normal, de son appartement par Roche, [a pu avoir] pour effet de créer pour Retail, des troubles dépassant les inconvénients normaux du voisinage ».

⁵ Civ. 2^e, 23 oct. 2003, n°02-16303, Bull. n°318 : trouble visuel lié à l'implantation d'un transformateur EDF et à la destruction des arbres qui le masquait.

⁶ Civ. 2^e, 3 janv. 1969, n°67-13.391, préc. mentionne que « depuis l'installation de Roche dans son appartement, les époux Retail avaient eu à souffrir de bruits en provenant ». Le nouveau voisin a adopté une conduite remarquable et remarquée parce que l'ancien voisin n'était pas l'auteur d'un trouble similaire. La cassation a pour fondement le manque de base légale, à savoir une constatation insuffisante des faits.

⁷ Cass., 27 nov. 1844, S. 1844.1.812

– On sait (supra n°14) que la jurisprudence protège des droits acquis, ainsi que des situations de fait profitables (le concubinage), et exclut d'autres intérêts (revenus illicites, intérêts non moraux en cas de concubinage à plusieurs, profit d'un contrat non conclu). L'intérêt légitime définit le dommage réparable.

– Le trouble est un dommage, mais son caractère réparable ne sera acquis que par une appréciation spécifique et restrictive. La privation de soleil consécutive à l'édification d'un immeuble a été jugée comme ne figurant pas parmi les « droits acquis » dont un voisin peut se prévaloir¹ ; l'accroissement du trafic aérien (devenant même nocturne) n'a pas été perçu comme générant un trouble spécifique (Civ. 2^e, 14 juin 2007²). La gêne provoquée par des coqs qui chantent à la campagne ou par la sonnerie de cloches font l'objet d'appréciations mitigées. Le trouble causé par les croassements de batraciens a été retenu³.

La notion de trouble du voisinage signifie que le dommage réparable obéit à une définition spécifique, en réalité plus restreinte que le droit commun (supra n°11, sur le listage des divers préjudices réparables, notamment en cas d'atteinte à la personne). En droit commun, l'atteinte au cadre de vie est un préjudice spécifique réparable : un juge n'aurait pas l'idée de considérer que ce préjudice ne compte pas, car la victime pourrait déménager ailleurs. En présence d'un trouble du voisinage causé par l'accroissement du trafic aérien, la cour de cassation l'admet pourtant (Civ. 2^e, 14 juin 2007, préc.⁴).

Deuxièmement, seul le trouble *anormal* est réparable. Les troubles normaux du voisinage sont donc irréparables, au titre des inconvénients que chacun doit subir en collectivité. Le seuil de nuisance sera atteint, en réalité, quand le cadre de vie est lourdement affecté et que la vie quotidienne devient difficile à supporter, à titre temporaire ou de manière durable. La nuisance sera temporaire quand le voisin réalise des lourds travaux de voirie (de sorte que la clientèle ne fréquente plus le magasin) ou

¹ Civ. 3^e, 21 oct. 2009, n°08-16.692 : (abstrat) « Ayant retenu que nul n'était assuré de conserver son environnement qu'un plan d'urbanisme pouvait toujours remettre en question, la cour d'appel, qui a constaté que l'immeuble habité par la demanderesse avait été construit dans une zone très urbanisée dont l'environnement immédiat était constitué d'immeubles plus élevés et que celle-ci devait, dans un lotissement, s'attendre à être privée d'un avantage d'ensoleillement déjà réduit par sa position au premier étage formant rez-de-chaussée, en a souverainement déduit que la construction de l'immeuble voisin ne constituait pas un trouble anormal du voisinage. »

² Civ. 2^e, 14 juin 2007, n°05-19616, Bull. n°164.

³ Civ. 2^e, 14 décembre 2017, n°16-22.509, Bull. ; D. 2018 p. 995 (« l'émergence du coassement des batraciens atteignait 63 dBA »)

⁴ Civ. 2^e, 14 juin 2007, n°05-19616, préc. : « (...) la zone d'habitat dite de "la cité de l'air" et ses alentours n'a cessé de prendre de la valeur et que le prix du mètre carré dans cette zone est bien supérieur à la moyenne des prix pratiqués au sein d'autres quartiers de la commune de Faa'a ». L'absence de moins-value immobilière compense-t-elle les nuisances sonores liées à l'accroissement du trafic, nocturne notamment ?

exerce temporairement une activité (fête foraine¹) particulièrement bruyante. La nuisance sera durable quand l'activité est malodorante (installation d'une porcherie²) ou bruyante (aéroport, préc.).

134. Lorsque les conditions du régime spécial de responsabilité pour trouble anormal du voisinage sont remplies, la victime sera indemnisée du dommage qu'elle a subi (dans le passé). Elle pourra éventuellement obtenir la destruction de la construction édifiée illicitement³ (en tenant compte des règles spécifiques du code de l'urbanisme), afin de faire cesser le trouble à l'avenir.

Les victimes sont les voisins (occasionnels⁴ lors de travaux conduisant un commerce à perdre sa clientèle ; permanents, notamment en cas de moins-value immobilière). Le responsable (du trouble anormal) sera le propriétaire⁵, à titre définitif (l'activité étant exercée à son profit), sauf à admettre une action récursoire contre l'entrepreneur qui ne l'avertit pas des troubles générés par les travaux⁶ ou contre le locataire (auteur de la nuisance).

135. Le **régime de la responsabilité pour troubles anormaux du voisinage** (qui peut apparaître comme le prototype de la responsabilité environnementale) est donc devenu autonome, en réalité parce que les juges ont cherché à régler la question de la pollution de l'environnement causée par l'activité licite exercée par un voisin. Il fallait concilier la volonté de permettre l'installation d'activités économiques nouvelles (et utiles à la collectivité) avec les nuisances lourdes pesant sur le voisinage. Les juges ont donc « balancé » entre des intérêts contradictoires.

Les juges ont refusé d'indemniser le dommage de droit commun, en exigeant qu'il soit anormal, et qu'il soit un trouble. Cette volonté de restreindre l'indemnisation s'explique : l'auteur d'une activité légale verra peser sur ses épaules une charge économique potentiellement lourde. La charge que représentera l'indemnisation doit donc éviter de dissuader l'installation d'entreprises nouvelles, ainsi

¹ Civ. 2^e, 31 mai 2000, n°98-17.532, Bull. n°94 ; Defrénois, 2001, p. 607, note F. Archer (nuisances sonores liées à une activité de fête foraine).

² Civ. 2^e, 16 mai 1994, n°92-19880, Bull. n°131 (porcherie).

³ Civ. 3^e, 9 nov. 1976, n°75-12777, Bull. n°402 ; Dalloz 1977, p. 305, note Denis (pose illicite d'une enseigne, avec arasement ordonné sous astreinte). Voir : Civ. 2^e, 14 décembre 2017, n°16-22.509, Bull. ; D. 2018 p. 995 (mare abritant des batraciens et construite à dix mètres de la maison des voisins, alors que le terrain est de quinze hectares) : la destruction est imposée, même si la mare n'a pas été construite de manière illicite.

⁴ Incluant le syndicat des copropriétaires : Civ. 3^e, 11 mai 2017, n°16-14.339, Bull. ; Rev. loyers 2017, p. 298, note Vivien Zalewski-Sicard ; revue Loyers et copr. 2017, comm. 145, note Agnès Lebatteux ; RD imm. 2017, p. 343, note Jean-Louis Bergel ; revue Ann. loyers, juin-juillet 2017, p. 45, note Jean-Marc Roux ?

⁵ Civ. 3^e, 21 mai 2008, n°07-13.769, Bull. n°90 : « le propriétaire de l'immeuble et les constructeurs à l'origine des nuisances sont responsables de plein droit des troubles anormaux du voisinage ». En revanche, l'entrepreneur principal, en charge du projet, n'est pas tenu envers la victime, puisqu'il n'est pas l'auteur direct des travaux.

⁶ Civ. 3^e, 22 juin 2005, n°03-20.068, Bull. n°136 ; D. 2006, p. 40 à 47, note Jean-Pierre Karila : le maître de l'ouvrage, pour le compte de qui la construction est réalisée, est tenu envers la victime et dispose, dans certaines circonstances d'un recours intégral à l'encontre des constructeurs (en l'espèce : « il n'était pas démontré par les contrats, les correspondances échangées et le rapport des experts que le maître de l'ouvrage ait été pleinement informé des risques de troubles au voisinage »).

que la poursuite de l'activité d'entreprises anciennes. Seuls les voisins déjà présents obtiendront réparation. Le dommage réparable est donc doublement limité : il est anormal, et il n'est subi que par les voisins déjà présents.

Pour les voisins en question, le « trouble anormal » signifie concrètement que leur environnement se modifie radicalement et deviendra difficilement vivable. Les juges n'ont pas consacré un droit acquis à un environnement stable ou qui resterait vivable. Ils imposent uniquement au voisin (qui exerce la nuisance) d'assumer un risque :

- sa faute n'exerce aucune influence spécifique sur le montant de l'indemnisation ; elle n'est prise en compte que pour détruire ce qui a été construit de manière illicite. La question de la faute commise par un voisin mal élevé ne se pose pas véritablement dans ce régime (en raison de l'option dont dispose la victime : infra).
- ce risque imposera de prendre à sa charge la moins-value générée : il s'agit de permettre aux anciens voisins de pouvoir déménager (en présence d'un trouble permanent) ou de pouvoir survivre (pendant le temps des travaux). La moins-value immobilière et la perte de clientèle d'un commerçant sera donc le dommage réparable, au titre du trouble anormal.

Au final, les juges ne sont pas spécialement généreux envers les victimes. L'environnement est, pour chacun, un aspect déterminant dans la possibilité que les uns et les autres ont d'exercer leurs activités (au sens large : activité professionnelle, repos). Lorsque le voisin crée un environnement invivable pour les autres, il ne prend pas à sa charge toutes les nuisances créées. Les juges effectuent une balance des intérêts entre celui de l'auteur de la nuisance (qui exerce une activité profitable pour la collectivité) et les voisins victimes (qui font partie de l'environnement).

b/ La responsabilité pour abus de droit : un régime autonome au sein de l'article 1240

136. La **responsabilité pour abus de droit** est engagée lorsque le titulaire d'une prérogative l'exerce en respectant objectivement ses conditions d'application, mais dans un but illicite. Un arrêté impose la vente de pain et une voisine (en conflit avec la boulangère) se présente dans la boulangerie ; l'accès du magasin lui est interdit ; la voisine invoque le refus illicite de vente pour

faire condamner en justice la boulangère (Crim., 11 janv. 1889, *Dame Fouque*¹). Selon un adage traditionnel, « Le droit cesse là où l'abus commence ».

- Cette responsabilité donne lieu à un régime autonome, « hébergé » par l'article 1240 c. civ., en suivant le même raisonnement que celui mené jadis en présence d'un trouble du voisinage. Aux yeux des juges, l'article 1240 est considéré comme un texte généraliste (imposant à l'auteur d'un accident de réparer le dommage subi par la victime), qui englobe celui de droit commun (art. 1241 c. civ.) et celui de la responsabilité pour abus de droit (sans texte spécifique)².
- L'absence de texte spécifique est un problème, dans la mesure où l'abus sera caractérisé par une mauvaise intention, c-à-d. par un délit d'opinion (puisque le fait matériel est objectivement correct). C'est une des raisons qui explique la virulence du débat doctrinal qui a opposé l'autonomie de la volonté³ et le solidarisme⁴ dans les années 1930, lorsque la jurisprudence a consacré ce régime de responsabilité.

Ce régime de la responsabilité pour abus de droit se distingue de celui de droit commun par deux traits spécifiques :

- l'accident est établi à partir d'un fait objectivement licite (alors qu'il est objectivement illicite dans la responsabilité pour faute) ;
- pour faire apparaître spécifiquement le but illicite recherché par son auteur, une faute subjective devra être établie.

Le *domaine d'application* de la responsabilité pour abus de droit a vocation à s'appliquer à toute prérogative qu'un titulaire peut exercer. Il interdit, en tant que propriétaire, l'accès à son terrain ou à son magasin ; il demande, en tant que salarié, une indemnité de licenciement en raison de la rupture du contrat de travail ; il exerce, en tant que plaideur, une action en justice. Le domaine d'application de la responsabilité pour abus de droit est donc aussi vaste que celui des prérogatives octroyées par

¹ Crim., 11 janv. 1889, *Dame Fouque*, D.P. 1889.1.222 à 223 ; S. 1889.1.91 : « la dame Fouque, non pour se soustraire à l'application de la taxe, mais pour des motifs de convenance personnelle, a refusé absolument, de vendre du pain et a interdit l'accès de son magasin à une personne déterminée ; qu'une telle interdiction ne peut être considérée comme un refus de vente de pain au prix de la taxe, dans le sens de la loi ; qu'elle constitue, au contraire, le légitime usage d'un droit consacré au profit des boulangers comme de tous autres marchands par l'art. 7 de la loi des 2-17 mars 1791 sur la liberté du commerce et de l'industrie ».

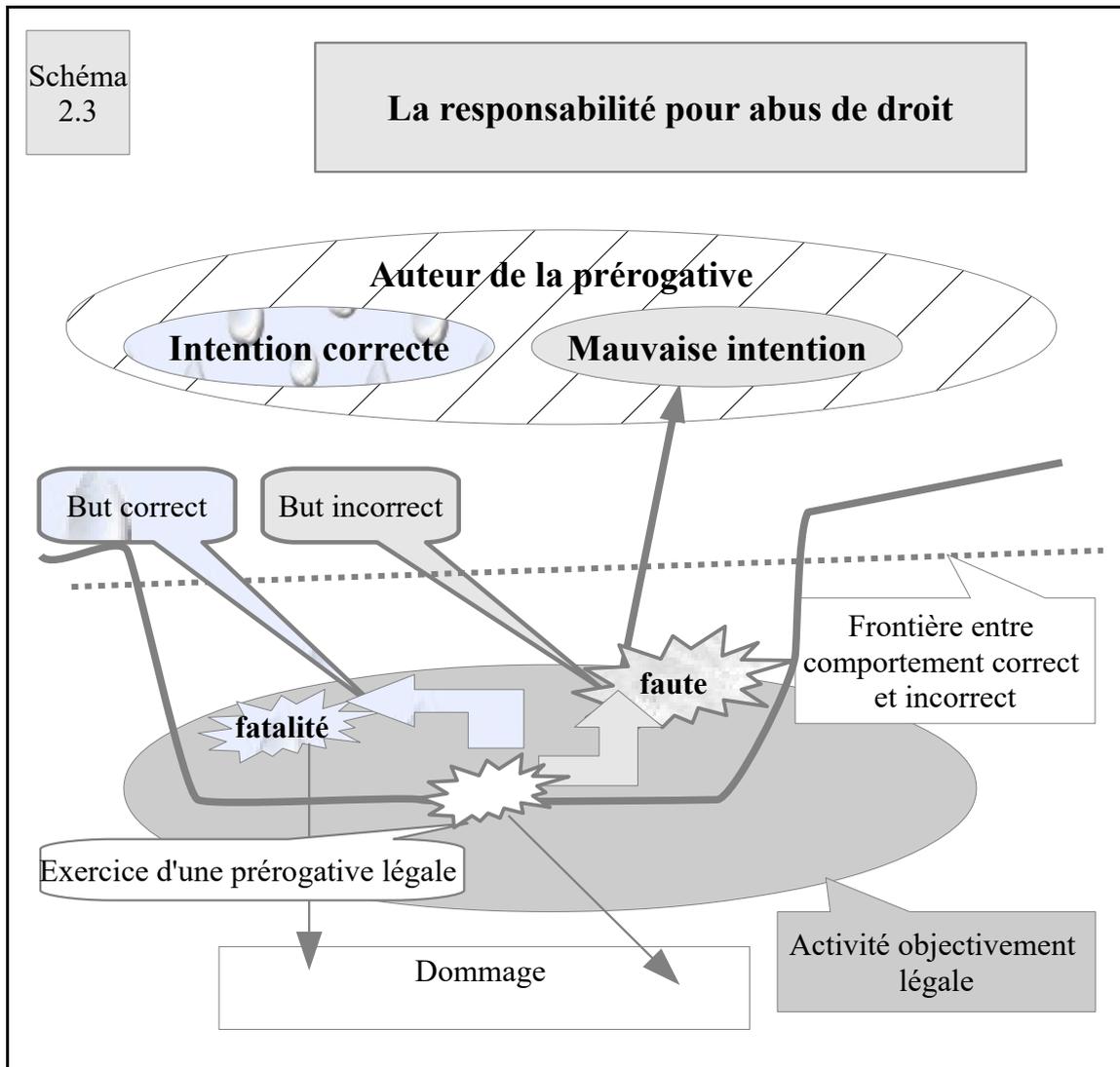
² Com., 13 janvier 2021, n°18-21.860, Bull. (rémunération exceptionnelle d'un dirigeant de société : point 11) ; Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2019, n°15-17.718, Bull. (opposition à mariage) ; Civ. 3^e, 2 février 2005, n°03-15.409 et 03-15.482, Bull. (refus d'accepter un sous-traitant).

³ Georges Ripert, *Abus ou relativité des droits*, Rev. Critique, 1929, p. 33 (critique de la position de Josserand) ; *La règle morale dans les obligations civiles*, n°89, n°103, p. 182 ; Rouast, *Droits discrétionnaires et droits contrôlés*, RTD civ. 1994, p. 1.

⁴ Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, 1939, 2^{ème} éd., Dalloz, 2006, préface de David Deroussin.

le droit lui-même : ester en justice pour établir une filiation, exercer le droit de grève, gérer son bien ...

Le régime de la responsabilité pour abus de droit (schéma 2.3) se caractérise donc par la faute commise par l'auteur de l'abus, et non pas son domaine d'application.



- Cette faute impose, au préalable, d'identifier la prérogative exercée par son auteur : ce fait personnel est objectivement légal (obtenir une indemnité de licenciement au profit d'un salarié privé d'emploi). C'est une condition préalable. À l'inverse, si le fait personnel est objectivement illégal (le salarié ne remplit pas les conditions légales et produit de faux bulletins de salaires), la responsabilité pour faute (de droit commun : art. 1241 c. civ.) régit seule cette fraude. Le domaine d'application de la responsabilité pour abus de droit se distingue donc nécessairement de la responsabilité pour faute de droit commun (infra).

