

Université Paris II Panthéon-Assas

Master 2 Professionnel - Magistère de Juriste d'Affaires - DJCE

Le manquement contractuel et le tiers

Mémoire sous la direction de Monsieur le Professeur Denis MAZEAUD

Julie Bourgeois

Mai 2008

« L'université Panthéon-Assas Paris II, Droit – Économie – Sciences sociales, n'entend donner aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans ce mémoire. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur. »

SOMMAIRE :

INTRODUCTION :	4
PARTIE I : Un rayonnement contractuel accru au regard du fait générateur de responsabilité des cocontractants vis-à-vis des tiers.....	12
Section 1 : Une approche purement unitaire du manquement contractuel et de la faute délictuelle.....	12
A/ Les origines de l'unification des conditions d'indemnisation des victimes de l'inexécution d'un contrat	12
B/ La généralité de la solution.....	19
C/ Le bien-fondé de l'évolution	25
Section 2 : Le maintien d'un certain contrôle contre les excès de la solution	32
A/ Les effets pervers de la thèse assimilatrice.....	32
B/ Réalité, Légitimité et Causalité : le nouveau garde-fou de la responsabilité des parties à l'égard des tiers.....	41
PARTIE II : L'hégémonie de la responsabilité délictuelle à l'œuvre dans le cadre du régime de responsabilité des contractants vis-à-vis des tiers	47
Section 1 : Les incohérences liées à l'extension de la responsabilité délictuelle au bénéfice des tiers	47
A/ Les différentes manifestations du déséquilibre résultant de l'option pour la responsabilité délictuelle	47
B/ Responsabilité délictuelle et assimilation des fautes : une conjonction inopportune à l'origine de la crise	52
Section 2 : La réticence afférente à l'intégration des tiers dans la sphère contractuelle	60
A/ Une évolution avérée du droit positif en faveur du « tout délictuel ».....	60
B/ Une révolution contestée du droit prospectif : l'action contractuelle au bénéfice de tous les tiers	72
CONCLUSION :	78
SOMMAIRE DÉTAILLÉ :	81
BIBLIOGRAPHIE :	83

INTRODUCTION :

De l'isolationnisme juridique au « contrat-indemnisation »

*Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*¹.

C'est à peine si l'on ose entamer cette étude en rappelant ce fameux adage énoncé par les commentateurs médiévaux du droit romain, tant cette fonction introductive lui a déjà été attribuée à d'innombrables reprises. Il suffit, pour s'en assurer, de se référer à la thèse de Simone CALASTRENG consacrée au principe de la relativité des conventions², laquelle est notamment introduite par un rappel de la portée de ladite règle. Cette dernière a même fait l'objet de thèses entièrement consacrées à son étude, parmi lesquelles on peut citer celles de BARTIN et de DEBRAND³, dont l'apport est considérable.

Il est pourtant bien nécessaire de renvoyer à un adage qui nous permet de déterminer l'origine romaine du principe de l'effet relatif, principe qui constitue l'un des piliers de la relation entre un acte juridique et un tiers audit acte. A ce titre, il convient cependant de rappeler la contestation formulée par M. WINTGEN dans un ouvrage de référence⁴, lequel prétend que la formulation de l'adage latin est à peine antérieure à sa consécration par le droit positif contemporain et que celui-ci a sans doute été formulé après 1804 par les commentateurs du Code civil. Si l'on s'en remet à cette idée de l'émergence du principe en droit moderne, il faut en conclure, avec le même auteur, qu'il semble « *assez vraisemblable que ce n'est pas l'article 1165 qui traduit l'adage, mais l'adage qui traduit l'article* »⁵.

Au regard du changement de perspective historique auquel conduit naturellement cette révélation d'antériorité de l'article 1165 du code civil sur l'adage, on peut dire que cet article revêt un caractère d'autant plus substantiel, et que son examen s'avère ainsi primordial. Ce texte

¹ La chose convenue entre les uns ne peut ni nuire ni profiter aux autres.

² S. CALASTRENG, *La relativité des conventions*, th. Toulouse 1939.

³ E. BARTIN, *De la règle « res inter alios acta » en droit romain*, th. Paris 1885 ; F. DEBRAND, *Étude de la règle « res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest » en droit romain*, th. Dijon 1890.

⁴ R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité*, LGDJ 2004.

⁵ R. WINTGEN, *op. cit.*, n°24.

énonce : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu à l'article 1121* » ; ce cas étant celui de la stipulation pour autrui.

Pris à la lettre, ce texte signifie que le contrat ne produit, en principe, aucun effet à l'égard des tiers. Et c'est bien cette lecture qu'en ont faite les auteurs du code civil. Parmi eux, on trouve notamment BIGOT-PREAMENEU, qui considérait ce principe inspiré de l'autonomie de la volonté (apparue un siècle plus tôt) comme une évidence⁶. L'article 1165 du code civil était alors perçu comme maintenant le contrat dans un isolement total, doctrine résumée par la formule d'AUBRY et RAU : « *Les contrats ne peuvent ni être opposés aux tiers ni être invoqués par eux* »⁷.

Cette première lecture de l'article 1165, que l'on peut qualifier de lecture stricte, a fait l'objet de nombreuses critiques, notamment de la part de René SAVATIER qui dénonce une conception purement individualiste du droit des obligations. Cette dernière masquerait l'aspect social des affaires de chacun, qui, il faut pourtant bien l'admettre, « *ne concernent pas seulement celui qui y préside, mais à certains points de vue la société et, par conséquent, les tiers* »⁸. Ainsi, près d'un siècle après cette approche « individualiste » du contrat, ce dernier semble (enfin, pourrait-on dire) sorti de son « *splendide isolement* »⁹.

C'est en effet à la doctrine du XX^{ème} siècle que l'on doit une nouvelle lecture de l'article 1165 du code civil et l'élaboration de la théorie dite de la « socialisation » du contrat. Cette nouvelle lecture prend acte du caractère radical de la formule de l'article 1165, qui ne correspond pas à la réalité. S'il est vrai que le contrat ne fait naître d'obligations que pour les parties, et ne rend les tiers ni débiteurs, ni (hors le cas de la stipulation pour autrui) créanciers, il crée en revanche une situation de fait qui s'insère dans l'environnement social et qui intéresse nécessairement les tiers, c'est-à-dire ceux qui n'étaient pas parties contractantes lors de la

⁶ P.-A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil – Bigot-Préameneu, « *Chacun ne pouvant contracter que pour soi, les obligations ne doivent avoir d'effet qu'entre les parties contractantes. Il serait injuste qu'un acte auquel une tierce personne n'a pas concouru pût lui être opposé* ».

⁷ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, t.4, § 346.

⁸ R. SAVATIER, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.* 1934, p. 525.

⁹ H. LALOU, « 1382 contre 1165 ou la responsabilité délictuelle des tiers à l'égard d'un contractant ou d'un contractant à l'égard des tiers », *DH* 1928, chron. P. 69.

conclusion du contrat et qui ne le sont pas devenues par la suite (ayant-cause universel de l'une des parties, cessionnaire du contrat...).

De là est née la théorie de l'opposabilité¹⁰ du contrat aux tiers et par les tiers. Ces derniers ne peuvent pas faire comme si le contrat n'avait pas été conclu. D'un côté, ils sont tenus de respecter les droits et obligations qui en résultent, sous peine de « tierce complicité ». En effet, il est admis depuis le début du XIX^{ème} siècle que quiconque aide sciemment autrui à enfreindre ses obligations contractuelles commet une faute délictuelle à l'égard de la victime. Au-delà du dommage subi par la victime, la condition à la fois indispensable et suffisante est la connaissance du contrat par le tiers complice, qui suppose qu'il ait agi de mauvaise foi. A titre d'exemple, la responsabilité du tiers pourra, toutes conditions étant par ailleurs réunies, être retenue en cas de débauchage d'un salarié avec violation d'une clause de non-concurrence, ou encore en cas de violation d'une promesse de vente ou d'un pacte de préférence. Ce premier volet de l'opposabilité, qui n'est autre que celui de l'opposabilité du contrat *aux* tiers, ne retiendra pas notre attention dans le cadre de cette étude, laquelle est entièrement consacrée au second volet de l'opposabilité. Symétriquement en effet, cette théorie induit la faculté pour les tiers d'invoquer un contrat pour rechercher la responsabilité d'une partie, lorsqu'il subit un préjudice du fait de sa mauvaise exécution; il s'agit de l'opposabilité du contrat *par* les tiers.

Cette distinction entre l'opposabilité du contrat aux tiers (et par les tiers) et l'effet relatif a été systématisée dans la thèse de WEILL en 1938¹¹, et a été explicitement consacrée par la Cour de cassation à plusieurs reprises. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 22 octobre 1991 précise ainsi, dans un attendu de principe¹², la portée de l'article 1165 du code civil et fait nécessairement, mais sans le dire explicitement, application de la notion d'opposabilité (ce terme n'apparaissant pas dans l'arrêt).

¹⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 3^{ème} éd. Quadrige, 2002, Définition de la notion d'opposabilité : « (l') aptitude d'un droit, d'un acte (conventionnel, jugement etc.), d'une situation de droit ou de fait à faire sentir ses effets à l'égard des tiers (...) non en soumettant ces tiers aux obligations directement nées de ces éléments (...), mais en les forçant à reconnaître l'existence des faits, droits et actes dits opposables, à les respecter comme des éléments de l'ordre juridique et à en subir les effets, sous réserve de leur opposition lorsque la loi leur en ouvre le droit ».

¹¹ A. WEILL, *La relativité des conventions en droit privé français*, th. Strasbourg, 1938.

¹² Cass. com. , 22 oct. 1991 : *Bull. civ.* 1991, IV, n°302: «s'ils ne peuvent être constitués ni débiteurs ni créanciers, les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit, comme un fait juridique, la situation créée par ce contrat ».

Bien loin de contredire le principe de l'effet relatif, il est désormais acquis que le principe de l'opposabilité doit être combiné au premier, M. Denis MAZEAUD résumant cette relation comme reflétant « *la variété des effets du contrat et des obligations qu'il engendre* »¹³. Ce même auteur parle d'une conciliation de l'effet relatif du contrat avec un « *effet attractif qui place les tiers dans une relation duale avec le contrat* », ôtant ainsi tout aspect contradictoire à la théorie de l'opposabilité. Et c'est bien là la position qu'il semble falloir admettre : le principe de l'effet relatif n'est pas atténué¹⁴ mais, bien plus justement, complété par un principe général d'opposabilité du contrat aux tiers et par les tiers.

Le principe de l'effet relatif a son équivalent en droit anglais, sous le nom de *privity of contracts*. Les parties qui ont noué une relation contractuelle directe sont dites *in privity* (tenues par les liens d'un contrat). Cette règle est fondée sur la notion de *consideration*¹⁵ qui peut être rapprochée de la cause et qui, au-delà du fait qu'elle doive exister, n'aura aucune utilité si elle ne provient pas du destinataire de la promesse¹⁶, à savoir le *promisee*. En vertu de cette doctrine de *privity of contracts*, un contrat ne peut ouvrir d'action contre ou au profit d'un tiers. Cependant, ce principe comporte aujourd'hui des exceptions. D'une part, il arrive qu'un contrat confère une action contre un tiers ; ce dernier peut, en effet, être condamné envers l'une des parties pour avoir contribué à la violation, par l'autre, de son obligation contractuelle¹⁷. D'autre part, il arrive qu'un contrat confère une action à un tiers¹⁸. Précisons en outre que la Loi sur les Contrats (Droit des Tiers)¹⁹ de 1999 a considérablement assoupli la matière, en octroyant à certains tiers bénéficiaires (les bénéficiaires créanciers et les bénéficiaires donataires) le droit d'obtenir l'exécution de contrats auxquels ils n'avaient pas directement pris part.

¹³ D. MAZEAUD, *Defrénois*, 1999, art. 37008, p745.

¹⁴ Pour une opinion en sens inverse, cf. J. GHESTIN, *Traité, la formation du contrat*, 3^{ème} éd., 1993, n°179 : le principe de l'opposabilité y est traité dans une section afférente aux atténuations de l'effet relatif des contrats.

¹⁵ L'une des définitions classiques de la *consideration* est donnée par les attendus d'un arrêt du dix-neuvième siècle, rendu dans l'affaire *Currie v. Misa* (1875) LR 10 Ex. 153 : « *une consideration valable, au sens de la loi, peut consister en tout droit, intérêt, bénéfice ou avantage revenant à une partie ou en un abandon de droit, un désavantage, une perte ou une obligation donnée, subie, tolérée ou souscrite par l'autre* ».

¹⁶ Cette règle provient d'un *leading case* de la *common law* anglaise : *Tweedle v. Atkinson*, 1861, 121 ER 762.

¹⁷ Le célèbre arrêt *Lumley v. Gye* (1853) illustre particulièrement la matière : un directeur d'opéra qui avait tenté d'engager une célèbre cantatrice (la nièce de Wagner), alors qu'il la savait liée par un contrat à un autre théâtre, fut condamné à payer des dommages-intérêts.

¹⁸ R. DAVID, *Les contrats en droit anglais*, 1973, n°361-376, *Donoghue v. Stevenson* : le consommateur qui a acheté une bouteille de bière contenant un escargot décomposé peut agir contre le fabricant.

¹⁹ *Contracts (Rights of Third Parties) Act*, 1999. Pour de plus amples détails sur cette loi, cf. E. ERRANTE, *Le droit anglo-américain des contrats*, LGDJ - Jupiter, 2^{ème} éd., p 227.

Si l'on en revient au droit français, sur lequel est axé notre étude, il convient de remarquer que les fondements mêmes des principes d'effet relatif et d'opposabilité diffèrent. Si l'on met de côté la théorie de l'autonomie de la volonté et que l'on s'en remet aux « nouveaux » fondements élaborés par M. WINTGEN, le principe de l'effet relatif du contrat trouve son explication dans les principes supérieurs de justice commutative, de liberté individuelle et de sécurité juridique²⁰. La justice commutative permettrait au contrat de remplir sa fonction d'échange et justifierait la limitation du transfert de valeurs aux patrimoines des cocontractants. Le principe de la liberté individuelle s'opposerait à ce que la volonté des uns ne lie les autres en dehors des cas prévus par la loi. Et c'est enfin une considération de sécurité juridique des tiers et des parties qui justifierait la relativité des conventions, celle des tiers s'opposant à ce que leur situation soit affectée par le contrat d'une façon qu'ils n'ont pas acceptée, et celle des parties s'opposant à l'immixtion de tiers dans la relation contractuelle.

Quant à l'opposabilité, si la doctrine majoritaire semble désormais s'accorder sur son agencement avec l'effet relatif, la recherche des fondements de cette théorie fait toujours débat. La majorité des auteurs, à laquelle il semble falloir adhérer, considère, comme nous l'avons vu plus haut, que c'est la notion de « contrat - fait juridique » qui permet de justifier la notion d'opposabilité. C'est à cette idée que se rallie notamment Jean-Louis GOUTAL lorsqu'il écrit que « *l'opposabilité du contrat procède de l'idée qu'il est un fait social, qu'il a créé une situation qu'aucun membre de la société n'est fondé à méconnaître – ni les tiers ni les parties* »²¹.

A l'inverse, dans sa thèse, M. WINTGEN tend à démontrer que la notion d'opposabilité est dépourvue de contenu normatif. Selon lui, ce n'est pas la notion de « contrat - fait juridique » qui permet de justifier celle d'opposabilité, mais l'identification des règles qui attachent au contrat ses effets de droit. Il n'y a donc pas de principe d'opposabilité en tant que tel ; il faut voir, au cas par cas, pour chacun des effets du contrat, si l'opposabilité est justifiée au regard de certaines règles de droit. Dans ce dernier cas, ce ne serait pas le fait qui s'imposerait par son opposabilité, ce serait une règle particulière qui créerait l'obligation de ne pas y porter atteinte.

²⁰ R. WINTGEN, op. cit. , n°51 et s.

²¹ J. – L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, LGDJ, 1981, n°33.

D'autres auteurs ont cherché à ramener l'opposabilité du contrat à celle des droits que le contrat fait naître ou transfère. On fait ainsi valoir, à propos des contrats translatifs de droits réels, que c'est l'opposabilité de ces mêmes droits réels qui confère à l'acheteur la possibilité de revendiquer, auprès des tiers, la propriété de la chose acquise. Selon M. ANCEL, il s'agit là d'une fausse explication²², laquelle ne fait que masquer l'opposabilité du contrat par celle du droit. En effet, il faut bien avoir à l'esprit que c'est le contrat que l'on oppose, et non directement le droit. Quant - à l'idée du « contrat - fait juridique », elle nierait la différence substantielle entre les actes et les faits juridiques mise en exergue par AMSELEK dans le prolongement de la conception d'EISENMANN²³ : tandis qu'un contrat est doté d'un pouvoir normatif en ce qu'il permet d'établir des règles, un fait juridique ne constitue qu'un élément déclencheur de l'application d'une norme préexistante à une situation particulière. Il faut donc bien avoir à l'esprit que ce que l'on prétend être l'opposabilité d'un fait juridique n'est en réalité que l'opposabilité de la norme préexistante relative à ce fait.

Mais l'on conviendra alors avec M. WINTGEN que cette critique du « contrat-fait » est excessive : s'il existe effectivement une distinction entre faits et actes juridiques, il ne s'agit pas là pour autant d'une opposition absolue et il est tout à fait envisageable de voir dans l'acte également un fait juridique²⁴. L'affirmation selon laquelle le contrat existe en tant que fait n'est, par conséquent, aucunement atteinte par l'effet de cette distinction.

Insatisfait par ces différentes explications, M. ANCEL propose une analyse des plus pertinentes entièrement fondée sur une distinction entre « obligationnel », qui ne concernerait en principe que les parties, et « obligatorité », qui serait nécessairement générale²⁵. Ainsi

²² P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 771 et s., n° 50 : « c'est une chose que d'admettre que les droits subjectifs, dans l'absolu, sont dotés de la faculté d'être opposés aux tiers. C'est autre chose que d'admettre que, dans telle circonstance, telle personne oppose son droit aux tiers ; cette opposabilité concrète ne peut alors être que celle de la raison juridique qui fait que c'est elle, et non quelqu'un d'autre, qui est titulaire du droit ».

²³ P. AMSELEK, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », in P. AMSELEK (dir.) : *La pensée de Ch. Eisenmann*, éd. Economica, 1986, p.31 et s.

²⁴ R. WINTGEN, op. cit. , n°165: « Les actes juridiques constituent en réalité des faits juridiques particuliers ».

²⁵ P. ANCEL, note précitée., n°53 : « ces normes qui, en raison de leur origine privée, n'ont en principe qu'un effet personnel limité, n'en sont pas moins, en ce qu'elles procèdent d'une habilitation légale, obligatoires pour tout le monde ». L'analyse de P. ANCEL prolonge le raisonnement tenu par M. BILLIAU qui conçoit l'opposabilité comme un « instrument au service de la force obligatoire du contrat » (*La Semaine Juridique, Éd. G.*, 3570, p. 149).

l'opposabilité du contrat désignerait-elle cet aspect que revêt la force obligatoire à l'égard des tiers.

Traditionnellement, le contrat était conçu avant tout comme un acte de prévision ayant pour objet la satisfaction des attentes exprimées par les parties. Mais dès lors qu'il n'est plus appréhendé comme un phénomène isolé du point de vue de l'ordonnement juridique, le contrat est devenu « *un lieu de responsabilité ouvert envers les tiers* »²⁶. Ces derniers peuvent effectivement invoquer son existence et exciper du principe de son opposabilité pour caractériser la faute délictuelle commise par une partie qui n'a pas exécuté l'obligation dont elle était tenue en vertu d'un contrat, et réclamer ainsi une indemnisation.

Peu à peu, le contrat perd donc sa fonction traditionnelle pour devenir un outil caractéristique de l'évolution du droit de la responsabilité pour faute vers un droit de la responsabilité pour risque²⁷, qui tend à faire que tout risque créé puisse aboutir à une indemnisation au profit des victimes de celui-ci, indépendamment de leur qualité. Le contrat répond donc désormais également à un objet social et les manquements contractuels servent de plus en plus de support à l'indemnisation des tiers, cette dernière étant devenue une véritable priorité pour la Haute Juridiction.

Face à un tel constat, il est d'un intérêt primordial de cerner les conditions d'intervention du tiers victime de l'inexécution d'un contrat. Car, il faut bien en convenir avec M. Philippe JACQUES²⁸, c'est tout l'équilibre du droit des obligations qui est concerné par la matière : au-delà même de l'article 1165 du Code civil et de la notion d'opposabilité auxquels nous nous sommes déjà intéressés, d'autres *piliers* du droit des obligations sont en jeu : l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil en ce qu'il limite l'effet des conventions « à ceux qui les ont faites », le principe de non-option ou de non-cumul des deux ordres de responsabilité, et enfin l'article 1382 de Code civil qui subordonne la réparation à la démonstration d'un fait générateur, la faute délictuelle.

²⁶ O. DEBAT, *Les Petites Affiches*, 23 septembre 2003, n°190, p. 3.

²⁷ O. DEBAT, note précitée : Celui-ci souligne à juste titre que l'évolution du droit de la responsabilité pour faute vers un droit de la responsabilité pour risque est « *largement concomitante au développement de la technique de l'assurance* ».

²⁸ P. JACQUES, « La relativité de la faute contractuelle devant l'Assemblée plénière », *Revue Lamy Droit des Affaires*, décembre 2006, n°11 ; P. JACQUES, « Einstein à la Cour de cassation : la relativité de la théorie », *Revue des Contrats*, 2007, n°2, p. 569.

Il convient donc d'analyser les conditions dans lesquelles un tiers, auquel l'inexécution d'un contrat a causé un préjudice, peut engager la responsabilité d'un débiteur contractuel. Nous serons ainsi amenés à déterminer la portée du lien contractuel au-delà du cercle des parties contractantes, afin d'apprécier la façon dont cette situation se concilie avec les principes classiques du droit des obligations, ou dans quelle mesure elle les remet en cause.

A la question de savoir si le tiers victime doit nécessairement établir une faute délictuelle du débiteur contractuel indépendante du manquement, ou si cette inexécution du contrat préjudiciable est une condition nécessaire et suffisante pour établir la responsabilité du débiteur défaillant, le droit positif semble s'être engagé sur cette dernière voie. Il s'agira ainsi, dans un premier temps, d'apprécier les fondements et les implications d'une telle solution (PARTIE I).

Nous tenterons ensuite, dans un second temps, d'apprécier le domaine (s'il en est encore un) dont dispose la pénétration du tiers *dans* le contrat face à l'ampleur que prend aujourd'hui la responsabilité délictuelle des parties vis-à-vis des tiers, solution que nous essaierons de confronter à celles proposées en droit comparé et en droit prospectif (PARTIE II).

PARTIE I : Un rayonnement contractuel accru au regard du fait générateur de responsabilité des cocontractants vis-à-vis des tiers

Cette première partie est consacrée à la question de la nature du manquement contractuel dont le tiers est admis à se prévaloir pour justifier la responsabilité du débiteur. Elle sera pour nous l'occasion d'aborder l'abandon de la relativité de la faute contractuelle récemment consacrée en droit positif (Section 1), puis d'analyser ensuite les mécanismes de contrôle ayant survécu à cette prise de position et qu'il convient de mettre en œuvre pour éviter les dérives qu'une telle initiative risque d'engendrer (Section 2).

Section 1 : Une approche purement unitaire du manquement contractuel et de la faute délictuelle

Il convient tout d'abord de retracer les origines de cette problématique relative à la définition du fait générateur de responsabilité du débiteur contractuel vis-à-vis d'un tiers, laquelle remonte à plus d'un siècle (A/), et de prendre pleinement conscience de l'étendue de la solution actuelle (B/), pour mieux réaliser l'intérêt de procéder à l'examen de son bien-fondé (C/).

A/ Les origines de l'unification des conditions d'indemnisation des victimes de l'inexécution d'un contrat

Il serait particulièrement malvenu de procéder à l'étude du droit positif en matière de responsabilité d'un contractant défaillant vis-à-vis d'un tiers sans évoquer au préalable les différentes étapes ayant conduit à l'adoption de la solution jurisprudentielle en vigueur à ce jour, à savoir l'assimilation du manquement contractuel et de la faute délictuelle.

1) Une « valse-hésitation jurisprudentielle »²⁹ intense

On admet depuis fort longtemps³⁰ l'action d'un tiers en responsabilité délictuelle contre un contractant. Un arrêt de la Cour de cassation datant de 1931 a été l'occasion d'admettre ce recours dans un attendu de principe³¹ largement réutilisé dans des décisions ultérieures de la Haute Juridiction. Il ne s'agit là que de la mise en œuvre jurisprudentielle (sur le fondement délictuel) de l'opposabilité du contrat, dont nous avons pu constater, au cours de nos propos introductifs, qu'elle a été dégagée par la doctrine du XX^{ème} siècle concomitamment à l'élaboration de la théorie du « contrat-fait ».

Le centre du débat se situe en réalité ailleurs : le tiers, victime d'un dommage causé par l'inexécution d'un contrat, doit-il, lorsqu'il exerce une action en responsabilité délictuelle contre le débiteur contractuel, apporter la preuve d'une faute délictuelle spécifique, c'est-à-dire distincte de la faute contractuelle, ou peut-il se contenter de démontrer que son dommage procède de l'inexécution contractuelle imputable au débiteur ? Dans le cadre de la première option, les faits générateurs des deux responsabilités, contractuelle et délictuelle, ne coïncideraient pas nécessairement. Une coïncidence ponctuelle entre les deux types de fautes resterait alors envisageable, mais ce rapport d'assimilation ne s'imposerait jamais de façon systématique. Si l'on considère à présent la deuxième option, on assisterait alors à la consécration d'un principe selon lequel l'inexécution d'un contrat serait toujours constitutive d'une faute délictuelle à l'égard des tiers. Les conditions de mise en œuvre des responsabilités contractuelle et délictuelle seraient ainsi parfaitement unifiées. C'est entre ces deux courants, l'un consacrant l'idée de la relativité de la faute contractuelle, l'autre assimilant fautes contractuelle et délictuelle, que la jurisprudence est restée partagée pendant de nombreuses années.

