REVUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE

DROIT PROSPECTIF

2004-4

**RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE
OU RESPONSABILITÉ À DOMMAGES
CONTRACTUELS ?**

La doctrine conservatrice face au code civil

Par

Renaud ROLLAND

Maître de conférences à l'Université d'Orléans

Directeur de l'I.E.J.

N° XXIX - 105 (29ème année - 105e numéro)

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE

RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE OU RESPONSABILITÉ À DOMMAGES CONTRACTUELS ?

La doctrine conservatrice face au code civil

Par

Renaud ROLLAND

*Maître de conférences à l'Université d'Orléans
Directeur de l'I.E.J.*

*_*_*

RÉSUMÉ

En 1804, selon le code civil, l'inexécution du débiteur lui était automatiquement imputée, le créancier obtenant réparation d'un dommage limité, circonscrit à la valeur contractuelle promise ainsi que quelques dommages collatéraux. Si, en outre, le débiteur était fautif, l'article 1150 c. civ. renvoyait aux articles 1382 et suiv. c. civ., pour l'indemnisation des autres dommages : les responsabilités contractuelle et délictuelle se cumulaient.

Jugé trop défavorable aux intérêts du débiteur, le code civil fut réinterprété par une doctrine dont l'objectif consistait à étendre d'autant plus la responsabilité contractuelle qu'elle permettait de mal indemniser le créancier. Derrière la muraille idéologique entourant l'édifice du code civil, il serait toutefois possible de redécouvrir une distinction, favorable aux victimes, entre le dommage délictuel et le dommage contractuel.

*« Qui possède science et art, a aussi de
la religion*

*Qui ne possède ni l'un ni l'autre, qu'il
ait de la religion »*

J.-W. Goethe, Xénies apprivoisées, IX

*_*_*

1- Chaque texte d'autorité fait l'objet d'interprétations déformantes, et rien ne permet de penser que le code civil puisse échapper à ce mécanisme. Ces phénomènes d'adaptation et de déviance font d'ailleurs actuellement l'objet d'une attention particulière de la part des historiens des religions. Une déviation entraîne une

subversion, laquelle vient entièrement se substituer à la vision d'origine (1). Un dogme s'instaure, qui formera un cadre intellectuel dont il sera délicat aux successeurs de se déprendre. Le mécanisme est identique, quelle que soit la religion en cause : la nouveauté d'une vision, qui trouve son origine dans une crise sociale profonde (2), crée souvent le scandale (3). L'innovation étant une transgression, vite assimilée à un désordre, l'esprit de modération, confronté à la rugosité, interprétera, au risque de faire prévaloir une certaine étroitesse d'esprit.

2- Or, en matière d'interprétation, une théorie ne se développe jamais seule ; elle se nourrit de considérations pratiques, qui ont besoin d'un soutien intellectuel, idéologique pour affirmer la prévalence d'une opinion sur une autre. Il arrivera dès lors fréquemment que l'affirmation générale et abstraite posée par une interprétation occulte soigneusement les motifs concrets d'une démarche destinée à rendre un texte compatible avec une exigence contemporaine. Ainsi, à la mort du prophète Mohamed (632), lorsque les chefs de diverses tribus bédouines se révoltèrent, ces derniers donnèrent à leur révolte une justification religieuse, se prétendant être eux-mêmes prophètes. Les guerres de *riddah* (apostasie) furent très probablement l'occasion d'affirmer que Mohamed fut le *dernier* et le plus grand des prophètes, prétention qui n'apparaît pas de façon explicite dans le coran (4).

Ce n'est que par la suite, lorsque le coran fut suffisamment ancré dans les mœurs, que l'on vit éclore de nouvelles écoles de pensée, lesquelles prétendaient toutes retourner à la pureté d'origine. Dénouçant souvent avec vigueur l'immoralité ambiante, celle des califes ou des autres, ces tentatives furent aussi l'occasion de renouveler la conception de dieu. L'histoire des religions nous enseigne en effet qu'à un certain moment, un retour aux sources s'effectue, pour juger des déformations que l'on impute à nos prédécesseurs. Certaines conditions sont toutefois nécessaires.

3- Cela fait deux siècles que le code civil est né. Le temps de la critique de son existence même est passé ; aujourd'hui, un retour à la pureté du texte est plus logique.

On aurait tort de croire que le code civil fut accueilli par la doctrine dans la liesse générale. Préférant une tradition bien établie à une nouveauté assimilée à la Révolution, une partie importante du corps professoral fut hostile au code civil, dont il fallut bien, à partir des années 1820, prendre son parti. L'histoire fut donc particulièrement en vogue, ce qui permit au passage de considérer que le code civil n'était, au fond, pas si innovant (5).

(1) K. Armstrong, *Histoire de Dieu*, Le Seuil, 1997, spéc. p. 101 (judaïsme) ; p. 122 et suiv. (christianisme) ; p. 197 (islam) ; J. Ellul, *La subversion du christianisme*, éd. La table ronde, 2001, p. 1 et suiv.

(2) Une « période axiale » s'ouvre lorsqu'une société transforme radicalement ses structures sociales (par la naissance de l'agriculture : hindouisme, polythéisme grec ou sumérien ; par la naissance du grand commerce : bouddhisme, christianisme, islam), de sorte que les tensions qui s'affrontent rendent nécessaire une redéfinition des rapports humains, afin de circonscrire les relations d'exploitation entre groupes sociaux. Ce besoin d'un nouvel idéal de justice conduit à l'affirmation de l'existence d'une communauté (*ecclesia*, *ummah*, *sangha*), car la référence à la tribu ou à la caste s'avère trop étroite.

(3) Affirmer la prévalence d'une communauté sur les anciens liens (tribaux, théistes) servant de référence suprême et de définition à l'individu peut conduire à un conflit violent, centré sur la question identitaire. Ainsi, lorsque la dernière période axiale s'est ouverte en Europe, lors du siècle des Lumières, la création d'une nouvelle communauté (*citoyens*) fut la cause d'une guerre de religion.

(4) K. Armstrong, *Islam : A Short History*, Phoenix, 2003, p. 22

(5) J.-L. Halpérin, « La lecture de Pothier par la doctrine du XIX^e siècle », in *Robert-Joseph Pothier, d'hier à aujourd'hui*, Economica, 2001, p. 65 à 75, spéc. p. 67.

La seconde moitié du XIX^e siècle vit naître une nouvelle école de pensée, qui dénonça avec force le mythe de la Loi et de la Raison ayant conduit à l'adoption du code civil (6). L'école de l'autonomie de la volonté se référerait au mythe de la Liberté, reprenant à son compte nombre de déformations introduites par ses prédécesseurs. La force de l'habitude aidant, ses continuateurs feront d'un mensonge une vérité. *Error communis facit jus*.

Or, dans l'histoire des théories, les considérations pratiques ne sont jamais oubliées ; elles sont même déterminantes. En droit doctrinal de la responsabilité, débiteurs professionnels et assureurs n'ont pas eu à se plaindre de la théorie de l'autonomie de la volonté. Le retour à la pureté du code civil ne s'effectue donc pas au hasard. Ce passage suppose une mutation intellectuelle, qui ne semble possible que lorsqu'une autre idéologie prend le relais, et s'avère suffisamment forte pour dénoncer l'immoralité des conséquences pratiques auxquelles conduit la vision des prédécesseurs.

4- Les entreprises de dénonciation sont toutefois dangereuses. Il est fréquemment arrivé que le prétendu retour à la pureté d'origine cache une subversion encore plus grande. L'invocation de l'histoire est souvent l'occasion non pas d'expliquer, mais de justifier son propre point de vue. Pour le dire franchement, tout dépend de ce que l'on veut faire dire à l'histoire : qu'il existait un temps mythique au cours duquel la nouveauté est née ; ou que ce temps-là ne s'explique que par une longue tradition, de sorte que rien de particulièrement innovant ne s'est, en fin de compte, produit. L'affirmation selon laquelle le code civil serait nouveau, dès lors qu'il serait dégagé de ses interprétations déformantes ou, à l'inverse, qu'il ne serait qu'un recopiage du traité des obligations de Pothier, est donc à prendre avec prudence.

5- Sous sa forme actuelle, la responsabilité contractuelle « se propose de réparer le dommage subi par le créancier et consécutif à l'inexécution de [s]es obligations » (7) par le débiteur. La qualité de la victime, créancier ou tiers, servirait donc de *summa divisio* (8), solution justifiée par la théorie de l'autonomie de la volonté. Dès lors qu'un débiteur s'est contractuellement engagé à exécuter une prestation envers tel créancier, seul ce dernier est en droit de se plaindre d'une inexécution qui lui porte préjudice (effet relatif des conventions).

La ligne de partage entre responsabilités contractuelle et délictuelle est pourtant devenue fluctuante. La question de l'action directe d'un sous-contractant contre un membre de la chaîne contractuelle ou celle du domaine de l'obligation (contractuelle ou légale) de sécurité en présence d'un dommage corporel, affectant le créancier ou le tiers, ont conduit une partie de la doctrine à douter de la finalité pratique de cette distinction majeure (9). Et ce, d'autant plus que les législateurs

(6) E. Putman, *Kant et la théorie du contrat*, R.R.J. 1996, p. 685 à 696, spéc. n° 13 et suiv., p. 690 et suiv. ; A. Bürge, *Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral*, RTD civ. 2000, p. 1 à 24, spéc. p. 3 et suiv.

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

(8) H. Mazeaud, *Essai de classification des obligations : obligations contractuelles et extra-contractuelles ; « obligations déterminées » et « obligation générale de prudence et de diligence »*, RTD civ. 1936, p. 1 à 56, spéc. p. 2 : « La classification est à la base de toute science, de la science juridique comme des autres. Il ne saurait être question de s'appesantir sur un pareil lieu commun. Du moins peut-on s'étonner que les juristes ne se soient que rarement occupés de vérifier l'exactitude des classifications sur lesquelles repose la science du droit ».

(9) G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 1995, n° 234 et suiv., p. 426 ; n° 243, p. 444.

contemporains, français et européen, affichent une certaine indifférence à l'égard de cette *summa divisio* du code civil, laquelle, chose curieuse, n'y figure nulle part. Peu importe, au sens de la loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation, que la victime d'un dommage soit contractante ou non, puisque le dommage qu'elle subit est identique. La directive du 25 juillet 1985 relative aux accidents causés par des produits industriels est tout aussi indifférente à la qualité de tiers ou de contractant. La ligne de partage entre responsabilités contractuelle et délictuelle prend l'eau.

Ne vaudrait-il donc pas mieux distinguer selon la nature du dommage subi par une victime, et non pas selon la qualité de la victime ? En présence d'un dommage identique, il serait illogique qu'un créancier soit indemnisé différemment d'un tiers. À l'inverse, lorsque le créancier subit un dommage spécifique, qu'un tiers ne peut pas subir, l'action en responsabilité civile aurait spécifiquement pour objet d'obtenir l'indemnisation d'un préjudice contractuel. Plutôt que de parler de responsabilité contractuelle, ne vaudrait-il pas mieux utiliser le terme de responsabilité à dommages contractuels ?

6- Cette remise en cause d'une *summa divisio* habituellement reçue résulte d'ailleurs d'un courant puissant de la doctrine française contemporaine, qui dénonce avec vigueur la confusion entretenue par une responsabilité contractuelle devenue protubérante, laquelle a même été qualifiée de faux concept (10).

Face à cette mort annoncée de la responsabilité contractuelle (11), il convient toutefois que le créancier ne soit pas lésé. Or, rien n'indique que les différents dommages que peut spécifiquement subir le créancier soient toujours pris en compte. Si, en présence d'un dommage affectant à l'identique un tiers ou un créancier, la victime doit pouvoir exercer une action en responsabilité, il faut aussi que le créancier puisse obtenir réparation de tous les dommages spécifiquement contractuels qu'il subit. Cette dualité d'actions, fondée sur la nature des dommages subis par un créancier, est de nature à provoquer certaines conséquences, dont la plus visible serait l'abandon de la règle du non-cumul.

7- Proposer une nouvelle division majeure supposerait toutefois que le code civil ait pu considérer qu'un créancier, victime d'un dommage délictuel, puisse recevoir une indemnisation différente de celle qu'aurait obtenue un tiers ; et que le code civil n'aurait pas pensé à ou jugé opportun d'octroyer une réparation spécifique au créancier, victime d'une inexécution contractuelle. Les rédacteurs du code civil ont-ils véritablement fait preuve d'un tel amateurisme ?

Pour le savoir, les choix techniques opérés par les codificateurs seront révélateurs de leur intention. La détermination, extensive ou restrictive, du dommage contractuel (la réparation sera-t-elle suffisante ?) et de ceux qui pourront s'en prévaloir (qui est créancier ?), ainsi que le régime de l'imputation (comment est-on responsable ?) vont former un système. Or, il suffit qu'une seule de ces conditions soit déformée pour conduire à une inégalité potentielle de traitement, selon que la victime est créancier ou tiers. Il suffit d'affirmer que le dol du débiteur (art. 1150) correspond à une faute intentionnelle ou à une faute simple pour que le créancier soit indemnisé moins bien qu'un tiers ou à l'identique d'un tiers.

(10) P. Rémy, *La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept*, RTD civ. 1997, p. 323 à 355, spéc. n° 41, p. 323. Voir aussi : P. Le Tourneau et L. Cadet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 3° éd., 2000, n° 807, p. 198 ; n° 1014, p. 255

(11) E. Savaux, *La fin de la responsabilité contractuelle ?*, RTD civ. 1999, p. 1 à 26, spéc. n° 9 et suiv., p. 7 ; n° 24, p. 16

8- Quelle était donc la position du code civil, lorsqu'un créancier était victime d'une inexécution contractuelle de la part de son débiteur ? Recopiant Pothier, le code civil a-t-il admis le principe de la responsabilité, en le limitant immédiatement afin d'en réduire la charge pour le débiteur ? Ou bien le code civil a-t-il estimé qu'entre le sort d'un infortuné et celui d'un imprudent, la loi n'avait pas à balancer (12) et imposait de réparer correctement, en *sachant* que la charge de l'indemnisation sera lourde pour un débiteur ? Pour le dire en d'autres termes, le recours à Pothier, souvent présenté comme le grand inspirateur du code civil, cache-t-il une volonté délibérée d'occulter un code civil jugé incorrect ?

Or, à simplement lire le code civil, rien n'indique de façon probante que les codificateurs furent défavorables envers le créancier, et même, plus généralement, envers la victime d'un préjudice. En outre, l'affirmation selon laquelle la responsabilité contractuelle permettrait de réparer l'ensemble des préjudices subis par le créancier, demeure fort peu explicite dans le code civil. Ne disant pas un mot de la *summa divisio* entre responsabilité contractuelle et délictuelle, alors qu'il est si proluxe en annonces de plan ; ne disant rien sur la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, ni sur la distinction entre obligation de moyen et de résultat, on peut logiquement se demander si toutes ces vérités couramment admises relèvent bien de la logique intrinsèque du code civil ou d'une autre logique.

D'autant que d'autres questions se posent, car la responsabilité contractuelle fonctionne tout de même bien curieusement aujourd'hui : comment distinguer un dommage prévisible d'un dommage imprévisible ? une obligation de moyen d'une obligation de résultat ? un créancier d'un tiers ? Finalement, absolument toutes les conditions de la responsabilité contractuelle sont devenues douteuses, au point que l'on peut se demander si un dogme formant système ne s'est pas entièrement substitué au texte même du code civil, rendant ce même code bancal.

Face à la question, *faut-il, selon le code civil, parler de responsabilité contractuelle ou de responsabilité à dommages contractuels ?*, il convient de douter de toutes les vérités assises, et donc aussi bien de l'imputation de l'inexécution au débiteur, que du dommage réparable subi par le créancier.

