UNIVERSITÉ FRANÇOIS – RABELAIS DE TOURS

ÉCOLE DOCTORALE SHS

Centre de Recherche en Droit Privé

THÈSE présentée par :

Hélène LAROCHE

soutenue le : **19 mars 2014**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université François – Rabelais de Tours**

Discipline/ Spécialité : Droit privé

Les concours de responsabilités civiles

THÈSE dirigée par :

Mme OPHELE Claude	Professeur, Doyen honoraire, Université François – Rabelais, Tours

RAPPORTEURS :

M. BRUN Philippe	Professeur, Université de Savoie
M. PIERRE Philippe	Professeur, Université de Rennes

JURY :

M. BRUN Philippe	Professeur, Université de Savoie
M. LEDUC Fabrice	Professeur, Université François-Rabelais, Tours
M. MEKKI Mustapha	Professeur, Université Paris XIII
Mme OPHELE Claude	Professeur, Doyen honoraire, Université François-Rabelais, Tours
M. PIERRE Philippe	Professeur, Université de Rennes

Remerciements

Puisque tout ceci commença par le choix d'un sujet, je remercie Mme le Professeur Claude Ophèle pour m'avoir confié celui-ci. Il me causa sans doute autant de joies que de soucis et je me rends compte aujourd'hui avoir eu tendance à savourer seule mes petites victoires, quand j'accablais ma directrice de thèse des récits de mes nombreux errements. Qu'elle trouve ici l'expression de ma profonde gratitude, pour tout ce qu'elle m'apporta.

Pour le reste, la liste exhaustive des remerciements risquerait fort d'être à la fois bigarrée et interminable. Aux côtés de mes parents, de mon mari, ma fille, ma sœur et mes amis, compagnons de galère, volontaires ou non, trouverait-on un pèle-mêle étonnant. Quelques films et chansons, écrivains et poètes, se partageraient ainsi le mérite d'avoir nourrit cette thèse à leur manière.

Prévert dressant bien mieux que je ne pourrais le faire ce genre d'inventaire, je me contenterais d'assurer, à ceux qui m'ont accompagnée, ma reconnaissance.

Liste des abréviations utilisées

Ass. Plén.: Assemblée Plénière de la Cour de cassation

AJDA: Actualité Juridique de Droit Administratif

Al.: Alinéa

APD: Archives de la Philosophie du droit

Art.: Article

BICC: Bulletin d'information de la Cour de cassation

Bull.: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation

C.: Code

CASF: Code de l'action sociale et des familles

Cah. dr. entr.: Cahier de droit de l'entreprise

C. ass.: Code des assurances

CCC.: Revue contrats, concurrence, consommation

C. civ.: Code civil

C. conso.: Code de la consommation

CE.: Conseil d'État

CEDH: Cour européenne des droits de l'homme

C. env.: Code de l'environnement

ch.: chambre

ch. réun.: Chambre réunies de la Cour de cassation

Chron.: Chronique

Civ.: Chambre civile de la Cour de cassation

CJCE: Cour de justice des communautés européennes

CMF: Code monétaire et financier

Com.: Chambre commerciale de la Cour de cassation

Concl.: Conclusions

Cons. Const.: Conseil constitutionnel

CPP: Code de procédure pénale

Crim.: Chambre criminelle de la Cour de cassation

CSS: Code de la sécurité sociale

CSP: Code de la santé publique

C. trav.: Code du travail

D.: Recueil Dalloz

D. C.: Décision du Conseil Constitutionnel

Déc.: Décision

D.H.: Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (années antérieures à 1941)

D.P.: Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (années antérieures à 1941)

Doctr.: Doctrine

FGAO: Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages

GAJC: Grands arrêts de la jurisprudence civile, par Fr. TERRÉ et Y. LEQUETTE

Gaz. Pal.: Gazette du palais

Ibid.: Au même endroit

Infra: Ci-dessous

JCP: Semaine juridique, édition générale

L.: Loi

Lebon: Recueil des arrêts du Conseil d'État

LPA: Les petites affiches

n°: Numéro

not.: Notamment

obs.: Observations

ONIAM: Office national d'indemnisation des accidents médicaux

ord.: Ordonnance

p.: Page

RCA: Revue responsabilité civile et assurances

RDA: Revue de droit administratif

RDC: Revue des contrats

RDI: Revue de droit immobilier

RCDIP: Revue critique de droit international privé

RFDA: Revue française de droit administratif

RGAT: Revue générale des assurances terrestres (de 1930 à 1995) devenue RGDA en 1996

RGDA: Revue générale de droit des assurances

RIDC: Revue internationale de droit comparé

RJS: Revue de jurisprudence sociale

RLDC: Revue lamy droit civil

RRJ: Revue de la recherche juridique, droit prospectif

RTD civ.: Revue trimestrielle de droit civil

RTD com.: Revue trimestrielle de droit commercial

S.: Recueil Sirey

s.: Et suivants

Sect.: Section

Supra: Ci-dessus

v.: *versus* (contre) utilisé pour la citation des décisions de Droit anglais

V.: Voir

Sommaire

Remerciements....3
Liste des abréviations utilisées....4
Introduction....8
Partie 1 La suppression des concours de responsabilités par la réforme de la responsabilité civile, la tentation abandonnée....30
Titre 1 Aux sources des concours de responsabilités....31
Chapitre 1. L'extension de la responsabilité....33
Chapitre 2. L'appréciation souple des éléments de la responsabilité....86
Titre 2 Les orientations possibles de la réforme de la responsabilité civile....122
Chapitre 1. L'achèvement de la spécialisation de la responsabilité civile....123
Chapitre 2. Le renouveau du droit commun de la responsabilité civile....185
Partie 2 Le choix opéré: la régulation des concours de responsabilités par l'utilisation de règles de conflit....276
Titre 1La recherche de règles de conflit visant à réguler les concours de responsabilités....278
Chapitre 1 La règle de conflit unique....279
Chapitre 2 Préférence pour des règles de conflit adaptées à chaque type de concours....340
Titre 2. Mise à l'épreuve des règles de conflit proposées....375
Chapitre 1. Mise à l'épreuve des règles de conflit des concours matériels....376
Chapitre 2. Mise à l'épreuve des règles de conflits des concours intellectuels....423
Conclusion....460
Bibliographie....464
Index....499

Introduction

1. Perplexité? Inconnue du législateur, l'expression « concours de responsabilités » est pourtant employée par la doctrine[1] et la jurisprudence[2]. Si cet emploi est indubitablement le signe de la matérialité du sujet de notre étude, il ne suffit pas, cependant, à en éclairer le sens. Le juge, en effet, ne pose pas de définition des concours de responsabilités et se contente d'en constater l'existence. La doctrine offre, pour sa part, une palette de définitions[3], hésitant entre un sens large, désignant la simple rencontre entre plusieurs régimes de responsabilité trouvant à s'appliquer à une même situation factuelle, et un sens étroit, désignant plus précisément une situation de concurrence entre ces régimes de responsabilité[4]. Certains auteurs avouent, face au phénomène, leur trouble[5] ou leur désarroi[6], tandis que d'autres dénoncent les faux concours[7]. Puisqu'il ne semble pas exister de consensus quant à la définition des concours de responsabilités, le sens de la notion doit être découvert, afin que soit cerné l'objet de l'étude.

2. Concours, définition. Le terme, bien que peu usité par la loi[8], n'en est pas moins emprunt d'une certaine juridicité. Pour preuve, le Vocabulaire juridique[9] y consacre une entrée. Six sens distincts sont dénombrés par le célèbre dictionnaire. L'on peut regrouper ces différents sens en deux catégories : la participation et la concurrence. Le concours peut ainsi désigner la participation de plusieurs personnes à un même acte juridique, dans une optique de cogestion ou pour que l'une donne son autorisation à une autre. Le concours peut aussi être une situation de concurrence entre plusieurs personnes investies de droits sur un même bien ou une même masse de biens (cohéritiers, créanciers d'un même débiteur). Le droit se fait alors l'écho de la

1 V. par ex. *Les concours de responsabilités: entre dialogue et conflits,* acte du colloque intervenu à l'Université de Savoie, les 24 et 25 novembre 2011, RCA, 2012, n°2, p. 7 et s.

2 Not. employant exactement l'expression, Civ. 2e, 11 janvier 1973, Bull. civ., II, n°17; Civ. 2e, 31 mai 1972, Bull. civ., II., n°164; Civ. 2e, 5 mai 1975, Bull. civ., II, n°75; Civ. 1er, 5 juillet 2006, Bull. civ., I, n°363.

3 V. en ce sens O. GOUT, *Rapport introductif, in* Actes du colloque *Les concours de responsabilités: entre dialogue et conflits, op. cit.,* et les différentes interventions du colloque.

4 V. par ex. P. JOURDAIN, *Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages,* Gaz. Pal., 2 juillet 1994, p. 826, l'auteur évoquant les interférences entre les actions, leur concurrence du fait de la convergence de leurs domaines ; Y.-M. SERINET, *Erreur et vice caché : variations sur le même thème,* Études offertes à Jacques Ghestin, LGDJ, 2001, p.769, spé. p. 791, « le droit de la vente se trouve rongé depuis plusieurs années par de capricieux concours d'actions. Les interprètes peinent à résoudre l'insoluble conflit déposé dans les lignes du Code. » ; C. RADÉ, JCP, 1997, I, 4009, l'auteur utilisant le terme « conflit d'actions » pour désigner les cas où plusieurs actions sont *a priori* applicables à une même situation.

5 O. GOUT, *Rapport introductif, in* Actes du colloque *Les concours de* responsabilités*: entre dialogue et conflits, op. cit.,* p. 8, n°1.

6 N. ALBERT, *Les concours de responsabilités en droit administratif,* actes du colloque *op. cit.*, p. 33, n°1.

7 O. TOURNAFOND, *Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente,* D., 1989, chronique p. 237, *Les prétendus concours d'actions et la vente d'immeuble à construire,* RDI, 1988, p. 37.

8 L'on peut citer ici l'article L. 650 du Code de commerce concernant les concours consentis par le créancier au débiteur.

9 G. CORNU, *Vocabulaire juridique,* PUF, Quadrige, 9e éd., 2011.

polysémie du terme dans le langage courant, qui a hérité du latin *concursus* son double sens de « rencontre » et de « prétentions rivales ».

Cette dualité de sens induit une dualité de perception et de traitement du concours. S'il est conçu comme une simple rencontre, il est possible de le résoudre en cumul. Ainsi, il est concevable que plusieurs personnes exercent conjointement des droits sur un même bien. Par exemple, les époux, par leur concours, gèrent les biens de la communauté[10]. Si, à l'inverse, le concours est conçu comme une situation de concurrence, il devra se résoudre en non-cumul, et l'un des éléments en concours devra primer sur les autres. Le passage du fait au droit par l'opération de qualification peut parfois révéler une pluralité de qualifications pertinentes, sans que toutes puissent prospérer.

Il est possible de passer outre cette dualité de sens et de faire émerger des traits communs. Le concours est une situation de convergence d'éléments multiples vers un point unique (pluralité de créanciers pour un même débiteur, pluralité d'héritiers sur une même masse de biens, pluralité de candidats pour un même poste). Les deux sens donnés au mot concours sont en réalité deux types de concours, qui se retrouvent subsumés dans cette définition globale. Cette dernière est relativement neutre et ne présage pas de la relation entre les éléments en concours, qui peut aller de la simple rencontre à la participation conjointe ou à la concurrence.

3. Responsabilité civile, notion. Le terme *responsabilité* est d'apparition tardive, l'Académie française ne l'admit qu'en 1798, et les juristes tels que Grotius ou Domat lui préfèrent l'expression « obligation de réparer »[11]. Bien connu cependant était le terme « responsable ». Dérivé du latin *respondere*, qui signifie répondre à une question, le mot est utilisé au Moyen-âge pour désigner ce qui est susceptible d'être répondu, de la même manière que le terme véritable désigne ce qui est susceptible d'être vérifié[12]. Par la suite, la captation du mot par la morale religieuse en fait une métaphore du jugement divin; ce dont l'homme doit répondre, c'est de sa conduite sur terre. La morale laïque supprimera toute référence transcendante mais conservera le rapport à la faute initié par la religion catholique. L'homme n'est alors plus responsable devant Dieu des pêchers commis pendant sa vie terrestre, mais bien devant ses pairs s'il ne respecte pas la règle de droit posée. Une fois l'action illicite imputée à son auteur,

10 Arts. 1421 et 1422 du Code civil, chaque époux peut effectuer seul les actes de gestion courants, mais ne peut disposer seul de ces biens.

11 G. VINEY, *Responsabilité*, APD, T. 35, Vocabulaire fondamental du droit, 1990, p. 275.

12 M. VILLEY, *Esquisse historique sur le mot responsabilité*, APD, T. 22, La responsabilité, 1977, p. 45.

s'en suit pour lui une obligation de réparer, c'est-à-dire de remettre en l'état les choses qui ont été troublées par sa faute[13].

Les codificateurs ne consacrèrent pas de développements particuliers à la notion de responsabilité[14]. La fonction réparatrice de la responsabilité civile est cependant clairement posée dans les textes. Ainsi, par exemple, l'on doit *réparer* le dommage causé par sa faute (art. 1382 du Code civil). Cet élément permet d'ailleurs de distinguer la responsabilité civile d'autres formes de responsabilités, telle que la responsabilité pénale. Si les deux responsabilités visent également à mettre fin au trouble social, le droit pénal est tourné vers la sanction de l'auteur de l'infraction tandis que le droit civil poursuit comme finalité première la réparation du préjudice causé à la victime[15]. Bien que la fonction punitive ne soit pas totalement ignorée du droit civil[16], la réparation du dommage demeure son but principal, de sorte que le dommage est un préalable nécessaire[17], bien que non suffisant, au déclenchement de l'action en responsabilité.

La réunion de deux autres éléments est en effet nécessaire à l'établissement de la responsabilité civile. Tout dommage n'est pas réparé, seulement celui causé injustement. Ainsi, en plus du dommage, la responsabilité suppose l'existence d'un fait générateur de responsabilité (défini comme tel par la loi) en lien causal avec le dommage. Ces deux éléments supplémentaires permettent de distinguer les régimes de responsabilité des régimes d'indemnisation. Si le but poursuivi est identique, les mécanismes sont en effet résolument différents. La responsabilité repose sur l'imputabilité du dommage à une personne impliquée, à quelque titre que ce soit, dans la réalisation du dommage. L'indemnisation suppose au contraire de faire peser la charge de la réparation sur une personne qui n'est pas impliquée dans la réalisation du dommage. Ainsi en va-t-il de la sécurité sociale qui a vocation à réparer les dommage subis par les salariés dans le cadre du travail, ou encore des divers fonds d'indemnisation.

---

13 M. VILLEY, *op. cit.*

14 La raison pourrait être que les codificateurs ne voyaient pas dans la responsabilité une branche autonome du droit civil, G. VINEY, APD, 1990, *op. cit.*, p. 277.

15 V. par exemple A. SERIAUX, *Droit des obligations*, 2e éd., PUF, 1998, n°7: « Au plan pénal, ce que l'on recherche, c'est la punition de l'auteur de l'injustice. (...) Au plan civil, le but est la réparation du dommage causé à la victime, dans sa personne ou dans ses biens. »

16 V. not. S. CARVAL, *La responsabilité dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, BDPR, T. 250, 1995.

17 A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, T.2, Dalloz, 1953, n°297, « pour qu'il y ait responsabilité, il faut tout d'abord qu'un dommage soit causé. Cette première condition va de soi ». H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T.1, Montchrestien, 6e éd., 1965, n°208, la condition du dommage est « de l'essence même de la responsabilité civile ».

4. Concours de responsabilités civiles. Au regard du trait commun aux différentes définitions du mot concours que nous avons isolée, l'on peut retenir du concours de responsabilités civiles la définition suivante : il y a concours de responsabilités civiles lorsque, pour un même dommage subi par une même victime, plusieurs responsabilités trouvent à s'appliquer. Si le concours est une situation de convergence, le concours de responsabilités voit s'opérer une convergence de plusieurs règles de responsabilité vers le dommage souffert par la victime, condition première de la responsabilité civile. Pour qu'il y ait convergence, il faut donc un dommage unique à réparer, sans quoi, il n'y aurait pas de concours. Tout autre point de rencontre entre les responsabilités ne suffirait pas à les mettre en concours. Une identité de parties, par exemple, ne suffit pas à placer les responsabilités sur un même plan, rendant possible leur rencontre. Imaginons par exemple qu'une personne cause deux dommages distincts à une autre, la victime aura alors deux actions indépendantes à l'encontre de l'auteur de ces dommages[18].

Il est possible d'affiner la définition proposée. La convergence des responsabilités peut en effet se présenter sous deux formes. Soit plusieurs responsabilités sont applicables car plusieurs auteurs sont impliqués dans la réalisation d'un dommage unique. Soit plusieurs responsabilités sont applicables car l'auteur du dommage supporte de se voir appliquer différentes règles de responsabilité. Prenons l'exemple d'un dommage causé par un enfant lors d'une partie de football, activité qu'il exerce au sein d'un club sportif amateur. Plusieurs responsabilités sont alors envisageables, concernant plusieurs personnes différemment impliquées dans la réalisation du dommage. La responsabilité de l'enfant, auteur du dommage, peut en premier lieu être engagée, s'il a commis une faute dans les règles du jeu, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil[19]. Ensuite, celle des parents de cet enfant peut être envisagée, responsables des faits dommageables de leur enfant mineur habitant avec eux, au titre de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil. L'on peut encore envisager la responsabilité du club sportif en tant qu'il organise l'activité d'autrui, conformément à la jurisprudence fondée sur l'article 1384 alinéa 1er du Code civil[20].

18 Par exemple, une personne loue un logement. Or, celui-ci ne correspond pas à la définition du logement décent posé par la loi du 6 juillet 1989 car les huisseries sont vétustes et laissent pénétrer le froid et l'eau, abîmant les meubles. Par ailleurs, les voisins du locataire se rendent régulièrement coupables de troubles du voisinage, gênant le locataire. Ce dernier a deux actions à sa disposition, celle fondée sur l'article 6 de la loi pour ce qui est du logement décent, et sur l'article 6-1 pour les troubles du voisinage causé par d'autres locataires du bailleur. Les deux actions sont indépendantes, et ne visent pas à réparer le même dommage. Elles ne sont pas en concours.

19 Civ. 2e, 13 janvier 2005, Bull. civ., II, n°69.

20 Ass. Plén. 29 juin 2007, Bull. Civ., n°7.

Imaginons désormais que l'enfant cause un dommage pendant son apprentissage qu'il effectue chez son père, artisan. La responsabilité de l'enfant est envisageable, que celui-ci ait causé le dommage par sa faute (art. 1382 du Code civil) ou par le biais d'une chose dont il avait la garde (art. 1384 al. 1er du Code civil). La responsabilité du père peut également relever des alinéas 5 et 7 de l'article 1384 du Code civil, car s'il est l'artisan qui accueille un apprenti, il demeure aussi le père de l'auteur du dommage.

Qu'il nous soit permis ici de reprendre la terminologie employée par Monsieur le Professeur Leduc pour désigner ces deux types de concours[21]. Que plusieurs responsabilités soient envisageables car plusieurs personnes ont concurru à causer le dommage, et l'on parlera de concours matériel. Que plusieurs responsabilités convergent vers la réparation d'un même dommage, causé par un seul responsable, et l'on évoquera l'existence d'un concours intellectuel.

Voici la notion de concours de responsabilités civiles définie positivement. Afin de pleinement cerner le sujet, quelques précisions sont encore à apporter, permettant de distinguer le concours de responsabilités de notions voisines.

5. Concours et notions voisines, précisions terminologiques. Plusieurs notions sont à distinguer du concours de responsabilités.

Tout d'abord, le concours de responsabilité est à différencier du concours d'actions en responsabilité. Les auteurs s'intéressant à ce sujet évoquent plus volontiers le concours d'actions[22] que le concours de responsabilités[23]. Or, si l'action en justice est cet instrument qui permet au justiciable de faire valoir un droit[24], le concours d'actions en responsabilité n'est que la face visible dans les prétoires du concours de responsabilités, qui existe indépendamment des actions dont disposent les victimes de dommages. L'action est le droit de toute personne de formuler une prétention, et de demander au juge de se prononcer sur le

21 F. LEDUC, *Les rapports entre les différentes responsabilités du fait d'autrui*, RCA hors-série novembre 2000, p. 18 et s.

22 V. par ex. F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, BDPR, T.201, LGDJ, 1988; O. TOURNAFOND, *Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente*, D. 1989, chron. p. 237; F. ROUVIERE, *Le concours de l'action en comblement de passif et de l'action civile exercée devant le juridiction répressive,* RTD com., 2006, p. 529; J.-Ph. TRICOIRE, *Les concours d'actions en matière immobilière,* BDPR, T.512, LGDJ, 2009.

23 V. pourtant *Les concours de responsabilités: entre dialogue et conflits,* acte du colloque intervenu à l'Université de Savoie, les 24 et 25 novembre 2011, RCA, 2012, n°2, p. 7 et s.

24 « Le droit mis en mouvement », aurait dit DEMOLOMBE, V. *Cours de droit Napoléon,* Paris, 1855-1866, T. IX, n°338. L'article 30 du Code de procédure civile définit l'action comme « le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée ». Sur ce point, v. not. G. WIEDERKEHR, *La notion d'action en justice selon l'article 30 du nouveau Code de procédure civile,* Mélanges P. Hébraud, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 949.

bien fondé de cette prétention[25]. L'action ne se confondant pas avec le droit, étudier le concours d'actions ne permet pas forcément d'appréhender finement les concours entre les règles de droit. Or, c'est ce que nous nous proposons de faire. Ce n'est pas pour autant que la question procédurale sera laissée de côté, elle est en effet indissociable de la question des concours de responsabilités, puisque l'action en justice est l'ultime étape de la reconnaissance des droits dont dispose la victime d'un dommage. Simplement, nous ne concevons le concours d'actions que comme une des résultantes possibles du concours de responsabilités, et ne confondons pas les deux expressions.

Ensuite, d'autres termes ne sont pas à assimiler au concours. Il s'agit des expressions de cumul, non-cumul et d'option. Ces différentes notions ne sont pas synonymes de concours. Elles sont des traitements possibles du concours. Du latin *cumulare*, signifiant entasser, le cumul désigne le fait de réunir en sa personne plusieurs activités ou avantages. Alors que le concours correspond à une situation de convergence d'une pluralité d'éléments vers un point unique, le cumul permet la coexistence effective de cette pluralité d'éléments. Dès lors, le cumul peut être autorisé, et dans ce cas les différents éléments pourront tous exister, produire leurs effets en même temps, ou être interdits, et dans ce cas il faudra opter pour l'un ou l'autre des différents éléments. L'on parlera dans cette dernière hypothèse de non-cumul, ou encore d'option.

Le terme de concours, tel que nous l'entendons, étant pleinement explicité, il convient désormais de préciser les contours de l'objet étudié, et de les justifier.

6. Concours de responsabilités civiles? Les situations de concours de normes sont nombreuses, et ne se limitent pas à la responsabilité civile. Ainsi, le droit international privé connaît des conflits de normes, de même que le droit pénal connaît des concours d'infractions. Le droit de la responsabilité administrative n'ignore pas non plus le phénomène. Pourtant, nous avons choisi de limiter notre étude aux concours de responsabilités civiles. Plusieurs raisons justifient ce choix.

Positivement, le droit de la responsabilité civile est un terrain d'élection du concours. La multiplicité des règles en cette matière, et la complexité de certaines situations dommageables, permettent la naissance de concours nombreux et divers.

25 S. GUINCHARD, F. FERRAND,C. CHAINAIS, *Procédure civile,* Dalloz, 31e éd., 2012, n°89; H. MOTULSKY, *le droit subjectif et l'action en justice,* APD, T.IX, 1964, p. 215.

Par ailleurs, si la question intéresse la doctrine, aucune étude d'ensemble du phénomène n'a encore été menée. Les concours ont ainsi pu être étudiés sous un angle procédural[26], ou en certaines matières[27]. Proche de la question des concours, celle des rapports entre différents corps de règles ont pu faire l'objet de thèses, mais là encore limitées à certains types de règles[28], sans jamais embrasser dans leur totalité les règles de responsabilité civile.

Négativement, certains concours ne seront pas étudiés pour eux-mêmes dans la thèse.

C'est le cas, tout d'abord, du conflit de normes en droit international privé. Bien que le terme ne soit pas employé couramment en cette matière, il s'agit bien d'un concours de règles. Il peut même s'agir, parfois, de concours de responsabilités[29]. Ce type de conflit oppose, à l'occasion d'un litige international, plusieurs lois ayant une vocation concurrente à appréhender la situation juridique litigieuse. L'on a pu dire du droit international privé qu'il « est un instrument de gestion de la pluralité des droits »[30]. Face à la pluralité de droits potentiellement applicables, le droit international privé va donner une réponse indirecte au litige en désignant la règle applicable, il « oriente vers des sources de réponse »[31].

Cependant, nous n'intégrerons pas dans la thèse les concours vus sous l'angle du droit international privé, pour deux raisons. La première raison est que les règles gouvernant les conflits de normes existent en droit privé international positif et sont utilisées par les juges[32]. Dès lors, si une réflexion peut toujours être menée sur ce point[33], la nécessité d'un travail créateur se fait moins sentir qu'en droit interne où le législateur se désintéresse du sujet, et laisse victimes et magistrats seuls face au concours. La seconde raison tient au fait que l'étude des concours au niveau international n'est guère éclairante pour notre sujet car la résolution de

26 F. BUSSY-DUNAUD, *Les concours d'actions en justice entre les mêmes parties,* BDPR, T.201, LGDJ, 1988.

27 Not. J.Ph. TRICOIRE, *Les concours d'actions en matière immobilières,* BDPR, T.512, LGDJ, 2009; S. CHATRY, *Le concours de droits de propriété intellectuelle, Essai d'une théorie générale*, Fondation Varenne, 2013.

28 Par ex. S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial de la responsabilité civile extra-contractuelle,* thèse Orléans, 2011; C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre droit commun et droit spécial des contrats,* thèse Paris I, 2006.

29 E. TREPPOZ, *Les concours de responsabilités en droit international privé français,* Actes du colloque de Chambéry, *op. cit.*, p. 13.

30 D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé,* T. 1, Partie générale, Puf, Thémis droit, 2e éd, 2010, n°15.

31 D. BUREAU, H. MUIR WATT, *op. cit.*

32 Sur ce point précis, v. not. T. KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé*, LGDJ, Bruylant, 2004, l'auteur présentant les critères de rattachement retenus en la matière, permettant de retenir la loi nationale applicable.

33 V. not. T. KADNER GRAZIANO, *La responsabilité délictuelle en droit international privé européen,* LGDJ, Bryulant, 2004, l'auteur dressant un portrait critique des solutions du droit international privé européen en matière de responsabilité délictuelle.

ces conflits de normes répond à un impératif particulier, qui est celui de ne sélectionner qu'une norme parmi celles en conflit. La concurrence, en cette matière, ne peut en effet se résoudre que par la désignation d'une des règles en concours, si leur application aboutit à des résultats différents, alors que, en droit interne de la responsabilité, il ne relève pas de l'évidence que l'une des règles en concours doive l'emporter.

Ensuite, le concours de responsabilités pénales ne sera pas étudié dans le cadre de cette thèse. Il arrive pourtant que plusieurs règles de droit pénal trouvent à s'appliquer à une même situation. Le concours d'infractions met ainsi en présence plusieurs qualifications, conciliables entre elles. L'on distingue le concours réel du concours idéal d'infractions. Le concours réel, bien que non nommé ainsi, est défini à l'article 132-2 du Code pénal. Il s'agit du cas où une personne commet plusieurs infractions dans un laps de temps assez court pour qu'aucune autorité judiciaire n'ait statué ou n'en ait eu connaissance au fur et à mesure de leur réalisation. Le cumul des qualifications peut être retenu dans cette situation, le coupable devant répondre de toutes les infractions distinctes qu'il a commises. Le cumul des peines, en revanche, n'est pas la solution de principe. Le droit français retient au contraire que les peines de natures différentes sont cumulables, dans la limite du maximum légal le plus élevé (art. 132-3 et 132-4 du Code pénal)[34].

Le concours idéal d'infractions, pour sa part, ne fait pas l'objet de disposition législative. Il s'agit non pas d'une successions d'infractions, mais bien d'un fait unique susceptible de supporter plusieurs qualifications pénales. Par exemple, le délinquant utilisant des explosifs pour détruire un bâtiment dans lequel plusieurs personnes trouveront la mort commet au moins deux infractions, la destruction du bien appartenant à autrui (art. 322-5 du Code pénal) et l'assassinat ou sa tentative (art. 221-3 du Code pénal). La question se pose de savoir si l'on peut retenir les deux chefs d'accusation et prononcer les peines assorties sans violer le principe du *non bis in idem*. Le juge français raisonne en fonction des valeurs atteintes par les différentes infractions. Soit ces infractions protègent une valeur identique, et dans ce cas le cumul est impossible, soit au contraire plusieurs valeurs sont protégées et il y a lieu de cumuler les qualification et les peines car ces dernières ne sanctionnent pas la même chose[35]. Ainsi, dans l'exemple choisi, les deux qualifications et peines peuvent se cumuler, l'une et l'autre protégeant des valeurs différentes (les biens et l'intégrité corporelle des personnes).

34 V. Crim., 13 juillet 1888, *Lapierre*, Crim. 9 octobre 1956, *Nevada*, Crim. 29 mai 1996, *Carlier*, *in* J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 8è ed., Dalloz, 2012, n°52.

35 Cette confusion partielle ou totale des peines est prévue par l'article 132-4 du Code pénal.

Un rapprochement entre le concours de responsabilités civiles et le concours de responsabilités pénales peut alors être effectué. Le concours idéal d'infractions ressemble au concours intellectuel de responsabilités civiles, en ce qu'une seule personne commet un acte qui peut recevoir différentes qualifications juridiques, et donc mener à l'application de plusieurs règles de responsabilité. Cependant, plusieurs raisons rendent inopportune une étude croisée, ou encore une tentative de transposition des solutions du droit pénal en droit civil de la responsabilité. Tout d'abord, la différence de but des deux responsabilités engendre des impératifs différents concernant le mode de règlement du concours. Ainsi, alors que le droit civil se concentre sur la réparation du dommage subi par la victime, le droit pénal est tourné vers l'auteur de l'infraction, et la peine prononcée doit être proportionnelle à l'attitude coupable de celui-ci. Cette différence de nature entre les responsabilités est assurément un frein à la transposition des solutions du droit pénal en droit civil. D'autre part, le droit civil peut supporter que dans une situation identique, plusieurs plaideurs ne se voient pas appliquer la même règle, dès lors que la mesure de la réparation est le dommage subi et non le comportement du responsable. En droit pénal, la sanction étant fonction du comportement du coupable, et les parties au procès n'ayant pas la possibilité de choisir sur quel fondement se baser en cas de concours, l'admission d'une solution unique pour un type de concours donné est un impératif.

Pour finir, les concours en droit administratif de la responsabilité ne seront pas au cœur de la thèse. Contrairement au droit pénal, le droit administratif de la responsabilité partage le même but que la responsabilité civile, puisqu'il s'agit d'une responsabilité indemnitaire. Une étude comparative des concours se présentant en droit positif, ainsi que des solutions retenues par les juridictions civile et administrative ne serait pas dénuée d'intérêt. Cependant, étant donné qu'aucune étude systémique des concours n'a encore été menée, ni en responsabilité civile, ni en responsabilité administrative[36], la comparaison serait prématurée. Nous espérons que notre thèse constituera une base pour des travaux futurs, comparatifs. Pour l'heure, nous limitons nos travaux à la responsabilité civile, délictuelle comme contractuelle.

36 V. N. ALBERT, *Les concours de responsabilités en droit administratif, op. cit.,* n°1, l'auteur ouvrant son intervention au colloque en précisant que « soit dans les index, dans les chapitres qu'ils (les auteurs en droit administratif) consacrent au droit de la responsabilité, ou pis dans les arrêts du Conseil d'État, nulle part l'on ne parle de « concours de responsabilités ». Pourtant, ce n'est pas parce que ce vocable n'est pas usité que le phénomène n'existe pas en droit administratif, et N. ALBERT le démontre bien dans son intervention. Cependant, le sujet n'est guère étudié par les auteurs en droit administratif. V. H. BELRHALI-BERNARD, *Les coauteurs en droit administratif,* LGDJ, 2003, l'auteur traitant dans sa thèse de ce que nous appelons des concours matériels de responsabilités.

7. Responsabilités civiles délictuelle et contractuelle. Nous entendons par responsabilité civile les responsabilités délictuelle et contractuelle. L'on ne rappellera pas ici la controverse relative à la pertinence du concept de responsabilité contractuelle, qui présente les dommages-et-intérêts dus par le débiteur au créancier d'une obligation mal, ou non exécutée, comme un mode d'exécution par équivalent du contrat[37]. Signalons simplement que nous considérons les dommages-et-intérêts en matière contractuelle comme une manifestation de la responsabilité civile, et donc comme la réparation d'un dommage subi[38]. Nous ne nions pas, toutefois, que la responsabilité contractuelle puisse présenter quelques spécificités, notamment quant au dommage réparable (l'article 1150 du Code civil pose la condition de prévisibilité de ce dommage), ou quant aux conditions de sa mise en œuvre (par exemple, par la mise en demeure préalable du débiteur de s'exécuter, comme l'exige l'article 1146 du Code civil). Il n'en reste pas moins qu'au-delà de ces particularités, les deux responsabilités partagent une identité de nature, en ce qu'elles sont indemnitaires. Pour la même raison, nous considérons, pour cette étude, les termes de responsabilité et de garantie comme synonymes[39]. Ainsi, les garanties légales du constructeurs[40], ou du vendeur[41], sont par nous considérées comme des responsabilités. Il s'agit bien d'accorder une indemnisation au créancier de la garantie, subissant un dommage du fait du bien vendu ou construit, résultant d'une obligation du contrat. C'est parce que la loi impose à ces contractants de garantir leurs créanciers contre certains dommages, qu'ils doivent, lorsqu'ils se réalisent, les indemniser. La réalisation du dommage indique que la garantie a nécessairement été méconnue par le débiteur, ce qui entraîne sa responsabilité, de nature contractuelle.

Quand bien même l'on aurait été convaincu de l'inexistence de la responsabilité contractuelle, il aurait été inopportun d'évincer de l'étude les dommages-et-intérêts alloués en matière

37 V., pour ne citer qu'eux parmi une littérature plus abondante, Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats,* 2013-2014, n°802 à 813 ; D. TALLON, *Pourquoi parler de faute contractuelle ? In Écrits en hommage* à G. Cornu, PUF, 1994, p. 429 ; *L'inexécution du contrat, pour une autre présentation,* RTD civ., 1994, p. 223 ; Ph. REMY*, Critique du système française de responsabilité civile,* Rev. Droits et cultures, 1996, p. 31 ; *La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept,* RTD civ., 1997, p. 323.