Pendant longtemps, la jurisprudence a été hostile à l'assimilation des deux fautes. Le débiteur contractuel n'échappait pas pour autant à la mise en œuvre de l'article 1382 du code

²⁹ Expression employée dans l'avis de M. l'avocat général A. GARIAZZO, Bulletin d'information de la Cour de cassation, n° 651, p. 57.

³⁰ Req., 23 février 1897, S., 1898 I, 65 et Req., 9 mars 1936, D. H, 1936, p. 233.

³¹ 1^{ère} Civ., 22 juillet 1931, D. H 1931, p. 506 : « Attendu que si dans les rapports des parties entre elles, les dispositions des articles 1382 et 1383 du code civil ne peuvent en principe être invoqués pour le règlement de la faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un engagement contractuel, elles reprennent tout leur empire au regard des tiers étrangers au contrat ».

civil³², mais le tiers devait justifier d'un écart de conduite caractérisant une faute délictuelle de la part du débiteur contractuel, au-delà même de l'existence d'un manquement contractuel. Autrement dit, les tiers ne voyaient leur action en responsabilité délictuelle aboutir que s'ils parvenaient à démontrer l'existence d'une « *faute délictuelle envisagée en elle-même, indépendamment de tout point de vue contractuel* », selon la célèbre formule utilisée dans de nombreux arrêts³³.

Puis dans un deuxième temps, la Haute Juridiction en est venue à considérer que la faute contractuelle constituait *de plano* une faute délictuelle à l'égard des tiers. Un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation en date du 21 mars 1972 est particulièrement révélateur à cet égard, G. DURRY l'analysant comme une manifestation de la « *double nature* » de la faute : « *à la fois manquement à l'obligation volontaire et, s'il y a, parmi les victimes, des tiers, faute délictuelle* »³⁴.

Dans les années 1980-1990, la jurisprudence semble revenir vers l'idée de relativité de la faute contractuelle et exige à nouveau une certaine spécificité de la faute délictuelle susceptible d'engager la responsabilité du débiteur, par rapport à la faute contractuelle. Ce courant est illustré par un certain nombre d'arrêts de la première et de la troisième Chambres civiles de la Cour de cassation, mais c'est la Chambre commerciale qui semble la plus attachée à cette idée de relativité de la faute contractuelle, soutenant notamment cette position en 1996 et 1997 où elle exige que soit rapportée la preuve de la « *violation d'une obligation générale de prudence ou de diligence* »³⁵, puis dans un arrêt non publié en 2002, et dans un arrêt publié le 5 avril 2005, où elle soumet l'action d'un tiers à la condition qu'il y ait non seulement violation de l'obligation née du contrat, mais également manquement « *au devoir général de ne pas nuire à autrui* »³⁶, devoir existant même en dehors de tout contrat. Ce courant reste cependant minoritaire.

³² P. CONTE, *Rép. Civ. Dalloz*, V° *Responsabilité du fait personnel*, mai 2002, n°67 : « *lorsqu'en raison d'un contrat auquel elle est partie, une personne se trouve placée dans une situation qui la met en position de causer un dommage à autrui, on ne voit pas par quel mystère, si ce risque se réalise, elle pourrait prétendre à l'irresponsabilité au singulier motif que la victime est étrangère au contrat* ».

³³ Cass. 1^{ère} civ., 7 nov. 1962 : *Bull. civ.* 1962, I, n°465 ; Cass. 1^{ère} civ., 9 oct. 1962 : *Bull. civ.* 1962, I, n°405 ; Cass. 3^{ème} civ., 15 oct. 1970 : *Bull. civ.* 1970, III, n°515 ; Cass. 3^{ème} civ., 18 avr. 1972 : *Bull. civ.* 1972, III, n°233 ; Cass. 1^{ère} civ. 23 mai 1978 : *Bull. civ.* 1978, I, n°201.

³⁴ G. DURRY, *RTD civ.* 1973, p. 128.

³⁵ Com. 2 avril 1996, *Bull.* 1996, IV, n°101 ; Com. 17 juin 1997, *Bull.* 1997, IV, n°187.

³⁶ Com. 8 octobre 2002, pourvoi n°98-22.858 ; Com. 5 avril 2005, *Bull.* 2005, IV, n°81.

En effet, depuis le début des années 1990, on assiste à un fort développement du courant favorable à l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle, essentiellement sous l'impulsion de la première Chambre civile. Ainsi, dans un arrêt du 15 décembre 1998, la première Chambre civile affirme, sous le double visa des articles 1165 et 1382 du code civil, que « *Les tiers à un contrats sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage* »³⁷.

Quelques années plus tard, dans un arrêt de principe en date du 18 juillet 2000, la première Chambre civile vient renforcer cette tendance jurisprudentielle : après avoir rappelé cette faculté qu'ont les tiers d'invoquer l'exécution défectueuse du contrat, l'arrêt ajoute : « *sans avoir à rapporter d'autre preuve* »³⁸. Cette précision a le mérite de clarifier la situation : en dispensant la victime de toute autre preuve que celle d'une défaillance contractuelle, elle nie toute autonomie à la faute délictuelle et ne laisse place à aucune nuance. Dans un arrêt du 13 février 2001, la première Chambre civile fait application de la thèse de l'assimilation dans le domaine de l'obligation de sécurité de résultat d'un centre de transfusion sanguine, dont le manquement peut ainsi être invoqué tant par la victime immédiate que par les proches victimes par ricochet³⁹. Et dans un arrêt du 18 mai 2004 rendu en matière de mandat, elle a retenu que « *viole l'article 1382 du Code civil la cour d'appel qui énonce que la faute du mandataire ne peut être invoquée que si elle est détachable du mandat* »⁴⁰. Précisons enfin que les deuxième et troisième Chambres civiles de la Cour de cassation ont adopté des positions voisines⁴¹, dans le sens de l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle.

Ainsi, même si le courant condamnant la relativité de la faute contractuelle paraissait plus étoffé que celui la consacrant, la jurisprudence en la matière était fluctuante, incertaine et par conséquent source d'insécurité juridique, à laquelle il était nécessaire de remédier. On ne pouvait alors que douter de la pérennité d'une telle « double-attitude » jurisprudentielle.

³⁷ 1^{ère} civ., 15 décembre 1998, *Bull.* 1998, I, n°368.

³⁸ 1^{ère} civ., 18 juillet 2000, *Bull.* 2000, I, n°221.

³⁹ 1^{ère} civ. 13 février 2001, *Bull.* 2001, I, n°35.

⁴⁰ 1^{ère} civ. 18 mai 2004, *Bull.* 2004, I, n°141.

⁴¹ 2^{ème} civ., 23 octobre 2003, *Bull.* 2003, II, n°330 ; et 3^{ème} civ., 6 janvier 1999, *Bull.* 1999, III, n°3.

2) L'arrêt *Perruche*, un précédent solennel

Dans l'arrêt *Perruche* en date du 17 novembre 2000, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation prend position dans le cadre de la définition du fait générateur de responsabilité du débiteur contractuel vis-à-vis des tiers, alors même que la question ne lui était pas directement posée. Elle jugea en effet que : « *Dès lors que les fautes commises par un médecin et un laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec une femme enceinte l'ont empêchée d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues* »⁴².

La Haute Juridiction semble ainsi se rallier à la thèse de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle, en vertu de laquelle, rappelons-le, tout manquement contractuel constituerait *ipso facto* une faute délictuelle. Cette interprétation de l'arrêt *Perruche* paraît d'autant plus cohérente qu'elle intervient quelques mois seulement après la décision de la première Chambre civile qui a jugé, dans un domaine voisin et comme nous l'avons déjà abordé plus haut, que la preuve d'un préjudice constituait une condition nécessaire et suffisante pour permettre à un tiers invoquant un manquement contractuel d'exercer une action en responsabilité délictuelle « *sans avoir à rapporter d'autre preuve* »⁴³.

Il convient au demeurant de préciser que cette décision de l'Assemblée plénière a été rendue au double visa des articles 1165 et 1382 du Code civil, dont l'intérêt est primordial. Dans cette affaire ayant trait à la responsabilité médicale à l'égard d'un enfant atteint d'un handicap, il est clair que c'est la mère de ce dernier qui était le créancier contractuel⁴⁴. L'enfant n'est effectivement qu'un tiers au contrat, d'où la référence à l'article 1165 qui, rappelons-le, expose le principe de l'effet relatif des conventions. Quant à la référence à l'article 1382, elle renvoie clairement à la responsabilité délictuelle, laquelle est nécessairement engagée en dehors de tout contrat. Dès lors qu'il est combiné à l'article 1165, il fait plus précisément référence à la

⁴² Ass. plén., 17 novembre 2000, Bull. 2000, Ass. plén., n°9.

⁴³ 1^{ère} civ., 18 juillet 2000, Bull. 2000, I, n°221.

⁴⁴ Depuis un arrêt de 1936, la Cour de cassation considère en effet qu'un véritable contrat se forme entre un médecin et son patient, d'où elle déduit la nature contractuelle de la responsabilité du professionnel vis-à-vis de son client, du fait de l'inexécution de ses obligations nées du contrat.

réparation, sur le fondement délictuel, du préjudice subi par un tiers du fait de l'inexécution d'un contrat, dont nous avons eu l'occasion de voir qu'elle était admise par principe depuis la première moitié du XX^{ème} siècle. En l'espèce, si l'on en croit Michelle GOBERT⁴⁵, il est impossible de douter du fait que c'est l'enfant handicapé qui revêt la qualité de tiers ayant subi un préjudice du fait d'un manquement contractuel. C'est par conséquent ce dernier qui bénéficie d'une action en responsabilité délictuelle vis-à-vis de l'auteur dudit manquement.

Si l'on garde à l'esprit le fait que le mouvement jurisprudentiel favorable à l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle était en plein essor, l'intérêt d'une telle décision rendue en audience solennelle était essentiel. Cette jurisprudence a été confirmée ultérieurement par trois arrêts, eux-mêmes rendus en Assemblée plénière⁴⁶, qui ont précisé les conditions de l'indemnisation des tiers victimes de fautes médicales.

Cependant, occulté par la question du préjudice de l'enfant né handicapé, cet aspect de l'arrêt n'avait pas su être apprécié à sa juste valeur. Une nouvelle intervention de la Cour régulatrice, tout aussi solennelle mais en même temps plus explicite, était grandement attendue.

3) La consécration du principe de l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle par l'Assemblée plénière⁴⁷ le 6 octobre 2006 et sa mise en œuvre en droit positif

L'intervention de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation s'imposait pour mettre un terme à cette « *valse-hésitation jurisprudentielle* ». Dans cet arrêt, le premier moyen de cassation soulève l'objection traditionnelle selon laquelle le tiers demandeur n'avait pas établi l'existence d'une « *faute délictuelle envisagée en elle-même indépendamment de tout point de vue contractuel* ». L'Assemblée plénière rejette le pourvoi au motif que « *le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* ». En consacrant ainsi le principe d'identité des fautes contractuelle et délictuelle, elle tranche clairement la controverse qui divisait ses Chambres

⁴⁵ M. GOBERT, *Les Petites Affiches*, 8 décembre 2000, n°245, p.6 et 7 : « *qui peut douter que l'enfant soit ce tiers concerné, à qui le manquement contractuel a causé un préjudice ?* ».

⁴⁶ Ass. plén. 13 juillet 2001, Bull. 2001, Ass. plén., n°10.

⁴⁷ Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, *Loubeyre et autres c/ SARL Myr'Ho et autres*, n°05-13.255, P+B+R+I, Bull. civ. Ass. plén. n°9.

et conforte la position de la première Chambre civile. La tâche probatoire du tiers n'en est que grandement facilitée : on n'exige plus de sa part qu'il rapporte la preuve d'une faute délictuelle détachable du contrat inexécuté. Cet aspect est parfaitement illustré par l'affirmation d'un auteur selon lequel le manquement contractuel est « *saisi par l'article 1382 du Code civil* »⁴⁸.

Cependant, il convient de préciser que l'Assemblée plénière n'a pas repris mot pour mot la formulation adoptée en son temps par la première Chambre civile. D'une part, le propos final suivant lequel le tiers n'avait pas « *à rapporter d'autre preuve* » que celle d'un préjudice n'est pas reproduit. D'autre part, sur le plan du fait générateur à démontrer, l'Assemblée plénière requiert un « *manquement contractuel* », tandis que la première Chambre civile évoquait « *l'exécution défectueuse* » d'un contrat. Il ne semble pas cependant qu'il faille percevoir, dans cette différence de terminologie, une quelconque divergence de point de vue entre les deux formations de la Haute Juridiction.

Un auteur suggère d'expliquer la suppression du membre de phrase dispensant les tiers de rapporter d'autre preuve par la volonté d'exiger la preuve d'un préjudice subi par le tiers du fait du manquement contractuel qu'il invoque⁴⁹. Une telle justification paraît tout à fait appropriée, si bien qu'il semble inopportun d'y voir une quelconque place laissée à la relativité de la faute contractuelle⁵⁰. Quant à la substitution de la notion de « *manquement contractuel* » à celle d'« *exécution défectueuse du contrat* », il serait là encore malvenu d'y voir autre chose qu'un changement de pure forme. En effet, le droit répréhend la violation d'un contrat de la même manière, qu'il s'agisse de l'inexécution d'une des obligations qu'il prévoit ou de leur mauvaise exécution. Il suffit, pour s'en assurer, de se reporter à l'article 1147 du Code civil, comme nous y convie M. JACQUES, pour constater que l'inexécution et le retard dans l'exécution sont placés sur le même plan⁵¹. On peut ainsi penser qu'il s'agit là d'une simple précaution tendant à intégrer un maximum d'hypothèses dans lesquelles le contrat n'a pas été scrupuleusement observé dans toutes ses modalités.

⁴⁸ R. WINTGEN, « "Tout fait quelconque..." : le manquement contractuel saisi par l'article 1382 du Code civil », *Revue des Contrats*, 2007, n°2, p. 609.

⁴⁹ P. JOURDAIN, *RTD civ.*, Janvier/Mars 2007, p. 123 et s.

⁵⁰ P. JACQUES, « La relativité de la faute contractuelle devant l'Assemblée plénière », *Revue Lamy Droit des Affaires*, décembre 2006, n°6 : la seule différence que perçoit l'auteur dans la suppression du propos final « *sans avoir à rapporter d'autre preuve* » réside dans la « *perte de précision du message* ».

⁵¹ P. JACQUES, revue précitée, n°6.

Depuis cet arrêt du 6 octobre 2006, les diverses Chambres de la Cour de cassation sont venues faire application de la règle posée par l'Assemblée plénière⁵², y compris la Chambre commerciale⁵³ dont on aurait pu penser qu'elle resterait fidèle à sa position traditionnelle moins favorable aux tiers. Dans certaines de ces affaires⁵⁴, les juges du fond avaient considéré que la demande en réparation du tiers devait être rejetée, faute pour celui-ci d'avoir apporté la preuve d'une faute délictuelle. Chacun de ces jugements au fond a donné lieu à un arrêt de cassation de la part de la Haute Juridiction pour violation du principe de la coïncidence systématique des fautes contractuelle et délictuelle. Dans d'autres affaires⁵⁵, la demande des tiers fondée sur le manquement contractuel du débiteur avait été accueillie. Le pourvoi formé par le cocontractant défaillant se prévalait de l'absence de preuve d'une faute détachable du contrat. Chacun de ces pourvois, après avoir été rejeté, a été l'occasion de réitérer la solution du 6 octobre 2006, les différentes formations de la Cour de cassation prenant soin de reprendre les mêmes termes que ceux utilisés en audience solennelle.

B/ La généralité de la solution

La solution consacrée en Assemblée plénière a suscité de nombreuses craintes, que certains auteurs ont tenté de dissiper en proposant diverses interprétations de l'arrêt du 6 octobre 2006, l'objectif étant d'en limiter la portée.

1) L'absence de distinction quant-à la nature ou la portée de l'obligation violée

Face aux divergences qui se sont manifestées au sein même de la Cour de cassation avant l'intervention de l'Assemblée plénière, plusieurs auteurs ont tenté de concilier les positions de la première Chambre civile et de la Chambre commerciale. Dans cette perspective, ceux-ci ont été amenés à promouvoir une distinction entre l'inexécution des obligations « *strictement*

⁵² Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, pourvoi n°05-10480 ; Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 2007, pourvoi n°06-13269 ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2007, pourvoi n°05-16926 ; Cass. civ. 3^{ème}, 4 juill. 2007, pourvoi n°06-15.776, P+B ; Cass. civ. 3^{ème}, 12 sept. 2007, n°06-15.329, P+B.

⁵³ Cass. com., 6 mars 2007, pourvoi n°04-13689.

⁵⁴ Cass. com., 6 mars 2007, pourvoi n°04-13689 ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2007, pourvoi n°05-16926.

⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, pourvoi n°05-10480 ; Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 2007, pourvoi n°06-13269 ; Cass. civ. 3^{ème}, 4 juill. 2007, pourvoi n°06-15.776, P+B ; Cass. civ. 3^{ème}, 12 sept. 2007, n°06-15.329, P+B.

contractuelles », qui consistent dans « *le non-accomplissement de la prestation promise* »⁵⁶, et le manquement à un devoir général de comportement intégré dans le contrat. Il est en effet des obligations qui, bien que reflétant une règle de conduite de portée générale s'imposant *erga omnes*, sont artificiellement rattachées au contrat. C'est le cas notamment des obligations de sécurité, d'information, de mise en garde ou de conseil. Ce phénomène est mieux connu sous le nom de « *forçage* » du contrat par le juge.

Tandis que la violation d'une obligation « *spécifiquement contractuelle* » ne peut être invoquée que par le créancier contractuel, les tiers sont admis à se prévaloir de l'inobservation des règles qui ne font que traduire un devoir général s'imposant à tous. Pour justifier la divergence entre les différentes Chambres, certains auteurs ont ainsi prétendu que dans les espèces soumises à la première Chambre civile, le manquement invoqué par les tiers n'avait pas un caractère contractuel très marqué.

Cependant, il faut bien convenir que cette distinction est difficile à mettre en œuvre. En effet, il est des cas où une règle générale de comportement est aménagée par le contrat de façon particulière, de telle sorte qu'elle constitue son objet principal. C'est le cas, par exemple, pour l'obligation de sécurité dans le contrat passé avec un garde du corps⁵⁷, qui fait ainsi figure d'obligation caractéristique du contrat. D'autre part, comme nous le fait remarquer M. ANCEL, certaines obligations générales de comportement prennent un tout autre aspect lorsqu'elles sont appliquées à un contractant déterminé⁵⁸ : elles sont alors « *nécessairement contextualisé(es) dans le cadre d'opérations particulières* ». Si l'on considère un instant, comme le suggère le même auteur, le devoir général d'information à l'égard des profanes, il serait absurde de déduire du manquement à ce devoir individualisé vis-à-vis du cocontractant, une quelconque défaillance vis-à-vis des tiers : ces derniers ne se prévalent pas de la violation du devoir d'information à leur égard, mais réclament la réparation du préjudice qui leur a été causé du fait du manquement au devoir d'information particulier dû au créancier. Enfin, eu égard à la multiplication des devoirs

⁵⁶ P. ANCEL, « Les arrêts de 1998 sur l'action en responsabilité contractuelle dans les groupes de contrats, quinze ans après », *Litec*, 2003, p. 3, spéc. n°10.

⁵⁷ Exemple envisagé par P. ANCEL, « Faut-il " faire avec " ? », *Revue des Contrats*, 2007, p.538, n°17.

⁵⁸ P. ANCEL, note précitée : « *C'est une chose de dire qu'on est tenu, d'une manière générale, de se comporter prudemment pour ne pas porter atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle d'autrui. C'en est une autre de dire que, dans un rapport contractuel déterminé, on assume (...) l'obligation de rendre saine et sauve telle personne (...)* ».

généraux, il devient de moins en moins fréquent de discerner des obligations contractuelles ne constituant pas, en même temps, l'un de ces devoirs qui s'imposent à tous.

Un second type de distinction, tenant à la portée à l'égard des tiers de l'obligation transgressée par le contractant, a été proposé pour justifier l'existence d'un fait générateur de responsabilité à l'égard des tiers. Celle-ci, sans doute plus rationnelle que la précédente, oppose d'une part les obligations stipulées dans l'intérêt exclusif du créancier, dont la violation ne serait pas en elle-même génératrice de responsabilité à l'égard des tiers, et d'autre part celles qui « *en raison de leur objet dépassent le seul enjeu contractuel et qui, en tant que telles, sont susceptibles d'intéresser tous les tiers dès lors qu'ils ont eu à souffrir de leur transgression* »⁵⁹. Seule l'inobservation de ces dernières est susceptible de fonder l'action des tiers. A titre d'exemple, l'obligation de non-concurrence serait l'une de ces obligations dont le tiers n'a pas « *vocation à bénéficiaire* » selon les dires du conseiller rapporteur. Il convient de préciser que M. ASSIE justifie la décision du 6 octobre 2006 par la prise en considération de cette distinction. Elle présente l'intérêt de permettre aux tiers spécialement intéressés au contrat de conserver le bénéfice de l'action en réparation contre le contractant défaillant alors même que la violation dont ils se prévalent est celle d'une obligation caractéristique du contrat. Mais lorsqu'on l'observe de plus près, on peut s'apercevoir qu'elle se révèle tout aussi imparfaite que la première distinction: comme le rappelle à juste titre M^{me} VINEY⁶⁰, il est aujourd'hui établi que les dispositions supplétives créées à titre de standard ont en vue la satisfaction de l'intérêt général⁶¹. Au-delà des intérêts légitimes des parties, elles prennent ainsi en considération ceux des tiers au contrat⁶², si bien que la distinction susvisée entre les obligations prévues au contrat, selon qu'elles prennent ou non en compte l'intérêt des tiers, perd tout son sens.

Dans l'arrêt du 6 octobre 2006, le manquement invoqué portait sur le défaut d'entretien de la chose louée, qui est l'une des obligations caractéristiques du bail. La Cour de cassation ayant malgré tout accueilli la demande du locataire-gérant, il est clair qu'elle n'a pas entendu consacrer la distinction relative aux obligations purement contractuelles et aux obligations de portée

⁵⁹ M. ASSIE, conseiller rapporteur, *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n°651, 01 déc. 2006.

⁶⁰ G. VINEY, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2828.

⁶¹ M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat*, préf. J. Ghestin, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, vol. 411.

⁶² C. PERES, *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, vol. 421.

générale. Quant-à la seconde distinction ayant trait à la proximité du tiers victime avec le contrat inexécuté, que M. ASSIE a pu présenter comme la « clef » de la règle posée par l'Assemblée plénière, on peut convenir qu'elle n'a pas plus retenu les faveurs de la formation solennelle que la précédente. Comme a pu le faire remarquer un auteur, on pourrait soutenir que « *le devoir d'entretien de la chose louée est destiné à profiter à toute personne qui aura à faire usage de cette chose* »⁶³, ce qui nous permettrait d'en déduire la prise en considération, par l'Assemblée plénière, de l'intérêt du tiers au contrat. Mais, eu égard à la généralité des termes employés dans l'arrêt, il est plus que probable que celle-ci n'a entendu adhérer à aucune de ces distinctions, et qu'elle a opté pour la solution la plus étendue. Il suffit, pour s'en persuader, d'analyser la jurisprudence la plus récente en la matière, qui fait application de la solution posée par l'Assemblée plénière sans distinguer selon la nature du manquement ni même selon l'intérêt du tiers au contrat. Dans un arrêt en date du 10 mai 2007, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a notamment retenu la responsabilité d'un contractant à l'égard d'un tiers *non intéressé* au contrat⁶⁴.

L'Assemblée plénière semble ainsi avoir adopté la thèse de l'assimilation des fautes la plus extrême : en toute circonstance, toute inexécution contractuelle constitue une faute délictuelle, sans qu'il soit nécessaire de s'interroger sur la nature ou la portée de l'obligation méconnue.

2) L'affirmation d'un rapport de nécessité entre les deux types de fautes

C'est toujours dans le but de limiter la portée de la solution posée par l'Assemblée plénière et de contrôler l'impact qu'elle pourrait avoir sur les principes classiques du droit des obligations, que nous aurons l'occasion d'envisager un peu plus tard au cours de notre étude, qu'un auteur est venu proposer une lecture originale de l'arrêt du 6 octobre 2006. A en croire cet auteur, la Haute Juridiction, en sa formation la plus solennelle, aurait entendu délivrer un message subliminal consistant à établir non pas un rapport de nécessité, mais un rapport de

⁶³ G. VINEY, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2828.

⁶⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 2007, pourvoi n°06-13269 : il s'agissait d'un contrat d'assurance de responsabilité, avec lequel le tiers victime n'entretenait qu'un lien très limité.

simple possibilité entre le manquement contractuel et la faute délictuelle⁶⁵. Elle n'aurait pas entendu affirmer que **tout** manquement contractuel préjudiciable constituait une faute délictuelle, mais qu'un manquement contractuel **pouvait** être source de responsabilité délictuelle vis-à-vis d'un tiers sans que ce dernier ne doive nécessairement démontrer l'existence d'une faute extérieure au contrat. Les fautes contractuelle et délictuelle peuvent ainsi éventuellement coïncider, sans que cette coïncidence ne devienne automatique et inéluctable⁶⁶. Ce serait l'analyse du comportement du contractant défaillant qui permettrait, au cas par cas, de déterminer si le manquement contractuel constitue un fait générateur de responsabilité délictuelle vis-à-vis d'un tiers.