I - LES IMPUTATIONS DE L'INEXÉCUTION AU DÉBITEUR

9- Face au créancier, le débiteur n'ayant pas correctement exécuté sa prestation fait l'objet de deux imputations : l'article 1147 du code civil l'oblige au paiement de dommages-intérêts « *encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* », l'article 1150 permettant une extension du dommage réparable lorsque c'est « *par son dol que l'obligation n'est point exécutée* ». Le débiteur peut donc se voir imputer une inexécution simple (A) ou dolosive (B).

(12) Tarrille, « Discussion devant le corps législatif », in P.A. Fenet, *Recueil des travaux préparatoires du code civil*, tome 13, 1827, p. 487-488 : « *Lorsqu'un dommage est commis par la faute de quelqu'un, si l'on met en balance l'intérêt de l'infortuné qui le souffre avec celui de l'homme coupable ou imprudent qui l'a causé, un cri soudain de la justice s'élève et répond que ce dommage doit être réparé par son auteur.* » ; Bertrand-De-Greuille, in Fenet (préc.), p. 474 qui parle, à propos des articles 1382 et suiv. de « *ce grand principe d'ordre public ; c'est que la loi ne peut pas balancer entre celui qui se trompe et celui qui souffre* ».

A - L'imputation de l'inexécution simple

10- L'article 1147 (13) est certainement l'un des textes les plus clairs du code civil. L'inexécution simple est automatiquement, de plein droit, imputée au débiteur. Sauf force majeure, qui montre que le débiteur n'est absolument pas fautif, ni directement ni indirectement, le débiteur doit indemniser le créancier.

Son interprétation a pourtant donné lieu, dans le code civil publié par l'éditeur Dalloz, à vingt-six pages de jurisprudence, ce qui peut être vu comme un symptôme.

1°- L'imputation selon le code civil

11- Textuellement, tout débiteur défaillant se voit automatiquement imputer l'inexécution. Après avoir affirmé l'effet obligatoire de toute convention (art. 1134 et 1135), le législateur traite du *contenu* des obligations-types que l'on rencontre dans les contrats (obligation de donner (14), de faire ou de ne pas faire), ce qui le conduit naturellement à traiter « *des dommages-intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation* » (section IV). Dès lors que le débiteur est défaillant (art. 1146), il doit indemniser le créancier « *encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* » (art. 1147).

Celui qui s'est obligé à vendre un bien ou à rendre un service à autrui (en bref : tout débiteur, quelle que soit l'obligation souscrite (15)) sera alors responsable en cas d'inexécution. Il suffit donc de comparer ce qui a été promis et ce qui a été réalisé : toute différence en défaveur du créancier, toute exécution simplement partielle, tardive ou incorrecte fait l'objet d'un rattachement automatique envers le débiteur. Autant dire que, face à un tel texte, il était délicat d'affirmer qu'il fallait, en outre, établir sa mauvaise foi.

Le sens profond de cette solution apparaîtra au regard du dommage réparable. En contre-partie de l'imputation automatique, le débiteur n'indemniserait le créancier que de certains dommages (les « *dommages et intérêts* » de l'article 1149 (16)).

12- Le recours par le code civil à une imputation automatique était une solution particulièrement novatrice. L'« *amoralisme* » de principe du code civil, par le refus de toute discussion oiseuse sur les excuses qu'un débiteur chercherait à faire valoir, s'expliquait par des considérations aussi bien théoriques que pratiques.

En théorie, « *il s'agissait de faire table rase du passé en rompant avec la théorie de la prestation des fautes* » (17). Pour la résumer, cette théorie, exposée dans son dernier état par Pothier, affirmait que l'imputation de l'inexécution au

(13) Art. 1147 c. civ. : « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part* ». Les articles cités par le seul numéro sont ceux du code civil.

(14) Ainsi, l'obligation de donner donne lieu à deux obligations (art. 1136), conserver la chose en attendant la livraison (art. 1137) et la livraison proprement dite (art. 1138). Ces obligations incluses dans l'obligation de donner précisent le contenu de l'obligation du vendeur, ce qui est une application particulière de la force obligatoire du contrat (art. 1134), qui comprend aussi les suites de l'obligation (art. 1135).

(15) Communication officieuse, Observations de la section, in P.A. Fenet, préc. (note 12), p. 147

(16) *Infra*, n° 36 et suiv.

(17) A. Desrayaud, *École de l'exégèse et interprétations doctrinales de l'article 1137 du code civil*, RTD civ. 1993, p. 535 à 549, spéc. p. 536 ; P. RÉMY, préc. (note 10), spéc. n° 7, p. 329.

débiteur devait tenir compte de l'utilité des contrats, répartis en trois grandes catégories (18). Concrètement, ces techniques d'imputation (à faute légère, quelconque ou lourde) avaient pour finalité, explicite chez Pothier, de permettre une indemnisation plus ou moins étendue du créancier par le débiteur. Inutilement complexe, reposant sur une confusion, la théorie de la prestation fut donc abandonnée par les rédacteurs du code civil (19).

Il convenait d'avoir l'esprit clair, et de ne plus confondre le contenu (variable) de l'obligation du débiteur et la question de l'imputation de l'inexécution. Dès lors qu'une inexécution était constatée, le code civil a considéré que le débiteur, du seul fait de son manquement, était responsable, sans avoir à se demander, si en outre, le débiteur s'était rendu compte de son manquement (20). En évacuant toute interrogation sur le psychisme du débiteur, le code civil entretenait d'ailleurs aussi une visée pratique. Concrètement, la solution imposait une réparation, certes limitée à un certain type de dommages (« soit à raison de l'inexécution, soit à raison du retard dans l'exécution » : art. 1147), mais conséquente, à la charge du débiteur. Libre de s'engager ou de ne pas s'engager, le débiteur défaillant était responsable. Liberté et responsabilité devaient donc se combiner.

13- Nulle trace d'une distinction entre obligation de moyen et de résultat. Et pour cause : dès lors que le code civil distingue entre le contenu d'une obligation (imposant telle exécution au débiteur) et l'imputation de l'inexécution au débiteur, il n'existe aucune incompatibilité entre les articles 1137 et 1147 c. civ. (21). L'existence même d'une confusion à ce sujet, dénoncée à juste titre par Denis Tallon (22), est donc profondément surprenante. Elle ne peut s'expliquer que parce que l'article 1147 a été jugé *intolérable*.

C'est précisément ce qui est advenu à la fin du XIX^e siècle. L'équilibre initial du code civil entre une imputation automatique et un dommage limité est apparu comme socialement inacceptable, encore que l'on puisse se demander ce que

(18) Ainsi, en présence d'un contrat unilatéral conclu dans l'intérêt exclusif du créancier (contrat de prêt à usage), le débiteur ne devait être responsable que s'il commettait une faute lourde (un dol). En revanche, l'emprunteur était tenu à raison d'une faute très légère, parce qu'il devait veiller avec une diligence particulière à la chose qu'autrui lui avait gratuitement prêtée. En présence d'un contrat synallagmatique, conclu dans l'intérêt réciproque des parties, chacun était tenu de sa faute légère. Voir : R.-J. Pothier, *Appendice au Traité des obligations, de la prestation des fautes*, in *Œuvres de Pothier*, par M. Bugnet, Éd. Videcoq, tome II, 1848, p. 497 et suiv. et références citées *infra*, note 66.

(19) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, in Fenet préc. (note 12), p. 230 : « Cette division des fautes est plus ingénieuse qu'utile dans la pratique. (...) La théorie par laquelle on divise les fautes en plusieurs classes, sans pouvoir les déterminer, ne peut que répandre une fausse lueur, et devenir matière de contestations plus nombreuses. » Voir : C.-B.-M. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, tome VI, 5^e éd., 1830, n° 229 à 235, p. 239 à 245 ; A. M. Demante, *Cours analytique de Code civil*, par E. Colmet De Santerre, 1883, 2^e éd., tome V, n° 54 bis, p. 67. Ces auteurs expliquent en effet que cette théorie des trois fautes soumettait le créancier à l'arbitraire du juge, lequel risquait de très mal indemniser.

(20) Le terme « faute » doit être précisé. Selon Treilhard, in Fenet préc. (note 12), p. 56 « en général, les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en faute » ; Bigot-Préameneu, préc., p. 232 : « On ne saurait douter que le débiteur soit en faute, lorsque le fait n'a pas été accompli en temps utile ». La faute est distincte de toute mauvaise foi : c'est avoir fait ce qu'on n'aurait pas dû. Ainsi, la réserve de la force majeure se comprend-elle comme la preuve de l'absence de faute, directe ou indirecte. « L'excuse est réduite au cas où la cause, étrangère au débiteur, ne peut lui être imputée. Il serait injuste de le rendre responsable de l'impossibilité absolue » (Bigot-Préameneu, p. 56).

(21) Le premier texte détaille les obligations du vendeur (qui conserve, livre et transfère la propriété du bien vendu). Le second traite des suites d'une inexécution contractuelle quelconque, et précise que le débiteur se voit imputer automatiquement l'inexécution. Les articles 1137 et 1147 traitent donc de questions distinctes. Voir : C.-B.M. Toullier, préc. (note 19), n° 234, p. 244 ; A. M. Demante, par E. Colmet De Santerre, préc. (note 19), n° 63, p. 90.

(22) *Infra*, note 40.

recouvrait, aux yeux des uns ou des autres, l'inacceptable : que le débiteur doive être responsable, avec le coût induit par cette responsabilité ? ou que le créancier subisse un dommage corporel sans recours ?

2° - La distinction doctrinale entre obligations de moyen et de résultat

14- S'interrogeant sur les similitudes et les dissemblances entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, René Demogue s'intéressait à la preuve que devait fournir la victime d'un dommage (23) : « outre le dommage, il faut toujours prouver qu'une obligation existait pour le défendeur, qu'elle n'est pas exécutée (...) » (p. 538), l'auteur précisant (note 1) que « quelle que soit la responsabilité envisagée, il n'y a pas à prouver la faute comme élément subjectif, mais seulement le fait matériel de l'inexécution ». L'imputation s'effectue donc automatiquement : dès lors qu'est constatée la violation d'une obligation, contractuelle ou délictuelle, l'élément psychologique est présumé. « Le système de la preuve est donc le même dans les délits et les contrats » (p. 543).

Mais comment prouver que telle obligation a été violée ? L'auteur propose une distinction. « L'obligation qui peut peser sur un débiteur n'est pas toujours de même nature. Ce peut être une obligation de résultat ou une obligation de moyen » (p. 538). S'inspirant vraisemblablement de Garraud (qu'il cite), Demogue réutilise la distinction de droit pénal entre délits formels et délits matériels. « Les derniers se caractérisent par le résultat, les premiers par l'emploi de moyens qui sont ordinairement de nature à produire ce résultat » (note 4, p. 538).

La consultation d'un manuel de droit pénal relève ainsi que, dans les infractions matérielles, les plus nombreuses, « le résultat est le dommage incriminé par la loi : ainsi, en matière de meurtre, le résultat est la mort de la victime de l'agression » (24) ; dans l'infraction formelle, à l'inverse, « la loi se contente d'incriminer un comportement : l'empoisonnement consiste en un attentat à la vie, quelles qu'en aient été les suites » (25). Bref, normalement, en droit pénal, on attend que le résultat poursuivi soit atteint par le délinquant, pour être bien sûr que ce dernier voulait commettre son délit ; mais parfois, en présence d'une infraction grave en préparation, le législateur n'attend pas le résultat dommageable pour réprimer.

Ici peut naître une confusion. Le droit pénal s'occupe d'intention, et, par prudence, il n'intervient que tard, parce qu'il faut être bien sûr de l'intention coupable avant de punir. Cette règle protège chaque conscience (pas de délit d'opinion). On exige donc le résultat, le dommage. Mais il faut être réaliste : plus on attend le résultat, plus on est inefficace. L'infraction formelle permet alors de réprimer la tentative, qui est déjà suffisamment explicite. Demogue, pour sa part, n'a que faire de cette politique pénale. Se posant la question de la preuve du contenu d'une obligation, il envisage le but ultime de toute obligation, à l'instar de l'infraction pénale. Ce qui a sa part de logique : puisque, précisément, il discute de l'analogie existant entre responsabilité contractuelle et délictuelle. Parfois, on

(23) R. Demogue, *Traité des obligations en général*, « Sources des Obligations », 1925, tome V, n° 1237, p. 536 à 548.

(24) W. Jeandidier, *Droit pénal général*, 2° éd., Montchrestien, 1991, n° 240, p. 266.

(25) W. Jeandidier, préc., n° 241, p. 267. Deux précisions sont apportées : l'infraction formelle « n'est autre que l'obtention d'un résultat déterminé, un acte préparatoire érigé en infraction consommée ; (...) un crime particulier incriminé à titre préventif en raison de sa gravité et consommé dans un certain but indépendamment du résultat ». Celui qui fabrique de la fausse monnaie ne le fait pas pour la beauté du geste, mais pour la mettre en circulation ; l'intention du délinquant est suffisamment prouvée par l'acte de fabrication, qui sera donc incriminé.

constate simplement le résultat : le bâtiment promis n'est pas construit ; parfois, une obligation n'a pas rempli son objectif (aléatoire). Mais Demogue précise utilement qu'en présence d'une obligation de moyen, le débiteur n'est libéré que par cas fortuit ou force majeure (26). Bref, rien dans la position de Demogue ne permet de penser que sa distinction entre obligation de moyen et obligation de résultat a un effet quelconque sur l'imputation. Et c'est là d'ailleurs son point de conclusion (p. 543) (27).

15- Reçue avec circonspection (28), la distinction de Demogue fut reprise avec exaltation par Henri Mazeaud (29). Se référant à l'histoire depuis le digeste, de sorte que le code civil n'apparaissait plus que comme un épiphénomène, au demeurant contradictoire et confus, l'auteur affirme pour la première fois que les articles 1137 et 1147 sont antinomiques (n° 22, p. 19 ; n° 31, p. 28 ; n° 56, p. 48). Immédiatement reçue par la doctrine la plus autorisée (30), la nouvelle classification conduit donc à distinguer entre obligation générale de prudence et de diligence (art. 1137 et 1382), nécessitant la preuve d'une faute, et obligation déterminée (art. 1147 et 1384), dont « l'inexécution entraîne la responsabilité du débiteur sans que la conduite de ce dernier ait besoin d'être appréciée » (31). Or, quoiqu'en dise l'auteur (n° 59, p. 50), la faute exigée dans les obligations de moyen n'est plus synonyme d'inexécution (32). Un pas de plus, et la preuve d'une faute du débiteur sera rétablie (33).

(26) Ainsi, lorsqu'on loue un coffre-fort à une banque, afin de réduire les risques de vol, on n'est néanmoins pas certain que la banque ne sera pas cambriolée. En présence d'un cambriolage, dit Demogue, « la banque ne m'a pas promis un résultat : à savoir que je retrouverai mes titres, elle m'a promis de surveiller l'accès à mon coffre-fort (...). Si elle a laissé pénétrer un tiers près de mon coffre, elle pourra d'ailleurs prouver qu'il y a eu cas fortuit ou force majeure » (p. 539). La référence à la force majeure montre bien que s'applique l'article 1147.

(27) Il suffit de prouver que l'obligation a été violée, peu importe un quelconque élément psychologique. Demogue précise (note 2, p. 543) : « D'ailleurs, dans les contrats, il suffit parfois de prouver l'obligation. C'est alors au débiteur à prouver qu'il l'a exécutée (...). Dans les autres cas, il faut établir la non-exécution : prouver que l'on a contrevenu à telle obligation, que tel résultat n'a pas été obtenu ». Il est ici uniquement question de preuve : 1° du contenu de l'obligation contractuelle (le débiteur qui prétend avoir payé doit le prouver : 1° cas) ; 2° de la comparaison entre ce contenu et l'inexécution (2° cas). Lorsque l'immeuble à construire n'est pas construit, « tel résultat n'est pas obtenu » ; lorsque le banquier, chargé de surveiller l'accès au coffre-fort, n'a pas surveillé, il faut « prouver que l'on a contrevenu à telle obligation » (de moyen).