38 Les juges, cependant, n'exigent pas toujours la preuve d'un préjudice résultant de la faute contractuelle, donnant ainsi du crédit à la thèse rejetant l'existence de la responsabilité contractuelle, V. par ex., Civ. 1 er, 31 mai 2007, RTD civ., 2007, p. 568, obs. B. FAGES ; JCP, 2007, I, 185, obs. P. STOFFEL-MUNCK.

39 Ceci serait considéré comme simplificateur, voire inexact, par certains auteurs. V. not. P. COEFFARD, *Garantie des vices cachés et responsabilité contractuelle de droit commun,* LGDJ, 2003, soutenant que la garantie édicilienne n'est pas une obligation du vendeur, mais un effet de la vente. Pour certains, la garantie permet de réparer certaines erreurs, v. G. CHARLIN, *De la garantie des vices cachés en matière de vente,* thèse Paris, 1895, p. 141 ; DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des* o*bligations conventionnelle en général,*Paris, 1868-1882, n°107. D'autres y voient une suite de l'obligation de délivrance, Laurent, *Principes de droit civil,* T. XXIV, Bruylant, 1887, n°277.

40 Art. 1792 et s. du Code civil.

41 Art. 1641 du Code civil.

contractuelle. Cela tient à la réalité du phénomène en matière contractuelle. Les contrats de vente[42] et d'entreprise[43], notamment, sont le siège de nombreux concours[44]. Par ailleurs, les points de rencontre entre les deux types de responsabilité sont aussi nombreux. Pour preuve, la résolution de ces concours a donné lieu à une règle de conflit bien connue, celle du non-cumul des deux ordres de responsabilité[45]. La responsabilité contractuelle entre donc résolument dans le cadre de notre étude.

Le champ de l'étude précisé, il convient désormais de dresser un portrait plus fin du phénomène étudié. L'on peut tout d'abord constater que les concours ne sont pas l'apanage du droit positif français. Un rapide aperçu historique, et comparatiste, précédant le bilan de l'actualité du droit français des concours de responsabilités, permettra de pleinement se convaincre de la persistance du phénomène.

8. Histoire. Le phénomène du concours de responsabilités n'est pas une nouveauté. Le droit romain s'est en effet préoccupé de la question des concours d'actions, et a offert quelques solutions. Le Digeste contient ainsi un paragraphe consacré aux actions concurrentes[46]. Toutefois, la solution aux concours d'actions fut sujette à débats, comme en atteste cet extrait choisi du célèbre recueil: « lorsqu'un délit donne lieu à plusieurs actions; comme dans le cadre des arbres coupés furtivement, on a enfin décidé, après bien des variations, qu'il étoit permis de les intenter toutes. »[47]. La question du concours des actions nées du même fait était résolue en fonction de la nature des actions. Les actions pénales pouvaient se cumuler entre elles, et se cumuler avec les actions à vocation indemnitaire, mais les actions à vocation indemnitaire ne pouvaient se cumuler entre elles[48]. Cette solution est commandée semble-t-il par l'équité: « il y a d'autres jurisconsultes qui pensent qu'à la vérité en choisissant l'action de la loi Aquilia on perd celle en réparation d'injures, parce qu'il est contre l'équité de condamner une seconde fois celui qui a payé la valeur du dommage qu'il a causé. Mais ils pensent que si

42 Sur ce point, V. not. parmi une littérature abondante: R. FAMILY, *Erreur, non-conformité, vice caché: état des questions à l'heure de la transposition de la directive du 25 mai 1999,* CCC, 2002, chron. n°7.

43 V. not. J.-P. KARILA, *Garanties légales et responsabilité contractuelle de droit commun des locateurs d'ouvrages immobiliers après la réception de l'ouvrage,* D., 1990, chron. 307; Étude Malinvaud, Litec, 2007, p. 317.

44 Le droit spécial des garanties légales de l'entrepreneur entre en concours avec le droit commun de la responsabilité contractuelle, tandis que pour la vente, se sont les actions en garantie des vices cachés et en responsabilité pour absence de délivrance conforme qui se rencontrent.

45 Pour une présentation de cette solution, V. not. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 3e éd., 2008, n°216 et s.

46 Digeste, Livre 44, titre 7, paragraphe 34.

47 Nous utilisons ici la traduction de l'ouvrage suivant: H. HULOT, *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien,* tome trentième,Paris, Rondonneau, 1805, p. 389 pour la citation.

48 V. Le Digeste, Livre 44, titre 7, paragraphe 34, et P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain,* Réédition présentée par J.-Ph. LEVY, Dalloz, 2003, p. 426.

on a commencé par l'action en réparation d'injures, on conserve encore l'action de la loi Aquilia. Le préteur doit donner des bornes à ce sentiment, et il ne doit permettre d'agir que pour demander ce qu'on peut obtenir de plus par l'action Aquilia que par la première condamnation. »[49]. Ce que nous nommons concours intellectuel de responsabilités existait donc en droit romain, et avait forcé les jurisconsultes à trouver quelques solutions.

Le concours matériel de responsabilités était aussi connu du droit romain, qui avait résolu la question de la condamnation des coauteurs d'un même délit. Il semblerait dans ce cas que l'obligation de chaque auteur au tout fut retenue, c'est du moins ce que retient la loi Aquilia en ce qui concerne un certain nombre de délits[50]. Le principe était alors le cumul des indemnités dues. D'autres fois, comme en cas de dol, le paiement fait par l'un libère les autres[51]. Dans ce cas, une seule indemnité est due, sans qu'il y ait cumul.

On le constate, les concours existaient déjà en droit romain, et recevaient des solutions diverses, voire mouvantes. Il semble que l'ancien droit ait maintenu pour partie les solutions du droit romain, quant à la pluralité d'auteurs d'un même dommage[52]. Plus proche du droit positif, le Code civil ne dit mot des concours de responsabilités, et les travaux préparatoires sont muets sur ce point. La doctrine civiliste n'a pourtant pas perdu de vue le sujet. Pothier, ainsi, fait de l'obligation de ceux qui ont concouru à un délit une obligation solidaire, sans distinguer cette solidarité de celle née d'un contrat[53]. Les considérations sur le concours intellectuel, cependant, ne se retrouvent pas dans la doctrine de cette époque. Il semble qu'il faille attendre le développement de la responsabilité, et notamment l'apparition de la responsabilité du fait des choses, pour que la question émerge à nouveau[54].

Pour conclure, même si le droit romain et l'ancien droit se sont intéressés à la question des concours de responsabilités, ce ne fut que par l'édiction de solutions ponctuelles, sans passer

---

49 Digeste, Livre 44, titre 7, paragraphe 34, traduction par H. HULOT, *op. cit.,* p. 390.

50 V. Digeste, Livre 47, titre 7, paragraphe 2 et 6, « il faut savoir que ceux qui coupent les arbres, et surtout les vignes, sont punis également comme des voleurs; si plusieurs ont furtivement coupé le même arbre, on a contre chacun l'action solidaire », traduction par H. HULOT, *op. cit.*, p. 244 et 245; W. LAFAY, *Étude sur la responsabilité des coauteurs de délits ou quasi-délits civils,* thèse, Lyon, 1902, p. 10 et s., P. F., GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain, op. cit.,* p. 428, à propos du délit d'injure (*injuria*), p. 438 à propos du vol (*furtum*).

51 Digeste, Livre 4, titre 3, paragraphe 17: « si plusieurs sont complices de la mauvaise foi, et qu'un d'entre eux ait fait la restitution, tous sont libérés. Si l'un d'entre eux a payé à ce sujet les dommages-et-intérêts, je pense encore que les autres sont libérés ».

52 V. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français,* T6, deuxième partie, 2e éd. par P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE, LGDJ, 1954, p. 431.

53 POTHIER, *Traité des obligations, Volume 1,* Paris, 1764, n°268.

54 V. M. PLANIOL et C. RIPERT, *Traité pratique de droit civile français, T6,* par ESMEIN, 2e éd., LGDJ, 1952, n°492 et 493 pour le concours entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle, n°614-2 pour le non-cumul en matière de responsabilité du fait des choses.

par une étude systémique du phénomène, et surtout, sans poser de solutions globales. Il en va de même pour les droits étrangers que nous avons parcourus.

9. Droit comparé. Le concours de responsabilités n'est pas l'apanage du droit français. Concernant la pluralité de responsables, la question est susceptible de concerner tous les systèmes de droit, pourtant, rares sont les droits nationaux qui règlent la question par une disposition législative[55]. Les solutions varient donc, au grès des jurisprudences nationales[56]. Le même constat peut être effectué face à la question du concours intellectuel de responsabilités, pour lequel nous n'avons pas identifié de système de règlement clairement posé dans d'autres droits nationaux. La doctrine suisse, consciente de cette lacune, propose d'y remédier dans un avant projet de réforme du droit des obligations[57]. L'article 1348 de l'avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, rédigé sous l'égide du Professeur Catala[58], et l'article 12 du projet de réforme du droit de la responsabilité rédigé sous la direction du Professeur Terré[59] retiennent des propositions similaires concernant le concours matériel[60]. Mais ces propositions, non retenues, font figure d'exception face à des droits nationaux globalement muets sur la question. L'on ne saurait dès lors adopter une approche comparatiste systématique pour aider à la résolution des concours en droit français[61]. Référence sera faite, ponctuellement, aux textes étrangers ou de droit prospectif pouvant permettre d'éclairer le sujet.

10. Constats en droit positif français. En amont du concours, au stade de la création de la règle de droit, l'on observe un manque d'intérêt pour le phénomène, en droit français. En aval, c'est-à-dire au moment de la traduction procédurale du concours, à l'occasion d'un litige

55 V. l'article 50 du Code suisse des obligations : « Lorsque plusieurs ont causé ensemble un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice (...) ». Sur ce point, v. not. C. CORGAS-BERNARD, *La pluralité de responsables en droit français et dans d'autres ordres juridiques nationaux, in Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation, Recueil des travaux du GRERCA,* IRJS éditions, 2012, p. 427 et s.

56 C. CORGAS-BERNARD, *La pluralité de responsables en droit français, et dans d'autres ordres juridiques nationaux,* n°5, disponible sur le site internet du GRERCA, grerca.univ-rennes1.fr.

57 P. WIDMER, P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif*, 2000, p. 161 à 174, publié par l'office fédéral de la justice, et disponible sur internet.

58 *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription,* Sous la direction de Pierre Catala, La documentation française, 2006. Article 1348: Lorsqu'un dommage est causé par un membre indéterminé d'un groupe, tous les membres identifiés en répondent solidairement sauf pour chacun d'eux à démontrer qu'il ne peut en être l'auteur.

59 *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile,* Sous la direction de François Terré, Dalloz, 2011.

60 Article 12 du projet Terré: Lorsqu'un dommage est causé par un membre indéterminé de personnes agissant de concert, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé.

61 Pourtant, ponctuellement, les droits étrangers ainsi que les différents projets doctrinaux français seront utilisés, v. infra, not. N°183, 249, 279, 675.

présenté devant le juge, le constat n'est plus celui d'un désintérêt, mais d'un manque de systématisation des solutions retenues.

11. Désintérêt du législateur. Le législateur serait, à plusieurs titres, extrêmement bien placé pour réguler les concours de responsabilités. Le contrôle de la production législative lui permettrait, lors de l'édiction de règles de responsabilité nouvelles, d'anticiper les cas de concours avec les responsabilités existantes, et de les régler par avance. Par ailleurs, l'on peut envisager la création, par la loi, de règles de conflit. Or, aucune règle de conflit, générale comme particulière, n'existe à ce jour[62], et le législateur démontre un faible intérêt pour les concours, dès lors, les manifestations de la loi en la matière sont rares.

L'on peut cependant donner quelques exemples. Ainsi, l'ordre public attaché à une règle peut venir justifier son exclusivité, et, en organisant ainsi ses rapports avec les autres règles de droit, régler par avance les concours. C'est en effet un des rôles possibles de l'ordre public, pouvant « intervenir de manière constructive, afin de rééquilibrer les intérêts en présence, d'imposer le respect de nouvelles valeurs, *d'articuler les normes en conflit* »[63]. C'est le cas par exemple en matière de baux spéciaux; la législation spéciale étant d'ordre public, la responsabilité engendrée par le contrat soumis à cette législation est exclusive de la responsabilité de droit commun[64]. Parfois, l'exclusivité n'est pas absolue et le législateur se contente, pour aménager les rapports que la règle va entretenir avec les autres, d'en écarter nominativement certaines. Cependant, ce mode de règlement des concours peut poser plus de difficultés qu'il n'en résout. Que les règles exclues soient imparfaitement désignées, et ce mode de règlement du concours devient source d'incertitudes et de litiges. C'est ainsi que l'article 13 de la directive CEE 85/374, transposé en droit français à l'article 1386-18 du Code civil[65] a pu donner naissance à un contentieux fourni sur le point de savoir si la jurisprudence antérieure à la transposition de la directive pouvait survivre. Là où la directive semblait laisser l'option à la victime, la Cour de Justice de la Communauté Européenne (CJCE) a précisé au contraire que ne pouvaient survivre que les régimes de responsabilité ayant un

62 L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, sous l'égide du professeur Catala contient cependant quelques dispositions concernant la pluralité de responsables, aux articles 1378 et 1378-1 de l'avant-projet, V. P. CATALA, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006, p. 183.

63 B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public,* Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, 1804-2004, Dalloz, 2004, p. 475, c'est nous qui soulignons.

64 Voir art. 2 de la loi du 6 juillet 1989 en matière de baux d'habitation.

65 Rappelons que cet article prévoit que la responsabilité du fait des produits défectueux ne porte pas atteinte « aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité ».

autre fondement que celui mis en place par la directive[66]. Un vif débat doctrinal s'ensuivit quant au point de savoir quels régimes juridiques français avaient vocation à être exclus par la responsabilité du fait des produits défectueux, et lesquels pouvaient valablement entrer en concours avec elle, et permettre une faculté de choix à la victime[67]. Il a fallu par la suite une autre intervention de la CJCE pour préciser définitivement le sens de l'article 13 de la directive[68]: la directive ne s'oppose pas à la jurisprudence nationale, le droit interne reste donc compétent pour régir les dommages causés à des biens professionnels. Au final, le manque de précision de la directive sur ce point aura rendu nécessaire l'intervention du juge communautaire, prouvant que l'organisation du concours en amont, par le créateur de la règle, n'est pas forcément gage de sécurité juridique.

À l'inverse, le Code du tourisme organise parfaitement ses rapports avec le Code de la consommation. En effet, l'article L. 211-1, II, du Code du tourisme prévoit que les dispositions de l'article L. 121-20-3 du Code de la consommation ne sont pas applicables aux agents de voyage. Le concours existait bien, car l'article L. 121-20-3 du Code de la consommation dispose que le professionnel qui propose ou assure à distance la fourniture d'un bien ou d'un service est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, alors que le Code du tourisme, concernant la responsabilité de l'agent de voyage, ne retient cette responsabilité de plein droit que pour le forfait touristique et non les prestations hors-forfait (vente de billets de transport seuls, par exemple).

Il reste que ces interventions du législateur sont trop rares pour permettre une véritable régulation des concours. Le juge, de son côté, n'offre pas plus de système de règlement des concours de responsabilités.

12. Diversité des modes de résolution en jurisprudence. Face à un concours de responsabilités, et en l'absence de directive posée par la loi, le juge peut choisir, parmi un large panel de solutions, celle qu'il estimera la plus appropriée à l'espèce jugée. Il est ainsi envisageable d'autoriser la victime à invoquer cumulativement les différentes responsabilités en concours. Dans une moindre mesure, il est possible de lui donner une option qui lui permettra de choisir la responsabilité de son choix. Cette option peut encore être dirigée par le

66 CJCE, 25 avril 2002, aff. C-183-00.

67 V. notamment, P. JOURDAIN, RTD civ., 2002, p. 523; C. RONDEY, D., 2002, p. 1670; J. CALAIS-AULOY, D., 2002, chron., p. 2458; C. LARROUMET, D., 2002, p. 2642; G. VINEY, JCP, 2002, I, 177.

68 CJCE, 4 juin 2009, D., 2009, p. 1731, note S. BORGHETTI; JCP, 2009, n°27, p. 35, note P. JOURDAIN; RDC, 2009, 1381, obs. G. VINEY; sur la question préjudicielle, voir Com., 24 juin 2008, Bull. Civ., IV, n°128.

juge, qui pourrait établir une hiérarchie entre les différentes responsabilités en concours. L'option hiérarchisée conduit à donner un rang à chacune des responsabilités en concours, et à ne permettre à la victime d'agir sur le fondement de la responsabilité de second rang, qu'une fois que l'action de premier rang a été intentée, et si elle ne lui a pas donné satisfaction. L'option peut encore être définitive ou non. La victime à qui l'on permet de faire un choix entre les responsabilités en présence pourrait se voir interdire toute action en justice nouvelle, une fois son choix effectué, même si celui-ci s'avère malheureux. L'option non définitive permettrait pour sa part la mise en jeu successive des différentes responsabilités. Parmi tous ces possibles, le juge a fait ses choix, et le concours est tantôt combattu, tantôt autorisé. Pour combattre le concours, le juge peut refuser toute option à la victime. Certaines règles sont donc d'application exclusive, ce qui signifie qu'elles sont les seules à pouvoir donner une réponse au litige dès lors que la situation dommageable se trouve dans leur champ d'application. Il en va ainsi, par exemple, de la responsabilité contractuelle[69] et de la responsabilité du fait des accidents de la circulation[70]. Le juge peut, d'autres fois, marquer sa faveur envers le concours, et laisser à la victime le choix de l'action qu'elle intente. Il est ainsi admis que les responsabilités pour faute et du fait des choses peuvent être invoquées cumulativement, ou alternativement[71], par la victime dont le dommage est causé à la fois par une faute et par le fait d'une chose[72].

Cependant, même si se dessinent quelques lignes de force dans la jurisprudence actuelle, les solutions du droit positif demeurent insuffisantes.

13. Insuffisance des solutions du droit positif. Tout d'abord, certains concours n'ont pas trouvé à ce jour de solution satisfaisante, et continuent d'alimenter les prétoires et de préoccuper la doctrine[73].

Ensuite, si certains concours sont clairement régulés en droit positif, il est rare qu'une décision de justice justifie le recours à un mode de règlement du concours ou à un autre. Le juge peut

69 V. infra, n°48.

70 M.-P. CAMPROUX, *La loi du 5 juillet 1985 et son caractère exclusif,* D., 1994, chron. p. 109; G. WIEDERKHER, *De la loi du 5 juillet 1985 et de son autonomie*, D., 1986, chron. p. 255.

71 V. not. Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations,* Dalloz, 2012, n°1924 et s.

72 V. notamment, pour un panorama jurisprudentiel d'une solution qui n'est pas nouvelle, J. BORE, *Le cumul de la responsabilité du fait personnel et de la responsabilité du fait des choses,* JCP, 1965, I, 1961.

73 V. par ex. En matière immobilière, O. TOURNAFOND, *Où l'on voit un défaut de conformité se métamorphoser en dommage décennal et l'impropriété à la destination s'apprécier aux promesses particulières du contrat,* RDI, 2013, p. 156, *Défaut de contenance et défaut de conformité dans la vente d'immeubles à construire,* RDI, 2012, p. 224; C. SIZAIRE, *Caractérisation des vices apparents et distinction avec les défauts de conformité apparents,* Construction-urbanisme, 2011, p. 30.

ainsi se contenter de formules telles que: « les différentes responsabilités du fait d'autrui sont alternatives et non cumulatives »[74], ou « la responsabilité des artisans à l'égard de leurs apprentis et celle des commettants à l'égard de leurs préposés sont exclusives l'une de l'autre »[75]. Il résulte de cet état de fait un manque de prévisibilité, dont pâtissent victimes et responsables (ainsi que leurs conseils). Or, il est essentiel pour ces acteurs du concours de savoir précisément, pour l'un, sur quel(s) fondement(s) formuler sa demande d'indemnisation, pour l'autre, sur quel(s) fondement(s) répondre de ses actes.

Il convient cependant de nuancer la critique faite à l'encontre des juges. Ces derniers, en effet, ne sont pas les mieux placés pour créer un système de règlement des concours. Le concours peut leur être caché par les plaideurs. En choisissant les faits de nature à fonder leurs prétentions, les parties peuvent en réalité masquer l'existence du concours, en ne mettant en avant lors du procès civil que les éléments permettant l'application d'une règle unique. Les éléments de fait non invoqués par les plaideurs n'entrent pas dans la cause du litige, et ne sont pas saisis par le droit[76]. Le concours d'actions en responsabilité est donc un phénomène moins émergent que le concours de responsabilités. Le juge ne peut se voir reprocher, dans ces conditions, de ne pas régler le concours.

Reste que, lorsque le juge règle le concours, il ne justifie pas toujours la solution retenue. Là encore, il faut nuancer la critique. Le droit positif écrit ne contient pas de principes pouvant servir de guide au juge face au concours de responsabilités. Le travail de motivation est, dès lors, difficile.

Compte tenu de ce qui précède, la réalité du phénomène des concours de responsabilités ne fait aucun doute. Par ailleurs, le manque de sécurité juridique est d'autant plus prégnants depuis les arrêts de l'Assemblée plénière du 7 juillet 2006[77] et du 21 décembre 2007[78]. Le premier impose en effet au plaideur de concentrer les moyens propres à fonder sa demande, en une même instance, sous peine de se voir opposer l'autorité de la chose jugée s'il intente, suite à une action infructueuse, une nouvelle action sur un fondement différent, pour obtenir satisfaction quant à un problème identique. Le second ne fait pas obligation au juge de soulever un fondement juridique auquel le plaideur n'avait pas songé, et qui pourtant lui

74 Civ. 2e, 18 mars 1981, Bull. Civ., II, n°69.

75 Civ. 2e, 8 décembre 1961, JCP, 1962, II, 12658, note PIERRON.

76 Il s'agit d'une règle issue de l'article 7 du Code de procédure civile : « Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat. Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions. »

77 JCP, 2007, II, 10070, obs. G. WIEDERKHER, I, 139, obs. Y. SERINET; JCP, 2006, I, 183, obs. L. CADIET; v. aussi Civ. 1er, 28 mai 2008, JCP, 2008, II, 10170, obs. G. BOLARD.

78 Bull. n°10, JCP, 2008, II, 10006, obs. L. WEILLER.

permettrait d'obtenir satisfaction, le juge n'ayant pas d'obligation à statuer à propos d'un fondement non invoqué par les parties.

Les insuffisances du droit positif rendent nécessaire une réflexion permettant de donner au juge un guide, afin de régler les concours. Le sens de l'étude, ainsi que la méthode employée, sont encore à préciser.

14. Problématique. Le concours peut se penser à deux niveaux.

Tout d'abord le concours peut être perçu au niveau de l'action intentée par la victime, faisant face à un droit qui se saisit d'une situation de fait unique par des voies multiples. À ce stade, il s'agit principalement d'organiser le concours d'actions en responsabilités, et de déterminer le degré de liberté que l'on doit accorder au plaideur. En d'autres termes, doit-on lui imposer une voie de droit unique ou peut-on lui laisser profiter, le cas échéant, des possibilités multiples que lui offre le droit positif? Laisser libre choix à la victime semblerait à même de garantir la plus grande équité du règlement du concours, en accord avec un droit de la responsabilité civile tourné principalement vers la réparation des dommages injustement subis. Cependant, ne risquerait-on pas, ce faisant, de maintenir l'état ambiant de cacophonie des solutions apportées au concours, en laissant aux victimes et à leurs conseils le soin de choisir la ou les voies à suivre? La sécurité juridique et la cohérence du droit n'imposent-elles pas d'adopter un autre point de vue que celui de la victime?

Ensuite, le concours se pense en amont de l'action intentée par la victime. Il se trouve, à l'état de sommeil, lattent, au cœur même du droit de la responsabilité qui, fort d'une croissance exponentielle, s'est développé en toutes directions, jusqu'à innerver quasiment tous les domaines d'activité de l'homme, et concerner toutes choses. Ces branches du droit de la responsabilité se rencontrent, se croisent, se chevauchent, se concurrencent, de telle manière qu'elles forment un tout dense, difficile parfois à déchiffrer. Les concours de responsabilités apparaissent alors comme un des symptômes de cette croissance désordonnée du droit de la responsabilité. La question se pose de savoir s'il ne serait pas opportun d'élaguer un peu ce droit, dans le but de diminuer, voire supprimer les voies de droit inutilement offertes à la victime, pour les cas où un seul fondement suffirait à lui assurer une juste réparation de son dommage.

Quel que soit le niveau auquel l'on se propose d'observer les concours de responsabilités, une étude systémique s'impose. Sans cela, le phénomène ne peut être appréhendé dans sa globalité, et l'on ne disposerait que d'une vision tronquée, impropre à permettre ensuite la

découverte de solutions appropriées. Qu'il s'agisse de se placer au niveau des parties au procès civil, confrontées au concours, ou au niveau plus abstrait des règles de responsabilité, l'objet de la thèse est de parvenir à proposer un système de règlement des concours de responsabilités. Sans prétendre à une exhaustivité parfaite, tant l'objet de l'étude est vaste, l'ambition de cette thèse est de tenir compte de tous les concours de responsabilités civiles, et, au terme de l'étude, de les régler.

15. Méthode. L'étude systémique des concours de responsabilités aurait pu se présenter sous la forme d'un panorama présentant à la fois les différents concours que connait le droit positif et leur règlement, lorsque celui-ci existe. Bien que l'on puisse admettre qu'une telle présentation permette de mieux connaître le phénomène des concours de responsabilités, elle n'est pas celle retenue. Une telle étude aurait, certes, le mérite de la nouveauté, car aucun portrait n'a encore été dressé des concours de responsabilités, dans leur ensemble. Elle serait cependant trop statique pour être valablement utilisée. L'objectif affiché de cette thèse est de proposer un ou des mode(s) de règlement des concours de responsabilités. Un instantané des différents concours de responsabilités ne sert pas, en tant que tel, notre objectif. Nous ne dresserons donc de portrait des concours de responsabilités que dans la mesure où cela permet de répondre aux questionnements qui sont les nôtres. Autrement dit, l'objectif étant de proposer un outil qui puisse, en pratique, permettre de régler les concours de responsabilités, une présentation globale et détaillée de tous les concours n'aide guère.

Une approche finaliste a donc été préférée. Nous avons identifié deux méthodes concurrentes susceptibles de nous permettre d'atteindre l'objectif visé. Ces deux voies seront explorées successivement, sans passer par l'étape préalable de présentation monolithique des concours de responsabilités.

16. Plan. La problématique choisie dessine les deux directions qu'il est possible d'emprunter pour tenter de traiter les concours de responsabilités. Soit l'on agit au niveau du système de responsabilité, et l'on tente de supprimer les chevauchements entre les différents régimes, de telle sorte que les concours disparaissent. Le règlement des concours passe alors par une réforme de la responsabilité civile, dans le but de garantir la cohérence du système par la suppression, ou à tout le moins la diminution des concours. Soit l'on agit au niveau des personnes concernées par le concours, et l'on a égard aux possibilités d'actions offertes à la victime. Le règlement des concours résulte dans ce cas de l'utilisation d'une ou plusieurs règles de conflit, que magistrats, avocats et plaideurs devront respecter.

Les deux méthodes ne sont pas équivalentes, et ne poursuivent pas tout à fait le même objectif. La première implique de revenir sur l'ordonnancement juridique actuel, et d'en modifier la composition, alors que la seconde se propose d'aménager les rapports entre les règles du droit positif, sans remettre en cause leur existence.

A l'heure où les propositions de réforme de la responsabilité civile se multiplient, il est tentant de mener une relecture du droit de la responsabilité à l'aune de notre sujet. L'objectif de suppression, ou à tout le moins de limitation des concours de responsabilités pouvant servir de guide pour une telle réforme, aidant à identifier les régimes de responsabilités et les dispositions qui pourraient être modifiées. Cette voie, certainement la plus extrême, a été testée en premier.

Cependant, quel que soit le résultat obtenu par cette première méthode de traitement des concours de responsabilités, la seconde ne doit pas être oubliée. En effet, si nous parvenions à proposer un traitement satisfaisant des concours de responsabilités, sans pour autant remettre en cause le droit positif dans toute sa richesse, cela serait assurément une bonne chose. Cela signifierait que le droit de la responsabilité civile, tel qu'il existe aujourd'hui, n'est pas si désordonné qu'il y paraît, et qu'il contient en germe les modes de règlements du concours.

Sans déflorer totalement les résultats obtenus par ces deux voies de recherche, l'on peut annoncer que la tentative de réforme de la responsabilité civile fut un échec, aussi la suppression des concours par la réforme de la responsabilité est-elle présentée comme une tentation qu'il faut abandonner (Partie 1). Cela ne laisse pas présager, pour autant, de la réussite de l'autre méthode envisagée. Pourtant, la régulation des concours de responsabilités par l'utilisation de règles de conflit est le choix que nous avons opéré (Partie 2).

Partie 1 La suppression des concours de responsabilités par la réforme de la responsabilité civile, la tentation abandonnée

17. Méthode. Tenter de supprimer les concours de responsabilités en réformant le droit de la responsabilité suppose de déterminer, par avance, la méthode à suivre. Nous partons du présupposé qu'une limitation de la responsabilité limiterai les concours entre lesdites règles de responsabilité. Cependant, encore faut-il identifier très précisément les règles en concours, et les facteurs qui autorisent une telle rencontre entre ces règles. Aussi est-il nécessaire de cerner les sources des concours de responsabilités afin de lister les règles qui devront être, par la suite, concernées par la réforme.

Nous irons donc puiser aux sources des concours de responsabilités (Titre 1) les orientations possibles de la réforme de la responsabilité civile (Titre 2).

Titre 1 Aux sources des concours de responsabilités

18. Le droit, source des concours de responsabilités. Certains voient dans le fait la source première du concours[79], ils sont dans l'erreur. Tout concours ne nait que du droit, de la manière dont il se saisit de la situation de fait. C'est l'évidence même lorsque la situation de fait supporte différentes qualifications juridiques, et entraine donc l'application de plusieurs règles de droit. Le concours intellectuel résulte ainsi de l'application concurrente de plusieurs règles de droit face à un dommage unique causé par un auteur unique. L'affirmation est aussi juste lorsque la situation à l'origine du litige met en présence plusieurs auteurs pour un défendeur unique, car la contribution de plusieurs personnes à la réalisation d'un dommage est un préalable nécessaire à la reconnaissance d'un concours matériel de responsabilités. Dans cette situation encore la règle de droit est la source du concours en ce qu'elle fournit les critères d'engagement de la responsabilité de chacune des personnes impliquées. Pour appuyer ce propos, prenons un exemple de concours matériel. Un enfant en blesse un autre à l'occasion d'une partie de foot organisée par le club dans lequel il exerce cette activité sportive. Trois responsabilités sont envisageables: celle de l'enfant fautif[80], celle des parents du fait de leur enfant[81], celle du club du fait de ses membres[82]. Si notre système juridique ne connaissait pas les responsabilités du fait d'autrui, le concours n'existerait pas dans une telle situation. C'est bien la règle de droit qui permet l'existence d'un concours de responsabilités. La source des concours de responsabilités ne peut ainsi se trouver que dans le droit et plus précisément dans la densité actuelle du droit de la responsabilité. C'est un lieu commun que de dénoncer aujourd'hui la complexité du système juridique, et plus particulièrement des règles de responsabilité, qui ont singulièrement augmentées depuis 1804. La multiplication des régimes de responsabilité est assurément une source de concours. Multiplier le nombre de

79 J.-Ph. TRICOIRE, *Les concours d'actions en matière immobilière,* LGDJ, BDPR, T. 512, 2009, p. 81 et s., « le concours issu de la situation de fait à l'origine du litige ».

80 Il suffirait, depuis l'arrêt *Fullenwarth*, Ass. Plén., 9 mai 1984, Bull. Civ., n°4, que le fait de l'enfant soit la cause directe du dommage.

81 Pourvu, bien entendu, que les parents soient titulaires de l'autorité parentale, et que la cohabitation avec leur enfant n'ait pas cessée pour un motif légitime.

82 Ass. Plén., 29 juin 2007, Bull. Civ, n°7: « Les associations sportives ayant pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité de leurs membres sont responsables des dommages qu'ils causent à cette occasion, dès lors qu'une faute caractérisée par les violations des règles du jeu est imputable à un ou plusieurs de leurs membres, même non identifiés ».

régimes de responsabilité, c'est démultiplier d'autant les risque de rencontre, de chevauchement des champs d'application de ces différentes règles. Il ne faudrait pas commettre l'erreur de croire que le législateur, en tant que source première du droit, est l'unique source de concours. Le juge est en effet aux premières loges du concours de responsabilités, puisque c'est à lui que revient la tache d'appliquer la bonne règle de droit. Lorsque plusieurs règles sont également applicables, c'est à lui de résoudre ce conflit. Cependant, son rôle dépasse parfois l'identification du concours, et sa résolution, puisque le juge est, à sa manière, créateur de concours de responsabilités. L'appréciation qu'il fait des règles de droit à sa disposition l'a conduit, en effet, à participer au mouvement de multiplication des règles de responsabilités, mais encore à être source de concours en usant plus subtilement des règles en présence.

19. Nécessité et usage d'un retour aux sources. Ce retour aux sources, loin de constituer un détour qui nous éloignerait de notre objectif premier visant à limiter les concours en utilisant la voie de la réforme de la responsabilité, en constitue le point de départ évident. La réforme proposée doit en effet s'appuyer sur une étude des sources des concours ayant pour but, non pas de dresser un panorama statique du phénomène en droit positif, mais d'identifier les règles à réformer et, si possible le sens à donner à la réforme. C'est la raison pour laquelle les développements qui suivent n'ont pas pour but de présenter les solutions du droit positif (lorsqu'elles existent) face aux concours de responsabilités exposés, mais bien seulement les sources de ces concours.

20. Plan. Les concours de responsabilités puiseraient donc à une source unique, la règle de droit. Cette source unique des concours de responsabilités a considérablement augmenté depuis l'avènement du Code civil, le droit de la responsabilité civile s'étant densifié, en même temps qu'il s'est complexifié. Poursuivant le double objectif d'appréhender de manière dynamique le phénomène des concours de responsabilités au travers de leurs sources, et de tenter de poser les jalons de la réforme possible, nous présenterons les sources des concours telles qu'elles se sont révélées à nous lors de nos recherches. Nous nous attarderons dans un premier temps sur l'extension de la responsabilité (chapitre 1) et dans un second temps sur l'incidence de l'appréciation souple, par le juge, de certaines règles de responsabilités (chapitre 2).

Chapitre 1. L'extension de la responsabilité

21. Double mouvement. L'on dénonce volontiers l'éparpillement des règles de responsabilité, leur ventilation, dans des Codes spéciaux ou même en dehors de toute codification[83]. La spécialisation de la responsabilité est assurément une source de concours, les règles nouvelles ne tardant guère après leur intégration dans l'ordonnancement juridique, à poser quelques difficultés de cohabitation avec les règles préexistantes, se traduisant par des concours de responsabilités. Cependant, la multiplication des régimes a pu suivre un mouvement inverse, et passer par une généralisation. La méthode a beau être différente, les effets en sont les mêmes. Toute extension de la responsabilité est susceptible de causer des concours de responsabilités. Nous étudierons successivement les deux directions prises par cette extension, la généralisation d'abord (section 1), la spécialisation, ensuite (section 2).

