

**Les conceptions générales de la matière : rôles respectifs de la loi et du juge en matière  
de responsabilité civile, responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle.  
Séminaire de Chambéry 20 et 21 mars 2009**

par

Pascal ANCEL  
Professeur à l'Université Jean Monnet (Saint-Étienne)  
CERCRID  
(Document de travail)

*Le présent texte est un document de travail présentant, à l'intention des discutants du premier thème, les principaux points qui ont été débattus et les conclusions qui ont pu être tirées lors du premier séminaire du cycle. Il ne reflète pas nécessairement mes positions personnelles sur les points abordés, mais relate et synthétise les opinions émises dans les communications de ce premier séminaire<sup>1</sup>, ainsi que dans le cadre des débats<sup>2</sup>. La version orale sera beaucoup plus courte.*

Pour débattre des « conceptions générales de la matière », nous avons prévu, pour le séminaire de Chambéry, trois thèmes : le premier était relatif aux rôles respectifs de la loi et du juge dans la fixation et dans l'application des règles du droit de la responsabilité ; le second, touchant aux structures générales de la matière, traitait des rapports entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle ; le troisième, qui faisait déjà entrer dans le contenu des règles, était relatif aux intérêts protégés par la responsabilité civile. Pour le présent colloque, il est apparu opportun de dissocier ce dernier thème, qui, à Chambéry, est sans doute celui qui a donné lieu aux débats les plus animés. En effet ce thème, à travers lequel se cristallisent sans doute les oppositions les plus nettes entre le droit français<sup>3</sup> et les projets européens<sup>4</sup>, s'est révélé être un thème transversal, que nous avons retrouvé ensuite à

---

<sup>1</sup> Communications de Pascal ANCEL, Le rôle respectif de la loi et du juge dans les projets européens ; NEYRET (L.), Le rôle respectif de la loi et du juge en droit français de la responsabilité civile ; JAVIER LETE, Synthèse sur la question du rôle respectif de la loi et du juge ; JOURDAIN (P.), La distinction des responsabilités délictuelle et contractuelle : état du droit français ; DUBUISSON (B.), Le concours des responsabilités contractuelle et extra-contractuelle, Ultime tentative de conciliation ; WESSNER (P.), La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle : état du droit suisse ; D. BUSNELLI (F.) et GIARDINA (F.), Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle : évolution e crise d'une distinction ; JACQUES (P.), Synthèse sur la distinction de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle. Tous ces textes sont disponibles sur le site du GRERCA <http://grerca.univ-rennes1.fr/theme/Travaux/>, en version écrite sauf les communications de LETE (J.) et de JACQUES (P.), qui ne sont disponibles sur le même site qu'en version orale.

<sup>2</sup> Ceux-ci sont également accessibles, en version orale, sur le site du GRERCA.

<sup>3</sup> Dans cette série de séminaires, nous avons abordé aussi bien le droit français positif, que le droit prospectif – qui, à l'époque du séminaire de Chambéry, se limitait au seul avant-projet du groupe CATALA. Nous n'avons connaissance à cette époque ni de la proposition de loi du Sénat, ni du projet doctrinal du groupe Terré.

<sup>4</sup> Les différents séminaires ont intégré l'examen des deux projets actuellement connus en matière de responsabilité civile : les « Principes de droit européen de la responsabilité civile » (Principles of european tort law », en abrégé PETL, Wien 2005) élaborés par l'European groupe on tort law (groupe dit de Tilburg et de Vienne en raison de ses deux centres universitaires successifs de rattachement) et le Livre VI des Principes, definitions and model rules of european private law, élaborés en 2008 en tant que "Draft common frame of reference" (DCFR) par le Study group on a european civil code, sous la direction de VON BAR (C.), CLIVE (E.) et SCHULTE-NOLKE (H.). Les PETL ont été utilisés dans la traduction française réalisée sous la direction de MORETEAU (O.) par l'équipe de recherche de l'Institut de droit comparé Edouard LAMBERT.

travers d'autres séminaires (notamment à travers celui de Genève sur la causalité, et celui de Saint Malo quand il a été question des dommages réparables). Je n'aborderai donc ici que les deux premiers thèmes, qui sont sans lien l'un avec l'autre : celui des rôles respectifs de la loi et du juge dans le droit de la responsabilité civile qui touche aux sources du droit de la responsabilité civile (I) et celui des rapports entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, qui est relatif à ses structures (II).