(28) H. Capitant, *Les effets des obligations*, RTD civ. 1932, p. 723 à 726, spéc. p. 724-725 ; P. ESMEIN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle*, RTD civ. 1933, p. 627 à 692., spéc. n° 3, p. 633 qui remarque que l'obligation dite de moyens promet toujours un résultat...

(29) H. Mazeaud, *Essai de classification des obligations*, préc. (note 8), spéc. n° 28, p. 25.

(30) H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 1° éd., 1932, n° 1416 ; 2° éd., 1934, tome II, n° 1416, p. 321.

(31) H. Mazeaud, préc. (note 8), n° 35, p. 32 et 33.

(32) En présence d'une obligation déterminée, « il suffit de relever que l'acte promis n'a pas été exécuté, sans qu'il y ait lieu d'apprécier la conduite du débiteur » (implicitement, « encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part », pour reprendre les termes de l'article 1147). « Au contraire, il n'y a d'inexécution de l'obligation générale de prudence et de diligence que si le débiteur n'a pas fait preuve de la prudence et de la diligence promises, ce qui nécessite un examen de sa conduite, une comparaison avec la conduite d'un débiteur avisé » (n° 59, p. 51). La faute prouvée nécessite un examen ; on est proche de l'examen de conscience. Donc de l'imputation, qui n'est plus automatique.

(33) Là est une des critiques de P. ESMEIN, « L'obligation et la responsabilité contractuelles », in *Mélanges Ripert*, tome II, 1950, p. 101 à 115, spéc. n° 6, p. 107 : « Le mot faute, ainsi employé, est détourné du sens que lui donne le public et la tradition : à savoir un acte qui suscite un blâme pour son auteur. (...) Dans l'article 1147 les mots inexécution de l'obligation signifient non pas l'acte blâmable qu'est la faute pour le public, mais le fait que le créancier n'a pas obtenu la satisfaction qu'il attendait du contrat, ce qui peut arriver sans qu'il soit sujet à reproche ».

16- La distinction entre obligations de moyen et de résultat allait s'imposer, les résultats pratiques étant tout d'abord justifiés en théorie.

L'article 1147 était inacceptable, car le législateur affirmait une indifférence profonde envers l'examen de la conscience du débiteur, ce qui ne pouvait que choquer une doctrine catholique et conservatrice, libérale par opposition au socialisme athée. Il convenait donc de rendre moral le code civil, entreprise qui se réalisa par étapes : après avoir restreint le champ d'application de l'article 1147 aux obligations de résultat, pour instaurer des obligations de moyen soumises à l'imputation à faute (synonyme de mauvaise foi (34)), on proposa même d'assimiler l'inexécution d'une obligation de résultat à une présomption de faute (35). Comment un débiteur pouvait-il être responsable sans avoir commis de faute ? C'était nier sa responsabilité (36). Une faute devait donc avoir été commise, au moins implicitement.

Les débiteurs professionnels n'avaient pas à se plaindre d'une telle orientation doctrinale. En introduisant un coin dans l'article 1147 c. civ., la doctrine dominante instaurait un goulot d'étranglement face à l'action du créancier. Or, qui était ce dernier ? On pourrait avoir l'impression que, envisagé abstraitement (un créancier ; un débiteur), chacun était à armes égales. Toutefois, le créancier, débiteur du prix, était toujours tenu d'une obligation de résultat. Il n'a jamais été question de considérer que face au locataire, débiteur du loyer, le bailleur ait à établir la négligence du locataire. Le débiteur, tenu de réaliser la prestation caractéristique (livraison d'un bien, réalisation d'un service), bénéficiait à plein de la distinction : les soins donnés par un « *bon père de famille* » ne concernaient plus, au début du XX^e siècle, que les débiteurs professionnels. En privant le créancier du bénéfice de l'imputation automatique, la doctrine justifiait ainsi que le dommage subi par la victime demeure à sa charge ; les prévisions économiques du contrat étaient respectées, au nom de la morale chrétienne, de l'économie libérale, de l'autonomie de la volonté (37). Selon la thèse libérale ainsi interprétée, liberté et responsabilité ne font pas bon ménage.

(34) Cette faute contractuelle est conçue comme analogue à celle de l'art. 1382 c. civ. Or, il n'est pas certain que la faute de l'article 1382 dépende d'un examen de conscience de l'auteur du fait. Voir : Rapport de Treilhard, in Fenet préc. (note 12), p. 467-468 : « *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'un 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 ».*

(35) R. Rodière, *Une notion menacée : la faute ordinaire dans les contrats*, RTD civ. 1954.201 à 227, spéc. p. 211.

Il fut même affirmé que l'article 1147 était un texte supplétif de volonté, et que toute obligation contractuelle n'était que de moyens. Voir : A. Plancqueel, *Obligations de moyens, obligations de résultat (essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution)*, RTD civ. 1972.334 à 340, spéc. p. 336 et 339.

(36) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, préc. (note 7), n° 571, p. 548 : « *Ce texte faisant état de l'inexécution, et non de la faute, il semble à s'en tenir à lui que cette notion soit étrangère à la théorie de la responsabilité contractuelle* ».

(37) R. Rodière, *Une notion menacée*, préc., n° 6, p. 214. Commentant la nouvelle jurisprudence n'admettant que restrictivement l'exonération du débiteur par la force majeure (des voyageurs avaient été tués au cours d'un déraillement causé par un sabotage de la voie) : « *C'est aux idées chrétiennes de liberté humaine et d'amour de son prochain que s'attaque la dernière jurisprudence* ».

17- Il ne restait plus qu'à préciser les domaines d'application respectifs des obligations de moyen et celui, distinct, des obligations de résultat, en fonction de la nature de l'obligation pesant sur le débiteur. La tâche s'avéra ardue : la présence d'un aléa, la participation du créancier (permettant accessoirement d'imputer à la victime la cause de son dommage) se sont révélées fort peu opératoires (38). On comprend donc, outre certaines voix pointant le doigt sur les difficultés pratiques de mise en œuvre (39), que la distinction même entre obligations de moyen et de résultat ait été remise en cause.

18- « Pourquoi parler de faute contractuelle ? » (40). En 1994, les esprits étaient si bien formatés que « la question sembl[ait] au premier abord saugrenue ». Rétablissant le sens de l'article 1147, Denis Tallon affirme simplement que la faute n'a jamais été présente dans ce texte, qui a précisément pour objet de procéder à une imputation automatique. « Il suffit (...) donc de comparer la promesse faite et le résultat obtenu ». En effet, si le médecin promet de prodiguer des soins attentifs, la seule question pertinente consiste à savoir si, effectivement, le patient a été examiné, si les techniques adéquates pour déceler telle ou telle maladie ont été utilisées. Le contrat médical n'est pas un contrat aléatoire. L'article 1147, seul applicable à toutes les obligations contractuelles, impose une imputation automatique.

La distinction entre obligations de moyen et de résultat ne repose que sur une volonté délibérée et profondément discutable de réduire, par des techniques confuses, à la portion congrue la responsabilité d'un débiteur, souvent professionnel. C'était précisément ce à quoi s'est refusé le législateur de 1804. On peut donc être étonné de son utilisation constante par la jurisprudence.

3° - La distinction jurisprudentielle entre obligations de moyen et de résultat

19- Depuis sa réception par la jurisprudence (41), le succès de la distinction entre obligations de moyen et de résultat ne s'est pas démenti. L'accord qui semble exister entre la doctrine dominante et la jurisprudence est toutefois trompeur.

À la fin du XIX^e siècle, la jurisprudence a, en effet, considéré que le code civil était devenu inacceptable, mais pour des raisons à l'exact opposé de celles motivant la doctrine dominante. Il était inacceptable qu'une victime, tel un créancier, n'obtienne pas réparation en présence d'un dommage corporel. Or, le code civil semblait imposer une imputation à faute (42) pour réparer le préjudice imprévisible (43), dans lequel figurait le dommage corporel.

(38) Voir : J. Flour, J.-L. Aubert, *Les obligations, tome III, Le rapport d'obligation*, par J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, Armand Colin, 1999, n° 204, p. 130.

(39) F. Maury, *Réflexions sur la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat*, R.R.J. 1998, p. 1243 à 1255, spéc. n° 13 et suiv., p. 1248 et suiv. ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 2003, n° 948, p. 473 parlent d'une distinction « à ce point relative qu'elle ne signifie plus grand chose » ; F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, préc. (note 7), n° 577 à 580 parlent du « développement des plus purs délices de l'impressionnisme ».

(40) D. Tallon, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *Mélanges Gérard Cornu (Droit civil, procédure, linguistique juridique)*, PUF, 1994, p. 429 à 439, spéc. p. 437.

(41) L'arrêt précurseur est toutefois bien obscur : civ., 20 mai 1936, JCP 1936, p. 1079 ; D.P. 1936.1.88, concl. Matter, rapport Josserand, note E.P. ; S. 1937.1.321, note Breton.

(42) *Infra*, n° 29 et suiv. ; *supra*, note 34.

(43) *Infra*, n° 39.

20- C'est dans ce contexte que l'article 1384 fut considéré comme permettant une imputation automatique, et que le contrat pouvait contenir une obligation de sécurité (44). La création d'une obligation contractuelle de sécurité présentait un avantage considérable : en affirmant que le débiteur n'avait pas exécuté correctement sa prestation, le créancier n'était plus victime d'une imprudence, mais d'une promesse non tenue. Le créancier (personne physique, victime d'un dommage) bénéficiait alors de l'imputation automatique de l'article 1147. Cette solution était, répétons-le, contraire au texte : seul le dommage prévisible (45) du créancier était soumis à l'imputation de l'article 1147.

Il est curieux, dans ces conditions, que la doctrine libérale du XX^e siècle ait vu avec une relative bienveillance ce forçage du contrat. Deux raisons expliquent cette position. D'une part, au début du XX^e siècle, la grande menace pesant sur les débiteurs professionnels, c'était l'article 1384, nouvellement interprété ; la responsabilité contractuelle pouvait donc apparaître comme un moindre mal (46). D'autre part, l'inclusion du dommage corporel dans le dommage prévisible (47) pourrait être utilement utilisé comme une technique de limitation de l'indemnisation.

Dans ce contexte (et sur ces malentendus), on comprend pourquoi la jurisprudence s'est rapidement ralliée à la distinction entre obligations de moyen et de résultat, car la distinction allait permettre de ne pas tout réparer. Mais la jurisprudence a-t-elle joué sur l'imputation ou sur le contenu de l'obligation ?

21- La terre d'élection des obligations de moyen et de résultat, et de leurs divers degrés, concerne au premier chef l'obligation de sécurité (48). Officiellement, la jurisprudence pratique bien la distinction : tantôt, elle exige la preuve d'une faute commise par le débiteur (obligation de moyen) ; tantôt, elle constate que, tenu d'une obligation de sécurité, le débiteur y a manqué, puisque le créancier a été victime d'un accident survenu lors de l'exécution du contrat (obligation de résultat).

Pourtant, cette distinction officielle semble purement factice. Lorsque le débiteur se voit imputer une faute, est-il de mauvaise foi ou négligent ? Rien ne l'indique, à lire la jurisprudence. Ainsi, la patiente, internée dans une clinique psychiatrique et blessée à la suite d'une tentative de suicide, peut-elle obtenir réparation, lorsque la clinique, tenue d'une obligation de surveillance (de moyen), ne l'a pas surveillée : la faute est constatée (49). Le constat de la violation d'une

(44) Voir : P. Rémy, préc. (note 10), spéc. n° 11, p. 331 : C. Saintelette, *De la responsabilité et de la garantie (accidents de transport et de travail)*, Bruxelles, 1884, avait proposé de créer une obligation contractuelle de sécurité à la charge du débiteur (professionnel) ; une autre proposition doctrinale de la même époque (R. Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, 1895) avait consisté à étendre l'imputation automatique en présence d'une responsabilité délictuelle (responsabilité du fait des choses).

(45) *Infra*, n° 36 et suiv.

(46) Grâce à la création de la règle du non-cumul : *infra*, n° 48.

(47) Grâce aux clauses limitatives de responsabilité : *infra*, n° 45.

(48) Soit par l'adjonction d'une clause accessoire à l'obligation principale (civ., 21 noV. 1911, DP 1913.1.249, note L. Sarrut ; S. 1912.1.73, note C. Lyon-Caen, pour l'obligation de sécurité dans le contrat de transport) ; soit par la création de quasi-contrat accessoirement au contrat principal (civ. 1^o, 16 juill. 1997, Bull. n° 243, pour l'obligation de sécurité, accessoire au quasi-contrat d'assistance, lui-même accessoire au contrat principal d'entreprise).

(49) Civ. 1^o, 18 juil. 2000, n° 99-12135, Bull. I n° 221, p. 144 : « En vertu du contrat d'hospitalisation et de soins le liant à son patient, un établissement de santé privé est notamment tenu de prendre les mesures nécessaires pour veiller à sa sécurité, les exigences afférentes à cette obligation étant fonction de l'état du patient ; encourt dès lors la cassation l'arrêt qui, bien qu'ayant constaté que la patiente (...) avait été laissée sans surveillance, estime néanmoins que cet établissement de santé n'avait commis aucune faute de surveillance ».

obligation de résultat s'effectue à l'identique. Il suffit de comparer le devoir contractuel (la sécurité promise) et son exécution (la sécurité défaillante). « *Le transporteur ferroviaire de voyageurs [est] tenu d'une obligation de sécurité de résultat envers ceux-ci* » (50) ; le voyageur est blessé lors du transport ; l'inexécution est donc établie. L'imputation, dans les obligations de résultat ou de moyen, s'effectue à l'identique, de façon automatique. Jamais les juges n'exigent du créancier qu'il rapporte la preuve spécifique d'une mauvaise foi du débiteur. Il suffit de comparer l'obligation contractuelle (le devoir de surveillance) et son exécution (la surveillance a-t-elle été fournie ?) pour établir qu'il existe une différence entre les deux.

22- Où donc réside la différence entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyen ? Cette différence n'est pas d'ordre technique, mais politique. Simple instrument technique aux mains des juges, la frontière, pour le moins mouvante, entre obligations de moyen et de résultat permet soit d'indemniser au cas par cas, soit d'indemniser automatiquement en présence d'une situation-type.

Le recours à l'obligation de moyen montre, de la part de la cour de cassation, une volonté de permettre l'indemnisation ponctuelle d'un dommage, en tenant compte des difficultés propres à une situation-type. Il est délicat d'empêcher absolument une personne qui désire se suicider de parvenir à ses fins (l'obligation contractuelle s'apprécie donc « *en fonction de l'état du patient* ») ; le débarquement d'un skieur utilisant un télésiège présente un risque incompressible, malgré les mesures de sécurité adoptées par l'opérateur (l'obligation sera donc là encore de moyen). En clair, les juges veulent pouvoir ne pas toujours indemniser : telle est la fonction de l'obligation de moyen, qui permet d'imposer un devoir contractuel précis et limité à un débiteur. Lorsque, à l'inverse, les juges estiment que la situation-type est inoffensive ou doit l'être, ils parleront d'obligation de résultat : on ne fait pas le détail. Le transport de personnes ne doit pas présenter de danger pour les passagers.