Section 1. Généralisation de la responsabilité

22. Manifestations et idéologie. Dans l'optique, qui est la nôtre, de trouver dans l'étude des sources des concours de responsabilités les éléments pour guider une réforme du système de responsabilité civile, l'identification des manifestations de la généralisation de la responsabilité ne peut suffire. Encore faut-il connaître les objectifs, les raisons, les enjeux de cette généralisation, afin de les évaluer. Si leur pertinence se révèle, il conviendra de tenter d'en conserver les effets bénéfiques, tout en mettant fin aux concours de responsabilités, par la réforme. La présentation des manifestations de la généralisation de la responsabilité (§1) précédera donc l'analyse de l'idéologie qui la sous-tend (§2).

§1. Les manifestations de la généralisation de la responsabilité

23. Dualité. La généralisation de la responsabilité se traduit par deux méthodes. La première consista à créer, aux côtés de la faute, de nouvelles clauses générales de responsabilité. La seconde eu pour objet de forcer le contrat à recevoir des obligations non explicitement consenties par les parties, conçues comme des devoirs généraux que s'engagerait à respecter tout contractant. La création de nouvelles clauses générales de responsabilité (A), comme l'insertion dans le contrat de devoirs généraux (B), furent source de concours de responsabilités.

83 V. not. J.-L. AUBERT, *La recodification et l'éclatement du droit civil hors le Code civil,* in *Le Code civil, 1804-2004, le livre du bicentenaire,* Dalloz, 2004, p. 13, spé. n°13 et 34; F. LEDUC, *Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil,* LPA, 6 juillet 2005, p. 3 et s., spé. n°133.

A. La création de clauses générales de responsabilité

24. Annonce. Le droit français, contrairement à certains systèmes étrangers, marque une faveur pour les clauses générales de responsabilité, et non pour les délits spéciaux. Trois régimes, crées à trois époques différentes, se démarquent en effet par leur grande généralité (1). Or, cette caractéristique est une source de concours (2).

1. Régimes généraux[84]

25. La création d'un principe général de responsabilité pour faute. La première des *clausula generalis* du droit de la responsabilité civile est sans aucun doute comprise dans l'énoncé de l'article 1382 du Code civil. Bertrand de Greuille, dans son rapport au Tribunat annonçait à ce propos que « ce principe, consacré par le projet, n'admet point d'exception; il embrasse tous les crimes, tous les délits, en un mot tout ce qui blesse les droits d'un autre »[85]. Cette quasi-absolue généralité de la responsabilité pour faute justifie d'un solide ancrage dans le paysage juridique français, son opportunité même n'est que peu discutée[86]. Cependant, bien que la formule de l'article 1382 du Code civil fasse figure de maxime immémoriale du droit de la responsabilité civile, elle n'en fut pas moins une innovation des codificateurs, une création en son temps. Inspirés de la doctrine de Domat[87], les rédacteurs du Code civil ont consacré un élargissement conséquent de la responsabilité civile, en ne distinguant pas plus selon la gravité de la faute que selon la nature du dommage. Quelques siècles plus tard, les juges empruntèrent le chemin de la généralisation pour créer un régime de responsabilité du fait des choses.

26. Création d'un principe général de responsabilité du fait des choses. Les juges de la Cour de cassation, par une interprétation créatrice[88] de l'article 1384 al. 1er, ont crée de toutes pièces un régime général de responsabilité du fait des choses. Il est connu que le législateur n'avait aucunement l'intention, en 1804, de faire de cet article le siège d'un nouveau régime de

84 Pour un retour sur cette question, v. infra, n°140 et s.

85 B. de GREUILLE, rapport au Tribunat, reproduit in *Naissance du Code civil,* 1989, par. FR EWALD.

86 Ph. REMY, *Critique du système français de responsabilité,* Droits et cultures, 1996, p. 31 et s.; G. VINEY, *Pour ou contre un « principe général » de responsabilité pour faute?* Études offertes à P. CATALA, *Le droit privé français à la fin du XX^{e} siècle,* Litec, 2001, p. 555.

87 DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel,* Paris, 1713.

88 L'expression pourrait être qualifiée d'oxymore par les tenants de l'école de l'exégèse, pour qui l'interprétation ne saurait être création. Demolombe a ainsi pu écrire de l'interprétation « qu'il ne faut pas qu'elle ait la prétention d'avoir inventé; autrement elle ne serait plus interprétation », dans son *Cours de Code Napoléon*, T1, Paris, 1854, n°115. Mais l'on parle désormais plus volontiers de droit civil que de cours de Code Napoléon, et le processus d'interprétation a cessé, pour de nombreux auteurs, d'être un simple acte de clarification du texte. La Cour de cassation peut être entendue comme une « source du droit ». V. P. BELLET, *Grandeur et servitudes de la Cour de cassation,* RIDC, 1980, p. 293 et s.

responsabilité. Il n'y a là qu'une élégante liaison entre la responsabilité pour faute des articles 1382 et 1383 qui précèdent, et les cas particuliers de responsabilités du fait d'autrui et du fait des choses qui suivent. C'est bien ainsi que les juges le comprirent jusqu'à la fin du XIXè siècle, car, après tout, « si un texte a un sens, n'est-ce pas celui que son auteur a entendu lui donner? »[89]. Or, le juge en quête d'une règle de décision s'est trouvé fort dépourvu lorsque le développement du machinisme et de la société industrielle le laissa dans l'impossibilité de réparer des dommages causés par des choses, la responsabilité pour faute ne trouvant pas à s'appliquer.

Nous ne retracerons ici que les grandes lignes de l'évolution du droit qui mena à la reconnaissance d'un régime de responsabilité générale du fait des choses, bien connu de tous aujourd'hui. La doctrine n'est pas exempte d'influence sur ce point, et il faut reconnaître à Laurent et Labbé la paternité de l'interprétation de l'article 1384 alinéa 1. Par ailleurs, l'obstination de Saleilles et Josserand[90], qui appelèrent de leurs vœux l'adoption de cette solution en jurisprudence, ne fut pas sans porter ses fruits. Ces idées furent en effet entendues par la Cour de cassation qui décida par l'arrêt Teffaine du 18 juin 1896[91] de la responsabilité du propriétaire d'un remorqueur dont la chaudière avait explosé, causant un dommage à son employé. La responsabilité générale du fait des choses était née, ne restait plus qu'à préciser ses contours. Ainsi, les juges ont-ils estimé qu'il s'agit d'un régime de responsabilité de plein droit, ou présomption de responsabilité ne pouvant être renversée par la preuve d'une absence de faute, mais seulement par celle d'un cas fortuit, ou de force majeure ou d'une cause étrangère[92]. Bien que certains aient tenté de limiter le domaine de cette responsabilité[93], la Cour de cassation estime que toutes choses sont concernées par elle, et pas seulement celles animées par la main de l'homme[94]. Il faut donc, pour engager la responsabilité, qu'une chose soit l'instrument du dommage[95]. Celui qui a l'usage, la direction et le contrôle de cette chose

89 H. BATIFOL, *Question de l'interprétation juridique,* APD, 1972, T17, p. 9 et s., spé. p. 16.
90 L. JOSSERAND, *De la responsabilité des choses inanimées,* Thèse Lyon, 1897.
91 S., 1897, 1, p. 17, note ESMEIN; p. 433, concl. SARRUT, note SALEILLES.
92 Cass. ch. Réunies, 13 février 1930, Jand'heur, GAJC, 11e éd., n°193; DP., 1930, 1, 57, concl. MATTER, note G. RIPERT; S., 1930, 1, 121, note ESMEIN.
93 Voir sur ce point la dénonciation de ces tentatives: L. JOSSERAND, *Le travail de refoulement de la responsabilité du fait des choses inanimées,* DH., 1930, chron. p. 5.
94 Cass. ch. réun., 13 février 1930, Jand'heur, *op. cit.*
95 Les juges retiennent une définition pragmatique du fait de la chose, qui se réduit à une intervention causale de celle-ci dans la réalisation du dommage. V. sur ce point G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité,* Traité de droit civil, LGDJ, 4e éd., 2013, n°661 à 674.

est alors désigné comme responsable[96], à moins de prouver qu'une cause étrangère est à l'origine du dommage.

27. Création inachevée d'une responsabilité générale du fait d'autrui. Le mouvement de généralisation de la responsabilité devait se poursuivre par la création, par les juges, d'une responsabilité générale du fait d'autrui. Toutefois, le degré de généralisation atteint par la responsabilité pour faute et par la responsabilité du fait des choses ne l'est pas encore par leur homologue en responsabilité du fait d'autrui. La troisième proposition de l'alinéa premier de l'article 1384 du Code civil est cette fois utilisée. Le texte énonce que l'on est responsable des dommages causés par le fait des personnes dont on doit répondre. Il n'existe, *a priori*, pas de doute quant au sens du texte, du moins tel qu'il était entendu par son auteur. L'interprétation vient une fois de plus du sentiment du juge qu'il y avait un vide, une lacune qu'il fallait combler. Mais les dommages non réparés par le droit tel qu'il fut pensé en 1804 n'ont pas la même ampleur que ceux causés par le machinisme et la révolution industrielle[97]. C'est sûrement la raison pour laquelle le juge refusa longtemps toute extension de la liste prévue par l'article 1384[98], et procéda en la matière par élargissements successifs, plutôt que par l'établissement d'un véritable principe général de responsabilité du fait d'autrui comme il avait pu le faire avec les choses[99]. À cela s'ajoute que, s'il est facile de déterminer les choses que l'on peut avoir sous sa garde, il est moins aisé de déterminer les réalités que recouvrent l'expression « personnes dont on doit répondre »[100]. L'évolution s'est donc faite par petits pas, dont l'arrêt Blieck[101] fut le premier. Par cet arrêt la Cour de cassation retient la responsabilité d'un centre d'aide par le travail pour le dommage causé par un des handicapés y travaillant, qui mit le feu à une forêt. Le centre doit répondre de ce dommage car il a « accepté la charge d'organiser et de contrôler, à titre permanent, le mode de vie de ce handicapé ». Ce fut, pour

96 C'est l'arrêt *Franck,* Civ., 3 mars 1936, qui posa cette définition en triptyque de la garde; DP., 1936, p. 81, note H. CAPITANT.

97 H. et L. Mazeaud, *Traité de la responsabilité civile*, T.1, n°712 à 718, spé. n°714 où les auteurs font remarquer que l'intention du législateur a sans doute été d'énumérer une liste limitative de cas de responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui et que si « on n'hésite , aujourd'hui, à aller à l'encontre de cette intention certaine en matière de responsabilité du fait des choses, parce qu'il a fallu céder aux nécessités impérieuses de la pratique; dans le domaine de la responsabilité du fait d'autrui, les mêmes nécessités ne se font pas sentir ».

98 Req. 21 octobre 1901, S., 1902, 1, p. 32.

99 René SAVATIER avait cependant depuis longtemps souligné le potentiel de l'article 1384 alinéa 1 en matière de responsabilité du fait d'autrui: *La responsabilité générale du fait des choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité générale du fait des personnes dont on doit répondre?* DH, 1933, ch. p. 81.

100 H. et L. MAZEAUD, *op. Cit.,* n°714 estiment que la seule manière de comprendre l'expression « des personnes dont on doit répondre » est de considérer que sont visées les personnes énumérées par les différents alinéas de l'article 1384.

101 Ass. Plén. 29 mars 1991, JCP, 1991, II, 21673, note J. GHESTIN, D. , 1991, p. 324, note C. LARROUMET.

reprendre la formule d'un auteur, « la porte entrouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384 alinéa 1 »[102]. Cette responsabilité fondée sur le contrôle permanent du mode de vie d'autrui fut ensuite souvent retenue à l'encontre de centres ou foyers ayant une mission de garde décidée par l'autorité publique[103]. Les juges précisèrent qu'il s'agit d'une responsabilité de plein droit[104]. Par la suite, l'élargissement se poursuivit avec la reconnaissance d'un autre modèle de responsabilité du fait d'autrui, fondé cette fois sur le contrôle, temporel, de l'activité d'autrui. On l'appliqua pour retenir la responsabilité des clubs sportifs pour les dommages causés par leurs membres[105], ou encore celle des associations de loisir[106]. Il s'agit donc d'un élargissement des personnes dont on doit répondre plutôt que d'un vrai principe général de responsabilité du fait d'autrui puisque certaines personnes ne sont pas susceptibles d'être responsables sur ce fondement[107], et que se dessinent clairement deux modèles de responsabilité, pour un critère unique de mise en œuvre de la responsabilité, qui reste la garde[108].

102G. VINEY, *Vers un élargissement des personnes dont on doit répondre: la porte entrouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384 al. 1er,* D., 1991, chron. p. 157.

103Voir par exemple Crim., 10 octobre 1996; D., 1997, 309, note M. HUYETTE; JCP, 1997, II, 22833, note Fr. CHABAS; Dr. Fam., 1997, n°83, note MURAT; Civ. 2e, 20 janvier 2000, Bull. Civ., II, n°15, JCP, 2000, I, 241, n°14, obs. G. VINEY; RTD civ., 2000, 588; obs. P. JOURDAIN; RCA, 2000, n°111, note VAILLIER, retenant la responsabilité d'un foyer éducatif pour les dommages causés par un pensionnaire à un autre.

104Crim., 26 mars 1997, Bull. Crim., n°124, 3 arrêts, JCP, 1997, II, 22868, rapport F. DESPORTES; JCP, 1998, II, 10015, note M. HUYETTE; D., 1998, som. com. p. 201, obs. D. MAZEAUD, retenant que « les personnes tenues de répondre du fait d'autrui au sens de l'article 1384 alinéa 1er, ne peuvent s'exonérer de la responsabilité de plein droit résultant de ce texte en démontrant qu'elles n'ont commis aucune faute ».

105Voir par exemple: Civ. 2e, 22 mai 1995, Bull. Civ., II, n°155, JCP 1995, II, 22550, note C. MOULY; RTD civ., 1995, 889, obs. G. VINEY; Civ. 2e, 3 février 2000, Bull. Civ., II, n°26; Civ. 2e, 21 octobre 2004, Bull. Civ., II, n°477.

106Par exemple, une association de majorette: Civ. 2e, 12 décembre 2002, Bull. Civ., II, n°289, D. 2003, somm. 2541, obs. F. LAGARDE; JCP, 2003, I, 154, n°49, obs. G. VINEY; RCA, 2003, chron. 4, H. GROUTEL; RTD civ., 2003, p. 305, obs. P. JOURDAIN.

107Il en va ainsi des grand-parents, Civ. 2e, 18 septembre 1996, Bull. Civ., II, n°217; D., 1998, 118, note REBOURG; D., 1997, chron. 327, G. BLANC; et des associations de chasse, Civ. 2e, 11 septembre 2008, Bull. Civ., II, n°192, JCP, 2008, II, 10184 note J. MOULY; JCP, 2009, I, 123, n°8, obs. STOFFEL-MUNCK; ou encore des syndicats, Civ. 2e, 26 octobre 2006, Bull. Civ., II, n°299; D., 2006, 204, note LAYDU; JCP, 2007, II, 10004, note J. MOULY; *ibid*., I, 115, n°5, obs. STOFFEL-MUNCK.

108V. cependant un auteur qui développe l'idée que les deux modèles reposent sur deux fondements différents: M. MARTEAU-PETIT, *La dualité des critères de mise en œuvre du principe de responsabilité du fait d'autrui,* RRJ, 2002-1, p. 255 et 2002-2, p. 817, n°25, l'auteur résumant ainsi sa pensée: « Au terme de cette étude, il semble donc possible d'admettre que la responsabilité délictuelle du fait d'autrui déduite des dispositions de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil, peut se décliner en deux applications distinctes: la première serait liée au contrôle du mode de vie des personnes; la seconde, au contrôle d'une activité. Elles reposeraient chacun sur un fondement différent: risque-autorité pour la première, risque-activité pour la seconde. Elles obéiraient à des conditions de mise en œuvre propres: caractère permanent du contrôle, dans le premier cas; qualité de professionnels des garants, dans le second. ».

Ces trois régimes de responsabilité, caractérisés par leur grande généralité, sont une source de concours.

2. Concours de responsabilités

28. Diversité des formes. Les trois régimes généraux de responsabilité, fondés respectivement sur la faute, le fait d'une chose et le fait d'autrui, peuvent entrer en concours entre eux. Il existe donc des concours entre clauses générales (a). Par ailleurs, l'existence de régimes spéciaux aux côtés des clauses générales permet l'apparition de concours entre clauses générales et dispositions spéciales (b).

a. Concours entre clauses générales

29. Concours matériels, pluralité de fondements. Le dommage peut tout à fait être causé par plusieurs personnes, chacune responsable sur un fondement différent. Le concours matériel est ainsi possible si le dommage est à la fois dû au fait d'une chose dont on a identifié le gardien, et à la faute d'une autre personne[109]. La responsabilité du fait d'autrui, pour sa part, organise par nature un concours de responsabilités, puisque le primo responsable peut avoir causé le dommage par sa faute[110], ou par le biais d'une chose dont il a la garde[111]. L'engagement de la responsabilité du répondant pour autrui laisse subsister, par principe, la possibilité d'agir en responsabilité à l'encontre du primo responsable.

30. Concours matériels, fondement unique. Le dommage peut être causé par plusieurs personnes, également tenues sur le même fondement. Plusieurs personnes peuvent ainsi contribuer, par leurs fautes, à causer le dommage. Il semblerait cependant que ce type de concours matériel ne concerne que la responsabilité pour faute. En effet, la notion de garde en commun d'une chose, un temps admise, est en net recul, tandis que la garde en commun d'autrui ne semble pas envisageable.

Concernant la garde en commun d'une chose unique, les juges semblent enclins à ne reconnaître la qualité de gardien qu'à l'encontre d'une seule personne. À l'occasion de plusieurs affaires similaires d'enfants jouant avec des allumettes, seul celui qui a commis

109V. par ex. Civ. 2e, 17 octobre 1963, Gaz. Pal., 1964, 1, p. 125; Civ. 2e, 20 janvier 1993, Bull. Civ., II, n°22; J. BORE, *Le cumul de la responsabilité du fait personnel et du fait des choses,* JCP, 1965, I, 1961.

110V. par ex. Civ. 2e, 26 avril 2007, D., 2007, p. 1337, affaire dans laquelle les juges retiennent à la fois la responsabilité de l'organisation de chasse du fait de ses membres, et la responsabilité personnelle du chasseur ayant par sa faute causé le dommage.

111Sur ce point, il faut nuancer. L'enfant peut être gardien d'une chose (Ass. Plén., 9 mai 1984, Gabillet, Bull. Civ., n°1) alors que le préposé ne le peut, la garde étant alors réputée conservée par le commettant (Civ., 27 avril 1929, DP., 1929, 1, 129, note RIPERT; Civ. 2e, 1er avril 1998, RTD civ., 1998, obs. J. MESTRE).

l'acte matériel de mise à feu est considéré comme gardien[112]. Concernant la garde en commun de plusieurs choses dont on ne sait laquelle a causé le dommage, le concours matériel de responsabilités peut encore prospérer. Cependant, cela ne concerne que l'hypothèse marginale des accidents de chasse. Il est avéré que chaque chasseur est gardien de son fusil, or, comme chacun d'eux a tiré simultanément, il est impossible de faire jouer la présomption de l'article 1384 al 1er qui suppose de prouver l'implication de la chose dans la réalisation du dommage avant de pouvoir en imputer la responsabilité à son gardien[113]. Puisqu'on ignore lequel des fusils a tiré les plombs qui ont atteint la victime, on ne sait contre quel gardien agir. La solution originale dégagée par la jurisprudence a été de considérer que l'ensemble des chasseurs est gardien de l'ensemble des fusils[114], puis de l'ensemble des plombs tirés formant une nouvelle chose, unique, la gerbe de plomb[115]. En dehors de cette hypothèse particulière, la garde en commun semble une théorie abandonnée.

La garde en commun d'autrui ne semble pas, en l'état du droit positif, une hypothèse viable. En raison des critères de la garde du mode de vie d'autrui, l'on imagine difficilement que plusieurs personnes puissent en avoir, simultanément, en charge le contrôle permanent. Dans le cadre de l'organisation temporaire d'une activité particulière, si d'aventure l'activité était organisée par plusieurs associations sportives ou de loisirs, la responsabilité du fait d'autrui commanderait de considérer chaque association responsable des agissements de ses propres membres.

31. Concours intellectuels. Le dommage peut être causé par une seule personne, susceptible de voir sa responsabilité engagée sur le fondement de plusieurs régimes généraux. C'est le cas du concours intellectuel entre plusieurs responsabilités générales. Il est en effet envisageable que le responsable soit à la fois fautif, et gardien de la chose ayant causé le dommage. La faute est indifférente pour engager la responsabilité du fait des choses[116] et inversement la responsabilité pour faute est indifférente à l'implication éventuelle d'une chose dont le fautif

112Civ. 2ème, 11 juillet 2002, RCA, 2002, comm. 327; D., 2002, IR. 2454; RTD civ., 2002 p. 823, obs. P. JOURDAIN et Civ. 2ème, 19 octobre 2006, RTD civ., 2007 p. 130 obs. P. JOURDAIN; JCP, 2007, II, 10030 note M. MEKKI.

113 Cette objection contre la garde en commun de plusieurs choses a été soulevée très tôt, H. ABERKANE, *Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé,* RTD civ., 1958, pp. 516 et s., spé. n° 17 à 19, et dans un premier temps la jurisprudence rejetait l'action fondée sur l'article 1384 al 1er lorsque la victime ne savait quelle arme avait tiré les plombs qui l'avaient blessée (Civ. 2è, 4 janv. 1957, D., 1957, 264 ; 5 juin 1957, D., 1957, 493 ; 9 oct. 1957, D., 1957, 708).

114 CA d'Amiens. E. F. 5 avril 1957, JCP, 1957, II, 10308, note SAVATIER ; solution que H. ABERKANE (*op. cit.)* attribue à une note anonyme publiée au S., 1942, II, 1779 ; voir aussi Civ. 2è, 11 févr. 1966, D., 1966, JP, p. 228.

115 Civ. 2ème, 13 mai 1975, Bull. civ. II, n°88.

116Cass. Ch. réun., 13 février 1930, Jabd'heur, GAJC, n°193.

serait gardien, dans la réalisation du dommage. De même, la responsabilité du fait d'autrui étant objective, peu importe que le répondant pour autrui soit ou non fautif. La faute, dans ce cas, n'empêche ni ne permet particulièrement l'engagement de la responsabilité du fait d'autrui. Chaque régime général étant indifférent aux conditions d'engagement des autres régimes généraux, rien n'empêche le concours intellectuel d'apparaitre.

b. Concours entre les clauses générales et les « régimes spéciaux »[117]

32. Panorama non exhaustif. La création de régimes généraux de responsabilité du fait des choses, et du fait d'autrui, fut de nature à créer de nouveaux cas de concours de responsabilités. La règle générale de responsabilité du fait des choses peut ainsi entrer en concours avec celle sise à l'article 1386 du Code civil, concernant le dommage causé par une chose particulière, la ruine d'un bâtiment[118]. De même, la responsabilité générale du fait d'autrui peut entrer en concours avec les cas particuliers visés aux différents alinéas de l'article 1384 du Code civil. En effet, les parents sont responsables de plein droit des dommages causés par leurs enfants, même si ces derniers ne sont pas, au moment des faits, directement sous leur surveillance, ou encore s'ils sont momentanément séparés[119], dès lors que l'enfant a sa résidence habituelle chez les parents. Ce modèle de responsabilité du fait d'autrui est proche de celui qui consiste à faire de celui qui accepte de contrôler, à titre permanent, le mode de vie d'autrui[120]. Les parents, en effet, n'assument-ils pas ce rôle? Pareillement, l'on peut considérer que les commettants et artisans, responsables des faits de

117Nous utilisons, pour les développements qui suivent, le terme « régime spécial » pour désigner des régimes de responsabilité dont le champ d'application est moins vaste que ceux des trois régimes généraux que nous avons précédemment présentés.

118Le fait que les juges aient, pendant longtemps, considéré l'article 1386 du Code civil comme étant d'application exclusive(Civ., 4 août 1942, GAJC, 11e éd. n°191-192 ; Civ., 2è, 12 juillet 1966, D., 1966, 632 ; Civ. 2è, 30 novembre 1988, JCP, 1989, II, 21319, note GIRAUDEL; RTD civ., 1989, 331, obs. P. JOURDAIN ; Civ. 2è, 17 décembre 1997, Bull. civ. II, n°323), ne supprime pas le concours. Au contraire, l'exclusivité d'un des régimes en concours est un mode de règlement du concours, et présuppose son existence. L'exclusivité d'une règle ne se conçoit logiquement que pour le cas où celle-ci subit la concurrence d'une autre règle. Cette exclusivité n'a plus cours actuellement, les juges admettant désormais l'option et le cumul des articles 1384 al. 1 et 1386 (Civ. 2è, 23 mars 2000, Bull. civ. II, n°54; RTD civ., 2000, 581, obs. P. JOURDAIN; D., 2001, 586, note GARCON; JCP, 2000, II, 10379, note DAGORNE-LABBE; Civ. 2è, 8 février 2006, RCA, 2006, n°4, p. 14 comm. H. GROUTEL ; Gaz. Pal, 2006, 2613, note A. PAULIN). Sur les rapports entre l'article 1384 al. 1Er et l'article 1386, v. not. M. BACCACHE-GIBEILI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle,* Economica, 2012, n°229 à 232; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations,* Dalloz, 2012, n°2027 et s.

119On sait qu'une séparation provisoire ne fait pas cesser la cohabitation, Civ. 2è, 16 novembre 2000, JCP, 2001, I, 340, n°18, obs. G. VINEY, RTD civ., 2001, 603, obs. P. JOURDAIN (mineur scolarisé en tant qu'interne), Crim., 8 février 2005, Bull. crim. n°44, JCP, 2005, II, 10049, note STEINLE-FEUERBACH (mineur confié pendant 12 ans à ses grand-parents).

120V. not. Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations,* Dalloz, 2012, n°2065 et s.

leurs préposés et apprentis, le sont parce qu'ils ont accepté de diriger l'activité de ces personnes, ce qui correspond au second modèle général de responsabilité du fait d'autrui, ouvrant une possibilité de concours entre ces régimes. Par ailleurs, le concours matériel est possible, entre la responsabilité parentale, d'une part, et les autres responsabilités du fait d'autrui, d'autre part. Le mineur peut en effet être placé dans un centre acceptant de contrôler son mode de vie, ou exercer une activité sportive dans un club, ou encore faire un apprentissage, ou être salarié, ce qui, au vue des conditions d'engagement de la responsabilité parentale, ouvre un concours entre celle-ci et les autres responsabilités du fait d'autrui[121].

33. Conclusion. La grande généralité de certains régimes de responsabilité est une source de concours, dès lors que d'autres régimes existent, dont le champ d'application est plus limité, mais aussi faute de cloisonnement entre les différentes clauses générales.

Le mouvement de généralisation de la responsabilité n'a cependant pas touché que la responsabilité délictuelle, le contrat aussi s'est vu forcé d'accueillir des obligations nouvelles, générales.

B. L'insertion de devoirs généraux dans le contrat

34. Forçage du contrat. Au terme de ce qu'un auteur a nommé « le forçage du contrat »[122], les juges ont insérés dans de nombreux contrats des devoirs généraux, non prévus explicitement par les parties. Ces devoirs, par leur généralité, se rapprochent sensiblement de ce que la responsabilité civile délictuelle met à la charge de tout un chacun, ce qui fut la cause de concours nouveaux. Une brève présentation de ces devoirs généraux (1) précédera celle des concours que leur insertion dans le contrat a créés (2).

1. Présentation des devoirs généraux insérés dans le contrat

35. Les moyens du forçage. L'absence, en droit français, d'un formalisme imposant systématiquement, à peine de nullité, l'établissement d'un écrit, rend difficile la détermination du contenu obligationnel du contrat. Même dans le cadre de contrats nommés, régis donc par la loi, la liberté contractuelle peut faire que les parties dérogent partiellement à la règle, en ajoutant ou aménageant des obligations. Cela impose au juge d'examiner la volonté des

121 Encore une fois, le fait qu'actuellement le juge n'autorise pas ce concours prouve son existence. Pour un panorama des solutions, ainsi que des propositions, voir F. LEDUC, *Les rapports entre les différentes responsabilités du fait d'autrui,* RCA hors-série, novembre 2000, p. 18 et s.

122 L. LEVENEUR, *Le forçage du contrat,* Droit et patrimoine, 1998, n°58, p. 69 et s.; et avant lui, L. JOSSERAND, D., 1933, p. 89 et s.

parties quant au contenu du contrat, ce qui peut s'avérer périlleux, particulièrement lors du procès civil, ou justement les cocontractants manifestent leur désaccord.

Par ailleurs, l'apparition d'un ordre public moral, ou humanitaire, a conduit le juge à utiliser les articles 1134 et 1135 pour introduire dans le contrat des obligations auxquelles les parties n'avaient pas songé[123]. Sous prétexte d'une interprétation de la volonté des parties au contrat, le juge a donc pu « découvrir » certaines obligations, non explicitement prévues. Il s'agit principalement des obligations de sécurité et d'information. Ces obligations, greffées sur de nombreux contrats, sont protéiformes. Si certaines paraissent essentielles au contrat, d'autres semblent n'être que la simple traduction d'un devoir général que tout un chacun doit à ceux qui l'entourent.

36. Sécurité et information. L'obligation de sécurité fut insérée en premier lieu par le juge dans le contrat de transport[124]. La Cour de cassation ne s'est, concernant cette obligation, « jamais abritée derrière le voile d'une prétendue volonté contractuelle »[125], l'obligation est présentée comme une obligation évidente, naturelle, du contrat de transport. Outre les contrats de transport à proprement parler, les contrats impliquant un déplacement comportent une obligation de sécurité. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut citer en exemple l'obligation de sécurité de l'exploitant d'un toboggan[126], d'un télésiège[127], d'un manège[128], ou encore de l'organisateur d'un stage d'alpinisme[129]. On retrouve aussi une obligation de sécurité dans des contrats ne présentant pas spécialement de rapport avec un quelconque transport, comme la gérance de clubs de sport[130], l'accueil d'enfants[131], la restauration[132], le contrat de travail[133], le contrat médical[134], et la vente[135]. La portée de cette obligation est variable suivant les contrats.

123Ph. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat,* thèse Paris, 1953.
124Civ., 21 novembre 1911, GAJC, n°262, DP., 1913, 1, p. 249, note SARRUT; S., 1912, 1, 73, note LYON-CAEN; puis Civ., 24 mai 1933, DP., 1933, 1, p. 137.
125L. LEVENEUR, *op. cit.*, p. 72.
126Civ. 1re, 28 octobre 1991, Bull. Civ., I, n°289.
127Civ. 1re, 10 mars 1998, Bull. Civ., I, n°110.
128Civ. 1re, 18 février 1986, Bull. Civ., I, n°32.
129Civ. 1re, 10 mars 1992, Bull. Civ., I, n°80.
130Civ. 1re, 21 novembre 1995, Bull. Civ., I, n°424.
131Civ. 1re, 10 février 1993, Bull. Civ., I, n°66.
132Civ. 1re, 14 mars 1995, Bull. Civ., I, n°129.
133Soc., 28 février 2006, Bull. Civ., V, n°87.
134Civ. 1re, 29 juin 1999, Bull. Civ. I, n°220 et 222 (deux espèces).
135Civ. 1re, 13 mars 1998, Bull. Civ., I, n°95.

Absolue[136], de résultat[137], dans la plupart des cas, elle peut être seulement de moyens[138], ou encore intermédiaire[139].

L'obligation d'information[140] se caractérise sans doute plus que l'obligation de sécurité par sa diversité. Il est d'ailleurs inexact d'évoquer l'obligation d'information au singulier, tant il est vrai au contraire qu'existent des obligations d'information, de conseil, de renseignement, et de mise en garde, au contenu et à l'intensité variables. Elles sont si nombreuses qu'il n'est pas question ici de nous livrer à un exposé détaillé ni exhaustif de ces obligations, dont d'autres que nous ont d'ailleurs dressé un portrait fort complet, et auxquels nous renvoyons[141]. La question qui nous anime est de savoir dans quelle mesure ces obligations nouvelles s'inscrivent dans le mouvement de généralisation de la responsabilité et quelle est leur place au sein du contrat, sachant que cela va déterminer ensuite l'existence d'éventuels concours de responsabilités.

37. Obligation essentielle, suite naturelle du contrat ou devoir général. Si certaines des obligations vue précédemment, insérées dans certains contrats, passent pour être essentielles, d'autres peinent à être considérées comme des suites naturelles du contrat[142] et le recours à l'article 1135 du Code civil pour justifier le gonflement du contenu obligationnel ne serait pas une justification convaincante[143]. L'on conçoit, en effet, que le contrat de transport comprenne l'obligation d'emmener le voyageur d'un point à un autre, sain et sauf. L'on admet également que le médecin doive informer en tout bonne foi son patient, tant concernant sa pathologie que les traitements envisageables et les effets de ceux-ci. Dans ces contrats, ces obligations relèvent de l'essentiel en ce qu'elles permettent l'accomplissement de l'opération économique globale qu'il s'agit de réaliser par le contrat. L'obligation de sécurité du garagiste, cependant, n'apparait pas aussi essentielle, ni même nécessaire. Le simple recours aux règles de l'art et à

136Concernant l'entrepreneur, voir par ex. CA Nancy, 26 juin 1925, D., 1927, 2, p. 29.

137Concernant par exemple l'obligation des centres de transfusion sanguine, Civ. 1re, 12 avril 1995, Bull. Civ., I, n°179.

138Par exemple pour le club de gymnastique, Civ. 1re, 21 novembre 1995, Bull. Civ., I, n°424.

139Il en va ainsi du garagiste, par exemple, Civ. 1re, 9 juin 1993.

140V. par ex. M. De JUGLART, *L'obligation de renseignements dans les contrats,* RTD civ., 1951, p. 1.; P. BOUZAT, *L'obligation d'informer le consommateur,* RTD civ., 1973, p. 630; J. ALISSE, *L'obligation de renseigner dans les contrats,* Thèse, Paris II, 1975; Y. BOYER, *L'obligation de renseignements de la formation du contrat,* Thèse Aix-en-Provence, 1977; Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat,* BDPR, T. 208, LGDJ, 1989, pp. 111 à 125; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats,* BDPR, T. 221, LGDJ, 1992.

141Sur ce sujet, nous renvoyons notamment le lecteur aux ouvrages suivants: Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat,* BDPR, T. 208, LGDJ, 1989, pp. 111 à 125; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats,* BDPR, T. 221, LGDJ, 1992.

142En faveur d'une distinction entre les obligation essentielles et les autres, L. LEVENEUR, *op. cit.,* p. 76.