## **I. - Les sources du droit de la responsabilité civile : rôles respectifs de la loi et du juge**

La question des rôles respectifs de la loi et du juge avait déjà été au centre de nombreux débats lors du colloque de Genève sur « la responsabilité civile européenne de demain »<sup>5</sup> qui avait été à l'origine des séminaires du GRERCA. Helmut Koziol - qui est, on le sait, l'actuel leader du groupe de Vienne qui a élaboré les PETL - avait alors souligné la difficulté de trouver « dans le domaine complexe du droit de la responsabilité civile... la juste voie médiane entre des clauses générales qui ne disent rien et qui nécessitent une concrétisation au cas par cas, et des règles parfaitement rigides qui ne permettent pas de prendre en compte la multiplicité des situations de fait ». Derrière cette problématique générale, apparaissent en réalité deux questions différentes, que les communications sur ce thème ont tenu à distinguer, et qui correspondent aux deux sens qu'on peut donner à l'expression « le juge ». Le juge, dans la terminologie courante, c'est d'abord une abstraction, désignant en réalité les décisions de justice, en tant qu'elles peuvent créer des normes jurisprudentielles complémentaires des normes légales. Mais le juge, c'est aussi, plus concrètement, l'acteur central du procès, celui qui, au cas par cas, est amené à appliquer des normes aux situations de fait pour la résolution des litiges. Nul ne doute que ces deux fonctions qu'on peut reconnaître au « juge » ne soient intimement liées, et qu'on puisse passer facilement de l'une à l'autre dans la pratique judiciaire. Il est néanmoins apparu nécessaire aux auteurs de communications de les dissocier pour les besoins de la comparaison entre le droit français et les projets européens, car, si, sur le premier plan, le juge - en tant que jurisprudence source du droit - se voit reconnaître un rôle créateur limité par les projets (A), ceux-ci à l'inverse, reconnaissent au juge, en tant qu'acteur dans l'application du droit, des pouvoirs plus importants que eux que lui reconnaissent le droit français (B).

### **A. - Le rôle de la jurisprudence dans l'élaboration des règles relatives à la responsabilité civile**

Sur ce premier aspect, chacun sait - et Laurent Neyret l'a bien entendu rappelé à Chambéry - que le droit français de la responsabilité civile, du moins le droit commun (seul en examen dans cette série de séminaires), est un droit principalement jurisprudentiel, qui s'est construit à partir de quelques textes généraux, posé en réaction contre la casuistique romaine et la mosaïque de l'Ancien Régime. Textes généraux qui ont conservé tout leur prestige, en dépit des déformations jurisprudentielles dont ils ont été l'objet : Javier Lete l'a rappelé à propos de l'article 1382. En raffinant, on peut, comme l'a fait Laurent Neyret, distinguer, le pouvoir normatif délégué de la jurisprudence (interprétation ou adaptation des textes, même parfois *contra legem*) et le pouvoir normatif autonome (création de principes sans référence législative. Exemple : la responsabilité pour trouble anormal de voisinage). Toute l'histoire du droit commun de la responsabilité en France depuis 1804 apparaît comme celle du déclin de la portée des règles légales dans le droit commun de la responsabilité civile. De prime abord, le droit prospectif français devrait marquer une rupture dans cette évolution :

---

<sup>5</sup>La responsabilité civile européenne de demain, Projets de révision nationaux et principes européens, édité par WINIGER (B.), Bruylant/Schulthess 2008.

l'avant-projet Catala semble consacrer le retour de la loi comme source majeure du droit de la responsabilité civile - ce que marque notamment l'accroissement spectaculaire du nombre d'articles consacrés à la matière dans ce projet - et, corrélativement, un recul de la jurisprudence comme source du droit de la responsabilité civile. D'un autre côté, cependant, ce texte, dès lors qu'il reprend, avec quelques modifications ou ajouts, l'essentiel des solutions antérieurement consacrées, peut aussi bien être vu comme un hommage extraordinaire rendu au pouvoir créateur de la jurisprudence), comme un des signes des interactions constantes, que relève Laurent Neyret dans sa communication, entre la loi et la jurisprudence.

De ce point de vue, l'avant-projet français se rapproche des projets européens (ainsi du reste que des différents projets nationaux actuellement en débat dans les différents pays d'Europe). Tous ces textes, comme je l'ai souligné dans la propre communication, sont eux aussi des textes très fournis (57 articles pour le Livre VI du projet du Study group, 36 articles pour les PETL), et ils marquent clairement la volonté des rédacteurs de mettre en place une réglementation détaillée de la responsabilité civile, de nature à première vue à limiter la création de règles jurisprudentielle - même si, évidemment, les deux textes contiennent un certain nombre de lacunes<sup>6</sup>, d'imprécisions, d'obscurités qui ouvriraient inévitablement des portes au pouvoir créateur de la jurisprudence si l'un ou l'autre venait un jour à être en vigueur dans l'espace européen. La volonté de limiter le pouvoir d'interprétation du juge est particulièrement sensible dans le DCFR (et pas seulement du reste dans le livre consacré à la responsabilité contractuelle), dans la mesure où ce projet cherche à prévenir les difficultés d'interprétation en précisant dans une annexe le sens des termes utilisés dans les différents articles - ce qui semble une technique très éloignée de la tradition juridique française.