L'auteur fait partie de ceux qui, afin de préserver la relativité contractuelle, prônent l'existence d'une distinction entre obligations contractuelles et devoirs généraux. Cette dernière aurait survécu à la décision du 6 octobre 2006. La suppression du membre de phrase utilisé par la première Chambre civile et dispensant les tiers de « *rapporter d'autre preuve* » que celle d'un préjudice ne serait pas neutre, et serait particulièrement révélatrice à cet égard. Ce serait une initiative délibérée de l'Assemblée plénière dans le but de se démarquer de la conception absolue propre à la première Chambre civile selon laquelle tout manquement contractuel constituerait *ipso facto* une faute délictuelle susceptible d'être invoquée par les tiers à l'encontre d'un contractant.

Faut-il adhérer à une telle interprétation ? A mon sens, la tournure catégorique employée par la Cour de cassation ne peut que s'opposer à l'identification de cette réserve. Au demeurant, une telle solution serait empreinte d'un caractère fortement implicite, à un point tel qu'il serait légitime de se demander si elle ne constitue pas une forme de violation de l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité du droit. En réalité, ce n'est qu'au prix d'une interprétation excessive que l'on peut adhérer à cette lecture de l'arrêt du 6 octobre 2006. Un tel raisonnement n'est pas neutre : il permet purement et simplement à ses partisans d'affirmer la consécration implicite de la solution qui leur paraît la plus appropriée. Mais il ne correspond nullement à l'intention de la Haute Juridiction, laquelle s'est bel et bien prononcée en faveur de l'unification

⁶⁵ L. BLOCH, *Responsabilité civile et assurances*, 2006, étude 17.

⁶⁶ C'est ce qu'exprime M. BLOCH, dans l'étude précitée, lorsqu'il affirme : « *Entre la pure faute contractuelle et la pure faute délictuelle, il existe une zone grise où matériellement ces fautes peuvent se recouvrir (...)* ».

des faits générateurs de responsabilité contractuelle et délictuelle à l'encontre du contractant défaillant, sans aucune nuance.

Et c'est, là encore, l'examen des décisions postérieures à l'arrêt d'Assemblée plénière qui nous confortera dans cette idée, dès lors que, comme nous avons déjà pu le souligner, les diverses formations de la Cour de cassation reprennent les mêmes termes catégoriques que la formation solennelle et n'ont jamais mis à jour l'existence d'une quelconque réserve au principe de l'abandon de la relativité contractuelle qu'elles mettent en œuvre.

3) L'absence de référence à un « *devoir général de ne pas manquer à sa parole* »⁶⁷.

Un autre auteur s'est efforcé de conférer un sens implicite à l'arrêt du 6 octobre 2006, afin de préserver les principes du droit des obligations qui seraient sensiblement affectés, selon lui, si l'on s'en tenait à sa formulation explicite. Si l'on met à part le caractère implicite de la décision, sur lequel elle repose, cette interprétation diffère profondément de la précédente (consistant, rappelons-le, dans la découverte d'un message subliminal délivré par l'arrêt). Elle consisterait dans la reconnaissance d'un « *postulat* » : celui de l'existence d'un « *devoir général de ne pas manquer à sa parole* ». Celui-ci serait fondé sur l'article 1383 du Code civil, ce qui justifierait que l'Assemblée plénière n'ait pas adopté la position de la Chambre commerciale : cette dernière requérant la preuve, nous l'avons vu plus haut, d'un manquement au « *devoir général de ne pas nuire à autrui* », elle renvoyait ainsi bien plus à l'article 1382 du Code civil qu'à l'article 1383 du même code.

L'intérêt principal de la reconnaissance d'un tel postulat résiderait, selon le même auteur, dans la préservation du principe de la relativité de la faute contractuelle. En effet, toute violation d'une convention serait systématiquement **doublée** d'une faute délictuelle consistant dans le

⁶⁷ P. JACQUES, « Einstein à la Cour de cassation : la relativité de la théorie », *Revue des Contrats*, 2007, n°2, p. 569.

manquement au devoir général de ne pas manquer à sa parole⁶⁸, de telle sorte qu'il y aurait bien deux faits générateurs de responsabilité distincts à l'encontre du contractant défaillant.

Cette nouvelle interprétation de l'arrêt échappe-t-elle à la critique que nous avons pu formuler à l'encontre de la précédente, conférant elle aussi un sens implicite à l'arrêt ? Il semble qu'il faille répondre à cette question par la négative. En effet, là encore, une telle lecture de l'arrêt serait nécessairement abusive, l'Assemblée plénière n'ayant, à aucun moment, envisagé l'existence d'un devoir général de ne pas manquer à sa parole. De plus, même si l'auteur prétend qu'elle permettrait d'épargner diverses atteintes au droit des obligations et que l'on se contente, à ce stade de notre étude, d'adhérer à son point de vue sans vérifier son bien-fondé, cette interprétation, dès lors qu'elle repose sur l'implicite, est susceptible d'engendrer un risque loin d'être négligeable : celui de l'insécurité juridique. Il est effectivement fondamental que chacun ne perçoive pas systématiquement, dans les différents arrêts rendus par la Haute Juridiction, l'expression implicite de la solution qui lui paraît la plus appropriée, auquel cas l'appréciation du droit positif serait laissée au bon vouloir de chacun.

L'affaire semble donc désormais entendue : la relativité de la faute contractuelle a bien été abandonnée par la Cour de cassation. Le droit positif ne s'encombre d'aucune nuance, et ne repose que sur la formulation **explicite** de l'arrêt du 6 octobre 2006 et des arrêts postérieurs en la matière.

C/ Le bien-fondé de l'évolution

A ce stade de notre étude, nous sommes en mesure d'affirmer l'intégration, sans aucune nuance, du principe de l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle dans notre droit positif. Il nous faut désormais procéder à l'étude des arguments qui viennent au soutien d'un « *manquement contractuel dérelativisé* »⁶⁹.

⁶⁸ P. JACQUES, note précitée, à propos du devoir général de ne pas manquer à sa parole : « *Par le truchement d'un tel devoir (...) une faute délictuelle doublerait nécessairement, immanquablement et automatiquement toute violation d'une norme contractuelle par l'une des parties à l'acte* ».

⁶⁹ J.-P. TOSI, « Le manquement contractuel dérelativisé », in *Rupture, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 479.

1) La mise en œuvre jurisprudentielle de l'opposabilité du contrat ?

Comme nous avons pu le développer dans nos propos introductifs, il est aujourd'hui admis que le principe de l'effet relatif des conventions est complété par un principe général d'opposabilité du contrat aux tiers et par les tiers. En revanche, les auteurs sont partagés quant à la portée qu'il faut attribuer à ce concept.

A ce sujet, la procédure d'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle est le plus souvent présentée comme une conséquence de l'opposabilité du contrat *par* les tiers, corollaire de son opposabilité *aux* tiers. En vertu de ce principe, les tiers pourraient en effet invoquer le fait de l'inexécution lorsqu'elle leur cause un préjudice. Le rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2000 est particulièrement révélateur à cet égard : à propos de l'arrêt de la première Chambre civile du 18 juillet 2000, au terme duquel tout tiers auquel un manquement contractuel nuit est en droit d'invoquer ce manquement à l'appui de sa demande en réparation, sans avoir à rapporter d'autre preuve, le rapport explique que « *la notion d'opposabilité est le fondement de cette décision simplificatrice* »⁷⁰. Cet argument est confirmé par le rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2001⁷¹, lequel fait à nouveau usage du concept d'opposabilité pour justifier l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle retenue dans l'arrêt de la première Chambre civile du 13 février 2001. Les auteurs sont relativement nombreux à adopter la même justification⁷². Un auteur va même jusqu'à considérer que la thèse de l'assimilation apparaît comme « *l'aboutissement de la notion d'opposabilité* »⁷³. Selon ce même auteur, c'est dans la mesure où l'opposabilité du contrat est subordonnée à l'exigence qu'il ne nuise pas aux tiers que l'illicéité du manquement contractuel à l'égard des tiers apparaît comme une conséquence de l'opposabilité⁷⁴.

⁷⁰ Rapport annuel de la Cour de cassation, 2000, La Documentation française, p. 387.

⁷¹ Rapport annuel de la Cour de cassation, 2001, La Documentation française, p. 428.

⁷² V. en ce sens, J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, Armand Colin, 2^{ème} éd., 2001, n°183, qui estiment que la solution est fondée sur « *le mécanisme de l'opposabilité* ».

⁷³ G. WICKER, *Revue des Contrats*, 2007, p. 593, n°2 : « *cette solution apparaît comme l'aboutissement de la notion d'opposabilité qui établit le contrat, non plus seulement comme un fait interindividuel dont la portée est limitée aux seules parties contractantes, mais aussi comme un fait social intéressant l'ensemble de la collectivité. L'ordre contractuel n'est pas un ordre autonome, il est un sous-ordre de l'ordre juridique général auquel il s'intègre dans une relation d'interdépendance* ».

⁷⁴ G. WICKER, *revue précitée*, p. 593, n°11.

Cependant, il a clairement été démontré par M. WINTGEN que dès lors que la notion d'opposabilité est dépourvue de contenu normatif, les conséquences que le droit français en déduit en matière de responsabilité sont inexactes : on ne peut prétendre que c'est parce que le contrat est opposable aux tiers que la faute contractuelle constitue nécessairement une faute délictuelle. L'existence du contrat en tant que fait ne permet au contrat de produire des effets à l'égard des tiers que lorsqu'une règle de droit le prévoit. Il faut alors en déduire que la notion d'opposabilité peut fonder l'assimilation des fautes, mais à la condition qu'elle soit justifiée par la règle de droit concernée, à savoir l'article 1382 du Code civil⁷⁵. Or, eu égard à la généralité de la formule employée dans cet article, nous nous retrouvons face à un problème de définition de la faute, dont le même auteur a pu affirmer qu'elle revêtait en droit français un caractère « *insaisissable* »⁷⁶, s'opposant ainsi à toute « *tentative de systématisation* »⁷⁷.

Un autre auteur a proposé une extension de la conception de l'opposabilité récemment mise à jour par M. ANCEL, pour justifier de l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle⁷⁸. M. ANCEL, rappelons-le, distingue entre le contenu obligationnel du contrat, qui ne concerne que les parties, et l'obligatorité des règles qu'il pose, qui est « *nécessairement générale* »⁷⁹. Selon lui, l'opposabilité désignerait cet aspect que revêt la force obligatoire du contrat à l'égard des tiers. C'est donc uniquement à l'égard de ces derniers qu'il envisage l'obligatorité des normes. A partir de cette distinction, l'analyse proposée par M. TOSI consisterait à étendre la portée de l'obligatorité aux parties elles-mêmes ; chacune des parties serait ainsi tenue non seulement obligationnellement à l'égard de son cocontractant, mais également vis-à-vis des tiers par la force obligatoire du contrat. C'est cette interprétation qui permettrait de justifier la coïncidence des fautes contractuelle et délictuelle : « *fautif contractuellement en ce qu'il viole le contenu obligationnel du contrat (...), le manquement contractuel serait également fautif délictuellement en ce qu'il viole sa force obligatoire* ».

⁷⁵ R. WINTGEN, « *Étude critique de la notion d'opposabilité* », in *Les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ, 2004, n°332 : « *l'opposabilité du contrat comme fait n'impose nullement que tout manquement soit en même temps une faute au sens de l'article 1382 du Code civil* ».

⁷⁶ R. WINTGEN, « "Tout fait quelconque..." : le manquement contractuel saisi par l'article 1382 du Code civil », *Revue des Contrats*, 2007, p. 609, n°9.

⁷⁷ J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 3^{ème} éd., 2001, n°725.

⁷⁸ J.-P. TOSI, « Le manquement contractuel dérelativisé », in *Rupture, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 479, n°17.

⁷⁹ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 771 et s., n°53.

Cependant, même si M. ANCEL a proposé que son analyse soit « *poursuivie et approfondie* »⁸⁰, il n'a pas pour autant donné son accord pour qu'elle soit ainsi déformée. Car en effet, c'est bien à cela que revient le raisonnement mené par M. TOSI si l'on considère que l'obligatorité n'a été envisagée par M. ANCEL qu'à l'encontre des tiers au contrat. Au demeurant, même si l'on avait opté pour cette analyse extensive, celle-ci aurait été en elle-même insuffisante pour expliquer le principe de l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle : le fait qu'une norme contractuelle s'impose à tous ne nous permet aucunement d'en déduire que la violation de l'une des obligations qu'elle prévoit à l'encontre des cocontractants constitue inéluctablement une faute à l'encontre d'un tiers⁸¹. M. TOSI lui-même préfère abandonner cette voie, surtout lorsqu'il s'agit de justifier une coïncidence systématique des deux types de fautes.

En définitive, le principe de l'opposabilité, même s'il constitue un argument traditionnel pour justifier la solution retenue en droit positif, ne permet pas en réalité de comprendre l'utilisation d'une formule absolue au profit d'une assimilation systématique du manquement contractuel et de la faute délictuelle.

2) Une assimilation infondée au regard des autres arguments traditionnels et de l'argument « nouveau » tiré de la responsabilité du fait des produits défectueux

En dehors de l'opposabilité, d'autres arguments ont pu être avancés dans le sens de la confusion des fautes contractuelle et délictuelle. Parmi eux, on distingue deux arguments traditionnels, qu'il est particulièrement simple de réfuter. Le premier consiste à analyser l'assimilation des fautes comme la « *contrepartie* »⁸² de la responsabilité des tiers envers les parties. Un tel argument est fragile si l'on envisage les fondements de la responsabilité des tiers envers les parties, à savoir essentiellement l'opposabilité, mais aussi parfois l'action paulienne, la théorie générale de la fraude et la notion de concurrence déloyale⁸³. On s'aperçoit dès lors que ces fondements ne sont pas ceux de la responsabilité des parties envers les tiers, et qu'il serait par

⁸⁰ P. ANCEL, note précitée, n°58.

⁸¹ P. ANCEL, « Faut-il " faire avec " ? », *Revue des Contrats*, 2007, p.538, n°7 : « admettre que la norme qui dit que le contractant A était tenu de telle obligation à l'égard du contractant B s'impose à tous n'équivaut pas à dire que la violation de cette obligation soit aussi une faute à l'égard du tiers C ».

⁸² S. CALASTRENG, *La relativité des conventions*, th. Toulouse, 1939, p.337.

⁸³ R. WINTGEN, thèse précitée, n°180 et s.

conséquent illogique d'adopter en la matière une solution parallèle à celle qui prévaut en matière de responsabilité des tiers.

Quant-à l'autre argument traditionnel, il n'est guère plus convaincant. Il s'agit d'un argument évoqué par le conseiller rapporteur M. SARGOS⁸⁴, qui propose une lecture originale de l'article 1165 du Code civil, aux termes duquel les conventions ne peuvent *nuire* aux tiers. Selon lui, le terme *nuire* n'est pas la simple traduction du latin *nocere* qui signifie *obliger*, mais ajoute une « *connotation supplémentaire* », si bien que le contrat ne doit présenter aucun inconvénient pour les tiers. Si cela devait être le cas, le tiers pourrait former une demande en réparation en se contentant d'invoquer l'exécution défectueuse du contrat qui lui a causé un préjudice. Cependant, une telle analyse pourrait emporter des conséquences absurdes, comme nous le fait remarquer un auteur⁸⁵, dès lors qu'une convention est préjudiciable pour un tiers, tout en étant correctement exécutée. Au surplus, il semble inopportun de dire que l'inexécution du contrat *nuît* au tiers lorsqu'elle n'emporte pas une altération de ses droits, mais qu'elle le prive simplement d'un avantage dont l'exécution normale du contrat lui aurait permis de bénéficier.

L'insatisfaction qui résulte de l'examen des arguments traditionnels a conduit un auteur à l'élaboration d'un « *argument nouveau* »⁸⁶ en faveur de l'assimilation, tiré de la loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux. Le domaine de cette loi en date du 19 mai 1998 s'étend à la responsabilité du producteur en cas de dommage causé par un défaut de son produit, « *qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime* »⁸⁷, ce dès lors que le dommage résulte de l'atteinte à la personne ou à un bien autre que le produit qui présente le défaut de sécurité⁸⁸. Cet auteur propose d'étendre au cas de l'exécution défectueuse d'un contrat l'assimilation des fautes ainsi consacrée en matière de produits défectueux. Cependant, il faut bien convenir avec M. WINTGEN que le rapport entre le manquement contractuel et la faute délictuelle ne sera, dans ce cas, qu'un rapport de simple possibilité et non de nécessité, le fait générateur de la responsabilité

⁸⁴ Civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000, *JCP*, 2000, II, 10415, Rapport P. SARGOS.

⁸⁵ R. WINTGEN, thèse précitée, n°332.

⁸⁶ J.-P. TOSI, « Le manquement contractuel dérelativisé », in *Rupture, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 488, n°14.

⁸⁷ Article 1386-1 du Code civil.

⁸⁸ J.-P. TOSI, *Ibid.*

du fait des produits défectueux ne résultant pas de l'inexécution du contrat par le fabricant, mais du défaut de sécurité.

Il apparaît par conséquent qu'aucun des arguments précédemment évoqués ne procure entière satisfaction quant-à la justification du principe de la confusion des fautes. Une telle affirmation n'est pas pour autant dénuée de tout fondement. Il s'agit simplement de chercher ailleurs, parmi les concepts plus flexibles.

3) Une assimilation justifiée au regard des concepts du bon père de famille et de l'attente légitime née du contrat vis-à-vis des tiers

D'autres auteurs ont choisi de fonder l'illicéité du manquement contractuel vis-à-vis des tiers sur une explication « *plus rustique* »⁸⁹ : il s'agit de la référence au bon père de famille, dans la mesure où celui-ci « *ne se rend pas coupable de l'inexécution préjudiciable à un tiers d'obligations qu'il a contractées* »⁹⁰. Autrement dit, le fait de ne pas remplir ses obligations contractuelles est un comportement illicite, déviant par rapport à celui du bon père de famille (qui, lui, tient ses promesses), et donc une faute à l'égard de tous. Le contractant défaillant a méconnu la force obligatoire du contrat qui le liait. Il a donc en quelque sorte violé la règle posée à l'article 1134 alinéa 1 du Code civil qui oblige les parties à respecter le contrat, écart de conduite que ne commet pas le bon père de famille.

Cet argument a l'avantage de présenter une certaine souplesse qui permet d'expliquer les différences entre les solutions adoptées par les différentes Chambres de la Cour de cassation avant l'arrêt du 6 octobre 2006. Mais cette malléabilité peut également se révéler être un inconvénient, dès lors qu'elle risque d'engendrer une certaine variabilité des solutions qui s'accorde mal avec la portée générale conférée à la décision d'assimilation des fautes adoptée par l'Assemblée plénière. Malgré cette réserve, la référence au standard du bon père de famille reste l'instrument le plus adapté pour conférer une certaine légitimité au droit positif en matière de responsabilité des parties à l'égard des tiers.

⁸⁹ J.-P. TOSI, article précité, n°18.

⁹⁰ L. LEVENEUR, obs. in *Contrats, Concurrence, Consommation*, 1991, n°135, et 1999, n°37.

Pour expliquer la solution retenue par l'Assemblée plénière, on pourrait encore penser à utiliser un concept plus moderne, issu du droit communautaire : celui de l'attente légitime née du contrat. Sollicitées en droit anglais et américain pour renouveler la conception volontariste du contrat, les attentes contribuent au renouvellement des réflexions sur la volonté contractuelle. La notion d'attente renvoie à des attentes de comportement, le comportement d'un individu étant susceptible de créer des attentes auprès de son cocontractant⁹¹. A l'origine, cette notion fait donc référence au comportement des parties au contrat, chacune d'entre elles étant en droit d'escompter l'exécution, par son cocontractant, des obligations qu'il a souscrites. A partir de là, on pourrait envisager d'étendre ce concept, de telle sorte que le contrat ferait naître une attente légitime, non plus seulement vis-à-vis *des parties*, mais également à l'égard *des tiers*. Un tel raisonnement repose sur l'idée que ces derniers disposent souvent d'un intérêt à la conclusion d'un contrat, même s'ils ne l'ont pas conclu. Ils sont dès lors en droit de compter sur une bonne exécution ou, du moins, de faire sanctionner la mauvaise exécution qui leur fait grief. Ils bénéficieraient par conséquent, sur le fondement de l'attente légitime qu'a fait naître le contrat à leur égard, de la même faculté que les parties de se prévaloir du manquement contractuel du débiteur, sans avoir à établir la preuve d'une faute délictuelle spécifique.

Cependant, les incertitudes jurisprudentielles et doctrinales concernant l'ancrage juridique matériel du principe général de protection de la confiance légitime ne semblent pas, à l'heure actuelle, permettre sa prise en compte en tant que fondement du droit positif en matière de responsabilité des parties à l'égard des tiers. L'attente légitime née du contrat à l'égard des tiers en tant que fondement de l'assimilation des fautes ne doit pas pour autant être abandonnée : elle mériterait d'être approfondie, plus particulièrement lorsqu'elle fera l'objet d'une systématisation jurisprudentielle probante en droit français⁹². Il vaut mieux, pour le moment, avoir recours au standard du bon père de famille qui, nous l'avons vu, est particulièrement pertinent en la matière.

⁹¹ B. FAGES, *Le comportement du contractant*, PUAM, 1997.

⁹² On pouvait déjà lire, il y a un peu plus de dix ans, que « *La notion d'attente légitime tend à devenir aujourd'hui l'un des concepts essentiels du droit des obligations et des contrats* », G. VINEY, *JCP*, 1994, I, 3809, p.557.

Section 2 : Le maintien d'un certain contrôle contre les excès de la solution

Il convient d'examiner les effets néfastes engendrés par la consécration de la thèse de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle (A/), tout en identifiant les éventuels mécanismes correcteurs dont on peut espérer que la mise en œuvre permettra de limiter au maximum de tels méfaits (B/).

A/ Les effets pervers de la thèse assimilatrice

Comme avait pu le pressentir la partie de la doctrine hostile à l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle, l'adoption d'une solution aussi radicale par la Haute Juridiction en matière de responsabilité fait l'effet d'un « *cheval de Troie appelé à bouleverser un droit commun si patiemment et (...) intelligemment élaboré* »⁹³. Procédons ainsi à l'identification des conséquences engendrées par une telle solution, tant sur le plan théorique (1 et 2), que sur le plan pratique (3), qui ont pu conduire cet auteur à exprimer l'idée d'un véritable bouleversement du droit de la responsabilité, et qui a été retenue au nom d'une priorité désormais établie au profit de l'indemnisation des victimes (4).

1) L'altération du principe de l'effet relatif des conventions

La théorie de la relativité aquilienne⁹⁴ repose sur l'idée que toute règle de droit vise à protéger des intérêts déterminés. Selon cette théorie, la violation d'une règle ne peut être invoquée que par celui que la règle a pour but de protéger⁹⁵. Ainsi, lorsqu'un contrat met une obligation à la charge du débiteur, c'est dans l'intérêt du créancier. Seul ce dernier pourra alors se plaindre du manquement contractuel du débiteur et demander réparation du préjudice qui en résulte. Le tiers qui éprouve également un préjudice en raison de cette faute ne pourra invoquer la

⁹³ P. DELEBECQUE, *Recueil Dalloz*, 2001, sommaires commentés n°28.

⁹⁴ Une définition en est proposée par l'Association H. Capitant, *Vocabulaire juridique*, V. Relativité aquilienne : « *expression signifiant que seules les personnes spécialement protégées par la règle de droit enfreinte peuvent demander réparation du dommage qui en est résulté* ».

⁹⁵ G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1998, n°441.

responsabilité extra-contractuelle du débiteur puisque l'obligation violée n'était pas établie dans son intérêt, à moins qu'il ne parvienne à rapporter la preuve d'une faute délictuelle distincte au sens de l'article 1382 du Code civil. La relativité aquilienne postule donc clairement une relativité de la faute contractuelle. Cependant, le droit français ignore cette théorie. Dès lors, on aurait pu penser que la solution consacrée par l'Assemblée plénière et consistant, nous en sommes bien conscients à ce stade de notre étude, à retenir le principe de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle, était en conformité avec le droit des contrats.

Cependant, il ne faut pas oublier que le code civil français édicte, en son article 1165, un principe de l'effet relatif des conventions. Or, c'est bien ce principe qui, selon les partisans de la relativité de la faute contractuelle, postule que la faute contractuelle n'est constituée qu'à l'égard du créancier contractuel. Selon un auteur, c'est pour permettre à la relativité des conventions de « *produire son plein effet* »⁹⁶ que celle-ci doit s'accompagner d'une relativité de la faute contractuelle. Cette dernière apparaît ainsi, selon un autre auteur, comme un « *complément nécessaire* »⁹⁷ de l'effet relatif des conventions. Il nous faut donc désormais nous demander si la thèse assimilatrice est ou non compatible avec le principe classique de l'effet relatif des conventions.

Selon les partisans de la relativité de la faute contractuelle, l'affirmation du principe de l'invocabilité de la faute contractuelle par le tiers, sans autre condition que celle de l'existence d'un dommage, « *sonne le glas de la relativité de la faute contractuelle* »⁹⁸ et méconnaît ainsi le vieux principe de l'effet relatif des contrats. L'assimilation des fautes reviendrait, selon eux, à permettre au tiers de réclamer indirectement à son profit le bénéfice d'un contrat auquel il n'a jamais été parti, ce qui heurte directement le principe de l'effet relatif des conventions⁹⁹. Il faut bien admettre, en effet, que l'indemnisation du tiers ne résulte, dans ce cas, que de la non-exécution d'une obligation contractuelle par l'une des parties. La solution de l'Assemblée

⁹⁶ P. JOURDAIN, obs. ss Cass. com., 17 juin 1997, *RTD civ.*, 1998, p. 113.

⁹⁷ R. WINTGEN, thèse précitée, n°333.