143V. C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel,* BDPR, T. 460, LGDJ, 2006.

l'obligation faite au professionnel d'identifier la panne et de la réparer ne suffit-elle pas? Pareillement, si l'obligation de mise en garde qui incombe au vendeur professionnel semble pleinement justifiée lorsque la vente concerne un produit dangereux[144], l'obligation de conseil, qui oblige ce même vendeur à rechercher les besoins de l'acheteur, si nécessaire à l'aide de questionnements[145], afin de lui indiquer le produit le plus à même de le satisfaire, est-elle sans doute excessive, et ne saurait être qualifiée d'essentielle.

Au contraire, ces obligations, lorsqu'elles ne sont pas essentielles au regard de l'objet du contrat dans lequel elles ont été insérées, reviennent à faire pénétrer dans le contrat des devoirs généraux qui ne devraient pas s'y trouver. L'obligation de sécurité de moyen se rapproche-t-elle ainsi du devoir de prudence imposé par l'article 1382 et 1383 du Code civil[146].

Qu'elles soient essentielles ou non, ces obligations insérées dans le contrat par le juge, sont une manifestation de la généralisation de la responsabilité. Cette généralisation passe par l'extension du contenu obligationnel, en faisant émerger des obligations communes à de nombreux contrats. Cependant, une des conséquences de cette généralisation est l'apparition de concours de responsabilités inédits.

2. Concours de responsabilités

38. Annonce. Ces concours sont nombreux, et divers. L'on constate tout d'abord la création de concours entre des responsabilités contractuelles, soit dus à l'intégration de l'obligation de sécurité (a), soit dus à l'intégration des obligations d'information (b). L'on observe, par ailleurs, des cas de concours entre une responsabilité contractuelle et une responsabilité délictuelle(c).

a. Concours en responsabilité contractuelle créés par l'intégration de l'obligation de sécurité

39. Morceaux choisis. Parmi les concours créés, les plus topiques sont certainement ceux qui ont pour siège le contrat de vente, ainsi que ceux apparaissant à l'occasion de l'organisation de la garde d'un mineur, ou simplement d'une de ses activités. Nous présenterons successivement ces deux exemples, qui illustrent parfaitement le bouleversement potentiel créé par

144Pour un exemple récent, Civ. 1re, 1er mars 2005, CCC., 2005, comm. n°142, obs. G. RAYMOND.

145Civ. 1re, 30 mai 2006, Bull. Civ., I, n°280: « l'obligation de conseil à laquelle est tenu le vendeur lui impose de se renseigner sur les besoins de l'acheteur et de l'informer, fut-il accompagné par l'installateur lors de l'achat, de l'adéquation du matériel proposé à l'utilisation qui en est prévue. »

146P. JOURDAIN, *Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle,* in *Les métamorphoses de la responsabilité, 6e journée René Savatier, Poitiers 15 et 16 mai 2007*, p. 67.

l'intégration de l'obligation de sécurité dans le contrat. Le contrat de vente est ainsi le théâtre de concours intellectuels de responsabilités, tandis que la garde d'un enfant, ou l'organisation d'une de ses activités peut entrainer l'apparition de concours matériels de responsabilités.

40. Concernant le contrat de vente. L'introduction de l'obligation de sécurité fut à l'origine de deux concours de responsabilités. Le premier, entre l'action en responsabilité pour violation de cette nouvelle obligation, et celle pour violation de l'obligation de délivrance conforme. Le second, entre l'action en responsabilité pour violation de l'obligation de sécurité et l'action en garantie des vices cachés. En effet, si l'on retient une définition large de l'obligation de délivrance conforme du bien vendu selon laquelle le bien doit correspondre non seulement à ce qui est expressément convenu dans le contrat, mais aussi à ce que tout vendeur s'attend, objectivement, à recevoir lorsqu'il achète un bien de cette nature, il est évident que la sécurité de la chose vendue fait partie des attentes de l'acheteur, et peut entrer dans le champ de l'obligation de délivrance[147]. L'on pourrait donc sanctionner le défaut du bien sur la base des articles 1147 et 1604 du Code civil, car ce dernier n'est pas conforme, mais aussi sur le fondement, autonome, de l'obligation de sécurité.

Le lien avec la garantie des vices cachés est aussi évident, puisque dans un premier temps, l'obligation de sécurité dans ce contrat était intégrée à la garantie des vices cachés[148]. Si le vice caché rend très souvent le bien vendu impropre à une utilisation normale, il peut aussi le rendre dangereux pour celui qui voudrait s'en servir. Il est dès lors facile d'imaginer une situation où la chose vendue comporterait un vice la rendant particulièrement dangereuse[149]. Le vice serait en même temps la cause de la violation de l'obligation de sécurité du vendeur et l'élément matériel de nature à déclencher la garantie des vices cachés.

41. Concernant la garde d'enfants et l'organisation d'activités et séjours pour des mineurs. La survenance d'un dommage à l'occasion d'une activité sportive ou de loisir, ou d'un simple temps de garde d'un mineur, est de nature à déclencher à la fois une responsabilité délictuelle et une responsabilité contractuelle pour violation de l'obligation de sécurité.

147Un auteur a cependant assez tôt mis en garde contre cette confusion entre la conformité et la sécurité: J. CALAIS-AULOY, *Ne mélangeons plus conformité et sécurité,* D., 1993, p. 130 et s.

148L'obligation de sécurité prit cependant rapidement son indépendance avec la garantie, comme en témoigne l'arrêt précité de la 1er chambre civile de la Cour de cassation du 20 mars 1989, retenant comme visa l'article 1135. La conformation fut apportée par la Cour de cassation dans un arrêt du 27 janvier 1993, Bull. Civ., I, n°44, retenant la limpide formule suivante, selon laquelle l'action engagée « obéissait non aux règles de la garantie mais à celles de la responsabilité contractuelle ».

149Un arrêt retient même cette formule, liant les deux défauts que la chose peut présenter: « le vendeur professionnel est tenu de livrer des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou pour les biens », Civ. 1re, 17 janvier 1995, Bull. Civ., I, n°43.

Rappelons pour les besoins de la démonstration que la responsabilité parentale est particulièrement absolue dans le sens où les parents, titulaires de l'autorité parentale, sont responsables de tout fait causal commis par leur enfant mineur dès lors qu'il ne fait pas l'objet d'une mesure de placement (faute de quoi la cohabitation est réputée rompue)[150]**.** Rappelons aussi qu'un centre de loisir ou club de sport peut être responsable sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1 des dommages causés par et/ou à ses membres ou aux participants à l'occasion de l'activité organisée[151].

Dans ces conditions, si un enfant subit un dommage à l'occasion de sa garde ou d'une activité sportive ou de loisir, dommage causé par un autre enfant du groupe, alors ce dernier (ou plus vraisemblablement ses parents) pourra engager la responsabilité de l'auteur, mais aussi certainement celle de la personne ou de l'organisme gérant l'activité sportive ou de loisir, ainsi que la responsabilité des parents du fautif. La responsabilité des parents sera toujours une responsabilité délictuelle, celle de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil. La responsabilité du centre, ou du club de sport, ou de la personne ayant en garde les enfants pourra par contre être délictuelle, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1, ou contractuelle, sur le fondement de l'obligation de sécurité insérée dans le contrat[152]. Nous aboutissons à une multitude d'actions en responsabilité possible pour un même dommage[153]: deux responsabilités personnelles (celle de l'auteur direct, et celle, contractuelle, du centre ou club ou gardien) et deux du fait d'autrui (celle des parents, et celle, délictuelle, du centre ou club ou gardien)[154], il y a là un exemple particulièrement éclairant de concours matériel de responsabilités.

b. Concours en responsabilité contractuelle créés par l'intégration des obligations d'information.

150Depuis l'arrêt Crim., 10 octobre 1996, D., 1997, 309, note HUYETTE; JCP, 1997, II, 22833, note FR. CHABAS.

151Voir J. MOULY, JCP, 2005, I, 134, et les arrêts cités par lui.

152 Par exemple, Civ. 1re, 21 novembre 1995, Bull. Civ., I, n°424, retenant à la charge du club sportif ainsi que des moniteurs une obligation de moyen concernant la sécurité des adhérents.

153 Voir par exemple Civ. 1re, 16 mai 2006, Bull. Civ., I, n°249; LPA, 25 juillet 2006, p. 15, note M. BRUSSORIO, affaire dans laquelle un mineur est gravement blessé au cours d'une rencontre de hockey sur glace organisée par deux associations. La responsabilité des dites associations est recherchée, et les juges rejettent la responsabilité délictuelle fondée sur l'article 1384 al. 1 du Code civil pour l'association à laquelle appartenait la victime, mais acceptent celle, contractuelle et fondée sur l'obligation de sécurité, de l'association à laquelle appartient l'auteur de l'accident.

154 Ces cas de concours sont présentés abstraction faite du règlement du concours. La règle du non-cumul des deux ordres de responsabilité n'est qu'une illustration du mode de règlement du concours, nous verrons longuement, dans des développements ultérieurs, les autres possibilités qui s'offrent au juge pour faire le tri dans les actions à la disposition de la victime.

42. Exemples choisis. Nous présenterons l'incidence de l'introduction de l'obligation d'information sur l'existence de concours d'actions en responsabilité contractuelle à l'aide de trois contrats, le contrat de construction, la vente, et enfin le contrat médical[155]. Deux raisons justifient ces choix. La première, est que l'obligation d'information a pris une importance considérable au sein de ces trois contrats, ils sont donc, à ce titre, de parfaits exemples. La seconde, tient au fait que, pour ces contrats, la confusion possible entre les différentes obligations originales créées par le contrat et l'obligation d'information est particulièrement marquée.

43. Les contrats de construction. Différents acteurs de ce type de contrat sont concernés par l'obligation d'information. En premier lieu, les architectes sont tenus d'avertir leurs clients de tous les risques ou inconvénients que pourraient présenter aussi bien l'ouvrage envisagé que le sol, ou l'implantation choisie[156]**.** Ils doivent aussi mettre en garde contre l'éventuelle insolvabilité des entrepreneurs[157], donner conseil quant au choix de l'entreprise chargée de l'exécution des constructions[158]. Enfin, l'architecte doit aussi une information de type juridique, concernant par exemple les servitudes légales ou le plan d'urbanisme[159].

En second lieu, les entrepreneurs chargés de la construction doivent aussi s'acquitter de leur devoir de conseil[160]. Ils attirent l'attention du maître d'ouvrage sur des éléments d'ordre technique, comme la conception du plan, les risques du projet ou encore le choix des emplacements ou des matériaux utilisés.

Or, il arrive parfois que la violation d'une obligation spécifique du constructeur (au sens large du terme) soit causée en amont par un défaut d'information ou de conseil. Le dommage est alors la résultante de la violation de plusieurs obligations, ce qui donne à la victime le choix de l'action à intenter. Par exemple, et sans présager du traitement que le juge réserve à ce type de concours, le fait pour un architecte de ne pas attirer l'attention du maître d'ouvrage sur la nécessaire adaptation des fermetures au système de chauffage retenu relève à la fois d'un

155Évoquer le contrat médical est certainement un anachronisme, depuis que la loi du 4 mars 2002 a fait de cette responsabilité un régime, non plus contractuel, mais simplement légal. Toutefois, lors de la naissance de l'obligation d'information, les juges raisonnaient encore sur la base d'une relation contractuelle entre le praticien et son patient, ce qui justifie que l'on considère dans ces développements que la responsabilité médicale est de nature contractuelle.

156 Voir par exemple: Civ. 3e, 25 février 1998, Bull. Civ., III, n°44, RTD civ., 1998, p. 383, obs. P. JOURDAIN.

157 Civ. 1re, 13 novembre 1961, Bull. Civ., I, n°518.

158 CA. Versailles, 20 novembre 1957, Gaz. Pal., 1988, 1, p. 101.

159 Civ. 3e, 15 décembre 2004, Bull. Civ., III, n°236.

160 B. BOUBLI, *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs,* Édition du J.N.A., 1991, n°136 et s.

manquement à l'obligation d'information sanctionné par la responsabilité contractuelle de droit commun, et de la garantie biennale du constructeur de l'article 1792 et suivant du Code civil[161].

De même, l'entrepreneur devant au titre de son obligation de conseil dissuader le maître d'œuvre de construire un immeuble ne respectant pas les règles de l'art, notamment au regard d'un impératif de solidité[162], la violation de cette obligation risque d'entraîner un dommage relevant à la fois de la responsabilité de droit commun et de la garantie légale du constructeur. En effet, celui-ci garantit tout dommage affectant, entre autres, la solidité de l'ouvrage (article 1792 du Code civil). Dans cette situation, le maître de l'ouvrage victime se voit en théorie offrir une option entre deux actions en responsabilité.

44. La vente. L'obligation d'information dans le contrat de vente fut un temps considérée comme une suite naturelle de la délivrance[163]**.** Le fondement retenu par les juges est donc l'article 1135 du Code civil. Cependant, ils utilisent aussi parfois l'article 1147 du même code[164]. Muriel Fabre-Magnan estime que le recours à l'article 1135 représente de la part des juges « une plus grande innovation » puisque « c'est à défaut de pouvoir rattacher l'obligation d'information à l'une quelconque des obligations expressément ou implicitement convenue entre les parties »[165]. Que cette obligation soit une « découverte » des juges, ou bien qu'elle semble se raccrocher, parfois non sans quelques artifices aux obligations consenties par les parties, le vendeur doit, d'une manière générale, des informations et conseils permettant l'utilisation du bien conformément à sa destination[166]. Lorsque le bien présente un danger, le vendeur doit aussi mettre en garde l'acheteur, et lui indiquer les précautions à prendre afin de l'utiliser en toute sécurité[167].

L'introduction de l'obligation d'information dans le contrat de vente a pu donner naissance à une certaine confusion concernant les concours d'actions. En effet, on doit ici distinguer entre les vrais et les faux concours de responsabilités, afin de dresser un panorama qui ne soit pas trompeur de l'incidence de l'intégration de ces obligations nouvelles dans le contrat de vente.

45. Vrai concours en matière de vente. Il existe un vrai concours entre l'action en responsabilité pour violation de l'obligation de sécurité et celle pour violation de l'obligation

161 Civ. 3e, 10 avril 1996, Bull. Civ., III, n°100; 28 février 2001, RDI., 1001, 170, obs. Ph. MALINVAUD.
162 Civ. 3e, 14 mars 1973, Bull. Civ., III, n°204; 3 juin 1973, Bull. Civ., III, n°411.
163 Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, op. cit*., n°97.
164 M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats,* BDPR, T. 221, LGDJ, 1992, n°446 et s.
165M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.,* n°449.
166 G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *op. Cit.*, n°511.
167 Pour un exemple récent, Civ. 1re, 1er mars 2005, CCC., 2005, comm. n°142, obs. G. RAYMOND.

d'information. La responsabilité contractuelle de droit commun de l'article 1147 pourra être retenue, soit sur la base d'un défaut d'information, soit sur la base d'un défaut de sécurité lorsque l'un aura causé l'autre. Deux situations peuvent mener à ce type de concours. Soit le bien, réputé dangereux, mérite une information particulière[168] qui, si elle n'est pas donnée, augmentera le risque d'accident. Soit le bien n'est pas en soit particulièrement dangereux, mais le devient suite à une absence d'information, ou à une mauvaise information concernant son utilisation ou ses caractéristiques[169]. Le vendeur qui aurait dans ces cas donné une information erronée ou incomplète à l'acheteur qui, par la suite, subirait un dommage du fait de la chose achetée, serait coupable d'une violation à la fois de l'obligation d'information et de l'obligation de sécurité[170].

46. Faux concours en matière de vente. Les cas de concours qui peuvent exister entre l'obligation d'information et les vices cachés sont, pour leur part, de faux concours. En effet, la garantie des vices cachés vise à réparer le préjudice subi par l'acheteur du fait du vice de la chose achetée. Or, ce vice est intrinsèque à la chose, il ne peut être modifié, ni a fortiori créé par un manque d'information. Le cas où le vendeur reste muet sur le vice dont il sait pourtant le bien atteint, révèle en réalité un dol, et influence le consentement de l'acheteur. Le vice est une donnée objective, il est ou n'est pas, et ne peut donc être influencé ou même causé par l'information que le vendeur doit à son acheteur. Le contentieux de la vente d'immeubles se révélant infestés par des insectes xylophages permet d'illustrer ces propos. Dans des affaires qui ont récemment occupé la Cour de cassation[171], on peut remarquer qu'à chaque fois les juges retiennent, pour caractériser le vice caché, un défaut d'information de la part du vendeur. L'attendu de l'arrêt rendu par la troisième chambre civile le 13 janvier 2010[172] atteste de la confusion qui est faite entre l'information qui influence le consentement de l'acheteur et celle qui agit sur l'exécution du contrat. La Cour de cassation emploie les mots suivant: « le vendeur avait commis une réticence dolosive en faisant insérer à l'acte la mention d'un état parasitaire négatif alors qu'il se devait de signaler la présence de ces insectes à l'acquéreur, et

168 Cass. Com., 25 novembre 1963, D. 1964, p. 106; Civ. 1re, 31 janvier 1973, JCP, 1975, I, 2679. les deux affaires concernent un produit inflammable ayant causé une explosion, la Cour de cassation retenant à chaque fois que le caractère dangereux du produit méritait une information spéciale.

169 Voir par exemple, Cass. Crim., 12 décembre 1952, D., 1953, p. 166, retenant la responsabilité du vendeur lorsque le manquement à l'obligation d'information « a contribué à la production de l'accident ».

170 Civ. 1re, 21 juin 2005, Bull. Civ., I, n°175, pour un exemple récent de manquement à l'obligation d'information sanctionné sur la base d'un défaut de sécurité.

171 Voir notamment: Civ. 3e, 14 avril 2010, pourvoi n°09-14455; Civ. 3e, 13 janvier 2010, Bull. Civ., III, n°13; Civ. 3e, 16 décembre 2009, Bull. Civ., III, n°288.

172 Civ. 3e, 13 janvier 2010, Bull. Civ., III, n°13.

(la Cour d'appel) a souverainement établi le caractère caché du vice pour l'acquéreur ». Ce raisonnement permet aux juges de déduire de l'absence d'information donnée par le vendeur le caractère caché du vice, et ainsi d'engager la garantie de l'article 1603 du Code civil. Or, le défaut d'information n'a fait que tromper l'acheteur sur la qualité du bien qu'il achetait. Il y a bien vice caché dans le sens où l'état parasitaire termite était mensonger et que la présence des insectes dans le bois ne peut que rarement être révélée par un examen attentif d'un non professionnel. Cependant, la garantie des vices cachés n'est pas la sanction d'un défaut d'information sur ce point. Elle est la sanction de la présence d'un vice, qui n'était pas apparent lors de la visite de l'immeuble. La sanction du défaut d'information dans ce cas est l'annulation du contrat pour dol (l'attendu de l'arrêt rapporté utilise en effet le terme de *réticence dolosive*) qui se caractérise par des manœuvres pratiquées par l'une des parties sans lesquelles l'autre partie n'aurait pas contracté (art. 1116 C.civ.)[173].

Pour conclure, l'intégration de l'obligation d'information au moment de la formation du contrat de vente ne saurait créer un concours d'action avec la garantie des vices cachés. Tout dépend de l'influence qu'aurait eu l'information manquante ou erronée sur le consentement de l'acheteur. Soit le vendeur s'est rendu coupable d'une dissimulation d'information capitale pour l'acheteur, telle que s'il en avait eu connaissance, il n'aurait pas contracté, et dans ce cas l'action appropriée est la demande de nullité pour dol. Soit l'information n'aurait pas influencé le consentement de l'acheteur à la vente, si bien qu'en cas de vice caché, seule la garantie de l'article 1603 du Code civil est envisageable. Le défaut d'information peut, dans ce cas, tout au plus être un élément permettant d'apprécier le caractère caché du vice, mais il faut veiller alors à ne pas entretenir la confusion avec le dol.

Le cas du concours entre la responsabilité pour violation de l'obligation d'information et celle pour défaut de conformité mérite aussi la qualification de faux concours. On pourrait penser qu'une information erronée pourrait être à l'origine d'un défaut de conformité du bien acheté. L'acheteur, mal ou trop peu informé, se verrait acquérir un bien qui ne correspondrait pas à ses besoins ou ses désirs. Cependant, ici encore, le manque ou défaut d'information ne crée pas directement le défaut de conformité du bien vendu, mais ne fait qu'influencer le consentement de l'acheteur en dirigeant mal son choix. L'information ne peut jouer dans ce

173 Pour des affaires où la Cour de cassation, en présence de faits similaires a retenu le dol, voir notamment: Civ. 3e, 22 mai 2002, dr. et pat. octobre 2002, p. 101; Civ. 3e, 14 mars 2006, CCC., 2006, n°126, note L. LEVENEUR.

cas sur l'exécution du contrat, mais bien seulement sur sa formation. Cependant, les juges ont tendance à parfois retenir une conception subjective du défaut de conformité dans le sens où ils prennent en compte la connaissance qu'a le vendeur des spécificités du bien vendu pour le caractériser. Une affaire permet d'étayer ces propos.

Dans un arrêt, rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 15 mars 2005[174], à l'occasion de la vente d'un véhicule automobile, le juge utilise le manque d'information du vendeur pour caractériser le défaut de conformité. L'acheteur entendait acquérir un véhicule ayant parcouru 132 597 km, alors qu'une expertise effectuée postérieurement à la vente et suite à des ennuis mécaniques révélait un kilométrage bien supérieur et le maquillage du numéro de série « ce que n'ignorait pas le vendeur », nous précisent les juges. Pour conclure, le kilométrage erroné et le numéro de série falsifié caractérisent selon la Haute Cour un manquement à l'obligation de délivrance conforme. Nous ne sommes pas pleinement d'accord avec cette analyse. Il existe effectivement un décalage entre ce que le contrat prévoit et ce que l'acheteur s'est finalement vu délivré. Cependant, le défaut dont est atteint le contrat est né avant même la période d'exécution de celui-ci. Le fait que le vendeur retienne une information de nature à influer sur le consentement de l'acheteur confine à la réticence dolosive et atteint le contrat dès sa formation. La résolution pour défaut de délivrance conforme n'est donc pas, dans ce cas, la sanction appropriée. Il est faux de considérer qu'il y a un véritable concours de responsabilités ici.

Pour conclure, il est rare que l'information due par le vendeur à l'acheteur ait une incidence sur l'exécution du contrat, ce qui conduit à limiter les cas de concours entre la responsabilité pour manquement à cette obligation d'information et les autres actions en responsabilité dues à un manquement dans l'exécution du contrat, tel que le défaut de conformité ou les vices cachés. L'information est souvent pré-contractuelle, destinée non pas à permettre un bon usage de la chose achetée, mais d'aider le futur acheteur à faire son choix. Ces obligations pré-contractuelles ne peuvent entrer en concours avec des obligations contractuelles. On ne peut que déplorer la confusion souvent faite en jurisprudence entre formation et exécution du contrat, spécialement à propos de l'information délivrée par le vendeur[175].

174 Civ. 3e, 15 mars 2005, B ull. Civ., III, n°139.

175 M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.,* n° 302 à 305, avait pour sa part déjà relevé cette confusion à l'occasion d'un contrat de vente de tuiles qui s'étaient révélées gélives, et donc inadaptées à un climat de haute montagne. Elle estime que le vendeur délivrant des tuiles qu'il sait inadaptées à leur destination particulière, sans en informer au préalable l'acheteur, manque à son obligation d'information et influence le consentement de l'acheteur. Le sanction choisie (remplacement des tuiles et remboursement des travaux nécessaires) suggère une responsabilité contractuelle, ce qui permet une meilleure satisfaction de l'acheteur, mais n'est pas logique au regard de l'incidence que l'information a eut sur la formation du contrat, qui imposait en fait une

47. Le contrat médical. Les juges ont aussi introduit, dans le contrat médical, une obligation d'information[176]**.** De prime abord, il semblerait que l'intégration de l'obligation d'information dans le contrat médical soit de nature à créer des concours de responsabilités. Or, tous les concours identifiés par nous se sont révélés être de faux concours. Cette affirmation mérite quelques développements.

Le manquement à son obligation d'information par le médecin est une source de responsabilité civile, cela n'est pas nouveau[177]. Il a été par ailleurs fait remarqué que la responsabilité pour violation de l'obligation d'information avait souvent été retenue en cas de préjudice corporel subi en l'absence de faute du praticien[178]. La sanction de la violation de l'obligation d'information apparaît parfois comme le seul moyen de réparer un préjudice subi suite à un traitement ou une intervention chirurgicale, mais pour lesquels aucune faute dans les règles de l'art ne saurait être retenue à l'encontre du médecin.

Selon une jurisprudence constante, le manque d'information se trouve donc en relation causale avec le préjudice réalisé. Dans un premier temps, le raisonnement consistait en un transfert des risques du patient non informé au médecin qui répondait « de tous les risques non signalés au malade »[179]**.** Cette analyse céda la place ensuite à la théorie de la perte de chance qui consiste à considérer que le défaut d'information a privé le patient d'une chance de faire un autre choix, et notamment celui de refuser le traitement ou l'intervention[180]. On peut dénoncer l'artifice qui consiste à se fonder sur une présomption de comportement qu'aurait adopté le patient dument informé. La jurisprudence actuelle sur les sanctions de la violation du devoir d'information ne prend pas suffisamment en compte le libre arbitre du malade, dans la mesure où l'on ne peut jamais savoir avec certitude quelle aurait été sa décision, ni évaluer avec plus de précision quelles auraient été « les chances » de le voir adopter tel ou tel choix[181].

---

responsabilité précontractuelle, ainsi que l'annulation du contrat.

176 Sur le sujet, voir notamment les articles suivants et les arrêts cités par ces auteurs: P-J DOLL, *Les récentes applications jurisprudentielles de l'obligation pour le médecin de renseigner le malade et de recueillir son consentement éclairé*, Gaz. Pal., 1972, 2, p. 428; P. SARGOS, *L'obligation d'informer le patient,* LPA, 22 septembre 1999, p. 9; C. DAVER, *De la relation de confiance à l'obligation d'information: de quelques réflexions sur la genèse d'une obligation ,* Cah. dr. entr., 2001-1, p. 20. Inspirée des dispositions du Code de déontologie (art. 35), elle est désormais consacrée légalement et codifiée tant par l'article 16-3 du Code civil que par l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique.

177 Voir par exemple G. VINEY et P. JOURDAIN,S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n °507, et les arrêts cités par eux.

178 S. HOCQUET-BERG, *Les sanctions du défaut d'information en matière civile*, Gaz. Pal., septembre 1998, p. 1121, n°5.

179 S. HOCQUET-BERG, *op. cit.,* n°7.

180 Civ. 1re, 17 novembre 1969, Bull. Civ., I, n°347, RTD civ., 1970, p. 580, obs. G. DURRY; JCP, 1970, II, 16507, note R. SAVATIER.

181 S. HOCQUET-BERG, *op. cit.,* n°14.

D'autre part, le lien causal qui relie l'information manquante et le préjudice réellement subi est artificiel. En effet, le manque d'information ne peut être la cause adéquate du préjudice corporel. Ce dernier n'est causé que par le traitement ou l'intervention[182]. Si l'on prend l'exemple du contentieux relatif à la naissance d'un enfant handicapé, on peut affirmer que le défaut d'information n'est jamais la cause du handicap de l'enfant. Au contraire, ce handicap sera du à des circonstances intrinsèques à la mère ou au père (contraction de la rubéole pendant la grossesse, anomalie génétique) ou à des manipulations lors de l'accouchement. Comme cela a pu être précisé par les juges, la perte de chance pour le patient d'effectuer un choix différent et peut-être d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé « constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles »[183].

En conclusion, si le défaut d'information ne cause pas le préjudice finalement subi par le patient, mais seulement la perte d'une chance (par ailleurs difficilement quantifiable) d'agir sur le déroulement des évènements et de faire un autre choix, alors il est évident que l'action en responsabilité intentée pour violation de l'obligation d'information du médecin ne peut entrer en concours avec les autres actions en responsabilité nées de son activité.

Cependant, les juges ne raisonnent pas en ce sens. Dans une affaire où une patiente avait été sujette à des nodules inflammatoires sur le visage, suite à des injections supposées réduire les rides, la responsabilité du médecin pour faute (injections excessives) et pour défaut d'information concernant les effets secondaires fut demandée. Les juges d'appel accordèrent une indemnisation sur les deux chefs de préjudice. La Cour de cassation censura cette décision, estimant qu'on ne pouvait réparer à la fois les conséquences du dommage et la perte de chance d'éviter sa survenance[184]. Il est pourtant possible de distinguer deux préjudices ici. Au préjudice corporel causé directement par les injection du produit anti-rides s'ajoute l'impossibilité d'avoir pu refuser ce traitement faute d'information suffisante. Réparer les deux préjudices n'aboutit pas à une réparation excessive du dommage. Si la patiente avait fait le choix de procéder aux injections *compte tenu d'une information complète*, le préjudice corporel aurait tout aussi bien pu se produire, puisqu'il s'agit d'un effet secondaire du produit. Dès lors que l'information n'a pas été délivrée à la patiente, le fait de ne pas avoir pu refuser le

182V. colloque sur La perte de chance, Orléans, 12 février 2013, et l'intervention de C. SINTEZ, *La notion de la perte de chance,* LPA, 31 octobre 2013, n°218, p. 9, l'intervenant présentant la notion comme un moyen de retenir la responsabilité en cas d'incertitude sur le lien causal.

183 Civ. 1re, 7 février 1990, Bull. Civ., 1990, I, n°39, D., 1991, somm. comm. 183, obs. J. PENNEAU.

184 Civ. 1re, 22 novembre 2007, Bull. Civ., I, n°368; JCP E, 2008, n°1, p. 30; R.C., 2008/2, p. 306.

traitement si elle l'avait souhaité est un préjudice différent qui s'ajoute à celui définitivement subit.

Malgré une jurisprudence en sens contraire, nous maintenons qu'il n'est pas possible que l'action en responsabilité pour défaut d'information et celle pour faute du médecin créent un même préjudice, et donc entrent en concours. La démonstration est faite que l'introduction d'une obligation d'information à la charge du médecin n'est pas de nature à créer des cas de concours intellectuels de responsabilités supplémentaires.

c. Concours entre les deux ordres de responsabilité

48. Rencontre inédite des deux ordres de responsabilités. L'intégration, dans le contrat, de l'obligation de sécurité, a créé un cas de chevauchement inédit entre la responsabilité contractuelle, et la responsabilité délictuelle. En effet, dans les contrats où est reconnue une obligation de sécurité, le dommage que l'on craint sera souvent causé par l'intermédiaire d'une chose. Dans les contrats impliquant un transport ou un déplacement, c'est bien sur le moyen de transport qui est cause du dommage, qu'il s'agisse d'un train, d'une auto-tamponneuse, ou encore d'un remonte-pente. Pour ce qui est de la vente, concernée elle aussi par l'obligation de sécurité, c'est bien évidemment la chose vendue qui risque de causer le préjudice. Enfin, dans le contrat de travail et le contrat médical, il s'agit des choses présentes sur le lieu de travail, ou utilisées à l'occasion de l'acte de soin. Dans de nombreux cas la responsabilité générale du fait des choses aurait pu suffire à donner satisfaction à la victime, sans avoir à recourir à une responsabilité spécifiquement contractuelle. Cependant, la règle du non-cumul des deux ordres de responsabilité interdit au contractant subissant un dommage survenu à l'occasion de l'exécution du contrat, de préférer agir sur un fondement délictuel[185]. Le fait même que cette règle du non-cumul existe suffit, s'il en était besoin, à prouver que les deux ordres de responsabilité peuvent entrer en concours. La source du concours est ici originale, puisque le juge, désireux de parvenir à réparer certains dommages subis par les contractants, a déjoué la règle du non cumul en créant des obligations contractuelles qui permettent d'obtenir à peu près le même résultat que si la responsabilité délictuelle du fait des choses avait été appliquée. Or, cette intégration de nouvelles obligations dans le contrat crée justement des points de rencontre nouveaux entre les responsabilités délictuelle et contractuelle, immédiatement régulés par la règle du non-cumul.

185Civ., 11 janvier 1922, DP., 1922, 1, 16, S., 1924, 1, 105, note R. DEMOGUE, GAJC, n°177.

49. Bilan. L'on a assisté, au cours des deux siècles derniers, à une extension de la responsabilité, par la création de nouveaux régimes de responsabilité civile, et par l'intégration au contrat d'obligations non expressément convenues par les parties. Que ce mouvement de généralisation de la responsabilité civile soit source de concours, la démonstration en est faite. Cependant, le constat ne saurait suffire pour guider nos pas dans la construction d'une réforme visant à limiter, voire supprimer, les concours de responsabilités en agissant sur leurs sources. Encore faut-il comprendre les raisons profondes qui ont justifié cette évolution du droit. La réforme que nous proposerons ne doit pas, en effet, se concentrer sur l'objectif unique de limiter les concours de responsabilités, mais aussi sur celui de conserver au système de responsabilité son efficacité. Or, les évolutions récentes ont été motivées par une certaine idéologie, qu'il faut identifier, puis évaluer, afin de décider *in fine* si nous décidons de la conserver, quitte à employer des moyens différents pour parvenir au même but, ou si nous la condamnons.

§2. L'idéologie justifiant la généralisation de la responsabilité

50. Unicité de but. La création de nouveaux régimes de responsabilité civile, ainsi que l'insertion d'obligations nouvelles dans certains contrats poursuivent un même but, celui de tenter de parvenir à atteindre la complétude du système de responsabilité (A). Le fondement qui justifie unanimement ces évolutions juridiques repose tout entier dans le concept d'équité (B).

A. La poursuite de l'idéal de complétude du système de responsabilité

51. Le mythe de la complétude du droit. Le droit ne saurait tout prévoir, voilà une évidence. Il existe cependant des théories permettant de considérer le système juridique comme un système complet. Selon la théorie de l'espace vide juridique[186], tout comportement ne relevant pas directement du droit positif est irrelevant de l'espace juridique, et se situe alors dans un espace différent, de liberté. Cet espace de liberté ne saurait être considéré comme une lacune du droit, puisqu'il est situé en dehors de lui. Selon la théorie de la norme générale exclusive, chaque norme prescrivant un comportement, positif ou négatif, est accompagnée d'une norme générale qui exclut de la réglementation tout comportement non visé par elle[187]. Ainsi, il ne

186Théorie défendue notamment par S. Romano, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale,* Modène, 1925. V. aussi P. FORIERS, *Les lacunes du droit,* in *Le problème des lacunes en droit,* Ch. PERELMAN, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 9 et s.

187Doctrine défendue not. par E. ZITELMANN, *Lûcken im Recht,* Leipzig, 1903; D. DONATI, *Il problema delle lacune n'ell'ordinamento giuridico,* Milano, 1910; P. FORIERS, *Les lacunes du droit,* in *Le problème*

peut exister de lacune puisque chaque norme règle directement ou indirectement la situation. Ces deux théories permettent de considérer que le droit est un système nécessairement complet, puisque pour la première, ce qui ne relève pas du droit se situe en dehors de lui, et ne saurait être considéré comme un manque au sein du système, et pour la seconde, le droit a réponse à tout. Or, la loi ne peut pourvoir à tout, et s'il est vrai que rares sont les situations non réglées par le droit, ce qui signifiera que cette situation est totalement irrelevante du droit, nombreuses ont été, et sont, les situations dans lesquelles les règles de droit compétentes donnent des solutions non satisfaisantes d'un point de vue moral. C'est pour combler ces lacunes que sont apparus les régimes généraux de responsabilités du fait des choses et du fait d'autrui, ainsi que les obligations de sécurité et d'information.