Cette approche qu'on peut dire « légaliste » du droit de la responsabilité, ce souci de tout réglementer, de tout encadrer, a suscité des opinions variées lors des débats qui ont suivi les communications. Certains (Philippe Brun notamment) ont souligné qu'il était normal qu'un texte nouveau ait vocation, au moins dans un premier temps, à se substituer à la jurisprudence, et qu'il n'y avait pas d'incompatibilité sur ce point entre la technique des projets européens et la manière dont nous-même en France, voulons réformer le droit de la responsabilité. Mais d'autres (Suzanne Carval, Véronique Wester-Ouisse) ont regretté cette limitation du pouvoir créateur de la jurisprudence. Geneviève Viney a observé que, si on fait un code en contemplant le passé, on doit aussi le faire pour l'avenir, et prévoir qu'on ne peut pas tout prévoir. De toute façon, beaucoup ont souligné que, quelle que soit la volonté de l'auteur des textes de tout maîtriser, il ne saurait empêcher la jurisprudence de faire son œuvre ultérieurement : la densité normative d'un texte ne préjuge en rien de ce que le juge en fera, et il n'y a pas nécessairement de vases communicants entre l'importance des textes et celle de la jurisprudence, comme l'a rappelé Bénédicte Winiger en s'appuyant sur l'exemple du Code prussien de 10 000 articles. Cependant, le même a fait observer que, sur cette question du caractère détaillé des textes, il ne fallait pas nécessairement mettre sur le même plan les projets nationaux et les projets internationaux : dès lors que ceux-ci ne s'inscrivent pas dans une tradition juridique unique, il paraît nécessaire que le « législateur international » se montre plus explicite, et donne davantage d'indications aux juges nationaux qui seront chargés d'appliquer les textes. Le souci de limiter le rôle de la jurisprudence est peut-être à cet égard une condition du succès de l'harmonisation.

Au-delà de cette problématique générale, qui vaut pour toute entreprise de codification (nationale ou internationale), les échanges ont porté sur un point plus spécifique au droit de la

---

<sup>6</sup> Même si, pour les PETL, les lacunes sont souvent provisoires, dans la mesure où ce texte est un "work in progress" et où les rédacteurs n'ont pas encore abordé tous les aspects de la matière.

responsabilité civile. Dans ma propre communication, je m'étais interrogé sur le point de savoir si ces projets laissaient la porte ouverte à la création par la jurisprudence de nouveaux régimes de responsabilité non prévus par eux. La question se pose parce que les deux projets s'ouvrent par une « norme de base » (art. 1:101 de chaque projet) qui, sur le modèle de différents droits ou projets nationaux (et notamment de l'article 1340 de l'avant-projet français, ou de l'article 1 du projet suisse, qui semble avoir servi de modèle au groupe de Vienne) annonce les différents cas de responsabilité développés ensuite. On peut se demander si l'existence d'une telle norme est de nature à ouvrir la création de nouveaux cas de responsabilité par le juge, jouant ainsi le même rôle que l'article 1384 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil a joué en France. Dans les textes européens, la réponse paraît négative, ces articles liminaires n'ayant qu'un contenu normatif « négatif » : poser les conditions sans lesquelles il ne peut y avoir responsabilité. Lors des débats, Pierre Widmer a eu l'occasion de bien préciser que telle était la volonté des auteurs du texte, qui n'entendent nullement que le juge puisse créer de nouveaux régimes de responsabilité, cette liberté ne pouvant être reconnue qu'aux législateurs nationaux. Cependant, diverses discussions se sont élevées sur la portée de ces textes d'annonce, souvent ambigus, et dont l'expérience (française en particulier) montre qu'ils servent souvent de tremplin à la jurisprudence. Cela a été l'occasion de revenir sur la portée des articles 1340 et 1355 de l'Avant-projet français.

Cependant si les différents projets examinés marquent plutôt une volonté de limiter le pouvoir créateur de la jurisprudence, ils ont en revanche tendance à reconnaître des pouvoirs élargis au juge dans l'application des règles.

## **B. - Les pouvoirs du juge dans l'application des règles du droit de la responsabilité civile**

En droit français positif, le pouvoir du juge dans l'application des règles de la responsabilité civile apparaît totalement absent du Code. Cela n'a pas empêché son développement, notamment sur le terrain des effets de la responsabilité : les pouvoirs reconnus aux juges du fond dans l'évaluation du préjudice en sont l'exemple le plus caractéristique, et Laurent Neyret a pu souligner à cet égard l'importance des règles de procédure, et notamment la répartition des rôles entre les juges du fond et la Cour de cassation. Dans l'avant-projet Catala, le juge apparaît en revanche, et de manière très explicite, comme un acteur majeur dans l'application des règles : Laurent Neyret a compté que le mot juge apparaît 18 fois dans la partie consacrée à la responsabilité civile (alors qu'il n'apparaît jamais dans les textes du Code civil). Ainsi, en même temps qu'il s'inscrit dans une optique légaliste quant aux sources du droit de la responsabilité civile, le projet français marque une certaine officialisation des pouvoirs du juge dans l'application de ce droit. Ces pouvoirs reconnus au juge sont spécialement importants en ce qui concerne les effets de la responsabilité civile : choix du mode et des mesures de réparation, évaluation du préjudice, révision des clauses etc. Et, de ce point de vue encore, le projet français rejoint l'esprit général des projets européens, même si ceux-ci - et surtout les PETL - semblent aller beaucoup plus loin dans la reconnaissance de pouvoirs au juge. On le voit, à la seule lecture des textes, et sans même s'intéresser au fond, si on considère la prolifération de standards, ou de notions floues, à contenu variable, derrière lesquels apparaît la reconnaissance de pouvoirs judiciaires extrêmement divers (le raisonnable, l'équité, le juste, l'anormal, surtout dans le DCFR), ainsi que par l'emploi très fréquent, du moins dans les PETL, du terme "may" (peut) qui ouvre au juge des facultés. On trouvera dans mon texte de nombreux exemples de ces pouvoirs, tant en ce qui concerne les effets de la responsabilité (modalités et montant de la réparation) que, de manière plus surprenante pour un juriste français, les conditions de la responsabilité