⁹⁸ D. MAZEAUD, *Revue des Contrats*, 2007, p. 269.

⁹⁹ C'est l'idée exprimée par J. HUET, *Responsabilité contractuelle et délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse 1978, n°495 : « *Comment concevoir que l'on puisse se plaindre de la violation d'une obligation, alors même que l'on ne saurait en réclamer l'exécution correcte ?* » ; la même idée est énoncée par D. MAZEAUD, *Revue des Contrats*, 2005, p. 687 : « *le tiers victime est alors soumis au même régime, du moins sur le plan de la preuve de la faute, que le créancier contractuel, et obtient alors, peu ou prou, l'exécution par équivalent d'un contrat auquel il n'était pas partie* ».

plénière a donc créé une véritable exception au principe de la relativité contractuelle qui conduit, d'une part, à brouiller la distinction des notions de partie et de tiers au contrat, et, d'autre part, à fragiliser la conciliation entre les principes de l'effet relatif du contrat et de l'opposabilité du contrat par les tiers¹⁰⁰, dont on avait pourtant déjà pris soin d'évoquer la fragilité¹⁰¹.

Retenant une toute autre conception, un auteur a eu l'occasion d'affirmer que le fait de permettre au tiers victime de se fonder sur la seule inexécution du contrat pour obtenir réparation de son préjudice ne constituait pas nécessairement une atteinte à l'effet relatif, celui-ci s'opposant seulement à ce qu'un tiers réclame l'exécution du contrat¹⁰². Cependant, même dans le cadre d'une telle conception, il faut bien admettre que, dans la responsabilité contractuelle, une part de la réparation peut correspondre à la compensation de l'avantage qui avait été spécifiquement promis au contractant, et qu'il paraît contestable, dans ce cas, de permettre aux tiers de se plaindre aussi de n'avoir pas reçu cet avantage. Une telle situation paraît en effet injuste dans la mesure où le tiers, qui n'a rien donné en échange, réclame de cette manière l'équivalent pur et simple de la prestation¹⁰³. C'est pourtant la situation à laquelle aboutit la décision du 6 octobre 2006, qui donne ainsi naissance à une nouvelle règle, celle de « *l'effet attractif du contrat inexécuté* »¹⁰⁴, qui s'inscrit désormais dans notre droit des contrats aux côtés du principe classique de l'effet relatif des conventions.

C'est bien dans le but d'éviter cette atteinte manifeste au principe de l'effet relatif des conventions que de nombreux auteurs ont suggéré une distinction, que nous avons déjà eu l'occasion d'étudier, entre la violation des devoirs généraux intégrés dans le contrat et la violation des obligations spécifiquement contractuelles. Le fait de décider que l'assimilation des fautes ne puisse pas jouer dans ce dernier cas aurait en effet permis de préserver ce « *pilier* »¹⁰⁵ du droit des

¹⁰⁰ D. MAZEAUD, *Revue des Contrats*, 2007, p. 269.

¹⁰¹ L. BLOCH, *Responsabilité civile et assurances*, 2006, étude 17.

¹⁰² G. VINEY, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2825.

¹⁰³ Cf. M. FABRE-MAGNAN, « Avortement et responsabilité médicale », *RTD civ.* 2001, p. 299 : « *En matière d'obligation contractuelle d'information, il nous semble que celle-ci n'est en principe due qu'au cocontractant, qui notamment paye pour la recevoir* ».

¹⁰⁴ D. MAZEAUD, *Revue précitée*, p. 269.

¹⁰⁵ P. JACQUES, « La relativité de la faute contractuelle devant l'Assemblée plénière », *Revue Lamy Droit des Affaires*, décembre 2006, n°11 ; P. JACQUES, « Einstein à la Cour de cassation : la relativité de la théorie », *Revue des Contrats*, 2007, n°2, p. 569.

obligations. Cependant, nous l'avons vu, cette distinction n'a pas été retenue par l'Assemblée plénière, laquelle a adopté la thèse de l'assimilation la plus extrême.

Dans ce même esprit qui tend à préserver le principe de l'effet relatif des conventions, le Conseiller rapporteur a lui-même proposé une interprétation de l'arrêt du 6 octobre 2006: selon lui, lorsqu'il est invoqué par un tiers, le manquement contractuel prend de ce seul fait « *une coloration délictuelle* ». Cependant, même si elle émane d'un commentateur particulièrement autorisé, nous nous permettrons d'exprimer notre perplexité face à une telle interprétation, qui a pour seul but, semble-t-il, de masquer la réalité, à savoir l'affaiblissement du principe de l'effet relatif des conventions.

Il convient enfin de préciser que si l'on partage le point de vue de ceux qui récusent l'idée même de responsabilité contractuelle, on pourrait affirmer que l'allocation de dommages et intérêts au tiers correspond à une forme d'exécution de l'obligation contractuelle au profit du tiers. L'incompatibilité entre l'assimilation des fautes et le principe de l'effet relatif n'en serait alors que plus flagrante.

2) Une contribution à la « *politique d'indifférenciation* »¹⁰⁶ des deux ordres de responsabilité

Dès la fin du XIX^{ème} siècle, GRANDMOULIN défendait l'idée d'une assimilation de la faute contractuelle à la faute délictuelle envers les tiers dans la mesure où elle porte atteinte à un droit d'autrui¹⁰⁷. L'auteur concluait ainsi à l'unité de la théorie de la responsabilité et à l'absence d'existence de la responsabilité contractuelle. S'opposant à cette conception, l'un des défenseurs du particularisme du régime contractuel a insisté sur la dualité des fonctions assignées aux dommages et intérêts contractuels¹⁰⁸. A côté de leur fonction de réparation des dommages résultant de l'inexécution, les dommages et intérêts contractuels auraient également une fonction de paiement consistant à fournir au créancier une prestation compensant celle qu'il n'a pas reçue. Cette fonction de paiement des dommages et intérêts contractuels justifierait, selon cet auteur,

¹⁰⁶ P. STOFFEL-MUNCK, *Revue des Contrats*, 2007, p. 587.

¹⁰⁷ Le titre de la thèse de J. GRANDMOULIN, rédigée en 1884, est particulièrement révélateur à cet égard : « *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles* ».

¹⁰⁸ J. HUET, thèse 1978, *Responsabilité contractuelle et délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*.

que leur régime soit distinct de celui appliqué aux dommages et intérêts dus à la suite d'un délit ou d'un quasi-délit. Dans un article publié en 1997, un autre auteur apporte une contribution décisive au courant qui s'élève contre la « responsabilité contractuelle », en déclarant la fausseté de ce concept¹⁰⁹. Le contrat étant aujourd'hui doté d'une « fonction de protection d'intérêts extra-contractuels »¹¹⁰, la responsabilité contractuelle apparaît comme un système de réparation concurrent de la responsabilité délictuelle.

La remise en cause de la distinction traditionnelle des deux ordres de responsabilité puise ses origines dans l'affirmation du principe de non-cumul et dans le recours au « forçage » judiciaire du contrat¹¹¹, c'est-à-dire à l'intégration d'obligations résultant d'un devoir général dans le contrat, à l'instar de l'obligation de sécurité. En effet, il n'est pas difficile d'admettre que le non-respect d'un devoir général contractualisé puisse déboucher sur une responsabilité délictuelle : la faute contractuelle est alors bien, en même temps, une faute délictuelle.

En revanche, il est plus difficile d'admettre la même extension si la faute contractuelle ne résulte que de l'inexécution d'un « plus contractuel »¹¹² indépendant des devoirs généraux : le fait d'autoriser un tiers à invoquer la violation d'une obligation purement contractuelle pour établir une faute délictuelle affecte, comme nous avons pu le constater, le principe de l'effet relatif. Et c'est en cela que la décision du 6 octobre 2006 constitue un nouveau tempérament au principe de la distinction des deux ordres de responsabilité. En effet, en abandonnant la relativité de la faute contractuelle et en alignant, sur le plan du fait générateur de la responsabilité du débiteur contractuel, le sort du tiers sur celui du créancier contractuel, l'Assemblée plénière consacre la « fongibilité des objets respectifs de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle »¹¹³ et nie ainsi le particularisme de la responsabilité contractuelle.

¹⁰⁹ P. REMY, « La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997.

¹¹⁰ P. REMY, article précité, p. 323.

¹¹¹ P. REMY, article précité p. 323 : « En forçant ainsi le contrat, on brouille nécessairement ses rapports avec le délit, lequel en retour contamine le régime de l'inexécution du contrat ».

¹¹² J. HUET, thèse 1978, *Responsabilité contractuelle et délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, n°299 p. 284, et n°672 p.637.

¹¹³ P. BRUN, « Feu la relativité de la faute contractuelle », *RLDC*, 2007.

Le concept de responsabilité contractuelle tend à s'évanouir, apparaissant encore un peu plus comme le prolongement de la responsabilité délictuelle¹¹⁴.

3) Les inconvénients pratiques de la solution

Au-delà des critiques qui peuvent être menées sur le plan théorique, et que l'on vient par ailleurs d'évoquer, il convient à présent d'apprécier les conséquences pratiques de la décision, qui sont, nous allons le constater, tout à fait essentielles. En effet, le principe de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle aboutit à élargir le cercle des personnes susceptibles d'engager la responsabilité du débiteur défaillant. Or, comme a pu l'affirmer un auteur, cet élargissement est considérable face à l'augmentation incessante du nombre de tiers susceptibles de subir des dommages consécutifs à l'inexécution d'une obligation contractuelle¹¹⁵. Selon un autre auteur, ce phénomène se rattache à « *la complexité croissante des relations économiques et à l'évolution des techniques de production et de distribution* »¹¹⁶.

L'extension du bénéfice du contrat à n'importe quel intéressé porte atteinte aux prévisions des parties et constitue une source importante d'insécurité juridique, dès lors qu'elles ne peuvent pas toujours anticiper quels tiers se réclameraient de l'inexécution. Au demeurant, dans un certain nombre de cas, le débiteur contractuel n'entend s'engager qu'au profit de son créancier, auquel le contrat vise à conférer un avantage particulier. Or, dans ces mêmes cas, la reconnaissance d'une coïncidence systématique entre les fautes contractuelle et délictuelle permet indirectement aux tiers de bénéficier de cet avantage spécifique. Là encore, par conséquent, la solution de l'identité des fautes méconnaît totalement les prévisions du débiteur contractuel.

Prenons l'exemple de l'obligation de non-concurrence dont la violation est invoquée par un tiers, situation qui a notamment donné lieu à l'arrêt rendu par la Chambre commerciale en date

¹¹⁴ P. STOFFEL-MUNCK, revue précitée, p. 587 : cet auteur compare la responsabilité contractuelle à un prolongement de la délictuelle, précisant cependant qu'elle est « *assorti(e) de quelques particularités invocables seulement inter partes* ».

¹¹⁵ M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, thèse, LGDJ 1996, n°28.

¹¹⁶ J. HUET, *Responsabilité contractuelle et délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse, 1978, n°593 et s.

du 5 avril 2005, que nous avons déjà eu l'occasion de citer¹¹⁷. Il est acquis qu'une telle obligation est soumise à de strictes conditions, et qu'elle n'est valable entre les parties que par exception au principe de la liberté de la concurrence. Elle n'a donc pas, en principe, vocation à bénéficier aux tiers. Or, la solution retenue par l'Assemblée plénière conduit à permettre à tous les commerçants des alentours affectés par la réinstallation du concurrent d'invoquer la violation de la clause de non-concurrence par ce dernier (du fait d'une captation d'une partie de leur clientèle). Cette dernière est pourtant insérée dans un contrat auquel ces commerçants ne sont, par hypothèse, pas partis. Et elle n'a été stipulée que dans l'intérêt exclusif du cocontractant (le franchiseur, si l'on se place dans le cadre d'un contrat de distribution), en contrepartie des avantages qu'il procure au franchisé.

Un autre exemple, moins cité, est particulièrement révélateur du caractère inopportun de l'assimilation des fautes au plan pratique. Il s'agit de celui de l'engagement de soutien d'une filiale pris par une société envers une banque, dans le cadre d'une lettre d'intention¹¹⁸. L'application du principe de l'identité des fautes conduit à accorder à tous les autres créanciers de la filiale d'invoquer le manquement de la société mère à son engagement de soutien, lequel a entraîné l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la filiale, et par conséquent, un préjudice indemnisable pour chacun de ces créanciers. Cet exemple illustre parfaitement l'absurdité pratique résultant de la mise en œuvre de la thèse assimilatrice, dès lors que l'objet même d'une lettre d'intention est de conférer à son bénéficiaire une position plus favorable que celle des autres créanciers.

C'est cette méconnaissance des prévisions du débiteur contractuel qui a conduit certains auteurs à critiquer l'utilisation, par la Cour de cassation, de « *formules trop absolues* »¹¹⁹ en la matière, et à proposer l'adoption de formules plus précises. A ce titre, il convient de garder à l'esprit l'initiative du Conseiller rapporteur ASSIÉ qui aurait permis, si elle avait été retenue, de

¹¹⁷ Com. 5 avril 2005, *Bull.* 2005, IV, n°81.

¹¹⁸ Cet exemple a notamment été envisagé par P. ANCEL, « Faut-il " faire avec " ? », *Revue des Contrats*, 2007, p.538, n°10.

¹¹⁹ H. GROUDEL, note sous Com., 5 avril 2005, *Responsabilité civile et assurances*, juin 2005, n°174.

prendre en considération la portée de l'obligation transgressée à l'égard des tiers, et par conséquent, d'exclure les tiers n'étant pas englobés dans les prévisions du débiteur contractuel¹²⁰.

A partir de là, on peut se demander quels sont les intérêts ayant présidé à la consécration de la thèse assimilatrice, en dépit des différentes incohérences qu'elle implique, tant sur le plan théorique que pratique.

4) Une indemnisation à tout prix

Si l'on se place du côté du tiers victime pour apprécier les mérites de la solution consacrée par l'Assemblée plénière le 6 octobre 2006, cette dernière nous apparaît comme étant pleinement satisfaisante. En effet, le tiers victime bénéficie désormais de l'avantage probatoire qui découle de l'existence d'une faute contractuelle, en particulier dans l'hypothèse d'une obligation de résultat : pour obtenir réparation de son préjudice, il pourra se contenter de prouver que celui-ci a été causé par le manquement contractuel du débiteur, sans avoir à rapporter la preuve d'une négligence ou d'une imprudence de la part de ce dernier au sens de l'article 1382 du Code civil.

Cette décision s'inscrit dans un droit français de la responsabilité fortement marqué par le souci d'indemnisation des victimes. En effet, avant même l'arrêt du 6 octobre 2006, on trouvait déjà bien d'autres manifestations de cette « *idéologie de la réparation* »¹²¹ qui imprègne notre droit contemporain de la responsabilité civile et qui veut que tout dommage trouve réparation. Le phénomène dit du « forçage » du contrat est particulièrement révélateur à cet égard : cet élargissement de la sphère contractuelle a véritablement coïncidé avec l'évolution du droit de la responsabilité pour faute vers un droit de la responsabilité pour risque, qui tend à faire que tout risque créé puisse aboutir à une indemnisation des victimes, indépendamment de leur qualité.

¹²⁰ M. ASSIE, conseiller rapporteur, *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n°651, 01 déc. 2006 : « *Les tiers à un contrat peuvent invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, son exécution défectueuse dès lors qu'elle leur a occasionné un dommage et que le fait générateur de responsabilité trouve son origine dans une obligation, née (directement ou accessoirement) du contrat, dont la portée dépasse le seul intérêt des parties contractantes* ».

¹²¹ L. CADIET, « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de réparation », in *Mélanges offerts à Pierre Drat, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 387. Cet auteur fait état d'une liste des manifestations de cette idéologie de la réparation en jurisprudence, qui va « *du reflux de la faute, tantôt écartée, tantôt banalisée, voire objectivée, à l'invention de nouveaux cas de responsabilité du fait d'autrui, en passant par l'assouplissement des conditions requises du préjudice pour être réparé, associé à la prolifération des préjudices réparables (...)* ».

C'est par ailleurs dans la même optique que l'on assiste, au plan législatif, à une véritable multiplication des régimes spéciaux de réparation qui favorisent l'indemnisation de la victime, sans distinguer selon qu'elle soit tiers ou partie au contrat. En permettant au tiers de réclamer, à son profit, le bénéfice d'un contrat auquel il n'est pas partie, la décision de l'Assemblée plénière serait ainsi, en quelque sorte, « *l'équivalent jurisprudentiel* »¹²² de ces régimes spéciaux et une manifestation supplémentaire de cette idéologie de la réparation.

Cependant, si la protection de la victime est une préoccupation à ne pas perdre de vue, elle ne doit pas pour autant dégénérer en abus lorsqu'elle se transforme en idéologie. En effet, comme a pu le faire remarquer un auteur, le souci de protéger les victimes a progressivement pris le pas sur l'autre objectif du droit de la responsabilité, celui de préserver la liberté d'action des personnes¹²³. Si l'on reprend l'exemple de l'inexécution d'une obligation de non-concurrence, la condamnation du débiteur contractuel est bien justifiée à l'égard du créancier contractuel. En revanche, à l'égard des tiers au contrat, la réinstallation du débiteur (en violation de la clause de non-concurrence) n'est que la manifestation licite de sa liberté d'entreprendre. Or, cette dernière est bien amoindrie lorsque l'on consacre la thèse de l'assimilation des fautes qui permet aux tiers, nous l'avons vu, de se prévaloir de la violation de la clause de non-concurrence pour obtenir la réparation du préjudice qui en résulte pour eux, sans avoir à rapporter par ailleurs la preuve d'une faute délictuelle spécifique.

On le voit, par conséquent, le centre de gravité du droit de la responsabilité n'est plus l'auteur du dommage et sa faute. La victime et son dommage sont au premier plan et l'évolution du droit de la responsabilité ne s'explique plus que par le souci d'améliorer l'indemnisation des préjudices, en dépit même des conséquences inopportunes que nous avons eu l'occasion de constater et qui proviennent directement de la mise en avant de cette priorité. Mais ne peut-on pas espérer puiser dans les ressources qu'offre le droit de la responsabilité pour tenter de minimiser, comme on le peut, l'impact de la solution adoptée ?

¹²² C. LACROIX, *Les Petites Affiches*, 2007, n°16, p.16.

¹²³ R. WINTGEN, *Revue des Contrats*, 2007, p. 609, n°9 : « *il n'est pas concevable de supprimer, par une obligation de réparation généralisée, toute liberté d'action susceptible de nuire à autrui* ».

B/ Réalité, Légitimité et Causalité : le nouveau garde-fou de la responsabilité des parties à l'égard des tiers

« Réalité, Légitimité, Causalité », telle pourrait être la nouvelle devise de la responsabilité des parties à l'égard des tiers. Ces conditions devraient être suffisamment strictes, nous l'espérons tout au moins, pour écarter le risque d'un accroissement significatif des condamnations profitant aux tiers lésés.

1) La réalité du dommage et la légitimité de l'intérêt lésé

Le dommage, consistant en une atteinte portée aux intérêts patrimoniaux ou extrapatrimoniaux de la victime¹²⁴, est une condition indispensable de la responsabilité civile. Sa réparation est subordonnée à une condition de fond essentielle, à savoir la certitude de ce dommage, à laquelle il faut ajouter une condition d'ordre moral tenant à la légitimité de l'intérêt auquel le préjudice porte atteinte. On ne voit pas pourquoi ces deux conditions de la responsabilité délictuelle ne seraient pas maintenues pas en matière de responsabilité des parties à l'égard des tiers, y compris à la suite de la consécration de la thèse assimilatrice.

La condition tenant à la réalité du dommage devrait constituer un premier filtre permettant au juge de repousser les demandes des tiers qui se prétendent victimes, lorsque leur dommage ne revêt dans les faits qu'un caractère hypothétique. Face à la demande en réparation portée par un tiers, le juge doit ainsi nécessairement commencer par s'assurer de la réalité du dommage, afin d'exclure la réparation des préjudices qui ne seraient qu'éventuels ou même exclus. A ce titre, le juge devra particulièrement prendre garde de ne pas attribuer au tiers lésé une perte qui serait, en réalité, celle du créancier contractuel. Cette précaution est spécialement bien illustrée par un auteur¹²⁵, qui prend pour exemple un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation, au sujet d'une action en réparation exercée par un crédit-preneur contre des constructeurs, à raison de malfaçons affectant l'ouvrage loué. Dans cet arrêt, la Cour de cassation censure la cour d'appel qui avait accordé au crédit-preneur une somme correspondant aux travaux de reprise, en

¹²⁴ Définition proposée par P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 6^{ème} éd., p. 119.

¹²⁵ S. CARVAL, *Revue des Contrats*, 2007, p. 279, n°3.

affirmant que celui-ci ne pouvait « *demander, sur le fondement délictuel, la somme correspondant à la réparation des désordres de construction, mais seulement l'indemnisation du préjudice en résultant* »¹²⁶. Il ressort de cet arrêt que le créancier contractuel est, seul, admis à réclamer la somme nécessaire à la reconstruction, le tiers ne subissant qu'un dommage consistant dans la perte de jouissance pendant la durée du bail.

Quant-à la légitimité de l'intérêt lésé, elle demeure également une condition du succès de la demande en réparation intentée par un tiers, même si elle ne constitue plus aujourd'hui qu'un obstacle limité à l'indemnisation¹²⁷. Ainsi certaines victimes en situation illicite ou ayant commis une infraction peuvent-elles se voir refuser toute indemnisation, notamment si elles ont tiré profit de l'illicéité. A titre illustratif, on se permettra de reprendre l'exemple utilisé par un auteur, qui prend appui sur les faits en cause dans l'arrêt du 6 octobre 2006. Dans cette affaire, si la situation du locataire-gérant avait été irrégulière, « *en présence, par exemple, d'une infraction à une clause du contrat de bail subordonnant la conclusion de la location-gérance à l'accord du bailleur* »¹²⁸, l'absence d'atteinte à un intérêt légitime aurait éventuellement pu être opposée au tiers par le bailleur pour faire obstacle à la demande en réparation. Cette condition d'ordre moral constitue donc un deuxième filtre au service du juge pour rejeter l'action en responsabilité intentée par un tiers à l'encontre d'un contractant.

Parmi les conditions de la responsabilité délictuelle, il en est une qui, bien plus encore que la réalité du dommage et que la légitimité de l'intérêt lésé, constitue un précieux instrument à la disposition du juge lui permettant de conserver un certain contrôle sur les actions en réparation formées par les tiers, en dépit même de l'assimilation des fautes : il s'agit du lien de causalité.

¹²⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 18 janvier 2006, Bull. civ. III, n°19.

¹²⁷ Pendant longtemps, la jurisprudence a subordonné l'indemnisation des victimes à la « *lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé* », ce qui avait pour conséquence d'exclure notamment l'indemnisation des parents ou enfants en l'absence de lien de filiation légalement établi (c'est-à-dire lorsque la filiation naturelle était adultérine ou incestueuse), des fiancés, des frères et sœurs et, surtout, des concubins.

¹²⁸ S. CARVAL, revue précitée, n°3.

2) Le lien causal, nouvelle clé de voûte de la responsabilité des parties à l'égard des tiers

Le lien causal dont il est question en l'espèce, et qui constitue selon nous la pierre angulaire de la responsabilité des contractants à l'égard des tiers, est celui qui unit le manquement contractuel du débiteur et le dommage invoqué par le tiers¹²⁹. Dans son avis sur l'affaire soumise à l'Assemblée plénière le 6 octobre 2006, l'avocat général GARIAZZO soutient qu'il ne faut pas rester figé sur la question du manquement contractuel et de la faute : celui-ci prétend que c'est l'appréciation du lien de causalité qui constitue « *le seul véritable problème* »¹³⁰ de l'action exercée par les tiers, si bien qu'il en vient à proposer la rédaction d'un attendu de principe prenant mieux en compte le lien de causalité : « *un tiers à un contrat peut, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, invoquer son exécution défectueuse dès lors qu'il démontre qu'elle est constitutive, à son égard, d'une faute en lien de causalité avec le dommage qu'il a subi* ». Mais permettons-nous de préciser que l'attendu de principe de l'arrêt du 6 octobre 2006 reflète déjà parfaitement l'importance accordée à cette notion : la Cour prend soin d'y préciser que le tiers peut invoquer le manquement contractuel, « *dès lors que ce manquement lui a causé un dommage* ». L'emploi de la locution conjonctive « *dès lors que* » accentue l'importance de la relation causale entre le manquement et le dommage subi par le tiers victime, étant précisé qu'en l'espèce, la Cour relève que le lien de causalité a été suffisamment caractérisé par les juges du fond¹³¹.

En pratique, le contentieux va donc se nouer autour de deux points : l'existence du manquement contractuel, dont l'existence peut être discutée, et la causalité, qui doit être établie entre le manquement et le dommage du tiers. C'est ce dont témoignent non seulement l'arrêt de

¹²⁹ La définition de ce lien est précisée par A. GARIAZZO, *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n° 651, p.60 : « *c'est très exactement démontrer que cette faute contractuelle revêt, à son égard, un caractère délictuel et est la cause de son préjudice, ou encore, est en lien de cause à effet avec ce préjudice* ».

¹³⁰ A. GARIAZZO, *Bulletin précité*, n° 651, p.60 : « *j'ai tendance à considérer que doctrine et jurisprudence se polarisent trop sur la question de la faute (...) et négligent la question tout aussi essentielle du lien de causalité* ». Celui-ci s'appuie sur l'opinion de J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, Armand Colin, 2^{ème} éd., 2001, p. 115 : « *il semble qu'en réalité le seul véritable problème soit celui de la causalité : il convient de vérifier que le dommage est bien la conséquence de l'inexécution invoquée* ».