- L'élément matériel apparaîtra spécifiquement par le but dans lequel la prérogative est exercée. La différence entre un but licite et un but illicite apparaîtra en examinant le détail des circonstances. L'un se présente dans une boulangerie pour acheter du pain ; l'autre s'y présente afin d'utiliser le refus de vente pour « régler » un conflit de voisinage.
- L'élément moral de l'abus sera établi quand le titulaire de la prérogative se voit reprocher l'exercice de sa prérogative, parce qu'il recherche (volontairement) le résultat (illicite). La faute est donc subjective. Il est exclu qu'une personne dépourvue de discernement puisse être l'auteur d'un abus.

La responsabilité pour abus de droit est donc une responsabilité pour faute, mais différente de la responsabilité de droit commun. L'abus sera établi quand une prérogative est exercée dans un but illicite (élément matériel) et que l'auteur recherche volontairement (élément moral). L'abus de droit est donc une responsabilité pour faute subjective.

137. La **condition préalable** de la responsabilité pour abus de droit impose d'identifier l'exercice d'une prérogative par son titulaire, ce qui correspond au domaine d'application de ce régime de responsabilité et ce qui permet de le distinguer des autres régimes de responsabilité.

L'exercice d'un droit inclut toutes les prérogatives qu'une personne peut exercer. Aucune différence ne sera établie en fonction de la « qualité » des prérogatives exercées. Un droit constitutionnellement protégé (droit de propriété) est une prérogative, au même titre que l'exercice d'une action en recherche de paternité judiciaire devant le tribunal judiciaire ou qu'une demande d'indemnisation en présence d'un licenciement. Il n'existe aucune hiérarchie parmi les prérogatives ; toutes peuvent être exercées, donc toutes¹ peuvent faire l'objet d'un exercice abusif.

L'exercice d'une prérogative ne pourra être détourné de sa fonction que si le titulaire de la prérogative l'exerce *en respectant les conditions légalement imposées*. Le détournement de droit sera un abus ; l'irrespect du droit est une faute.

- Si le propriétaire d'un terrain refuse l'accès au voisin qui bénéficie d'un « tour d'échelle », parce qu'il ne peut réparer son toit qu'en installant un échafaudage sur le terrain du voisin, le refus sera une faute, objectivement constatée, sanctionnée par l'article 1241 c. civ. Le refus du propriétaire du terrain ne pourra devenir abusif que si le voisin ne bénéficie pas du « tour d'échelle », parce qu'il dispose d'un accès par son propre terrain.

¹ Civ. 3^e, 15 février 1972, n°70-13094 ; Bull. n° 98, p. 71 ; D 1972, p. 463, note E. F. : exercice abusif par un créancier hypothécaire bénéficiant d'une hypothèque inscrite sur plusieurs immeubles de son débiteur.

- Lorsqu'un couple se sépare, il faut identifier le statut du couple pour identifier la prérogative qui est exercée. Si le concubin décide de rompre la relation, en quittant le domicile de l'autre, aucun devoir de cohabitation n'est violé : la rupture est un droit. Si l'époux décide de quitter le logement conjugal, il viole le devoir de cohabitation : c'est une faute, et non pas un droit. En conséquence, la rupture de la cohabitation pourrait donner lieu à abus de droit dans le concubinage, pas dans le mariage.

Le domaine d'application de la responsabilité pour abus de droit rend ce régime spécifique par rapport aux autres. Dans la plupart des autres régimes, l'accident est établi par un fait illicite (la voiture percute le piéton ; le joueur ne respecte pas les règles du jeu ... ; le fou met le feu à la forêt). Dans la responsabilité pour abus de droit (mais également dans la responsabilité de l'état du fait des lois créant une inégalité devant les charges publiques), une condition préalable est requise : un fait licite (à savoir une prérogative) est exercé dans le respect objectif du cadre légal.

138. Le but illicite est l'élément matériel de la responsabilité pour abus de droit. Le juge devra donc constater que l'exercice d'une prérogative est détourné de sa fonction. Les circonstances concrètes montrent l'objectif (illicite) réellement poursuivi par l'auteur de l'abus, à comparer avec l'objectif (licite) qui est recherché par celui qui exerce normalement sa prérogative. L'article 1240 c. civ. est visé en général, mais un texte spécial a été prévu en droit social.

L'article 1240 c. civ. est visé quand une prérogative quelconque est exercée dans un but illicite.

- Un arrêté de taxation (fixant le prix maximal) du pain sanctionnera le refus de vente, afin de permettre à chacun de se nourrir pendant une période d'inflation ; l'arrêté de taxation n'a pas pour objectif de nourrir un conflit de voisinage (Crim., 11 janv. 1889, *Dame Fouque*, préc.)
- Lorsqu'un plaideur saisit le juge d'une demande d'indemnisation (pour obtenir réparation d'un dommage causé par la violation d'une clause de non-concurrence), il doit supporter les frais d'expertise. Si l'objectif n'est pas d'obtenir une indemnisation (à hauteur du dommage effectivement subi : absent en l'espèce), mais d'invoquer un prétexte purement formel pour tracasser le défendeur, l'exercice de l'action en justice devient abusif (Civ. 1^{ère}, 19 novembre 1996¹)².

¹ Civ. 1^{ère}, 19 novembre 1996, n°94-20.207, Bull. n° 404 : face à « la carence des époux Y... à provisionner les frais d'une expertise qu'ils avaient sollicitée, la cour d'appel a pu juger que, en l'absence de préjudice, ils étaient sans intérêt à agir en exécution de la clause contractuelle, caractérisant ainsi l'abus de droit dont procédait leur demande ».

² Voir aussi : Civ. 2^e, 20 avril 2017, n°16-15.936, Bull. (détournement de procédure commise par le créancier lors d'une saisie des rémunérations de son débiteur).

– Le client qui souscrit un contrat d'assurance-vie dispose d'une faculté de rétractation de trente jours, « à compter du moment où [il] est informé que le contrat est conclu. » (art. L. 132-5-1 c. ass.¹). Si le client sait que l'assureur-vie n'a pas respecté cette obligation d'information (et connaît dès la conclusion du contrat sa faculté de rétractation), le client pourra commettre un abus de droit s'il attend le résultat de la gestion pour invoquer son droit. Soit le placement (risqué) est rentable, il ne se rétracte pas. Soit le placement est déficitaire, et le client se rétracte (Civ. 2^e, 28 mars 2019²). L'abus de droit commis par le client sera établi quand il exerce une faculté légalement reconnue (rétractation), dans un but étranger (échapper au risque d'un placement financier).

Des textes spéciaux peuvent établir des cas d'abus spécifiques (tout comme, en droit commun, des règlements sanitaires peuvent établir des fautes spéciales). C'est le cas en droit pénal ou en droit social.

– Le chantage (délict réprimé à l'art. 312-1 c. pén.³) consiste à menacer de « révéler » un fait exact, afin de réaliser une extorsion. Le mécanisme de l'abus de droit est donc décrit : la victime d'une infraction peut déposer plainte. Elle peut conclure un contrat de transaction avec l'auteur de l'infraction⁴ : contre le silence de la victime (qui renonce à porter plainte⁵), l'auteur de l'infraction indemnise la victime. Le chantage débute, lorsque la victime cherche à réaliser une extorsion, en obtenant un avantage manifestement excessif : la prérogative devient alors abusive (et permettra d'annuler contrat : art. 1141 c. civ.⁶)⁷.

¹ Art. 132-5-1 c. ass. : « Toute personne physique qui a signé une proposition ou un contrat d'assurance sur la vie ou de capitalisation a la faculté d'y renoncer par lettre recommandée ou par envoi recommandé électronique, avec demande d'avis de réception, pendant le délai de trente jours calendaires révolus à compter du moment où elle est informée que le contrat est conclu. Ce délai expire le dernier jour à vingt-quatre heures. S'il expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il n'est pas prorogé. La renonciation entraîne la restitution par l'entreprise d'assurance ou de capitalisation de l'intégralité des sommes versées par le contractant, dans le délai maximal de trente jours calendaires révolus à compter de la réception de la lettre recommandée ou de l'envoi recommandé électronique. Au-delà de ce délai, les sommes non restituées produisent de plein droit intérêt au taux légal majoré de moitié durant deux mois, puis, à l'expiration de ce délai de deux mois, au double du taux légal. (...) »

² Civ. 2^e, 28 mars 2019, n°18-15.612, Bull. ; JCP 2019, n°553, note Noguéro : la cour d'appel aurait dû « rechercher, à la date d'exercice de la faculté de renonciation, au regard de la situation concrète de M. et Mme J..., de leur qualité d'assuré averti ou profane et des informations dont ils disposaient réellement, quelle était la finalité de l'exercice de leur droit de renonciation et s'il n'en résultait pas l'existence d'un abus de droit ».

³ Art. 312-10 c. pén. : « Le chantage est le fait d'obtenir, en menaçant de révéler ou d'imputer des faits de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque.

« Le chantage est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. »

⁴ Art. 2044 c. civ. : « La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.

« Ce contrat doit être rédigé par écrit. »

⁵ Art. 2052 c. civ. : « La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet. »

⁶ Art. 1141 c. civ. : « La menace d'une voie de droit ne constitue pas une violence. Il en va autrement lorsque la voie de droit est détournée de son but ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif. »

⁷ *Droit du contrat*, n°258 et suiv.

- Selon l'article L 243-7-2 al. 1^{er} c. sécu. soc.¹, l'abus de droit est établi en présence d'un acte fictif (un pseudo-contrat de travail est conclu, alors que le salarié n'exerce aucune fonction) ou en présence « d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis ». Le texte décrit ce qu'est un abus de droit : la sarl conclut un contrat de travail avec un dirigeant, puis le licencie. Si le dirigeant est licencié, il cesse de travailler et il perçoit une indemnité de licenciement. Si le dirigeant continue de travailler, l'indemnité qu'il perçoit est un salaire : soumis à cotisations sociales (Civ. 2^e, 16 février 2023²).

La caractérisation du but illicite est systématiquement exigée dans la responsabilité pour abus de droit, que son régime soit régi par l'article 1240 c. civ. (texte généraliste) ou par un texte spécifique. Dans tous les cas, un détournement de fonction doit être constaté : utiliser un refus de vente pour régler un conflit de voisinage ; utiliser une action en référé afin d'échapper à l'exécution d'une décision de justice ; exercer une voie de recours afin de retarder l'exécution d'une décision de justice (moyen dilatoire). Le but illicite est l'élément matériel qui fera apparaître l'élément moral.

139. La faute volontaire est l'élément moral qui permet d'imputer l'abus à son auteur. L'auteur de l'abus de droit recherche consciemment l'objectif (illicite) que la prérogative doit remplir. L'imputation repose donc sur une faute subjective (commise par une personne dotée de discernement) spécifique : la faute est volontaire. C'est d'ailleurs par ce moyen que l'on peut distinguer, quand les arrêts sont rédigés de manière approximative, la responsabilité pour abus de droit de celle de droit commun.

L'exigence d'une faute intentionnelle, volontaire ou d'une légèreté blâmable est fréquemment utilisée dans la jurisprudence, en présence d'un abus de droit relevant de l'article 1240 c. civ.

- L'abus du droit de propriété, dans l'affaire *Clément-Bayard* (Req., 3 août 1915³), a été caractérisé par la « seule intention de nuire ». Le refus d'autoriser une réparation (imposant

¹ Art. L 243-7-2 al. 1^{er} c. sécu. soc. : « Afin d'en restituer le véritable caractère, les organismes mentionnés aux articles L. 213-1 et L. 752-1 sont en droit d'écarter, comme ne leur étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes aient un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'aient pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éviter ou d'atténuer les contributions et cotisations sociales d'origine légale ou conventionnelle auxquelles le cotisant est tenu au titre de la législation sociale ou que le cotisant, s'il n'avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées, eu égard à sa situation ou à ses activités réelles. »

² Civ. 2^e, 16 février 2023, n°21-18.322, Bull. : les « licenciements qui n'avaient pas été soumis à cotisations et contributions sociales » donnent lieu à un redressement. Les faits de l'arrêt sont obscurs : si un dirigeant de sarl ne cotise plus en tant que salarié, mais en tant qu'indépendant, le montant des cotisations sociales est différent, mais la protection sociale également.

³ Req., 3 août 1915, n°00-02378, inédit; D.P. 1915.1.79 : « (...) Coquerel a installé sur son terrain attenant à celui de Clément-Bayard, des carcasses en bois de seize mètres de hauteur surmontées de tiges de fer pointues ; que le dispositif ne présentait pour l'exploitation du terrain de Coquerel aucune utilité et n'avait été érigée que dans l'unique but de nuire à Clément-Bayard (...) ; qu'il y avait eu par Coquerel abus de son droit et, d'une part, le condamner à la réparation du dommage causé à un ballon dirigeable de Clément-Bayard, d'autre part, ordonner l'enlèvement des tiges de fer surmontant les carcasses en bois. »

un remboursement à charge du bailleur) doit reposer sur « la mauvaise foi ou la légèreté blâmable »(Civ. 3^e, 12 oct. 1971¹). La faute volontaire est exigée ;

– L'exercice abusif d'une action en justice conduira pareillement les juges à identifier des fautes intentionnelles (Civ. 1^{ère}, 24 avril 2013² : voie de recours exercée dans un but dilatoire ; Civ. 3^e, 15 février 1972 : intention de porter préjudice aux créanciers hypothécaires de second rang³), des fautes commises « de mauvaise foi » (Civ. 2^e, 11 janv. 1973⁴) ou délibérément (Civ. 3^e, 8 février 2023⁵ : référé utilisé pour échapper à l'exécution d'une décision).

– Lorsque la faute intentionnelle n'est pas caractérisée, l'abus de droit ne sera pas établi. Lorsque plusieurs acteurs négocient une cession d'action, celui qui conclut en premier ne commet aucun abus de sa liberté de contracter, « sauf intention de nuire ou (...) manœuvres frauduleuses » (Com., 26 nov. 2003⁶).

En présence d'un texte spécial, l'imputation de l'abus à son auteur imposera d'identifier l'intention (en présence d'un chantage : délit) ou une divergence d'appréciation (en présence d'un redressement effectué dans le cadre de l'article L 243-7-2 al. 1^{er} c. sécu. soc.).

¹ Civ. 3^e, 12 oct. 1971, n°69-14022, Bull n°480 : à propos d'un bailleur d'immeuble qui s'oppose à une transformation du local : la cour d'appel constate l'absence d'intention de nuire et ne caractérise pas « le refus opposé de mauvaise foi ou avec légèreté blâmable ».

² Civ. 1^{ère}, 24 avril 2013, n°11-26.597 : (abstrat) : « La malice étant toujours condamnable, l'abus dans l'exercice d'une voie de recours est caractérisé par les constatations cumulées de l'intention dilatoire, du but de ne pas payer des dettes légitimes et le développement de raisonnements strictement identiques à ceux dont la première décision a clairement et précisément montré l'inanité ».

³ Civ. 3^e, 15 février 1972, n°70-13094 ; Bull. n°98 ; D 1972, p. 463, note E. F. : (le créancier inscrit en premier rang sur plusieurs immeubles renonce à toutes ses hypothèques, sauf celle sur laquelle des créanciers de second rang sont inscrits) « sans rechercher s'il n'existait pas entre Bund, Aubry et Breme, ces tiers acquéreurs n'ayant pas procédé à la purge des hypothèques grevant leur acquisition, une collusion frauduleuse pour reporter la charge de hypothèque de premier rang sur les seuls lots 16 et 17, dans le dessein de frustrer les créanciers inscrits en second rang de leur garantie et d'exonérer ainsi gratuitement les tiers acquéreurs, tenus seulement propter rem, de la charge de la dette, les juges du second degré n'ont pas donné une base légale à leur décision ».

⁴ Civ. 2^e, 11 janv. 1973, n°71-12.446, Bull. n°17 ; Gaz. Pal. 1973.2.710 : (abstrat) « L'exercice d'une action en justice, de même que la défense à une telle action, constitue, en principe, un droit, et ne dégénère en abus pouvant donner naissance à une dette de dommages-intérêts que dans le cas de malice, de mauvaise foi ou d'erreur grossière équipollente au dol ».

⁵ Civ. 3^e, 8 février 2023, n°21-16.473, inédit : « 11. La cour d'appel, par motifs propres et adoptés, a relevé que moins d'un an après l'arrêt du 19 mars 2019 les condamnant à payer des honoraires à M. [Y] et ayant écarté le moyen portant sur leurs doléances relatives à l'implantation de la nouvelle construction en remplacement du chalet, les consorts [B]-[U] avaient saisi le juge des référés aux fins de solliciter une expertise judiciaire destinée à constater cette erreur d'implantation. 12. Elle a également constaté que, malgré cet arrêt et le rejet de cette demande d'expertise par ordonnance du 10 octobre 2019, contre laquelle ils avaient interjeté appel mais n'avaient pas conclu dans le délai requis, les consorts [B]-[U] avaient saisi le juge des référés de la même demande quelques mois plus tard. 13. La cour d'appel, qui a déduit, par ces seuls motifs, que les consorts [B]-[U] avaient saisi, à nouveau, le juge des référés dans le but manifeste de différer l'exécution des décisions irrévocables rendues au profit de M. [Y], a caractérisé l'abus du droit d'agir en justice. »

⁶ Com., 26 nov. 2003, n°00-10.243, *Manoukian*, Bull. n°186 ; D. 2004, p.869, note Dupré-Dallemagne ; D. 2004.Somm.2922, obs. Lamazerolles ; JCP 2004.I.163, n°18 et suiv., obs. Viney ; JCP E 2004. 738, note Stoffel-Munck ; JCP E 2004. 601, n°3 et suiv., obs. Caussain, Deboissy et Wicker ; Dr. et patr. 3/2004. 102, obs. Poracchia ; RTD civ. 2004. 80, obs. Mestre et Fages ; Rev. sociétés 2004. 325, note Mathy ; RDC 2004. 257, obs. D. Mazeaud : « le simple fait de contracter, même en connaissance de cause, avec une personne ayant engagé des pourparlers avec un tiers ne constitue pas, en lui-même et sauf s'il est dicté par l'intention de nuire ou s'accompagne de manœuvres frauduleuses, une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur ».

Sauf texte contraire, l'élément moral de l'abus sera donc établi par une faute volontaire imputable à son auteur. C'est un trait caractéristique de la responsabilité pour abus de droit.

139-1. Certaines décisions de justice confondent le domaine de l'abus de droit et celui de la responsabilité de droit commun.

Selon la religion juive, une lettre (gueth) doit être remise par le mari à la femme en cas de divorce, afin de permettre à celle-ci de se remarier religieusement.