23- En présence d'une obligation véritablement contractuelle, le recours à la distinction entre obligation de moyen et de résultat s'explique moins. Dès lors qu'il suffit de déterminer le contenu d'une promesse contractuelle, au besoin en interprétant le contrat, et de le comparer à l'exécution, on comprend mal pourquoi la jurisprudence s'encombre d'une distinction entre obligation de moyen et de résultat.

Là encore, la distinction annonce une nouvelle politique jurisprudentielle. La lettre d'intention est révélatrice à cet égard. Après avoir admis sa validité, douteuse au demeurant (51), la cour de cassation a prudemment eu recours à l'obligation de moyen, afin de déterminer, au cas par cas, si le promettant était tenu de payer le créancier à la place du débiteur défaillant, à la manière d'une caution. En 2002, la cour de cassation a requalifié la lettre d'intention en obligation de résultat : la société-mère, promettante, est tenue de payer à la place de sa filiale, débiteur.

(50) Civ. 1^o, 3 juill. 2002, n° 99-20217, Bull. I n° 183, p. 141.

(51) Le recours au contrat de cautionnement, institué par le législateur, n'est-il pas imposé, lorsqu'un créancier veut obtenir d'un tiers qu'il paye à la place du débiteur défaillant ? La création de la garantie autonome, puis celle de la lettre d'intention peuvent être considérées comme des créations jurisprudentielles prenant certaines libertés avec l'ordre public imposant le cautionnement. Voir : A. Vignon-Barrault, *L'avenir des lettres de confort*, R.R.J.2002, p. 821 à 839, spéc. n° 14 et suiv., p. 831 et suiv.

Techniquement parlant, la qualification n'apporte rien (52) ; elle informe toutefois que les lettres d'intention ont accédé au statut de sûreté personnelle.

24- En jurisprudence, la distinction entre obligations de moyen et de résultat, comme d'ailleurs l'affirmait Demogue, ne concerne donc en rien l'imputation, mais la preuve du contenu d'une obligation et du constat de l'inexécution par le débiteur. Il convient d'identifier, avec précision ou non, le devoir contractuel (la sécurité complète du créancier est-elle promise ? ou bien le débiteur n'est-il tenu que de prendre des mesures ponctuelles de sécurité ?), la charge de cette preuve pesant sur le créancier (art. 1315 al.1°) (53). La preuve de l'exécution pèse en principe sur le débiteur (art. 1315 al.2°), sachant que cette preuve peut être plus ou moins aisée à fournir (54).

25- En somme, face au code civil ayant décidé que le débiteur défaillant se voyait automatiquement imputer son inexécution, un mouvement doctrinal puissant a cherché délibérément à dénaturer cette solution. Afin de libérer le débiteur professionnel de la charge financière que représentait une telle responsabilité, le domaine d'application de l'article 1147 fut donc limité, en introduisant une subtile confusion entre une question probatoire et une question d'imputation.

La jurisprudence a su toutefois réutiliser cet outil destiné à rendre le débiteur professionnel irresponsable, en refusant de confondre imputation et preuve. En pratique, donc, cette technique *contra legem* inventée par la doctrine conservatrice a manqué son objectif concret. Son abandon serait souhaitable, car parler de faute induit en erreur : l'article 1147 instaure une garantie au profit du créancier. Il est impropre de parler de faute là où elle n'a jamais été ; ni d'ailleurs de nier là où elle est.

B - L'inexécution dolosive du débiteur

26- Contrairement à l'article 1147, l'article 1150 recourt bien à une imputation à faute en présence d'un débiteur défaillant, solution qui s'explique au regard du préjudice réparable. En présence d'une inexécution simple, le débiteur limite sa responsabilité au dommage prévisible, « lorsque ce n'est point par son *dol* que l'obligation n'est point exécutée ». Le constat d'un *dol* du débiteur, dont la preuve incombe au créancier, permet donc à ce dernier d'obtenir réparation du préjudice imprévisible. Or, ce *dol* est une notion, donc sujette à interprétations, ce dont elle n'a pas manqué de faire l'objet.

(52) Dans un cas (Com., 26 janvier 1999, pourvoi n° 97-10.003, Bull. IV n° 31, p. 25 ; JCP E 1999, p. 674, note D. Legeais ; D. 1999, p. 577, note L. Aynès) comme dans l'autre (Com., 9 juillet 2002, pourvoi n° 96-19.953, Bull. IV n° 117, p. 126 ; Répertoire du notariat Defrénois 2002, n° 37644, p. 1614 à 1648, note R. Libchaber), il suffisait de lire la promesse : contient-elle un engagement véritable de payer à la place de ; de procéder à une augmentation de capital ; ou de surveiller la gestion du « tiers » (la société-filiale) qui contracte avec le banquier ? Et de comparer avec ce qui a été effectivement fait.

(53) Sachant qu'en présence d'une obligation de sécurité, l'obligation étant imposée par le juge, le créancier est donc, de facto, déchargé de la preuve du contenu de l'obligation.

(54) Pour un transporteur de voyageurs, « tenu à une obligation de sécurité de résultat », il est très délicat de prouver l'exécution correcte, lorsqu'un voyageur sort blessé d'un train ; tout comme il est délicat, pour un débiteur prétendant avoir payé en espèce, d'établir qu'il s'est libéré de son obligation par l'exécution (Com., 16 juin 1981, Bull. IV, n° 278). Le médecin, « tenu d'une obligation renforcée de moyen », pourra établir qu'il a bien rempli son obligation, en fournissant au patient une information correcte (civ. 1°, 25 fév. 1997, Bull. civ. I, n° 75).

1° - *Le dol dans le code civil*

27- En 1804, le dol de l'article 1150 était synonyme de faute simple. Ayant abandonné la théorie de la prestation des fautes, le législateur n'entendait pas réintroduire par la fenêtre les méandres qu'il dénonçaient 13 articles plus tôt. Pour saisir le sens exact du dol auquel l'article 1150 fait référence, d'ailleurs de manière purement négative, il faut tout à la fois remplacer l'article dans le discours du législateur, analyser les travaux préparatoires et comparer avec les autres applications que l'on trouve dans les contrats spéciaux.

Après avoir dit que l'inexécution du débiteur lui était automatiquement imputable (art. 1147), avec la réserve de la force majeure (art. 1148), le législateur traite du montant des dommages et intérêts à la charge du débiteur : ce dernier devra indemniser le dommage prévisible, « *sauf les exceptions et modifications ci-après* » (art. 1149), ce qui est une annonce de plan. Les exceptions concernent l'article 1150, selon lequel le débiteur n'est tenu que du dommage prévisible, sauf dol de sa part ; et l'article 1151, selon lequel, même en cas de dol, la causalité fait l'objet d'une définition légale restrictive, à l'égard du dommage prévisible. Les modifications concernent les dommages et intérêts prévus (art. 1152 relatif à la clause pénale) et le dommage moratoire (art. 1153 à 1155 relatifs aux obligations de somme d'argent pour l'essentiel). Le dol du débiteur n'apparaît ici que sous une formulation négative, et l'on peut être surpris que le législateur soit si peu loquace à ce sujet. À cela, une explication simple : le législateur traite du dommage prévisible, ce qui est l'objet de l'article 1149, duquel dépendent les articles suivants ; le silence relatif au dommage imprévisible revient donc à ne commettre aucun « hors sujet » (ce qui signifie donc que le sujet est ailleurs).

Les travaux préparatoires sont parfaitement conformes au texte. Les dommages et intérêts dus par le débiteur (simplement) défaillant sont bien limités à certains dommages, résultant de l'inexécution ou du retard (55). En revanche, cette restriction n'a pas lieu d'être, lorsque le débiteur est de mauvaise foi : terme qui figure dans l'article 1147, ce qui explique probablement pourquoi, par élégance, on utilise un synonyme, le dol (56). « *Le dol établit contre celui qui le commet une nouvelle obligation différente de celle qui résulte du contrat ; cette nouvelle obligation n'est remplie qu'en réparant tout le tort que le dol a causé* » (57). Le dol, créant une obligation indépendante du contrat, sera donc traité ultérieurement, au titre des délits et quasi-délits : les délits sont des dols, des fautes (simples), auxquels seront adjoints les quasi-délits, à savoir les imprudences. Conformément

(55) Bigot-Préameneu, in Fenet préc. (note 12), p. 232 : « *On entend par ces expressions, dommages et intérêts, la perte que le créancier a faite, et le gain dont il a été privé par l'inexécution de l'obligation ; ils ne doivent pas en excéder les bornes* ». Mouricault, p. 420 parle des « *dommages et intérêts du créancier* », et limite lui aussi la question aux seuls dommages résultant de l'inexécution ou du retard.

(56) Le terme « *faute* » aurait pu être employé, mais il avait l'inconvénient d'être source de confusion. En effet, Bigot-Préameneu considère que le débiteur simplement défaillant est « *en faute* » : *supra*, note 15. Lorsque le débiteur a commis une faute précise, distincte de son seul manquement, il commet donc un dol.

(57) Bigot-Préameneu, in Fenet préc. (note 12), p. 233 : « *Si néanmoins le débiteur s'était rendu coupable de dol en manquant à son obligation, il devrait indemniser non seulement à raison de ce qu'on eût prévu ou pu prévoir en contractant, mais encore à raison des conséquences particulières que le dol peut avoir entraînées. Le dol établit contre celui qui le commet une nouvelle obligation différente de celle qui résulte du contrat ; cette nouvelle obligation n'est remplie qu'en réparant tout le tort que le dol a causé* ». Le dol fait naître une autre obligation, celle de réparer le tort causé : ce tort se distingue donc des dommages et intérêts prévus ou prévisibles.

au droit naturel, le débiteur ayant commis une faute, et même une simple imprudence, devra réparer (58). Nulle trace d'intention de nuire dans ce dol (59).

La comparaison avec les autres articles du code civil doit être effectuée avec prudence. En effet, les contrats spéciaux pouvaient tout à la fois illustrer le droit commun des contrats tout comme y déroger sur des points particuliers. Or, face au dol du débiteur, cette correspondance existe ; il en est fait application à diverses reprises dans les contrats spéciaux. Dans la vente d'un bien affecté d'un vice caché, soit le vendeur connaissait le vice (art. 1645), soit il l'ignorait (art. 1646). Le vendeur, qui sait, est de mauvaise foi ; il commet un dol. Dans le contrat de prêt à usage, « *Lorsque la chose prêtée a des défauts tels, qu'elle puisse causer du préjudice à celui qui s'en sert, le prêteur est responsable, s'il connaissait les défauts et n'en a pas averti l'emprunteur* » (art. 1891). En présence d'un dommage imprévisible (60) dont l'emprunteur est victime, le prêteur *négligent* est responsable, et ce alors même qu'il prête à titre gratuit et dans l'intérêt exclusif de l'emprunteur (art. 1876).

28- Dans l'esprit des rédacteurs du code civil, les notions de dol, de faute, de négligence sont synonymes. Il n'est question que d'une imputation à faute (simple !) envers le débiteur. L'article 1150 effectue un renvoi aux articles 1382 et suivants. Lorsque le dommage est imprévisible, c'est-à-dire subi à l'identique par le créancier ou un tiers, il est logique (et juste) que le débiteur fautif répare le dommage causé. Cette position, on s'en doute, était inacceptable.

2° - Le dol dans la doctrine du XX^e siècle

29- Lorsqu'une vision véritablement nouvelle voit le jour, ce qui la rend révolutionnaire, il arrive parfois que, malgré tout, la tradition soit la plus forte. Ainsi, Toullier, pourtant favorable au code civil (61), définit le dol de l'article 1150

(58) Bertrand-De-Greuille, in Fenet préc. (note 12), p. 474 ; Tarrille, préc., p. 487-488 ; Treilhard, 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* ». La faute, fait quelconque, selon les codificateurs, ne semble pas synonyme de mauvaise foi : c'est faire quelque chose que l'on ne doit pas, même si on n'en a pas conscience (voir Treilhard, *supra*, note 34).

(59) Ce que remarque d'ailleurs J. Mazeaud, note sous civ. 1^o, 4 fév. 1969, D. 1969, p. 601, qui ajoute : « *En matière contractuelle, limiter la faute dolosive à l'intention de nuire serait vider cette notion de son contenu* ».

(60) *Infra*, n° 39.

(61) C.-B.-M. Toullier préc. (note 19), n° 236, p. 246 : « *On doit réparer le dommage que l'on a causé à autrui par sa faute même la plus légère, parce qu'enfin, quelque légère soit cette faute, elle n'est pas une raison suffisante pour appauvrir le prochain (...) quoique par mégarde et sans aucune mauvaise intention* ». Néanmoins, Toullier réintroduit une distinction entre la faute « très légère » (reprenant les termes de l'ancienne prestation des fautes) commise même sans mauvaise foi, et la faute commise de mauvaise foi. Selon Toullier, la première catégorie de faute est commise indépendamment de tout facteur subjectif : l'imprudence caractérise aussi bien le débiteur défaillant (n° 230, p. 238) que celui qui commet une imprudence au sens de l'art. 1383 c. civ. (n° 232, p. 243). « *Il faut donc entendre par faute en cette matière, tout fait, toute omission qui causent du dommage à autrui, et qui peuvent être imputés à celui qui les a commis, quand même il n'y aurait de sa part aucune mauvaise foi* » (n° 233, p. 243). La seconde catégorie de faute correspond à la mauvaise foi, au dol : la faute est donc subjective. Cette vision ne correspond pas à celle du code civil. Selon ce dernier, le débiteur défaillant est responsable, garant de tout manquement : ce n'est que s'il prouve la force majeure qu'il sera exonéré (laquelle établit l'absence de toute imprudence, directe ou indirecte). Celui qui cause à autrui un dommage, par sa faute ou son imprudence, devra aussi réparer ; et, précise Treilhard, peu importe la conscience de celui qui commet l'imprudence (*supra*, note 34).

comme « *le dessein de nuire à autrui* » (62), auquel il fallait assimiler la mauvaise foi (63). Ce faisant, l'exigence d'une faute assimilée à la mauvaise foi renaissait. Pourquoi ? Essentiellement parce qu'imposer à l'auteur d'une imprudence la charge de réparer tout le dommage qu'il causait, sans limite, était inacceptable (64). Un souci de modération persistait.

30- L'exigence d'une mauvaise foi du débiteur pour caractériser son dol fut considérée comme une évidence par la doctrine du XIX^e siècle, puisque telle était la position de Pothier (65). Peu distinct de la faute selon l'article 1382 (66), le dol de l'article 1150 va toutefois acquérir une autonomie progressive, pour devenir une faute intentionnelle (67).

Cette exigence d'une faute intentionnelle (68), avec son cortège de subtiles restrictions (69), correspondait, en réalité, à un travail de sape, destiné à limiter l'emprise de la responsabilité. Cette résurgence des péchés véniels et des péchés mortels servant de justification morale (70), on jugeait surtout inopportun qu'une simple imprudence commise par le débiteur puisse conduire ce dernier à indemniser le créancier. Cette charge financière, imprévisible donc inacceptable, risquant de

(62) C.-B.-M. Toullier, préc. (note 19), n° 224, p. 235.

(63) C.-B.-M. Toullier, préc., n° 225, p. 236 : « *on répond des suites de son dol ou de sa mauvaise foi* ».

(64) C.-B.-M. Toullier, préc., (n° 288, p. 300) commence par critiquer Domat, lequel affirme son opinion modérée en citant un texte de droit romain inexistant pour justifier une limitation des dommages et intérêts à verser au créancier ; « *une pareille doctrine nous paraît fautive et dangereuse* », car le montant de l'indemnisation dépend alors de l'arbitraire du juge. Le créancier a le droit à une indemnisation du dommage qu'il subit. Or, Toullier termine : « *Le dol et la mauvaise foi sont inexcusables. Au contraire, les fautes et l'ignorance sont excusables jusqu'à un certain point. La loi permet donc au juge (...) de les [les dommages et intérêts] modérer suivant les circonstances qui peuvent excuser le débiteur en faute* ».