¹³¹ Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n°05-13.255, P+B+R+I, *Bull. civ. Ass. plén.* n°9 : « *ayant relevé, par motifs propres et adoptés, que les accès à l'immeuble loué n'étaient pas entretenus, que le portail d'entrée était condamné, que le monte-charge ne fonctionnait pas et qu'il en résultait une impossibilité d'utiliser normalement les locaux loués, la cour d'appel, qui a ainsi caractérisé le dommage causé par les manquements des bailleurs au locataire-gérant du fonds de commerce exploité dans les locaux loués, a légalement justifié sa décision* ».

l'Assemblée plénière du 6 octobre 2006, mais également les arrêts les plus récents qui mettent en œuvre cette décision. En effet, l'arrêt rendu par la deuxième Chambre civile le 10 mai 2007, que nous avons déjà eu l'occasion de citer, illustre relativement bien la discussion à laquelle peut donner lieu l'existence du manquement contractuel¹³². Dans cette affaire, la région Aquitaine agissait en tant que tiers victime contre l'assureur du propriétaire d'un immeuble incendié et non réparé, dont la fragilisation avait entraîné l'effondrement de la falaise à laquelle il était adossé, et en haut de laquelle se trouvait un lycée appartenant à ladite région. L'assureur poursuivi avait attendu plus de deux ans avant de verser à son assuré les sommes qui lui auraient permis d'effectuer des travaux, de consolider l'immeuble incendié, et par voie de conséquence, d'éviter l'effondrement de la falaise. Il prétendait qu'il n'avait commis aucune faute en attendant ainsi avant de payer, diverses vérifications devant être effectuées au préalable, et notamment celle de l'absence d'intention dans l'intervention du sinistre. La deuxième chambre civile estima que les éléments retenus par la cour d'appel (existence d'une expertise amiable arrêtant le montant de l'indemnité, classement de l'enquête pénale, caractère fallacieux des prétextes avancés par l'assureur) étaient suffisants pour établir l'inexécution par l'assureur de ses obligations contractuelles.

Quant-à la causalité, elle est particulièrement mise en valeur dans l'arrêt rendu par la première Chambre civile en date du 27 mars 2007, que nous avons également eu l'occasion de citer. Dans cette affaire, un navire avait sombré en raison de son état de grand délabrement. L'assureur de la cargaison dudit navire forme, en tant que tiers victime, une action en réparation contre le Bureau Veritas qui avait délivré des certificats de navigabilité à l'armateur. L'attendu de l'arrêt rendu par la première Chambre civile expose que « *la faute du Bureau Veritas était la cause directe du préjudice subi* »¹³³. Cette affirmation met parfaitement en exergue l'aspect fondamental de la relation causale entre le manquement et le préjudice. Cette notion pourrait notamment être appréhendée pour écarter un certain nombre de demandes formées par les tiers qui auraient pu, par le passé, être rejetées pour un tout autre motif : celui du défaut de preuve d'une faute délictuelle détachable du contrat. En gommant la spécificité des faits générateurs, la

¹³² Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 2007, pourvoi n°06-13269.

¹³³ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mars 2007, pourvoi n°05-10480 : « *Mais attendu qu'ayant relevé que sans la faute du Bureau Veritas, le Wellborn n'aurait jamais pu prendre la mer, de sorte que le sinistre ne serait pas survenu et qu'en tout cas, la compagnie Groupama n'aurait jamais accepté de garantir la cargaison aux mêmes conditions, la Cour d'appel a pu en déduire que la faute du Bureau Veritas était la cause directe du préjudice subi* ».

Cour n'aurait ainsi fait que déplacer le centre du débat de la nature de la faute à l'analyse de la causalité. Si l'on raisonne sur l'exemple de la violation de la clause de non-concurrence, que nous avons utilisé afin de souligner l'absurdité de l'assimilation des fautes sur le plan pratique, on pourrait ainsi envisager le rejet des demandes formées par les tiers au contrat contenant cette clause, en considérant qu'aucun lien de causalité n'est perceptible entre le manquement (la violation de la clause de non-concurrence) et leur préjudice. Ce raisonnement pourrait certainement être contesté comme étant un « *moyen déguisé de réintroduire une certaine relativité de la faute* »¹³⁴, et son auteur en est bien conscient. Mais il permet, en tous cas, de bien mettre en relief les ressources qui s'offrent au juge par la voie de la causalité, étant précisé que le même raisonnement pourrait notamment être tenu en ce qui concerne l'exemple relatif à la lettre d'intention : la ruine de la société, et par voie de conséquence le préjudice subi par ses créanciers, se seraient produits de la même manière en l'absence d'engagement de soutien de la part de la société mère. D'où l'absence de lien de causalité entre le manquement à cet engagement et le préjudice des tiers, que l'on pourrait éventuellement envisager d'invoquer face à une telle situation.

Selon un auteur, ce serait l'évolution des conditions de la responsabilité délictuelle, et plus particulièrement celle de la définition de la faute civile délictuelle, qui justifierait la formule retenue par l'Assemblée plénière. La faute civile est devenue objective, sans connotation morale, si bien qu'elle « *réside dans la violation d'une prescription en relation de cause à effet avec le dommage* » et se réduit ainsi désormais à un simple fait causal¹³⁵. Quoiqu'il en soit, la formule retenue par la Cour de cassation, soulignant l'importance accordée à la relation causale entre le manquement et le préjudice du tiers, a permis à un auteur influent de conclure à l'opportunité de la prise de position de la Cour quant-à l'assimilation des fautes, et d'affirmer que dès lors qu'un lien de causalité direct était établi entre le manquement et le préjudice du tiers, la responsabilité n'avait « *rien de choquant en droit ni en équité* »¹³⁶, le manquement étant en lui-même, dans ce

¹³⁴ P. ANCEL, « Faut-il " faire avec " ? », *Revue des Contrats*, 2007, p.538, n°27.

¹³⁵ M. BILLIAU, *La Semaine Juridique*, Éd. G, II, 10181, p. 2116 : « *La faute étant ainsi en passe d'être complètement éradiquée de la responsabilité civile au profit de la seule constatation de ce que le dommage est en relation causale avec un simple fait (...), il devient alors évident que l'on ne va pas (ou plus) exiger que le comportement d'un contractant revête la qualification de faute, même appréciée objectivement, pour être de nature à engager sa responsabilité à l'égard d'un tiers sur le fondement de l'article 1382 du Code civil dès lors que celui-ci a subi un dommage qui peut être mis en relation avec l'inexécution constatée* ».

¹³⁶ G. VINEY, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2828.

cas, un fait illicite. L'analyse de cette notion de causalité appréhendée de façon particulièrement souple par le droit français semble ainsi à même de compenser l'abandon de la relativité de la faute contractuelle, qui a fait perdre au juge tout pouvoir d'appréciation quant à l'existence d'une faute délictuelle du débiteur indépendamment de son manquement contractuel. C'est l'idée même exprimée avec éloquence par M. STOFFEL-MUNCK lorsqu'il affirme que : « *les ressources de la causalité lui offrent tout loisir pour débouter l'impudent* »¹³⁷.

Un auteur va plus loin encore, en proposant, sur le terrain de la causalité tel que mis en exergue dans l'arrêt du 6 octobre 2006, une distinction entre dommage direct et dommage médiat¹³⁸. Selon lui, la solution posée par l'Assemblée plénière ne sera respectueuse des deux principes d'opposabilité et de relativité qu'à la condition de refuser l'action délictuelle du tiers victime d'un préjudice médiat, entendu comme le dommage que subit le tiers lorsque l'exécution de l'obligation à laquelle il a été manqué était la condition de la bonne exécution de l'obligation dont le contractant était lui-même débiteur à l'égard de ce tiers. Ce dernier devrait alors se voir ouvrir une action en responsabilité contractuelle. Permettons-nous cependant d'objecter à cet auteur qu'un tel raisonnement ne saurait être tenu par la Cour qu'au prix d'un bouleversement de la jurisprudence actuelle, qui, bien réticente à conférer aux tiers le bénéfice d'une action en responsabilité contractuelle contre les contractants, ne la réserve aujourd'hui qu'à l'ayant-cause à titre particulier dans les chaînes de contrats translatifs de la propriété d'une chose. C'est ce que nous allons pouvoir constater dans le cadre de notre deuxième partie, consacrée à l'étude du régime de la responsabilité des contractants mise en œuvre à l'égard des tiers.

¹³⁷ P. STOFFEL-MUNCK, *Revue des Contrats*, 2007, n°2, p. 587.

¹³⁸ G. WICKER, *Revue des Contrats*, 2007, p. 593, n°23.

PARTIE II : L'hégémonie de la responsabilité délictuelle à l'œuvre dans le cadre du régime de responsabilité des contractants vis-à-vis des tiers

Cette seconde partie est consacrée à l'étude du régime de responsabilité mis en œuvre dans le cadre de l'action en réparation intentée par un tiers à l'encontre d'un contractant. Elle sera pour nous l'occasion d'examiner les conséquences néfastes résultant de la préférence accordée par la Cour au régime délictuel (Section 1), puis de prendre conscience de la mesure dont fait preuve le droit français à l'encontre de la pénétration du tiers dans le contrat (Section 2).

Section 1 : Les incohérences liées à l'extension de la responsabilité délictuelle au bénéfice des tiers

Il convient d'examiner, dans un premier temps, le bouleversement affectant tout à la fois le contrat et la condition des parties (A/), pour mieux comprendre ensuite que celui-ci résulte directement de l'inopportunité d'une solution combinant la mise en œuvre du régime extracontractuel (dont nous pourrions constater qu'il s'est constitué un empire) et du principe de l'assimilation des fautes (B/).

A/ Les différentes manifestations du déséquilibre résultant de l'option pour la responsabilité délictuelle

Dans son arrêt du 6 octobre 2006, l'Assemblée plénière prend soin de préciser que c'est « *sur le fondement de la responsabilité délictuelle* »¹³⁹ que le tiers est autorisé à se prévaloir du manquement contractuel. Comme nous avons déjà eu l'occasion de l'aborder, cette solution est classique : cela fait plus de soixante-dix ans que la Cour affirme que « *si dans les rapports des parties entre elles, les dispositions des articles 1382 et 1383 du Code civil ne peuvent en principe*

¹³⁹ Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n°05-13.255, P+B+R+I, *Bull. civ. Ass. plén.* n°9.

être invoquées pour le règlement de la faute commise dans l'exécution d'une obligation relevant d'un engagement contractuel, elles reprennent leur empire au regard des tiers étrangers au contrat »¹⁴⁰. L'effet dévastateur de cette solution, tant au regard de l'intégrité du contrat que de la condition des contractants, est en revanche beaucoup plus original.

1) L'altération du contrat et le contournement des prévisions du débiteur

En soumettant ainsi l'action du tiers victime aux dispositions propres à la responsabilité civile extracontractuelle, la solution consacrée revient à l'autoriser à procéder à une altération manifeste du contrat, en le vidant d'une partie de son contenu. En effet, le fondement délictuel de l'action en responsabilité aboutit à éluder l'application de l'article 1150 du Code civil écartant la réparation du dommage imprévisible, à tenir en échec les clauses attributives de compétence éventuellement insérées dans le contrat, à écarter les courtes prescriptions, fréquentes en matière contractuelle, à paralyser le jeu des clauses d'évaluation forfaitaire des dommages et intérêts, ou encore l'exigence de la mise en demeure. Si l'on raisonne par exemple sur un contrat de sous-traitance stipulant des pénalités de retard plafonnées, le maître de l'ouvrage qui agit, en tant que tiers audit contrat, sur le terrain délictuel, peut obtenir la réparation intégrale du préjudice résultant pour lui du retard.

Au demeurant, la solution livrée par l'Assemblée plénière aboutit à priver le contractant des divers aménagements légaux ou conventionnels (clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité) sur la foi desquels il avait pu s'engager. Il est pourtant fréquent que ce soit la possibilité d'opposer des restrictions conventionnelles de responsabilité qui emporte le consentement du débiteur contractuel, sans laquelle celui-ci n'aurait pas conclu le contrat, ou l'aurait conclu, mais à des conditions (notamment de prix) bien différentes. On peut, par exemple, imaginer qu'un contractant s'engage à transporter une marchandise dans un délai particulièrement bref, mais seulement parce qu'il a réussi à imposer à son créancier, en contrepartie, une limitation de sa responsabilité dans son montant. Or, si un dommage est subi par un tiers du fait du retard dans le transport de la marchandise, le débiteur va se voir opposer cet engagement sans aucune contrepartie.

¹⁴⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 22 juill. 1931, DH 1931, p. 506.

L'ensemble de ces conséquences aboutit à ruiner l'équilibre général du contrat en bouleversant les prévisions contractuelles en considération desquelles les parties avaient stipulé. Il semblerait que ce bouleversement général du contrat et de la situation du débiteur contractuel résulte, comme l'a souligné un auteur, d'un choix politique¹⁴¹ qui implique que l'on prive le débiteur du régime de responsabilité qu'il avait prévu.

Si l'application de la responsabilité délictuelle confère ainsi à l'engagement du débiteur une portée qu'il n'a jamais eu, il convient cependant de préciser que la solution de l'Assemblée plénière n'ignore pas totalement ses prévisions: si le tiers échappe aux limitations de responsabilité stipulées au contrat, il ne peut se soustraire aux clauses dites de non-obligation, par lesquelles le débiteur exclut certaines de ses obligations lors de la définition du périmètre du contrat en amont. On peut ainsi, par exemple¹⁴², envisager le cas d'un débiteur qui prend soin de ne contracter qu'une obligation de moyens ; dans ce cas, en l'absence de résultat, la clause par laquelle le débiteur limite ainsi l'étendue de son obligation restera une parade utile à l'action du tiers. La preuve du manquement contractuel, qui conditionne désormais seule le droit à réparation du tiers (au-delà de la preuve de la réalité du dommage, de la légitimité de l'intérêt lésé et du lien de causalité) sera moins aisée à rapporter.

Cette réserve étant faite, il convient en outre de distinguer, comme le suggère un auteur, entre ce qui relève de la substance des obligations prévues au contrat et ce qui « *ne fait que conditionner l'exercice de l'action en réparation* »¹⁴³. En effet, ce qui, dans le contrat, touche à la substance même des obligations ne devrait pas pouvoir être écarté dans le cadre d'une action en réparation exercée par un tiers. A l'inverse, certaines clauses, telles celles relatives à la compétence juridictionnelle, n'affectent pas le droit substantiel à réparation et devraient ainsi pouvoir être tenues en échec dans le cadre de l'action d'un tiers. Cette distinction est susceptible de générer des difficultés quant-à sa mise en œuvre. A ce titre, on pense notamment aux clauses

¹⁴¹ J.-P. TOSI, « Le manquement contractuel dérelativisé », in *Rupture, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004, p. 479, n°13, qui met en évidence ce « *choix de politique judiciaire* », de concert avec Ph. CONTE.

¹⁴² Pour un autre exemple, cf. P. ANCEL, « Faut-il « faire avec » ? », *Revue des Contrats*, 2007, p.538, n°28 : celui-ci donne l'exemple d'un exploitant de parking s'exonérant de l'obligation de surveillance des véhicules ; dans ce cas, le tiers qui a laissé objet lui appartenant dans une voiture garée ne pourra pas obtenir réparation du vol de cet objet, sauf à prouver l'existence d'une faute délictuelle spécifique de la part de l'exploitant du parking.

¹⁴³ P. ANCEL, revue précitée, n°29.

stipulant l'exigence d'une mise en demeure du débiteur préalable à l'exercice d'une demande en réparation pour retard : l'opposabilité au tiers d'une telle exigence dépendra effectivement de la conception que l'on en a¹⁴⁴, selon qu'elle affecte ou non selon nous le droit substantiel à réparation.

Mais l'option pour la responsabilité délictuelle ne se contente pas de cette sévérité à l'égard du débiteur et de ses prévisions contractuelles, elle s'avère également présenter un caractère discriminatoire à l'égard d'autres personnes, en particulier à l'encontre du créancier contractuel.

2) Une différence de traitement peu rationnelle par rapport au créancier et à certains tiers

Comme nous venons de le constater, l'utilisation du régime de la responsabilité délictuelle permet au tiers, non seulement d'éviter certaines clauses du contrat telles que celles qui aménagent la réparation ou limitent la responsabilité, mais également de se voir appliquer des règles de compétence et de prescription différentes de celles auxquelles aurait été soumis le cocontractant si c'était lui qui avait eu à se plaindre de l'inexécution. Tout cela lui confère une position plus avantageuse et des droits bien plus étendus vis-à-vis du débiteur de la prestation inexécutée que ceux dont dispose le créancier contractuel lui-même.

Si l'on raisonne à partir des faits en cause dans l'arrêt du 6 octobre 2006, le contrat de bail comportait une clause de non-responsabilité dont l'existence était, à ce propos, invoquée par le deuxième moyen de cassation pour contester la condamnation prononcée par la cour d'appel. L'Assemblée plénière a cependant estimé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur ce moyen qui, selon elle, n'aurait pas été « *de nature à permettre l'admission du pourvoi* »¹⁴⁵. Le rejet du pourvoi a donc eu pour conséquence de valider l'action en réparation du tiers et de lui permettre d'être indemnisé du préjudice subi, alors même que cette indemnisation, comme on a déjà pu le faire remarquer¹⁴⁶, aurait été refusée au preneur s'il avait lui-même exploité le fonds et intenté

¹⁴⁴ M. BILLIAU, *La Semaine Juridique*, Éd. G, II, 10181, p. 2116 : celui-ci estime que l'exigence de mise en demeure n'est pas opposable au tiers victime.

¹⁴⁵ Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n°05-13.255, P+B+R+I, *Bull. civ. Ass. plén.* n°9.

¹⁴⁶ G. VINEY, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2828.

une action en réparation en se prévalant du même manquement et en invoquant le même dommage. Il y a donc là une discrimination manifeste à l'encontre du créancier contractuel qui, bien que dans une situation comparable à celle du tiers, ne se verrait pas appliquer un traitement identique.

Dans le même ordre d'idées, il convient d'ajouter que les tiers conservent par ailleurs la possibilité d'intenter une action contre le débiteur contractuel sur le fondement de la responsabilité du fait des choses, si bien sûr toutes les conditions en sont réunies. Or, comme a pu le faire remarquer un auteur¹⁴⁷, le bénéfice de cette source de responsabilité est refusé au créancier contractuel par le jeu du principe du non-cumul. Il y a donc là une nouvelle manifestation de l'inégalité injustifiée mise en œuvre au profit du tiers.

Une réserve non négligeable au traitement favorable réservé au tiers doit cependant être émise : si, d'un côté, l'action délictuelle lui permet d'éviter les règles contractuelles qui protègent le débiteur, elle le prive en même temps des règles contractuelles qui avantagent le créancier. On pense notamment aux clauses pénales, qui non seulement dispensent le créancier de rapporter la preuve de son dommage, mais peuvent en outre lui procurer une indemnisation nettement supérieure au montant de celui-ci, bien qu'elles soient toujours susceptibles de réduction judiciaire. On pense également aux astreintes conventionnelles ou aux clauses attributives de compétence favorables au créancier. Quant à l'exécution en nature du contrat, elle doit en principe être réservée au bénéfice du créancier, à l'exclusion du tiers.

Cette réserve étant faite, il nous reste à signaler un autre aspect discriminatoire résultant de l'option pour le régime délictuel : il s'agit de l'inégalité entre les différents tiers victimes de l'inexécution d'un contrat. En effet, nous en sommes désormais bien conscients, les tiers « ordinaires » bénéficient aujourd'hui de l'assimilation des fautes et peuvent agir par la voie délictuelle pour obtenir la réparation d'un dommage résultant d'un manquement contractuel. Il nous reste cependant à prendre conscience du fait qu'à l'inverse, les tiers victimes de l'inexécution d'un contrat translatif de propriété ne peuvent se prévaloir de l'inexécution du contrat que par la voie contractuelle et peuvent, de ce fait, se voir opposer toutes les exceptions

¹⁴⁷ P. ANCEL, revue précitée, n°11.

tirées de ce contrat. Précisons dès maintenant que cette seconde catégorie de tiers ne constitue plus aujourd'hui qu'une exception, le principe étant celui du fondement délictuel de l'action du tiers, comme nous aurons l'occasion de l'approfondir un peu plus tard au cours de notre étude. Mais il n'en va pas moins qu'une inégalité fâcheuse résulte de cette différence de traitement, celle-ci étant d'autant plus injustifiée en l'espèce que, comme a très justement pu le faire remarquer un auteur, le sous-acquéreur ou le maître de l'ouvrage font partie des tiers les plus directement intéressés à la bonne exécution du contrat originaire. Ce sont ceux « *pour lesquels l'incidence dommageable du manquement contractuel originaire (c'est-à-dire le défaut de la chose) est le plus immédiatement prévisible* »¹⁴⁸.

Les conséquences pratiques de l'option pour le régime délictuel sont donc sensibles. L'application du régime extracontractuel à l'action du tiers affecte en effet profondément l'intégrité du contrat. Elle méconnaît fortement les prévisions du débiteur contractuel, favorise considérablement le tiers victime par rapport au créancier contractuel victime et introduit de fâcheuses inégalités entre les différentes catégories de tiers victimes, si bien qu'il ne paraît nullement exagéré de parler d'une situation de crise.

B/ Responsabilité délictuelle et assimilation des fautes : une conjonction inopportune à l'origine de la crise

Nous avons eu l'occasion d'avancer plus haut que le choix effectué en faveur de la responsabilité délictuelle était classique, mais que le caractère dévastateur (que nous venons de présenter) des effets de cette prise de position était bien plus original. La question qui se pose désormais est donc celle de savoir pour quelles raisons une solution si classique emporte-t-elle par ailleurs aujourd'hui des effets bien plus importants et bien plus graves sur le plan pratique que ceux qu'elle pouvait entraîner jusqu'à une période récente et même depuis sa consécration. Nous allons ainsi pouvoir constater que c'est la consécration du principe de l'assimilation des fautes qui, associée au maintien du régime délictuel de l'action du tiers, aboutit à des solutions pratiques insatisfaisantes.

¹⁴⁸ P. ANCEL, revue précitée, n°30.

1) Une illustration supplémentaire de la pratique du « cherry-picking »

La pratique du « cherry-picking » se manifeste dans différents domaines. En matière financière, elle consiste à sélectionner les seuls éléments qui semblent a priori intéressants dans une opération ou dans un marché global. En droit international privé, elle désigne cette pratique abusive consistant, pour les parties, à soumettre leur contrat aux seules dispositions de la législation d'un État qui leur sont favorables, tout en laissant de côté celles qui leur conviennent moins¹⁴⁹.

Ce que nous prétendons ici, c'est que la mise en œuvre du droit positif en matière de responsabilité des parties à l'égard des tiers donne lieu à une manifestation supplémentaire du « cherry-picking ». En effet, autoriser un tiers à se prévaloir d'une inexécution, tout en soumettant son action aux règles propres à la matière extracontractuelle revient à lui permettre de tirer parti du contrat, tout en écartant l'application des dispositions qui ne lui profitent pas, telles que, nous l'avons vu plus haut, les clauses limitatives de responsabilité. C'est donc à un arbitrage « *en demi-teinte* »¹⁵⁰ qu'a procédé l'Assemblée plénière dans son arrêt du 6 octobre 2006 : le tiers est admis à se servir du contrat pour fonder son action sans pour autant être soumis à l'ensemble des règles qui s'appliquent aux contractants.

Mais c'est également dans le cadre de la recherche d'un fondement à la mise en œuvre combinée de l'assimilation des fautes et de la responsabilité délictuelle que s'illustre à nouveau la pratique du « cherry-picking ». En effet, pour justifier la solution consacrée, on se réfère le plus souvent à la distinction de l'opposabilité du contrat et de son effet relatif. Parce que le tiers peut, au nom de l'opposabilité, se prévaloir de la violation du contrat, il bénéficie des stipulations de celui-ci ; mais en même temps, parce que, au nom de l'effet relatif, son action est une action extracontractuelle, il ne peut se voir opposer les règles légales et les clauses du contrat limitant le

¹⁴⁹ La convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles confère en effet aux parties une très grande liberté dans la désignation de la loi applicable à leur contrat. L'article 3-1 de ladite convention leur permet notamment d'effectuer un choix partiel : les parties peuvent désigner plusieurs lois, applicables chacune à une partie de leur contrat, ou une seule loi, en spécifiant que celle-ci ne régit qu'une partie du contrat. Par ce mécanisme dit du « dépeçage » du contrat, les parties peuvent en quelque sorte choisir les règles impératives qui s'appliqueront à leur contrat, la seule limite étant la cohérence du contrat. Il est ainsi concevable que certaines clauses particulières du contrat (clause d'arbitrage ou clause de force majeure, par exemple) soient soumises à une loi différente de celle qui s'applique à l'ensemble du contrat, d'où la possibilité de parler de « cherry-picking ».

¹⁵⁰ C. LACROIX, *LPA*, 2007, n°12, p.16.

droit à réparation du contractant ou qui l'enferment dans des contraintes procédurales particulières. L'argument de l'opposabilité, qui sert à justifier l'assimilation des fautes, ne joue donc plus lorsqu'il s'agit de déterminer le régime de l'action. Il y a là une profonde incohérence qui provient directement du phénomène du « cherry-picking » : on n'applique le principe de l'opposabilité que dans la mesure où il favorise l'indemnisation du tiers, tout en écartant sa mise en œuvre dans les cas où elle viendrait à rendre la tâche plus difficile audit tiers.

Le recours à l'opposabilité du contrat *par* les tiers est autorisé pour justifier la règle de l'identité des fautes, tandis que l'opposabilité du contrat *aux* tiers, qui permettrait au débiteur d'opposer au tiers les stipulations contractuelles, est prohibée. Cette attitude est fortement contestée en doctrine, notamment par un auteur qui affirme que « *si l'opposabilité du contrat par les tiers est permise, une élémentaire exigence de cohérence imposerait d'autoriser parallèlement le débiteur à opposer aux tiers le contrat avec ses stipulations et ses règles, en lui permettant d'invoquer d'éventuelles restrictions conventionnelles ou légales de responsabilité ou encore une clause attributive de compétence, une courte prescription, etc.* »¹⁵¹.