- Si le mari doit remettre la lettre, son refus est une faute (au sens de l'article 1241 c. civ.). Le constat d'une faute simple, objective depuis 1984, doit suffire : il n'y a aucune raison de caractériser la faute volontaire (refus « dicté par l'intention de nuire » en 1972¹, « volontaire et obstiné », en 1994²) ;
- L'abus de droit ne serait concevable que si le mari dispose d'une prérogative (non caractérisée dans les arrêts) de ne pas remettre la lettre et si, dans l'exercice de sa prérogative, il exerce un chantage (but illicite qui n'a pas non plus été évoqué).

L'abus du droit de propriété a été affirmé, sans description du but illicite recherché, dans l'affaire de l'échafaudage (Civ. 3^e, 15 février 2012³). La solution revient à affirmer que le refus de rendre service à son voisin serait fautif, en application de la responsabilité pour faute de droit commun (art. 1241 c. civ.).

Lors de l'exercice d'une action en recherche de paternité naturelle, qui aura pour effet de révéler à la femme mariée l'adultère commis par son mari, la maîtresse ne commettra un abus de droit (d'ester en justice) que si elle cherche, par ce moyen, à « récupérer » le mari ou à créer le scandale (Civ. 2^e, 25 juill. 2001⁴). En revanche, l'action en responsabilité civile (intentée par la femme mariée) contre la maîtresse, sera détournée de sa fonction, quand la première cherche à se venger de la pension alimentaire obtenue par la seconde pour l'enfant. Depuis 1972, l'action en recherche de paternité, même adultérine, est légale. La rédaction de l'arrêt de 2001 laisse entendre que l'adultère ne serait plus une faute civile et ne distingue pas entre l'action en justice exercée par la maîtresse et celle exercée par la femme mariée.

(140- à 148. : réservés)

¹ Civ. 2^e, 13 déc. 1972: D. 1973. 493, note Larroumet : « l'arrêt énonce que si, en principe, l'abstention dommageable ne peut entraîner une responsabilité qu'autant qu'il y avait, pour celui auquel on l'impute, obligation d'accomplir le fait omis, il en est autrement lorsque cette abstention dommageable a été dictée par l'intention de nuire et constitue un abus de droit »

² Civ. 2^e, 12 déc. 1994, n°92-17.098, Bull. : « l'arrêt retient que M. X... ne s'explique pas sur les raisons qui le poussent à refuser de délivrer le " Gueth " et que cette attitude obstinée et volontaire, en interdisant tout remariage religieux à son ex-épouse, cause à celle-ci un préjudice important ».

³ Civ. 3^e, 15 février 2012, n°10-22.899, Bull. n°32 : les circonstances sont caractérisées (« la nécessité de réaliser des travaux sur la toiture du pavillon des époux Y... du côté de la propriété de Mme X..., le refus du maire de la commune de voir installer une nacelle en vue d'effectuer ces travaux à partir de la voie publique, sans passage sur le fonds de Mme X... et le coût disproportionné de toute autre solution au regard de la valeur des travaux à effectuer (...) 'il n'existait aucun autre moyen pour réaliser ces travaux que de passer sur le terrain de Mme X... ») : « celle-ci ne pouvait, sous peine de commettre un abus de droit, s'opposer à l'installation d'un échafaudage en éventail ou sur pieds dans la propriété voisine pour une durée de trois semaines »

⁴ Civ. 2^e, 25 juill. 2001, n°99-21.445, Bull. n°136 ; JCP G 2002.II.10139, note Dimitri Houtcief (adultère, connu de l'épouse lors de l'exercice d'une action en recherche de paternité contre le mari) : « il n'était pas prétendu que M^{me} Y, qui n'a jamais rencontré M^{me} X antérieurement à sa liaison ni au cours de celle-ci, aurait, par son attitude, créé le scandale ou cherché à nuire spécifiquement au conjoint de son amant, qu'il n'était pas davantage soutenu qu'elle aurait à la suite de manœuvres détourné M. X de son épouse, la Cour d'appel a pu décider que le seul fait d'entretenir une liaison avec un homme marié ne constitue pas une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur à l'égard de l'épouse ».

149. Le **régime de la responsabilité pour abus de droit** présente donc des traits spécifiques. L'auteur de l'accident exerce une prérogative en respectant objectivement ses conditions légales d'exercice ; pour commettre un abus, il faut caractériser un but illicite que l'auteur recherche (volontairement). L'imputation, dans ce régime, se différencie de celle de droit commun : la faute est volontaire dans le premier, la faute est objective dans le second.

Ce régime de responsabilité possède également un champ d'application entièrement différent de celui du droit commun : soit le fait juridique est légal, soit il est illégal. La victime d'un abus de droit n'aura donc pas de choix à faire. Il en ira autrement, en présence d'un abus de la liberté d'expression.

c/ La responsabilité civile pour « abus de la liberté d'expression »

150. La **responsabilité civile pour « abus de la liberté d'expression »** s'applique à ceux qui, dans le cadre de l'expression de leurs opinions, tiennent des propos fautifs consistant à mentir, insulter ou dénigrer. Les victimes subiront un préjudice moral (atteinte à la considération d'une personne) et/ou patrimonial (perte d'emploi pour une personne physique, perte de clientèle quand une marque ou un produit est dénigré). Ce régime spécial de responsabilité, né récemment, possède un domaine d'application limité à l'expression, et son régime n'est toujours pas unifié.

Le régime de responsabilité pour abus de la liberté d'expression n'est devenu spécifique qu'au début du XXI^e siècle.

- Tout au long du XX^e siècle, la jurisprudence française a soumis au droit commun (art. 1241 c. civ.) l'expression de chacun, sans distinguer entre la vérité et l'opinion, ni considérer qu'une prérogative spécifique serait en cause (de sorte que la responsabilité pour abus de droit ne s'appliquait pas non plus).
- Les écrits publiés par les historiens étaient donc gouvernés par le droit commun et considérés comme une activité quelconque. Lorsque les faits révélés par un historien étaient exacts, il ne commettait aucune faute¹. Lorsqu'il omettait de citer un acteur² ou un événement, il commettait une négligence ou un mensonge en

¹ Civ. 1^{ère}, 15 juin 1994, n°92-16471, Bull. n°218 (absence de faute commise par l'historien qui révèle les liens entre une femme et des nazis) : « Indépendamment des dispositions spéciales concernant la presse et l'édition et eu égard au droit du public à l'information, l'auteur d'une oeuvre relatant des faits historiques engage sa responsabilité à l'égard des personnes concernées lorsque la présentation des thèses soutenues manifeste, par dénaturation, falsification ou négligence grave, un mépris flagrant pour la recherche de la vérité. »

² Civ., 27 fév. 1951, *Branly*, préc. : « l'abstention, même non dictée par la malice et l'intention de nuire, engage la responsabilité de son auteur lorsque le fait omis devait être accompli soit en vertu d'une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle, soit aussi, dans l'ordre professionnel, s'il s'agit notamment d'un historien, en vertu des exigences d'une information objective ».

application de l'article 1241 c. civ. (faute subjective avant 1984 ; faute objective après). Lorsque la faute est devenue objective, l'élément moral a disparu : une erreur est donc devenue une faute.

- Dans les années 1990, le contrôle exercé par la cour de cassation sur les auteurs de propos politiquement incorrects s'est renforcé. Deux affaires, notamment, ont défrayé la chronique : celle du « point de détail » (Civ. 2^e, 18 décembre 1995¹) et celle des *Guignols de l'info* (Civ. 2^e, 2 avril 1997²) dans laquelle avaient été jugés fautifs les propos « outranciers » tenus par des humoristes au sujet d'une marque de voiture. Les commentaires incisifs de la doctrine (notamment celui de Bernard Edelman : « Riez des hommes, respectez le marché : telle pourrait être la triste leçon que nous inflige la Cour de cassation. »³) ont conduit la cour de cassation à effectuer un revirement de jurisprudence.
- Depuis ses arrêts d'Assemblée plénière de 2000 (A.P., 12 juill. 2000, *Guignols de l'info*⁴ et celui rendu le même jour⁵), la jurisprudence a établi progressivement un régime spécifique par rapport au régime (lui aussi spécifique) de la responsabilité pour abus de droit (supra) : son domaine d'application est restreint à l'expression des opinions ; son régime est dual.

¹ Civ. 2^e, 18 décembre 1995, n°91-14785, Bull. n°314 : (abstrat) « Ayant énoncé à bon droit que les victimes d'agissements ou de propos non constitutifs d'un des délits de la loi du 1er juillet 1972 peuvent agir sur le fondement de l'article 1382 [1240] du Code civil en réparation de leur préjudice, une cour d'appel, retenant exactement que les propos d'un homme politique, lors d'une émission radiophonique, qualifiant le mode d'extermination utilisé dans les camps où étaient détenus des juifs et des tziganes de " point de détail ", n'étaient pas constitutifs du délit de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à raison de l'origine ou de l'appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, a pu déduire que l'expression employée, choquante et intolérable en ce qu'elle rendait moins spécifiquement dramatiques les persécutions et les souffrances infligées, proférée publiquement à la radio, était constitutive d'une faute. »

² Civ. 2^e, 2 avril 1997, n°95-14.687 n°113 ; D. 1997. 411 à 414, note Bernard Edelman ; D. 1998. Chron. 183, Gridel ; JCP 1998.II.10010, note Bigot ; JCP 1998.I.185, n°11 et suiv., obs. Viney (émission satirique dans laquelle les propos prêtés à la marionnette du pdg de la société avaient, selon la société, pour effet de « dévalorise[r] les produits de sa marque et lui cause[r] un préjudice ») : « le caractère outrancier, provocateur et renouvelé des propos tenus s'appliquant à la production de la société Automobiles Citroën, d'où résultait l'existence d'une faute, et alors que l'application de l'article 1382 [1240] du Code civil n'exige pas l'existence d'une intention de nuire ».

³ Bernard Edelman, D. 1997. 411 à 414

⁴ A.P., 12 juillet 2000, n°99-11155 (rendu sur renvoi après cassation de l'arrêt de 1997, préc.), Bull. n°7 ; BICC 15 nov. 2000, concl. Joinet, rapp. Bargue ; D. 2000. Somm. 463, obs. Jourdain ; D. 2001. 259, note Edelman ; JCP 2000.II.10439, note A. Lepage ; JCP 2000.I. 280, n°2, obs. Viney ; Defrénois 2002, article 37535, p. 602, note Brun et S. Piedelièvre ; LPA 14 août 2000, note Derieux (3e esp.) ; RTD civ. 2000. 842, obs. Jourdain : « les propos incriminés relevaient de la liberté d'expression sans créer aucun risque de confusion entre la réalité et l'œuvre satirique ».

⁵ A.P., 12 juillet 2000, n°98-10160, Bull. n°8 (imputation de faits de torture commis pendant la guerre d'Algérie) : « les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ; qu'ayant retenu que la publication des propos litigieux relevait des dispositions de l'article 34, alinéa 1er ». Selon l'art. 34 al. 1er, la diffamation ou l'injure dirigée contre la mémoire des morts n'est punissable que si les auteurs de l'infraction ont l'intention de porter atteinte à l'honneur des héritiers.

151. Le **domaine d'application** de la responsabilité pour abus de la liberté d'expression est limité aux « opinions », c-à-d. aux appréciations ou jugements de valeur, à l'exclusion des propos qui doivent être fiables (et donc exprimer la vérité). Parmi les paroles (au sens large d'expression orale, écrite, dessinée, peinte ...), certaines seront donc des opinions, et non les autres. Au sein des opinions, la liberté de leur expression (dans la sphère publique) n'est pas générale.

Au sein des paroles (c-à-d. des signes qui ont un sens précis, émis par un auteur et compris par son destinataire), certaines expriment des opinions, alors que d'autres expriment des vérités. La différence de statut au sein des paroles donne lieu à un consensus social qui n'est pas figé.

– Lorsque l'auteur d'une parole est tenu de dire la vérité, il n'exprime pas une « opinion », et s'il ne dit pas la vérité, il sera l'auteur d'un mensonge. Lors de la conclusion d'un contrat, le vendeur du véhicule doit révéler à l'acquéreur potentiel l'absence de freins ou de contrôle technique, faute de quoi il sera l'auteur d'une faute (mensonge¹). Lorsqu'un médecin affirme à une patiente enceinte qu'elle est immunisée contre la rubéole, alors que le test révèle qu'elle est actuellement atteinte de la maladie, il commet une faute : sa parole est inexacte. Lorsqu'un témoin dénonce un fait dont il a connaissance au parquet (ce qu'il doit faire parfois : supra, abstention fautive), ce qui est dit doit être exact : il y aura faux témoignage ou dénonciation calomnieuse lorsque le fait dénoncé est mensonger. Lors de nombreuses activités sociales, la parole inexacte est une faute quand l'auteur d'un propos est tenu de décrire de manière fiable la réalité : le destinataire doit pouvoir s'y fier.

– L'opinion est un jugement (de valeur) personnel qui, pour son auteur, exprime la vérité, soit qu'il éprouve véritablement un sentiment négatif au sujet de telle ou telle personne ou de la saveur de tel aliment, soit qu'il affirme que tel médicament est dangereux pour la santé. Lorsque l'opinion exprime un goût (ou un dégoût) personnel, une préférence, un sentiment ou une croyance, la parole possède un statut social spécifique : le destinataire de la parole sait qu'elle ne décrit pas de manière fiable la réalité, mais une réalité purement subjective et propre à son auteur. L'expression d'une opinion (négative) au sujet d'une personne ou d'un produit est donc socialement considérée comme exprimant un sentiment et non la vérité.

En pratique, la différence entre le monde réel et le monde des sentiments, entre vérité et opinion, est délicate à effectuer, en raison du mélange entre éléments factuels et appréciations plus personnelles. Lorsqu'une revue prétend qu'une personne est sale ou qu'un

¹ Art. 1137 al. 1^{er} c. civ. : « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. (...) ».

produit est dangereux, est-on en présence d'une opinion (que de nombreux destinataires vont désormais partager) ou d'une vérité en cours d'établissement ? Lorsqu'un expert psychiatre donne son avis au sujet de la dangerosité potentielle d'un délinquant, est-ce une opinion ou une vérité ? La première difficulté consiste donc à distinguer opinion et vérité, sachant que la vérité est exigée dans certains domaines de la vie sociale.

Dans les domaines de la vie sociale où l'opinion a cours, la *liberté d'expression* est reconnue au profit des auteurs de propos (au sens large) tenus publiquement ou en privé. En l'état actuel du droit, l'opinion exprimée en privé est complètement libre : aucun texte n'établit d'abus¹. En revanche, l'opinion publiquement exprimée est une liberté qui peut dégénérer en abus. Son statut est garanti par la Constitution et par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme.

– Selon l'article 11 de la déclaration des droits de l'homme de 1789, « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, *sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». La liberté d'expression est protégée par le conseil constitutionnel. Afin de garantir le pluralisme de la presse, une loi a pu limiter la concentration des organes de presse écrite (Cons. constit., 11 octobre 1984²). Afin de garantir la liberté d'accès à internet, le conseil constitutionnel a contrôlé les restrictions imposées par le législateur (Cons. constit., 10 juin 2009³). Avec la loi du 22 décembre 2018⁴, le législateur a manifesté sa volonté de lutter contre les « fake news » en suspendant le service de radio ou de télévision diffusant de fausses informations, notion ayant donné lieu à une réserve d'interprétation du conseil constitutionnel (Cons. constit., 20 décembre 2018⁵). Avec la loi du 24 juin 2020 dite loi Avia⁶, le législateur a entendu lutter contre la haine sur les réseaux sociaux, mais cette loi a été presque entièrement invalidée par le conseil constitutionnel (Cons. constit., 18 juin 2020⁷).

¹ Civ. 1^{ère}, 6 déc. 2007, n°06-21.014, Bull. n°378 : « Le caractère confidentiel de la télécopie litigieuse demeure même si son rédacteur, en l'adressant à un tiers qui en a transmis le contenu à la personne diffamée, avait manifestement entendu s'adresser directement à celle-ci par l'intermédiaire du destinataire de la télécopie ».

² Cons. constit., 11 octobre 1984, déc. n°84-181 DC, *Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, cons. 37 : le droit de libre communication et la liberté de parler, écrire et imprimer constituent « une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale ».

³ Cons. constit., 10 juin 2009, déc. n°2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, cons. 15.

⁴ Loi n°2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information, art. 11 : « les opérateurs de plateforme en ligne [...] mettent en œuvre des mesures pour lutter contre la diffusion de fausses informations susceptibles de troubler l'ordre public ou d'altérer la sincérité d'un scrutin [...] ».

⁵ Cons. constit., 20 décembre 2018, déc. n°2018-773 DC, *Loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information*, point 51 :

⁶ Loi n°2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet [dite loi Avia], art. 13 à 15 (prévention de la diffusion de contenus haineux en ligne)

⁷ Cons. constit., 18 juin 2020, déc. n° 2020-801 DC, *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*

– Selon l'article 10 conv. edh.¹, « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. », l'article 10.2 précisant les différents cas dans lesquels des restrictions sont admises (sécurité nationale, protection de la réputation, informations confidentielles ... santé publique²). La cour européenne des droits de l'homme sanctionne régulièrement les juridictions françaises pour leur absence de respect de la liberté d'expression³.

La liberté d'expression est donc une question sensible, puisque l'expression publique des opinions est de nature à influencer l'opinion publique, ce qui en fait un enjeu de pouvoir majeur dans la société. La volonté de contrôler la vérité (au nom de la lutte contre la haine ou les « fake news ») et celle de protéger la santé publique (lutte contre le tabagisme⁴ ...) prendront la forme juridique de l'abus, au même titre que les autres interdits, destinés à protéger les personnes victimes de dénonciations calomnieuses, d'atteintes à leur vie privée ... L'abus de la liberté d'expression est ce qui rend réparable le dommage subi par la victime ; en l'absence d'abus, la victime subira la déconsidération sociale ou la perte de clientèle avec la tolérance qui s'impose.

¹ Art. 10 conv. edh. : « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

² Cour EDH, 5 mars 2009, 5^e sect., req. n°26935/05, aff. *Société de conception de presse et d'édition contre France* : point 59. « Compte tenu de l'importance de la protection de la santé publique, de la nécessité de lutter contre le fléau social que constitue, dans nos sociétés, le tabagisme, du besoin social impérieux d'agir dans ce domaine, et de l'existence d'un consensus européen sur la question de l'interdiction de la publicité en faveur du tabac, la Cour considère que les restrictions apportées en l'espèce à la liberté d'expression des requérants répondait à un tel besoin, et n'étaient pas disproportionnées au but légitime poursuivi. »

³ Cour EDH, 11 avril 2006, 2^e sect., req. n°71343/01, aff. *Brasilier c. France* (violation par Crim., 19 décembre 2000 en présence d'un candidat dénonçant une fraude électorale) ; Cour EDH, 15 janvier 2009, 5^e sect., req. n°20985/05, aff. *Orban et autres contre France* (violation par la Crim., 7 déc. 2004, n°30-82832, Bull. n°310, voyant une apologie de la torture dans la publication des souvenirs d'un général) ; Cour EDH, 14 mars 2013, *Eon c/ France*, req. n°26118/10 (violation de l'art. 10 conv. edh. à raison de la condamnation pour offense au président de la République française d'un militant politique qui avait brandi un écriteau portant la formule « casse toi pov'con », prononcée par le président quelques mois plus tôt. La cour edh. a jugé que le délit d'offense au président de la République ne respectait pas les garanties fondamentales dans une société démocratique).