52. Le comblement de fausses lacunes. Ce n'est pas l'interprétation d'un texte obscur qui commanda la création de la responsabilité du fait des choses sur le fondement de l'article 1384 al. 1, mais bien la recherche d'une règle donnant une réponse appropriée à ce problème nouveau[188]. « L'interprète » chercha alors à réaliser certaines valeurs, certains idéaux[189], à l'aide des outils techniques dont il dispose[190]. L'utilisation de l'article 1384 al. 1 permit donc le comblement de ce que l'on peut appeler une fausse lacune du droit. Certains dommages se présentèrent au juge, et aucune règle ne prévoyait leur réparation (ainsi, il était souvent impossible de rapporter la preuve d'une faute de l'employeur en cas de blessure causée par une chose sur le lieu de travail). L'absence de règle propre à engager une responsabilité dans ces cas ne signifie cependant pas qu'il y a une lacune du droit. Le juge peut considérer que le droit ne permet pas la réparation de ces dommages faute de fait générateur de responsabilité, et la décision est rendue au regard du droit existant[191]. Mais l'on peut au contraire considérer que l'absence de réglementation est une lacune au regard de l'idéal de réparation du préjudice. C'est ce que l'on peut nommer une « lacune téléologique »[192]. La règle existante est inadéquate par rapport à une fin déterminée; elle ne permet pas la réalisation du but fixé. Le but que s'est

des lacunes en droit, Ch. PERELMAN, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 9 et s.

188H. BATIFOL, *op. cit.,* p. 26, « le juriste cherche une norme, c'est-à-dire une règle de décision ».

189G. KALINOWSKI, *Philosophie et logique de l'interprétation en droit,* APD, 1972, T.17, p. 39 et s.; J. WROBLEWSKI, *L'interprétation en droit, théorie et idéologie,* APD, 1972, T.17, p. 51 et s.

190E. GAVIN-MILLAN OOSTERLINCK, *La responsabilité délictuelle et les outils de son pilotage par la Cour de cassation,* RRJ, 2006-4, p. 2287 et s.

191C'est la théorie de l'espace vide juridique selon laquelle certains fait ou, comportements sont irrelevants de l'espace juridique et se trouvent dans un espace libre à côté de lui et ne représentent donc pas une lacune. Pour un exposé sur la notion de lacune du droit, voir notamment P. FORIERS, *op. cit.*

192A-G. CONTE, *Décision, complétude, clôture, à propos des lacunes du droit,* in Le problème des lacunes du droit, sous la direction de Ch. PERELMAN, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 67, spé. p. 70.

fixé le juge semble de toute évidence être la réparation des dommages causés par une chose, et c'est dans ce sens qu'il a interprété l'article 1384 alinéa 1.

La même démarche a guidé le juge dans son « interprétation » de l'article 1384, alinéa 1 du Code civil lorsqu'il y trouva le fondement de la responsabilité générale du fait d'autrui. Les cas particuliers créés en 1804 ne permettaient pas de réparer les dommages causés par les mineurs ou majeurs protégés, hébergés dans des centres sociaux-éducatifs. La responsabilité pour faute aurait pu suffire à donner une solution à ces litiges. Mais cela aurait laissé sans indemnisation nombre de victimes, soit parce qu'aucune faute n'aurait été commise, soit parce que l'auteur direct du dommage aurait été insolvable. La responsabilité générale du fait d'autrui, en étant objective, et en faisant supporter les conséquences du dommage en premier lieu au répondant pour autrui, permet de déjouer ces deux écueils.

La création de régimes généraux de responsabilité permet de combler le plus sûrement possible ces lacunes du droit. En effet, moins le nouveau régime de responsabilité opère de distinction, quant aux personnes ou quant aux situations qu'il régira, plus sont réduits les risques de voir le droit à nouveau distancé par les évolutions sociétales.

L'ajout de nouvelles obligations au sein de certains contrats relève de la même logique, à ceci près que cette fois ce n'est pas le système de responsabilité qui est complété, mais le contrat tel que les parties l'ont conçu. Le contrat est alors perçu comme une sorte de micro système, voué à ne régir qu'une relation particulière entre deux ou plusieurs personnes. Là encore, l'on peut concevoir qu'il y eut de la part du juge le comblement d'une fausse lacune. Imaginons un contrat de transport. Le transporté, victime d'un accident lors de ce voyage, en demande la réparation à son cocontractant. Ce dernier avance pour sa défense que le contrat prévoyait le transport de la victime d'un endroit à un autre, que ce fut chose faite, et que l'accident, de surcroit, n'est pas du à une faute de conduite de sa part. Le contrat empêchant la victime d'agir en responsabilité délictuelle du fait des choses, sans l'obligation de sécurité, celle-ci doit supporter seule les conséquences de l'accident. Une règle de droit permet d'obtenir une réponse au litige, mais cette réponse a semblé moralement discutable, raison pour laquelle les juges ont décidé d'introduire l'obligation de sécurité dans le contrat de transport.

Il s'agit d'une analyse subjective du droit, au crible sous semble-t-il d'un seul critère: l'équité.

B. La recherche de l'équité

53. Exposé. La recherche de l'équité[193] motiva les évolutions de la responsabilité présentées précédemment. C'est le sentiment de l'iniquité de la solution laissant sans indemnisation les victimes de dommage corporel causé par une chose qui justifia la création du régime général de responsabilité du fait des choses[194]. C'est le sentiment qu'il serait inéquitable de risquer de laisser sans indemnisation la victime, personne juridiquement protégée, qui conduit à créer des régimes de responsabilité du fait d'autrui plus généraux que ceux contenus originairement dans le Code civil. C'est encore l'équité, « élevée au rang de source contractuelle autonome par rapport aux volontés exprimées »[195] qui permit au juge d'atteindre l'objectif de renforcer la sécurité des personnes dans les contrats. Pour reprendre les mots de Laurent Leveneur, exprimés à propos du forçage du contrat, la notion d'équité « domine toute la matière »[196]. Or, cette notion d'équité n'est pas sans appeler quelques critiques.

54. Évaluation. L'équité[197] est une notion floue, vague, qui peut justifier toute règle et son contraire. Très subjective, essentiellement morale, l'équité commande de ne pas laisser sans indemnisation une victime. Mais elle commande aussi de faire peser sur la personne qui accepte ou crée un risque les conséquences du dommage finalement réalisé, et perturbe les prévisions des parties en leur faisant assumer des obligations qu'elles n'avaient pas eu l'intention d'insérer au contrat. Admettons que le but poursuivi soit louable, et que cette extension de la responsabilité ait permis de l'atteindre. L'on peut tout cependant regretter que le juge ait, par le comblement de ce qu'il considérait être des lacunes du droit de la responsabilité, sensiblement augmenté le nombre de concours de responsabilités. Ceci démontre que la généralisation de la responsabilité telle qu'elle a pu être menée par le juge ne l'a pas été en considération de l'ordonnancement global des normes de responsabilités. Peut-être serait-il plus sage de laisser au législateur le soin de déterminer les cas où l'équité commande la création d'un nouveau régime de responsabilité ou d'une nouvelle obligation contractuelle. Le recul dont ce dernier est sensé bénéficier lui permettrait certainement de veiller à la coexistence entre les différentes règles de responsabilité. Cela étant dit, il ne faut pas craindre par trop l'équité, comme risque d'arbitraire de la part du juge. La Cour de cassation, notamment en matière contractuelle, n'hésite pas à rappeler à l'ordre les juridictions

193Sur cette notion, v. infra, n°413 et s.

194J. BOURDOISEAU, *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations,* LGDJ, BDPR, T.215, 2009, n°176 à 182.

195P. JOURDAIN, *Le fondement de l'obligation de sécurité,* Gaz. Pal., 23 septembre 1997, p. 1196 et s., spé. p. 1197.

196L. LEVENEUR, *Le forçage du contrat,* Droit et patrimoine, 1998, n°58, p. 69 et s., spé. p. 76.

197La notion fera l'objet de plus amples développements dans la partie 2, n°413 et s.

du fond, et à sanctionner, au visa de l'article 1134 du Code civil, les immixtions trop hardies du juge au sein du contrat[198]. Par ailleurs, l'indemnisation qui est l'impératif de la responsabilité civile, n'est autre que la traduction dans cette matière d'une règle d'équité, qui veut que « celui qui prend une décision, qui exerce une activité ou qui détient un pouvoir doit en assumer les conséquences lorsque celles-ci sont dommageables pour autrui »[199]. Il serait bien illusoire de séparer la règle de responsabilité des aspirations morales qui l'ont façonnées, de même que d'espérer se départir définitivement du sentiment d'équité du juge qui, désormais véritable source du droit, participe à son évolution. Simplement serait-il souhaitable que l'équité et le sentiment, aussi louable soit-il, que le droit se doit de qualifier d'injuste un certain nombre de dommages, soient accompagnés d'une volonté de faire conserver au système sa cohérence, et de contrôler la bonne coexistence des règles nouvelles avec celles qui les précèdent. Faute de cela, la victime sera certainement plus perdue qu'aidée par cette multitude qui lui est offerte.

Section 2. Spécialisation de la responsabilité

55. Première approche. Est spécial ce qui est personnel, individuel, particulier, « qui ne concerne qu'un ensemble de cas abstraitement défini, mais constituant une espèce assez étroite »[200]. Le droit de la responsabilité a toujours connu, aux côtés de règles d'application relativement générale, des règles spéciales. Le Code civil de 1804 en contenait un certain nombre, des différents cas de responsabilités du fait d'autrui, en passant par les articles 1385 et 1386, et toutes les règles régissant la responsabilité dans les contrats nommés. Cependant, cette tendance s'est nettement accentuée au XXe siècle. Les règles de responsabilité se trouvent ainsi dans d'autres codes que le Code civil, ou même en dehors de toute codification[201]. Cette amplification de la responsabilité par le développement des règles spéciales pose quelques difficultés de coordination des règles; en témoigne certaines études visant à clarifier les rapports entre règles générales et règles spéciales[202].

198V. J. MESTRE, *Rapport de synthèse sur la question de l'intangibilité du contrat,* Droit et patrimoine, n°58, p. 78 et s.

199Y. LAMBERT-FAIVRE, *L'éthique de la responsabilité,* RTD civ., 1998, p. 1 et s., spé. p. 5.

200Définitions issues du Vocabulaire juridique Cornu, PUF, 9e éd., 2011.

201V. F. LEDUC, *Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil,* LPA, 6 juillet 2005, p. 3.

202Not. C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre droit commun et droit spécial des contrats,* Thèse Paris I, 2006; S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle,* Thèse Orléans, 2011.

56. Plan. Tout comme l'étude de la généralisation de la responsabilité, celle du mouvement inverse de spécialisation de la responsabilité ne doit pas se contenter d'en égrainer les différentes manifestations. La découverte des raisons qui justifient cette extension de la responsabilité reste nécessaire, si l'on veut espérer tirer de l'étude des sources des concours quelques enseignements qui guideront nos propositions de réforme. La présentation des manifestations de la spécialisation (§1) précèdera donc, une fois encore, l'analyse de l'idéologie qui la sous-tend (§2).

§1. Les manifestations de la spécialisation de la responsabilité

57. Professionnalisation et sectorisation. Le mouvement de spécialisation qu'a connu la responsabilité civile depuis l'avènement du Code civil est fort prononcé. Nombreux sont les régimes nouveaux qui furent créés pour régir une situation particulière. Parmi cette multitude se dessinent deux tendances. La première consiste en une professionnalisation de la responsabilité, certains professionnels se voyant assujettis à une réglementation particulière au regard de la spécificité de leur métier (A). La seconde tient à une sectorisation de la responsabilité, certains domaines d'activités étant dotés de règles spécifiques (B).

A. Création de responsabilités professionnelles

58. Annonce. Parmi les règles de responsabilité spécifiques à certaines professions, nous choisirons d'exposer brièvement celles qui nous semblent les plus représentatives du mouvement de spécialisation de la responsabilité (1), avant de montrer comment ces régimes spéciaux entrent en concours avec les régimes de responsabilité préexistants (2).

1. Exemples choisis de régimes spéciaux professionnels

59. Triptyque. Nous nous limiterons ici à trois exemples de responsabilités professionnelles: la responsabilité des constructeurs, la responsabilité médicale, et enfin, la responsabilité de celui qui contracte avec un consommateur. Ces responsabilités sont éminemment spécifiques, et ont été conçues pour répondre aux besoins des victimes potentielles de ces professionnels.

60. La responsabilité des constructeurs. La loi[203] retient une définition extensive de la qualité de constructeur, puisqu'il s'agit en premier lieu de l'architecte, entrepreneur, technicien ou toute autre personne liée au maître d'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage; en second lieu, du vendeur d'un ouvrage qu'il a construit ou fait construire, après achèvement; et

203 Art. 1792-1 C. civ.

enfin de toute personne agissant pour le nom du propriétaire de l'ouvrage et qui accomplirait une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage. Ce régime de responsabilité a donc vocation à concerner de nombreuses personnes, le critère étant moins leur qualité que leur activité, leur mission. Sans entrer outre mesure dans les détails de cette législation, nous constaterons simplement que le droit applicable aux constructeurs est spécial à plusieurs égards. Tout d'abord, le régime de responsabilité est particulier, et se démarque de la responsabilité contractuelle générale de l'article 1147 du Code civil. Le constructeur est ainsi responsable de certains dommages particuliers, dans des conditions spécifiques[204]. Nous trouvons là les marques de la spécialité, ce régime s'adressant à des professionnels particuliers, tenus de réparer certains dommages seulement.

61. La responsabilité médicale. La spécificité de l'activité du médecin, et la gravité des dommages potentiellement subis par le patient a justifié, dès avant que le législateur ne s'intéresse à la question de la responsabilité médicale, une réponse adaptée. Les juges ont donc dessiné les contours de la responsabilité contractuelle du médecin. L'arrêt Mercier, rendu par la Cour de cassation le 20 mai 1936[205], posa les bases de cette responsabilité en rattachant, pour la première fois, la responsabilité du médecin à une relation contractuelle avec son patient. En vertu de ce contrat, le médecin était tenu de dispenser des soins à son patient, « consciencieux, attentifs, et réserves faites de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science ». Aux côtés de cette obligation principale de soin, les juges ont ajouté des obligations accessoires de sécurité[206] et d'information[207]. La loi du 4 mars 2002 supprime toute référence à un éventuel contrat entre le médecin et son patient.

---

204 Le Code civil prévoit trois actions en responsabilité différentes, en fonction des dommages affectant l'ouvrage. La première action, en vertu de la garantie décennale, vise à réparer les dommages compromettant la solidité de l'ouvrage ou le rendant impropre à sa destination (art. 1792 C. civ.). Le point de départ du délai de dix ans est la réception des travaux (art. 1792-4-3 C. civ.). La seconde action, en vertu de la garantie de bon fonctionnement, vise à réparer, pendant une durée minimale de deux ans, les dommages affectant les éléments d'équipement non visés par la garantie décennale (art. 1792-3 C. civ.). Enfin, la troisième action, reposant sur la garantie de parfait achèvement, permet au maître d'ouvrage d'obtenir réparation de « tous les désordres », pendant la durée d'un an à compter de la réception des travaux (art. 1792-6 C. civ.).

205Cass. Civ., 20 mai 1936, Gaz. Pal., 1936, et conclusion MATTER, p. 41.

206L'obligation de sécurité du médecin était appelée de ses vœux par une partie de la doctrine, et retenue par les juges du fonds, mais fut rejetée par la Cour de cassation: V. supra., et Y. LAMBERT-FAIVRE, *La réparation de l'accident médical: obligation de sécurité, oui; l'aléa thérapeutique, non,* D., 2001, chron., p. 570; G. VINEY et P. JOURDAIN, *L'indemnisation des accidents médicaux, que peut faire la Cour de cassation à propos de Civ. 1er, 7 janvier et 25 février 1997,* JCP, 1997, 4016, p. 181 et s. Pour un arrêt retenant l'existence d'une obligation de sécurité, voir CA Paris, 15 janvier 1999, frappé immédiatement d'une cassation, Civ. 1er, 8 novembre 2000, JCP, 2001, II, 10493; RTD civ., 2001, p. 154. L'obligation de sécurité était cependant retenue à l'encontre du médecin concernant les infections nosocomiales, Civ. 1er, 29 juin 1999, 3 arrêts, JCP, 1999, II, 10138.

207V. supra. n°47.

La responsabilité médicale reste une responsabilité pour faute[208], le médecin étant ainsi tenu de réparer les dommages causés au patient soit par une faute de diagnostic[209], une faute dans le choix de la thérapeutique, une faute technique[210], ou encore une faute de surveillance[211]. L'obligation d'information est de même maintenue[212]. L'obligation de sécurité, cependant, n'existe pas en tant que telle, puisque la loi permet l'indemnisation par la solidarité nationale, et non la responsabilité du médecin, en cas d'aléa thérapeutique et d'infection nosocomiale[213].
La spécificité de la profession, la technicité de l'acte médical, et la vulnérabilité du patient, ont justifié la création d'un régime de responsabilité adapté, dont l'autonomie est désormais consacrée au sein du Code de la santé publique. Les outils proposés par le Code civil trouvaient leurs limites, l'analyse contractuelle de la relation patient-médecin n'était en effet pas menée avec une grande rigueur par les juges, qui, dès avant la loi du 4 mars 2002, retenait un régime hybride qui tenait plus à la responsabilité délictuelle, sans toutefois faire directement référence aux articles 1382 et suivants du Code civil[214]. Le nouveau régime de responsabilité des praticiens prend ainsi en compte les particularités de la profession.

62. La responsabilité de celui qui contracte avec un consommateur. Depuis les années 1970, un corpus de lois est venu apporter une protection à une partie contractante jugée plus faible, le consommateur. Bien qu'il soit, de l'avis de la doctrine, difficile de définir la notion même de consommateur[215], on peut retenir, avec Stéphane Piedelièvre, que le consommateur est « une personne physique qui agit à des fins purement domestiques »[216]. Cependant, on observe une tendance des juges à définir largement la notion, ce qui les amène à considérer qu'un professionnel agissant pour les besoins de sa profession, mais en dehors de son champ de compétence, est un consommateur[217] .

208Art. L. 1142-1-I CSP.

209Par ex. CA Angers, 2 février 2012, n°11/00524.

210Par ex. Civ. 1er, 22 mars 2012, n°11. 10-935, faute technique d'un chirurgien-dentiste lors du retrait des bagues d'un patient suivant un traitement orthodontique.

211Civ. 1er, 6 octobre 2011, Gaz. Pal, 4-5 novembre 2011, p. 31, *Refus de soin opposé au malade et faute de surveillance du médecin,* note S. BRISSY.

212Art. L. 1111-2 CSP.

213Art. L. 1142-1-II CSP.

214L. ACCAD et M. CAUSSIN-ZANTE, *Les nouvelles obligations juridiques du médecin,* Éditions Eska, 2001, p. 31.

215 J. MESTRE, *Des notions de consommateur en droit français,* RTD civ., 1989, p. 62 ; ORLLIE-LEPETIT, *La notion de consommateur en droit français,* CCC., 1988, n°44. 3 ; G. RAYMOND, *Définir le consommateur,* CCC., 2004, n°7 ; V. VIGNEAU, *Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur,* Gaz. Pal., 3 septembre 2002, doctr. 1279.

216 S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation,* Economica, 2008, n°26.

217Voir sur ce point G. PAISANT, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif (réflexions sur un arrêt du 25 mai 1992 de la première chambre civile de la Cour de cassation),* JCP, 1993, I, 3655; D., 1995, p. 327 à propos de l'arrêt Civ. 1re., 24 janvier 1995.

Les premières lois en la matière touchèrent la vente[218], puis le crédit à la consommation[219], et le crédit immobilier[220]. Les professionnels visés sont donc principalement les vendeurs et les établissements de crédit. Un Code de la consommation reprit en 1993 les règles afférant à la matière, ce qui « officialise, en quelque sorte, l'existence d'un corps de règles ayant une inspiration commune »[221]. Le droit de la consommation devient alors une véritable branche du droit privé. L'existence de nombreux ouvrages consacrés à ce droit[222], ainsi que des rubriques dans des revues juridiques, ne permettent pas de douter de son autonomie.

Le droit de la consommation a été conçu comme un droit protecteur des intérêts d'une seule partie contractante. Il est une protection supplémentaire par rapport aux régimes juridiques classiques, en raison de la qualité d'une des parties au contrat, ce qui justifie, et à la fois révèle, sa spécificité.

Le consommateur est protégé à différents stades du contrat. En premier lieu, le temps précédant la conclusion du contrat fait l'objet d'une réglementation précise. Il est ainsi imposé au professionnel une obligation d'information générale sur les caractéristiques essentielles du bien ou du service (art. L. 111-1 C. conso.), puis des obligations spécifiques en terme d'étiquetage et de présentation (art. L. 112-1 et s. C. conso.), concernant le prix et les conditions du contrat (art. L. 113-1 et s. C. conso.).

En second lieu, la formation du contrat est soumise à un certain formalisme, afin de protéger l'échange des consentements. Le professionnel doit veiller à la clarté rédactionnelle du contrat (art. L. 133-2 C. conso.). Le consommateur de son côté dispose de délais de réflexion[223], voire de rétractation[224].

Enfin, le contenu du contrat est réglementé, ainsi que son interprétation. C'est ainsi que les clauses abusives sont réputées non écrites dans les contrats de consommation (art. L. 132-1 à

218 Loi du 22 décembre 1972, n°72-1137 relative au démarchage et la vente à domicile.

219 Loi du 10 janvier 1978, n°78-22 relative à l'information et la protection du consommateur dans le domaine de certaines opérations de crédit.

220 Loi du 13 juillet 1979, n°79-596 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier.

221 J-L. RAYNAUD, *À propos du Code de la consommation,* Gaz. Pal. 27 janvier 1994, 1, doctr. 181.

222 Voir par exemple, parmi les manuels : G. RAYMOND, *Droit de la consommation,* Litec, 2011 ; J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE *Droit de la consommation*, Dalloz, 2010 ; Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation,* Dalloz, 2010.

223 Il est de 7 jours pour les contrats à distance, art. L. 121-20 C. conso., pour les contrats par démarchage, art. L. 121-25 C. conso., pour les opération de crédit à la consommation, art. L. 311-15 C. conso. Il est de 10 jours pour les contrats de jouissance d'immeuble à temps partagé, art. L. 121-64 C. conso. Il passe à 15 jours pour le démarchage bancaire ou financier (art; L. 341-1 et s. C. mon. et fin.), et à 30 jours pour le crédit immobilier (art. L. 132-10 C. conso.) et l'assurance-vie (art. L. 132-5-1 et L. 132-5-2 C. ass.).

224 Le délai court à partir de la conclusion du contrat pour le démarchage et le crédit à la consommation, et précède l'exécution du contrat.

L. 132-5 et L. 421-6 C. conso.)[225], et qu'en cas d'ambigüité sur le sens d'une clause, celle-ci est toujours interprétée en faveur du consommateur (art. L. 133-2 C. conso.). Par ailleurs, le consommateur bénéficie d'une réglementation spéciale concernant la conformité (art. L. 211-1 à L. 218-7 C. conso.) et la sécurité des biens et services (art. L. 221-1 à L. 225-1 C. conso.) qu'il obtient auprès de professionnels.

Ces règles dérogeant aux clauses générales, au droit commun, sont une source abondante de concours.

2. Concours de responsabilités

63. Concours avec la responsabilité des constructeurs. La question de la rencontre entre la responsabilité du constructeur et la responsabilité de droit commun se pose dans deux situations différentes. Il peut y avoir concours de responsabilités à propos des dommages spécialement visés par les garanties du constructeur, mais aussi à propos des dommages non réparés par ces garanties.

64. Concours de responsabilités à propos des dommages réparés par les garanties légales. Les garanties légales réparent les dommages causés à l'ouvrage compromettant sa solidité ou le rendant impropre à sa destination, pendant dix ans; les dommages causés aux équipements de l'ouvrage, pendant deux ans; et le reste des désordres pendant un an à compter de la réception. Or, le dommage non apparent affectant la chose vendue et le rendant impropre à sa destination peut constituer le vice caché de l'article 1641 du Code civil. D'autre part, ce genre de défaut peut aussi résulter d'un décalage entre ce qui était stipulé au contrat, et ce que le constructeur a effectué, constituant alors un défaut de conformité, sanctionné sur la base de l'article 1604 du Code civil. Le régime institué par le Code civil aux articles 1792 et suivants peut donc s'analyser comme une garantie des vices cachés en matière de construction immobilière, de même qu'une responsabilité pour défaut de conformité dans le même domaine. La différence majeure entre les deux régimes tient aux délais pour agir. Il est de dix, deux ou un an pour les garanties légales, à compter de la réception des travaux. Il est de deux ans pour la garantie des vices cachés dans la vente, et de cinq ans pour la responsabilité contractuelle de droit commun, mais à compter de la découverte du vice ou du

225 Sur ce point, nous renvoyons aux manuels et à la doctrine abondante sur le sujet, et notamment, J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation,* Précis Dalloz, Droit privé, 8e éd., 2010, n°176 et s.; Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation,* Armand Colin, 2e éd., 2010, p. 139 et s.; S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation,* Economica, 2008, p. 342 à 364; H. DAVO, *Clauses abusives; bref aperçu de la loi du 1er février 1995 transposant la directive 93/13,* REDC, 1995, p. 215; C. JAMIN, Commentaire de la loi, RTD civ., 1995, p. 437.

défaut ouvrant le droit à indemnisation. Dès lors, l'enjeu du maintien de la responsabilité de droit commun, en plus de la garantie légale du constructeur, réside dans le point de départ des délais, le défaut ou le vice pouvant apparaître bien après la réception des travaux.

Les différentes actions en garantie du constructeur entretiennent donc une parenté avec la responsabilité de droit commun et avec la garantie des vices cachés dans la vente, pour ce qui concerne les dommages couverts par la garantie. C'est aussi le cas pour ce qui concerne les dommages non couverts par la garantie.

65. Concours de responsabilités pour les dommages non couverts par la garantie. Les différentes garanties du constructeur couvrent en apparence tous les désordres pouvant possiblement affecter l'ouvrage. Cependant, s'est posé le problème des dommages dits intermédiaires[226], ces dommages pouvant faire l'objet d'une réparation sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun, mais pas sur celui de la garantie des constructeurs. Ce serait le cas par exemple d'un défaut de conformité n'affectant pas la solidité de l'ouvrage, ou encore d'un dommage pourtant couvert par l'une des garanties, mais dont le délai d'action est écoulé. On se place alors dans le champ d'application de la garantie légale du constructeur, mais son application est décevante, soit parce que les dommages en question ne sont pas ceux visés par elle, soit parce que le délai pour agir est écoulé. Or, puisque nous avons vu que les garanties visaient en fait à réparer des dommages réparés autrement par le droit commun de la vente et la responsabilité contractuelle classique, la question se pose de savoir si ces autres règles peuvent s'appliquer. Il y a bien concours de responsabilités dans le sens où les deux corps de règle sont applicables, seulement l'application de l'une de ces règles, au contraire de l'autre, ne donne pas satisfaction à la victime.

Le concours est donc réel entre les garanties du constructeur et la responsabilité contractuelle de droit commun, tant concernant les dommages particuliers réparés par les garanties légales, que concernant les dommages dits intermédiaires[227]. La responsabilité du professionnel partage clairement une partie de son champ d'application avec le droit commun de la responsabilité.

Par ailleurs, la responsabilité du constructeur risque de rencontrer une autre responsabilité, celle du fait des produits défectueux.

226 V. DESSUET, *Dommages intermédiaires,* RDI, 2001, p. 113.

227 Le sort de ces concours a donné lieu à une jurisprudence et une doctrine abondante, sur lesquelles nous reviendrons dans notre deuxième partie, consacrée au règlement des concours.

66. Concours entre la responsabilité du constructeur et la responsabilité du fait des produits défectueux. Les articles 1386-1 et suivants du Code civil posent une responsabilité du producteur et subsidiairement des vendeurs successifs pour les dommages causés par un bien meuble qui ne correspondrait pas à l'attente légitime de sécurité de l'utilisateur. L'article 1386-3 du Code civil précise que le bien est meuble au sens de la loi, même s'il est incorporé dans un autre bien meuble, ou immeuble. Dès lors, on peut penser que cette responsabilité peut entrer en concours avec celle du constructeur pour les cas où l'un des dommages visés par les garanties légales est causé par un bien meuble manquant de sécurité, incorporé dans l'immeuble.

Cependant, le cas d'un concours intellectuel entre ces deux normes semble sérieusement compromis par l'article 1386-6, qui prévoit que les personnes dont la responsabilité peut être recherchée sur le fondement des articles 1792 à 1792-6 et 1646-1 du Code civil ne sont pas considérées comme des producteurs. Dès lors, deux interprétations sont possibles. Soit on considère que les personnes débitrices des garanties légales du constructeur ne sont pas soumises à la responsabilité du fait des produits défectueux, auquel cas le concours intellectuel entre ces normes sur la tête du constructeur ne peut exister. Soit l'on considère que les personnes débitrices des garanties légales du constructeur seront responsables du fait des produits défectueux lorsque les garanties légales ne permettront pas d'engager leur responsabilité. Une doctrine autorisée, que nous rejoignons dans ses conclusions, estime que les constructeurs au sens des articles 1792 et suivants ne sont pas soumis à la responsabilité du fait des produits défectueux[228]. Ne seraient donc soumis à la responsabilité du fait des produits défectueux que les personnes intervenant à l'ouvrage, mais non qualifiées de constructeur par la loi. Il s'agit notamment des fabricants et importateurs de matériaux, composants des éléments d'équipement non désignés par l'article 1792-4.

Seule la question d'un concours matériel d'action se pose alors en pratique, permettant à la victime d'un dommage relevant d'une des garanties légales du constructeur causé par un produit défectueux d'agir à la fois contre le constructeur en question et contre le producteur ou fabricant, ou encore revendeur du bien défectueux.

Bien que le concours intellectuel ne soit pas possible entre la responsabilité particulière du constructeur et celle du fait des produits défectueux, ne conduisant donc pas à une

228 Ph. MALINVAUD, *La loi du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit de la construction,* D., 1999, chron. p. 85; Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats,* Dalloz action, 2012-2013, n°4565; J-P. TRICOIRE, *les concours d'actions en matière immobilière,* DDPR, T. 502, LGDJ, 2009, n°286.

multiplication des actions pouvant être intentées à l'encontre des constructeurs, la preuve est faite que la qualité de professionnel induit un régime de responsabilité différent du droit commun, et crée des concours de responsabilités. Si la multiplication des actions ne se fait donc pas ici en référence à l'activité du constructeur, elle est cependant pour partie justifiée par la qualité de professionnels des différents responsables potentiels (fabricants, producteurs, revendeurs).

67. Concours avec la responsabilité médicale. La responsabilité médicale issue de la loi du 4 mars 2002 peut entrer en concours avec d'autres régimes de responsabilité. Puisque le médecin est tenu en vertu d'une responsabilité pour faute, il est envisageable, depuis que la loi a supprimé toute référence à un éventuel contrat médical, que le praticien soit tenu sur le double fondement de l'article L. 1142-1-I du Code de la santé publique et de l'article 1382 du Code civil. Il existe alors un concours intellectuel de responsabilité. Par ailleurs, le médecin est débiteur, en plus de ses obligations principales de soin[229] et d'information[230], d'une obligation de sécurité concernant les produits pharmaceutiques utilisés pour le traitement[231]. Un concours matériel est donc envisageable avec la responsabilité du fait des produits défectueux des articles 1386-1 et s. du Code civil. En effet, pour le cas où le dommage est causé par un produit défectueux utilisé par le médecin, ce dernier et le fabricant ou producteur répondent dans ce cas des dommages causés[232].

68. Concours avec la responsabilité de celui qui contracte avec un consommateur. Les concours sont nombreux en matière de vente, contrat privilégié du droit de la consommation. Le droit commun de la vente permet à l'acheteur insatisfait d'agir contre son vendeur en responsabilité pour défaut de délivrance conforme (art. 1604 C.civ.) si le bien délivré ne correspond pas à ce que l'acheteur et le vendeur avaient convenu, ou bien en garantie contre les vices cachés si le bien acheté se révèle, en raison d'un défaut caché lors de la vente,

229Rappelons ici que l'obligation de soin n'est qu'une obligation de moyen, qui impose au professionnel de tout mettre en œuvre pour guérir le patient, sans bien entendu lui imposer la réussite. Par ailleurs, la responsabilité médicale est par principe une responsabilité pour faute, art. L. 1142-1 CSP.

230Art. L. 1111-2 CSP.

231Article L. 5111-1 et suivants CSP; les juges ayant devancé la loi en retenant une obligation de sécurité à la charge du médecin pour les produits utilisés: Civ. 1r, 28 avril 1998, JCP, 1998, II, 10088, rapp. P. SARGOS, concernant le sang et ses dérivés, Civ. 1re, 3 mars 1998, JCP, 1998, II, 10049, rapp. P. SARGOS, concernant les médicaments, Civ. 1re, 7 novembre 2000, Bull. Civ., I, n°279, concernant les produits désinfectants.

232A préciser cependant qu'il faut que le médecin soit un utilisateur du produit défectueux, ce qui n'est pas le cas d'une prothèse de ligaments défectueuse, fournie par le praticien, Civ. 1re, 22 octobre 2009, non publié, n° pourvoi: 08-18601. Une analyse a contrario de certains arrêts laisse penser que le concours est possible en cas de vice de la chose utilisée: Civ. 1re, 22 novembre 2007, Bull. Civ., I, n°366, Civ. 1re, 4 février 2003, Bull. Civ., I, n°40, dans les deux affaires, une chose est à l'origine du dommage (gants ayant provoqué une allergie, sonde) mais l'absence de défectuosité de ces choses conduit les juges à écarter la responsabilité du médecin.

impropre à son usage (art. 1641 C.civ.). Pour sa part, le droit de la consommation impose au vendeur professionnel une obligation de conformité (art. L. 211-1 et s. C. conso.). Pour être conforme au contrat, le bien doit être propre à l'usage habituellement attendu d'un tel bien, apprécié au besoin au regard de la description du bien par le vendeur, ou de la publicité ou de l'étiquetage. La conformité peut aussi se définir comme une adéquation entre le bien et les caractéristiques ou fonctions recherchées par l'acheteur et acceptées par le vendeur, de telle sorte qu'elles entrent dans le champ contractuel. La définition consumériste de la conformité opère donc une synthèse des notions de conformité et de vice caché du droit commun.