C'est donc bien dans le fait de permettre au tiers de s'appuyer sur le contrat pour fonder son action en responsabilité contre le débiteur tout en soumettant cette action au régime délictuel que réside l'origine de la situation de crise dont nous avons eu l'occasion de présenter les caractéristiques. Et pourtant, comme on a déjà eu l'occasion de le souligner, dès lors que le tiers bénéficie de la règle de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle, il n'est plus « *qu'artificiellement considéré comme extérieur au contrat* »¹⁵² et ne se voit plus qu'artificiellement, pourrait-on ajouter, appliquer le régime délictuel de responsabilité. On donne en quelque sorte au tiers « *le beurre et l'argent du beurre* »¹⁵³, soit la possibilité de cumuler les avantages du contractuel et du délictuel, ce qui revêt un caractère particulièrement choquant et inopportun. On sacrifie finalement la condition des contractants et l'équilibre du contrat pour satisfaire pleinement la demande d'indemnisation du tiers.

¹⁵¹ P. JOURDAIN, *RTD civ.*, Janvier/Mars 2007, p. 123 et s., lequel ajoute que « *décider le contraire, comme le fait actuellement la jurisprudence, conduit à conférer à la victime un avantage injustifié par rapport au créancier, celui d'opposer le contrat sans se le voir opposer, et à bafouer les prévisions du débiteur qui s'attend légitimement à n'être tenu pour des fautes strictement contractuelles que dans les termes du contrat* ».

¹⁵² C. LACROIX, *Les Petites Affiches*, 2007, n°12, p.16.

¹⁵³ P. ANCEL, revue précitée, n°11.

Le tiers « ordinaire » bénéficiant de l'application du droit positif français peut puiser dans le contrat ce qui lui est profitable tout en évitant ce qui pourrait lui nuire : qui pouvait rêver de mieux ? La voie choisie par le droit allemand est bien loin de suivre ce schéma adopté en droit français ; la raison en est simple : les conceptions de la responsabilité délictuelle retenues par les deux pays diffèrent sensiblement.

2) La conception restrictive de la responsabilité délictuelle en droit allemand

Il s'agit ici d'enrichir notre étude par la mise en perspective des techniques juridiques applicables en matière de responsabilité des parties à l'égard des tiers en droit allemand, dont la spécificité par rapport au droit français mérite d'être relevée.

En droit français, le principe de non-cumul des responsabilités permet de distinguer entre les tiers soumis aux dispositions du contrat, et ceux qui ne le sont pas, mais qui peuvent invoquer l'inexécution du contrat à titre de faute délictuelle pour obtenir l'équivalent de la prestation contractuelle. En l'absence de principe de non-cumul en droit allemand, on tente de distinguer les deux types de responsabilités par leurs fonctions respectives ; la jurisprudence allemande est ainsi venue établir une distinction entre les intérêts d'usage et d'équivalence générés par le contrat, et l'intérêt d'intégrité, protégé par la responsabilité délictuelle. Une différence fondamentale entre les deux droits résulte du refus du droit allemand d'utiliser la responsabilité délictuelle pour attribuer à des tiers le bénéfice d'une action contractuelle, contrairement au droit français, lequel octroie aux tiers la possibilité d'utiliser la voie délictuelle pour obtenir l'équivalent d'une prestation contractuelle.

Comme nous avons déjà eu l'occasion de l'évoquer au cours de notre étude, l'assimilation de la faute contractuelle aux délits est particulièrement tentante en France, en raison notamment des termes très généraux de l'article 1382 du Code civil, celui-ci n'effectuant aucune distinction selon la nature de la faute commise. Cette souplesse du droit de la responsabilité délictuelle en France permet aux tiers d'être protégés sans pour autant passer par un gonflement artificiel de la sphère contractuelle, étant précisé qu'elle permet en même temps aux tiers de profiter indirectement d'une prestation contractuelle, ce qui est bien plus contestable.

A l'inverse, en droit allemand, les contraintes résultant d'une conception restrictive de la responsabilité délictuelle¹⁵⁴ ont conduit à une extension artificielle du champ contractuel au profit de certains tiers. Ces contraintes découlent directement des textes applicables, qui énumèrent de façon limitative les faits générateurs de responsabilité, et du caractère relativement restrictif du régime de responsabilité délictuelle qui les encadre. Les deux textes en question, qui servent de fondement à la sanction, sont les § 823 et § 826 du BGB. En effet, en vertu du § 823 I du BGB,

*« quiconque porte illicitement atteinte, intentionnellement ou par imprudence, à la vie, à l'intégrité corporelle, à la santé, à la liberté, au droit de propriété ou à un autre droit d'autrui est tenu envers autrui de réparer le dommage qui en résulte »*¹⁵⁵.

Seuls les intérêts explicitement visés par cette règle sont donc protégés : ceux qui, à l'inverse, ne sont pas compris dans cette énumération ne sont en principe pas générateurs de responsabilité sur le fondement du § 823 I du BGB. Le deuxième alinéa du § 823 du BGB prévoit, quant-à lui, la réparation du dommage résultant de la violation fautive d'une loi de protection, dont le but est de protéger des intérêts particuliers. Le législateur entend ainsi se réserver la possibilité d'étendre la responsabilité délictuelle à des intérêts divers.

Quant-au § 826 du BGB, il sanctionne les faits qui sont moralement condamnables. Selon ce texte, en effet,

« quiconque cause intentionnellement et de façon contraire aux bonnes mœurs un dommage à autrui doit le réparer ».

Ce texte, qui sanctionne donc les agissements jugés contraires aux bonnes mœurs, a notamment été utilisé par la jurisprudence pour sanctionner l'abus de droit, la fraude à la loi, ou le fait de donner, en connaissance de cause, de fausses informations. La référence au standard des bonnes mœurs a également été utilisée pour protéger les droits personnels contre certaines atteintes intentionnelles, telles que l'incitation à la violation d'un contrat, étant précisé que la

¹⁵⁴ R. WINTGEN, *Étude critique de la notion d'opposabilité, les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand*, LGDJ 2004, n°301.

¹⁵⁵ Traduction de F. FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997, n°367.

jurisprudence apprécie « *plutôt sévèrement* » la moralité du comportement du tiers¹⁵⁶. A notamment été retenu comme une incitation à la violation d'un contrat contraire aux bonnes mœurs le fait de proposer une offre particulièrement avantageuse¹⁵⁷ ou la prise en charge, par le tiers, des dommages et intérêts que le débiteur pourrait devoir au créancier¹⁵⁸.

Ces trois règles, prévues au § 823 I et II, et au § 826 du BGB, définissent donc les comportements fautifs devant entraîner la responsabilité de leur auteur. Et malgré quelques assouplissements jurisprudentiels¹⁵⁹, la responsabilité délictuelle reste nettement plus restrictive en droit allemand qu'en droit français. C'est ce qui explique l'extension du champ contractuel au profit de certains tiers.

Le droit allemand compense en effet le caractère restrictif de son régime de responsabilité délictuelle par une extension artificielle du champ contractuel au profit de certains tiers. Cette dernière est réalisée par l'intermédiaire de deux mécanismes d'origine jurisprudentielle qui tendent ainsi tous deux à combler les lacunes de la responsabilité délictuelle : il s'agit du « contrat avec effets protecteurs pour les tiers » et de la « liquidation d'une indemnité pour compte de tiers ».

A partir du mécanisme de la stipulation pour autrui, la jurisprudence a créé « le contrat avec effets protecteurs pour les tiers » afin de reconnaître à certains tiers un droit à réparation en cas d'exécution défectueuse du contrat, notamment en matière de violation d'une obligation de sécurité ou d'information. La jurisprudence semble considérer qu'il s'agit là d'un mécanisme objectif, directement fondé sur le principe de bonne foi (§ 242 BGB) et retient traditionnellement trois conditions qui doivent être remplies pour qu'un tiers puisse bénéficier de l'effet protecteur¹⁶⁰. Il faut d'abord que le tiers se trouve dans une situation de proximité au contrat, c'est-à-dire qu'il soit autant exposé aux risques d'une inexécution que le créancier ou qu'il ait vocation à bénéficier de la prestation fournie. Il faut ensuite que le créancier ait intérêt à ce que le tiers bénéficie de l'obligation contractuelle. Et la jurisprudence exige enfin que le débiteur puisse

¹⁵⁶ R. WINTGEN, thèse précitée, n°201.

¹⁵⁷ BGH 23 avr. 1999, NJW-RR 1999, 1186.

¹⁵⁸ BGH 2 juin 1981, NJW 1981, 2184.

¹⁵⁹ R. WINTGEN, thèse précitée, n°306.

¹⁶⁰ R. WINTGEN, thèse précitée, n°316.

prévoir l'étendue de sa responsabilité et qu'il ait donc connaissance du nombre de tiers protégés. Proximité, intérêt du créancier, et prévisibilité : ces trois conditions traditionnelles ont progressivement été assouplies, mais elles sont aujourd'hui complétées par une condition de subsidiarité qui freine considérablement l'extension du champ contractuel. L'admission d'un effet protecteur du tiers suppose en effet désormais que ce tiers ait besoin de cette protection, ce qui exclut notamment toutes les hypothèses de « groupes de contrats », dans lesquelles le tiers dispose d'un recours de même nature contre le créancier direct : on assiste ainsi à l'exclusion du sous-locataire, qui peut intenter une action contre le locataire plutôt que d'agir en tant que tiers contre le bailleur principal, ou encore du sous-acquéreur, lequel peut agir contre l'acquéreur plutôt que de rechercher la responsabilité du fabricant.

Un autre mécanisme d'origine prétorienne a vu le jour en Allemagne afin d'étendre le bénéfice du contrat à des destinataires indirects de la prestation : il s'agit de « la liquidation d'une indemnité pour le compte d'un tiers ». Elle permet avant tout de corriger les résultats d'un déplacement fortuit de la charge du dommage, notamment lorsque ce dernier n'atteint pas directement le propriétaire d'un bien, mais qu'il affecte les intérêts d'un tiers¹⁶¹. Dans ce cas en effet, la personne qui subit le dommage n'est pas celle qui est titulaire de l'action en responsabilité. Une telle configuration vise notamment les hypothèses de représentation imparfaite et de transfert des risques préalable au transfert de propriété. La jurisprudence permet alors au titulaire de l'action en responsabilité de « liquider » l'indemnité pour le compte de celui qui a subi le dommage, étant précisé qu'une fois de plus, les chaînes de contrats sont exclues du champ d'application de ce mécanisme correcteur.

Le système allemand de responsabilité des parties vis-à-vis des tiers, qui repose sur une extension du champ contractuel, est donc opposé au système français, lequel procède au contraire à une extension de la responsabilité délictuelle au bénéfice des tiers qui méritent d'être protégés contre les faits des parties contractantes. Cette divergence s'explique, on l'a vu, par des conceptions opposées de la responsabilité délictuelle dans chacun des deux pays : conception très restrictive en droit allemand, et d'une souplesse considérable du côté du droit français.

¹⁶¹ R. WINTGEN, thèse précitée, n°323.

Au-delà du droit allemand, les autres droits étrangers ont également leurs techniques juridiques propres en la matière, mais ils aboutissent souvent tous à un résultat identique, à savoir la possibilité pour le tiers, victime de l'exécution défectueuse d'un contrat, d'obtenir la réparation de son préjudice. Pour autant, la perspective d'unification des différentes législations n'apparaît pas d'actualité ; c'est ce dont témoigne le silence gardé par la « commission Lando » en vue de l'unification du droit européen des contrats dans le cadre de l'élaboration des « Principes du droit européen des contrats », lesquels ne font en effet aucune référence directe à la question de l'opposabilité du contrat aux tiers ou par les tiers.

Pour l'heure, chaque État reste donc maître de sa conception de l'opposabilité du contrat et des conséquences qu'il faut en tirer. Et en dépit même des incohérences résultant de la mise en œuvre du régime délictuel, le droit positif français semble opter pour une pénétration de plus en plus mesurée du tiers dans le contrat.

Section 2 : La réticence afférente à l'intégration des tiers dans la sphère contractuelle

Si la Cour de cassation a toujours admis qu'en règle générale, l'action du tiers qui se plaint des conséquences d'un manquement contractuel est soumise au régime délictuel, elle a cependant eu l'occasion de créer deux catégories d'exceptions pour lesquelles on assistait traditionnellement à l'application du régime contractuel. Ce mouvement de « contractualisation » à l'égard des tiers concernait d'une part, les actions en responsabilité intentées par les victimes par ricochet, et d'autre part, celles exercées entre les membres d'une chaîne de contrats. Il convient cependant de noter que ces deux catégories d'exceptions font respectivement l'objet d'un net recul en droit positif au profit d'une extension de la responsabilité délictuelle (A/). Dans un tel contexte, il est aisé d'imaginer la révolution que provoquerait l'octroi, tel qu'envisagé par l'article 1342 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations, d'une action contractuelle au bénéfice de tous les tiers sans distinction (B/).

A/ Une évolution avérée du droit positif en faveur du « tout délictuel »

1) Le déclin de la stipulation pour autrui tacite au profit des victimes par ricochet

L'intérêt pour nous étant de situer les enjeux de la stipulation pour autrui en droit positif français, nous ne nous attarderons pas sur les conditions de mise en œuvre d'un tel mécanisme.

La stipulation pour autrui fait naître un droit direct du bénéficiaire contre le promettant, indépendamment de l'acceptation du bénéficiaire, et ceci dès la stipulation. Elle permet au tiers d'exiger d'une partie l'exécution, à son profit, d'une obligation contractuelle. C'est donc une véritable exception au principe de l'effet relatif¹⁶², puisque le bénéficiaire est créancier du promettant sans avoir été partie au contrat. L'acceptation de ce dernier produit cependant un effet fondamental : elle consolide son droit de créance en le rendant irrévocable.

¹⁶² Selon les termes mêmes de l'article 1165 du code civil, elle constitue la seule exception au principe en vertu duquel les conventions ne profitent point aux tiers.

La stipulation pour autrui était interdite en droit romain et dans l'ancien droit, car elle était contraire à l'idée selon laquelle l'obligation est un lien entre deux parties déterminées. En parfaite harmonie avec la règle de droit romain « *alteri stipulari nemo potest* »¹⁶³, l'article 1119 du Code civil pose le principe de la prohibition de ce mécanisme. Mais la solution évolua progressivement et la validité de la stipulation pour autrui a été admise à titre exceptionnel par l'article 1121 du même code, dans deux cas : d'une part, dans le cadre de la donation *sub modo*, lorsqu'elle est la condition de la donation que l'on fait à un autre ; et d'autre part, lorsqu'elle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même, c'est-à-dire toutes les fois que le contrat présente un intérêt pour le stipulant. Ces deux exceptions ont fait l'objet d'une interprétation extensive en jurisprudence, si bien qu'à la fin du XIX^{ème} siècle et au cours du XX^{ème} siècle, la stipulation pour autrui a pris une grande importance¹⁶⁴, notamment dans le cadre des contrats d'assurance-vie. Dans cette dernière hypothèse, le mécanisme consiste, pour un assuré (le stipulant), à stipuler d'un assureur, qui sera le promettant, qu'il remettra au décès de l'assuré une contribution à sa veuve ou à ses enfants qui seront les bénéficiaires.

Puis, à une époque où la responsabilité délictuelle connaissait encore quelques limites en droit français, la jurisprudence a été amenée à admettre l'existence d'une stipulation pour autrui tacite. Cette dernière a pour but de faire bénéficier les victimes par ricochet d'un contractant décédé lors de l'exécution d'un contrat, d'une action en responsabilité contractuelle contre le cocontractant auteur du dommage. Elle a notamment permis, pendant des décennies, d'étendre le bénéfice de certaines obligations de sécurité aux victimes par ricochet, et notamment de celle que contient le contrat de transport. En effet, il y a désormais bien longtemps que la jurisprudence a découvert, dans chaque contrat de transport, une obligation de sécurité de résultat qui consiste en un engagement d'amener le cocontractant voyageur à destination sain et sauf¹⁶⁵. C'est dans le but de faire profiter les proches des voyageurs décédés de cette présomption de faute du transporteur que la jurisprudence a admis cette stipulation pour autrui implicite. Cette jurisprudence a été étendue en 1995 aux victimes par ricochet d'une personne décédée à la suite d'une transfusion

¹⁶³ Nul ne peut stipuler pour autrui.

¹⁶⁴ La stipulation pour autrui a pris une ampleur telle que certains ont été amenés à affirmer qu'« *il ne reste rien de la règle alteri stipulari nemo potest* » : F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 8^{ème} édition, n°516 *in fine*.

¹⁶⁵ Cette obligation de sécurité est plus exactement née d'un arrêt Cass. civ., 21 nov. 1911.

sanguine, le contrat de transfusion des produits sanguins contenant une obligation de sécurité de résultat.

Cette création jurisprudentielle a cependant fait l'objet de nombreux griefs en doctrine. On a d'abord critiqué sa fictivité, dans la mesure où elle est loin de correspondre à la volonté des parties : ce sont bien plus des principes extérieurs au contrat (le risque, l'équité, etc.) qui fondent les droits reconnus aux victimes d'accidents corporels. On a ensuite regretté l'arbitraire qu'elle engendre, dès lors qu'elle n'a été consacrée que dans certaines situations contractuelles à l'exclusion de bien d'autres, sans que les motifs justifiant cette limitation apparaissent clairement.

On a enfin eu l'occasion de lui reprocher d'aboutir à l'ouverture d'une option au profit des victimes entre les responsabilités délictuelle et contractuelle, en violation du principe de non-cumul. En effet, s'il accepte le bénéfice de la stipulation pour autrui, le bénéficiaire dispose d'une action en responsabilité contractuelle. Mais s'il n'en veut pas, il peut toujours refuser le bénéfice de la stipulation afin de profiter des avantages que l'évolution du régime délictuel lui permet d'espérer, tout en échappant aux limitations de responsabilité insérées dans le contrat. Cette précision réduit considérablement l'utilité de la stipulation pour autrui en droit français, où l'on connaît aujourd'hui en matière de responsabilité délictuelle un avantage probatoire significatif tiré de la consécration de la règle de l'assimilation des fautes. Il n'est donc guère surprenant que la Cour de cassation ait récemment abandonné le recours à la stipulation pour autrui tacite au profit des victimes par ricochet. Tel a notamment été le cas dans le domaine de la responsabilité médicale, où les victimes par ricochet ont été admises dès 2001, pour prouver une faute délictuelle, à invoquer le manquement contractuel d'un centre de transfusion sanguine à une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les produits sanguins qu'il cède¹⁶⁶.

Mais un arrêt dit *Consult Voyages* de la première Chambre civile de la Cour de cassation en date du 28 octobre 2003 est encore plus particulièrement révélateur de l'abandon progressif de la stipulation pour autrui tacite au bénéfice des proches de la victime directe, et de cette évolution vers le « tout délictuel ». Dans une affaire où étaient en cause les règles de conflits de lois

¹⁶⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 13 février 2001, Bull. 2001, I, n°35: il s'agissait plus précisément d'une action intentée par la fille d'un homme décédé des suites d'une contamination par le VIH.

applicables à l'action en responsabilité, et s'agissant de l'action de parents d'une victime décédée lors d'un voyage à l'encontre de l'agence organisatrice, la première Chambre exclut l'existence d'une stipulation tacite pour autrui et fait application de l'article 1382 du code civil pour indemniser les ayants-droit de la victime¹⁶⁷. La Cour semble désormais entendre limiter l'admission de stipulations pour autrui tacites à celle que prévoit l'article 1122 du code civil lorsqu'il dispose que l'on est censé avoir stipulé pour soi « *et pour ses héritiers ou ayants-cause* ». Cette interprétation reposant sur une analyse restrictive de la Cour a eu l'occasion d'être jugée « *la plus plausible* »¹⁶⁸.

Même si elle n'est pas totale¹⁶⁹, la remise en cause de la stipulation pour autrui paraît aujourd'hui bien entamée. On ne peut qu'approuver une telle solution : d'une part, elle marque le déclin d'une institution affectée de nombreux vices. D'autre part, elle permet d'éviter la multiplication des exceptions au principe de la relativité des conventions. Certains ont cependant regretté que l'Assemblée plénière n'ait pas recours à la notion de stipulation pour autrui tacite¹⁷⁰ dans l'affaire qui lui était soumise le 6 octobre 2006. Car s'il s'agit d'une notion purement fictive, elle aurait sans doute revêtu un degré de fictivité bien moindre que l'assimilation des fautes à laquelle a eu recours la formation solennelle, d'autant plus que le manquement contractuel en question était bien loin, rappelons-le, de pouvoir être réduit à la simple violation d'un devoir général.

La remise en cause de la stipulation pour autrui constitue une illustration supplémentaire du déclin de la responsabilité contractuelle et d'une nouvelle approche consacrant le « tout délictuel ».

¹⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 28 oct. 2003, Bull.2003, I, n°219. Le motif exact du rejet est le suivant : « *attendu que l'arrêt, après avoir énoncé que les demandeurs, victimes par ricochet, n'étaient pas ayants cause de leurs parents décédés, n'agissant ni en qualité de cessionnaires, ni d'héritiers, a exactement décidé qu'ils ne pouvaient pas bénéficier d'une stipulation pour autrui implicite au titre du contrat de voyage, de sorte qu'il était exclu que leur action soit fondée sur la responsabilité contractuelle de l'agence de voyages* ».

¹⁶⁸ P. JOURDAIN, *RTD civ.*, Janvier/mars 2004, n°2, p. 96.

¹⁶⁹ La notion de stipulation pour autrui a notamment été reprise par la Cour de cassation le 20 octobre 2005 à propos d'une action en responsabilité dirigée contre l'Établissement français du sang par une personne qui avait été contaminée et qui fondait son action sur le contrat liant cet établissement à l'hôpital : Civ. 2^{ème}, 20 oct. 2005, Bull. civ. II, n°274.

¹⁷⁰ P. ANCEL, « Faut-il "faire avec" ? », *Revue des Contrats*, 2007, p. 538, n°22.

2) Le recul des actions directes dans les chaînes de contrats

L'analyse du droit positif concernant la deuxième catégorie d'exceptions à l'application du régime délictuel, telle que consacrée par la Cour de cassation, apparaît également en net recul. On définit traditionnellement les groupes de contrats comme correspondant à la situation dans laquelle deux ou plusieurs contrats sont liés entre eux, de telle sorte que les événements affectant l'un sont susceptibles d'avoir un effet sur les autres¹⁷¹. Les chaînes de contrats constituent une forme particulière de groupe de contrats. Elles se caractérisent par une succession de contrats conclus entre différentes personnes et ayant le même objet, à la différence des ensembles contractuels, autre type de groupe de contrats mais dans lesquels les contrats sont liés par une identité de cause. Au sein même des chaînes de contrats, il est possible de distinguer entre les chaînes homogènes, qui regroupent des contrats de même nature (comme les ventes en chaîne), et les chaînes hétérogènes, qui regroupent des contrats d'espèces différentes (ventes associées à un contrat d'entreprise).

Il a toujours été admis que le membre d'un groupe qui subit un dommage du fait d'une inexécution contractuelle, imputable au débiteur de son débiteur, pouvait engager la responsabilité de celui-là. Ce n'est donc pas l'existence de l'action directe¹⁷² qui a posé problème, mais bien plus la nature de la responsabilité d'un maillon extrême de la chaîne à l'égard des autres participants. L'intérêt d'une telle question est de faire profiter la victime du régime de la responsabilité contractuelle, et notamment de la garantie des vices cachés.

D'un côté, on peut penser qu'il est préférable de soumettre l'action au régime délictuel : en l'absence de lien contractuel direct entre le demandeur et le défendeur à l'action, c'est ce qu'impose le strict respect du principe de l'effet relatif des conventions. Mais d'un autre côté, n'est-il pas plus judicieux de soumettre une telle action au régime contractuel, dès lors que c'est bien l'inexécution d'une obligation contractuelle qui est à l'origine d'un dommage pour le créancier, et qui est constitutive d'une faute pour le débiteur de cette obligation ? Une telle option

¹⁷¹ C'est notamment la définition retenue par P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2004/2005, p. 254, n°944.

¹⁷² L'action directe étant entendue comme celle qui « permet à un créancier de poursuivre directement, en son propre nom et pour son compte, un tiers, qui est (en principe) débiteur de son débiteur » : M.-L. IZORCHE, Rép. Civ. Dalloz, V° Action directe, 1994, n°1.

revient à écarter l'application de l'article 1165 du code civil, dont il résulte en effet que la responsabilité contractuelle ne peut exister qu'entre les parties à un même contrat.

Pourtant, dès le XIX^{ème} siècle, les tribunaux ont eu recours à la responsabilité contractuelle pour reconnaître au sous-acquéreur le droit d'agir en garantie des vices cachés contre un vendeur antérieur¹⁷³. Celui-ci bénéficiait alors d'une option entre la responsabilité délictuelle et l'action directe contractuelle. Cette solution s'est cependant confrontée à la naissance ultérieure du principe de non-cumul des deux ordres de responsabilité¹⁷⁴. Ainsi, dès 1979, dans le cadre du célèbre arrêt *Lamborghini*¹⁷⁵, la première chambre civile admit qu'en présence d'une chaîne homogène de contrats (en l'espèce, il s'agissait de ventes successives), l'action du sous-acquéreur contre le vendeur initial était de nature « nécessairement » contractuelle.