(notamment en ce qui concerne la responsabilité des personnes atteintes d'un trouble mental, pour laquelle, dans les deux projets, c'est en gros au juge de décider selon les circonstances).

Cependant, en même temps que d'une reconnaissance, il y a tant dans l'avant-projet français que dans les projets européens une volonté d'encadrement des pouvoirs du juge ainsi reconnus. Dans sa communication, Laurent Neyret a ainsi montré comment l'avant-projet français avait cherché à orienter la décision des juges en leur fixant des objectifs précis (par exemple dans le choix des mesures de réparation) ou à la contrôler en imposant des exigences de motivation. Là-dessus cependant, le projet français s'est révélé beaucoup moins sophistiqué que le projet du groupe de Vienne, qui es parti de la conception du "bewegliches System" (système mobile) développée en Autriche à partir des années 1940 par Walter Wilburg. L'idée générale est de mettre en évidence, dans les règles, les différents facteurs à prendre en compte pour l'évaluation d'une situation et d'opérer une pondération aussi précise que possible de ces différents facteurs, pour à la fois rendre prévisibles les décisions qui pourront être prises dans chaque cas, et permettre de prendre en considération la diversité des situations de fait. Ce système aboutit à développer des règles d'aide à la décision, indiquant au juge les différents critères qu'il pourra ou même devra prendre en compte en les hiérarchisant et en les pondérant (le caractère plus ou moins dangereux de l'activité, le caractère intentionnel ou non de la faute, la nature des intérêts atteints<sup>7</sup>... ) : lors des débats, Pierre Widmer a insisté sur l'idée que les différents critères destinés à guider la décision du juge n'étaient pas seulement une "check list", mais d'une invitation faite au juge de peser les différents éléments en présence. Par cette technique très particulière, il s'agit, pour reprendre l'image que j'ai utilisée dans ma propre communication « d'éviter les inconvénients que présente, du point de vue de la sécurité juridique, un droit mou ou flou, sorte d'édredon dans lequel le juge pourrait s'enfoncer, en lui donnant, au fil des espèces, n'importe quelle forme imprévisible ». Le système évoque plutôt « l'image d'une baguette que le juge peut incliner dans le ou les sens indiqués par le législateur ». Cela donne, dans les PETL, des textes dont la rédaction peut sembler déroutante pour le juriste français, mais qui semblent, à tout prendre, préférables à la technique du DCFR, lequel juxtapose des textes contenant une réglementation détaillée ne laissant aucune marge d'appréciation au juge (la baguette rigide) et d'autres qui se contentent de formules extrêmement larges laissant tout pouvoir au juge (l'édredon mou).

Cette recherche d'équilibre entre souplesse et encadrement a fait l'objet de discussions plutôt moins nourries que celles qui ont eu trait au rôle de la jurisprudence. La technique d'aide à la décision mise en œuvre dans les PETL, cependant, n'a pas convaincu tout le monde. Si, pour Pierre Wessner c'est plutôt une bonne chose, qui permet de satisfaire à la fois les attentes des justiciables et des juges, pour Philippe Pierre, on peut craindre que cette technique n'aboutisse à renforcer le caractère contentieux du droit de la responsabilité. Cependant, comme l'a fait remarquer Hadi Slim, on assiste parallèlement, en France du moins, à un fort mouvement de déjudiciarisation du droit de la responsabilité, qui rendront inapplicables, dans nombre de cas, les règles relatives aux pouvoirs du juge. Sauf à considérer, comme semblent le faire les membres du groupe de Vienne, que la hiérarchisation et la pondération des différents éléments à prendre en compte pour la décision pourraient également jouer un rôle lors de la conclusion des accords amiables entre la victime et le responsable.

## **II. - Les structures du droit de la responsabilité civile : la distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle**

---

<sup>7</sup> Je n'examine pas ici les critères sur le fond : la hiérarchisation des intérêts protégés, qui s'exprime notamment à travers ce système d'aide à la décision, sera reprise lors du second thème de ce colloque.