⁴ Art. L. 3511-3 c. santé pub. : « La propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur du tabac, des produits du tabac ou des ingrédients définis au deuxième alinéa de l'article L. 3511-1 ainsi que toute distribution gratuite ou vente d'un produit du tabac à un prix de nature promotionnelle contraire aux objectifs de santé publique sont interdites. »

152. Lorsque le **régime de la responsabilité pour abus de la liberté d'expression** est devenu spécifique au début du XXI^e siècle (A.P., 12 juill. 2000, *Guignols de l'info*¹), la jurisprudence a dû identifier les abus, en distinguant donc les expressions publiques interdites (abusives) et celles qui exprimaient la liberté d'opinion de leurs auteurs. Deux sous-régimes ont été établis, en distinguant selon le type de dommage subi, soit le dommage moral résultant de l'atteinte à la considération de la personne, soit le dommage économique causé par le dénigrement d'une marque ou d'un produit. Une *personne (physique ou morale) sera victime* d'un abus de la liberté d'expression quand l'abus est établi par une loi pénale. Dans le régime spécial de l'abus de la liberté d'expression, l'identité des fautes civiles et pénales est donc rétablie : si l'infraction pénale n'est pas établie, la victime ne subit aucun abus.

- Les « abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 »² sur la liberté de la presse conduiront donc à identifier des infractions spécifiques (de nature à remettre en cause la paix publique) : la provocation à la haine³, la diffamation⁴ (qui affirme l'existence d'un fait) et l'injure publique⁵ (insulte dépourvu d'imputation de fait) sont les principales infractions établies par la loi. Si la victime ne saisit pas les juridictions répressives, en respectant la procédure pointilleuse établie (que seul un avocat spécialisé, donc coûteux, est à même de respecter), l'infraction ne sera pas constatée⁶ : et donc la victime n'aura aucun droit à indemnisation au civil. L'opinion relevant de la loi de 1881 est une opinion exprimée publiquement ; l'opinion exprimée en privé n'est pas punissable.

¹ A.P., 12 juillet 2000, n°99-19.004, *affaire des Guignols de l'info*, préc., Bull. n°7 ; Defrénois 2002, art. 37535, p. 602-607, note Philippe Brun et Stéphane Piedelievre ; Bernard Edelman, *Riez des hommes, respectez le marché*, D. 1997, p. 411 à 414 : « les propos mettant en cause les véhicules de la marque s'inscrivaient dans le cadre d'une émission satirique diffusée par une entreprise de communication audiovisuelle et ne pouvaient être dissociés de la caricature faite de M. X..., de sorte que les propos incriminés relevaient de la liberté d'expression sans créer aucun risque de confusion entre la réalité et l'oeuvre satirique ».

² Civ. 1^{ère}, 6 octobre 2011, n°10-18.142, Bull. n°159 (blog dénigrant le maire d'Orléans, mais sans injure, ni diffamation) : « Les abus de la liberté d'expression ne peuvent être réprimés que par la loi du 29 juillet 1881 ».

³ Loi du 29 juillet 1881 loi sur la liberté de la presse (...), art. 24 : (...) « (loi n°72-546 du 1^{er} juillet 1972) « Ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23, auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, seront punis d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement ». Voir : Crim., 17 mars 2015, n°13-87.922, inédit : (abstrat) « Constituant une provocation à la haine ou à la violence au sens de l'article 24, alinéa 6, de la loi du 29 juillet 1881 les propos ou écrits tendant à susciter un sentiment de rejet ou d'hostilité envers une personne ou un groupe de personnes à raison, notamment, d'une religion déterminée. »

⁴ Art. 29 al. 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881 loi sur la liberté de la presse : « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. »

⁵ Art. 29 al. 2 de la loi du 29 juillet 1881 loi sur la liberté de la presse : « Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure. »

⁶ Civ. 1^{ère}, 6 octobre 2011, n°10-18.142, Bull. n°159.

– Le délit de dénonciation calomnieuse (art. 226-10 c. pén.¹) doit être établi pour que la victime puisse obtenir réparation des allégations mensongères et non publiques² portées à son encontre. Si le père, accusé de violer ses enfants, n'arrive pas à prouver non seulement l'absence de viol, mais également l'intention de nuire de sa femme, qui devait savoir que les accusations qu'elle portait ne reposaient sur aucun fait, le père sera privé de toute indemnisation (Civ. 2^e, 24 novembre 2022³). La faute pénale est identique à la faute civile (l'indemnisation étant octroyée au visa de l'article 1240 c. civ.) (Civ. 1^{ère}, 24 mai 2017⁴).

L'exigence d'une faute pénale pour établir l'abus de la liberté d'expression impose donc à la victime d'établir l'existence d'un fait illicite (à savoir une parole interdite) et d'une intention (propre au délit pénal). Ce régime se distingue donc de l'abus de droit, qui suppose qu'une prérogative licite soit exercée, dans un but illicite, en commettant une faute volontaire.

En présence d'un *dénigrement d'un produit ou d'une marque*, le sous-régime applicable est très différent. Il est hébergé à l'article 1240 c. civ., mais l'abus ne sera établi que dans le cadre de l'article 10 conv. edh. (Civ. 1^{ère}, 8 avril 2008⁵). L'auteur de l'abus engage sa responsabilité quand sa critique (son opinion) est excessive parce qu'elle manque d'éléments factuels.

– La critique, même excessive, est autorisée. Il en va ainsi pour la critique gastronomique (Civ. 2^e, 23 janvier 2003⁶). Une association de lutte contre l'énergie nucléaire a pu associer la marque d'une entreprise du secteur nucléaire avec une tête de mort et des slogans hostiles : la caricature a été estimée conforme et proportionnée (Civ. 1^{ère}, 8 avril 2008⁷). Un organe de presse écrite a pu décrire un médicament comme un poison, dès

¹ Art. 226-10 al. 1^{er} c. pén. : « La dénonciation, effectuée par tout moyen et dirigée contre une personne déterminée, d'un fait qui est de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires et que l'on sait totalement ou partiellement inexact, lorsqu'elle est adressée soit à un officier de justice ou de police administrative ou judiciaire, soit à une autorité ayant le pouvoir d'y donner suite ou de saisir l'autorité compétente, soit aux supérieurs hiérarchiques ou à l'employeur de la personne dénoncée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. »

² Civ. 1^{ère}, 6 déc. 2007, n°06-15.290, Bull. n°382 : « Ne relèvent pas de la loi du 29 juillet 1881 les agissements d'une personne consistant à porter atteinte à la réputation et à la dignité d'une autre par le biais de lettres adressées à l'employeur de celle-ci, lesquels constituent des faits de dénonciation calomnieuse ».

³ Civ. 2^e, 24 novembre 2022, n°21-17.167, Bull. : « En dehors des cas visés par les articles 91, 472 et 516 du code de procédure pénale, la dénonciation auprès de l'autorité judiciaire de faits de nature à être sanctionnés pénalement, fussent-ils inexacts, ne peut être considérée comme fautive. Il n'en va autrement que s'il est établi que son auteur avait connaissance de l'inexactitude des faits dénoncés, le délit de dénonciation calomnieuse, prévu et réprimé à l'article 226-10 du code pénal, étant alors caractérisé. »

⁴ Civ. 1^{ère}, 24 mai 2017, n°16-16.773, Bull. : (abstrat) « Ayant caractérisé, en ses éléments matériel et moral, l'infraction de dénonciation calomnieuse, prévue et réprimée par l'article 226-10 du code pénal, constitutive d'une faute civile, une juridiction de proximité en a déduit, à bon droit, que la responsabilité de son auteur était engagée, à l'égard de la victime, sur le fondement de l'article 1382, devenu 1240, du code civil. »

⁵ Civ. 1^{ère}, 8 avril 2008, n°07-11.251, Bull. n°104 : le visa (« Vu les articles [1240] du code civil, ensemble l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ») indique qu'une faute simple est exclue (l'expression libre ne relève pas d'une activité banale).

⁶ Civ. 2^e, 23 janvier 2003, n°01-12.848, Bull. n°15 : « La critique gastronomique est libre et permet la libre appréciation de la qualité ou de la préparation des produits servis dans un restaurant. »

⁷ Civ. 1^{ère}, 8 avril 2008, n°07-11.251, Bull. n°104 : « ces associations agissant conformément à leur objet, dans un but d'intérêt général et de santé publique par des moyens proportionnés à cette fin, n'avaient pas abusé de leur droit de libre expression ».

lors qu'il existait une petite base factuelle sur l'innocuité du médicament en question (Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2018¹).

- En revanche, sera un dénigrement le fait de rapporter une information tronquée, donc dépourvue de base factuelle suffisante. Quand une société en accuse une autre de contrefaçon, et qu'elle en informe le public ou la clientèle de son concurrent, le dénigrement est établi quand l'action en contrefaçon a été rejetée (Com., 9 janvier 2019²). Le dénigrement suppose le discernement (bien qu'un arrêt isolé n'ait pas exigé l'intention³). La faute est consciente et volontaire.

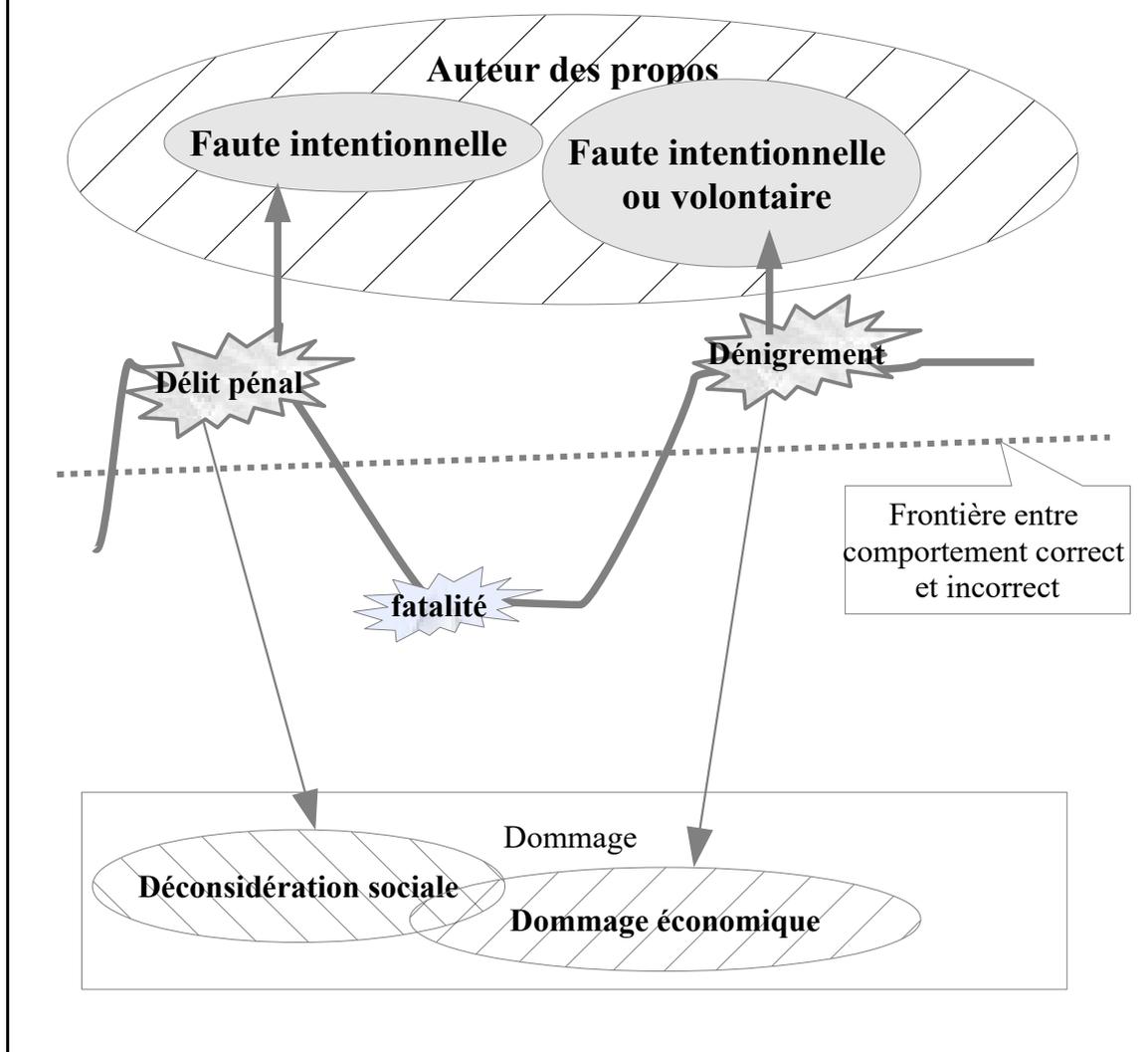
Le régime de responsabilité qui pèse sur l'auteur d'un abus de sa liberté d'expression est donc dual (schéma 2.4). La personne (physique), visée par celui qui s'exprime, doit invoquer un délit pénal pour obtenir réparation de sa déconsidération sociale (et ses suites : perte d'emploi). Les marques et produits, visés par une critique, sont davantage protégés : l'auteur d'une critique est moins protégé par l'article 10 conv. edh. Le régime dual inventé par la jurisprudence a pour résultat d'exposer les personnes (physiques) à des dommages (patrimoniaux et moraux) assimilés à la fatalité, tandis que les fabricants de produits bénéficieront d'une protection nettement accrue (régime du dénigrement).

¹ Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2018, n°17-21.457, Bull. n°136 ; RLDAff. 2018, n°6510 ; JCP G 2018.II.1042, note Julien Rayanud ; RJDA 2018, n°783 : « d'une part, que les publications litigieuses s'inscrivaient dans un débat d'intérêt général portant sur la santé publique, d'autre part, que l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé avait, à la suite de malaises de nourrissons, pris des décisions de suspension de l'Uvestérol, puis émis une note d'information de pharmacovigilance relative à ce médicament, de sorte que les critiques en cause, même sévères, ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression ».

² Com., 9 janvier 2019, n°17-18.350, Bull. : « la divulgation à la clientèle, par la société Plicosa, d'une action en contrefaçon n'ayant pas donné lieu à une décision de justice, dépourvue de base factuelle suffisante en ce qu'elle ne reposait que sur le seul acte de poursuite engagé par le titulaire des droits, constituait un dénigrement fautif ».

³ Un arrêt (isolé, délicat à interpréter) a semblé se contenter d'une faute objective, sans élément moral. Voir : Civ. 1^{ère}, 12 décembre 2018, n°17-31.758, Bull. : « la publication, par l'une, de propos de nature à jeter le discrédit sur un produit fabriqué ou commercialisé par l'autre, peut constituer un acte de dénigrement, sans que la caractérisation d'une telle faute exige la constatation d'un élément intentionnel ».

La responsabilité pour abus de la liberté d'expression



(153- à 158. : réservés)

159. La **responsabilité pour abus de la liberté d'expression** impose à l'auteur d'une parole illicite de réparer les dommages (patrimoniaux et extra-patrimoniaux) subis par les victimes. La jurisprudence a fortement évolué, et le résultat actuel peut sembler mitigé.

Jusque dans les années 1990, la cour de cassation a soumis les auteurs de propos incorrects au droit commun (art. 1241 c. civ.) : l'exigence d'une faute concrète (tenant compte des circonstances différentes s'imposant aux humoristes et aux historiens) a donc conduit à sanctionner les mensonges

de certains historiens, les dénigrement effectués par des professionnels au sujet des produits ou service de leurs concurrents, tout en admettant les outrances des humoristes.

À partir des années 1990, la jurisprudence est devenue « politiquement correcte » : même l'humour des *Guignols de l'info* ne passait plus. Au début des années 2000, la cour de cassation a prétendu respecter la liberté d'expression en refusant toute protection aux personnes (physiques et morales), sauf quand elles étaient victimes de délits (pénalement incriminés) portant atteinte à leur considération. Selon la cour de cassation, les propos mensongers relèvent de la liberté d'expression et ne sont plus sanctionnés¹. Ce libéralisme n'est qu'apparent : si l'auteur d'un témoignage historique² ou d'une plaisanterie ne bat pas suffisamment sa coulpe, la liberté d'expression n'a plus cours. La cour de cassation continue de contrôler strictement ce qui relève de l'humour et de ce qui n'en relève pas (ainsi, les plaisanteries jugées déplacées³ ou non drôles⁴, soumises à la responsabilité de droit commun : art. 1241 c. civ.). Dans ces conditions, la cour edh. est fréquemment saisie : la France (à raison des arrêts rendus par la cour de cassation) est souvent condamnée pour irrespect de la liberté d'expression. Le bilan général de la jurisprudence française n'est pas convaincant.

L'appréciation de la notion d'abus de la liberté d'expression montre qu'il existe une tension entre deux options politiques, l'une dirigiste (et majoritairement inspirée par le solidarisme), l'autre libérale (et essentiellement influencée par l'autonomie de la volonté).