(65) Laurent, *Principes de droit civil français*, 3^e éd., 1875, tome 16, n° 286, p. 345 : à propos de l'art. 1150, « *cette règle est empruntée à Pothier* ». Voir : R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, préc. (note 18), n° 163, p. 78 : l'auteur distingue entre un vendeur de bonne foi « *qui n'était pas homme du métier* », tenu de réparer un dommage limité, et le vendeur professionnel envers lequel une « *ignorance de sa part ne serait pas excusable (...)*. Il est censé s'être rendu responsable (...) ».

(66) Aubry et Rau, *Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zacharie*, 4^e éd., 1869-1887, tome IV, §308, p. 106, texte et note 42 (la notion de dol n'est pas définie) ; Laurent, préc., n° 296, p. 355 (le débiteur de mauvaise foi commet un dol) ; A. M. Demante, par E. Colmet De Sancerre, préc. (note 18), n° 66 bis, p. 92 ne définit pas le dol.

(67) C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, tome 24, *Traité des contrats*, 1870, n° 604, p. 602 (« *Le dol implique toujours une intention coupable, et par suite, la connaissance et la prévision du dommage que l'on va causer. Il faut dès lors le distinguer de la simple faute ou de l'ignorance* ») ; G. Baudry-Lacantinerie et L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, tome 1, 3^e éd., 1906, n° 487, p. 521 (le dol est assimilé à la fraude ; à propos de Bigot-Préameneu, cité in Fenet, p. 233, « *cette interprétation est manifestement erronée* » ; Pothier est préféré : n° 488, p. 522) ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, Dalloz, tome II, 7^e éd., 1932, n° 105, p. 98 : « *la règle de l'article 1150 ne s'applique qu'à l'hypothèse où la faute du débiteur ne se complique pas d'intention dolosive* ».

(68) L. Mazeaud, *L'assimilation de la faute lourde au dol*, D. 1933.49, spéc. p. 53 ; R. Roblot, *De la faute lourde en droit privé français*, RTD civ. 1943, p. 1 à 43, spéc. n° 10, p. 8 ; D. Nguyen Thanh-Bourgeois, *Contribution à l'étude de la faute contractuelle : la faute dolosive et sa place actuelle dans la gamme des fautes*, RTD civ. 1973, p. 496 à 521, spéc. n° 38, p. 520. Ces auteurs refusent d'assimiler faute lourde et dol, compris comme une faute intentionnelle.

(69) Certains ont même proposé que le débiteur doive avoir non seulement l'intention de ne pas exécuter le contrat, mais aussi celle de causer du tort au créancier ... Voir : H. Lalou, *La gamme des fautes*, D.H. 1940.17, spéc. p. 22, qui estime que « *le dol consiste dans le fait d'agir avec le dessein de porter préjudice à autrui* » (le dol est donc plus grave que la faute intentionnelle : p. 19).

(70) Voir D. Tallon, *Pourquoi parler de faute contractuelle ?*, préc. (note 40), spéc. p. 438 qui affirme (note 41) : « *On retrouve ici le souvenir de la théorie des trois fautes* ». Pourtant, les codificateurs n'avaient-ils pas, précisément, voulu y renoncer ?

ruiner les débiteurs professionnels, se devait d'être circonscrite. Décidément, la responsabilité contractuelle du débiteur ménageait de larges zones d'irresponsabilité.

31- Aujourd'hui, la doctrine est unanime à considérer que le dol de l'article 1150 correspond à une faute intentionnelle (71) ou à tout le moins volontaire (72). L'assimilation entre faute lourde et faute intentionnelle n'est souvent que concédée. « Il faut démontrer la mauvaise foi quand on l'invoque et l'on ne peut la démontrer qu'en relation avec la conscience même de celui à qui on l'impute » (73). Pourtant, le prêteur à titre gratuit qui omet d'informer l'emprunteur du caractère dangereux de sa chose commet une (simple) négligence ; au moment où il livre sa chose, il n'éprouve aucun sentiment malveillant envers l'emprunteur. Cela suffit pourtant à le rendre responsable des blessures dont l'emprunteur sera victime ; tout comme il est responsable de celles qu'un tiers pourra aussi subir.

3° - *Le dol en jurisprudence*

32- Pendant le XIX^e siècle, la jurisprudence n'a pas effectué de distinction entre la faute et le dol. Le débiteur, tenu à une obligation de somme d'argent, devait donc réparer sur le fondement des articles 1382 et 1383 c. civ., le préjudice, indépendamment du retard, que son inexécution causait au créancier (74). Ce n'est qu'au XX^e siècle que la jurisprudence, certainement par imprégnation lente, s'est coulée dans le moule de l'interprétation libérale.

Si les juges n'ont pas suivi la doctrine dans tous les méandres et subtilités qu'elle proposait, une faute qualifiée semble toutefois requise (75) : inexécution intentionnelle de ses obligations par le débiteur (76) ou une négligence grossière (77) seraient exigées.

Toutefois, les résultats concrets d'une telle position étant difficilement conciliables avec l'exigence d'un minimum de professionnalisme à la charge du débiteur professionnel, tout indique, malgré les affirmations de la jurisprudence, qu'il est impossible de clairement départager ce qui relève d'une véritable mauvaise foi du débiteur ou d'une simple négligence (78). Dès les années 1960, les débiteurs

(71) P. Le Tourneau et L. Cadet, préc. (note 10), n° 1015, p. 255 et n° 2861, p. 649 ; G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2^e éd., 1998, n° 603, p. 554.

(72) H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, Obligations*, par F. Chabas, Montchrestien, 1998, n° 446, p. 452 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, préc. (note 39), n° 967, p. 489.

(73) F. Terre, P. Simler et Y. Lequette, préc. (note 7), n° 574, p. 551 affirmant aussi : « *Le Code civil distingue incontestablement le dol de la faute non intentionnelle ou faute simple* ».

(74) Req., 1^o fév. 1864, D.P. 1864.1.135 ; Req., 21 nov. 1882, D.P. 1883.1.379. Par la suite, la loi du 7 avril 1900 (art. 2) a inséré un 4^o alinéa à l'article 1153 (« *Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance* »), présenté comme une consécration de la jurisprudence. Voir : Jurisprudence Générale Dalloz, *Codes annotés*, Nouveau Code civil, tome II, 1905, p. 1066 ; *infra*, n° 39.

(75) Voir : G. Viney, *Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde*, D. 1975.263.

(76) Req., 2 juillet 1929, D.H. 1929.413 ; civ. 1^o, 4 fév. 1969, *Société des comédiens français*, D. 1969.601, note J. Mazeaud : « *Le débiteur commet une faute dolosive, lorsque, de propos délibéré, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant* ». La dernière précision témoigne paradoxalement du souci des juges de ne pas être trop restrictif ...

(77) Com., 7 juin 1952, D. 1952.651 (matériel lourdement défectueux) ; Com., 7 mai 1980, Bull. IV, n° 184 ; D. 1981.245, note F. Chabas (camion laissé sans surveillance).

(78) civ. 1^o, 11 oct. 1966, JCP G 1967.II.15193, note G. De La Pradelle (négligence qualifiée de faute lourde, à ne pas s'assurer de la qualité des semences mises en vente) ; civ. 1^o, 22 nov. 1978, JCP 1979.II.19139, note G. Viney ; D 1979, p. 350, note C. Larroumet (pesticide inefficace) ; Com., 3 avril

professionnels sont responsables de manière illimitée, de sorte que les propositions doctrinales tendant à restreindre la notion de dol sont restées sans effet pratique.

33- En somme, en imposant au débiteur défaillant une garantie (art. 1147) et une responsabilité (art. 1150 et 1382 et suiv.), le code civil était particulièrement *novateur*. Il exigeait du débiteur une rigueur substantielle dans l'exécution de ses obligations, ce devoir lui imposant de réparer les dommages causés, même par inadvertance, au créancier. Dans la logique des droits de l'homme, et notamment du droit à la sûreté (pour le dommage causé à la personne) et du droit de propriété (pour le dommage causé aux biens), chacun était donc protégé, la responsabilité étant perçue comme un outil amenant à la vertu.

Une telle rigueur tranchait singulièrement avec le droit de l'Ancien Régime, empreint d'une modération assimilée à l'arbitraire judiciaire. S'appliquant désormais à tout homme, sans distinction de castes, la responsabilité imposait à chacun un contrôle de soi qui ne tenait plus compte de la conscience, limitée ou étendue, propre à chacun. En ce sens, l'imputation traduit un parti pris philosophique, une exigence morale intense. La justice imposait la protection de chaque victime, puisque chaque victime, étant homme, était pourvue de droits inaliénables.

Les esprits conservateurs ne pouvaient qu'être effrayés d'une réalité aussi dure. Habitué à la modération, une telle générosité envers les victimes faisait scandale. La doctrine a donc produit un effort constant vers une limitation de la responsabilité du débiteur. En remplaçant la faute simple par une faute intentionnelle, rare en pratique et délicate à prouver (art. 1150), pour ensuite partiellement réintroduire la faute en présence d'une imputation automatique (obligation de moyen), la responsabilité contractuelle, de loin la plus dangereuse, devenait inoffensive : « *un nouvel équilibre du droit de la responsabilité* » (79) naissait et s'est juxtaposé au code civil, ce dernier devenant illisible. Cet esprit de modération, adepte des plus purs délices de l'examen de conscience, avait un but : se donner bonne conscience, à peu de frais.

II - LES DOMMAGES SUBIS PAR LE CRÉANCIER

34- La responsabilité est source de frais (pour le débiteur), parce qu'elle est source de dommages (pour le créancier). Or, selon que l'on applique sa sollicitude à l'un ou à l'autre, le montant de l'indemnisation est bien différent.

Dans le code civil, le dommage réparable entretient des relations importantes avec la technique de l'imputation. Or, si, par mégarde, s'insinue une *summa divisio* distinguant selon la qualité de la victime, tiers ou créancier, il s'ensuit que la responsabilité contractuelle prendra une extension telle qu'elle devra être à même de réparer (plus ou moins bien, là est la question) différents types de préjudices, ceux qui ne peuvent être subis que par un créancier (le remboursement d'une prestation, entre autres) et ceux qui peuvent être subis aussi bien par un créancier que par un tiers (la blessure causée par une chose défectueuse). La règle du non-cumul semble alors s'imposer d'elle-même : une victime ne peut être à la fois créancier et tiers.

2002, pourvoi n° 00-11398, Bull. IV, n° 68 (camion laissé sans surveillance). En revanche, en l'absence de toute négligence : Com., 3 avril 2002, n° 00-14327, Bull. IV, n° 67 (le transporteur n'est tenu que du dommage prévu).

(79) D. Nguyen Thanh, préc. (note 69), p. 500.

A - Les dommages réparés dans la responsabilité contractuelle

35- Traitant des « *dommages et intérêts dus au créancier* » (art. 1149 à 1155 c. civ.), le code civil ne s'intéresse qu'aux dommages prévisibles. L'inexécution simple, avec imputation automatique au débiteur, conduira à allouer une réparation limitée au dommage prévisible ou prévu, tandis que l'inexécution dolosive, avec imputation à faute simple, donnera lieu à une indemnisation étendue au dommage imprévisible. Encore faut-il que l'on s'entende sur le sens de dommage prévisible (et imprévisible).

1° - *Dommages prévisible et imprévisible selon le code civil*

36- Selon l'article 1149 (annoncé par l'article 1147), « *Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après* ». Au terme d'une procédure pointilleuse constatant la carence (80) et la défaillance du débiteur, le créancier peut donc, « *en général* », réclamer réparation de deux types de préjudice, auquel peut s'en adjoindre un troisième, prévu dans certains contrats spéciaux.

D'une part, selon l'article 1149, le débiteur devra verser, souvent sous forme d'équivalent monétaire, la valeur contractuelle promise, ce qui correspond à la perte subie (81). Ce n'est là qu'une des trois options qui s'offre au créancier confronté à la carence du débiteur. Le créancier peut, avant la défaillance du débiteur, envisager trois voies de sortie, mathématiquement équivalentes, à savoir : soit exiger la résolution du contrat (art. 1184), *a priori* lorsque l'exécution du contrat n'offre plus aucun intérêt (82) ; soit exiger l'exécution forcée (qui rend inutile toute indemnisation, car le transfert de valeur se réalise) ; soit encore obtenir la valeur de l'obligation promise par le débiteur (83). Cette dernière option consiste donc uniquement à verser sous forme d'argent ce qui est dû. À parler strictement, en effet, il ne s'agit pas de réparer un dommage que l'inexécution aurait causé (84). *L'inexécution est le dommage.*

(80) La carence du débiteur se constate par une mise en demeure formelle, signe que l'exécution est attendue et a encore un sens. C'est la raison pour laquelle le code civil écarte toute mise en demeure préalable, lorsque l'exécution ne sert plus à rien : un dommage irréversible s'est déjà produit (art. 1145 et 1146 c. civ.). Si, dans le délai imparti par la mise en demeure, le débiteur reste inactif, il sera considéré comme défaillant.

(81) A. M. Demante, par E. Colmet De Santerre, préc. (note 19), n° 64 bis, p. 91 : « *les dommages et intérêts dus en cas d'inexécution (...) sont destinés à représenter pour le créancier l'exécution de l'obligation* ».

(82) L'annulation du contrat conduit donc chacun à rendre ce qu'il a éventuellement versé à l'autre. Il s'agit alors, techniquement parlant, de restitution. En droit de la vente, lorsque le bien est affecté d'un vice caché, le créancier exerce l'action rédhibitoire (art. 1648). Il veut obtenir remboursement.

(83) L'obligation « se résout » en dommages et intérêts. La solution, prévue pour les obligations de faire ou de ne pas faire, vaut aussi pour les obligations de donner. Ainsi, la garantie d'éviction, dans le droit de la vente, permet à l'acquéreur d'obtenir la valeur de la chose vendue dont il est évincé. Il en va de même avec l'action estimatoire, en cas de vente d'un bien affecté d'un vice caché : lorsque le vice de la chose réduit simplement la valeur du bien vendu, le créancier a le choix (art. 1644) entre un remboursement (action rédhibitoire : *supra*, note précédente) et une réduction de prix (action estimatoire).

(84) D. Tallon, *L'inexécution du contrat : pour une autre présentation*, RTD civ. 1994, p. 223 à 238, spéc. n° 8, p. 225 ; P. Rémy, préc. (note 10), spéc. n° 1, p. 24

D'autre part, lorsque le débiteur tarde à exécuter sa prestation, le créancier subit un dommage moratoire, que le code civil dénomme gain manqué (85). Il procède alors à une distinction, en fonction de l'objet de l'obligation (86). Dans la vision du code civil, ce préjudice moratoire ne peut affecter que le créancier : un tiers, qui n'est pas fondé à réclamer l'exécution d'un contrat auquel il n'est pas partie (art. 1165), ne peut se plaindre de rien. *L'inexécution est cause de dommage.*

Enfin, un troisième type de dommage prévisible peut se réaliser, bien qu'il ne soit pas visé par l'article 1149. Le législateur est intervenu au cas par cas, dans certains contrats spéciaux. Ainsi, l'acquéreur a exposé des frais pour une vente (il s'est déplacé, d'où le coût du transport ; il a fait appel à un expert, qu'il a payé), alors que la chose est affectée d'un vice caché (art. 1646 (87)). Le créancier aura droit au remboursement de ces frais, qu'en principe seul un créancier expose. De même, dans le contrat de dépôt (dont la chose est la propriété du créancier : art. 1922), le contenu (variable : art. 1928) de l'obligation du dépositaire de conserver la chose (art. 1927) permet au créancier, en présence d'une détérioration de la chose consécutive à l'inexécution de ses obligations par le dépositaire (art. 1933), d'obtenir une indemnisation. Dans ces contrats spéciaux, de vente ou de dépôt, le créancier est victime : 1° d'un dommage que lui seul peut (*a priori*) subir (lui seul expose des frais dans la vente ; lui seul subit la perte de sa chose, dans le dépôt), et donc d'un dommage distinct de celui qu'un tiers pourrait subir du fait de l'inexécution ; 2° d'un dommage compensatoire (matériel), qui est en relation directe avec l'inexécution (là encore, l'inexécution est cause de dommage). Bref, ce troisième type de dommage, compensatoire, propre à la responsabilité contractuelle, est prévisible. Il est donc à la charge du débiteur (préssumé) de bonne foi et fait l'objet d'une imputation automatique.