Sur ce second thème, qui a occupé tout l'après-midi du premier jour du séminaire de Chambéry, nous avons été confrontés à une difficulté particulière, tenant à ce que la question n'est absolument pas abordée dans les deux projets européens en discussion. Philippe Jacques, chargé sur ce sujet du « rapport de synthèse » devant mettre en lumière les points de convergences et les divergences entre le droit français et les projets, n'a pas manqué d'ironiser : devait-il faire un rapport de synthèse sur rien, un rapport à objet impossible ? A dire vrai cependant, et même si cela ne me semble guère avoir été aperçu lors de nos débats, on ne peut pas mettre sur ce point les deux projets soumis à notre examen exactement sur le même plan. Les Principes du droit européen de la responsabilité civile (PETL) posent des règles générales qui n'envisagent à aucun moment le cas particulier de la responsabilité contractuelle : on ne peut même pas savoir, à la lecture de ce texte, si, pour ses auteurs, la responsabilité contractuelle existe et obéit à un régime juridique différent de celui qui est proposé. Comme l'a relevé Philippe Jacques, ni l'article 2-102 4/ des PETL (qui vise la protection d'une relation contractuelle<sup>8</sup>, mais au titre des intérêts protégés, sans doute contre les atteintes des tiers), ni l'article 2-102 5°, qui lie l'étendue de la protection à la « nature de la responsabilité » (mais en songeant à la distinction selon la nature de la faute commise, intentionnelle ou non) ne peuvent être lus comme des textes envisageant la distinction de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle. Il en va très différemment du texte du groupe Von Bar, dans la mesure où les règles du Livre VI du DCFR, dont l'objet est, selon leur intitulé même (Non-contractual liability arising out of damage caused to another), la seule responsabilité extra-contractuelle, s'intègrent dans un ensemble plus complet touchant à différents aspects du droit des obligations. Or on trouve bien par ailleurs dans cet ensemble, dans la partie relative aux contrats aux articles 3:701 et suivants, des textes, largement repris des articles 9:501 et suivants des Principes du droit européen des contrats, qui sont relatifs aux dommages et intérêts sanctionnant l'inexécution des obligations contractuelles, et qui, en contradiction avec la position bien connue d'une partie de la doctrine française, semblent envisager ces dommages et intérêts comme une forme particulière de « responsabilité »<sup>9</sup>. Ce qui est vrai, c'est que, à aucun moment, le DCFR n'envisage la question des rapports entre ces deux types de responsabilité (leurs domaines respectifs, leur concours éventuel), et il paraissait dès lors assez difficile de mener une discussion sur cette question à partir des projets<sup>10</sup>. Du coup, les interventions sur ce thème se sont plutôt concentrées sur une comparaison entre les solutions du droit français (présentées dans le rapport de Patrice Jourdain) avec d'autres droits nationaux (le droit belge, présenté par Bernard Dubuisson, le droit suisse, avec la communication de Pierre Widmer, et le droit italien, avec le texte cosigné par Francesca Giardina et Francesco D. Busnelli), éclairées par une réflexion générale sur l'utilité et les difficultés de la distinction entre les deux types de responsabilité (déjà présente dans le rapport italien, et surtout développée par Philippe Jacques). Cependant, en dépit de leur silence, les projets ont bien été à l'arrière-plan de ces discussions : d'abord parce que le silence total des PETL a amené à s'interroger sur le principe même de la distinction (A). Ensuite parce que les différentes communications ont toutes fait ressortir les difficultés considérables auxquelles on se trouve confronté pour poser les critères et les conséquences de cette distinction, et les conceptions très différentes qui

---

<sup>8</sup> « La protection des intérêts économiques ou des relations contractuelles pourra être d'étendue plus limitée, en considération notamment de la proximité entre l'auteur et la personne menacée ou du fait que l'auteur avait conscience de causer un dommage, alors que ses intérêts sont nécessairement de valeur inférieure à ceux de la victime ».

<sup>9</sup> Dans la mesure où ces textes présentent clairement les dommages et intérêts contractuels comme une mesure de réparation du préjudice subi par le créancier.

<sup>10</sup> D'une manière générale, ce silence a pesé sur l'ensemble de nos séminaires, où la question de la responsabilité contractuelle a été presque complètement passée sous silence.

peuvent s'exprimer à cet égard - ce qui constituerait un sérieux obstacle à une tentative d'harmonisation (B).