Concernant les sanctions de la violation de cette obligation de conformité, le droit commun et le droit de la consommation retiennent des solutions quelque peu divergentes. Les articles L. 211-9 et L. 211-10 du Code de la consommation prévoient en premier lieu une alternative entre la réparation et le remplacement du bien non conforme. En cas d'impossibilité de réparation ou de remplacement, l'acheteur peut rendre le bien et se faire restituer le prix, ou conserver le bien et se faire rendre une partie du prix. Ces sanctions sont proches de celles du Code civil en cas de vice caché, l'action rédhibitoire permettant les restitutions réciproques du bien et du prix de vente, tandis que l'action estimatoire aboutit à une réévaluation du prix, compte tenu du défaut affectant le bien (art. 1644 C. civ.). Le défaut de conformité au sens du Code civil fait l'objet d'un traitement différent, les juges du fonds étant souverains dans l'appréciation de la sanction appropriée (indemnisation, résolution du contrat, exécution forcée du contrat)[233].

Dès lors que l'article L. 211-13 du Code de la consommation prévoit que le consommateur n'est pas privé de l'exercice des actions prévues aux articles 1641 à 1649 du Code civil, ni de toute autre action de nature contractuelle ou extracontractuelle, le consommateur a le choix du fondement textuel de sa demande si le bien ne correspond pas aux stipulations contractuelles ou qu'un défaut n'en permet pas un usage habituel. La situation de concours est donc évidente, puisqu'il y a une option offerte au plaideur[234]. Le consommateur jouit d'une double protection qui lui laisse toujours le choix entre les règles spécialement créées pour lui et les règles de droit commun. Selon la sanction que ce dernier souhaite voir prononcer, il se dirigera

233 Civ. 3e, 8 mars 2000, Bull. Civ., III, n°50

234 O. TOURNAFOND, *De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du Code civil,* D., 2002, chron. p. 2883, spé. p. 2886 ; du même avis, voir aussi G. PAISANT et L. LEVENEUR, *Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente des biens de consommation ?*, JCP, 2002, I, 135, n°14, D. MAINGUY, *Propos dissidents sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation,* JCP, 2002, I, 183, n°10 à 14.

naturellement vers l'un ou l'autre corps de règles à sa disposition, puisque les sanctions posées par le droit de la consommation diffèrent de celles posées par le Code civil. Ajoutons que le délai pour agir en garantie des vices cachés sur le fondement du Code civil est de deux ans à compter de la découverte du vice (art. 1648 C. civ.) alors que celui pour agir en défaut de conformité au sens du Code de la consommation est aussi de deux ans, mais à compter de la délivrance du bien (art. L. 211-12 C. conso.). L'écoulement du temps entre la délivrance et la découverte du vice peut aussi contraindre le consommateur à agir sur le fondement du Code civil plutôt que sur celui du droit de la consommation qui offre un délai unique de deux ans à compter de la délivrance du bien. La même observation peut être faite concernant le défaut de conformité au sens du Code civil, dont l'action se prescrit par l'écoulement du délai de prescription de droit commun de cinq ans à compter du jour où le titulaire de l'action a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer (art. 2224 C. civ.); délai plus long que celui prévu par le Code de la consommation.

La présence dans le Code de la consommation de dispositions relatives à la sécurité des biens et des services (art. L. 221-1 C. conso.) peut amener à penser qu'il existe aussi un cas de concours entre ces règles consuméristes et celles du Code civil relatives aux produits défectueux. Or, il n'en est rien, car si les articles 1386-1 et suivants du Code civil prévoient la responsabilité du fabricant et des vendeurs successifs de la chose ayant manqué de sécurité, le Code de la consommation ne prévoit pas de règle de responsabilité civile à ce propos. L'obligation posée par l'article L. 221-1 du Code de la consommation est essentiellement préventive, et incite les professionnels à vérifier la sécurité des produits qu'ils commercialisent ou utilisent. Ces derniers doivent donc informer les consommateurs et les autorités administratives pour leur permettre d'évaluer les risques du bien et s'en prémunir. Par ailleurs, le responsable de la mise sur le marché a une obligation de suivi concernant la sécurité des produits commercialisés. À cet autocontrôle s'ajoute un contrôle administratif (art. L. 215-1 C. conso.) opéré aussi bien quant à la conformité du bien qu'à sa sécurité. Par la suite, la loi délègue au gouvernement le pouvoir de prendre par décret les mesures nécessaires à la cessation de l'infraction aux règles de sécurité (art. L. 221-3 C. conso.).

69. Conclusion. La spécialisation de la responsabilité est passée par une prise en considération des personnes impliquées. Les régimes de responsabilité professionnelle peuvent en effet être vus comme un moyen de protéger le faible contre le fort, le

consommateur contre son cocontractant, le patient contre le médecin, l'ignorant contre celui qui connait les règles de l'art. Les dommages réparés sont souvent des dommages graves (considération évidente pour le dommage corporel de la part de la responsabilité médicale, réparation des dommages les plus graves pour la responsabilité des constructeurs), mais pas seulement, l'acheteur profane bénéficiant ainsi d'un régime extrêmement favorable lui permettant de dénoncer tous les défauts du bien acheté, même les plus infimes.

La création de ces régimes spéciaux, si elle se justifie au cas par cas, pour chaque régime nouveau, ne relève guère d'un plan d'ensemble. Chaque régime a été pensé pour lui-même, sans égard pour les régimes préexistants. Les concours fleurissent donc le long de ces chemins nouveaux qu'emprunte la responsabilité, qu'il s'agisse de concours intellectuel ou matériel, sans que quiconque n'ait eu l'air de seulement s'en soucier, encore moins de le prévoir. L'impression est alors donnée à l'observateur d'un certain désordre. Cette impression persiste lorsque l'on s'intéresse à la seconde direction prise par la responsabilité, qui consista à créer de nouveaux régimes de responsabilité en fonction du secteur d'activité.

B. Création de responsabilités sectorielles

70. Risques et communications. La spécialisation de la responsabilité s'est opérée dans certains domaines, eu égard à l'activité en cause, raison pour laquelle nous avons attribué à celles-ci le qualificatif de « sectoriel ». Deux secteurs nous paraissent avoir générés un droit de la responsabilité spécifique, celui des choses potentiellement dangereuses (1), et celui des télécommunications (2). Cependant, que notre présentation ne trompe pas, ces responsabilités spécifiques sont loin de composer un ensemble cohérent de règles de responsabilité appliquées à un secteur donné. Les besoins d'un exposé clair et ordonné ont justifié cette approche, mais ces droits ne constituent pas des branches ordonnées et autonomes du droit de la responsabilité. Il s'agit plutôt de régimes épars, que nous avons choisis de présenter ensemble, car ils sont, selon nous, attachés à un même secteur.

1. Responsabilités du fait des choses potentiellement dangereuses

71. Annonce. Une brève présentation du corpus juridique (a) précédera celle des concours provoqués par ces responsabilités du fait des choses potentiellement dangereuses (b).

a. Corpus juridique

72. Risque élevé de dangerosité. Bien que cela fut proposé par une partie de la doctrine[235], le régime général de responsabilité du fait des choses ne distingue pas selon la nature de la chose[236]. Il avait été objecté aux tenants d'une limitation de cette responsabilité aux choses présentant un certain degré de dangerosité, que la distinction risquerait d'être malaisée, car toute chose serait potentiellement dangereuse[237]. Cependant, suite à la création du régime général de responsabilité du fait des choses, de nombreux régimes spéciaux virent le jour, consacrés à certains types de choses. L'on remarque que les choses en question présentent toutes un risque élevé de dangerosité. Ainsi le Code de l'environnement connait-il une disposition concernant la responsabilité du propriétaire d'un navire pétrolier pour les dommages résultant de la pollution par hydrocarbure (art. L. 121-9, al. 2). L'énergie nucléaire, dont les risques potentiels sont avérés, est soumise à une législation spécifique, la loi du 12 novembre 1965 organisant la responsabilité des exploitants de navire nucléaire, et celle du 30 octobre 1968 concernant la responsabilité de l'exploitant d'une installation nucléaire. Les voitures et véhicules, sources potentielles de dommages graves, notamment corporels, se sont vus dotés d'un régime particulier, avec la loi du 5 juillet 1985 sur la responsabilité du conducteur ou gardien d'un véhicule terrestre à moteur impliqué dans un accident de la circulation. Le transport de personnes par air fait aussi l'objet d'une législation spécifique, insérée dans le Code des transports[238]. Outre l'énergie nucléaire et les différents modes de déplacement, les produits manquant de sécurité bénéficient d'un régime particulier, la responsabilité du fait des produits défectueux étant insérée dans le Code civil, aux articles 1386-1 et suivants par une loi de 1998.

b. Concours de responsabilités

73. Concours avec la responsabilité générale du fait des choses. Les régimes de responsabilité du fait d'une chose potentiellement dangereuse entrent naturellement en concours avec la responsabilité générale du fait des choses, dont le champ d'application est plus vaste, et comprend toutes choses causant un dommage. Pour preuve de cette situation de concours, la plupart des régimes spéciaux évoqués précédemment sont d'application exclusive. Or, l'exclusivité d'un régime de responsabilité est toujours proclamée dans le but

235G. RIPERT, DP., 1927, 1, p. 97; DP., 1929, 1, p. 129, et P. ESMEIN, S., 1930, 1, p. 137.

236L'arrêt Jand'heur, en effet, ne fait aucune allusion au caractère dangereux de la chose.

237H.-L. et J. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, T. II, 6e éd., Montchrestien, 1970, n°1114 à 1116.

238Initialement, art. L. 322-1 et s. du Code de l'aviation civile, remplacé sur ce point par les art. L. 6131-1 et s. du Code des transports.

d'anticiper les rapports que ce dernier entretiendra avec les autres régimes et de donner par avance une solution aux concours dont on sait qu'ils se présenteront. Cela dit, les responsabilités du fait des choses dangereuses n'entrent pas seulement en concours avec la responsabilité générale du fait des choses. Sans en faire une présentation exhaustive, nous préfèrerons évoquer les concours créés par deux régimes spéciaux que sont la responsabilité du fait des accidents de la circulation, et la responsabilité du fait des produits défectueux. Les concours créés par ces deux régimes sont nombreux, et ont mis les juges en difficulté. Au regard des problèmes de cohabitation avec les autres régimes que ces responsabilités ont suscités, et suscitent encore, nous nous limiterons ici à ces deux exemples.

74. Concours créés par la responsabilité du fait des accidents de la circulation. Alors que rien dans la loi ne le prévoyait, l'autonomie et l'exclusivité de la loi Badinter furent rapidement consacrées. Le régime particulier d'indemnisation, cependant, a pu imposer le débat sur l'autonomie de cette loi par rapport à la responsabilité, car elle empruntait à la fois à des mécanismes classiques de responsabilité et au droit de l'assurance, de l'indemnisation automatique[239]. L'enjeu était de savoir si la loi devait fonctionner en huis-clos, selon une logique propre, ou bien en se référant aux responsabilités déjà existantes[240]. Autrement dit, était-il nécessaire de démontrer, en plus des conditions prévues par la loi, les conditions d'application des articles 1382 ou 1384 alinéa 1 du Code civil? Les partisans de l'autonomie[241] l'ont emporté, puisque la Cour de cassation est allée très tôt dans leur sens. Ainsi, l'absence de faute dans le cadre de l'accident de la circulation n'a pas vocation à exonérer de sa responsabilité le conducteur dont le véhicule est impliqué[242]. L'absence de lien de causalité au sens de l'article 1384 alinéa 1 n'est pas plus à même de faire échapper le conducteur à sa responsabilité[243].

À l'affirmation de l'autonomie succède l'affirmation de l'exclusivité de la loi, les juges de la Cour de cassation précisant que « l'indemnisation d'une victime d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur ne peut être fondée que sur les

239G. VINEY, *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation,* LGDJ, 1992, n°11 et 12.

240Sur la notion d'autonomie et ses différentes acceptions, voir C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* BDPR, T. 509, LGDJ, 2009, n°90 et suivants.

241V. par exemple, H. GROUTEL, *Le fondement de la réparation institué par la loi du 5 juillet 1985,* JCP, 1986, I, 3244; G. DURRY, note JCP, 1987, II, 20769.

242Civ. 2e, 7 novembre 1985, JCP, 1986, II, 20598, note Fr. CHABAS.

243Civ. 2e, 13 février 1986, Bull. Civ., II, n°186; Civ. 2e, 11 avril 1986, Bull. Civ., II, n°45.

dispositions de la loi du 5 juillet 1985, à l'exclusion de celles des articles 1382 et suivants du Code civil »[244].

Tout ceci prouve bien, s'il en était besoin, que la loi du 5 juillet 1985, a vocation à entrer en concours avec d'autres régimes de responsabilité. Le concours peut être intellectuel: le conducteur désigné responsable par la loi spéciale, peut tout aussi bien l'être par l'article 1382 du Code civil, s'il a commis une faute, ou par l'article 1384 alinéa 1 du même Code, si les conditions de la responsabilité du fait des choses sont réunies. Le fait même que les juges aient posé l'exclusivité de la responsabilité du fait des accidents de la circulation prouve que celle-ci subissait la concurrence d'autres règles[245]. La loi du 5 juillet 1985 entre aussi en concours avec la responsabilité du commettant du fait de son préposé. Lorsque le préposé est conducteur d'un véhicule impliqué dans un accident de la circulation, la question se pose de savoir si la jurisprudence posant son immunité[246] et celle interdisant de le considérer comme gardien d'une chose utilisée pour le compte du commettant[247], s'applique aussi au cas des accidents de la circulation[248]. Le concours peut aussi être matériel, plusieurs personnes pouvant concourir à causer le dommage souffert par la victime, un conducteur, et d'autres personnes pouvant avoir un statut différent (cycliste, responsable du fait des choses en tant que gardien de son vélo, ou encore piéton, responsable pour faute du fait d'un comportement dangereux).

75. Concours créés par la responsabilité du fait des produits défectueux. Nous avons déjà évoqué, en filigrane, les concours créés par la responsabilité du fait des produits

244Civ. 2e, 4 mai 1987, Bull. Civ., II, n°87; voir aussi Civ. 2e, 14 mai 1987, Bull. Civ., II, n°192; Civ. 2e, 21 mai 1990, Bull. Civ., II, n°112. Pour une application plus récente, voir Civ. 2e, 7 mai 2002, n°00-20.649.

245Il faut cependant nuancer l'affirmation d'exclusivité, qui est limitée, car elle n'empêche pas les actions en responsabilité hors du champ d'application de la loi de 1985, c'est-à-dire celles intentées à l'encontre des tiers impliqués, mais non conducteurs (piétons, cyclistes). Précisons en effet que la loi prévoit la responsabilité du conducteur du véhicule impliqué dans l'accident, à l'encontre des victimes. Finalement, le concours intellectuel seul est paralysé par cette exclusivité, le conducteur dont le véhicule est impliqué n'ayant pas à être responsable au sens des articles 1382 et suivants du Code civil, et ne pouvant pas plus les invoquer pour se décharger des conséquences de l'accident. Dès lors que l'on se situe dans le cadre d'un accident de la circulation, le conducteur n'est responsable qu'au regard de la loi Badinter. Le concours matériel entre la loi de 1985 et les actions en responsabilité classiques du Code civil est par contre possible, le piéton étant responsable de sa faute (par ex. Civ.2e, 27 février 1991, Bull. Civ., II, n°62), le cycliste du fait de la chose (par ex. Civ. 2e, 18 novembre 1987, Bull. Civ., II, n°236) ou tout autre personne que le conducteur (Par exemple, responsabilité de la SNCF sur 1384 alinéa 1 pour un accident de passage à niveau, Civ. 2e, 4 octobre 1989, Bull. Civ., II, n°155; Civ. 2e, 19 mars 1997, Bull. Civ., II, n°78).

246L'arrêt *Costedoat*, Ass. Plén., 25 février 2000, Bull. Civ., n°2, le préposé agissant sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie pas son commettant n'engage pas sa responsabilité à l'égard des victimes.

247Civ., 27 avril 1929, DP., 1929, 1, 129, note G. RIPERT.

248La réponse est positive puisque n'est pas responsable à l'égard de la victime le préposé conducteur ayant agit dans les limites de sa mission, Civ. 2e, 28 mai 2009, Bull. Civ., II, n°128.

défectueux[249]. Il s'agit ici de compléter l'exposé. L'article 1386-18 du Code civil précise que cette responsabilité *ne porte pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité,* le producteur restant, dans ce cas, responsable[250]. Les cas de concours matériels ont donc été anticipés par la loi, et même autorisés. De fait, nombreux sont les autres régimes de responsabilité susceptibles d'entretenir un rapport de concurrence avec la responsabilité du fait des produits défectueux; à commencer par l'obligation de sécurité insérée dans le contrat de vente notamment en raison du retard dont justifiait la France dans la transposition de la directive qui permettait l'intégration d'une responsabilité du fait des produits défectueux en droit français. En effet, l'obligation de sécurité vise à retenir la responsabilité du débiteur lorsque le produit ou service n'a pas répondu aux exigences de sécurité que son cocontractant pouvait légitimement attendre, de même que les articles 1386-1 et suivants visent à réparer le dommage créé par un produit n'offrant pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. Les deux régimes partagent donc une partie de leur champ d'application. Dès lors, il y aura concours matériel lorsque le dommage subi par la victime résulte de la violation de l'obligation de sécurité insérée au contrat, et que ce manque de sécurité est dû à un produit défectueux. Dans ce cas, au terme de la responsabilité contractuelle, le cocontractant est responsable, tandis que le producteur ou fabricant du produit défectueux l'est aussi, au titre de la responsabilité du fait

249V. supra, les concours entre la responsabilité du fait des produits défectueux et d'autres régimes de responsabilité, n°66 et 67.

250Les développements qui suivent se bornent à présenter les concours de responsabilités qui existent, sans présager de l'issue de leur règlement. La CJUE a, en effet, précisé le sens de cet article. Le premier arrêt (CJCE, 25 avril 2002, aff. C-183-00) précisa que précisa que le sens de cette disposition est de laisser subsister seulement les régimes de responsabilité ayant un autre fondement que celui mis en place par la directive. Une seconde décision (CJCE, 4 juin 2009, D., 2009, p. 1731, note S. BORGHETTI; JCP, 2009, n °27, p. 35, note P. JOURDAIN; RDC, 2009, 1381, obs. G. VINEY; sur la question préjudicielle, voir Com., 24 juin 2008, Bull. Civ., IV, n°128) précisa définitivement le sens de l'article litigieux. La question préjudicielle posée à la CJUE devait la conduire à décider de la survie de la jurisprudence nationale consacrant l'obligation de sécurité. Contre l'attente d'une certaine doctrine (J. CALAIS-AULOY, *Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel,* D., 2002, chron., p. 2458; C. LARROUMET, note au D., 2002, jp., p. 2642; pour une proposition permettant de conserver cette obligation de sécurité, en considérant qu'elle repose sur une faute, G. VINEY, *Interprétation par la CJCE de la directive du 25 juillet 1985,* JCP, 2002, I, 177; P. JOURDAIN, RTD civ., 2002, p. 523.), la CJUE décida que la jurisprudence nationale pouvait prospérer, en parallèle de la directive. Dans une décision récente, la CJUE admet aussi que coexistences la responsabilité des établissements hospitaliers du fait des produites utilisés, et la responsabilité du fait des produits défectueux (CJUE, 21 décembre 2011, Centre hospitalier universitaire de Besançon, aff. C-495/10), la Cour acceptant la survie de ce régime spécial, à condition toutefois que la victime puisse rechercher aussi la responsabilité du producteur du produit défectueux, si d'aventure les conditions de mise en œuvre de cette responsabilité se trouvaient réunies.

des produits défectueux[251]. Le concours intellectuel est aussi envisageable, pour le contrat de vente seulement. Le vendeur est en effet le seul contractant à la fois débiteur de l'obligation de sécurité et responsable désigné par la responsabilité du fait des produits défectueux. En cas de problème d'identification du fabricant ou producteur du produit, l'acheteur victime aura à sa disposition deux fondements à l'encontre du vendeur.

Concernant la responsabilité délictuelle, rien n'exclut que la responsabilité du fait des choses de l'article 1384 al. 1er entre en concours avec la responsabilité du fait des produits défectueux. La chose instrument du dommage peut en effet être défectueuse, ce qui permettrait de rechercher la responsabilité du gardien de la chose, ainsi que du fabricant ou producteur[252]. Par ailleurs, le vice de la chose n'étant pas par principe une cause d'exonération de la responsabilité du gardien de la chose[253], car non constitutive d'une force majeure, il semble que le gardien ne puisse s'exonérer en prouvant la défectuosité de la chose.

De même, rien n'interdit le concours entre la responsabilité pour faute des articles 1382 et 1383 du Code civil et la responsabilité du fait des produits défectueux. C'est même ce double fondement que les victimes ayant contracté la sclérose en plaques suite à une vaccination contre l'hépatite B ont tenté d'invoquer, longtemps sans succès d'ailleurs, mais pour des raisons tenant à la preuve du lien de causalité entre les vaccins et l'apparition de la maladie[254].

76. Bilan. Alors que le juge refusa, avec la responsabilité du fait des choses, de créer un régime qui distingue selon la nature de la chose, le besoin se fit sentir ensuite de doter certaines choses d'un régime spécial. Que l'impulsion qui motiva la création de ces nouveaux régimes fut nationale ou supranationale, les concours furent nombreux et l'on constate que juge comme législateur furent sensibles à leur sort. Ainsi, la plupart de ces régimes sont d'application exclusive, et leurs rapports avec les autres régimes de responsabilité font l'objet d'attentions particulières.

Cette régulation des concours, en la matière, fut certainement rendue nécessaire à cause de l'existence de régimes généraux de responsabilité partageant pour partie le champ d'application des règles nouvelles.

251V. Civ. 1re, 11 juin 2009, non publié, pourvoi n°08-17313, action contre le vendeur et le producteur d'un enduit destiné à un usage extérieur, mais aucune responsabilité n'est en l'espèce retenue.

252Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle,* Litec, 2009, n°428, p.218.

253Civ. 2e, 20 novembre 1968, JCP, 1970, II, 16567, note DEJEAN de la BATIE; 12 décembre 2002, Bull. Civ., II, n°287.

254Civ. 1re, 23 septembre 2003, Bull. Civ., I, n°188.

La situation est légèrement différente concernant l'autre secteur ayant vu apparaître des régimes spéciaux de responsabilité, les télécommunications, puisqu'il n'existe pas de droit général en cette matière.

2. Responsabilités du fait des communications

77. Annonce. Une présentation générale des règles applicables et des concours (a) précèdera l'exposé plus détaillé des concours existant en cette matière. Il faut dès lors préciser que le droit de la communication présente certaines particularités, les multiples règles étant parfois moins en concurrence qu'en collaboration, ce qui est relativement inédit. Nous distinguerons donc les concours véritables de responsabilités (b) et les concours-collaboration entre plusieurs réglementations (c).

a. Présentation générale

78. Corpus juridique. Du téléphone à l'Internet, du journal papier, à la télévision et la presse en ligne, nombreux sont les modes de diffusion des idées. Dans une société que l'on qualifie volontiers de société de l'information, il est naturel que le droit réponde à l'évolution constante des moyens de communication, et que se développe, en parallèle des avancées technologiques, un véritable droit de la communication. Derrière cette appellation unitaire se cache cependant un foisonnement de dispositions où s'entremêlent les règles civiles et les règles pénales, les règles nationales et les règles d'origine européenne. Construit par strates successives, au hasard des avancées techniques qui réclamaient un droit spécifique, le droit de la communication ne se caractérise guère par son ordonnancement harmonieux et se révèle être un terrain fertile pour les concours de responsabilités.

En matière de responsabilité, l'on dénombre plusieurs règles, la circulation des idées pouvant causer des atteintes diverses, à l'ordre public ou à la morale, à la personne, ou encore aux droits d'auteurs ou au droit de marque. La loi du 29 juillet 1881 sur les infractions en matière de presse, adaptée aux nouveaux modes de communication constitue, aujourd'hui encore, le socle du droit de la responsabilité pénale en la matière[255]. Concernant l'Internet, la loi de confiance pour l'économie numérique, du 21 juin 2004 (LCEN), transposant une directive européenne du 8 juin 2000 prévoit les responsabilités civiles des fournisseurs d'accès à Internet, des hébergeurs de contenu, et autres prestataires intermédiaires, ainsi que des auteurs

255V. par ex. D. de BELLESCIZE,L. FRANCESCHINI, *Droit de la communication,* 2e éd., Thémis droit, Puf, 2011; E. DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias,* 3e éd., Lexisnexis, 2011.

directs des messages diffusés par ce média[256]. À ceci s'ajoutent des règles civiles telles que les articles 9 et 9-1 du Code civil, ou encore l'article 1382 du même Code, qui conserve une vocation subsidiaire à s'appliquer en matière de communication.

Les concours sont nombreux en la matière, et il convient à cet égard de distinguer chaque combinaison de règles possibles, en faisant le départ entre les concours véritables, et les faux concours de responsabilités.

b. Les véritables concours de responsabilités

79. Concours matériels de responsabilités. Il existe en cette matière plusieurs cas de concours matériels de responsabilités. La loi du 29 juillet 1881 prévoit ainsi que le directeur de publication, ou l'éditeur, est responsable principal, alors que l'auteur des propos constitutifs de l'infraction, est condamné en tant que complice[257]. Cette répartition des responsabilités se retrouve au niveau de la responsabilité civile, où auteur direct et éditeur peuvent se voir condamnés *in solidum* à réparer le dommage causé à la victime. Concernant la communication audiovisuelle, le régime est identique, quoique adapté. Le directeur de publication n'est considéré comme auteur principal que pour le cas des émissions ayant fait l'objet d'une fixation préalable et non pour les émissions en direct, l'auteur des propos incriminés en assumant alors seul les conséquences, le directeur n'ayant pas pu dans ce cas exercer son contrôle sur le contenu diffusé[258].

Les cas de concours matériels sont plus rares concernant la communication numérique, car l'auteur des données diffusées sur le net est le responsable principal. Les autres acteurs du réseau ne sont responsables que sous des conditions extrêmement restrictives. Les intermédiaires techniques qui se contentent d'assurer la transmission ou le stockage d'informations, sans en être l'auteur, ni les modifier, ne sont pas responsables de leur contenu (art. L. 32-3-4 du Code des postes et télécommunications). Les fournisseurs d'accès à Internet, ainsi que les hébergeurs de contenus ne verront leur responsabilité engagée que pour le cas où ils ont eu connaissance du caractère illicite du contenu diffusé, et qu'ils n'ont pas agi promptement pour faire cesser la diffusion de ce contenu (art. L. 32-3-3 du Code des postes et télécommunications). Rares seront donc les cas où l'auteur sera responsable solidairement avec un autre acteur du réseau.

256V. J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique,* Lextenso éditions, LGDJ, 2011.

257Art. 42 et 43 de la loi. Il convient de préciser que, dans l'édition, le contrat entre l'auteur et l'éditeur prévoit généralement que l'auteur assume seul les propos tenus dans son manuscrit.

258Art. 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 relative à la communication audiovisuelle.

Les concours intellectuels sont, pour leur part, relativement nombreux.

80. Concours intellectuels entre la loi du 29 juillet 1881 et l'article 1382 du Code civil. La loi sur la presse entend organiser la coexistence de la liberté d'expression et de communication, et la protection de l'ordre public, ou de la personne. Le principe de la liberté d'expression est donc assorti d'exceptions, et sont sanctionnés les abus. La procédure devant le juge pénal étant particulièrement favorable à l'auteur de l'information portée à la connaissance du public, les victimes ont un temps été tentées de se tourner vers le juge civil, dans le but de contourner les obstacles procéduraux afin d'obtenir plus facilement réparation de leurs préjudices. La Cour de cassation a mis fin à cette pratique, en unifiant les procédures civiles et pénales[259]. La victime ne pouvant plus, dès lors, espérer bénéficier des délais de prescriptions du droit civil commun auprès des juridictions civiles appliquant la loi de 1881, la question se posa de savoir si elle pouvait obtenir ce bénéfice en délaissant ladite loi au profit de l'article 1382 du Code civil. Les nombreuses infractions sanctionnées par la loi de 1881 (injure, diffamation, provocation à la haine raciale, fausse nouvelle) peuvent en effet être qualifiées de faute civile au sens de l'article 1382 du Code civil, qui peut s'analyser comme un manquement au devoir de prudence et d'objectivité[260], ou encore d'exactitude et d'honnêteté dans l'information[261]. Un concours intellectuel existe donc entre les deux corps de texte. Si un temps leur coexistence fut pacifique, la victime pouvant préférer agir en responsabilité civile, plutôt que d'engager une action en diffamation sur le fondement de la loi de 1881, dont l'issue était incertaine en raison des embûches procédurales, l'option est désormais fermée[262]. L'article 1382 du Code civil est inapplicable dès lors que les faits sont constitutifs d'un délit de presse sanctionné par la loi de 1881, quand bien même les conditions de la responsabilité spéciale ne seraient pas, en l'espèce, réunies. La responsabilité pour faute de droit commun trouve à s'appliquer de manière subsidiaire, pour réparer les dommages causés par des faits distincts de ceux visés par la loi de 1881[263].

Les deux types de responsabilités persistent à se rencontrer, mais le juge a réglé ce concours par l'éviction de la règle du Code civil.

259Civ. 2e, 19 février 1997, Bull. Civ. II, n°44, JCP, 1997, II, 22900, note M. Pierchon.

260Civ., 25 avril 2000, Légipresse, n°170, avril 2000.

261Civ., 19 mai 2000, Légipresse, n°177, décembre 2000.

262Ass. Plén., 12 juillet 2000, Bull. Plén. n°8 « les abus de la liberté d'expression sanctionnés par la loi du 29 juillet 1881 ne sont pas réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil », RTD civ., 2000, p. 845, D., 2004, somm. p. 463, obs. P. JOURDAIN; confirmé notamment pas Civ. 1re, 27 novembre 2005, RTD civ. 2006, p. 126 note P. JOURDAIN, Gaz. Pal, 16-17 décembre 2005, p. 5, note S. LASFARGEAS.

263Civ. 1er, 30 octobre 2008, Bull. Civ.I, n°244.

81. Concours entre la loi du 29 juillet 1881 et les articles 9 et 9-1 du Code civil. Issus d'une loi du 17 juillet 1970, les articles 9 et 9-1 du Code civil consacrent deux droits de la personnalité, le droit au respect de la vie privée et le droit au respect de la présomption d'innocence. De la même manière que certains faits peuvent à la fois être constitutifs d'une infraction au sens de la loi de 1881 et d'une faute civile selon l'article 1382, ils peuvent revêtir les caractéristiques d'une atteinte à la vie privée ou à la présomption d'innocence. Le droit de la presse partagerait donc un champ d'application commun avec ces dispositions du Code civil. Comme avec l'article 1382, les juges ont un temps autorisé la victime à agir sur les deux fondements, et à obtenir la réparation du préjudice en invoquant les dispositions du Code civil. Cette voie est désormais fermée, la constatation d'un délit réprimé par la loi de 1881 empêchant la victime de demander au juge civil réparation de l'atteinte à la vie privée[264] ou à la présomption d'innocence[265].

La loi sur la presse a donc tendance à évincer les dispositions du Code civil concurrentes, voire à absorber certaines notions, comme l'atteinte à la vie privée, potentiellement contenue dans le délit de diffamation. Il est étonnant de constater que ce régime spécial, fort ancien, continue d'alimenter les prétoires en ce qui concerne sa coexistence avec d'autres régimes de responsabilité.

Aux côtés de ces véritables concours de responsabilités, l'on trouve des concours particuliers, résultant non pas d'une concurrence, mais d'une collaboration entre les différentes règles applicables.

b. Concours-collaboration entre plusieurs réglementations

82. Rapports entre le droit de l'Internet et les autres règles de responsabilité civile. Avant la promulgation de la loi de confiance en l'économie numérique le 21 juin 2004 (LCEN), les juges recouraient, faute de texte spécial, aux articles du Code civil (1382, 1383, 1147, 9 et 9-1) pour sanctionner les intervenants sur Internet, voire les textes de la loi sur la presse, applicable à quelque média que ce soit dès lors que l'information litigieuse est portée à la connaissance du public. L'entrée en vigueur de la LCEN, mettant en place une responsabilité civile allégée pour les intermédiaires techniques, pose la question nouvelle des rapports entre les règles classiques de la responsabilité civile et ce droit spécial. La LCEN est souvent présentée comme un régime autonome de responsabilité, certainement en raison de

264Les juges requalifient dans ce cas l'atteinte à la vie privée en diffamation, TGI Nanterre, 1re chambre, section A, 27 mai 2002, Légipresse, n°196, I, p. 40.

265Civ. 1re, 28 juin 2007, Bull. civ., I, n°247.

son caractère fortement dérogatoire. Cependant, les articles L. 32-3-3 et L. 32-3-4 du Code des postes et télécommunications posant ce régime spécial peuvent être vus en réalité comme des filtres préalables à la reconnaissance d'une responsabilité civile ou pénale, pour laquelle le fondement devra être trouvé dans les dispositions préexistantes à la LCEN. Il s'agit alors non pas d'un concours mais d'une combinaison, une collaboration des différents textes. La LCEN pose les contours d'une étape préalable nouvelle, celle de la qualification des intervenants (intermédiaire technique ou hébergeur) afin de déterminer dans quelle mesure ces derniers peuvent être reconnus responsables des actes illicites commis par le biais de l'Internet. L'auteur direct du message litigieux, parce que constitutif d'une infraction au sens de la loi sur la presse, ou parce que portant atteinte à la vie privée ou à la présomption d'innocence d'une personne, ou encore simplement parce que constitutif d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, sera toujours le responsable de premier plan, tant pénalement que civilement. Les autres intervenants ne le seront que dans la mesure déterminée par la LCEN. Les opérateurs et fournisseurs d'accès ne seront responsables solidairement avec l'auteur que pour le cas où ils ont sélectionné le destinataire de la transmission, ou encore modifié le contenu du message, ou contribué à élaborer son contenu (art. L. 32-3-3 CPT). Les fournisseurs d'hébergement seront responsables avec l'auteur dès lorsqu'ils auront été informés du caractère illicite du contenu disponible sur le web[266], et n'auront pas agi promptement pour mettre fin à sa diffusion[267] (art. L. 32-3-4 CPT). Hors ces cas, aucun concours matériel de responsabilités n'existe en ce qui concerne la communication par l'Internet. Pour ce qui est du concours intellectuel de responsabilités, encore une fois, il s'agit moins là d'une concurrence entre les différents corps de textes que d'une collaboration entre eux, l'application de la LCEN étant un préalable nécessaire à l'utilisation des règles communes de responsabilité en matière de communication.

83. Rapports entre le droit de l'Internet et les règles de propriété intellectuelle. De même que l'Internet peut servir de média pour la commission d'une infraction réprimée par la loi de 1881, ou encore une atteinte à la vie privée, il peut tout aussi bien être le support technique d'une violation des droits de propriété intellectuelle. L'on constate un même rapport de

266À noter qu'il existe une présomption de connaissance du caractère illicite du contenu lorsque l'hébergeur reçoit une notification contenant les éléments énumérés par la loi, art. 6-I-5 de la loi.