La doctrine a proposé plusieurs fondements à ces actions contractuelles directes. Selon une première analyse, proposée à l'origine par AUBRY et RAU¹⁷⁶, l'action directe serait un accessoire de la chose, transmise *intuitu rei*, au fil des transferts de propriété réalisés dans les chaînes de contrats. Une autre justification, reposant cette fois sur la théorie des groupes de contrats, a été proposée : ce serait l'existence d'un groupe de contrats qui justifierait l'extension de la responsabilité contractuelle à tous les participants. Dans le cadre de la formule proposée par AUBRY et RAU, l'action directe serait limitée aux chaînes de contrats translatives de propriété, tandis que fondée sur la théorie des groupes de contrats, elle s'étendrait à toutes les chaînes de contrats (homogènes ou hétérogènes, translatives de propriété ou non) ainsi qu'aux ensembles contractuels.

Par deux arrêts d'Assemblée plénière en date du 7 février 1986, la Haute Juridiction trancha une controverse existant entre la première Chambre civile et la troisième Chambre civile quant-à la nature de l'action du maître de l'ouvrage à l'encontre du fabricant (c'est-à-dire lorsque se succèdent un contrat de vente et un contrat d'entreprise). Elle opta pour l'existence d'une

¹⁷³ Cass. civ., 25 janv. 1820.

¹⁷⁴ Cass. civ., 21 juill. 1890.

¹⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 1979, Bull. civ. I, n°291.

¹⁷⁶ P. ESMEIN, *Cours de droit civil français*, t. II, 7^{ème} éd., § 176, n°69.

action directe contractuelle, donnant ainsi raison à la première Chambre civile. La Cour adoptait ainsi une position doctrinale¹⁷⁷ préconisant le « tout contractuel » en toutes matières, c'est-à-dire que l'on soit en présence d'une chaîne homogène ou hétérogène de contrats.

Encouragée par ces deux arrêts d'Assemblée plénière, la première Chambre civile étendit le domaine de l'action directe aux chaînes de contrats non translatives de propriété en qualifiant de contractuelle, dans un arrêt très remarqué¹⁷⁸ du 8 mars 1988, l'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant. Continuant dans sa lancée, la première Chambre civile alla même jusqu'à élargir le domaine de l'action directe contractuelle aux ensembles contractuels¹⁷⁹. Cette extension de la responsabilité contractuelle présentait certains avantages. Elle permettait avant tout de respecter les prévisions des parties contractantes et plus particulièrement du débiteur, ce dernier ne s'attendant à voir sa responsabilité engagée, en cas d'inexécution, que dans les termes du contrat qu'il a conclu. Mais la responsabilité contractuelle présentait en outre l'avantage de promouvoir une certaine égalité entre les différentes victimes d'une inexécution contractuelle, sans distinguer selon qu'elles soient ou non parties au contrat inexécuté.

A l'inverse, la troisième Chambre civile refusait d'étendre l'action directe en dehors du domaine des chaînes de contrats translatives de propriété. Dans le fameux arrêt *Besse* en date du 12 juillet 1991, l'Assemblée plénière prit parti sur cette deuxième controverse et donna cette fois raison à la troisième Chambre civile. Sous le visa unique de l'article 1165 du code civil, la formation solennelle de la Cour énonça que le sous-traitant n'était pas contractuellement lié au maître de l'ouvrage¹⁸⁰, refusant en conséquence l'application du régime contractuel à l'action intentée par ce dernier contre le sous-traitant, et mettant ainsi un frein à la contractualisation excessive des rapports des parties¹⁸¹. Cet arrêt permit de mettre un terme aux critiques affectant l'extension de la responsabilité contractuelle. En effet, d'une part, cette jurisprudence violait le principe de l'effet relatif des conventions. Et d'autre part, elle favorisait le responsable du dommage au détriment de la victime, dont nous avons pourtant eu l'occasion de constater que l'indemnisation constituait l'objectif premier du droit de la responsabilité civile.

¹⁷⁷ Position soutenue par les thèses et travaux de B. TEYSSIE, J. NERET et J. HUET.

¹⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, Bull. civ. I, n°69.

¹⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 21 juin 1988, Bull. civ. I, n°202.

¹⁸⁰ *Besse et autre c/ Protois et autre*, Bull. civ., Ass. plén., n°5.

¹⁸¹ P. LE TOURNEAU, ouvrage précité, p. 257, n°951 : l'auteur qualifia cet arrêt de 1991 de « *frein aux audaces* ».

La portée de l'arrêt *Besse* doit cependant être relativisée : celui-ci ne revient pas à nier le principe même de l'action directe dans les groupes de contrats, il vient seulement restreindre son domaine. A la suite de cet arrêt, il a en effet fallu distinguer entre les chaînes de contrats translatives de propriété, pour lesquelles il faut admettre l'existence de l'action directe, et celles dans lesquelles aucun transfert de propriété ne se réalise, pour lesquelles, à l'inverse, il faut admettre la nature délictuelle de l'action en responsabilité du destinataire de la prestation contre un membre de la chaîne auquel il n'est pas lié par contrat. D'après la doctrine dominante, ce partage complexe entre l'application des deux régimes différents serait fondé sur la théorie de l'accessoire : le sous-acquéreur aurait acquis, en même temps que la chose et à titre d'accessoire de celle-ci, les actions en garantie et en responsabilité qui sont liées à cette chose. Mais ce fondement est susceptible de nombreuses critiques.

D'abord, on peut se demander pour quelles raisons l'action ne pourrait se transmettre qu'accessoirement à une chose et non à une prestation de service. Ensuite, il convient de remarquer que si l'action directe était vraiment transmise au créancier extrême de la chaîne comme on le prétend, le titulaire initial de l'action perdrait toute action contre son cocontractant direct. Or, ce n'est pas la solution retenue en jurisprudence : même après qu'il se soit dessaisi de la chose qu'il a cédée à un sous-acquéreur, le vendeur intermédiaire conserve le bénéfice de l'action directe contractuelle¹⁸². Pour pallier cette incompatibilité, un auteur a été amené à énoncer l'idée que la chaîne de contrat ne produit pas un effet translatif de l'action initiale, mais un « *effet attributif limité* »¹⁸³.

Au demeurant, lorsque l'on raisonne sur l'hypothèse d'une chaîne de contrats hétérogène, dans laquelle l'action directe est admise, il faut bien garder à l'esprit que lorsque l'entrepreneur incorpore une chose dans l'ouvrage, le contrat d'entreprise n'emporte pas de transfert de la propriété d'un bien. Comme a eu l'occasion de l'exprimer un auteur, le maître de l'ouvrage n'acquiert la propriété de la chose que par accession, mode originaire d'acquisition de la propriété, et non par transfert. Le maître de l'ouvrage acquiert ainsi « *un droit nouveau, pur de*

¹⁸² Cass. civ. 1^{ère}, 19 janv. 1988, Bull. civ. I, n°20 ; Cass. Civ. 3^{ème}, 3 juill. 1996, Bull. Civ. III, n°167.

¹⁸³ M. BACACHE-GIBEILI, op. cit., n°225 et s.

toute charge, mais aussi dépouillé de toute prérogative accessoire »¹⁸⁴. A défaut de transmission du principal, l'action directe ne peut faire l'objet d'aucune transmission en tant qu'accessoire. Le fondement de l'*intuitus rei* ne parvient donc pas à expliquer la reconnaissance d'une action directe dans les chaînes hétérogènes de contrats, c'est-à-dire en dehors des chaînes purement translatives de propriété. Pour dissiper ces incohérences, certains auteurs ont été amenés à affirmer que la transmission de l'action directe résultait de l'intention des parties¹⁸⁵. D'autres auteurs ont proposé de fonder l'action directe, non pas sur un transfert de propriété, mais sur l'effet acquisitif du contrat.

C'est dans ce contexte qu'est intervenu l'arrêt dit *Haironville* en date du 28 novembre 2001, dans lequel la troisième Chambre civile refusa au maître de l'ouvrage une action directe contre le fournisseur du sous-traitant¹⁸⁶. Il découle de cet arrêt que le maître de l'ouvrage ne peut pas invoquer ni la garantie des vices ni le défaut de conformité contre le fournisseur du sous-traitant, qu'une clause limitative de garantie convenue entre le fournisseur ou un vendeur intermédiaire et le sous-traitant n'est pas opposable au maître de l'ouvrage, et que la prescription est décennale. Cet arrêt est révélateur d'un nouveau recul de l'action directe dans les chaînes de contrats au profit de la responsabilité délictuelle, et semble renouer avec une interprétation stricte de l'article 1165 du code civil. Il paraît ainsi constituer un revirement de jurisprudence au regard des arrêts d'Assemblée plénière du 7 février 1986, qui avaient indirectement posé la règle inverse, à savoir que l'action du maître de l'ouvrage à l'encontre du fabricant était nécessairement contractuelle.

Il convient cependant de nuancer ce propos à plusieurs égards. D'une part, il n'est pas certain que toutes les Chambres de la Cour de cassation adopteront la même position, la troisième Chambre civile ayant toujours été la plus hostile à l'égard de l'action directe. D'autre part, certains évoquent la différence opposant les faits de l'espèce à ceux des arrêts de l'Assemblée plénière du février 1986 pour nier l'existence d'un revirement¹⁸⁷. En effet, dans l'arrêt

¹⁸⁴ P. JOURDAIN, *La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l'arrêt d'Assemblée plénière du 12 juillet 1991*, *Recueil Dalloz*, 1992, chron. P. 149, n°19.

¹⁸⁵ M. ZENATI, in *RTD civ.*, 1992, p.593 et s.

¹⁸⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 28 nov. 2001, *Bull. civ. III*, n°137.

¹⁸⁷ L'arrêt *Haironville* serait ainsi « une conséquence logique de l'arrêt *Besse* » ne remettant pas en cause la jurisprudence de 1986 : H. GROUDEL, *Responsabilité civile et assurances*, février 2002, n°67, p. 16.

Haironville, l'action du maître de l'ouvrage était exercée à l'encontre d'un fabricant lié contractuellement au sous-traitant. La Cour ne s'était jamais prononcée auparavant sur la nature d'une telle action, les arrêts de 1986 ayant statué sur l'action du maître de l'ouvrage à l'encontre d'un fabricant contractuellement lié à l'entrepreneur. Le maître de l'ouvrage ne pouvait donc pas être assimilé à un sous-acquéreur. On ne voit pas, en effet, comment celui-ci pourrait être considéré comme l'ayant-cause à titre particulier du sous-traitant avec lequel il n'a pas été lié contractuellement. La cour d'appel de Paris a d'ailleurs jugé, postérieurement à cet arrêt et dans une hypothèse semblable¹⁸⁸, que l'action en responsabilité du maître de l'ouvrage contre le fournisseur était de nature contractuelle, reprenant ainsi une solution consacrée par l'un des arrêts de l'Assemblée plénière en 1986.

La jurisprudence postérieure à l'arrêt *Besse* s'est concentrée sur le point de savoir si les clauses figurant dans le contrat originaire étaient ou non opposables au bénéficiaire de l'action directe. L'arrêt *Zurich France* revêt à ce propos un intérêt tout particulier : la première Chambre civile y fit droit à la demande d'un fabricant et admit l'opposabilité d'une clause limitative de garantie au maître de l'ouvrage¹⁸⁹ en dépit même de la qualité de professionnel profane de ce dernier. Le titulaire d'une action directe se trouve donc désormais dans une situation bien moins attractive que celle des autres tiers¹⁹⁰, ces derniers pouvant se prévaloir du contrat tout en en répudiant toutes les contraintes, puisqu'ils agissent sur le fondement délictuel. Cette solution est bien paradoxale si l'on garde à l'esprit le fait que les actions directes ont été conçues au XIX^{ème} siècle pour conférer à leur titulaire une situation plus confortable que celle des tiers « ordinaires », lesquels étaient alors assujettis à la preuve d'une faute. La portée de l'arrêt *Zurich France* serait cependant considérablement affaiblie si le domaine de l'action directe était désormais limité aux chaînes strictement translatives de propriété, tel que le laisse entendre l'arrêt *Haironville*.

En outre, l'opposabilité des clauses de différends (clauses attributives de compétence ou clauses compromissoires) figurant dans le contrat originaire est plus incertaine. Si la

¹⁸⁸ CA Paris, 19^{ème} ch. B, 10 janvier 2002.

¹⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, Bull. civ. I, n°3.

¹⁹⁰ C'est ce même constat qui a incité S. CARVAL à qualifier l'action directe de « *cadeau empoisonné* » pour son bénéficiaire : S. CARVAL, *Revue des contrats*, 2007, p.279, n°4 *in fine*.

jurisprudence se fondait traditionnellement sur l'autonomie de la clause compromissoire pour en refuser la transmission dans les chaînes de contrats, un arrêt en date du 6 février 2001 est venu mettre un terme à cette analyse et consacrer le principe de l'opposabilité de la clause compromissoire au titulaire d'une action directe, à moins que celui-ci soit à même de prouver son « *ignorance raisonnable de l'existence de cette clause* »¹⁹¹. Cette dernière précision permet de distinguer cette solution de celle adoptée en matière de clauses limitatives.

Au-delà de toutes ces incertitudes affectant le régime de l'action directe contractuelle, des menaces tirées des solutions retenues dans le cadre des chaînes internationales de contrats ont pu se faire ressentir sur le domaine même de cette action en droit interne. Dans un arrêt en date du 5 janvier 1999, la première Chambre civile a en effet refusé l'application de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les ventes internationales de marchandises à l'action exercée par un sous-acquéreur français contre un fabricant étranger, alors même que la vente originaire lui était soumise¹⁹². On peut d'abord prétendre, dans le cadre d'une interprétation restrictive de l'arrêt¹⁹³, que la Cour s'en est simplement tenue à la lettre du texte, selon lequel ladite Convention régit exclusivement « *les droits et obligations qu'un contrat de vente international de marchandises fait naître entre le vendeur et l'acheteur* ». Mais on peut également interpréter cet arrêt comme étant révélateur de la condamnation de l'action directe dans les chaînes internationales de contrats. Sa portée à l'égard de l'action directe serait alors bien plus considérable.

De même, dans l'affaire *Jakob Handte*, la Cour de cassation suivit la CJCE, à propos d'une question de conflit de juridictions, et décida que l'action du sous-acquéreur contre le fabricant n'était pas contractuelle mais délictuelle¹⁹⁴. L'article 5.1° de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, octroyant une option de compétence au demandeur en matière contractuelle, lui fut par conséquent déclaré inapplicable. Il convient de préciser que cette condamnation de l'action directe est limitée à la compétence juridictionnelle internationale. En témoigne notamment un arrêt de la première Chambre civile, rendu le même jour que celui se prononçant sur l'affaire *Jakob Handte*, et accueillant favorablement l'action directe du sous-

¹⁹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 févr. 2001, Bull. civ. I, n°22.

¹⁹² Cass. civ. 1^{ère}, 5 janv. 1999, Bull. civ. I, n°6.

¹⁹³ C'est notamment l'interprétation retenue par P. LE TOURNEAU, ouvrage précité, p. 258, n°956.

¹⁹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 27 janv. 1993, Bull. civ. I, n°44 : cet arrêt constitue une reprise fidèle de la solution adoptée par la CJCE, en réponse à une question préjudicielle, dans son arrêt du 17 juin 1992.

acquéreur contre le fabricant en droit interne¹⁹⁵. A la suite de cette affaire, l'on a pu critiquer la position schizophrénique du Droit français¹⁹⁶, lequel qualifie l'action du sous-acquéreur contre le fabricant de contractuelle lorsque la situation comprend un élément d'extranéité, et de délictuelle lorsque la situation revêt un caractère purement interne. Si la solution de l'arrêt *Haironville* était réitérée, dans une hypothèse dans laquelle le fabricant serait cette fois contractuellement lié à l'entrepreneur, et si elle s'avérait ainsi constituer un revirement de jurisprudence, on pourrait affirmer la fin de cette schizophrénie française, et une restriction considérable du domaine de l'action directe.

Entre les incertitudes qui affectent son régime, les évolutions récentes venant restreindre son domaine et la fragilité avérée de son fondement, l'action directe semble en très mauvaise passe. Si l'on garde à l'esprit l'existence d'un mouvement jurisprudentiel favorable à l'opposabilité des clauses du contrat originaire, l'action directe apparaît en outre aujourd'hui comme une véritable « *technique d'immunité* »¹⁹⁷ incompatible avec l'évolution de notre droit de la responsabilité, dont nous avons pu constater qu'il était entièrement tourné vers l'indemnisation de la victime à tout prix. De la même manière que l'on assiste au déclin de la stipulation pour autrui au profit des victimes par ricochet, la mise en œuvre de l'action directe dans les chaînes de contrat semble ainsi bien compromise.

Pénétrant dans les deux seules catégories d'exceptions pour lesquelles on assistait pourtant traditionnellement à une contractualisation de la responsabilité à l'égard des tiers, la responsabilité délictuelle semble ainsi atteindre son apogée en droit positif. Ce ne serait donc qu'au prix d'une profonde réforme de notre droit des obligations que l'on pourrait admettre par principe la pénétration de tous les tiers dans le contrat.

¹⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 27 janv. 1993, Bull. civ. I, n°45.

¹⁹⁶ P. LE TOURNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2000/2001, n°936.

¹⁹⁷ D. MAZEAUD, *Recueil Dalloz*, 1996, jurispr. p. 395.

B/ Une révolution contestée du droit prospectif : l'action contractuelle au bénéfice de tous les tiers

L' « avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », élaboré sous l'autorité du professeur P. CATALA et remis au garde des sceaux le 22 septembre 2005, propose une solution particulièrement novatrice en vue de régler le délicat problème de l'indemnisation des tiers victimes d'inexécution contractuelles.

1) Une option fondée sur des considérations pragmatiques

Le « projet Catala » propose tout d'abord d'ajouter au code civil un article 1165-2 consacrant le principe de l'opposabilité des contrats *erga omnes*, progressivement dégagé par la doctrine et la jurisprudence. Selon ce texte,

« Les conventions sont opposables aux tiers ; ceux-ci doivent les respecter et peuvent s'en prévaloir sans être en droit d'en exiger l'exécution ».

Cet article souligne donc clairement le double sens de l'opposabilité, qui joue tant à l'encontre des tiers qu'à leur profit, mais pose également une réserve essentielle dans ce dernier cas, selon laquelle les tiers ne peuvent cependant exiger l'exécution du contrat. Mais un article beaucoup plus novateur mérite de retenir bien plus longuement notre attention : il s'agit de l'article 1342 de l'avant-projet.

Face à la problématique de l'action des tiers victimes d'une inexécution contractuelle, l'on a eu l'occasion de poser une alternative guidée par un souci de cohérence¹⁹⁸. La première branche de cette alternative, optant pour une conception stricte de la relativité des conventions, refuse la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle au bénéfice des tiers et requiert de leur part, pour l'octroi d'une indemnisation sur le fondement délictuel, la preuve de ce que le manquement contractuel constitue en même temps une faute délictuelle à leur égard. La seconde branche de l'alternative, retenant une conception plus souple de l'effet relatif des conventions,

¹⁹⁸ P. JOURDAIN, *RTD civ.*, janvier/ mars 2007, p.123.

autorise les tiers à invoquer un manquement contractuel, mais à la condition d'appliquer à leur action le régime contractuel de responsabilité.

Nous avons pu constater que le droit positif, consacrant la thèse assimilatrice, n'emprunte aucune des deux voies proposées par l'alternative, et nous avons pu étudier toutes les incohérences qui s'ensuivent. A l'inverse, et afin d'éviter cet écueil, la structure de l'article 1342 de l'avant-projet Catala reprend et coordonne parfaitement les deux branches de l'alternative. Il ouvre par principe à tout tiers victime de l'inexécution d'un contrat le droit de se prévaloir de cette inexécution si elle est la cause directe de son dommage. Mais, à la différence de la solution actuellement retenue en droit positif, il devra en supporter toutes les conséquences et pourra ainsi se voir opposer toutes les contraintes liées au contrat, à savoir les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité, les clauses de compétence, l'exigence de prévisibilité du dommage, etc. Mais l'alinéa 2 de l'article 1342 de l'avant-projet ouvre également au tiers l'option de la voie extracontractuelle qui lui permet d'échapper aux contraintes nées du contrat. Celui-ci devra alors prouver que le fait dommageable est un « fait illicite ou anormal » au sens de l'article 1340 alinéa 1 de l'avant-projet. Autrement dit, la relativité de la faute contractuelle retrouverait sa place dans notre droit.

Plusieurs auteurs ont été amenés à souligner les mérites d'une telle solution sur le plan pratique¹⁹⁹. Et nous sommes bien contraints de convenir avec eux que l'option consacrée dans l'avant-projet aboutit à une harmonieuse conciliation entre l'exigence de prévisibilité contractuelle et le souci de protection des tiers victimes²⁰⁰. Du côté du tiers victime, celui-ci n'est pas enfermé dans les clauses et conditions d'un contrat auquel il n'a pas choisi de se soumettre : il peut très bien opter pour le régime délictuel, ce qui lui permettra d'échapper à l'opposabilité des stipulations contractuelles.

D'un autre côté, il convient de rappeler que si le tiers peut, en toute hypothèse, obtenir réparation de son dommage sur le fondement contractuel, ce sera dans les mêmes conditions et limites que le créancier contractuel. Ainsi, non seulement les disparités de traitement entre les

¹⁹⁹ G. VINEY approuve notamment cette solution « dictée par des considérations pratiques qui doivent l'emporter », Sous-titre III, *De la responsabilité civile* (articles 1340 à 1386), exposé des motifs.

²⁰⁰ J.-B. SEUBE, *Revue des Contrats*, 2007, p. 379.

différentes catégories de victimes (tiers ou cocontractant) sont atténuées, mais au surplus, la solution permet au débiteur contractuel de voir ses prévisions strictement respectées, d'autant plus que si le tiers agit sur le fondement délictuel, il devra rapporter la preuve d'une faute détachable du contrat : on interdira ainsi au tiers de « brandir l'accord et de s'y insinuer au moyen d'un cheval de Troie délictuel, moyennant une assimilation plus qu'approximative entre manquement contractuel et faute délictuelle »²⁰¹. Autrement dit, la consécration d'une option entre les deux types de responsabilité permettrait d'éviter d'avoir, une nouvelle fois, à établir une priorité entre le strict respect des prévisions du débiteur contractuel et la nécessité d'éviter d'« enfermer le tiers victime, contre son gré, dans un contrat auquel il n'a pas adhéré »²⁰².

On pourrait toujours objecter que les différences de traitement entre le créancier contractuel victime et le tiers victime ne seront pas réduites à néant. Le tiers se trouvera en effet nécessairement dans une situation plus confortable que le contractant puisqu'il aura, par hypothèse, la possibilité d'opter pour la voie extracontractuelle, laquelle est refusée, par principe, au contractant. Cependant, cet avantage semble normal puisque le tiers n'a pas consenti aux éventuelles limitations du droit à réparation que le créancier a acceptées. Au demeurant, la situation d'inégalité affectant le créancier sera bien moindre que dans notre droit positif : dans tous les cas où le tiers décidera d'agir sur le fondement contractuel, ce sera à charge, pour lui, d'être soumis à toutes les limites et conditions qui s'imposent au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage.

Pour finir, cette solution devrait permettre de dissiper toute crainte quant à l'élargissement inconsidéré du domaine de l'action contractuelle. En effet, comme certains ont déjà pu le faire remarquer, les tiers qui seront amenés à se prévaloir du fondement contractuel seront ceux qui ont une certaine relation de proximité avec le contrat²⁰³, et pour lesquels le débiteur contractuel pourrait raisonnablement prévoir que l'inexécution aurait des conséquences dommageables, étant précisé que la proximité à l'égard du contrat peut être de droit (et c'est notamment le cas des contractants dans le cadre d'une chaîne de contrats) comme de fait (comme c'est par exemple

²⁰¹ P. BRUN, « Feu la relativité de la faute contractuelle », *RLDC*, 2007, n°19.

²⁰² J.-P. TOSI, « Le manquement contractuel dérelativisé », in *Rupture, mouvements et continuité du droit, Autour de Michelle Gobert*, Économica, 2004, p. 479, n°13.

²⁰³ P. ANCEL, « Présentation des solutions de l'avant-projet », *Revue des Contrats*, 2007, p. 19, n°21.

pour les victimes par ricochet). A l'inverse, les tiers victimes dans le cadre d'un rapport purement fortuit avec le contrat inexécuté ne disposeront que d'une action délictuelle, dès lors qu'il leur sera très difficile de rapporter la preuve de la prévisibilité de leur dommage pour le débiteur ou du lien de causalité entre le manquement contractuel et le préjudice qu'ils invoquent.

En dépit de la satisfaction qu'elle procure sur le plan pratique, la consécration, au bénéfice des tiers, d'une option entre les deux types de responsabilité fait néanmoins l'objet de vives critiques en raison de ses implications sur le plan théorique.

2) Une innovation controversée sur le plan théorique

On a d'abord très souvent eu l'occasion d'objecter que la solution proposée par l'avant-projet portait une atteinte considérable au principe de l'effet relatif des conventions²⁰⁴. Cette première critique tombe cependant devant la judicieuse observation d'un auteur influent, selon laquelle le principe de l'effet relatif des conventions n'emporte que deux séries de conséquences²⁰⁵. Au moment de la conclusion du contrat, il interdit aux parties de lier les tiers, et au moment de l'exécution, il leur réserve le droit d'exiger celle-ci. En revanche, il ne commande nullement le choix du régime à appliquer en cas d'inexécution. Si l'on s'en remet à cette analyse, l'option entre les régimes délictuel et contractuel ne semble donc en aucun cas heurter l'article 1165 du code civil et le fameux principe de l'effet relatif des conventions qu'il renferme.

D'autres auteurs ont violemment condamné cette solution, dans laquelle ils perçoivent une sorte de « *monstruosité juridique* »²⁰⁶ apte à abolir les frontières entre le contractuel et le délictuel. Désormais doté de la capacité d'intenter une action en réparation contractuelle contre les contractants défaillants, le tiers peut en effet s'immiscer dans le monde du contrat, un monde pourtant destiné, par définition, à régir les rapports entre les parties contractantes. On pourrait cependant objecter à cette deuxième critique que l'action de nature contractuelle, ouverte par

²⁰⁴ P. BRUN, « Feu la relativité de la faute contractuelle », *RLDC*, 2007, n°17 : l'auteur suggère d'assumer cette atteinte à l'effet relatif, plutôt que de se cacher derrière une lecture « *démesurément extensive* » du principe de l'opposabilité des conventions.