37- Selon le code civil, l'inexécution contractuelle est donc à la fois *un dommage et cause de dommages*, l'ensemble constituant le préjudice prévisible. Le débiteur qui ne commet aucun dol n'est tenu que de cela (art. 1150) ; et même lorsqu'il commet un dol, ces dommages et intérêts, « à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé » sont soumis à une causalité légale restrictive (art. 1151). Il est donc exclusivement question des dommages et intérêts prévisibles.

Mais ces dommages et intérêts peuvent être prévus : annoncé par l'article 1150, l'article 1152 relatif à la clause pénale permet une modification par la convention des parties. En matière de dommage prévisible, la loi n'est pas d'ordre public.

38- Dans le code de 1804, la notion de dommage prévisible est ainsi une notion technique et relativement précise, qui permet de réparer un dommage limité. Pourquoi ? D'une part, le débiteur défaillant fait l'objet d'une imputation

(85) Le créancier pensait revendre un bien qui ne lui est pas livré ou donné ; il pensait placer une somme d'argent, que son locataire ne lui a pas versée ; les travaux sont effectués avec une semaine de retard, de sorte que son local n'a pas pu être utilisé.

(86) En présence d'une obligation autre que de somme d'argent, le créancier devra établir : 1° que le retard lui *cause* un préjudice ; et 2° le montant de son dommage moratoire. Le retard dans les obligations de somme d'argent (art. 1153) fait l'objet, depuis 1804, de deux présomptions cumulatives, l'une quant à l'existence du dommage (ce qui revient à poser une présomption légale de causalité), l'autre quant au montant du dommage moratoire.

(87) Art. 1646 : « si le vendeur ignorait les vices de la chose, il ne sera tenu qu'à la restitution du prix et à rembourser à l'acquéreur les frais occasionnés par la vente ».

automatique (art. 1147 (88)), ce qui est dangereux pour ce dernier ; en contrepartie, il ne devra donc que des dommages-intérêts limités, ce dont témoigne la causalité (89). La solution est donc mesurée.

D'autre part, le dommage prévisible ou prévu affecte spécifiquement le créancier. Lui seul peut demander la valeur de la prestation que lui doit le débiteur ; lui seul a exposé les frais de la vente ; lui seul subit le retard. On comprend donc que : premièrement, nul tiers n'est fondé à solliciter une indemnisation à raison de ces chefs de préjudice, puisque le dommage est nécessairement contractuel ; deuxièmement, entre les parties, la législation relative au dommage prévisible est supplétive de volonté. En découlent deux conséquences logiques : premièrement, le dommage prévisible (ou prévu) est soumis à l'imputation automatique de l'article 1147 ; deuxièmement, il est hors de question que la convention des parties puisse prétendre, par une clause pénale, inclure des chefs de dommages que la convention ne peut pas prévoir.

39- À l'inverse, lorsque le débiteur commet un dol, il sera tenu des dommages imprévisibles causés au créancier. La solution n'est toutefois pas directement affirmée par le code civil : les articles 1149 à 1155 ne traitent que du dommage prévisible (90). À quoi donc correspond le dommage imprévisible ? Et pourquoi rester silencieux à ce propos ?

Le législateur n'avait pas à traiter des dommages imprévisibles subis par le créancier, car ces dommages ne se distinguaient en rien de ceux qu'un tiers pouvait subir (91). Le dommage imprévisible est celui qu'une convention ne peut pas prévoir, et donc ne doit pas prévoir en raison de sa contrariété à l'ordre public (art. 6) (92). Ce dommage imprévisible, subi à l'identique par un créancier ou un tiers, est donc un dommage compensatoire, comprenant toute atteinte aux biens ou à la personne. L'imputation est identique, tout comme le dommage réparable ; et les textes applicables aussi, à savoir ... les articles 1382 et suivants c. civ. (93) (sauf texte spécial).

(88) L'art. 1147 précise bien que le débiteur est condamné au paiement de dommages et intérêts « soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution » : le domaine de l'imputation automatique est donc borné.

(89) Texte exceptionnel, l'article 1151 s'applique « même en cas de dol ». Parce que les dommages et intérêts du créancier, les seuls dont traite le législateur, sont dus : peu importe donc que le débiteur ait commis une faute précise ou non. Si le débiteur commet une négligence ou une faute, il devra la réparer : mais cela ne conduit en rien à accroître le montant des dommages et intérêts dus au créancier en tant que tel.

(90) Du moins dans sa rédaction d'origine. La loi du 7 avril 1900 (supra, note 70) a introduit une confusion : l'art. 1153 al.4 indique que le débiteur de mauvaise foi d'une somme d'argent doit indemniser le créancier, victime d'un dommage étranger au retard, comme si ce dommage devait être réparé par le débiteur, en tant que tel. Or, ce type de dommage relève des articles 1382 et suiv. : le débiteur, comme n'importe qui, commet une faute (*infra*, n° 39).

(91) Bigot-Préameneu, préc., p. 233 : « Si néanmoins le débiteur s'était rendu coupable de dol en manquant à son obligation, il devrait indemniser non seulement à raison de ce qu'on eût prévu ou pu prévoir en contractant, mais encore à raison des conséquences particulières que le dol peut avoir entraînées. Le dol établit contre celui qui le commet une nouvelle obligation différente de celle qui résulte du contrat ; cette nouvelle obligation n'est remplie qu'en réparant tout le tort que le dol a causé. » Le dol fait naître une autre obligation, celle de réparer le tort causé : ce tort se distingue donc des dommages et intérêts prévus ou prévisibles.

(92) L'article 1150 c. civ. impose une lecture *a contrario*. Lorsque c'est par son dol (sa faute, sa négligence : supra) que l'obligation n'est point exécutée, le débiteur est tenu des dommages et intérêts que l'on ne pouvait pas prévoir (parce que personne ne peut échapper à l'ordre public).

(93) Tarrible, in Fenet, préc. (note 12), p. 487-488 (traitant de l'art. 1382) : « Cette disposition embrasse dans sa vaste latitude tous les genres de dommages, et les assujettit à une réparation uniforme qui a pour mesure la valeur du préjudice souffert. Depuis l'homicide jusqu'à la blessure légère, depuis

Les contrats spéciaux ne disent d'ailleurs pas autre chose. Ainsi, lorsque la chose prêtée cause une blessure à l'emprunteur, le prêteur négligent (qui a omis d'avertir l'emprunteur du caractère dangereux de sa chose) devra l'indemniser (art. 1891). De même, le vendeur d'une chose qui en connaît le vice caché sera tenu, « outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur » (art. 1645). Le dommage imprévisible est un dommage nécessairement délictuel, identique à celui que subit un tiers. Créancier et tiers sont donc logés à la même enseigne.

40- Ces dispositions du code civil étaient nouvelles, et relativement favorables au créancier : le dommage prévisible n'est pas limité pour exonérer le débiteur des conséquences de ses défaillances, mais parce qu'un tiers ne subit pas ces différents dommages. Le débiteur fautif doit donc réparer, outre le dommage prévisible (94), nécessairement contractuel (qui lui est automatiquement imputé), le dommage imprévisible, nécessairement délictuel, qu'il cause au créancier (95). Une responsabilité illimitée donc. Autant dire : un vrai désastre pour les débiteurs, notamment professionnels.

2° - Dommages prévisible et imprévisible selon la doctrine conservatrice

41- Lorsqu'il fut admis, sans nul doute possible, que le code civil serait maintenu, l'hostilité envers ledit code ne put invoquer que la force de la tradition, pour sous-entendre, qu'en réalité, le code civil n'était pas si innovant que cela. On comprend donc la démarche de M. Bugnet, qui fit publier, à partir de 1824, les « *Œuvres de Pothier, annotées et mises en corrélation avec le code civil et la législation actuelle* », avec en sous-titre : « *Éloge de Pothier, Traité des obligations, De la prestation des fautes* ». L'éloge de Pothier s'imposait au préalable : la stature de son *Traité des obligations* allait donc permettre de lire le code civil, en notes de bas de page, afin de constater, « scientifiquement », que le code civil n'était qu'une redite du célèbre juriste de l'Ancien Régime (96).

42- Et, en effet, les corrélations entre le dommage prévisible et ce qu'en dit Pothier pouvaient paraître frappantes de justesse. Encore que l'on doive s'entendre sur le terme « juste ».

l'incendie d'un édifice jusqu'à la rupture d'un meuble chétif, tout est soumis à la même loi ; tout est déclaré susceptible d'une appréciation qui indemniserà la personne lésée des dommages quelconques qu'elle a éprouvés ».

(94) Bigot-Préameneu, in Fenet, préc. (note 12), p. 233 : voir note supra.

(95) L'exception relative à la causalité (art. 1151), la seconde annoncée par l'art. 1149, n'étant même pas applicable dans la responsabilité civile délictuelle.

(96) Les annotations de l'auteur sont discrètes et acides : lorsque Pothier considère que le droit et la morale sont bien distincts (« *Telles sont les règles pour le for extérieur : mais dans le for de la conscience (...)* » (n° 172, p. 83), M. Bugnet note « *il est malheureux que Pothier trouve si fréquemment le for intérieur en opposition avec le for extérieur* ». Lorsqu'il est question de l'article 1137 c. civ. (p. 67), l'auteur établit une corrélation entre la prestation des fautes et l'article 1137 : rien n'indique que le code civil a, précisément, abandonné cette théorie. Lorsque Pothier traite des dommages moratoires, la corrélation avec l'article 1147 est effectuée (sous n° 169, note 2, p. 82) : rien n'indique que le code civil effectue désormais une imputation automatique. Et aucune corrélation avec l'article 1148 n'apparaît donc. M. Bugnet admet pourtant parfois certaines nouveautés du code civil : ainsi (p. 71), la transmission de la propriété par le seul consentement, et non plus par la remise de la chose, fait l'objet de remarques fielleuses (à propos de Favart : « *Voilà un pauvre légiste et un mauvais historien* » ; il est tout aussi insultant envers Bigot-Préameneu et Mouricault). L'explication lumineuse de Portalis est passée sous silence (Présentation au corps législatif, in Fenet, tome 14, De la vente, p. 112).

Traitant « des dommages et intérêts résultant, soit de l'inexécution des obligations, soit du retard apporté à leur exécution », Pothier est avant tout conscient de la charge que représente l'indemnisation pour le débiteur : « *Il ne faut pas néanmoins assujettir le débiteur à indemniser le créancier de toutes les pertes indistinctement que lui a occasionnées l'inexécution de l'obligation, et encore moins de tous les gains que le créancier eût pu faire, si le débiteur eût satisfait à son obligation* » (97). Les développements qui suivent, dans le détail desquels il est inutile d'entrer, peuvent se résumer de la manière suivante. Lorsque, selon la théorie de la prestation des fautes, le débiteur ne commet pas de dol (faute lourde) mais seulement une faute simple, « *dans ce cas, le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qu'on a pu prévoir* ». Cette prévision du débiteur, ou ce qu'il est censé s'être représenté, correspond à ce que le débiteur peut avoir en vue, selon une estimation raisonnable et modérée (98) (sachant que le débiteur professionnel sera tenu d'une indemnité plus lourde que le profane (99)).

En revanche, en présence d'un dol (selon la théorie de la prestation des fautes), « *le débiteur est tenu indistinctement de tous les dommages et intérêts que j'ai soufferts par rapport à la chose qui fait l'objet du contrat, mais de tous les dommages et intérêts que j'ai soufferts par rapport à mes autres biens, sans qu'il y ait lieu de distinguer et de discuter, en ce cas, si le débiteur doit être censé s'y être soumis* » (100). Suit l'histoire de la vache malade. Cette conception du dommage prévisible ou imprévisible allait influencer profondément la doctrine du XIX^e siècle.

43- La référence à une autorité si incontestable allait convaincre d'autant plus aisément que le dommage prévisible ainsi interprété devenait une technique de limitation de la réparation allouée au créancier. Pour ce faire, il fallait toutefois comprendre autrement le terme *prévisible* : ce préjudice est devenu synonyme d'une prévision des parties (101), sachant que l'on prenait essentiellement en compte celle du débiteur (102) (lequel devait pouvoir estimer le coût de sa responsabilité éventuelle). La question devenait donc : *Face à l'inexécution du débiteur, quel type de dommage a-t-il pu prévoir ?*, au lieu d'avoir la question du code civil : *Face à l'inexécution du débiteur, quel est le préjudice spécifiquement subi par le créancier ?*

Ce retour à l'Ancien droit, la force de l'habitude aidant (103), correspondait si exactement aux intérêts des débiteurs professionnels que la doctrine conservatrice

(97) Pothier, préc. (note 18), n° 160, p. 76.

(98) Pothier, préc. (note 18), pratique des distinctions, le dommage intrinsèque (n° 161), affectant la chose elle-même, dont le montant ne doit pas dépasser le double de sa valeur ; les dommages extrinsèques, affectant la fortune du créancier (n° 162 et suiv.) lesquels « *ne peuvent se régler sur la valeur de cette chose ; et ils montent quelquefois au décuple et plus de cette chose. (...) Néanmoins, même à l'égard de ces dommages extrinsèques, on doit user de modération, lorsqu'ils se trouvent excessifs, et l'on ne doit pas condamner le débiteur au-delà de la somme à laquelle il a pu penser qu'ils pourraient monter plus haut* » (n° 165, p. 80).

(99) Pothier, préc. (note 18), n° 163, p. 78, cité *supra*, note 65.

(100) Pothier, préc. (note 18), n° 166, p. 80.

(101) Ce qui est un contre-sens. Prévisible, dans l'esprit du code civil, signifie que la loi autorise les parties à prévoir ; imprévisible signifie que la loi ne permet pas de prévoir. La théorie libérale a voulu lire : les parties ont prévu que (dommage prévisible) ; les parties n'ont pas prévu que (imprévisible). Il est donc devenu loisible au débiteur de prévoir tout dommage ; et de prévoir qu'il ne l'indemniser pas.

(102) A. M. Demante, par E. Colmet De Santerre, préc. (note 19), n° 66 bis II et III, p. 93 ; Laurent, préc. (note 66), n° 292, p. 351 ; Demolombe, préc. (note 68), tome 24, n° 578 à 597, p. 566 à 594 (recopiage de Pothier) ; Baudry-Lacantinerie et Barde, préc. (note 68), n° 486, p. 519.

(103) Même Toullier, préc. (note 19), s'est trompé (n° 289, p. 302) : il affirme que la causalité de l'article 1151 est restreinte, même en cas de dol du débiteur. L'erreur s'explique par le fait que

s'en est emparée sans discuter. On a même vu fleurir, à la fin du XIX^e siècle, des thèses extrémistes, affirmant que non seulement les chefs de préjudice, mais aussi leur montant étaient limités par les prévisions « *des parties* » (104). On peut difficilement trouver thèse plus favorable aux intérêts du débiteur ...