267Il convient alors de prouver la faute de l'hébergeur qui aura, soit persisté à maintenir en ligne le contenu malgré la notification, soit tardé à retirer le contenu illicite, soit n'aura pas veillé à ce que le contenu supprimé une fois ne réapparaisse pas. L'hébergeur peut ne pas être condamné s'il ne retire pas le contenu, par exemple parce que celui-ci n'est pas manifestement illicite, voir par exemple TGI Paris, 1ère chambre, 15 novembre 2004, Comité de défense de la cause arménienne contre France télécom, Juris-data n°258504, les juges ayant estimé que le négationnisme du génocide arménien n'entrait pas dans le cadre de la loi de 1881.

collaboration entre les règles spécifiques à l'Internet et les règles protectrices du droit d'auteur, ou encore du droit de marque. La LCEN sera le fondement préalable nécessaire à l'engagement de la responsabilité pour violation du droit d'auteur[268] ou encore pour contrefaçon[269].

84. Bilan. Le droit de la communication, droit particulièrement complexe, fait naître des rapports multiples entre les différentes règles qui le composent. Le dialogue peut être plus ou moins belliqueux entre toutes ces règles. Ainsi, la loi sur la presse entretient de véritables rapports de concurrence avec les dispositions du Code civil, alors que le droit de l'Internet s'ajoute aux règles préexistantes, sans les évincer. La raison de cette différence de rapports entre les règles tient certainement à la capacité de chacune à former un corpus autonome. Alors que la loi sur la presse définit précisément les infractions qu'elle entend sanctionner, la LCEN se contente de dessiner un cadre à l'intérieur duquel les différents intervenants du secteur numérique pourront être considérés comme responsables, pénalement ou civilement. Le recours aux autres règles de responsabilité est alors nécessaire, la LCEN ne déterminant pas plus avant les types de responsabilité auxquels s'exposent les intervenants sur Internet.

85. Conclusion de paragraphe. Les exemples choisis auront permis de démontrer de quelle manière la spécialisation de la responsabilité a pu être source de concours de responsabilités. Le sentiment de désordre est patent, les concours de responsabilités révélant souvent les difficultés éprouvées par les régimes spéciaux à trouver leur place au sein du droit de la responsabilité. Si l'on espère régler les concours de responsabilités en agissant sur le droit de la responsabilité lui-même, il convient désormais de tenter de comprendre les raisons de cette spécialisation, et d'évaluer la pertinence de ce mouvement de la responsabilité afin de guider nos propositions de réforme.

268V. par exemple Civ. 1re, 14 janvier 2010, n°06-18855, où la Cour de cassation dénie la qualification d'hébergeur aux sites communautaires de partage vidéo, les privant ainsi du régime de responsabilité limitée, ce qui entraîne l'application du droit commun, et permet de condamner le site pour mettre à disposition du public des œuvres protégées.

269Les juges ont eu l'occasion, récemment, de fournir un exemple de collaboration entre les règles propres à l'Internet et celles concernant la protection du droit de marque avec les affaires relative à la vente sur le site d'enchères Ebay de produits de luxe. La question était de savoir si le site Ebay était un simple hébergeur, soumis à responsabilité limitée, ou bien un fournisseur de servie en ligne, et donc un éditeur, responsable du contenu des offres mises sur le site. Voir CA, Paris, 4 juin 2008, D., 2008, p. 1032; CA paris, 3 septembre 2010, D., 2010, p. 1932; JCP, 2010, 1102 note J. HUET. Les juges ont dénié la qualité d'hébergeur au site, et retenu sa responsabilité.

§2. L'idéologie justifiant la spécialisation de la responsabilité

86. Plan. Le recours à des règles spéciales, régissant un type de bien, une profession ou encore un secteur d'activité est motivé par une volonté d'adaptation de la règle aux réalités sociales. Les règles spéciales sont, en effet, présumées être plus adaptées que la règle générale, car en créant des catégories de biens ou de personnes, elles permettent de les isoler des autres, et de leur apporter un traitement spécifique. La spécialisation, ensuite, se justifie par la nécessité ressentie de déroger aux règles classiques de responsabilité, en créant des régimes juridiques hybrides. Adaptation de la règle aux réalités sociales (A) et dépassement des règles classiques de la responsabilité civile (B) constituent ainsi les deux pendants de l'idéologie justifiant la spécialisation de la responsabilité.

A. L'adaptation de la règle aux nécessités sociales

87. Adaptation du droit au fait. Certainement initiée par Gény, l'adaptation du droit au fait suppose du juriste qu'il étudie le réel, constate et analyse les faits. Cette démarche lui permet non seulement de poser le problème, mais encore d'en appréhender les difficultés et même d'y remédier en donnant la règle elle-même[270]. La conception sociologique de la règle connait, sous l'impulsion notamment de Carbonnier, un succès évident[271]; à tel point que la capacité du droit à « répondre aux aspirations nées des transformations intervenues dans les faits économiques et sociaux »[272] serait devenue sa qualité principale. Or, la règle spéciale est l'instrument privilégié de cette adaptation du droit aux faits.

88. La règle spéciale, une règle de proximité. La règle spéciale est par nature une règle qui se veut adaptée aux situations qu'elle régit. Puisqu'elle isole un certain type de situations, ou encore une catégorie de personnes, elle présuppose une analyse de leurs besoins, auxquels elle se propose d'apporter satisfaction. C'est parce qu'elle est sensée s'adapter aux réalités sociales que la règle spéciale est présumée meilleure que la règle générale, et qu'en cas de concours elle l'emporte sur cette dernière[273]. L'on remarque d'ailleurs que la règle spéciale est une règle dérogatoire, qui tend à s'éloigner, voir s'affranchir, d'un certain nombre de conditions classiques de la responsabilité[274]. La règle spéciale nait du sentiment qu'il est nécessaire de traiter différemment certaines situations, soit parce que le droit commun ne leur

270F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif,* T2, Sirey, 1927, n°166 et s.
271J. CARBONNIER, *Sociologie juridique,* Armand Colin, 1972.
272A.-J. ANNAUD, *Les juristes face à la société du XIXè siècle à nos jours,* PUF, 1975, p. 30.
273N. BOBBIO, *Des critères pour résoudre les antinomies, in Essais de théorie du droit,* LGDJ, Bryulant, 1998, p. 97., V. infra, partie 2, titre 1, chapitre 1.
274V. F. LEDUC, *Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil,* LPA, 6 juillet 2005, p. 3.

donne que difficilement un cadre (c'est le cas des situations juridiques nouvelles, dues à une évolution des techniques, telles que celles créées par les nouveaux modes de communication) ou encore parce que le droit commun n'apporte pas une protection jugée suffisante (on protège le consommateur, la victime d'une activité ou d'une chose dangereuse).

89. Dangers de la spécialisation. À vouloir faire prendre acte au droit des évolutions sociales, le risque est de perdre de vue la fonction première du Droit, qui est de réguler les rapports sociaux. L'on peut douter que cette délicate mission puisse aboutir si le juriste se contente de constater les transformations sociales et de faire coïncider fait et droit, dans une simple action de mise à jour. Les doctrines volontaristes, opposées en cela aux sociologues du droit, prônent un jugement de valeur du fait social, afin de mener la société à bonne fin. Céder à la tentation d'une adaptation pure et simple du droit au fait, c'est ouvrir la porte à des lois de réaction[275]. Si chaque règle spéciale, prise individuellement, peut être perçue comme adaptée à la situation qu'elle régit, une perception globale révèle les effets pervers d'une telle spécialisation. Ainsi, les règles spéciales du droit de la responsabilité conduisent à traiter différemment des victimes qui, pourtant, ne se trouvent pas dans une situation fondamentalement différente. La loi Badinter en fournit un exemple, parmi tant d'autres. En faisant du conducteur du véhicule impliqué dans l'accident de la circulation le responsable désigné, elle place ce dernier dans une posture moins avantageuse que les autres victimes[276].

Par ailleurs, il arrive que la règle spéciale se révèle moins adaptée que la règle de droit commun. Prenons l'exemple du régime spécial de responsabilité du fait des produits défectueux. La mise en œuvre de cette responsabilité particulière est enfermée dans un double délai. La victime doit agir dans les trois ans qui suivent la survenance du dommage et dans les dix ans à compter de la mise en circulation du produit (art. 1386-16 et 1386-17 du Code civil). Passé ce délai butoir de dix ans, aucune action n'est plus possible à l'encontre du producteur, sur ce fondement (seule la faute du producteur est alors sanctionnée). Le droit commun est alors plus avantageux, en ce qu'il permet à la victime d'invoquer la responsabilité

275La méthode serait d'autant plus critiquable qu'elle serait impossible à mettre en œuvre, le juriste ne pouvant se départir d'un *a priori* sur les faits qu'il examine, V. Ch. ATTIAS et D. LINOTTE, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait,* D., 1977, chron., p. 251 et s.

276Lorsque la victime est à la fois le conducteur, et que seul son véhicule est impliqué, l'article 3 de la loi du 5juillet 1985 prévoit la réparation du préjudice de la victime non conductrice seulement. Cette iniquité de traitement est aggravée par le fait que le conducteur victime n'a pas la possibilité de se fonder sur un autre régime de responsabilité afin d'obtenir réparation de son préjudice s'il s'avérait qu'il était en partie du à la faute d'un piéton, ou d'un cycliste, l'exclusivité de la loi Badinter interdisant le recours à tout autre fondement au stade de l'obligation à la dette.

du fait des choses dans les cinq ans qui suivent la survenance du dommage, sans égard pour la date de conception ou mise en circulation de la chose ayant causé le dommage.

Pour finir, et nous l'avons montré, la multiplication de règles spéciales favorise l'enchevêtrement des régimes, et donc les concours de responsabilités.

L'adaptation du droit au fait doit être menée avec circonspection. Si certaines matières semblent nécessiter un cadre spécial, d'autres au contraire pourraient aussi bien se contenter du droit existant. En tout état de cause, il convient de veiller à l'articulation de ces règles entre elles et avec le droit commun, sous peine de conduire au désordre.

Par ailleurs, pour parvenir à ses fins, la règle spéciale fait souvent preuve d'originalité, en dépassant les règles classiques de responsabilité. Cette méthode doit être présentée et évaluée.

B. Le dépassement des règles classiques de la responsabilité

90. Dépassement dans deux directions. Le dépassement des règles classiques de la responsabilité, ou à tout le moins leur aménagement, semble être une condition *sine qua non* de l'adaptation de la règle spéciale au fait social. Quelle adaptation, en effet, si la règle spéciale ne proposait rien de nouveau, ou de différent, à ces catégories de personnes, de choses ou de situations qu'elle isole? Il s'avère que le dépassement des règles classiques de la responsabilité peut se faire dans deux directions et serait de nature à constituer une source d'inspiration pour une réforme de la responsabilité.

La responsabilité, en imputant à une autre personne que la victime les conséquences du dommage, remplit une double fonction de réparation et de peine privée[277]. C'est dans ces deux directions que se sont démarqués les régimes spéciaux.

91. Indemnisation. Certaines règles spéciales sont tournées vers la victime et ont vocation à faciliter son indemnisation. Cela peut passer, *a minima*, par un simple aménagement des règles de preuve (présomptions de responsabilité, assouplissement des exigences concernant le lien causal), ou, *a maxima*, par la mise en place d'un système plus complet. Ainsi, la loi du 5 juillet 1985 et la loi du 4 mars 2002, concernant respectivement les accidents de la circulation et la responsabilité médicale, ont-elles mis en place un système de règlement amiable des litiges, dans le but de fournir à la victime une indemnisation rapide.

92. Sanction. À rebours de ces visées indemnitaires, certains régimes sont tournés vers le responsable et la sanction de son comportement. Si les dommages-et-intérêts punitifs n'ont

277S. Carval, *La responsabilité dans sa fonction de peine privée,* BDPR, LGDJ, T. 250, 1995.

pas encore été consacrés en droit français[278], certains régimes spéciaux comportent un volet pénal plus conséquent que le volet civil. C'est le cas de la responsabilité en matière de communications, qui est en premier lieu une responsabilité pénale.

93. Une source d'inspiration. Le dépassement des règles classiques de la responsabilité par les régimes spéciaux peut constituer une source d'inspiration pour d'éventuelles réformes de la responsabilité. Il offre un vivier d'idées d'une grande diversité, dans lequel il serait loisible de puiser.

Deux chemins pourraient à cet égard être empruntés. Le premier consisterait à faire émerger de cette multitude de régimes le meilleur, afin de le généraliser, mettant fin aux disparités de traitements entre les victimes. Le second viserait à l'inverse à poursuivre cette œuvre de spécialisation, en créant au besoin d'autres catégories de choses, personnes ou situations, qui gagneraient à se voir appliquer un régime spécial.

94. Conclusion de chapitre : quadrilogie. Il apparaît, à l'étude de cette première source de concours, que l'extension de la responsabilité est justifiée par quatre idéaux. Le premier, sans doute principal, reste l'impératif de bonne réparation des dommages soufferts par les victimes. Cet objectif a rendu nécessaire la création de nouveaux régimes de responsabilité, permettant la prise en charge de dommages toujours plus nombreux. L'idéal de réparation des dommages appelle deux autres idéaux, complémentaires. Il s'agit tout d'abord de l'adaptation du droit aux réalités sociales et ensuite de la réalisation, par le droit de la responsabilité, des aspirations sociales nouvelles. Derrière tout ceci, se cache en réalité un seul et même idéal, parvenir à la complétude du droit. Un droit juste, qui fournit une réponse équitable, en conformité avec ce que juge et législateur perçoivent comme des aspirations sociales globales.

Aux côtés de ces évolutions profondes de la responsabilité civile, l'on observe des changements plus ponctuels, initiés par des pratiques judiciaires consistant en une appréciation souple des règles existantes.

278V. not. J. BOURTHOUMIEUX, *Dommages punitifs,* RGAT, 1996, p. 861 et s.; C. JAUFFRET-SPINOSI, *Les dommages-et-intérêts punitifs dans* les *systèmes de droit étrangers,* LPA, 20 nov. 2002, p. 8 et s.; M. CHAGNY, *La notion de dommages-et-intérêts punitifs et sa répercussion sur le droit de la concurrence,* JCP, 2006, I, 149; P. PIERRE, *L'introduction des dommages-et-intérêts punitifs en droit des contrats,* RDC, 2010, p. 1107 et s.

Chapitre 2. L'appréciation souple des éléments de la responsabilité

95. Éléments concernés. L'appréciation souple des éléments de la responsabilité, ayant une incidence sur le concours de responsabilités, ne concerne pas le dommage. En effet, le concours de responsabilités est une situation pour laquelle il existe plusieurs responsabilités pour un même dommage, et une même victime. L'unicité du dommage est donc un critère essentiel du concours de responsabilités. Or, une appréciation souple, touchant au dommage, aurait pour seul résultat de retenir plus facilement certains maux comme un dommage au sens juridique du terme. Cela n'influence en rien la survenance d'un concours de responsabilités. Une appréciation souple des autres éléments de la responsabilité, en revanche, est à même de favoriser l'apparition d'un concours, voire d'en constituer la source. Nous démontrerons que l'appréciation souple de la causalité (section 1) et des autres éléments de la responsabilité que sont le fait générateur ou les conditions techniques d'application d'une règle de droit (section 2), sont autant de sources de concours de responsabilités, au côté de la source que l'on peut qualifier de principale qui tient à l'extension de la responsabilité.

Section 1. L'appréciation souple de la causalité

96. Causalité et responsabilité. Bien que ne faisant l'objet d'aucune définition légale, ni jurisprudentielle, la causalité est un élément central du droit de la responsabilité, aux côtés du dommage et du fait générateur de responsabilité. La causalité permet de faire le lien[279] entre le dommage et ses causes, non pas de déterminer qui devra en répondre. L'étape qui consiste à rattacher une ou plusieurs causes du dommage à une ou plusieurs personnes obligées ensuite à le réparer ne se fait pas *stricto sensu* par le lien de causalité[280], qui se propose simplement de rattacher deux éléments de faits ensemble, le dommage et sa cause. De nombreuses théories doctrinales ont été avancées pour expliquer cette notion, tantôt inspirées par la philosophie, tantôt par la science[281]. Le juge, pour sa part, ne semble pas choisir l'une de ces théories et le constat est classique du « décalage entre droit savant et droit appliqué »[282] sur ce point. Laissé sans consigne particulière par le législateur, le juge est en effet relativement libre dans

279J. FISHER, *Causalité, imputation, imputabilité: les liens de la responsabilité civile,* Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, *Libre droit,* Dalloz, 2008, p. 383.

280V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité,* n°333-2, distinguant la causalité et le « lien de rattachement » entre le fait dommageable et une personne; F. LEDUC, *Causalité civile et imputation,* RLDC, 2007/40, suppl. 2631, spé. n°7, appelant cette étape « imputation personnelle ».

281V. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile,* Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2008, p. 26 et suivant.

282C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.,*n°131.

l'appréciation du lien causal, ce qui explique sans doute l'impression que « c'est par le sentiment que les juges décident si la réalisation d'un dommage est une conséquence trop imprévisible pour que son auteur en soit responsable »[283], ou à tout le moins, la perplexité éprouvée face à une jurisprudence qui serait rétive à toute tentative de systématisation[284]. L'objet des développements qui suivent n'est pas de tenter de rallier la jurisprudence à l'une ou l'autre des théories doctrinales (même si nous verrons qu'il semble parfois possible de le faire), mais plutôt de voir dans quelle mesure la causalité est une source du concours de responsabilités.

97. Causalité et concours de responsabilités. Le concours de responsabilités se décline en deux types, qui ne sont pas tous deux concernés par la causalité. Seul le concours matériel l'est, en ce qu'il confronte plusieurs responsabilités par la constatation d'une pluralité de responsables ayant causé un même dommage. Dans ce cas, il y aura évidemment pluralité de liens de causalité, puisque l'engagement d'une responsabilité civile suppose établi un lien causal entre le dommage et le fait dommageable qui en est une des causes. Le concours intellectuel, pour sa part, ne suppose pas que soit reconnu une pluralité de liens de causalité, puisque pour un seul dommage, un seul responsable est trouvé. Dans ce cas, soit le responsable est susceptible de relever de différents corps de règle sanctionnant le fait dommageable auquel on l'a rattaché, soit le fait dommageable unique peut supporter plusieurs qualifications. L'appréciation du lien causal n'a donc aucune incidence sur l'apparition d'un concours intellectuel de responsabilités.

98. Plan. Le concours matériel de responsabilités entretient visiblement des liens avec la question de la causalité. En effet, ce type de concours supposant une pluralité de responsables, induit par voie de conséquence la constatation d'une pluralité de liens de causalité entre le dommage et certaines de ces causes, permettant ensuite son imputation à plusieurs personnes. Par ailleurs, l'étude de la jurisprudence en matière de concours de responsabilités laisse apparaître des cas de concours en présence d'une incertitude quant aux causes du dommage. La causalité est ainsi source de concours de responsabilités, que l'on se trouve en présence d'une pluralité de liens causal (§1), ou que l'on se heurte à l'incertitude quant au lien causal (§2).

283P. ESMEIN, *Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité,* D., 1964, chron. p. 205, n°1.
284C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.,* n°123 et s.

§1. Concours en cas de pluralité de liens causals

99. Équivalence des conditions, différents degrés de causalité. Le fait de considérer que plusieurs personnes ont contribué à causer un dommage, et doivent chacune en répondre, semble indiquer le choix du juge en faveur de la théorie de l'équivalence de conditions. Inspirée de la philosophie de J.-S. Mill[285], la théorie juridique de l'équivalence des conditions amène à considérer comme causes du dommage toutes les conditions qui ont été nécessaires à sa réalisation. Cette théorie permet aussi bien de retenir la responsabilité de plusieurs personnes ayant agi de concert et ayant causé, dans un même laps de temps, le dommage, que de retenir la responsabilité de personnes dont les agissements, tels qu'ils se sont succédés dans le temps, ont contribué à causer le dommage. La théorie de l'équivalence des conditions postule l'égalité des conditions nécessaires à la réalisation du dommage. Or, les deux situations évoquées précédemment nous semblent mettre en œuvre des liens de causalité différents. Le concours en cas de pluralité de liens causal peut ainsi survenir lorsque plusieurs personnes ont directement (matériellement) causé le dommage ensemble, ou bien lorsque plusieurs personnes sont considérées responsables du dommage, alors que certaines en sont les auteurs directs et d'autres entretiennent un lien plus distant avec le dommage. Les deux types de concours appelant des considérations particulières, seront étudiés successivement les concours en cas de pluralité de liens de causalité directs (A), puis les concours en cas de pluralité de liens de causalité de degré différents (B).

A. Concours en cas de pluralité de liens de causalité directs[286]

100. Causalité collatérale. La causalité collatérale vise les cas où le dommage est causé par plusieurs faits concurrents n'entretenant pas un rapport de cause à effet. Il en est ainsi par exemple du dommage causé par plusieurs fautes ayant lieu en même temps. C'est alors la théorie de l'équivalence des conditions[287] qui amène à considérer que les fautifs sont responsables ensemble[288], de même que les propriétaires des animaux ou les gardiens des choses ayant causé le dommage. Les différents liens de causalité retenus ont la même nature, tous les intervenants ayant matériellement directement causé le dommage.

285J.-S. MILL, *A system of logic,* Vol. 1, 1843, réédité par Echo Library, 2009.

286En droit, la causalité doit toujours être directe pour permettre l'engagement d'une responsabilité. Nous utilisons ici le terme dans son acception commune, au sens de lien causal matériel.

287Pour un exposé critique des origines de la théorie, et sa traduction juridique, voir C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile,* Nouvelle Bibliothèque de thèse, Dalloz, 2008, n°19 et s.

288V. par ex. Civ. 1re, 29 novembre 2005, Bull. Civ., I, n°451, les juges retenant les responsabilités pour faute des notaires et des avocats, ayant ensemble contribué à causer le dommage.

La seule question qui se posera sera celle de savoir si ces liens de causalité ont la même force, autrement dit si toutes les causes ont joué un rôle équivalent dans la production du dommage. Cette question de la quantification causale[289] n'intéresse pas les présents développements, qui se proposent simplement de démontrer le lien entre l'utilisation de la causalité juridique et les concours de responsabilités, puis d'apprécier cette utilisation.

101. Appréciation. Ces concours de responsabilités mettant en jeu les auteurs directs du dommage souffert par la victime ne sont guère sujets à débat[290]. Nous nous contenterons à leur propos de deux observations. Tout d'abord, il est discutable que le juge fasse ici une utilisation de la théorie de l'équivalence des conditions. La Cour de cassation ne motive pas en ce sens[291] et se contente de constater que plusieurs personnes sont également responsables du dommage. Plus que l'application d'une théorie doctrinale, faut-il certainement y voir plutôt le pragmatisme des juges qui, obligés de rendre une décision, utilisent les potentialités du droit pour traduire en termes juridiques la réalité matérielle[292]. D'ailleurs, et c'est la seconde observation, cette traduction juridique des hasards de la situation de fait est bénéfique à la victime, qui disposera de plusieurs répondants tout en ne supportant pas les risques de l'insolvabilité de l'un d'entre eux, l'obligation *in solidum*[293] mise à la charge des responsables lui étant favorable[294].

289Sur ce point, voir notamment, C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°333 et s.; O. SABARD, *La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle,* LGDJ, 2008, p. 427 et s.

290Le débat a pu être mené quant au fondement de l'obligation au tout de chaque coauteur fautif: G. DEREUX, *De la réparation due par l'auteur d'une seule des fautes dont le concours a causé le préjudice,* RTD civ., 1944, p. 155; Fr. CHABAS, *Bilan de quelques années de jurisprudence en matière de rôle causal,* D., 1970, chron., p. 115; J. BORE, *La causalité partielle ou les deux visages de l'obligation in solidum,* JCP, 1970, I, 2369.

291Pour une démonstration complète, voir C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°133.

292V. infra, n°540 et s. Parfois, les juges semblent utiliser conjointement plusieurs théories de la causalité. Dans l'arrêt Civ. 1re, 29 novembre 2005, Bull. civ., I, n°451, les juges retiennent la formule suivante: « Mais attendu qu'ayant caractérisé la faute des notaires sans laquelle l'entier préjudice souffert par M. Z... ne se serait pas produit, et ayant retenu celle des avocats pour avoir omis, lors de la déclaration de créance de leur client dans la procédure collective de la société Le Grand Bleu, d'en préciser la nature privilégiée, tout en relevant que le privilège aurait permis d'obtenir le montant du prix d'adjudication des immeubles, ce qui établissait la perte certaine de ce montant qui se serait imputé sur le préjudice total, la cour d'appel a, à bon droit, condamné les premiers à la réparation intégrale et les seconds, in solidum avec eux, à répondre de la portion du préjudice que leur faute avait empêché d'éviter ; que les griefs ne sont pas fondés ». Alors que la faute des notaire semble faire écho à la théorie de l'équivalence des conditions (tout antécédent nécessaire du dommage en est une cause) la faute des avocats semble pour sa part faire référence à la théorie de la causa proxima (faire porter la charge du dommage sur la personne qui avait une chance de l'éviter).

293Ce n'est pas une obligation solidaire comme on peut la rencontrer en matière contractuelle, mais seulement une obligation *in solidum*, voir en ce sens MAZEAUD et TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* T2 6ème éd. Montchrestien, 1970, n°1961 à 1964. V. infra,

294L'article 1382 semble être la base de cette théorie qui considère que chacun a causé, par sa faute, l'entier dommage, et doit donc le réparer en entier (H. BAUDIN, *La responsabilité en matière délictuelle, corréalité et solidarité,* JCP, 1943, I, 349). La victime peut donc demander à chacun l'entière réparation de son préjudice (Pour une application récente du principe, Cass. com. 31 mars 1999, RCA, 1999, comm. n°16

Pour conclure, en l'absence d'indications légales, le juge choisit, en cas de pluralité d'auteurs directs du dommage, de traduire la réalité matérielle des faits en une pluralité de liens de causalité et donc de responsabilités. Ce silence du droit permet d'élaborer un système en faveur de la victime, qui lui permet de bénéficier des avantages de la pluralité de répondants, sans en souffrir les inconvénients.

Les cas de concours mettant en lumière des liens de causalité de degrés différents appellent certainement de plus amples développements.

B. Concours en cas de pluralité de liens de causalité de degré différents

102. Diversité. Le lien de causalité direct retenu par le droit peut traduire des réalités diverses et recouvrir d'une appellation unique des faits générateurs plus ou moins éloignés, matériellement, du dommage. C'est ce que nous entendrons par degré de lien de causalité dans les développement qui suivent.

Ainsi, les concours matériels de responsabilités peuvent mettre en lumière non pas un concours de faits générateurs concomitants, mais une conjonction de plusieurs faits générateurs se suivant dans le temps. La causalité dite linéaire constitue le premier cas de concours de responsabilités en cas de pluralité de liens de causalité de degrés différents (1).

Par ailleurs, certains régimes de responsabilité aménagent le lien causal, s'éloignant de la causalité classique, ou bien procèdent par une imputation autoritaire des conséquences du dommage sur une personne . Il conviendra, dans un second temps, de déterminer l'impact de ces aménagements de la causalité sur le concours de responsabilités (2).

1. Concours et causalité linéaire

103. Exposé. Il y a causalité linéaire lorsqu'une suite d'événements, entretenant des rapports de cause à effet, a mené au dommage. L'exemple typique est celui de l'accident de la route rendant nécessaire une hospitalisation, au cours de laquelle le patient va subir un dommage (séquelles dues à la chirurgie, contamination au VIH ou à l'hépatite suite à une transfusion). La question se pose alors de savoir jusqu'où le juge peut remonter dans la chaine causale pour

« chacun des responsables d'un même dommage doit être condamné à le réparer en totalité »). Cependant, comme chacun a causé le dommage en entier, mais ne l'a pas causé seul, il est permis à celui des responsables qui a payé le tout à la victime, de se retourner contre les coauteurs. Tous doivent le tout mais chacun est tenu, c'est pourquoi le responsable qui s'est acquitté de l'entière dette de réparation a à sa disposition une action récursoire contre les coauteurs afin que chacun paye pour sa part (La division se fait en parts viriles ou en fonction de l'importance des fautes de chacun, MAZEAUD et TUNC, *op. cit.,* n°1973).

retrouver la cause du dommage. Est-ce la *causa proxima*, à savoir l'opération ou la transfusion qui a causé le dommage, ou bien l'accident de la circulation, (*causa remota*) ou bien encore les deux réunis (équivalence des conditions)? Matériellement parlant, il est sur que c'est l'enchainement des événements qui a rendu possible le dommage final (équivalence des conditions). Cependant, on peut aussi considérer que ce dommage final n'est du qu'à la chirurgie ou la transfusion, et n'est pas une résultante normale de l'accident de la circulation (*causa proxima)*.

La Cour de cassation retient la responsabilité du conducteur impliqué dans l'accident de la circulation, et lui impute les conséquences de ses suites, à savoir le dommage causé par la chirurgie[295] ou la transfusion[296]. Cette solution s'explique par la théorie de l'empreinte continue du mal, que l'on doit au professeur Dejean de la Batie[297] qui conduit à considérer que le premier élément défectueux d'une chaine qui se déroule sans hiatus jusqu'au dommage final en est la cause. Il faut pour cela que les évènements défectueux se succèdent sans que rien ne vienne rompre leur enchaînement. Un fait libre de la victime ou d'un tiers serait ainsi de nature à rompre la chaine causale[298].

104. Critique. Bien que la réalité matérielle ne permette pas de contester que c'est l'enchaînement particulier des évènements qui a causé le dommage final, tel qu'il s'est produit, cette approche de la causalité conduit à faire supporter à une personne les conséquences lointaines de son fait et pourrait paraître manquer d'équité. La critique est atténuée par la conception de l'empreinte continue du mal qui exige une succession sans interruption des évènements à partir du premier fait défectueux[299], ainsi que par le fait que dans de nombreux cas, la responsabilité de l'auteur initial n'est pas exclusive. Pour le cas des suites d'un accident de la circulation, le fait défectueux des médecins est de nature à engendrer leur responsabilité[300], de même que la contamination par transfusion est à même d'engager la responsabilité du centre de transfusion sanguine[301]. La causalité linéaire, comme la causalité collatérale, a donc pour résultat un concours de responsabilités lorsque, parmi les causes du

295 Civ. 2e, 27 janvier 2000, JCP, 2000, I, 241, n°7, obs. G. VINEY, JCP, 2000, II, 10363, note Ph. CONTE; RCA, 2000, comm. n°109; RTD civ., 2000, p. 335, obs. P. JOURDAIN.

296 Civ. 1er, 17 février 1993, JCP, 1994, II, 22226, note M-A. DORSNER-DOLIVET, Civ. 1re, 4 décembre 2001, RCA, 2002, comm. n°126, obs. H. GROUTEL.

297 N. DEJEAN de la BATIE, note sous Cass. Civ. 2e, 20 décembre 1972, JCP, 1973, II, 17541.

298 Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle,* Litec, 2005, n°290.

299 Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*

300 V. par exemple l'arrêt précité Civ. 1er, 27 janvir 2000, où le patient perd un organe par la faute du médecin. Il est par ailleurs admis lorsque la victime actionne la responsabilité du médecin, que ce dernier agisse en garantie contre le conducteur impliqué dans l'accident initial, Civ. 1er, 4 décembre 2001, *op. cit.*

301 Sur le fondement de l'art. L. 1222-9 CSP.

dommage, se trouvent des faits générateurs de responsabilité. La différence est que, cette fois, les différents répondants ne sont pas impliqués de la même manière dans la réalisation du dommage. En effet, si le médecin fautif ou le centre de transfusion peuvent être considérés comme de vrais auteurs directs du dommage finalement subi par la victime, le conducteur simplement impliqué dans la survenance de l'accident de la circulation est relié à ce dommage par un lien plus distendu. Ce type de concours révèle une utilisation fluctuante de la causalité, au sein d'une même affaire, qui permet de retenir plusieurs responsabilités.

On peut s'interroger sur le bien-fondé de cette jurisprudence à la lumière de la répartition finale de la dette de réparation entre les coauteurs, qui a de fortes chances d'aboutir à un paiement de l'indemnisation assumé par le ou les fautifs[302]. Le concours d'actions n'aura donc conduit qu'à accorder un sursis à celui ou ceux qui devront supporter au final la charge de l'indemnisation.

2. Concours et causalité aménagée

105. Pluralité de liens causals. Si la causalité désigne en général le lien de cause à conséquence qui unit le dommage aux faits défectueux qui l'ont produit, la responsabilité suppose l'existence d'un autre lien reliant le fait défectueux à une personne susceptible de supporter les conséquences du dommage, et donc d'indemniser la victime. Ce lien d'imputation, qui conduit ensuite à faire supporter l'indemnisation au responsable, n'est pas sans rapport avec la causalité[303]. Il existe ainsi des imputations purement causales, telles que celles qui entrainent la responsabilité de la personne ayant commis la faute à l'origine du dommage, ou encore celle de la personne ayant l'usage, la direction et le contrôle de la chose ayant causé le dommage. D'autres régimes de responsabilité, en revanche, s'éloignent de cette conception causaliste de l'imputation. Les responsabilités du fait d'autrui, par exemple, conduisent à relier le dommage à la personne du répondant, alors que ce dernier peut ne pas être relié au dommage. La théorie du risque profit, qui peut légitimer la responsabilité du commettant du fait de son préposé permet, certes, de considérer que l'activité dont bénéficie le commettant justifie qu'il en assume les conséquences dommageables, alors même que les faits

302 V. Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* n°306, estimant que le conducteur sortirait gagnant de la répartition finale de la dette de réparation. C'est à notre avis à la condition que ce dernier ne soit pas fautif (le fait que la loi de 1985 sur les accidents de la circulation n'exigeant que l'implication du véhicule dans l'accident et pas la faute du conducteur n'induit pas forcément une absence de faute de sa part), sinon, le partage entre les fautifs aboutirait à une répartition en parts égales.

303P. JOURDAIN, *Retour sur l'imputabilité,* Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Dalloz 2007, p. 511 et s., l'auteur parlant d'imputabilité matérielle.

défectueux à leur origine ont été commis par son préposé[304]. Il est dès lors possible de soutenir que le commettant a causé, par son activité, le dommage finalement réalisé. Rien de tel ne permet, cependant, de justifier l'étendue de la responsabilité des parents, sauf à considérer que le fait même de mettre au monde des enfants constitue un risque pour la société. Dépouillée de sa faute d'éducation et quasiment privée de ses causes exonératoires[305], la responsabilité parentale procède désormais d'une imputation autoritaire, le seul lien les reliant au dommage étant bien souvent le lien de filiation qu'ils ont avec l'enfant, auteur direct.

Le risque crée par une activité justifie parfois cette imputation, de sorte que l'inspiration causaliste de l'imputation perdure[306], mais cela n'est pas toujours le cas. Ainsi la loi Badinter, non seulement canalise la responsabilité sur la personne du conducteur, mais encore consacre un lien particulier entre le dommage et le véhicule, l'implication[307]. De même, la responsabilité pour troubles anormaux du voisinage permet-elle de demander l'indemnisation à l'auteur direct du trouble (locataire habitant dans l'immeuble d'où émane le trouble[308], ou encore entrepreneurs y exécutant des travaux[309]) mais aussi au propriétaire de l'immeuble[310], quand bien même ce dernier n'y réside pas et n'est en rien cause des nuisances, ou encore au maitre de l'ouvrage[311].