¹ Civ. 1^{ère}, 10 avril 2013, n°12-10.177 ; Bull. 2013, I, n° 67. ; Gazette du Palais, n° 139-143, 19-23 mai 2013, Jurisprudence, p. 5 à 7, note Emmanuel Dreyer ; Revue Lamy droit civi 2013, Actualités, n° 5128, p. 49, note Elodie Pouliquen (mensonge) : « Viole par fausse application l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme la cour d'appel qui interdit la reproduction de propos litigieux sur un site internet au motif que ceux-ci revêtent un caractère mensonger, alors que la liberté d'expression est un droit dont l'exercice ne revêt un caractère abusif que dans les cas spécialement déterminés par la loi, et que les propos litigieux reproduits, fussent-ils mensongers, n'entrent dans aucun de ces cas. »

² Crim., 7 déc. 2004, n°30-82832, Bull. n°310, voyant une apologie de la torture dans la publication des souvenirs d'un général : « Attendu que, pour reconnaître à certains des propos incriminés un caractère apologétique, l'arrêt énonce que l'apologie au sens de l'article 24, alinéa 3, de la loi sur la presse n'est pas synonyme d'éloge ni de provocation directe ; que les juges relèvent que, dans plusieurs passages de son livre, Paul Aussaresses assortit son récit de commentaires sur l'emploi de la torture ou la pratique des exécutions sommaires qui, au nom de l'efficacité, tendent à les légitimer et incitent à porter sur elles un jugement favorable ; qu'ils retiennent encore que l'éditeur ne prend aucune distance vis-à-vis du texte et glorifie même son auteur en le présentant comme une « légende vivante » ; »

³ Soc., 20 avril 2022, n°20-10.852, *aff. Tex*, Bull. (jugeant justifié le licenciement d'un animateur de télévision à raison des propos tenus) : « 12. La cour d'appel a constaté que le 30 novembre 2017, participant à l'émission « C'est que de la télé ! » sur la chaîne C8, le salarié a été invité à conclure par un dernier trait d'humour et a alors tenu les propos suivants : « Comme c'est un sujet super sensible, je la tente : les gars vous savez c'qu'on dit à une femme qu'a déjà les deux yeux au beurre noir ? - Elle est terrible celle-là ! - on lui dit plus rien on vient déjà d'lui expliquer deux fois ! ».

13. La cour d'appel a ensuite relevé que ces propos avaient été tenus alors, d'une part, que l'actualité médiatique était mobilisée autour de la révélation début octobre de « l'affaire [D] » et de la création de blogs d'expression de la parole de femmes tels que « #metoo » et « #balancetonporc » et d'autre part, que quelques jours auparavant, à l'occasion de la journée internationale pour l'élimination de la violence à l'égard des femmes du 25 novembre 2017, le Président de la République avait annoncé des mesures visant à lutter contre les violences sexistes et sexuelles, rappelant que 123 femmes étaient décédées sous les coups, en France, au cours de l'année 2016. »

⁴ Com., 16 février 2022, n°20-13.542, Bull. (reprise par la « Manif pour tous » de la campagne de publicité de la SPA, société protectrice des animaux) : « 15. L'arrêt retient en outre, par motifs adoptés, que les thèmes de l'association LMPT, tels que « enfermée pour enfanter », « l'exploitation des femmes », « arrachée à sa mère dès la naissance », ne sont pas employés dans les « visuels » litigieux dans le but de provoquer le rire ou de manière humoristique. »

- Le dirigisme est représenté actuellement par la cour de cassation et le législateur français. La jurisprudence de la cour de cassation refuse (sauf infraction pénale) de protéger les personnes physiques (en y voyant le signe du respect de la liberté d'expression) ; mais, en 2022 comme en 1997, les plaisanteries qui ne font pas rire le juge sont des fautes. Le législateur français, depuis les années 1970, suit le même mouvement : la lutte contre la haine et les discriminations a conduit à établir un cadre rigide (art. 24 al. 7 de la loi d0 29 juillet 1881¹) et même à instaurer des mesures préventives (loi Avia²).
- Le libéralisme est actuellement représenté par la cour edh., le conseil constitutionnel mais aussi par la cour de cassation, en présence d'un dénigrement. Le conseil constitutionnel a presque entièrement invalidé la loi Avia (Cons. constit., 18 juin 2020³) : permettre à l'administration d'imposer à l'hébergeur d'un site de supprimer, en une heure, le contenu d'un site incitant au terrorisme a été considéré comme une atteinte disproportionnée. La cour edh., en l'état actuel de sa jurisprudence, sanctionne régulièrement les juridictions françaises (et ponctuellement certaines dispositions législatives), lorsque les personnes expriment leurs opinions. En présence d'un dénigrement, la cour de cassation suit une logique plutôt libérale : une opinion devient outrancière quand le jugement négatif porté sur un produit ou service manque de base factuelle.

Le régime (dual) de responsabilité pour abus de la liberté d'expression fait apparaître deux traits communs : l'abus est établi par un fait illicite (contrairement à la responsabilité pour abus de droit), cet élément matériel imposant, en outre, d'établir un élément moral (qui sera souvent une intention ou, à tout le moins, une faute volontaire commise avec discernement).

3/ La concurrence entre régime de droit commun et régimes spéciaux : la question de l'option reconnue ou non à la victime

160. La concurrence entre régime de droit commun et régimes spéciaux se pose quand deux régimes ont vocation à régir une même situation : l'injure publique est potentiellement une faute

¹ Art. 24 al. 7 de la loi du 29 juillet 1881 loi sur la liberté de la presse : « (loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004) « Seront punis des peines prévues à l'alinéa précédent ceux qui, par ces mêmes moyens, auront provoqué à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap ou auront provoqué, à l'égard des mêmes personnes, aux discriminations prévues par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal. »

² Loi n°2020-766 du 24 juin 2020 visant à lutter contre les contenus haineux sur internet [dite loi Avia], art. 13 à 15 (prévention de la diffusion de contenus haineux en ligne)

³ Cons. Constit., 18 juin 2020, déc. n° 2020-801 DC, *Loi [dite Avia] visant à lutter contre les contenus haineux sur internet*

civile. La victime peut donc hésiter entre le régime spécifique applicable à l'abus de la liberté d'opinion et la faute simple. C'est la fameuse question de l'option.

La concurrence entre le régime de droit commun (art. 1241 c. civ., désormais) et les régimes spéciaux hébergés au sein de l'article 1240 c. civ. (qui peut désormais apparaître comme le siège du principe de responsabilité civile) n'existe que si leur *domaine d'application est totalement ou partiellement commun*.

- La concurrence n'existe pas entre le régime de droit commun (responsabilité pour faute) et le régime de l'abus de droit, car les accidents sont définis de manière antagonique. Dans la responsabilité pour abus de droit, l'accident est défini comme un fait licite, mais exercé dans l'intention de nuire¹ ; dans la responsabilité de droit commun, l'accident est défini comme un fait objectivement illicite. Soit le fait est objectivement licite, soit il est objectivement illicite : il n'est pas les deux en même temps.
- Le domaine d'application entre le régime de droit commun et la responsabilité pour troubles anormaux du voisinage est partiellement commun. Lorsqu'un voisin exerce une activité, légale mais nuisible (ce qui est le domaine naturel de ce régime), il ne commet pas de fait illicite (concurrence exclue) ; s'il exerce une activité illégale et nuisible, le domaine des deux régimes est commun.
- Le domaine d'application du régime de droit commun et de celui de l'abus de la liberté d'expression sont entièrement communs. Un fait illicite est toujours commis : l'un est défini de manière restreinte (injure, dénigrement), l'autre de manière extensive (faute).

La question de *l'option de la victime* ne se pose donc que dans deux cas de figure, en présence d'un trouble du voisinage et en présence d'un abus de la liberté d'expression. Comme chaque régime obéit à des conditions spécifiques, la victime aura intérêt à bénéficier de l'option :

- en présence d'un trouble anormal du voisinage, la victime bénéficie d'une imputation de plein droit, mais n'obtient réparation que d'un dommage triplement restreint (le trouble est un dommage limité ; le trouble doit être anormal ; la règle de l'antériorité limite le dommage réparable aux anciens voisins). Si elle prouve la faute, elle obtiendra une réparation

¹ Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2019, n°15-17.718, Bull. : l'opposition au mariage n'engage pas la responsabilité de son auteur en cas de faute simple. Selon l'arrêt : « pour condamner Mme Y... à payer une certaine somme à M. P... à titre de dommages-intérêts, l'arrêt retient que, l'opposition à mariage n'étant pas fondée, elle présente un caractère fautif de nature à engager sa responsabilité ; Qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser de circonstances particulières faisant dégénérer en abus le droit d'opposition, la cour d'appel a privé sa décision de base légale (...) »

intégrale. La jurisprudence (y compris constitutionnelle¹) admet l'option de la victime² (sauf quand un régime spécial s'applique impérativement³).

– En présence d'un abus de la liberté d'expression (outrage visant une personne physique ; dénigrement d'une marque), la victime a systématiquement intérêt à opter pour le droit commun, puisqu'une faute simple suffit. L'existence même d'un régime spécifique aurait été remise en question si la jurisprudence avait admis l'option de la victime : ce qu'elle refuse systématiquement, en présence d'un outrage ou d'un dénigrement.

– En présence d'un outrage visant une personne physique, la jurisprudence affirme que « *les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article [1240] c. civ.* »⁴. L'exclusion de l'article 1240 c. civ. signifie que la victime est privée d'option : la jurisprudence restaure ainsi, en la matière, la théorie de l'unicité des fautes civile et pénale. La victime ne peut réclamer une indemnisation qu'en agissant au pénal ; déboutée au pénal ou ne saisissant pas ces juridictions, elle ne peut demander l'indemnisation du préjudice subi devant les juridictions civiles. La jurisprudence contemporaine fait ainsi une lecture stricte de l'article 11 de la déclaration de 1789 : l'abus de la liberté d'expression n'est établi que « *dans les cas déterminés par la loi* »⁵, et plus précisément celle de 1881.

– En présence d'un dénigrement de marque⁶, le refus de l'option entre le régime spécial du dénigrement (hébergé à l'article 1240 c. civ.) signifie que le régime de droit commun (art. 1241 c. civ.) n'est pas applicable⁷ (Civ. 1^{ère}, 8 avril 2008⁸ ; Civ.

¹ Cons. const. 8 avr. 2011, n°2011-116 QPC, AJDA 2011. 762 ; AJDA 2011. 1158, note K. Foucher ; D. 2011. 1258, note V. Rebeyrol ; D. 2011. 2298, obs. B. Mallet-Bricout et N. Reboul-Maupin ; RDI 2011. 369, Étude F.-G. Trébulle ; Constitutions 2011. 411, obs. F. Nés, considérant 7.

² Civ. 3^e, 11 février 1998, Bull. n°34, D. 1999, p. 529 note S. Beaugendre ; Rafael Amaro, « Trouble anormal de voisinage », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2023, n°47 ; Mireille Bacache-Gibeili, *tome 5, Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, 2012, 2e éd., Economica, coll. Corpus droit privé, n°624, p. 707.

³ Responsabilité spéciale du fait de l'incendie (art. 1242 al. 2 c. civ. : infra), excluant la responsabilité du fait des troubles anormaux du voisinage : Civ. 2^e, 7 févr. 2019, n°18-10.727, D. 2019. 310 ; RDI 2019. 449, obs. C. Latil.

⁴ Civ. 1^{ère}, 6 oct. 2011, n°10-18.142 : « Les abus de la liberté d'expression ne peuvent être réprimés que par la loi du 29 juillet 1881 » ; Civ. 3^e, 3 mai 2012, n°11-14.964.

⁵ Art. 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi »

⁶ Com., 24 septembre 2013, n°12-19.790, Bull. n°139 ; D. 2013, p. 2270, note Xavier Delpech : (abstrat) « La divulgation d'une information de nature à jeter le discrédit sur un concurrent constitue un dénigrement, peu important qu'elle soit exacte. »

⁷ A.P., 12 juillet 2000, n°99-19.004, *Les Guignols de l'info*, Bull. n°7, préc.

⁸ Civ. 1^{ère}, 8 avril 2008, n°07-11.251, Bull. n°104 : le visa (« Vu les articles [1240] du code civil, ensemble l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme ») indique qu'une faute simple est exclue (l'expression libre ne relève pas d'une activité banale).

1^{ère}, 11 juillet 2018¹). La victime ne dispose d'aucune option : elle sera soumise au régime spécial, faisant une application combinée des articles 1240 c. civ. et 10 conv. edh.².

La concurrence entre le régime de droit commun et les régimes spéciaux (jurisprudentiels) hébergés au sein de l'article 1240 c. civ. a donc conduit la jurisprudence à régler la question de l'option. L'option est admise en présence d'un voisin mal élevé ; pas en présence d'une personne qui exerce sa liberté d'expression.

160-1. La délimitation entre paroles bénéficiant ou non du régime de la liberté d'expression, c-à-d. la différence entre une opinion et l'exigence de vérité, reste problématique. Certaines paroles sont libres, d'autres doivent être vraies.

La liberté d'expression ne couvre pas toute parole : l'auteur d'un mensonge, lors de la conclusion d'un contrat (un dol : art. 1137 c. civ.³), ou d'un renseignement erroné⁴ (diagnostic médical affirmant à tort qu'une femme enceinte est immunisée contre la rubéole) doivent être exacts.

La liberté d'expression n'est pas en cause, quand l'existence d'un fait est affirmée à tort (Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008⁵). Dans cette affaire, la question portait non pas sur le contenu de l'article initial, qui n'était pas diffamatoire envers les commerçants du centre-ville, mais sur son auteur : émanant d'un journaliste quelconque, l'article exprimait une opinion ; émanant d'une élue qui avait sollicité le soutien de cette communauté lors de sa campagne électorale, l'article aurait alors démontré une certaine hypocrisie. Face à l'association des commerçants, affirmant ensuite par tract (donc une publication), que l'auteur de l'article initial était l'élue en question, la victime devait-elle invoquer la loi de 1881 (ne prévoyant pas ce cas de figure) ou pouvait-elle invoquer l'article 1241 c. civ., sanctionnant une imprudence lors d'une activité quelconque ? En décidant d'appliquer l'article 1240 c. civ. à cette hypothèse, la cour de cassation n'a pas reviré : il s'agit uniquement de juger de l'adéquation entre un fait (Y, auteur de l'article) et une affirmation (X, auteur de l'article), et ce n'est pas là une question d'opinion, mais une question de vérité. Lorsque la question consiste à savoir si tel fait est

¹ Civ. 1^{ère}, 11 juillet 2018, n°17-21.457, Bull. ; RLDAff. 2018, n°6510 ; JCP G 2018.II.1042, note Julien Rayanud ; RJDA 2018, n°783 : (abstrat) « Violent les articles 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 1382, devenu 1240, du code civil une cour d'appel qui retient que des publications relatives à la dangerosité d'un médicament excèdent le droit d'exercice normal d'une critique, alors qu'il résultait de ses propres constatations, d'une part, que ces publications s'inscrivaient dans un débat d'intérêt général portant sur la santé publique, d'autre part, que l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé avait, à la suite de malaises de nourrissons, pris des décisions de suspension du médicament litigieux, puis émis une note d'information de pharmacovigilance, de sorte que les critiques en cause, même sévères, ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression. »

² Civ. 1^{ère}, 30 mai 2006, n°05-16437, Bull. n°274.

³ Art. 1137 al. 1^{er} c. civ. : « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. (...) ».

⁴ Civ. 1^{ère}, 3 avril 2007, n°05-12238, Bull. : « vis-à-vis de la victime de l'erreur, le commissaire-priseur ou l'expert qui affirme l'authenticité d'une œuvre d'art sans assortir son propos de réserves engage sa responsabilité sur cette assertion ».

⁵ Civ. 1^{ère}, 30 oct. 2008, n°07-19223 ; Bull. n°244 : une association avait imputé à tort la paternité d'un article à une élue, l'article de presse en question mettant en cause les commerçants du centre-ville. Selon l'abstrat, « L'imputation de la paternité d'une publication en l'absence de propos injurieux ou portant atteinte à l'honneur ou à la considération ne relève pas des dispositions de la loi du 29 juillet 1881 mais de l'article [1240] du code civil ».

vrai ou faux, la liberté d'expression n'est pas en cause : celui qui s'exprime a commis une imprudence¹ ou un mensonge, en prétendant vrai ce qui est faux.

Mais le mensonge peut se prévaloir de la liberté d'opinion : selon Civ. 1^{ère}, 10 avril 2013², rendu au visa de l'article 10 conv. edh., « la liberté d'expression est un droit dont l'exercice ne revêt un caractère abusif que dans les cas spécialement déterminés par la loi, (...) les propos litigieux reproduits, fussent-ils mensongers, n'entrent dans aucun de ces cas ». Un autre arrêt a toutefois affirmé que le mensonge pur et simple ne relève pas de la liberté d'opinion : c'est une imprudence (Civ. 1^{ère}, 12 décembre 2018³).

Le droit fondamental à la liberté d'expression n'est pas non plus en cause, lorsqu'il réalise une atteinte à la vie privée (Civ. 1^{ère}, 6 oct. 2011⁴, sauf à admettre un droit à l'information sur un sujet général⁵). En présence d'une dénonciation calomnieuse, la victime invoque l'article 1240 c. civ. (Civ. 1^{ère}, 6 déc. 2007⁶ ; Civ. 1^{ère}, 24 mai 2017⁷)

(161- à 173. : réservés)

174. Le **régime de droit commun** est la responsabilité pour faute. À défaut de régime spécial, l'article 1240 c. civ. régit toutes les activités humaines. Le principe est qu'il faut un texte pour écarter le droit commun. Mais la jurisprudence a créé des régimes spéciaux, au sein même de l'article 1240 c. civ., ce qui a conduit à modifier le sens de ce texte.

Désormais, l'article 1240 c. civ. apparaît comme le texte-source qui fixe le principe de la responsabilité civile : c'est ainsi qu'il est compris dans la jurisprudence du conseil constitutionnel ; mais, dans la jurisprudence judiciaire, ce texte-source signifie que l'auteur d'un accident doit le réparer. La référence à la faute est devenue moins nette : le régime de responsabilité pour troubles

¹ Civ. 1^{ère}, 3 avril 2007, n°05-12238, Bull. : « vis-à-vis de la victime de l'erreur, le commissaire-priseur ou l'expert qui affirme l'authenticité d'une œuvre d'art sans assortir son propos de réserves engage sa responsabilité sur cette assertion ».

² Civ. 1^{ère}, 10 avril 2013, n°12-10.177 ; Bull. n°67 ; Gaz. Pal., n°139-143, 19-23 mai 2013, Jurisprudence, p. 5 à 7, note Emmanuel Dreyer ; Revue Lamy droit civil, n°105, juin 2013, n°5128, p. 49, note Elodie Pouliquen.

³ Civ. 1^{ère}, 12 décembre 2018, n°17-31.758, Bull. : les faits de l'arrêt sont peu probants. À la suite d'une erreur matérielle, les résultats d'une dégustation sont intervertis. L'éditeur est considéré comme l'auteur d'une faute, consistant à n'avoir pas vérifié les faits.

⁴ Civ. 1^{ère}, 6 oct. 2011, n°10-21.822, Bull. n°161 : (abstrat) « Constitue une atteinte à l'intimité de la vie privée, que ne légitime pas l'information du public, la captation, l'enregistrement ou la transmission sans le consentement de leur auteur des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ». La liberté d'expression (sans avoir à se poser la question de son abus) n'est donc pas en cause.