### **A. - Le principe de la distinction des responsabilités délictuelle et contractuelle**

Il est incontestable que, pour les auteurs du Projet de cadre commun de référence, la distinction entre les deux ordres de responsabilité existe, puisqu'ils ont jugé utile de les soumettre à deux séries de règles différentes à des endroits différents du projet. Il n'en va pas nécessairement de même dans le projet du groupe de Vienne. On peut sans doute, avec Philippe Jacques, expliquer le silence de ce projet par le fait que ce projet est élaboré au fil du temps, point par point, et que les auteurs ont commencé par travailler sur le seul droit de la responsabilité délictuelle, sans qu'il soit pour eux nécessaires de s'interroger *ab initio* sur ses rapports avec la responsabilité contractuelle qui pourrait être abordée ensuite, ou faire l'objet d'un autre projet. Mais on peut aussi se demander si les auteurs du texte n'ont pas entendu poser, sans le dire explicitement, des règles générales qui vaudraient aussi bien pour la réparation des dommages contractuels que des dommages causés en dehors d'un contrat. Cette hypothèse peut paraître assez vraisemblable si on considère que le projet autrichien de réforme de la responsabilité civile de 2005, dont l'un des auteurs est Helmut Koziol, le leader du groupe de Vienne, adopte une réglementation unitaire de la responsabilité civile, sous la seule réserve de quelques règles particulières<sup>11</sup>. Le projet viennois s'inscrirait dès lors assez nettement dans une tendance générale, relevée par plusieurs orateurs lors du séminaire de Chambéry, au rapprochement, sinon à l'unification des régimes délictuel et contractuel. Cette tendance a été en particulier mise en évidence par Francesco Busnelli et Francesca Giardina<sup>12</sup>, à partir du droit italien, mais aussi dans une optique comparative plus générale. Les auteurs soulignent l'affaiblissement des différences de régime entre les deux ordres de responsabilité (quant aux préjudices réparables, quant au rôle de la faute et à la distribution de la charge de la preuve, quant à la prescription et aux clauses excluant la réparation...) et relèvent par ailleurs l'avènement, dans le droit européen de régimes de réparation qui se passent de la distinction classique entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle (notamment avec la mise en place de la responsabilité du fait des produits défectueux<sup>13</sup>). Un autre exemple d'une responsabilité en quelque sorte transversale ou mixte nous a été fourni par Pierre Wessner, lorsqu'il a présenté la consécration par la jurisprudence suisse de la « responsabilité fondée sur la confiance », trouvant son modèle dans la construction allemande de la *culpa in contrahendo*. Ces considérations avaient conduit Francesco Busnelli et Francesca Giardina, lors du séminaire de Chambéry, à conclure leur intervention en se demandant si « la grande distinction entre les deux responsabilités a encore un sens, face à la tendance qui consiste à se demander non pas de quel modèle de responsabilité il s'agit, mais de quelles catégories de dommages et de quel genre de responsables on parle ».

Cependant, lors de ce séminaire, l'opinion dominante était que la distinction entre les deux types de responsabilité restait utile, voire incontournable. Dans sa communication, Philippe Jacques la justifiait à la fois par une exigence de cohérence du droit (il n'est pas

---

<sup>11</sup> Voir le Projet autrichien in La responsabilité civile européenne de demain, Projets de révision nationaux et principes européens, sous la dir. de WINIGER (B.), Bruylant, Schulthess 2008, p.303 et s. et, dans le même ouvrage BRIESKORN (K.), Das europäisches Haftungsrecht von Morgen im Spannungsfeld zwischen Vertrag und Delikt, p.281 et s. spec. p.285.

<sup>12</sup> Dont l'intitulé même de la communication vise la « crise de la distinction ».

<sup>13</sup> Mais, dans sa communication, Bernard Dubuisson donne de ce texte une autre lecture : pour lui, l'action relevant de la responsabilité du fait des produits est une action délictuelle.

cohérent de traiter de la même manière des personnes qui se trouvent dans la relation particulière liée au contrat et celles qui ne sont pas dans ce rapport particulier), et par une exigence de pertinence du droit, en posant simplement la question « S'il n'y avait qu'une responsabilité (extra-contractuelle), à quoi servirait le contrat ? ». Du reste, parmi les systèmes qui nous ont été présentés, il apparaît qu'aucun n'a réussi ou n'a même tenté d'abolir la distinction. Typique est à cet égard le projet suisse que nous a présenté à Chambéry un de ses auteurs, Pierre Wessner : ce projet s'inscrivait sans doute, au départ, dans une logique d'unification du droit de la responsabilité civile, mais il n'est pas allé jusqu'au bout de cette logique et n'a nullement opéré une fusion des responsabilités - une sorte de "contort law", pour reprendre l'expression d'un auteur suisse. Il a, très différemment, comme nous le verrons plus loin, opéré un déplacement des frontières entre les deux responsabilités. De même, en droit français, Patrice Jourdain nous a rappelé que les différences demeuraient réelles entre les deux responsabilités, et que, pour lui « le principe d'une distinction s'imposait en toute hypothèse ». Il est significatif que, même dans l'Avant-Projet Catala, dont la partie relative à la responsabilité a été rédigée par des auteurs peu convaincus par l'idée d'une radicale différence de nature des deux responsabilités, et qui affiche formellement une présentation très unitaire du droit de la responsabilité civile, il est apparu impossible de renoncer à un certain nombre de règles spécifiques à la responsabilité contractuelle. Il me paraît donc peu probable, après ce que j'ai entendu à Chambéry et ailleurs, que le droit français soit prêt à accepter un projet d'harmonisation qui ne distinguerait pas entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle. Mais, rappelons-le, ce n'est pas de toute façon la position prise par le DCFR, et l'idée que telle pourrait être la position des auteurs du projet de Vienne n'est, en l'état, qu'une simple supposition.