²⁰⁵ G. VINEY, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2830.

²⁰⁶ P. ANCEL, « Faut-il " faire avec " ? », *Revue des Contrats*, 2007, p.538, n°21 : l'auteur utilise cette expression pour illustrer les propos tenus par les détracteurs de la solution proposées dans l'avant-projet, propos qu'il est bien loin de partager.

principe à tous les tiers par l'article 1342 de l'avant-projet, ne constitue qu'une action en réparation : elle ne leur permet pas de réclamer l'exécution du contrat. On peut alors aisément anticiper la réponse des négateurs de la responsabilité contractuelle, qui considèrent que réparation et exécution ne forment qu'un seul et même concept : les dommages et intérêts alloués au tiers dans le cadre de son action en responsabilité contractuelle ne seraient en vérité qu'une forme d'exécution du contrat par équivalent. Si l'on partage une telle opinion, il est clair que l'option conférée aux tiers pour le régime contractuel serait fortement contestable.

Mais si l'on se refuse à ramener ainsi les modes de compensation du préjudice à des formes d'exécution par équivalent, et que l'on se prévaut de l'autonomie acquise par la responsabilité contractuelle par rapport à l'exécution du contrat, notamment en raison de sa fonction essentielle de réparation du dommage qui se distingue de l'exécution et transforme profondément l'obligation initiale, on ne peut que convenir que les conséquences de l'octroi d'une action contractuelle aux tiers tel que proposé par principe par l'avant-projet seront limitées à une forme de réparation du dommage, sans aller jusqu'à leur conférer la possibilité de former une demande en exécution du contrat. On relativisera d'autant plus les conséquences de cette « *monstruosité conceptuelle* »²⁰⁷ que celles-ci sont bien moindres par rapport à celles de la consécration de la thèse assimilatrice qui régit notre droit positif. Celle-ci revêt en effet un caractère purement artificiel, à un point tel que certains ont été amenés à l'assimiler à une « *transmutation de l'inexécution contractuelle en faute délictuelle* ». En d'autres termes, la solution proposée dans l'avant-projet est loin d'être parfaite, mais ses imperfections apparaissent comme étant moins sensibles que celles affectant la solution retenue en droit positif. On ne peut cependant se permettre d'en rester là dans l'exposé du débat théorique encadrant l'option ouverte aux tiers par l'avant-projet Catala. Ce serait en effet passer outre l'énoncé d'une nouvelle critique qui, on peut le craindre, ne saurait être réfutée.

Reprenant la solution traditionnelle de la jurisprudence française quant-à la question de savoir si les domaines respectifs des deux types de responsabilité sont ou non exclusifs l'un de l'autre, l'avant-projet Catala formule, en son article 1341, la règle du refus de l'option, mieux connue sous le nom de principe de non-cumul des deux responsabilités. Pourtant, on ne peut

²⁰⁷ P. ANCEL, « Présentation des solutions de l'avant-projet », *Revue des Contrats*, 2007, p. 19, n°21.

qu'assumer que l'option ouverte au tiers victime par l'article 1342 constitue une violation flagrante de ce principe de non-cumul, que l'on consacre par ailleurs. C'est en effet un véritable choix qui s'offre à lui entre les deux types de responsabilité. Par ailleurs, il convient de noter que l'avant-projet comprend, outre celle-ci, une seconde dérogation à la règle de non-cumul : il s'agit de l'article 1341 alinéa 2, lequel offre la même option mais au bénéficiaire, cette fois, du contractant auquel l'inexécution a causé un dommage corporel. L'on pourrait rétorquer qu'une telle atteinte existe déjà en droit positif, notamment dans le cadre de la stipulation pour autrui tacite et de la possibilité reconnue à son bénéficiaire d'y renoncer. Mais on pourra, à notre tour, objecter que l'évolution jurisprudentielle témoigne de ce que ce mécanisme est en voie d'extinction, et que l'atteinte à la règle de non-cumul n'est donc plus qu'exceptionnelle.

En conséquence de toutes ces observations relatives à l'innovation proposée par l'avant-projet Catala, il faut retenir que l'option entre les deux types de responsabilités serait particulièrement bienvenue au regard des incohérences pratiques qui caractérisent notre droit positif en la matière, et auxquelles elle permettrait de remédier, mais qu'elle constituerait cependant une violation flagrante d'un principe de non-cumul qu'elle consacre par ailleurs. Elle impliquerait au surplus une profonde réforme de notre droit des obligations, dont nous avons vu qu'il empruntait la voie du « tout délictuel » au détriment du régime de responsabilité contractuelle, et s'exposera aux violentes critiques de ceux qui prônent le maintien de la traditionnelle ligne de démarcation entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle.

CONCLUSION :

L'évolution parallèle du droit administratif

Aujourd'hui, tout tiers victime d'un dommage, dont il est clair qu'il a été causé par l'inexécution d'un contrat, est admis à invoquer le manquement contractuel à titre de faute délictuelle engageant la responsabilité du contractant défaillant à son égard. Cette approche, qui veut que les parties puissent être responsables de leurs agissements à l'égard de personnes autres que celles ayant adhéré à la conclusion du contrat, ne fait en réalité qu'illustrer une modification de l'analyse du lien contractuel²⁰⁸. Le contrat est bien loin désormais de correspondre à cette conception traditionnelle qui le définit comme un instrument de prévisibilité au service de la sécurité des parties. Il ne ressemble plus en rien à cette conjonction d'une bulle (celle des parties) et d'un bloc figé de droits et d'obligations²⁰⁹. Pendant longtemps en effet, les tiers étaient marginalisés du fait qu'ils se situaient en dehors de la bulle contractuelle. A l'inverse, dépouillé de sa nature de bloc, le contrat se révèle aujourd'hui « *un lien vivant susceptible d'évoluer, de s'adapter voire de se détacher de la personne des parties* »²¹⁰, un instrument au service de l'indemnisation des tiers et par là-même, nous l'avons vu, une nouvelle illustration de l'« *idéologie de la réparation* »²¹¹.

Il convient d'achever notre étude en signalant l'importante évolution parallèle du droit administratif. En effet, jusqu'à une période récente, les moyens d'action des tiers à l'égard d'un contrat administratif étaient très limités : seules les parties pouvaient, si elles estimaient ce contrat invalide, demander au juge d'en constater la nullité. Ce principe ne connaissait, jusqu'à aujourd'hui, que des exceptions ponctuelles. La première exception remonte à la loi du 2 mars 1982 qui permet au préfet de demander l'annulation de contrats de collectivités territoriales dans le cadre du contrôle de légalité. Puis, dans un arrêt *Cayzelle* en date du 10 juillet 1996, le Conseil d'État ouvre aux tiers y ayant un intérêt (concrètement, il s'agit des usagers d'un service public) la possibilité d'attaquer devant le juge de l'excès de pouvoir les clauses réglementaires des

²⁰⁸ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTD civ.* 1997, p.357.

²⁰⁹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, article précité, n°5.

²¹⁰ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, article précité, n°14 *in fine*.

²¹¹ L. CADIET, « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de réparation », in *Mélanges offerts à Pierre Drai, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 387.

contrats administratifs par lesquels est déléguée la gestion d'un service public, à condition que les clauses attaquées soient divisibles dudit contrat²¹². Peu de temps après, le juge administratif admet le recours en excès de pouvoir formé par des tiers contre les contrats de recrutement d'agents publics non titulaires²¹³. Dans les autres cas, la seule voie de droit ouverte aux tiers pour contester un contrat est indirecte et complexe : elle consiste à demander l'annulation des actes administratifs dits détachables du contrat mais qui concourent à sa préparation, par exemple la décision de conclure ledit contrat. Quant-aux autres recours ouverts aux tiers en matière contractuelle, en particulier le référé contractuel, qui permet au juge d'interrompre les procédures de passation des marchés publics et de délégation de service public en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence pesant sur l'Administration, ils ne peuvent plus être exercés après la signature du contrat.

Par une décision du 16 juillet 2007, l'Assemblée du contentieux modifie profondément cet état du droit en ouvrant aux concurrents évincés de la conclusion d'un contrat administratif un recours leur permettant de contester directement devant le juge administratif, après sa signature, la validité de ce contrat²¹⁴. Ce revirement de jurisprudence se justifie notamment, selon le commissaire du gouvernement²¹⁵, par une évolution en cours du droit communautaire qui s'apprête à remettre en cause la notion de l'inviolabilité du contrat. L'Assemblée subordonne toutefois l'exercice de ce nouveau recours à un certain nombre de conditions, dont le respect s'impose de façon stricte. Tout d'abord, il convient de préciser que le seul tiers habilité à utiliser cette procédure est le concurrent évincé de la procédure de conclusion du contrat. Le commissaire du gouvernement n'a été ici que partiellement suivi : celui-ci souhaitait que le nouveau recours soit ouvert à tous les « *tiers pouvant se prévaloir d'un droit de nature patrimoniale qui aurait été lésé par la signature du contrat* », ce qui semblait inclure, au-delà même des concurrents évincés de la procédure de passation du contrat, les usagers du service public ou encore le contribuable local. Il y a cependant de fortes chances pour que cette jurisprudence évolue et que le Conseil d'État rajoute de nouvelles personnes à la liste des tiers pouvant prétendre exercer un tel recours. Afin de préserver la stabilité juridique des parties au contrat, il est en outre admis un délai

²¹² CE, ass., 10 juill. 1996, *Cayzelle*, n° 138536, Lebon. 274.

²¹³ CE, sect., 30 oct. 1998, *Ville de Lisieux*.

²¹⁴ CE, ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545.

²¹⁵ Didier Casas.

d'action relativement court : celui-ci est de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, étant précisé qu'il s'agit, pour le Conseil d'État, d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi. De plus, les concurrents évincés, auxquels est ouvert ce nouveau recours, ne peuvent plus, à compter de la conclusion du contrat, contester les actes préalables à sa conclusion qui en sont détachables. Enfin, le juge dispose de larges pouvoirs lui permettant, lorsqu'il constatera l'existence de vices entachant le contrat, de choisir de prononcer la résiliation du contrat pour l'avenir ou de modifier certaines de ses clauses. Il peut aussi décider de la poursuite de l'exécution du contrat, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation. Il peut encore se borner à accorder des indemnisations en réparation des droits lésés du demandeur. Il peut enfin annuler, totalement ou partiellement, le contrat, mais uniquement si les vices constatés le justifient et après avoir vérifié que l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants.

Aujourd'hui, la question de l'inexécution d'un contrat par l'une des parties pose celle de l'incidence de cette inexécution sur la situation des tiers. Dans le même esprit, en droit administratif, la question de la validité du contrat pose celle du pouvoir de contestation des tiers. L'époque à laquelle le contrat était appréhendé comme un phénomène isolé du point de vue de l'ordonnement juridique est donc bien révolue.

SOMMAIRE DÉTAILLÉ :

INTRODUCTION :	4
PARTIE I : Un rayonnement contractuel accru au regard du fait générateur de responsabilité des cocontractants vis-à-vis des tiers.....	12
Section 1 : Une approche purement unitaire du manquement contractuel et de la faute délictuelle.....	12
A/ Les origines de l'unification des conditions d'indemnisation des victimes de l'inexécution d'un contrat.....	12
1) Une « <i>valse-hésitation jurisprudentielle</i> » intense.....	13
2) L'arrêt <i>Perruche</i> , un précédent solennel.....	16
3) La consécration du principe de l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle par l'Assemblée plénière le 6 octobre 2006 et sa mise en œuvre en droit positif	17
B/ La généralité de la solution	19
1) L'absence de distinction quant-à la nature ou la portée de l'obligation violée	19
2) L'affirmation d'un rapport de nécessité entre les deux types de fautes.....	22
3) L'absence de référence à un « <i>devoir général de ne pas manquer à sa parole</i> ».....	24
C/ Le bien-fondé de l'évolution	25
1) La mise en œuvre jurisprudentielle de l'opposabilité du contrat ?	26
2) Une assimilation infondée au regard des autres arguments traditionnels et de l'argument « nouveau » tiré de la responsabilité du fait des produits défectueux.....	28
3) Une assimilation justifiée au regard des concepts du bon père de famille et de l'attente légitime née du contrat vis-à-vis des tiers	30
Section 2 : Le maintien d'un certain contrôle contre les excès de la solution	32
A/ Les effets pervers de la thèse assimilatrice	32
1) L'altération du principe de l'effet relatif des conventions.....	32
2) Une contribution à la « <i>politique d'indifférenciation</i> » des deux ordres de responsabilité	35
3) Les inconvénients pratiques de la solution	37
4) Une indemnisation à tout prix.....	39

B/ Réalité, Légitimité et Causalité : le nouveau garde-fou de la responsabilité des parties à l'égard des tiers	41
1) La réalité du dommage et la légitimité de l'intérêt lésé.....	41
2) Le lien causal, nouvelle clé de voûte de la responsabilité des parties à l'égard des tiers	43
PARTIE II : L'hégémonie de la responsabilité délictuelle à l'œuvre dans le cadre du régime de responsabilité des contractants vis-à-vis des tiers	47
Section 1 : Les incohérences liées à l'extension de la responsabilité délictuelle au bénéfice des tiers	47
A/ Les différentes manifestations du déséquilibre résultant de l'option pour la responsabilité délictuelle.....	47
1) L'altération du contrat et le contournement des prévisions du débiteur.....	48
2) Une différence de traitement peu rationnelle par rapport au créancier et à certains tiers.....	50
B/ Responsabilité délictuelle et assimilation des fautes : une conjonction inopportune à l'origine de la crise	52
1) Une illustration supplémentaire de la pratique du « cherry-picking ».....	53
2) La conception restrictive de la responsabilité délictuelle en droit allemand	55
Section 2 : La réticence afférente à l'intégration des tiers dans la sphère contractuelle	60
A/ Une évolution avérée du droit positif en faveur du « tout délictuel ».....	60
1) Le déclin de la stipulation pour autrui tacite au profit des victimes par ricochet	60
2) Le recul des actions directes dans les chaînes de contrats	64
B/ Une révolution contestée du droit prospectif : l'action contractuelle au bénéfice de tous les tiers.....	72
1) Une option fondée sur des considérations pragmatiques.....	72
2) Une innovation controversée sur le plan théorique.....	75
CONCLUSION :	78
SOMMAIRE DÉTAILLÉ :	81
BIBLIOGRAPHIE :	83

BIBLIOGRAPHIE :

➤ Articles de doctrine :

- P. Ancel, « Présentation des solutions de l'avant-projet », *Revue des Contrats*, 2007, p. 19.
- P. Ancel, « Faut-il "faire avec" ? », *Revue des Contrats*, 2007, p. 538.
- P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.*, 1999, p. 771.
- M. Billiau, *JCP – La Semaine Juridique Édition Générale*, 1992, I, n° 3570, p. 148.
- M. Billiau, *JCP – La Semaine Juridique Édition Générale*, 2006, II, n°10181, p. 2116.
- L. Bloch, « Relative relativité de la faute contractuelle ou absolue généralité de la faute délictuelle », *Responsabilité civile et assurances*, novembre 2006, p. 5.
- P. Brun, « Feu la relativité de la faute contractuelle », *RLDC*, 2007.
- S. Carval, *Revue des Contrats*, 2007, p. 279.
- S. Carval, *Revue des Contrats*, 2007, p. 1137.
- O. Debat, *Les Petites Affiches*, 23 septembre 2003, n°190, p. 3.
- P. Delebecque, « Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : brèves remarques », *Revue des Contrats*, 2007, p.556.
- B. Fauvarque-Cosson, *Recueil Dalloz*, 2007, p. 2976.
- M. Gobert, « La Cour de cassation méritait-elle le pilori ? (A propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000) », *Les Petites Affiches*, 8 décembre 2000, n°245, p.4.
- C. Grimaldi, « Toute faute contractuelle est une faute délictuelle, mais encore faut-il s'entendre sur le préjudice réparable ! », *Revue des Contrats*, 2007, p. 563.
- H. Groutel, *Responsabilité civile et assurances*, février 2002, n°67, p. 16.
- L. Grynbaum, *Responsabilité civile et assurances*, avril 2002, n°143, p. 17.
- P. Jacques, « La relativité de la faute contractuelle devant l'Assemblée plénière », *Revue Lamy Droit des Affaires*, décembre 2006, p. 70, n°11.
- P. Jacques, « Einstein à la Cour de cassation : la relativité de la théorie », *Revue des Contrats*, 2007, p. 569.

- P. Jourdain, « La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l'arrêt d'Assemblée plénière du 12 juillet 1991 », *Recueil Dalloz*, 1992, p. 149.
- P. Jourdain, *RTD civ.*, 2001, p. 367.
- P. Jourdain, *RTD civ.*, 2004, p. 96, n°2.
- P. Jourdain, *RTD civ.*, 2007, p.123.
- J.-P. Karila, *Recueil Dalloz*, 2002, p. 1442.
- C. Lacroix, *Les Petites Affiches*, 22 janvier 2007, n°16, p. 16.
- L. Leveneur, *Contrats, Concurrence, Consommation*, 1999, n°37.
- C. Lisanti-Kalczynski, « L'action directe dans les chaînes de contrats ? Plus de dix ans après l'arrêt Besse », *JCP – La Semaine Juridique Édition Générale*, 2003, I, n°102, p. 61.
- P. Lokiec, « Le droit des contrats et la protection des attentes », *Recueil Dalloz*, 2007, p. 321.
- D. Mazeaud, *Recueil Dalloz*, 1996, p. 395.
- D. Mazeaud, *Defrénois*, 1999, art. 37008, p. 745, n°40.
- D. Mazeaud, *Recueil Dalloz*, 2005, p. 187.
- D. Mazeaud, « Responsabilité délictuelle du débiteur contractuel », *Revue des Contrats*, 2005, p. 687.
- D. Mazeaud, « Du principe de l'effet relatif du contrat conclu à la règle de l'effet attractif du contrat inexécuté », *Revue des Contrats*, 2007, p. 269.
- J. Mestre, *RTD civ.*, 1999, n° 9, p. 623.
- P. Rémy, « La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, p. 323.
- P. Sargos, Rapport sur Cass. civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000, *JCP – La Semaine Juridique Édition Générale*, 2000, II, n°10415, p. 2028.
- J.-B. Seube, « L'identité des fautes l'emporte sur la relativité de la faute contractuelle », *Revue des Contrats*, 2007, p. 379.
- J.-L. Souriou, « Un qualificatif peut en cacher un autre », *Revue des Contrats*, 2007, p. 583.
- P. Stoffel-Munck, « La relativité de la faute contractuelle », *Revue des Contrats*, 2007, p. 587.
- C. Thibierge-Guelfucci, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, p.357.

G. Viney, *JCP – La Semaine Juridique Édition Générale*, 2003, I, n°152, p. 1353.

G. Viney, *Recueil Dalloz*, 2006, p. 2825.

G. Wicker, « La sanction du manquement contractuel ou l'intégration de l'ordre contractuel à l'ordre juridique général », *Revue des Contrats*, 2007, p. 593.

R. Wintgen, « "Tout fait quelconque..." : le manquement contractuel saisi par l'article 1382 du code civil », *Revue des Contrats*, 2007, p.609.

➤ **Dictionnaires juridiques :**

G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 3^{ème} éd. Quadrige, 2002.

➤ **Jurisprudence :**

▪ **Jurisprudence judiciaire :**

Cass. 1^{ère} civ., 22 juill. 1931, D. H 1931, p. 506.

Cass. 1^{ère} civ., 7 nov. 1962 : Bull. civ. 1962, I, n°465.

Cass. 1^{ère} civ., 8 mars 1988, Bull. civ. 1988, I, n°69.

Cass. 1^{ère} civ., 21 juin 1988, Bull. civ. 1988, I, n°202.

Cass. Ass. plén., 12 juill. 1991, *Besse*, Bull. civ. Ass. plén. 1991, n°5.

Cass. 1^{ère} civ., 27 janv. 1993, *Jakob Handte*, Bull. civ. 1993, I, n°44.

Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1995, *Zurich France*, Bull. civ. 1995, I, n°3.

Cass. Com., 2 avr. 1996, Bull. 1996, IV, n°101.

Cass. Com., 17 juin 1997, Bull. 1997, IV, n°187.

Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 1998, Bull. civ. 1998, I, n°368.

Cass. 1^{ère} civ., 5 janv. 1999, *Thermo-king*, Bull. civ. 1999, I, n°6.

Cass. 1^{ère} civ., 18 juillet 2000, Bull. civ. 2000, I, n°221.

Cass. Ass. plén, 17 nov. 2000, *Perruche*, Bull. civ. Ass. plén. 2000, n°9.

Cass. 1^{ère} civ., 6 févr. 2001, Bull. civ. 2001, I, n°22.

Cass. 1^{ère} civ., 13 févr. 2001, Bull. civ. 2001, I, n°35.

Cass. 3^{ème} civ., 28 nov. 2001, *Haironville*, Bull. civ. 2001, III, n°137.

Cass. Com., 8 oct. 2002, pourvoi n°98-22858, Inédit titré.

Cass. 1^{ère} civ., 28 oct. 2003, Bull. civ. 2003, I, n°219.

Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2004, Bull. civ. 2004, I, n°141.

Cass. Com., 5 avr. 2005, Bull. 2005, IV, n°81.

Cass., Ass. plén., 6 oct. 2006, n°05-13255, Bull. civ. Ass. plén. 2006, n°9.

Cass. 1^{ère} civ., 27 mars 2007, *Bureau Veritas*, pourvoi n°05-10480, Publié au Bulletin.

Cass. 2^{ème} civ., 10 mai 2007, *Région Aquitaine*, pourvoi n°06-13269, Publié au Bulletin.

Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2007, pourvoi n°05-16926, Publié au Bulletin.

Cass. 3^{ème} civ., 4 juill. 2007, pourvoi n°06-15776, Publié au Bulletin.

Cass. 3^{ème} civ., 12 sept. 2007, pourvoi n°06-15329, Publié au Bulletin.

▪ **Jurisprudence administrative:**

CE, ass., 10 juill. 1996, *Cayzelle*, n° 138536, Publié au Recueil Lebon.

CE, sect., 30 oct. 1998, *Ville de Lisieux*, n° 149663, Publié au Recueil Lebon.

CE, ass., 16 juill. 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, Publié au Recueil Lebon.

➤ **Mélanges :**

L. Cadiet, « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de réparation », in *Mélanges offerts à Pierre Drai, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p.495.

J.-P. Tosi, « Le manquement contractuel dérelativisé », in *Mélanges M. Gobert*, Economica, 2004, p. 479.

➤ Ouvrages juridiques :

- P. Amssek, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », in *La pensée de Charles Eisenmann*, Économica, 1986.
- R. David, *Les contrats en droit anglais*, LGDJ, 2^{ème} éd. 1985.
- E. Errante, *The Anglo-American law of contracts : le droit anglo-américain des contrats*, LGDJ Jupiter, 2^{ème} éd., 2001.
- J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, vol. 1, L'acte juridique*, Sirey, 12^{ème} éd., 2006.
- J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, vol. 2, Le fait juridique*, Sirey, 12^{ème} éd., 2007.
- J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, vol. 3, Le rapport d'obligation*, Armand Colin, 3^{ème} éd., 2004.
- J. Ghestin, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 1993.
- J. Ghestin, C. Jamin, M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2001.
- P. Jourdain, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6^{èmes} Journées René Savatier, PUF, 1997.
- P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2003.
- C. Larroumet, *Droit civil, Les Obligations, Le Contrat*, tome 3, Économica, 5^{ème} éd., 2003.
- J.-C. Montanier, G. Samuel, *Le contrat en droit anglais*, PUG, 1999.
- F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2005.
- P. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2004/2005.
- P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 2^{ème} éd., 2005.
- B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations: droit civil, vol. 2, Contrat*, Litec, 6^{ème} éd., 1998.
- G. Viney, « La responsabilité contractuelle en question », in *Le contrat au début du XXI^e siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 921.
- G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, in *Traité de droit civil* ss dir. J. Ghestin, LGDJ, 3^{ème} éd., 2008.

➤ **Sites internet :**

<http://www.blogdroitadministratif.net>: Compte rendu de colloque sur « Le nouveau recours en contestation de la validité des contrats : portée et conséquences ».

<http://www.conseil-constitutionnel.fr>: Cahiers n°17, Article de L. Aynès sur « Le contrat, loi des parties ».

<http://www.conseil-etat.fr>: Communiqué de presse sur la décision de l'Assemblée du contentieux en date du 16 juillet 2007.

<http://www.courdecassation.fr>: Bulletin d'information n°651 du 01/12/2006, Note du Conseiller rapporteur M. Assié.

<http://www.dimitri-houtcieff.fr>: Article « Tout est relatif... sauf la faute contractuelle ».

➤ **Textes :**

Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, [rédigé par] Pierre Catala, Ministère de la Justice, La Documentation française, 2006.

Bulletin d'information de la Cour de cassation, 1^{er} décembre 2006, n°651, Rapport du Conseiller rapporteur M. Assié, p. 43, et Avis du Premier avocat général M. Gariazzo p. 53.

Code civil français, Dalloz, 2008.

Rapport annuel de la Cour de cassation, 2000, La Documentation française, p. 386.

Rapport annuel de la Cour de cassation, 2001, La Documentation française, p. 428.

➤ **Thèses :**

M. Bacache-Gibeili, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 1996.

J.-L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, préf. H. Batiffol, LGDJ, 1981.

R. Wintgen, *Étude critique de la notion d'opposabilité - les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand -*, préf. J. Ghestin LGDJ, 2004.