⁵ Civ. 1^{ère}, 9 avril 2015, n°14-14.146 ; Bull. ; RLDC, n°5875, note Marion Delsolneux ; Gaz. Pal. 2015, 1, p. 5 (avis de l'avocat général) et p. 16, note Philippe Piot : (justification de la révélation de l'homosexualité d'un homme politique par l'évolution de la position d'un parti politique sur la loi autorisant le mariage des personnes de même sexe). Selon l'arrêt, il existe un « rapport raisonnable de proportionnalité existant entre le but légitime poursuivi par l'auteur, libre de s'exprimer et de faire état de l'information critiquée, et la protection de la vie privée de l'intéressé. ».

⁶ Civ. 1^{ère}, 6 déc. 2007, n°06-15.290, Bull. n°382 : « Ne relèvent pas de la loi du 29 juillet 1881 les agissements d'une personne consistant à porter atteinte à la réputation et à la dignité d'une autre par le biais de lettres adressées à l'employeur de celle-ci, lesquels constituent des faits de dénonciation calomnieuse ».

⁷ Civ. 1^{ère}, 24 mai 2017, n°16-16.773, Bull. : (abstrat) « Ayant caractérisé, en ses éléments matériel et moral, l'infraction de dénonciation calomnieuse, prévue et réprimée par l'article 226-10 du code pénal, constitutive d'une faute civile, une juridiction de proximité en a déduit, à bon droit, que la responsabilité de son auteur était engagée, à l'égard de la victime, sur le fondement de l'article 1382, devenu 1240, du code civil. »

anormaux du voisinage, désormais complètement autonome, a été élaboré à partir de l'article 1240 c. civ. La jurisprudence judiciaire exige parfois une faute spécifique : la recherche d'un but illicite (abus de droit) ou une faute pénale (outrage aux personnes) ou une faute restreinte (dénigrement). L'article 1240 c. civ. est devenu donc le texte-source, et l'article 1241 (qui n'était historiquement qu'une précision : la faute, y compris l'imprudence) est devenu le véritable régime de droit commun (quand une faute simple est commise). Ce n'est pas la seule déformation que l'article 1240 c. civ. a connue : il fixe la responsabilité délictuelle de principe, mais dans un domaine désormais plus restreint.

II/ La responsabilité délictuelle de l'article 1240 c. civ. : la réparation des dommages délictuels

175. La **responsabilité délictuelle de l'article 1240 c. civ.** est centré sur la réparation des atteintes à la personne et aux biens qui surviennent à la suite d'un accident (fait juridique ponctuel). L'automobiliste freine trop tard et percute le piéton, lequel subira un dommage « délictuel », d'où la dénomination de « responsabilité délictuelle » traditionnellement utilisée. En droit français (au sens large, incluant la jurisprudence), la dénomination utilisée au sujet de cette responsabilité délictuelle donne lieu à un flottement, en apparence secondaire.

Selon la dénomination traditionnelle, les articles 1240 et suiv. c. civ. établissent des régimes de responsabilité délictuelle, désormais dénommée « extracontractuelle » depuis 2016. Selon l'intitulé du sous-titre II *La responsabilité extracontractuelle*, les hypothèses régies par l'article 1240 (dans le chapitre I^{er} « La responsabilité extracontractuelle en général ») montrent clairement que le droit commun régit les accidents causant des dégâts à la personne ou aux biens, c-à-d. un dommage délictuel. Le terme « extracontractuel », extérieur ou étranger à la responsabilité « contractuelle », exclut la réparation (par équivalent monétaire) des prestations inexécutées. Un bailleur impayé ne peut pas invoquer l'article 1240 c. civ. pour obtenir le paiement de son loyer de la part du locataire. Le domaine d'application du principe (constitutionnel) de responsabilité civile (supra n°27) est donc limité aux « bras cassés et aux granges brûlées », comme disait le doyen Carbonnier.

Mais, au début du xx^e siècle, sous l'influence de l'*autonomie de la volonté*, le domaine d'application de l'article 1240 a connu une restriction singulière, ce qui a conduit à rendre le droit français très spécifique par rapport aux autres droits civils européens, ce qu'il n'était au xix^e siècle. La responsabilité délictuelle « à la française » ne s'applique désormais qu'aux tiers, quand ils subissent un domaine délictuel.

En avalisant la proposition de l'autonomie de la volonté (dès 1911), la *jurisprudence* a donc dû préciser la notion de tiers, les seuls qui soient désormais soumis à la responsabilité de principe. Lorsque le membre d'un club de hockey est blessé, en raison d'une imprudence commise par son club, la victime est contractante (puisque un contrat d'adhésion a été conclu entre le joueur et son club). Le contractant victime subit, selon les juges français, un dommage « contractuel », même s'il est rigoureusement identique à celui qu'aurait pu subir le membre de l'équipe adverse (tiers), qui, quant à lui, peut invoquer la responsabilité délictuelle du club.

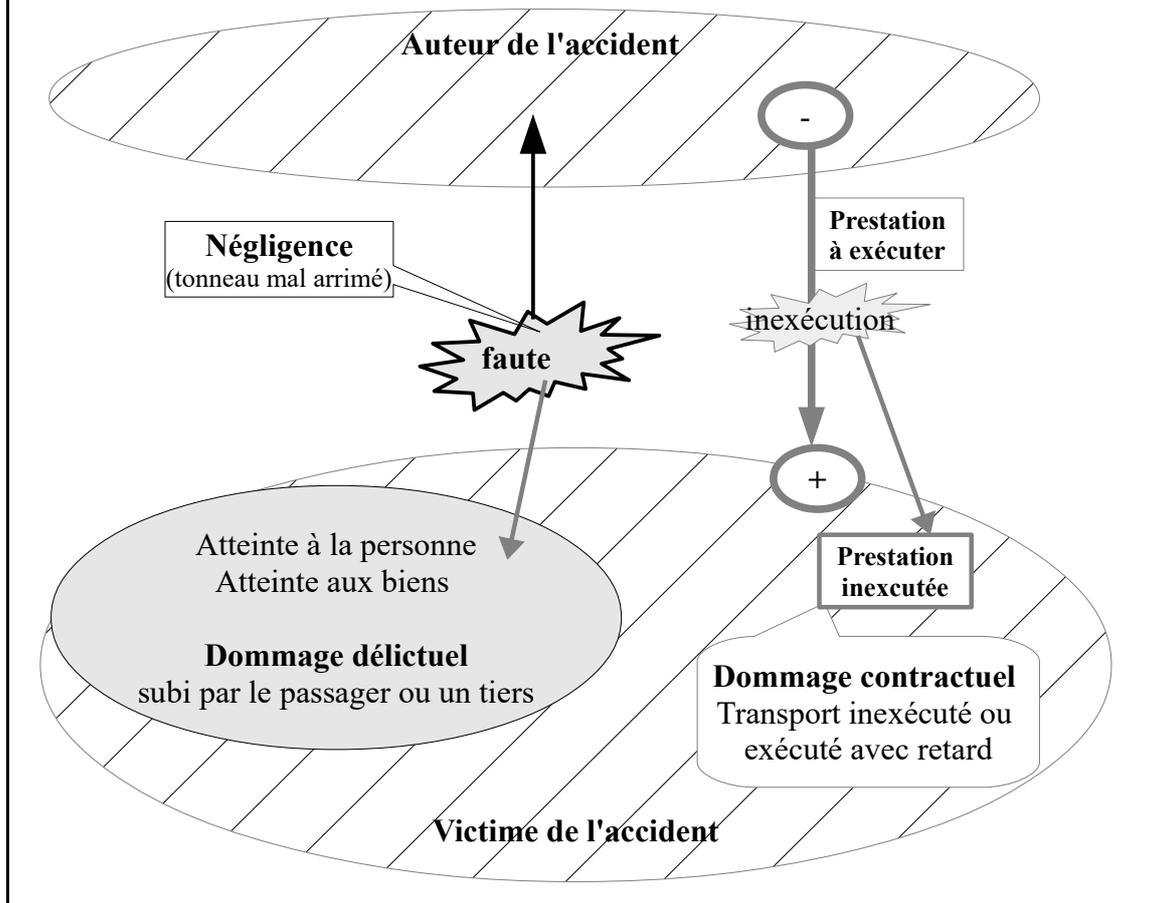
Le domaine d'application de la responsabilité délictuelle de l'article 1240 c. civ. a donc connu une évolution singulière depuis 1804, conséquence du célèbre arrêt Teffaine de 1896. La responsabilité délictuelle à la française est le produit de l'histoire : la responsabilité délictuelle de 1804 (1) possède un domaine d'application plus large que celui qui a été réinterprété par l'autonomie de la volonté (2) et avalisé par la jurisprudence française (3).

1/ La responsabilité délictuelle de 1804 : la réparation du dommage délictuel subi par des victimes quelconques

176. La **responsabilité délictuelle de 1804** a pour objet la réparation des dommages délictuels subis par « autrui ». Le texte n'établit aucune distinction selon la qualité des victimes, tiers ou contractant (schéma 2.5). On notera que le principe constitutionnel de responsabilité civile possède le même domaine d'application : en présence d'un dommage délictuel et en l'absence d'autre mécanisme de réparation, la victime doit pouvoir invoquer la faute commise par l'auteur de l'accident pour obtenir réparation. Le conseil constitutionnel n'a jamais émis de réserves d'interprétation imposant de limiter l'application du principe de responsabilité civile aux seuls tiers.

Schéma
2.5

Le système du code civil :
le dommage délictuel subi par une victime quelconque



Tout au long du XIX^e siècle, l'article 1240 c. civ. a donc été appliqué aussi bien au tiers qu'au contractant qui subissait un dommage délictuel. Lorsqu'un tonneau mal arrimé se détache au cours du transport en bateau, peu importe que la victime soit un passager (contractant) ou un passant (tiers). L'arrêt Teffaine de 1896 a donc logiquement conduit les juges à appliquer l'article 1242 c. civ. (responsabilité délictuelle du fait des choses : infra) au profit d'un salarié (contractant), victime d'un dommage délictuel dont son employeur sera responsable. La présence du contrat de travail n'a exercé aucune influence : soit la victime réclame une indemnisation de son dommage délictuel, et elle invoque la responsabilité délictuelle ; soit le créancier réclame le paiement du loyer ou de son salaire, et il invoque la responsabilité contractuelle (infra).

177. La responsabilité délictuelle étant d'**ordre public**, le régime de droit commun (art. 1240 c. civ.) devait donc être appliqué à toute victime, sauf exclusion résultant de l'application d'un autre régime (spécial) de responsabilité délictuelle. Tout dommage délictuel est réparé dans le cadre d'une responsabilité délictuelle, et la victime pourra réclamer l'application du droit commun quand elle dispose d'une option.

Le caractère *impératif* de toute responsabilité délictuelle signifie qu'aucune clause d'un contrat ne peut prétendre limiter le montant de la réparation due (en fixant un forfait) ou exclure la réparation d'un dommage délictuel. Une telle clause heurterait l'ordre public (art. 6 c. civ.¹) et serait nulle.

– La théorie de l'acceptation des risques n'est pas reçue en droit français : la victime ne peut pas renoncer, par avance et par contrat, à une indemnisation, lorsque, à l'occasion d'un contrat de transport, elle est blessée par un tonneau mal arrimé. Mais, après la survenance du dommage, la victime et l'auteur de l'accident peuvent conclure un contrat de transaction (supra n°30).

– Lorsque, lors de l'exécution d'un contrat, la victime (contractante) est blessée, elle réclamera l'application du droit commun (à défaut d'autre régime applicable : infra). Tout au long du tout au long du XIX^e siècle², les médecins³, avocats⁴ ou chirurgiens ont été déclarés responsables de leurs fautes, sur le fondement de l'article 1240 c. civ. Lorsqu'un chirurgien effectue une constriction trop forte d'un membre, ce qui entraînera une gangrène, il commet une faute au sens de l'article 1240 c. civ. (Req., 21 juill. 1862⁵). La solution ne suscitait aucun débat en doctrine⁶.

Lorsque la victime peut à la fois invoquer la faute (en application du régime de droit commun) et un autre régime spécial de responsabilité délictuelle, il faudra résoudre une difficulté spécifique (celle de l'option) pour identifier le régime applicable. Soit la victime dispose de l'option, parce qu'elle peut invoquer le droit commun quand un régime spécial est moins favorable pour elle ; soit elle est

¹ Art. 6 c. civ. : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs. »

² Req., 1^{er} fév. 1864, D.P. 1864.1.135 ; Req., 21 nov. 1882, D.P. 1883.1.379. Voir : Jurisprudence Générale Dalloz, *Codes annotés*, Nouveau Code civil, tome II, 1905, p.1066.

³ Req., 18 juin 1835, *aff. Thouret-Noroy*, DP 1835. 1. 300, concl. Dupin ; S. 1835. 1. 401 : les dispositions des articles 1240 et 1241 du code civil sont applicables aux médecins commettant des fautes dans l'exercice de leur art.

⁴ Req., 26 déc. 1898, DP 1899.1.484.

⁵ Req., 21 juill. 1862, D.P. 1862.1.419 : (abstrat) « Le principe suivant lequel toute personne, quelle que soit sa profession, étant soumise à la responsabilité du dommage causé par sa négligence ou par son imprudence, cette responsabilité s'applique, notamment, aux fautes dommageables commises par les médecins dans la pratique de leur art, lorsque la constatation de ces fautes, indépendantes de l'examen des théories ou de méthodes médicales, a sa base dans les règles générales de bon sens et de prudence auxquelles est assujéti l'exercice de toute profession » (gangrène causée par une constriction trop forte, d'où la perte d'un membre).

⁶ Voir : G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, n°742, p. 698.

privée d'option, parce que le régime spécial établi par le législateur repose sur une équation économique précise (que l'application du droit commun ne devra pas remettre en question). On sait que l'option dont dispose ou non la victime repose sur un choix politique. Lors du célèbre arrêt *Teffaine*, Civ., 16 juin 1896¹ (en présence d'un ouvrier, contractant blessé lors de l'exécution du contrat de travail par la machine de son employeur), l'ouvrier avait opté pour l'application du régime spécial de responsabilité délictuelle du fait des choses (art. 1242 c. civ. : infra). S'il avait invoqué (ce qu'il pouvait faire) le régime de droit commun, il aurait été débouté, car son employeur n'avait commis aucune faute.

Pendant tout le XIX^e siècle, le caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle est affirmé avec constance par la jurisprudence, et les juges français, comme les autres juges européens, appliquent l'article 1240 c. civ. aux victimes quelconques, qu'elles soient contractantes ou tiers, tenues d'un devoir général de prudence ou d'une obligation spécifique (supra, la faute).

(178. et 179. : réservés)

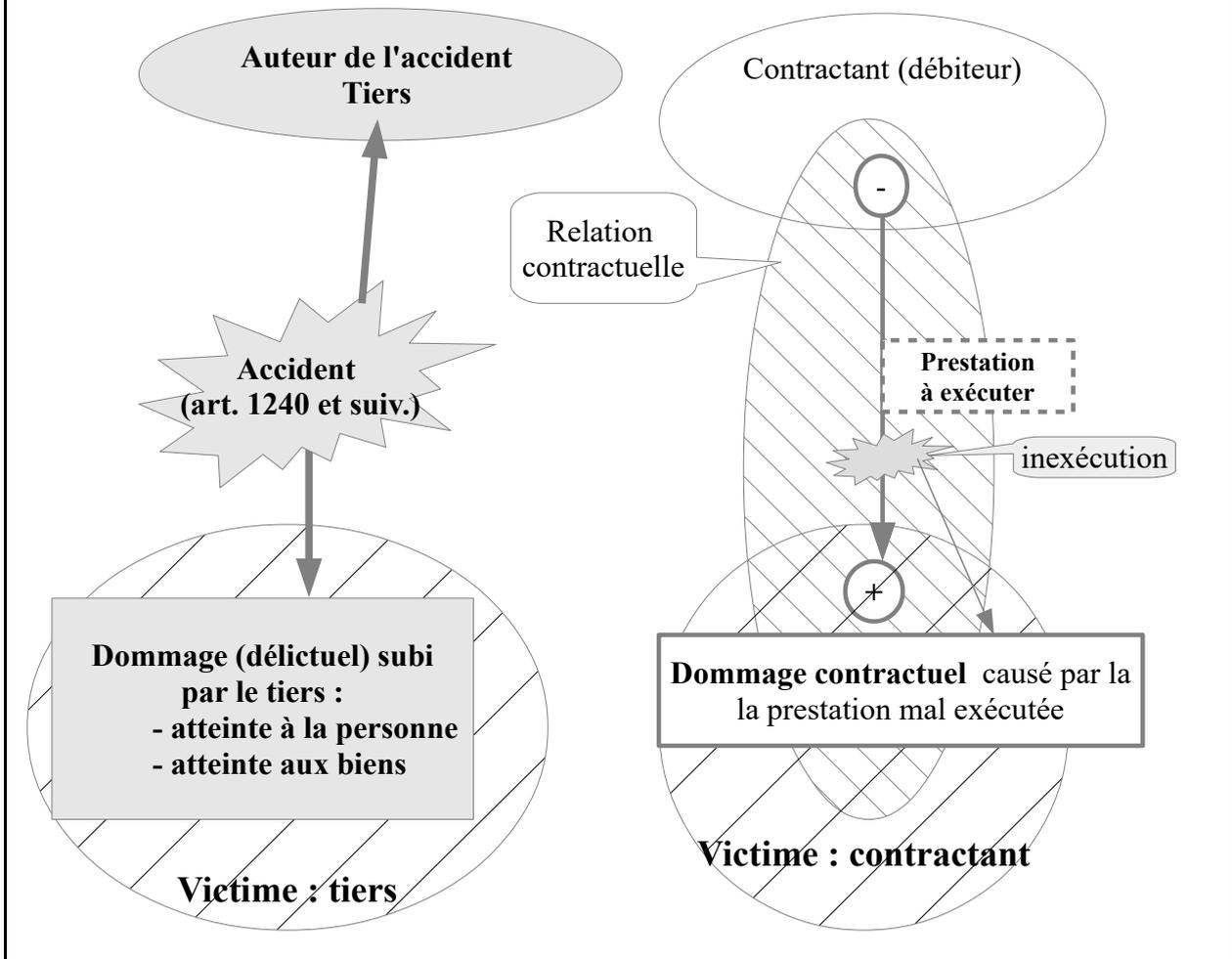
2/ La responsabilité délictuelle selon l'autonomie de la volonté : le dommage (délictuel) subi par un tiers

180. La **responsabilité délictuelle selon l'autonomie de la volonté** n'est applicable qu'aux tiers, victimes d'un dommage délictuel, et non aux contractants (soumis à la responsabilité contractuelle pour l'ensemble de leurs dommages : infra). La qualité de la victime, tiers ou contractant, a servi de base à une distinction majeure (*summa divisio*) ayant conduit à interdire aux contractants d'invoquer la responsabilité délictuelle du responsable de l'accident, dès lors qu'il a contracté avec la future victime (schéma 2.6). Techniquement, le domaine d'application de la responsabilité délictuelle s'est réduit ; les contractants, victimes d'une atteinte à leur personne ou à leurs biens, ne bénéficient d'aucune option.