## **B. - Les rapports entre les deux types de responsabilités**

Le principe de la distinction ne semblant pas, à ce stade, susceptible d'être remis en cause, il convient de s'interroger sur la manière dont les deux types de responsabilité s'articulent, ce qui suppose à la fois la délimitation de leurs domaines respectifs et la résolution du problème de leur éventuel concours. Ce sont ces questions qui ont occupé l'essentiel des interventions du séminaire de Chambéry, même si, comme je l'ai dit, sur ces deux points, la comparaison avec les solutions des deux projets - l'un et l'autre muets - a tourné court. Mais au moins les diverses interventions - et les débats - ont-ils permis de mesurer la difficulté de la tâche attendant les auteurs de projets d'harmonisation qui s'attelleraient à la résolution de ces questions.

### **1. - Sur le premier point : la délimitation des domaines respectifs des deux responsabilités**

Le séminaire a permis de mesurer une grande convergence, d'un droit à l'autre, dans la manière de poser les problèmes, sinon dans la manière de les résoudre. L'exigence d'un contrat, le rattachement du dommage à une obligation née d'un contrat, et l'exigence d'un lien contractuel entre la victime et l'auteur du dommage sont apparues comme des conditions de base pour que la responsabilité soit contractuelle. Si l'exigence d'un contrat n'a été que brièvement évoquée principalement dans le rapport français et dans le rapport belge de Bernard Dubuisson (avec notamment, dans les deux droits, la question des contrats bénévoles), les deux autres ont davantage retenu l'attention des orateurs.

C'est surtout la condition de rattachement du dommage à une « obligation contractuelle » qui a été débattue. Car derrière cette question se trouve celle, fondamentale,



des frontières du contrat. La question est principalement de savoir s'il ne convient pas de sortir du contrat (donc du domaine de la responsabilité contractuelle) certaines obligations que le juge y fait entrer sans se soucier de la volonté des parties, et qui ne sont (dans une opinion largement répandue) que la traduction de devoirs généraux de comportement qui pèsent sur toute personne dans la vie en société. C'est là, en France tout au moins, une discussion très classique, née principalement à propos des obligations de sécurité - que beaucoup d'auteurs proposent depuis longtemps de « décontractualiser », mais elle peut être menée de la même manière pour diverses « obligations » de conseil, d'information, ainsi que pour les multiples obligations (ou devoirs) à objet plus ou moins déterminé, que les juges déduisent de l'exigence de bonne foi contractuelle. Patrice Jourdain a évoqué ces hypothèses, en les rapprochant d'autres cas où la jurisprudence française fait sortir de la responsabilité contractuelle certains manquements à des devoirs qui semblent dépasser le contrat : abus d'un droit contractuel, manquement à une obligation professionnelle. Le séminaire a permis de vérifier que les mêmes hésitations existent ailleurs : en Belgique (où cependant la question de la coïncidence d'une obligation avec un devoir général est surtout posée sous l'angle de l'admission du cumul de responsabilités<sup>14</sup>) et surtout en Suisse, où la question a été un des points-clés du projet de réforme préparé en 2000 par Pierre Wessner et Pierre Widmer. Sur ce point, en effet, l'article 42 de l'Avant-projet a choisi, par principe, de soumettre aux règles de la responsabilité délictuelle « les dommages causés en violation d'une obligation contractuelle » - ce qui pourrait faire croire à la fusion des responsabilités - mais en excluant tout aussitôt « les dispositions qui régissent la responsabilité du débiteur résultant de l'inexécution ou de l'exécution tardive de la prestation promise ». Ce qui revient à dire que, dans ce projet, on restreint la responsabilité contractuelle au « noyau dur » du contrat (le refus ou la mauvaise exécution de la prestation), on décontractualise tout ce qui relève de la « violation positive » du contrat (au sens que cette expression revêt dans la doctrine de tradition germanique), ou, en d'autres termes, tous les cas de violations des devoirs de protection (Schutzpflicht) mis à la charge d'un contractant. Il est remarquable que ce projet abouti finalement au résultat prôné en France par les auteurs qui nient l'existence d'une véritable responsabilité contractuelle, mais en partant d'un point de départ radicalement opposé - une conception unitaire de la responsabilité civile. Il est cependant apparu, au cours du séminaire, que cette volonté de décontractualiser les devoirs généraux ne convainquait pas tout le monde. Philippe Jacques, en particulier, a fait entendre sa voix discordante sur cette question - et je dois dire que je partage là-dessus volontiers son approche. Pour lui, il n'y a pas d'obligations spécifiquement contractuelles et d'autres qui ne seraient que la traduction de devoirs, d'une certaine manière, du reste, il y a toujours un devoir derrière les obligations contractuelles ; et, de toute façon, à partir du moment où un devoir pénètre la sphère contractuelle, il prend un contenu particulier : l'obligation de sécurité qui pèse sur un contractant vis-à-vis d'un autre n'est pas la même chose que le devoir général que toute personne a de faire attention aux personnes ou aux biens d'autrui. Pour Philippe Jacques, qui conclut ainsi son intervention : le contrat modifie le droit normalement applicable, et la responsabilité doit être contractuelle dès lors que le dommage se rattache à cette modification. Une formule à méditer sans doute.