44- Les conséquences étaient « incalculables », si l'on peut dire. L'article 1150 a fait l'objet d'une interprétation *a contrario* que l'on retrouve chez Pothier. *Le débiteur est tenu de tous les dommages et intérêts, lorsque c'est par son dol que l'obligation n'est point exécutée*. Cette lecture bien particulière signifie alors que : premièrement, le créancier n'obtient une indemnisation intégrale de ses différents dommages qu'en présence d'un dol du débiteur (notion interprétée très restrictivement (105)) ; deuxièmement, le dommage prévu (par les parties) est sans limite, tandis que le dommage prévisible (par le débiteur) est compris de façon restrictive. Ces solutions ne sont pas logiques (106), mais peu importe : l'essentiel est de limiter le montant de l'indemnité que le débiteur professionnel sera amené à verser au créancier.

En décidant que la force obligatoire du contrat s'appliquait non seulement à l'exécution des obligations contractuelles, non seulement aux conséquences dommageables que seul le créancier pouvait subir, mais aussi à tous les autres dommages, subis par un créancier comme par un tiers, on admettait donc que le créancier, contractant, ne soit intégralement indemnisé que sur preuve d'une faute intentionnelle (107). La porte aux conventions d'irresponsabilité était grande ouverte.

45- Et, en effet, la puissance des débiteurs professionnels leur permettait aisément d'avoir recours aux clauses limitatives de responsabilité, dont le domaine d'application était illimité, puisque tout pouvait être prévu. Visiblement, il n'était guère gênant qu'un créancier n'obtienne que rarement réparation de son dommage, pourtant identique à celui subi par un tiers.

Admise depuis sans aucune contestation (108), cette définition du dommage prévisible, arc-boutée sur la prévision, demeure justifiée par les mêmes arguments que ceux cités par Pothier : « *Il s'agit, dans tous les cas, de tenir compte de l'équilibre réalisé par le contrat, et, notamment, de ce que le débiteur ne s'est engagé qu'en considération des charges auxquelles il pouvait raisonnablement*

l'auteur pense, comme Pothier, que les dommages et intérêts du créancier peuvent comprendre une atteinte aux biens, et donc un préjudice identique à celui d'un tiers (n° 286 à 287, p. 295 à 300).

(104) Aubry et Rau, préc. (note 66), par Bartin, 6^e éd., tome 4, §308, note 41, p. 159.

(105) *Supra*, n° 29 et suiv.

(106) Le dommage prévu peut s'appliquer à tous les chefs de préjudice qu'un créancier peut subir, y compris donc en présence d'une atteinte corporelle (on songe moins à la clause pénale qu'à la clause limitative de responsabilité) ; le dommage prévisible sera circonscrit au minimum, afin de respecter l'équilibre du contrat. Pour unifier les solutions, on affirme alors que le dol (faute intentionnelle) rend caduc les prévisions du débiteur : solution bancaire, nulle part affirmée par le code civil. Un dommage prévisible restreint ; un dommage prévu étendu. Rien ne manque à la protection du professionnel, sauf la logique.

(107) R. Rodière, obs. sous Com., 19 oct. 1965, RTD civ. 1966.309

(108) I. Souleau, *La prévisibilité du dommage contractuel (Défense et illustration de l'article 1150 du Code civil)*, th. (dactyl.) Paris II, 1979, spéc. n° 14, p. 10 ; n° 201, p. 202 ; P. Le Tourneau et L. Cadiet, préc. (note 10), n° 1011, p. 254 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, préc. (note 39), n° 964, p. 488 ; G. Viney, *La responsabilité : effets*, L.G.D.J., 1988, n° 320, p. 424 et n° 331, p. 439 (avec certains bémols : « *si l'on regarde la situation par les yeux du créancier, on peut admettre que, lorsque l'imprévisibilité n'est pas due à sa faute, la justice exigerait qu'il soit entièrement indemnisé* »).

s'attendre » (109). En présence d'un dol (faute intentionnelle), « le préjudice réparable est alors le même qu'en responsabilité délictuelle ». L'ordre public qui imposait une réparation en présence d'une imprudence, quelle que soit la victime, devenait purement facultatif. Il ne fallait pas ruiner le débiteur.

3° - Dommages prévisible et imprévisible en jurisprudence

46- La jurisprudence confrontée non au code civil, mais à Pothier, a tout naturellement compris que le dommage prévisible correspondait à la définition traditionnelle : fut donc prévisible, ce qu'un débiteur avait raisonnablement prévu. Or, cette conception apparut vite défavorable au créancier, ce qui conduisit la jurisprudence à créer, au début du XX^e siècle, l'obligation contractuelle de sécurité à la charge du professionnel, de nature à améliorer la situation du créancier, encore qu'une telle construction puisse faire l'objet d'une lecture mitigée. En soi, l'obligation de sécurité permettait aux créanciers, victimes d'un dommage corporel, d'être dispensés de prouver l'imprudence (art. 1383, par la suite le « dol ») ; mais le dommage corporel, figurant donc dans la catégorie de dommage prévisible (dont un débiteur pouvait raisonnablement prévoir la réalisation), pouvait se retourner contre le créancier. En effet, un dommage prévisible pouvant être prévu, rien n'interdisait aux parties de renoncer à toute indemnisation. Le créancier devenait donc une victime intégralement « protégée » par la seule responsabilité contractuelle (110).

47- Au regard des conséquences pratiques d'une telle position, la jurisprudence a rapidement condamné la pratique de l'irresponsabilité contractuelle, tout en restant dans le cadre officiel. La moindre négligence fut donc qualifiée de dol, afin d'indemniser la victime (111). Ici encore, l'échec concret de la construction doctrinale conservatrice résulte d'une jurisprudence sensible à la situation des victimes.

Il n'en reste pas moins que les dommages prévisible et imprévisible obéissent toujours à une définition chaotique et obscure, qui résulte directement de la vision de Pothier. Cette faiblesse technique de la distinction entre dommage prévisible et imprévisible va d'ailleurs apparaître au grand jour avec la question de la règle du non-cumul.

B - La règle du non-cumul

48. À chaque outil est attribué une fonction. La règle du non-cumul est consubstantielle à la création de la responsabilité contractuelle, dès lors que cette dernière a pour objet de réparer l'ensemble des dommages subis par le créancier. Plus précisément, la responsabilité contractuelle ainsi définie ayant pour fonction de moins bien indemniser le créancier par rapport à une victime quelconque (un tiers, dira-t-on), on comprend aisément qu'il sera, dans cette optique, hors de question que la victime (le créancier) ait le loisir d'échapper à ce système.

(109) J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, *Les obligations*, 3. *Le Rapport d'obligation*, éd. Armand Colin, 1999, n° 218, p. 141 ; I. Souleau, th. préc., spéc. n° 160, p. 164.

(110) L'affaire de 1911 (supra, note 42) était ambiguë de ce point de vue : la cour d'appel avait condamné le débiteur sur le fondement de l'art. 1384 al.1^o, nouvellement interprété. Cassation : la cour de cassation crée l'obligation contractuelle de sécurité ; mais elle considère qu'il s'agit là d'une inexécution du contrat. Le créancier, victime d'une blessure est donc contractant.

(111) Com., 19 oct. 1965, Bull. civ. III, n° 507 ; RTD civ. 1966.309, obs. (préc.) R. Rodière ; civ. 1^o, 8 noV. 1983, Bull. I, n° 262 Gaz. Pal. 1984.1.384, note F. Tarabeux (l'absence d'éclairage est une faute lourde, conduisant à écarter la clause limitative de responsabilité). Voir : supra, n° 32.

La règle du non-cumul, nulle part affirmée dans le code civil, répond à cet objectif. Or, le créancier se voyant imposer la seule responsabilité contractuelle, il ne restait plus, au nom de la prévision et de l'équilibre économique du contrat, qu'à englober le plus grand nombre possible de personnes sous le qualificatif « créancier ».

1° - Le créancier proprement dit

49- Le système élaboré par le code civil conduisait à indemniser tiers et créancier à l'identique : victimes d'un dommage compensatoire spécifiquement délictuel, tiers et créancier étaient soumis aux articles 1382 et suivants. La loi, d'ordre public, vise quiconque ; l'article 1382 ne fait nulle référence au tiers, qui serait seul protégé par opposition au cocontractant : « *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui* ». En tant que tel, le créancier, victime de l'inexécution de son débiteur, obtenait « *les dommages et intérêts du créancier* » (112), pour le préjudice nécessairement contractuel.

Ainsi, dans le courant du XIX^e siècle, la jurisprudence admettait sans l'ombre d'une hésitation que le créancier, victime d'une négligence du débiteur dans l'exécution de ses obligations, pouvait réclamer une indemnisation sur le fondement des articles 1382 et 1383, sauf texte spécial de responsabilité. Médecins (113) ou avocats (114) étaient donc responsables de leurs négligences envers leur client, sur le fondement de l'article 1383, solution qui ne suscite aucun débat en doctrine (115). Or, à la fin du XIX^e siècle, la question de la dualité ou de l'unité des responsabilités contractuelle et délictuelle allait susciter un certain débat doctrinal : le créancier, blessé lors de l'exécution d'un contrat, peut-il prétendre être une victime, bénéficiant des articles 1382 et suiv. (et notamment du fameux article 1384) (116) ?

50- Au début du XX^e siècle, la doctrine a donc fait preuve de logique. Puisque l'article 1150 parlait de « dol », de faute intentionnelle donc ; puisque le dommage prévisible pouvait englober n'importe quel dommage subi par le créancier, il n'était pas question que ce dernier, victime de la négligence du débiteur, puisse bénéficier de l'article 1383. La règle du non-cumul devenait donc si évidente qu'il n'était pas besoin de la trouver dans le code civil (117). Elle devenait la pierre angulaire d'un système, justifiant la *summa divisio* attribuée au code civil.

(112) Mouricault, in Fenet, p. 420 (préc., note 55).

(113) 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).

(114) Req., 26 déc. 1898, D.P. 1899.1.484.

(115) Voir G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc. (note 72), n° 742, p. 698.

(116) Voir spéc. : G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, préc. (note 9), n° 162 et suiv., p. 276, retraçant la naissance de la controverse ayant opposé C. Saintelette, préc. (note 18) et J. Grandmoulin, *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, th., Rennes, 1892.

(117) H. Mazeaud, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, RTD civ. 1929, p. 551 à 669 : « *nous n'irons pas jusqu'à chercher dans le code civil la consécration de cette distinction* » (n° 5, p. 556). La volonté d'étendre la responsabilité contractuelle au détriment de la responsabilité délictuelle conduit l'auteur à conclure, par une formule embarrassée, à l'interdiction faite au créancier d'invoquer la responsabilité délictuelle (n° 112, p. 660). Ce prélude à la règle du non-cumul est présenté comme favorable au créancier (!).

Pour réduire jusqu'à l'indigence la charge que la responsabilité représentait pour le débiteur professionnel, il convenait que le créancier ne puisse pas échapper à la force obligatoire de l'obligation du débiteur, lorsque ce dernier avait prétendu prévoir toutes les conséquences de son inexécution (118). La responsabilité contractuelle, devenue autonome (119), était exclusive de la responsabilité délictuelle. La victime était soit créancier, soit tiers (120).

51- Une telle logique laisse pantois. Une partie de la doctrine commence d'ailleurs à pressentir que sous cette règle du non-cumul, il y a anguille sous roche. « *Il semble même que c'est surtout afin d'opposer une barrière à la carrière de l'article 1384, alinéa 1° et d'éviter qu'il ne tienne en échec les règles propres à la responsabilité contractuelle que les auteurs ont donné à ce principe du non-cumul l'importance et le relief qu'il possède aujourd'hui* » (121). En effet, là est le fond de la question (122) : l'affirmation trompeuse d'une division majeure conduit à imposer, au nom de la volonté du débiteur, une (ir)responsabilité contractuelle présentée comme nécessairement alternative à la responsabilité délictuelle.

52- Cette règle du non-cumul, admise par la cour de cassation depuis près d'un siècle, a révélé par la suite toute sa force. Appliquée en jurisprudence pour la première fois en 1911 (123) (lors de la création de l'obligation contractuelle de sécurité), affirmée en 1922 (124), la règle du non-cumul allait permettre au créancier d'être soumis à un régime d'exception (pour le meilleur, avec l'imputation de l'art. 1147, qui sera limitée grâce aux obligations de moyen ; et surtout le pire, avec les clauses limitatives de responsabilité, heureusement massivement annulées par les juges). Quoique dépourvue d'influence pratique, grâce à la jurisprudence, la théorisation de l'effet relatif des conventions (qui n'avait, soit dit en passant, que pour fonction d'interdire à un tiers de revendiquer l'exécution d'une prestation contractuelle à son profit), servit alors de support pour étendre la notion de créancier.

2° - Le sous-créancier

53- En présence d'une chaîne contractuelle, la nature de la responsabilité contractuelle ou délictuelle s'est posée à propos de l'action directe, à laquelle la jurisprudence française a eu recours afin de permettre à un consommateur de ne pas subir l'insolvabilité d'un débiteur professionnel, et donc d'agir contre un professionnel (ayant fourni une prestation défectueuse) se situant en amont de la

(118) P. Esmein, *Obligation et responsabilité contractuelles*, 1950, préc., spéc. n° 2, p. 104.

(119) Sur le mécanisme conduisant à l'autonomie : D. Rebut, *De la responsabilité contractuelle du fait d'autrui et de son caractère autonome*, R.R.J. 1996, p. 409 à 446, spéc. n° 3 et suiv., p. 410 et suiv.

(120) F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, préc. (note 7), n° 875, p. 835 ; P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, préc. (note 39), n° 1000, p. 516.

(121) G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, préc. (note 72), n° 742, p. 699 ; G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, préc. (note 9), n° 220, p. 407.

(122) L'arrêt Teffaine du 16 juin 1896 (S. 1897.1.17, note A. Esmein ; D. 1897.1.433, concl. L. SARRUT, note R. Saleilles) fut rendu dans un accident du travail, donc lors de l'exécution d'un contrat. On comprend donc l'effort doctrinal effectué pour circonscrire le recours à cette imputation devenue automatique aux seuls tiers.

(123) Civ., 21 nov. 1911, D.P. 1913.1.249, note L. Sarrut ; S. 1912.1.73, note C. Lyon-Caen : la responsabilité contractuelle du transporteur s'applique à l'exclusion de la responsabilité délictuelle du fait des choses.

(124) 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 1382 et suiv. c. civ. sont sans application lorsque la faute a été commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat* ».

chaîne contractuelle. Favorable au créancier, la construction est donc défavorable au sous-débiteur.

La doctrine libérale a donc proposé une construction ingénieuse, car il aurait été dommage que le sous-créancier ne bénéficie pas de la responsabilité contractuelle. La victime finale réclame réparation d'un dommage qu'un sous-débiteur avait pu prévoir. La victime ne peut donc pas réclamer plus que le débiteur direct : $AB + BC = AC$ (125). Économiquement parlant, cette thèse peut se prévaloir d'un certain réalisme (126). On ne peut pas, affirme la théorie libérale, payer un billet de seconde classe et voyager en première (127).

Cette vision économique n'est pas la seule concevable. On peut estimer que chaque professionnel doit réaliser des prestations de qualité dans la mesure où le meilleur vecteur du progrès économique réside dans l'innovation technologique. Une telle orientation ne ruine pas la concurrence par les prix : simplement, le prix des produits dont la qualité est moyenne doit intégrer une charge, la responsabilité civile, qui est moins importante en présence d'un produit de qualité (128). Une telle politique économique est facteur, non pas d'inflation, mais d'augmentation des prix, car une qualité minimale est imposée (129). Les producteurs qui veulent réduire leurs coûts (de responsabilité) doivent donc innover (par la qualité). Sachant que chacun, dans son domaine de spécialisation, répond, en entier, des dommages causés au consommateur final par ses produits ou services défectueux.