¹ Civ., 16 juin 1896, *Teffaine*, S. 1897.1.17, note A. Esmein ; D. 1897.1.433, concl. L. Sarrut, note R. Saleilles : il s'agissait d'un accident du travail, donc survenu lors de l'exécution d'un contrat.

Schéma
2.6

Le domaine d'application de l'article 1240 selon l'autonomie de la volonté



La réinterprétation du code civil menée par l'autonomie de la volonté peut se comprendre comme une réaction à l'arrêt *Teffaine* de 1896. La responsabilité délictuelle faisant peser sur le responsable une charge financière illimitée, puisque le dommage réparable sera celui effectivement subi par la victime, l'autonomie de la volonté a donc proposé d'en limiter le domaine d'application, grâce à la *summa divisio*. Seul le tiers obtiendra une réparation intégrale de la part du responsable.

Mais pour que ce résultat s'impose à la victime (contractante), il faudra lui interdire d'invoquer le droit commun. Techniquement, l'interdiction de l'option sera acquise par l'invention de la règle du non-cumul, qui ne figure évidemment nulle part dans le code civil.

Le domaine d'application de la responsabilité délictuelle, après réinterprétation menée par l'autonomie de la volonté, sera alors limité : l'auteur d'un accident (causant un dommage délictuel à une victime) n'engagera sa responsabilité délictuelle qu'envers les tiers. Pour obtenir ce résultat curieux (puisque les clauses d'un contrat écarteront les dispositions impératives établissant la responsabilité délictuelle), il fallait justifier (tant bien que mal) l'exclusion du contractant (a) et affirmer que cette exclusion était impérative (b).

a/ La justification de l'exclusion du contractant : la *summa divisio*

181. La **justification de l'exclusion du contractant** des régimes de responsabilité délictuelle (ou, ce qui revient au même : la justification de la limitation de ces régimes aux tiers) résulte de la fameuse « *summa divisio* » attribuée au code civil, ce qui conduit à ne soumettre aux devoirs généraux de la vie sociale que les tiers, et non les contractants, soumis entre eux à des devoirs spécifiques.

La « *summa divisio* » est une expression latine qui signifie qu'une distinction majeure doit être effectuée entre deux cas de figure radicalement différents. La *summa divisio* repose sur une opposition fondamentale, comme celle qui existe entre les choses et les personnes (en droit des personnes) ou entre les meubles et les immeubles (en droit des biens). En droit de la responsabilité civile, la *summa divisio* opposera donc les tiers et les contractants.

– La base textuelle de cette *summa divisio* est absente dans les dispositions consacrées à la responsabilité délictuelle. Elle n'existait pas en 1804, pour la raison que l'on sait (*supra*) ; elle n'existe pas davantage depuis l'adoption de l'ordonnance de 2016, car ses rédacteurs étaient conscients de l'absence de consensus scientifique au sein de la doctrine. Depuis la fin du xx^e siècle, la critique de l'existence et de la fonction de la prétendue *summa divisio* attribuée au code civil français a pris de l'ampleur.

– L'autonomie de la volonté a donc dû recourir à un argument d'autorité pour affirmer son existence : « nous n'irons pas jusqu'à chercher dans le code civil la consécration de cette distinction » dira Henri Mazeaud¹ en 1929. Le recours à une expression latine (qui existe) signalait que "la messe était dite".

La *démonstration* qui consistait à affirmer la nécessité de la distinction entre les tiers, tenus à des devoirs généraux de la vie sociale, et des contractants, tenus entre eux à des devoirs spécifiquement

¹ H. Mazeaud, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, RTD civ. 1929, p. 551 à 669, spéc. n°5, p. 556.

contractuels, devait conduire à affirmer que les tiers étaient soumis à la responsabilité délictuelle, tandis que les contractants devaient être soumis à la responsabilité contractuelle.

– Selon l'autonomie de la volonté, lorsqu'un contrat n'est pas correctement exécuté, le contractant victime doit invoquer la violation d'un devoir spécifiquement contractuel. Quand le transporteur de personnes n'assure pas sa prestation (le train ne part pas), l'assure avec retard (le train arrive en retard) ou l'exécute de manière dangereuse (le train circule sur le passager), le contractant victime sera dans une situation systématiquement différente de celle d'un tiers. Ce dernier ne peut invoquer que la violation d'un devoir général de la vie sociale (devoir de prudence de l'article 1241 c. civ.). Le premier est soumis à la force obligatoire des conventions. Il y aura donc une opposition fondamentale entre un devoir spécifiquement contractuel (noué entre les contractants) et un devoir général de la vie social (qui n'existe qu'envers les tiers).

– Ces affirmations auraient pu être critiquées.

– Premièrement, l'affirmation selon laquelle un tiers ne peut invoquer que la violation d'un devoir général de la vie sociale, et non un devoir spécifique pesant uniquement sur l'auteur de l'accident, est fautive : on sait que les devoirs spécifiquement conjugaux (devoir de fidélité, cohabitation ...) sont sanctionnés par l'article 1240 c. civ., puisqu'aucun régime de responsabilité spécifiquement conjugale n'a été établi. L'article 1241 c. civ. établit effectivement un devoir général de prudence : pourquoi ne serait-il pas applicable envers un contractant ?

– Deuxièmement, comment expliquer que les dispositions impératives de la responsabilité délictuelle puissent être écartées par les clauses d'un contrat, quand ces clauses ont précisément pour objet la réparation d'un dommage délictuel ? On sait que la victime, après un accident, peut conclure un contrat de transaction. Mais, avant l'accident, la théorie de l'acceptation (par contrat) des risques n'est pas admise. La liberté contractuelle permettrait donc d'écartier les dispositions d'ordre public. Cette affirmation se concilie mal avec l'article 6 c. civ.

La justification de l'exclusion du contractant des régimes de responsabilité délictuelle repose donc sur une démonstration scientifiquement fragile. Lorsqu'un tonneau mal arrimé se détache, pourquoi appliquer un régime différent au passager (contractant) et au passant (tiers), alors que les deux victimes subissent exactement le même type de blessure ? La démonstration est évidemment

extrêmement délicate à mener. Mais elle devra aboutir à un résultat : non seulement il faut affirmer l'existence de la *summa divisio*, mais également interdire au contractant toute option.

b/ L'affirmation de la règle du non-cumul : le refus de l'option

182. L'affirmation de la règle du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle signifie que le contractant, victime de l'inexécution du contrat, ne dispose d'aucune option avec la responsabilité délictuelle.

- Le vocabulaire utilisé est toutefois curieux : le « cumul » induit qu'une catégorie de victimes (les contractants) pourrait « cumuler » les réparations, au titre de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle : et donc obtenir deux fois une indemnisation pour un même dommage.
- L'absence d'option n'a pas cette signification. L'absence d'option signifie que la victime ne peut pas choisir entre deux régimes : le choix est alternatif, et non pas cumulatif. La règle du non-cumul (*infra*, responsabilité contractuelle) possède donc une signification biaisée, qui sous-entend qu'un même dommage serait réparé deux fois, alors que l'objectif est uniquement d'interdire l'option.

La *règle du non-cumul* ne figure nulle part dans le code civil (ni celui de 1804, ni celui réformé en 2016), ni dans les articles 1240 et suiv. (responsabilité délictuelle), ni dans les articles 1231-1 et suiv. (responsabilité contractuelle : *infra*).

- L'autonomie de la volonté affirmera l'existence de cette règle du non-cumul par déduction. Si le contractant (victime) pouvait invoquer la responsabilité délictuelle du transporteur, il obtiendrait une double réparation¹, la première sur le fondement de la responsabilité contractuelle, puisqu'elle permet de réparer l'ensemble des dommages subis par la victime (y compris l'atteinte à la personne et aux biens), et la seconde sur le fondement de la responsabilité délictuelle, puisqu'elle permet de réparer le dommage délictuel (c-à-d. l'atteinte aux personnes et aux biens). Les blessures du contractant seraient donc réparées deux fois.
- Le fonctionnement de la règle du non-cumul, présenté par l'autonomie de la volonté, peut être critiqué. En 1804, la question consiste à identifier le dommage que subit la victime : le patient (contractant) demande-t-il remboursement du prix de la consultation (dommage contractuel) ou demande-t-il une indemnisation à raison de son bras amputé à la

¹ F. Terré, p. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 2002, 8^e éd., Dalloz, coll. Précis, n°567, p. 544.

suite d'une constriction trop forte (dommage délictuel) ? La règle du non-cumul n'existe pas en 1804 car il s'agit d'identifier le dommage exact qu'il subit. Et si le patient avait pu (ce qui est inexact) obtenir une indemnisation sur le fondement de la responsabilité contractuelle ou sur celui de la responsabilité délictuelle, il aurait choisi le régime applicable. Aucune règle de droit ne permet à la victime d'obtenir deux fois une indemnisation.

L'affirmation de la règle du non-cumul repose donc sur l'emploi d'un vocabulaire trompeur, destiné à faire croire à que le contractant victime chercherait à être deux fois indemnisé. En réalité, la doctrine affirmait que le contractant victime n'avait pas d'option. Ce "pieux mensonge" a même été présenté par Henri Mazeaud comme instaurant une règle favorable aux intérêts du contractant victime¹.

183. La **doctrine de l'autonomie de la volonté**, à la fin du XIX^e siècle, a donc proposé de réinterpréter l'article 1240 c. civ., en limitant son domaine d'application aux seuls tiers, donc en excluant tous les contractants du bénéfice de la responsabilité délictuelle.

On peut être surpris de la facilité avec laquelle un ensemble d'affirmations aussi peu scientifiques a été admise par l'ensemble de la doctrine et par la jurisprudence française.

- Dans le milieu juridique, les revues juridiques, et notamment la revue trimestrielle de droit civil (RTD civ.), ont publié massivement des textes, en réalité trompeurs, reflétant quasi-exclusivement les positions de l'autonomie de la volonté. Cette propagande a parfaitement réussi pendant quasiment un siècle, d'autant plus que la jurisprudence française était parfaitement d'accord.
- L'inflexion prise par la cour de cassation dès le début du xxe siècle a joué un rôle essentiel, puisque la distinction entre tiers et contractant était officialisée et correspondait au droit positif, réinterprété par les juges.

3/ La responsabilité délictuelle selon la jurisprudence : l'identification des tiers

184. La **responsabilité délictuelle selon la jurisprudence française** possède un domaine d'application identique à celui prôné par l'autonomie de la volonté (schéma 2.6, supra). Tout plaideur (et donc tout avocat) doit savoir que la responsabilité délictuelle de droit commun ne s'applique qu'aux tiers et que la responsabilité contractuelle ne s'applique qu'aux contractants. Tout

¹ H. Mazeaud, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, RTD civ. 1929, p. 551 à 669, spéc. n°5, p. 556. L'auteur conclut par une formule embarrassée : l'interdiction faite au contractant d'invoquer la responsabilité délictuelle (n°112, p. 660) est présentée comme favorable au contractant victime (!).

arrêt qui commettrait une confusion sur ce point sera censuré par la cour de cassation, qui veille scrupuleusement depuis 1911 à faire respecter la *summa divisio*. Quinze ans après l'arrêt Teffaine (qui avait consacré la thèse solidariste), la cour de cassation revirait donc et adoptait la théorie de l'autonomie de la volonté. La distinction entre tiers et contractant n'est toutefois pas toujours évidente à effectuer.

La distinction entre tiers et contractant semble aisée à effectuer, puisque dans le premier cas, aucun contrat ne lie la victime et le responsable, alors que, dans le second, le contractant responsable et le contractant victime sont unis par un contrat. L'absence de contrat est un critère simple.

- Dans l'affaire de 1911 (Civ., 21 nov. 1911¹), un tonneau mal arrimé avait percuté un passager (contractant) au cours du transport. Le passager, blessé aux jambes, ne réclamait pas le remboursement de son billet (puisque le passager avait été transporté), mais indemnisation de son dommage corporel. La cour d'appel avait (comme dans l'arrêt Teffaine) fait application de la responsabilité délictuelle (du fait des choses : art. 1242 c. civ.). Son arrêt fut cassé au motif que le passager, puisqu'il était contractant, ne pouvait pas invoquer les articles 1240 et suiv. c. civ. Seul un tiers peut se plaindre du tonneau (ou du conteneur : Com., 16 décembre 2008²) mal arrimé.
- La solution a été clairement réaffirmée en 1922 (Civ., 11 janv. 1922³) : « les articles [1240] et suiv. c. civ. sont sans application lorsque la faute a été commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat ».

La mise en œuvre de la distinction opposant tiers et contractant donne toutefois lieu à des difficultés d'application récurrentes. Quand un contrat a été conclu (entre un locataire et son bailleur ; entre le transporteur et le passager), existe-t-il toujours un lien (causal) pertinent entre l'exécution du contrat (de location, de transport) et le dommage subi par le contractant victime ? Si le passager chute, avec sa valise, dans l'escalier de la gare qui mène aux quais, à partir de quel moment cesse-t-il d'être tiers et devient-il contractant ?

La jurisprudence française a donc dû préciser les contours de la distinction entre contractant et tiers, pour réserver l'application des articles 1240 et suiv. c. civ. aux seuls tiers. L'identification des tiers

¹ Civ., 21 nov. 1911, *Compagnie générale transatlantique*, D.P. 1913.1.249, note L. Sarrut ; S. 1912.1.73, note C. Lyon-Caen (passager d'un bateau blessé par un tonneau lors du voyage) : la responsabilité contractuelle du transporteur s'applique à l'exclusion de la responsabilité délictuelle du fait des choses.

² Com., 16 décembre 2008, n°07-21.943, Bull. n°214 ; RCA 2009, n°60 ; RLDC 2009/58, n°3329, obs. Bugnicourt : « faute imputable à l'armateur qui n'avait pas mis en œuvre un arrimage et un saisissage permettant d'assurer la stabilité des conteneurs en pontée même par gros temps ».

³ Civ., 11 janv. 1922, D.P. 1922.1.16 ; S. 1924.1.105, note R. Demogue : « c'est seulement en matière de délit ou de quasi-délit que toute faute quelconque oblige son auteur à réparer le dommage ; les articles [1240] et suiv. c. civ. sont sans application lorsque la faute a été commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat ».

est aisée en l'absence de contrat (a), plus délicate en présence d'un contrat, car il faudra identifier la causalité qui doit exister entre l'exécution du contrat et le dommage subi par la victime, en tant que contractante ou tiers (b).

a/ Le tiers en l'absence de contrat conclu entre la victime et le responsable

185. Le **tiers** est un non-contractant : aucun contrat ne le lie au responsable, auteur de l'accident. Le constat de l'absence de contrat conclu entre la victime et le responsable doit donc conduire à appliquer la responsabilité délictuelle. Mais le concept de « tiers » est une notion juridique, qui repose sur certains choix (politiques). Certaines personnes, malgré l'absence de contrat conclu par elle, seront assimilées à un contractant. En l'absence de contrat conclu entre la victime et le responsable, un critère simple permet de parler de tiers, sauf à préciser l'extension juridique qui sera donnée au concept de tiers.

En première approximation, la distinction entre tiers et contractant repose sur un critère simple, à savoir *l'absence ou la présence d'un contrat* conclu directement entre le futur responsable et la future victime.

- Lorsque deux joueurs sont blessés lors d'un match de hockey sur glace, et que le club organisant la rencontre peut se voir reprocher une négligence, il faut identifier exactement le statut de la victime. Le joueur de l'équipe adverse est un tiers : il invoquera la responsabilité délictuelle du club. Le joueur de l'équipe du club est un contractant : il invoquera la responsabilité contractuelle du club (Civ. 1^{ère}, 16 mai 2006¹).
- Le passager sans billet d'un train est un tiers² ; le passager avec billet est un contractant (envers le transporteur comme envers l'agence de voyage qui lui a vendu le billet³). Le conducteur du véhicule, client d'un parking est un contractant, alors que le passager est un tiers : celui qui chute dans le parking (mal entretenu) engagera donc la responsabilité contractuelle de la société exploitante du parking quand il est client ; s'il est

¹ Civ. 1^{ère}, 16 mai 2006, n°03-12537, Bull. n°249 (pratique du hockey sur glace) : « Le seul respect des obligations de sécurité fixées par les instances sportives est insuffisant pour exonérer une association sportive de ses devoirs en matière de sécurité et, au-delà d'un strict respect des prescriptions sportives, il existe à la charge de cette association une obligation de prudence et de diligence ; (...) [L'association a] commis un manquement à son obligation contractuelle de sécurité. »

² Civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 2011, n°10-19.090 ; Bull. ; Revue Lamy droit civil, 2012, Actualités, n° 4547, p. 23-24, note Gaëlle Le Nestour Drelon (passager se trompant de train : son billet n'est pas valable, donc c'est un tiers).

³ Civ. 1^{ère}, 15 décembre 2011, n°10-10.585, Bull. ; JCP G 2011, Jurisprudence, n° 1444, p. 2558 ; D. 2012, Actualité / droit civil, p. 93, note Xavier Delpech ; Revue Lamy droit des affaires, n° 67, janvier 2012, Actualités, n° 3837, p. 44-45, note Chloé Mathonnière (passager sur une croisière, victime d'intoxication alimentaire : la victime est contractante).

tiers, il engagera la responsabilité délictuelle de la société exploitante (Civ. 2^e, 21 décembre 2023¹).

– Lorsque, au cours d'un déménagement, l'un des participants est blessé, la victime exercera une action en responsabilité contractuelle contre l'organisateur du déménagement, quand l'exécution du contrat d'assistance bénévole explique l'accident (Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021²). La victime exercera une action en responsabilité délictuelle contre le participant qui a commis une imprudence³.

– Lorsque l'employeur délivre au salarié licencié une attestation mal remplie ou lorsqu'il la remet tardivement aux Assedic, il commet une violation de l'article R. 1234-9 du code du travail⁴ (Soc., 29 septembre 2014⁵). Le salarié ayant conclu un contrat de travail avec son employeur, l'article 1241 c. civ. n'est pas applicable : le litige oppose des contractants.