La dernière condition requise pour déterminer le caractère contractuel de la responsabilité - l'existence d'un lien contractuel entre la victime et l'auteur du dommage - a été évoquée dans plusieurs interventions, mais elle n'a pas été véritablement débattue. Nul n'a rebondi sur la question des groupes et des chaînes de contrats évoquée par Patrice Jourdain, ni sur la construction allemande du contrat à effets protecteurs pour les tiers dont le Tribunal

---

<sup>14</sup> Voir la communication de DUBUISSON (B.) spec. n° 16).

fédéral a, selon Pierre Wessner, admis l'application possible en Suisse. Pas de réactions non plus sur l'arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation française du 6 octobre 2006 ayant reconnu que le tiers victime d'un manquement contractuel pouvait se prévaloir de ce manquement au titre de la responsabilité délictuelle, ni sur le contesté article 1342 de l'Avant-projet Catala, admettant, dans ce même cas, une action contractuelle du tiers. Sur tous ces points, donc, je n'ai pas l'impression que le séminaire ait apporté grand-chose de nouveau - si ce n'est un certain nombre d'informations de droit comparé fort utiles à consulter. Il est vrai que, faute de solutions sur tous ces points dans les projets, nous manquions ici quelque peu d'aliments par rapport à l'objet général des séminaires.

## 2. - La même observation s'impose sur le dernier point

Celui de **la combinaison des deux responsabilités**, lorsque le dommage entre à la fois dans le domaine d'application de l'une et de l'autre. On pourrait, il est vrai, se demander si l'article 1:103 du Livre VI du DCFR ne pourrait pas être interprété comme prenant parti sur cette question, en excluant ce qu'on appelle (à tort) en droit français le cumul des responsabilités. Selon ce texte en effet, les articles 1:101 et 1:102 (ceux qui posent les « normes de base » de la responsabilité délictuelle) « ne s'appliquent pas si leur application contredit le but d'autres règles de droit privé, et n'affectent pas d'autres remèdes applicables sur d'autres fondements »<sup>15</sup>. Philippe Jacques s'est posé la question, mais a écarté cette interprétation, faute de précision suffisante dans le texte. Les interventions du séminaire sur cette question ont donc surtout été l'occasion de mettre en parallèle les solutions très diverses admises sur la question dans les différents droits nationaux, le droit français, qui refuse par principe (et sous réserve d'une possible évolution) l'option apparaissant sur ce point relativement isolé, comme l'a rappelé Patrice Jourdain. Ces communications ont cependant permis de rappeler que l'admission ou la non-admission de l'option est une solution qui ne peut être séparée de la structure d'ensemble du droit de la responsabilité civile, le « cumul » étant d'autant plus facilement admis dans les droits où la responsabilité délictuelle est conçue de manière restrictive, et en particulier dans les droits germaniques. En droit français, le caractère « attrape-tout » de la responsabilité délictuelle explique sans doute largement la difficulté à admettre le cumul<sup>16</sup>. Du coup, il était particulièrement intéressant d'observer, avec Bernard Dubuisson, les hésitations et les tensions très fortes sur cette question du droit belge, droit évidemment très proche du droit français, mais qui, sur certains points, connaît aujourd'hui, par l'intermédiaire de la doctrine néerlandophone, des influences extérieures, anglaises ou allemandes. Aussi bien Bernard Dubuisson, pour expliquer l'arrêt belge de 2006 qui admet le concours dans certains cas, propose-t-il de considérer que l'action délictuelle doit toujours être admise, même entre contractants, dès lors qu'il y a atteinte à l'intégrité physique ou l'atteinte à des biens autres que ceux qui font l'objet du contrat. Ce qui, il l'admet lui-même, n'est pas loin de l'approche allemande fondée sur la hiérarchisation des intérêts protégés en droit allemand, qui aboutit à toujours admettre l'action de la victime dès lors que les intérêts de plus haut niveau sont en cause. Mais c'est déjà empiété sur le second thème du colloque.

---

<sup>15</sup> The provisions of VI. - 1:101 (Basic rule) and VI. - 1:102 (Prevention):

(c) do not apply in so far as their application would contradict the purpose of other private law rules, and;  
(d) do not affect remedies available on other legal grounds.

<sup>16</sup> En ce sens, on peut considérer que le débat, qui a eu lieu postérieurement au séminaire de Chambéry, dans les colonnes de la Revue trimestrielle de droit civil entre Jean-Sébastien BORGHETTI et Philippe BRUN (tous deux participants aux séminaires du GRERCA) sur les liens entre la règle du non-cumul et l'admission du principe général de responsabilité du fait des choses, s'inscrit dans le prolongement des discussions chambériennes.