54- Concrètement, même en faisant l'impasse sur toute norme de justice devant régir les relations sociales, le choix entre ces deux politiques économiques devrait s'effectuer en fonction du niveau technologique comparé de chaque société. Une société dont la population est, dans l'ensemble, pauvre est confrontée à un problème de coûts ; on peut alors envisager une responsabilité pour faute, voire même une irresponsabilité. Une société s'orientant vers l'innovation technologique et cherchant à limiter la concurrence par les seuls prix, a tout intérêt à imposer une qualité technologique minimale, et donc une responsabilité avec imputation automatique et dommage réparable à large spectre.

Humainement peu glorieuse, la thèse conservatrice est-elle économiquement justifiée ?

(125) Sachant que si $AB=50$; $BC=20$; alors $AC=20$. Voir : B. Teyssié, *Les groupes de contrat*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 1975, n° 580 à n° 583, p. 288 à 291 : après avoir envisagé les avantages de la responsabilité délictuelle par rapport à la responsabilité contractuelle (n° 563 à 572, p. 282 à 285) « *Le caractère contractuel des actions médiates en responsabilité, au sein des groupes de contrats, n'est-il pas imposé par l'équité d'abord, la logique ensuite ?* » (n° 582, p. 290). Voir : G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, préc. (note 9), n° 214, p. 398.

(126) Lorsqu'un distributeur est en position de force face à un fabricant, ce dernier peut proposer deux qualités : la qualité garantie (et onéreuse) ; la qualité moyenne (sans garantie), donc bon marché. Si le distributeur choisit le produit sans garantie, au vu du prix payé, la clause limitative de responsabilité doit jouer.

(127) Il convient toutefois de préciser : payer un billet de seconde classe correspond à l'objet de la prestation du débiteur ; mais la question de la réparation du dommage spécifiquement délictuel est une obligation d'ordre public, qui ne relève donc pas de la sphère contractuelle.

(128) C'est là le domaine du contrat d'assurance-responsabilité, lequel présente d'ailleurs un avantage de taille, lorsqu'il est conclu entre un assureur et un professionnel : ce dernier peut négocier les tarifs, alors que les particuliers soumis à l'assurance-dommage subissent les augmentations de prime, qui, on peut parfois le penser, ne sont justifiées que par une amélioration de la marge bénéficiaire des assureurs.

(129) Une intervention législative dirigiste est alors requise. La liberté contractuelle est restreinte, car elle doit être orientée vers une finalité commune : la spécialisation croissante de la société doit conduire à un progrès qualitatif. Il ne s'agit pas, au nom de la liberté contractuelle, de permettre que le mouvement de spécialisation conduise à tolérer des prestations approximatives.

55- Confrontée à la question de la nature contractuelle ou délictuelle de l'action du consommateur final contre le sous-débiteur professionnel, la jurisprudence a suivi une évolution souvent présentée comme chaotique. Toutefois, entre l'action directe « nécessairement contractuelle » (130) ou « nécessairement délictuelle » (131), la divergence formelle de jurisprudence conduisait à indemniser entièrement la victime de prestations défectueuses, de sorte que les responsabilités contractuelle et délictuelle se rapprochaient.

56- Concrètement, la difficulté résultait de la difficulté à cerner le domaine du dommage réparable, inhérente à l'extension prise par une responsabilité contractuelle prétendant réparer seule l'ensemble des dommages subis par le créancier. Comment donc établir le partage des eaux entre la demande qui est principalement centrée sur la valeur contractuelle et la demande qui est principalement centrée sur le dommage spécifiquement délictuel ? La jurisprudence a hésité, a cherché des critères (132) qui ne se sont révélés peu pertinents ou fragiles (133).

Or, il n'existe aucune difficulté face à ce type de situation dans le code civil. Lorsque le créancier, en tant que tel, se prévaut d'un dommage spécifiquement contractuel (134), l'action en responsabilité est alors centrée sur le transfert de valeur et ses accessoires. L'ascenseur en panne devra être réparé, les tuiles poreuses devront être remplacées, en tenant compte du retard. Lorsque le créancier, à l'identique d'un tiers, est blessé par la chute de l'ascenseur ou subit un dommage matériel causé par l'infiltration d'eaux consécutive aux tuiles poreuses ..., ce dommage imprévisible est réparé par les articles 1382 et suivants.

57- Face aux clauses limitatives de responsabilité, centrées sur le dommage qu'on a le droit de prévoir, le créancier exerce effectivement une action directe contractuelle (135). Concernant le dommage prévisible, ce n'est que si le sous-contractant professionnel n'exécute pas sa promesse contractuelle envers son propre contractant, et aux conditions posées par ce contrat, que le sous-contractant professionnel pourra être contractuellement responsable envers le client final. Le dommage est contractuel.

En revanche, en présence d'un dommage imprévisible, l'action du consommateur contre le fabricant est délictuelle. Le code civil a estimé qu'un vendeur peut ne pas garantir la chose vendue, laquelle peut donc ne pas fonctionner ; en revanche, un vendeur ne peut pas échapper au dommage délictuel qui résulte de l'utilisation de cette chose, du moins lorsqu'il sait ou doit savoir que la chose

(130) Civ. 1^o, 9 oct. 1979, *Lamborghini*, Bull. I, n^o 241 : le créancier, victime d'un vice caché de son véhicule, demandait réparation du véhicule et des dommages causés par l'accident.

(131) Civ. 3^o, 19 juin 1984, Bull. III, n^o 120 ; D. 1985, p. 213, note A. Bénabent : l'entrepreneur était insolvable, le maître de l'ouvrage agit contre le fabricant, censé connaître les vices de la chose, ce qui constitue une faute à l'égard des tiers. Donc : 1^o/ le dégât des eaux est réparé ; 2^o/ la toiture est remplacée.

(132) Selon que la chaîne contractuelle est homogène ou hétérogène. Voir : AP, *Besse*, 12 juill. 1991, Bull. AP, n^o 5, p. 7 (arrêt obscur).

(133) CJCE, 17 juin 1992, JCP 1992.I.21927, note C. Larroumet : « il n'existe aucun lien contractuel entre le sous-acquéreur et le fabricant ; la responsabilité du fabricant à l'égard du sous-acquéreur pour vices de la chose vendue n'est pas de nature contractuelle ».

(134) Le dommage prévisible : *supra*, n^o 36.

(135) Le client a payé un billet de 1^{ère} classe ; le voyageur sous-traite au transporteur et n'exige de ce dernier qu'un voyage en seconde classe. Le client peut-il reprocher au transporteur d'avoir voyagé en seconde classe ? Le sous-contractant qui a inséré une clause limitative de responsabilité en bénéficie : le sous-contractant n'est pas en cause. Il a livré ce qu'il a promis, au prix convenu : il n'y a pas inexécution (Com., 3 fév. 1998, Bull. IV n^o 60, p. 47 ; D. 1998, p. 455, note J. Revel).

(vendue, et même prêtée) est dangereuse. Le code civil de 1804 exigeait, en général, la preuve d'une négligence (art. 1382 et suiv.). Aujourd'hui, le droit contemporain s'oriente plutôt vers l'imputation automatique (directive de 1985 relative à la responsabilité des fabricants de produits défectueux), à la fois protectrice du consommateur et exigeante sur la qualité des prestations.

CONCLUSION

58- L'édifice du code civil a fait l'objet d'une réinterprétation doctrinale qui a conduit à substituer à la responsabilité du débiteur, pour le dommage contractuel causé au créancier, une « responsabilité contractuelle » dont la fonction originaire consistait à mal indemniser le créancier. Si cette entreprise n'a pas abouti, c'est uniquement grâce aux juges, dont, comble du paradoxe, les codificateurs se méfiaient au plus haut au point en 1804.

Cette entreprise subversive, issue de la doctrine conservatrice, surprend par son ampleur : elle a réussi à occulter le code civil, non pas sur un point particulier, mais complètement. Or, notre perception de cette « responsabilité contractuelle » ne résulte que d'une série de propositions doctrinales, dont beaucoup sont relativement récentes et qui ne s'expliquent que par un refus conscient et délibéré du principe même de la responsabilité.

59- Le code civil a adopté en 1804 un principe radical, celui de la responsabilité, directement inspiré de la logique des Droits de l'homme et du citoyen de 1789.

En décidant que devait réparer le dommage causé à une victime celui qui commet un *fait quelconque*, non seulement par sa faute, mais aussi par son imprudence, et même par ses choses et ses gens, les codificateurs ont imposé une vertu qui avait de quoi inquiéter. Le droit de la responsabilité était, en 1804, un droit des victimes : « *entre l'infortuné qui subit un dommage et l'imprudent qui le cause, la loi ne balance pas* » (136). Elle ne balance pas non plus en présence d'un débiteur défaillant : il est garant envers le créancier des dommages et intérêts du créancier, sans autre limite qu'une causalité restreinte et un dommage (spécifique) dont les parties ont pu préciser le montant.

Ces solutions s'expliquent par la place de la responsabilité par rapport aux Droits de l'homme, à un double titre. D'une part, la responsabilité est la mise en pratique du droit à la sûreté (pour le dommage causé à la personne) et du droit de propriété (pour le dommage aux biens) : ces droits fondamentaux relèvent d'une exigence constitutionnelle, laquelle a conduit à abandonner les distinctions jésuitiques issues de l'Ancien Droit, destinées à minorer l'indemnisation. D'autre part, cette articulation entre les Droits de l'homme et le principe de responsabilité se fonde elle-même sur une exigence de vertu, qui, à bien des égards, peut se comprendre comme une profession de foi ayant inspiré le programme de la nouvelle religion d'État née 1789 (137).

60- Les codificateurs étaient des révolutionnaires. La révolution culturelle qui s'est réalisée au siècle des Lumières a conduit à remettre en cause toutes les

(136) *Supra*, note 12.

(137) Voir : M. Gauchet, *La révolution des droits de l'homme*, éd. Gallimard, NRF, Bibliothèque des histoires, 1989, spéc. p. 9 et suiv.

institutions humaines ; la révolution politique de 1789 a conduit à remplacer l'ancienne loi, qui avait perdu son crédit, par une nouvelle Loi (la Constitution), source primordiale de l'inspiration des lois juridiques qui en découlent. On comprend donc pourquoi le code civil de l'an XII possède un contenu mythique, en raison de sa proximité avec l'idéal révolutionnaire.

Or, des révolutionnaires, dans un contexte de guerre de religion entre les tenants de l'ancien système et celui du nouveau, ne pouvaient qu'être particulièrement attachés à la vertu. La responsabilité en porte la trace. Principe de vertu, imposant à chaque conscience de répondre même de son inconscience, obligeant aussi à réparer lorsque l'accident était, même de loin, causé par une chose ou une personne en notre pouvoir, la responsabilité civile devenait une exigence qui se plaçait au-delà de la réalité économique qui servait jusqu'alors de justification pour limiter le droit des victimes. Et en effet, aussi bien en justice qu'en raison, pourquoi imposer à une victime d'utiliser ses propres ressources pour reconstituer son patrimoine, alors que l'accident qui l'affecte n'est pas fortuit, mais résulte du fait de l'homme ? Il n'existe aucune raison solide à préférer le responsable à la victime. La loi, qui protège et veille sur chacun, qui refuse d'abandonner une victime à son triste sort, se devait donc d'être raisonnable et juste.

Telle était, scientifiquement, la vision des codificateurs de l'an XII.

61- Dès sa réception, la responsabilité civile fut incomprise, et même rejetée par le corps professoral. L'attachement viscéral à la tradition n'explique pas tout. Il peut expliquer la méprise dont furent l'objet les dommages prévisible et imprévisible. Il n'explique pas le refus du principe de la responsabilité.

Ce refus du principe de la responsabilité s'explique par une considération discutable selon laquelle la responsabilité serait scandaleuse. En se plaignant, la victime mettrait en péril des intérêts au moins égaux aux siens, à savoir ceux du débiteur. Là est l'esprit de modération, qui ne voit dans la responsabilité qu'une charge. Or, dans cette logique, rien n'interdisait de considérer que cette balance entre les intérêts de la victime et ceux du débiteur ne puisse pencher du côté du débiteur, notamment professionnel. La commiseration dont bénéficiait ce débiteur, productif et utile, transformait la responsabilité en principe économique, auquel une morale (facultative) s'adaptait : la responsabilité était incompatible avec le dogme de la liberté. La liberté, principe d'action, ne devait pas être limitée par la responsabilité, principe d'inhibition. Pour autant, cette thèse ne s'est pas affirmée comme telle ; elle a prétendu expliquer le code civil même. Scientifiquement fragile, cette doctrine poursuivait-elle une finalité utile ?

On peut en douter. D'une part, il est curieux de constater que les arguments ayant cours sous l'Ancien Régime sont identiques à ceux que l'on invoque toujours aujourd'hui. Or, la logique de la rentabilité conduit à tolérer des prestations approximatives, et, finalement, lourdement dommageables (138). Il n'est pas certain que, croyant échapper à une charge, les intérêts catégoriels protégés par cette interprétation n'échappent aussi à l'innovation, dont la responsabilité peut aussi être un aiguillon. Au final, on ne peut dissiper l'impression que la crainte que suscite la responsabilité se fonde, pour une bonne part, sur des arguments irrationnels.

(138) Par exemple, art. L 128-2 al.3 du code des assurances, issu de la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques : « Cette garantie couvre la réparation intégrale des dommages, dans la limite, pour les biens mobiliers, des valeurs déclarées ou des capitaux assurés au contrat ». La collectivité des victimes de catastrophes technologiques prendra donc à sa charge 260 millions d'€ au titre de l'assurance-dommage, les industriels échappant donc à l'assurance-responsabilité ; il semble, en outre, que les victimes ne seront que partiellement indemnisées, dès lors que leur dommage est estimé selon un critère minorant.

D'autre part, on peut se demander quel est le véritable statut des droits de l'homme dans cette logique minorante. Or, ces droits de l'homme sont, à bien des égards, plus qu'une garantie de la vie en société ; ils en constituent le fondement même, la source primordiale de la légitimité. À ce titre, la rupture du triptyque exigence de vertu, droits de l'homme et responsabilité civile traduit précisément un phénomène constant dans les religions : chaque espérance verse dans le dogmatisme ; l'esprit de modération cadre mal avec l'esprit de conquête.

62- Ce n'est pas dire que la loi de 1804 doive faire l'objet d'une vénération sans borne. Il est dangereux de prétendre retourner à une pureté originelle : trop souvent des entreprises de dénonciation ont occulté, elles aussi, des finalités propres, mal accordées avec la nécessité constante de renouveler une croyance dans le progrès humain.

Il n'est pas certain que les droits de l'homme soient rentables ; la responsabilité civile ne l'est pas. La fonction des droits de l'homme est ailleurs : c'est celle d'une espérance raisonnable dans le progrès, en une société orientée vers la justice et l'amélioration de la condition de l'homme. Or, le progrès scientifique et technique de nos sociétés ne s'explique pas aisément. Il ne s'explique ni par le dogme de la liberté, qui conduit aussi bien à l'innovation qu'à la réalisation de prestations nuisibles ; ni par celui de la solidarité qui conduit aussi bien à l'innovation qu'à l'immobilisme.

Nos sociétés occidentales sont caractérisées par une révolution permanente, une adaptation constante de leur esprit à l'efficacité. Ce pragmatisme, joint à un certain idéal, a conduit à instaurer les Droits de l'homme. L'innovation peut jaillir d'une opinion minoritaire ; il faut préserver la liberté d'expression. De même, la responsabilité civile, exigence constitutionnelle de prudence, peut être comprise comme un outil conduisant à un contrôle de notre propre destinée. La responsabilité est le contre-pouvoir de l'homme : l'aiguillon de nos insuffisances.