– Le notaire est tenu d'une mission légale, quand il rédige un acte de vente : il n'a aucun lien contractuel avec ses clients, et il engage donc sa responsabilité délictuelle quand il commet une faute, lors de la rédaction d'un acte⁶. Mais s'il conclut un contrat avec son client, pour effectuer telle ou telle opération (constituer une hypothèque), il devient contractant : quand il n'exécute pas correctement sa prestation, sa responsabilité est contractuelle (Civ. 1^{ère}, 12 avril 2005⁷).

¹ Civ. 2^e, 21 décembre 2023, n° 21-22.239 (n° 1295 FS-B), Bull.

² Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, n°19-20.579, Bull. ; D. 2021, p.902 : « M. [E], en tant qu'assisté et organisateur des travaux entrepris dans son intérêt, a commis une faute contractuelle en donnant à M. [G] un ordre dont les conséquences pouvaient être dangereuses pour les personnes, sans l'accompagner d'une quelconque consigne de sécurité »

³ Civ. 1^{ère}, 5 mai 2021, préc. : « M. [G] a commis une faute délictuelle en jetant le carton sans s'assurer qu'il pouvait le faire sans danger pour les personnes se trouvant au rez-de-chaussée ». Le coéquipier engage sa responsabilité délictuelle envers l'autre, puisqu'aucun contrat ne les lie.

⁴ Sous-section 3 : Attestation d'assurance chômage

Art. R 1234-9 c. trav. : « L'employeur délivre au salarié, au moment de l'expiration ou de la rupture du contrat de travail, les attestations et justifications qui lui permettent d'exercer ses droits aux prestations mentionnées à l'article L. 5421-2 et transmet sans délai ces mêmes attestations à Pôle emploi.

« Les employeurs d'au moins onze salariés effectuent cette transmission à Pôle emploi par voie électronique, sauf impossibilité pour une cause qui leur est étrangère, selon des modalités précisées par un arrêté du ministre chargé de l'emploi. »

⁵ Soc., 29 septembre 2014, n°13-13.661, Bull. n°209 : « Vu les articles 1147 [devenu 1231-1] du code civil, ensemble R. 1234-9 du code du travail (...) ; la délivrance tardive d'une attestation destinée aux ASSEDIC et d'un certificat de travail cause nécessairement au salarié un préjudice que le juge doit réparer ».

⁶ Civ. 1^{ère}, 9 janvier 2019, n°17-27.411, Bull. ; D. 2019 p.70 : « Vu l'article 1382, devenu 1240 du code civil, (...) ; Attendu que le notaire, tenu d'assurer l'efficacité des actes auxquels il prête son concours ou qu'il a reçu mandat d'accomplir, doit, sauf s'il en est dispensé expressément par les parties, veiller à l'accomplissement des formalités nécessaires à la mise en place des sûretés qui en garantissent l'exécution ; (...) ».

⁷ Civ. 1^{ère}, 12 avril 2005, n°03-14.842, Bull. n°178 : « Si les obligations du notaire, qui ne tendent qu'à assurer l'efficacité d'un acte instrumenté par lui et qui ne constituent que le prolongement de sa mission de rédacteur d'acte, relèvent de sa responsabilité délictuelle, il en va différemment lorsque celui-ci a souscrit une obligation contractuelle à l'égard de son client, tel que l'engagement de procéder lui-même à une substitution de garantie. »

La présence ou l'absence de contrat permet donc de distinguer le tiers du contractant : l'absence de contrat conclu directement entre la victime et le responsable permet d'affirmer que la victime exercera une action en responsabilité délictuelle, parce qu'elle est tiers.

La notion de tiers est toutefois un concept juridique, susceptible d'évoluer en fonction de certains événements (décès). Quand le responsable ou la victime décède, son héritier le ou la remplace purement et simplement : il sera assimilé à un contractant, malgré l'absence de contrat directement conclu par lui. Dans les autres cas de figure, toute personne qui n'a pas contracté (en son nom et pour son compte) est un tiers. En conséquence :

- Lorsqu'un contrat de prêt unit le prêteur d'une chose dangereuse (garage munie d'une porte fragile) et l'emprunteur (tué par la chute de la porte sur lui), l'héritier exercera contre le prêteur une action en responsabilité contractuelle : l'héritier agit comme la victime directe, donc en tant que contractant. Si l'action est intentée sur le fondement de l'article 1242 c. civ. (responsabilité délictuelle du fait des choses), la victime sera déboutée (Civ. 2^e, 23 oct. 2003 : infra). Mais si les victimes par ricochet (membres de la famille de la victime : incluant l'héritier) agissent contre le prêteur, ils doivent invoquer la responsabilité délictuelle de ce dernier envers eux (Civ. 2^e, 23 oct. 2003¹). Les victimes par ricochet sont des tiers (qui ont perdu un proche).
- Lorsque le locataire est victime d'une chute, en raison d'un ascenseur défectueux, son action dirigée contre son bailleur est contractuelle, puisque le locataire et le bailleur ont conclu un contrat de bail (Civ. 3^e, 1^{er} avril 2009²) ; en l'absence de contrat de bail (contrat annulé³, squatter), la responsabilité du propriétaire sera délictuelle. Mais si le locataire agit contre le réparateur de l'ascenseur (qui a commis une négligence dans l'exécution de sa prestation), il exercera une responsabilité délictuelle.

La définition du tiers, source de responsabilité délictuelle, n'est donc pas toujours évidente à saisir. La distinction doit néanmoins être systématiquement effectuée : la cour de cassation cassera l'arrêt qui applique à un tiers une responsabilité contractuelle ou qui, à l'inverse, appliquera une responsabilité contractuelle à un tiers (quel que soit le résultat, différent ou identique, en termes d'indemnisation).

¹ Civ. 2^e, 23 oct. 2003, n°01-15391, Bull. n° 330 : « la victime par ricochet d'un accident relevant de la responsabilité contractuelle dispose d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir réparation de son préjudice »

² Civ. 3^e, 1^{er} avril 2009, n°08-10.070, Bull. n°71 : « il est dû garantie au preneur pour tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail ».

³ Civ. 3^e, 18 mai 2011, n°10-11.721, Bull. n° 79 (annulation d'un contrat de bail) : « par l'effet de l'anéantissement rétroactif du contrat de bail annulé la responsabilité de Mme Z... ne pouvait être recherchée que sur le fondement délictuel ou quasi-délictuel ».

b/ Le tiers en présence d'un contrat conclu avec le responsable : la question du lien causal entre le contrat et le dommage

186. En présence d'un **contrat conclu avec le responsable**, la victime sera parfois qualifiée de tiers, parce que le dommage qu'elle subit est considéré comme dépourvu de lien pertinent avec l'exécution du contrat. La responsabilité sera alors délictuelle, lorsque le dommage subi par la victime a lieu en dehors de l'exécution du contrat. L'absence de lien suffisant avec l'exécution du contrat pourrait être retenue également, mais la jurisprudence française retient une conception large du contractant.

La responsabilité sera délictuelle quand l'accident subi par la victime (ayant par ailleurs conclu un contrat avec l'auteur de l'accident) a lieu *en dehors du temps d'exécution du contrat*.

- Selon la jurisprudence (Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1969¹ ; Civ. 1^{ère}, 7 mars 1989²), le passager d'un train reste un tiers jusqu'au moment où il commence à monter en voiture et à partir du moment où il a fini d'en descendre. Le dommage qu'il subit (chute sur le quai ou dans les escaliers de la gare) est sans lien avec le contrat de transport : la responsabilité du transporteur sera délictuelle.

En logique, les juges français pourraient admettre une responsabilité délictuelle quand l'exécution du contrat n'explique pas le dommage subi par la victime. Si le locataire conduit un véhicule et percute son bailleur, la présence du contrat de bail devrait rester indifférente : le locataire et le bailleur seraient donc des tiers l'un pour l'autre. Mais on remarque toutefois que la jurisprudence française retient une conception large du contractant :

- lorsqu'un entrepreneur, lors d'une pause, laisse son chalumeau allumé, ce qui va conduire à l'incendie de la maison du client, ce dernier sera un contractant (Civ. 1^{ère}, 11 mai 1982³) ; lorsque l'enfant d'un client du restaurant est blessé sur l'aire de jeu (destinée à la clientèle) du restaurant, le dommage survenu pendant le temps d'exécution du contrat sera subi par un contractant (Civ. 1^{ère}, 28 juin 2012⁴) ;

¹ Civ. 1^{ère}, 1^{er} juill. 1969, Bull. n°260

² Civ. 1^{ère}, 7 mars 1989, n°87-11493 ; Bull. n°118 ; D. 1991, p. 1, note Ph. Malaurie ; RTD civ. 1989, p. 548, note P. Jourdain (voyageur glissant sur une plaque de verglas après sa descente de voiture, et dont les jambes seront sectionnées par le train) : « l'obligation de sécurité consistant à conduire le voyageur sain et sauf à destination, résultant de l'article [1231-1] du Code civil, n'existe à la charge du transporteur que pendant l'exécution du contrat de transport, c'est-à-dire à partir du moment où le voyageur commence à monter dans le véhicule et jusqu'au moment où il achève d'en descendre ».

³ Civ. 1^{ère}, 11 mai 1982, n°80-17.077, Bull. n°170 ; RTD civ. 1983, p. 145, note Georges Durry.

⁴ Civ. 1^{ère}, 28 juin 2012, n°10-28.492, Bull. n°147 : cassation pour refus d'application de l'article [1231-1] et fausse application de l'article [1242] (responsabilité du fait des choses), en présence d'un enfant blessé sur l'aire de jeux (réservée à la clientèle) du restaurant.

- Lorsque l'entrepreneur, chargé de rénover un immeuble, n'effectue pas une démarche pour obtenir une subvention, les clients doivent exercer une action en responsabilité contractuelle (Civ. 2^e, 9 juin 1993¹). On comprend mal pourquoi l'assureur-vie qui n'informe pas les clients sur le régime juridique du placement commet une faute (au sens de l'article 1240 c. civ.) (Civ. 2^e, 23 novembre 2017²) : le manque d'information est souvent considéré comme un manquement contractuel, sauf quand il conduit à l'annulation du contrat.

Dans la jurisprudence française, la présence d'un contrat conclu, à un moment ou à un autre, entre la future victime et le contractant, conduit normalement à exclure la qualification de tiers, sauf pour les juges à considérer que l'exécution du contrat est hors de cause. Dans l'ensemble, la présence d'un contrat conduit à rejeter la qualification de tiers : la victime ne pourra pas invoquer la responsabilité délictuelle de son cocontractant (auteur de l'accident).

186-1. Les applications de la *summa divisio* par les juges français obligent parfois à des **contorsions** voire à des solutions peu cohérentes.

En présence d'une clause par laquelle un assureur-responsabilité garantit la responsabilité délictuelle de son assuré envers les tiers, à l'exclusion de sa responsabilité contractuelle, la jurisprudence aurait dû considérer que le centre de transfusion ayant réalisé une transfusion dangereuse n'était pas couvert, puisque sa responsabilité contractuelle était engagée envers le patient. Par le biais de l'interprétation des conventions, la cour de cassation a décidé que l'assureur était tenu de garantir son assuré à raison de tout dommage causé aux victimes (Civ. 2^e, 20 oct. 2005³).

Lorsque le médecin manque à son devoir d'information envers son patient, la présence du contrat aurait dû conduire à retenir une responsabilité contractuelle. Mais les juges y ont vu une faute au sens de l'article 1240 c. civ. (Civ. 1^{ère}, 9 octobre 2001⁴) ; désormais, la violation de l'article 16-3 c. civ.⁵ donne lieu à un régime spécial de responsabilité (probablement délictuelle). De même, le contractant, victime d'une rupture brutale du contrat

¹ Civ. 2^e, 9 juin 1993, n° 91-21650 ; Bull. n° 204 ; JCP 1994.II.22264, note Fr. Roussel : (abstrat) « L'article 1382 [devenu 1240] du Code civil est inapplicable à la réparation d'un dommage se rattachant à l'exécution d'un engagement contractuel. »

² Civ. 2^e, 23 novembre 2017, n°16-21.671, Bull. n°218 : « L'exercice de la faculté de renonciation, prévue par l'article L. 132-5-1 du code des assurances dans sa rédaction issue de la loi n° 94-5 du 4 janvier 1994 en cas de défaut de remise des documents et informations qu'il énumère, ne fait pas obstacle à l'application des dispositions de l'article 1382 devenu l'article 1240 du code civil, fût-ce au titre du même manquement de l'assureur à son devoir d'information, l'appréciation des conséquences dommageables de ce manquement sur le terrain de la responsabilité civile devant alors tenir compte de la restitution des sommes versées et du paiement des intérêts au taux légal mis en cas à la charge de l'assureur. »

³ Civ. 2^e, 20 oct. 2005, n°03-19.420, Bull. n°274 (la victime d'une hépatite C à la suite d'une transfusion sanguine est indemnisée par l'établissement français du sang, lequel exerce un recours contre l'assureur du centre régional de transfusion sanguine : l'assureur doit sa garantie en cas de responsabilité délictuelle, mais également quand l'établissement engage sa responsabilité contractuelle envers la victime).

⁴ Civ. 1^{ère}, 9 octobre 2001, n°00-14.564, Bull. n°249.

⁵ Art. 16-3 c. civ. : « Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui.

« Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir. »

(art. L 442-6 I c. com.¹) est considéré comme un tiers : la responsabilité spéciale établie à l'article 442-6 c. com. est considérée comme délictuelle (Com., 24 octobre 2018²), tout comme celle de l'assureur qui manque à son devoir d'information (Civ. 2^e, 23 novembre 2017, préc.). Le manquement à l'obligation d'informer un contractant donne lieu à des hésitations récurrentes dans la jurisprudence contemporaine.

187. La jurisprudence française est donc à l'origine de la *summa divisio* attribuée au code civil, alors qu'elle n'y figure nulle part. La thèse défendue par l'autonomie de la volonté est devenue une vérité judiciaire, parce que la cour de cassation a décidé de créer un régime parallèle de responsabilité civile : depuis plus d'un siècle, seuls les tiers peuvent invoquer les articles 1240 et suiv. civ. et cette solution résulte, avant toute chose, d'une décision prise par la cour de cassation. Depuis plus d'un siècle, les juges refusent d'appliquer la responsabilité délictuelle aux victimes qui ont conclu un contrat avec l'auteur de l'accident : cette exclusion est dépourvue de toute base légale.

(188- à 198. : réservés)

¹ Art. L 442-6 c. com. : « I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : [...] 5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. [...] Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. [...] ».

² Com., 24 octobre 2018, n°17-25.672, Bull. ; Contrats, conc. consom. 2018, comm. 201, note Nicolas Mathey : (abstrat) « Le principe de non-cumul entre responsabilités contractuelle et délictuelle interdit seulement au créancier d'une obligation contractuelle de se prévaloir, contre le débiteur de cette obligation, des règles de la responsabilité délictuelle et n'interdit pas la présentation d'une demande distincte, fondée sur l'article L. 442-6, I, 5°, du code de commerce, qui tend à la réparation d'un préjudice résultant non pas d'un manquement contractuel mais de la rupture brutale d'une relation commerciale établie. »

Conclusion de la section 1^{ère}
La responsabilité pour faute : le régime de droit
commun

199. La **responsabilité pour faute** établie à l'article 1240 c. civ. fixe donc le principe du droit commun. Les textes sont inchangés depuis 1804, mais certains changements ont eu lieu.

En 1804, l'article 1240 comporte une précision à l'article 1241 : la faute, c-à-d. aussi l'imprudence quelconque, est l'accident qui imposera à son auteur de réparer le dommage subi par autrui.

- la victime est quelconque : aussi bien un contractant qu'un tiers, puisque que le dommage qu'elle subi est identique. L'article 1240 répare les atteintes à la personne et aux biens, mais pas l'inexécution des prestations.
- Le dommage du droit commun s'applique à toutes les activités, sauf celles régies par un texte spécial (établissant un régime spécifique). En l'occurrence, c'est ce qu'affirme le début de l'article 1242 c. civ. : « On est responsable non seulement de son fait personnel, mais encore du fait (...) ». Le texte signifie que le droit commun coexiste avec des régimes spéciaux.
- En 1804, les articles 1240 et 1241 se lisent ensemble. La responsabilité pour trouble anormal du voisinage n'existe pas, ni celle pour abus de droit. Au XIX^e siècle, les juges doivent appliquer le droit commun quand un accident est commis : quand l'activité est légale, la faute n'y est pas.

Au xx^e siècle, la jurisprudence a modifié le droit commun, sur ces points en réalité assez nombreux :

- l'article 1240 est devenu le siège du principe de responsabilité civile, alors que l'article 1241 c. civ. est devenu celui du droit commun de la responsabilité pour faute. L'article 1240 sert donc à héberger des régimes spéciaux, qui sont devenus complètement autonomes par rapport à la responsabilité pour faute de droit commun :
 - le « principe » de responsabilité civile fixé à l'article 1240 est une déclaration d'intention. Le texte signifie désormais que « l'auteur d'un accident doit le réparer quand il cause un dommage à une victime ».

- l'article 1240 c. civ. inclut des régimes spéciaux. Selon deux d'entre eux, en présence d'un fait légal, la responsabilité de son auteur sera retenue en présence d'un trouble anormal du voisinage et en présence d'un abus de droit. Les juges contrôlent donc davantage l'activité de ceux qui l'exercent en respectant la limite objective de leur prérogative : cela peut devenir une faute ;
- les articles 1240 et suiv. c. civ. ne s'appliquent qu'à certaines victimes, à savoir les tiers. Les contractants y échappent, quel que soit le type de dommage qu'ils subissent.

La jurisprudence a donc, en réalité, profondément réformé la responsabilité pour faute de droit commun, sous l'influence combinée de deux courants de pensée :

- Elle a pris appui principalement sur le courant de l'autonomie de la volonté pour justifier, premièrement, la distinction entre tiers et contractant ainsi que, deuxièmement, un contrôle limité de l'expression.
- Deux régimes spéciaux, celui des troubles anormaux du voisinage et celui de l'abus de droit, sont plutôt influencés par le solidarisme. Les juges exercent un contrôle social sur la finalité d'une activité (abus de droit). Ils ont recours à la théorie du risque en présence d'un trouble anormal du voisinage : mais les juges sont restrictifs, afin que le montant de l'indemnisation ne soit pas excessif.

La responsabilité pour faute « à la française » présente quelques traits singuliers : le plus notable réside dans l'exclusion des contractants. Lorsqu'un tiers et un contractant subissent un même dommage, causé par une même imprudence, deux régimes différents s'appliqueront. Dans les autres droits civils européens, la responsabilité délictuelle répare les dommages délictuels : sans distinction selon la qualité des victimes.