106. Rapport avec les concours de responsabilité. Lorsque ces régimes de responsabilité consacrant un lien d'imputation particulier sont exclusifs de tout autre régime de responsabilité, leur effet est de paralyser les concours de responsabilités éventuels. Dans le cas contraire, ils favorisent l'apparition du concours car ils permettent de retenir

304Dans ce sens, R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel, procédural*, LGDJ, 1951, n°284. Mais ce fondement ne fait pas l'unanimité. Pour un aperçu, voir G. VINEY et P. JOURDAIN, S. CARVAL, n°791-1.

305Civ. 2e, 19 février 1997, Bull. Civ., II. n°56, fait de la responsabilité parentale une responsabilité de plein droit, dont les parents ne peuvent s'exonérer que par la preuve d'une force majeure ou d'une faute de la victime. Les arrêts ultérieurs ont cependant démontré qu'il était très difficile pour les parents de prétendre espérer s'exonérer totalement de leur responsabilité. Voir not. C. CARON, *la force majeure, talon d'Achille de la responsabilité des père et mère,* Gaz. Pal., 8-9 septembre 1998, p. 21. L'événement de force majeure doit s'apprécier au regard de l'enfant, et non des parents, qui ne peuvent invoquer le fait de leur enfant pour s'exonérer en prouvant qu'il a été pour eux imprévisible et irrésistible, Civ. 2e, 4 juin 1997, Bull. Civ., II, n °168, RCA, 1998, com. n°253.

306L'on peut citer ici les responsabilité particulières du fait d'une activité dangereuse: responsabilité de l'exploitant d'une installation nucléaire, responsabilité de l'exploitant d'un téléphérique.

307R. RAFFI, *Implication et causalité dans la loi du 5 juillet 1985,* D., 1994, p.158; P. JOURDAIN, *Implication et causalité dans la loi du 5 juillet 1985,* JCP, 1994, I, 3794.

308V. par ex. Civ. 3e, 24 janvier 1973, JCP, 1973, II, 17440, rapport Fabre.

309V. par ex. Civ. 3e, 22 juin 2005, Bull. Civ., III, n°136.

310V. par ex. Civ. 3e, 11 mai 2000, Bull. Civ., III, n°106.

311V. par ex. Civ. 3e, 11 février 1999, RCA, 1999, comm. n°101.

concurremment la responsabilité de l'auteur direct du dommage et celle de personnes plus éloignées. Ces deux situations appellent des remarques particulières.

107. Paralysie du concours par imputation exclusive. L'imputation exclusive du dommage peut être décidée par le législateur, en amont de l'éventuelle apparition du concours devant les tribunaux. Ainsi l'article L. 6131-1 et s. du Code des transports[312] prévoit-il que la responsabilité du transporteur par air ne peut être recherchée que dans les limites et conditions prévues par les règles spéciales (Convention de Varsovie), quelles que soient les personnes qui la mettent en cause et quel que soit le titre auquel elles prétendent agir. L'exclusivité se traduit dans ce cas par une exclusion totale des autres règles de responsabilité, ainsi qu'une imputation de tous les dommages au transporteur, toutes deux sans doute justifiées par la spécificité de l'activité au cours de laquelle est causé le dommage.

D'autres fois, c'est le juge qui décide de cette imputation exclusive. La responsabilité du fait des accidents de la circulation en est un bon exemple. Rien dans la loi de 1985 sur l'indemnisation des accidents de la circulation ne posait son exclusivité. Pourtant, les juges ont posé son autonomie par rapport aux autres règles de responsabilité, si bien que le conducteur du véhicule impliqué dans l'accident ne peut voir sa responsabilité en gagée que sur le fondement de cette loi spéciale. Il faut cependant nuancer l'affirmation d'exclusivité, qui est limitée, car elle n'empêche pas les actions en responsabilité hors du champ d'application de la loi de 1985, c'est-à-dire celles intentées à l'encontre des tiers impliqués, mais non conducteurs (piétons, cyclistes)[313]. Finalement, le concours intellectuel seul est paralysé par cette exclusivité, le conducteur dont le véhicule est impliqué n'ayant pas à être responsable au sens des articles 1382 et suivants du Code civil, et ne pouvant pas plus les invoquer pour se décharger des conséquences de l'accident. Dès lors que l'on se situe dans le cadre d'un accident de la circulation, le conducteur n'est responsable qu'au regard de la loi Badinter. Le concours matériel entre la loi de 1985 et les actions en responsabilité classiques du Code civil est par contre possible, le piéton étant responsable de sa faute[314], le cycliste du fait de la chose[315], ou tout autre personne que le conducteur[316].

Plusieurs remarques peuvent être formulées quant à cette méthode d'imputation exclusive du dommage. Tout d'abord, il s'agit d'une méthode efficace pour paralyser le concours de

312Anc. Art. L. 322-1 du Code de l'aviation civile.

313V. supra. n°74.

314V. par exemple, Civ.2e, 27 février 1991, Bull. Civ., II, n°62.

315V. par exemple, Civ. 2e, 18 novembre 1987, Bull. Civ., II, n°236.

316Par exemple, responsabilité de la SNCF sur 1384 alinéa 1 pour un accident de passage à niveau, Civ. 2e, 4 octobre 1989, Bull. Civ., II, n°155; Civ. 2e, 19 mars 1997, Bull. Civ., II, n°78.

responsabilités, et elle pourrait à ce titre constituer une piste de réflexion dans le cadre de nos propositions de réforme. Ensuite, la logique qui sous-tend ces imputations exclusives paraît louable. Il s'agit à la fois de préserver la règle spéciale dérogatoire et de désigner comme responsable la personne qui semble la plus indiquée (le conducteur, l'exploitant d'une activité, le transporteur). Il convient d'ajouter, pour finir, que les responsables désignés se voient souvent imposer une assurance obligatoire[317], afin de faire face à cette responsabilité, et de garantir à la victime une bonne indemnisation.

L'imputation exclusive semble donc une piste à développer par la suite. L'on sera plus circonspect quant à l'alternative constituée par l'imputation non exclusive.

108. Faveur au concours par l'imputation non exclusive. Nous illustrerons cette méthode par les responsabilités du fait d'autrui et plus particulièrement la responsabilité parentale et la responsabilité pour trouble anormal du voisinage.

Sans s'appesantir sur des éléments connus de tous, rappelons simplement que les parents sont responsables des faits dommageables commis par leurs enfants mineurs, habitant avec eux, et qu'ils ne peuvent guère espérer s'exonérer totalement de cette responsabilité. Par ailleurs, rappelons que la responsabilité du fait des troubles anormaux du voisinage permet d'engager la responsabilité du propriétaire alors même qu'il n'est pas à l'origine du trouble, parce qu'il n'habite pas l'immeuble par exemple.

Dans les deux cas, il y a possibilité de concours de responsabilités. Les enfants peuvent voir leur responsabilité engagée, soit qu'ils aient commis une faute[318], soit qu'ils aient été gardiens de la chose ayant causé le dommage[319]. Concernant les troubles du voisinage, l'auteur direct des troubles peut être condamné solidairement avec le propriétaire[320].

Dans les deux cas, le concours met en présence une imputation classique, d'inspiration causaliste (l'enfant primo responsable, l'auteur direct des troubles du voisinage) et une imputation non fondée sur la causalité (parents, propriétaire). Le lien qui unit ces responsables au siège du dommage est tout autre. Il s'agit d'un lien de filiation pour les

317V. not. le livre deuxième du Code des assurances, art. L. 200-1 à L. 271-1 du Code, concernant les assurances des véhicules terrestres à moteur, l'assurance civile des chasseurs, l'assurance des travaux de construction, et l'assurance de responsabilité médicale.

318Pour un exemple de cumul des responsabilités de l'enfant fautif et des parents, Crim., 7 novembre 1990, Bull. Crim., n°370, D. 1990, IR, p. 229

319Sur la responsabilité en cas de dommage causé par une chose utilisée par l'enfant, J. BORÉ, *La responsabilité des parents pour le fait des choses ou des animaux dont leur enfant a la garde,* JCP, 1968, 1, 2180; pour une application récente du cumul des responsabilités, Civ., 2e, 5 février 2004, Bull. Civ., II, n°50, RCA, 2004, comm. N°127.

320V. par ex., Civ. 2e, 21 mai 1997, Bull. Civ., II, n°157, pour la condamnation *in solidum* du franchiseur et du franchisé d'une station de lavage de voiture occasionnant des troubles.

parents et du droit de propriété qui l'unit au fond d'où proviennent les troubles pour le propriétaire condamné au titre de la responsabilité du fait des troubles du voisinage.
L'idéologie d'indemnisation qui semble justifier cette imputation du dommage à des personnes qui n'y sont pas rattachées par un lien causal, et par voie de conséquence à multiplier les responsables, pour louable soit-elle, repose tout de même sur un dévoiement de la notion de causalité, et participe à l'inflation de la responsabilité. Pour ces raisons, nous ne pouvons que la rejeter.

109. Bilan. Causalité et concours de responsabilités peuvent faire bon ménage. C'est le cas lorsque le droit retient la responsabilité de personnes dont les faits défectueux ont contribué à causer le dommage tel qu'il s'est finalement réalisé. Dans ces cas, les concours matériels de responsabilités ne font que traduire la réalité des faits et offrent à la victime une pluralité de répondants, ce qui est de nature à faciliter son indemnisation. Qu'il s'agisse d'une causalité linéaire ou collatérale, il est cependant impératif de s'assurer que chacun des responsables a bien commis un fait défectueux à l'origine du dommage.
L'imputation autoritaire du dommage à un responsable désigné appelle des remarques plus nuancées. Si l'imputation exclusive, justifiée par une certaine implication du responsable dans la survenance du dommage et le caractère spécial de la règle en cause apparait comme une voie intéressante à suivre dans le but de réformer la responsabilité, et de limiter les concours de responsabilités, l'imputation sans inspiration causaliste favorisant le concours apparait au contraire comme la voie à rejeter, dans ses fondements comme dans ses effets.
Il en va de même, nous allons le voir, du concours en cas d'incertitude causale.

§2. Concours en cas d'incertitude quant au lien causal

110. Les deux visages de l'incertitude. Retenir une responsabilité en l'absence de certitude sur le lien de causalité peut paraître paradoxale. Cependant, il existe des situations où le lien causal est incertain. Le doute peut se porter sur le lien unissant les éléments d'une situation complexe au dommage, de telle sorte que, si cette situation est à l'origine du dommage, il n'est pas matériellement possible d'identifier avec certitude un responsable. Si le lien entre le fait à l'origine du dommage et celui-ci est certain, le doute porte sur l'identité du responsable. C'est donc à propos de l'imputation qu'apparait l'incertitude. Les dommages causés en groupe illustrent parfaitement ce doute sur le lien entre chaque élément du groupe et le dommage (A).

Le doute peut par ailleurs exister quant au lien entre un élément unique et le dommage. Il s'agira d'un doute objectif, scientifique, sur l'effet que peut avoir un évènement en relation avec le dommage. Le lien de causalité *stricto sensu* n'est alors pas établi avec certitude. Les dommages en matière médicale offrent des exemples d'une telle incertitude, tant il est souvent difficile de savoir si l'acte, le médicament ou le vaccin, ont pu causer le dommage dont se prévaut la victime, et, en cas de réponse positive, dans quelle mesure (B). Nous verrons à travers ces exemples que le juge peut décider, non pas de ne retenir aucune responsabilité faute de certitude sur la cause du dommage, mais au contraire d'en retenir plusieurs. Le concours de responsabilités, dans ce cas, est une manière de pallier les incertitudes quant aux causes du dommage.

A. Concours de responsabilités et incertitude causale quant au dommage causé en groupe

111. Présentation du problème. Nous nous intéresserons ici aux dommages causés par un groupe, pour les cas où l'on ignore quel/s membre/s du groupe a/ont causé le dommage. Les dommages causés en groupe ne posent pas toujours de problèmes quant à la causalité. Parfois, il est possible d'identifier plusieurs faits générateurs de responsabilité, tous reliés au dommage par un lien causal certain. Dans ces cas, il est logique que la victime bénéficie d'un concours d'actions en responsabilité à l'encontre des différents auteurs de son dommage. Mais imaginons deux enfants lançant des pierres, dont l'une blesse un passant, comment savoir lequel des deux a lancé la pierre cause du dommage? En cas d'accident de chasse,
le fait que plusieurs chasseurs ont tiré en même temps, dans un même direction, des balles identiques, pose un problème semblable lorsqu'il s'agit de relier une personne au dommage. La responsabilité du fait des choses permet en effet de présumer que la chose (pierre, balle, dans nos exemples) est l'instrument du dommage, car elle était en mouvement et est entrée en contact avec la victime. En revanche, l'étape suivante consistant normalement à relier la chose, instrument du dommage, avec celui qui en a la garde est impossible puisque tous les membres du groupe ont fait usage d'une chose identique[321]. Il est en théorie impossible d'imputer le fait de la chose à l'un des membres du groupe, faute de pouvoir identifier avec certitude le lanceur de *la* pierre ou le tireur de *la* balle qui a blessé la victime. Les règles de la responsabilité devraient conduire à ne reconnaître aucune responsabilité[322].

321 E. POSTACIOGLU, *Faits simultanés et responsabilité collective,* RTD civ., 1954, p. 438.
322 Voir notamment sur ce point H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité pratique et théorique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* T.2, 6e éd., Montchrestien, 1970, n°1950, retenant qu'en cas

112. Solutions au problème. Dans un premier temps, les juges, face à ce type de dommage pour lesquels il n'est pas possible d'identifier le ou les responsables parmi les membres du groupe, retenaient l'irresponsabilité de tous[323]. Dans une affaire jugée par la Cour d'appel de Bordeaux le 13 octobre 1936[324], une femme est blessée par un coup de feu. De l'autre côté d'une haie se trouvent trois chasseurs dont l'un est sans doute le tireur. La Cour d'appel retient leur responsabilité à tous les trois et les condamne à une réparation solidaire du dommage, en raison de leur faute qui consiste à avoir créé une zone dangereuse qui leur était commune, dans des conditions de visibilité insuffisantes. La Cour de cassation[325] censure cette décision en estimant que la cause du dommage ne se trouve pas dans une faute commune aux trois chasseurs, mais bien dans le coup de fusil qui libéra la balle qui toucha la victime. Il n'y aurait donc qu'un seul responsable, mais celui-ci ne peut être identifié.

Dans un second temps, les juges de la Cour de cassation ont validé le raisonnement même qu'ils avaient condamné quelques années plus tôt. Dans deux affaires à peu près contemporaines, a été retenue la responsabilité des membres d'un groupe pour faute collective. Les faits de la première espèce sont les suivants: des chasseurs décident de clôturer une partie de chasse en tirant une salve, dont une des balle atteint un des leurs qui quittait les lieux. Les juges estimèrent que les chasseurs ayant tiré devaient être condamnés *in solidum* à réparer le dommage de la victime car « la cause réelle de l'accident » avait résidé dans leur action concertée qui, loin d'être un acte normal de chasse, constituait une faute[326]. Dans la seconde espèce, c'est un enfant qui, confié aux chasseurs, fut blessé par un fusil non identifié. Au terme d'une procédure longue, c'est la Cour d'appel de renvoi qui estima qu'était établie une faute commune de surveillance de l'enfant, imputable à tous les chasseurs et justifiant leur condamnation *in solidum*[327].

Dans un domaine différent, la notion de faute commune a été utilisée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation pour retenir la responsabilité pénale[328], et civile[329] en cas d'infraction en bande. La responsabilité est donc collective lorsque plusieurs personnes ont

---

de dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe, on ne saurait condamner tous les membres, ni encore moins les déclarer solidairement responsables les uns des autres.

323 Civ. 29 septembre 1941, Gaz. Pal, 1941, 2, 437; RTD civ., 1942, p. 60.

324 Gaz. Pal., 1936, 2, 834.

325 Civ. 29 septembre 1941, *op. cit.*

326 Civ., 5 juin 1957, D., 1957, p. 493, note R. SAVATIER; JCP, 1957, II, 10205, note P. ESMEIN; RTD civ., 1957, p. 695, obs. H et L. MAZEAUD.

327 CA Bourges, 5 février 1957, D., 1957, p. 330.

328 Crim. 5 janvier 1988, Bull. Crim. n°7, JCP, 1988, IV, 94.

329 Crim. 13 novembre 1975, JCP, 1976, IV, p. 5.

participé à une activité illicite sans que les circonstances du dommage ne puissent permettre de désigner responsable un ou plusieurs auteurs personnellement.

Dans une affaire plus récente, la Cour de cassation a pu recourir au concours de responsabilités pour faute alors que les deux responsables n'avaient pas, à proprement parler, commis une faute commune. En l'espèce, deux laboratoires pharmaceutiques produisaient un même médicament, le DES, ou Distilbène. En 2006[330], les juges condamnèrent les deux laboratoires pour faute, constituée par un manquement à l'obligation de vigilance lors de la mise sur le marché. Ce médicament, donné aux femmes enceintes pendant les années 60, ne révéla ses effets nocifs que de nombreuses années plus tard, lorsque l'on s'aperçut que des femmes exposées in utero à la molécule développaient une forme rare de cancer du vagin ou de l'utérus. Les experts consultés concluent à une causalité probable du DES, son ingestion représentant un facteur de risque majeur d'apparition de la maladie[331]. La Cour de cassation fut ensuite appelée à se prononcer sur le lien de causalité entre la faute des laboratoires et le dommage subi par ces femmes. Elle rendit deux arrêts en date du 24 septembre 2009[332], l'un refusant de retenir la responsabilité du laboratoire car la malade ne parvenait pas à prouver que sa mère avait absorbé le médicament pendant sa grossesse, l'autre retenant la responsabilité des deux laboratoires in solidum, alors que la victime ne parvenait pas à démontrer lequel des laboratoire avait fabriqué le médicament pris par sa mère. C'est le second arrêt qui nous intéresse ici, en ce qu'il consacre une nouvelle fois une responsabilité *in solidum* en cas de causalité alternative[333]. Plusieurs éléments sont certains ici, la victime ayant réussi à rapporter la preuve de l'absorption du médicament par sa mère pendant sa grossesse, et le monde scientifique considérant que la molécule peut causer le cancer dont elle est atteinte. D'autre part, les juges ont déjà eu à se prononcer sur la faute des deux laboratoires commercialisant à l'époque le médicament, laquelle n'est pas remise en question. Le doute se porte sur l'identité du fabricant ayant mis sur le marché le médicament même ingéré par la mère de la patiente. Le lien de causalité fait défaut entre le cas particulier jugé par la Cour de cassation et les deux responsables potentiels, tout fautifs qu'ils soient. Se pose bien là une alternative quant à la causalité (c'est l'un des deux laboratoires qui a mis *ce* médicament sur le marché) et donc quant à la responsabilité. Les juges retinrent, comme nous l'avons annoncé,

330 Civ. 1re, 7 mars 2006, RTD civ., 2006, p. 565.

331 TGI Nanterre, 24 mai 2002, RTD civ., 2002, p. 527, CA Versailles, D., 2002, p. 2071, RCA, 2004, chron. 22, C. RADÉ.

332 Civ. 1er, 24 septembre 2009, n°08-10081 et n°08-16305.

333 L'expression est de C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *La fiction de la causalité alternative,* D., 2010, chron., p. 1162.

la responsabilité conjointe des deux laboratoires, chacun pour moitié. Si le rapprochement est facile à faire avec le cas des accidents de chasse, la responsabilité collective « embarrasse » un peu plus[334], les deux laboratoires ne possédant pas des parts égales du marché. L'un d'eux, Novartis, ne possédaient que vingt-cinq pour cent du marché à l'époque. Si l'on raisonne en terme de quantification causale, il est possible de soutenir que la faute de ce laboratoire a eu moins de chance de causer le dommage finalement souffert par la victime et qu'à ce titre, il est injuste de lui faire supporter à part égale les conséquences de la mise sur le marché du médicament. On peut avancer cependant que l'injustice serait encore plus flagrante si c'était la victime qui devait pâtir de la pluralité de fabricants du médicament dont elle a prouvé qu'il est à l'origine de son dommage[335]. Mais la prise en compte des parts de marché pourrait répartir la dette de réparation de manière plus juste, méthode d'ailleurs adoptée par le juge américain[336].
La faute n'est pas le seul fondement utilisé par les juges afin de retenir une responsabilité collective des membres dont l'action a engendré un dommage dont l'auteur ne peut être identifié. La responsabilité du fait des choses de l'article 1384 al. 1 du Code civil permet ainsi de retenir la garde en commun, ou garde collective. Les accidents de chasse sont un terrain d'élection de cette théorie, tout comme les jeux collectifs. Les juges admettent, pour les cas où le dommage ne peut être relié à un des acteurs de l'action commune, que tous avaient la garde de la chose, instrument du dommage. Les chasseurs sont de ce fait réputés avoir la garde commune de la gerbe de plomb formée par les tirs simultanés[337], tandis que les joueurs ont la garde collective d'un ballon ou autre objet de jeux[338]. Cependant, cette technique semble tomber en désuétude[339].

113. Appréciation critique. Alors même que le lien reliant chaque membre du groupe et le dommage n'est pas certain, la responsabilité de chacun est retenue pour le tout ou divisée en part égales. La causalité juridique s'affranchit totalement de la causalité matérielle. On trouve

334 RTD civ., 2010, p. 111, P. JOURDAIN.
335 P. JOURDAIN, *op. cit.*
336 En ce sens, P. JOURDAIN, *op. cit.,* S. HOCQUET-BERG, note au JCP, 2009, n°44, p. 381.
337 Civ. 11 février 1966, D., 1966, p. 228, note R. SHMELCK, R. RODIERE, RTD civ., 1966, p. 538.
338 Voir par exemple Civ. 2e, 15 juin 1983, Bull. Civ., II, n°127.
339Nous signalons que cette notion est en net recul, l'auteur D. MAYER le remarquait déjà en 1975, *la garde en commun,* RTD civ., 1975, p. 197 et s. Des arrêts récents attestent cette idée, dans des situations où la garde en commun aurait constitué un fondement valable, la Cour de cassation le refuse: Civ. 2e, 11juillet 2002, RTD civ., 2002, p. 823; Civ. 2e, 19 octobre 2006, RTD civ., 2007, p. 130, JCP, 2007, II, 10030, pour une affaire où des enfants avaient mis le feu à une grange, la Cour de cassation retient l'unique responsabilité de celui qui avait en main l'allumette ou le briquet; Civ. 2e, 28 mars 2002, RTD civ., 2002, p. 520; Civ. 2e, 13 janvier 2005, RTD civ., 2005, p. 410, pour des affaires concernant un jeu collectif, où la Cour de cassation refuse de reconnaître la garde en commun de la balle de tennis ou du ballon de football.

là un exemple de « la spécificité de la causalité juridique (...) dans sa vocation, non pas à observer béatement l'enchaînement des occurrences qui conduisent à un dommage (...), mais à désigner ceux qui doivent en répondre »[340]. La causalité retenue dans ces affaires contient un évident jugement de valeur. Les différents membres du groupe, par leur action conjointe, ont crées ensemble, non pas le dommage final, mais les conditions de l'impossible identification du responsable. Le dommage dont pourrait se plaindre la victime à leur encontre serrait donc celui de ne pas pouvoir obtenir réparation des blessures causées par la chose instrument du dommage, ou par la faute collective. Il a pu être soutenu que le fait, pour la victime, de ne pas pouvoir obtenir réparation par la faute de l'action simultanée des membre de groupe devrait suffire à leur condamnation[341]. La solution est donc commandée par l'équité en ce qu'elle permet à la victime d'obtenir réparation d'un dommage dont on ignore pourtant avec certitude qui l'a causé. Au regard d'un objectif d'indemnisation de la victime, la solution ne peut qu'être approuvée. Au regard de la technique juridique, elle mérite des remarques plus nuancées. La distinction entre la causalité juridique et la causalité matérielle ou scientifique doit être appuyée. Le droit est un système obéissant à des règles propres, selon des objectifs particuliers. La réalité matérielle des faits, leur enchainement, doit être un point de départ pour le juriste, qui ne saurait s'en affranchir totalement; mais le raisonnement scientifique ne doit pas se substituer au raisonnement juridique: pour preuve, le juge n'est pas lié par les conclusions des experts auxquels il pourrait demander assistance. Cela étant dit, il ne faudrait pas que le droit s'éloigne trop de la causalité matérielle et retienne des responsabilités qui pourraient sembler aussi arbitraires qu'injustifiées. C'est la raison pour laquelle le juge se doit de toujours trouver un lien satisfaisant entre le responsable et le fait générateur de la dette de réparation. Dans les espèces précitées, le fait que le groupe, par son action, ait causé les conditions de survenance du dommage et ensuite l'impossibilité d'identifier matériellement le responsable, permet de relier l'action commune au dommage final. D'une certaine manière, leur implication dans l'évènement qui a vu naître le dommage est une cause de celui-ci. M. Postacioglu défendait déjà cette thèse en 1954, à l'occasion du commentaire de l'ancienne jurisprudence. Il retenait ainsi que « le fait simultané, s'il ne cause pas le dommage effectif dont souffre la victime, embrouille nécessairement les preuves que celle-ci a à sa disposition

340 Ph. BRUN, *Causalité juridique et causalité scientifique,* RLDC, juillet -août 2007, n° spécial publiant les Actes du colloque sur les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité, p. 15.

341 R. BERAUD, *Les mythes de la responsabilité civile,* JCP, 1964, I, 1837, n°21; voir aussi du même auteur, JCP, 1950, I, 870, n°18 et s.

et comme tel engendre à son tour un dommage certain qui se confond avec le premier »[342]. Cependant, certains auteurs estiment que dans le cas des accidents de chasse, « la faute n'apparait pas »[343] et trouvent dans la présomption de responsabilité le fondement de cette jurisprudence[344]. La victime est soulagée dans son travail probatoire dans le sens où les juges se contentent de la preuve de la certitude du dommage, en lien avec l'action du groupe. Dès lors qu'elle a prouvé que le dommage ne pouvait avoir été causé par autre chose que par l'action commune du groupe, est posée une présomption de responsabilité à l'encontre de tous ses membres. Chacun d'eux devra ensuite démontrer qu'il n'est pas l'auteur du dommage. Ce sont les membres du groupe qui supportent l'incertitude causale et non plus la victime.
La Cour de cassation semble suivre l'une ou l'autre de ces approches selon les faits de l'espèce. Elle n'hésite pas en effet à qualifier de faute commune tout comportement imprudent, comme le fait d'effectuer un tir alors que la visibilité est mauvaise[345]. La présomption de causalité est de toute évidence l'outil utilisée par les juges dans un but d'assouplissement de la charge probatoire qui incombe à la victime.

114. Bilan. L'incertitude sur le lien causal en cas d'action de groupe ayant causé un dommage dans des circonstances rendant impossible l'identification d'un ou plusieurs responsables ne fut pas un obstacle pour le juge pour retenir une responsabilité. Au contraire, il retient, grâce à la notion de faute collective, ou de garde collective, une pluralité de responsabilités. La victime se trouve dans une situation très avantageuse. Non seulement elle dispose de plusieurs responsables pour obtenir réparation de l'entier dommage, mais en plus le travail probatoire est facilité puisqu'elle doit simplement prouver l'implication de celui qu'elle attrait en justice dans l'action commune qui causa son dommage[346]. Le concours d'actions en responsabilités est alors clairement dû à l'incertitude causale qui fait qu'en présence d'un doute sur l'identité de l'auteur au sein d'un groupe, le juge condamne *in solidum* tous les membres du groupe. Cette solution doit être approuvée, pour deux raisons. La première, au regard de l'objectif d'indemnisation de la victime, à qui il paraît injuste de faire supporter les conséquences d'une

342 E. POSTACIOGLU, *op. cit.,* spé. p. 443.
343 G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *op. cit*., n°379.
344 G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *op. Cit.,* n°380; N. DEJEAN de La BATIE, note au JCP, 1988, II, 19773; G. DURRY, obs. à la RTD civ., 1984, p. 316.
345 Civ., 5 juin 1957, *op. cit;* voir aussi Com. 5 juillet 1967, Bull. Civ., IV, n°279, retenant la responsabilité collective des administrateurs d'une SA sur la base de l'article 44 de la loi du 24 juillet 1867, arrêt intéressant par ailleurs car la dette de responsabilité fut partagée entre les différents auteurs en parts inégales, en fonction de leur influence causale sur le dommage.
346 Raison pour laquelle on a pu dire que le fondement de cette jurisprudence était non pas la faute ou la garde collective mais une présomption de responsabilité en faveur de la victime.

action de groupe alors que si un seul des membres avait agi, elle aurait obtenu une réparation de son dommage. La seconde, au regard du lien de causalité, la solution retenue ne heurtant pas le sens commun car un lien évident relie l'action du groupe et le dommage. Ajoutons pour finir que, par le jeux des actions récursoires, les membres du groupe auront l'occasion de partager entre eux la charge définitive de la dette de réparation, alors que la victime aura obtenu une indemnisation rapide.

Dans la perspective d'une réforme de la responsabilité, dans le but de limiter les concours de responsabilités, peut-être conviendra-t-il de conserver ces solutions visant à utiliser le concours dans des cas d'incertitude causale quant au dommage causé en groupe. Simplement faudrait-il donner à cette méthode un fondement juridique plus solide qu'actuellement, les juges, en passe d'abandonner la notion de garde collective, n'ayant pas pour autant construit une théorie de la faute collective[347]. Par ailleurs, la question de la quantification causale, et de la part de dette de responsabilité allouée à chaque responsable doit être éclaircie. L'affaire du Distilbène montre que les juges ne retiennent pas toujours la responsabilité de chaque fautif pour le tout, alors pourtant que la situation est comparable à celle des accidents de chasse. Les fautes de chaque acteur impliqué ont créé les circonstances de fait interdisant l'identification certaine du responsable. Les raisons de cette différence de traitement sont obscures, et introduisent une incohérence dans le droit de la responsabilité.

Si ce n'est ces quelques critiques, la solution nous paraît globalement devoir être approuvée. L'on éprouve de plus amples difficultés à justifier le concours de responsabilités en cas d'incertitude causale entre un élément de fait et le dommage, en matière médicale.

B. Les concours de responsabilités et incertitude causale en matière médicale

115. Présentation du problème. En matière de santé, le doute plane souvent quant aux causes du dommage. D'abord, il est certain que la victime joue un rôle dans l'apparition de son propre dommage. Comment expliquer sinon que certains effets secondaires de médicaments ou de vaccins se manifestent chez certains patients et pas d'autres? Aussi sûr que chaque organisme ne réagira pas de la même manière face à la maladie, chacun réagira différemment face à une intervention ou un traitement. La science médicale sait établir des

347Un auteur ayant par ailleurs pu soutenir qu'il s'agissait en réalité d'une responsabilité pour autrui déguisée, G. JIOGUE, *L'article 1384 al. 1er in medio du Code civil et la réparation des dommages causés par les membres indéterminés d'un groupe*, RRJ, 2011-1, p. 355 et s., spé. n°11 et s. V. infra sur la responsabilité collective

généralités, des probabilités et autres statistiques, mais lorsqu'il s'agit de déterminer, pour un cas particulier, les causes du dommage, elle peut trouver ses limites. Comme le fait justement remarquer Luc Grynbaum, « la science médicale est parfois incertaine, voire ignorante, sur certains phénomènes »[348]. Le juge se retrouve donc dans ces cas face à un dilemme. Doit-il réparer les seuls dommages pour lesquels il existe un lien causal scientifiquement établi avec un acte médical, ou un produit de santé, ou peut-il s'écarter de la certitude scientifique[349]?

116. Solutions. Un expert près la Cour d'appel de Versailles (médicament et recherche biomédicale) a pu affirmer que « en matière de dommage médicamenteux, le lien direct et certain n'est qu'une fiction juridique qui n'a jamais correspondu, en termes techniques, qu'à un faisceau plus ou moins resserré selon les espèces d'éléments de plausibilité médico-scientifique »[350]. Le juge se contente souvent de vraisemblances, de fortes probabilités et autres faisceaux d'indices pour considérer que tel produit de santé est la cause de tel effet néfaste chez le patient. En terme de technique juridique, le recours aux présomptions est fréquent. Il en est ainsi par exemple du lien entre une transfusion sanguine et la contamination au VIH[351] ou un autre virus[352], ou encore du lien entre les maladies liées à l'amiante et l'exposition du salarié à des poussières[353]. Mais dans ce cas, la présomption repose sur une certitude scientifique, car il est établi que l'exposition à des poussières d'amiante peut être la cause de maladies, de même qu'il est possible d'être contaminé par le VIH par le biais d'une transfusion sanguine.

Le juge hésite à recourir à de telles présomptions en cas d'incertitude sur le lien de causalité entre un produit de santé et un dommage, comme l'illustre le contentieux relatif à la relation entre le vaccin pour l'hépatite B et la sclérose en plaques[354].

---

348 L. GRYNBAUM, *La certitude sur le lien de causalité en matière de responsabilité est-elle un leurre dans le contexte d'incertitude de la médecine?* D., 2008, p. 1928.

349V. C. RADÉ, *Causalité juridique et causalité scientifique, de la distinction à la dialectique,* D., 2012, p. 112, l'auteur estimant qu'il est tenable de retenir une présomption de causalité et de causabilité (présumer à la fois le lien entre l'apparition du dommage et le vaccin, par exemple, et l'existence d'un lien entre le le dommage et le produit).

350 M. GIRARD, *L'intégrisme causal, avatar de l'inégalité des armes?* D., 2005, p. 2620.

351 Article 47 de la loi n°91-1406 du 31 décembre 1991, élargie ensuite à toutes les victimes, art. L. 1221-14 CSP.

352 Notamment l'hépatite C, les victimes d'une telle contamination devant prouver la transfusion, ainsi que l'absence d'un mode de contamination qui leur soit propre, par exemple: Civ. 1er, 9 mai 2001, Bull. Civ. I, n °130 et 17 juillet 2001, Bull. Civ. I, n°134 (2 arrêts).

353 Voir par exemple, Civ., 2e, 21 décembre 2006, Bull. Civ., II, n°367.

354 Voir notamment Civ. 1re, 24 septembre 2009, Bull. civ., I, n°185, retenant l'attendu suivant: « la Cour d'appel, qui a souverainement retenu que les données scientifiques et les présomptions invoquées ne constituaient pas la preuve d'un lien de causalité entre le vaccin et la maladie, a légalement justifié sa décision »; dans le même sens, Civ. 1re, 22 mai 2008, Bull. civ., I, n°149, 23 septembre 2003, Bull. civ., I, n °188. Voir cependant des solutions différentes sur la base de la responsabilité du fait des produits

Dans certaines affaires cependant, en l'absence de toute certitude sur la cause du dommage, le juge retient plusieurs responsabilités[355]. Nous retiendrons comme exemple le cas de la naissance d'un enfant handicapé.

117. Illustration, la réparation du handicap de l'enfant à la naissance. Suite à l'affaire Perruche[356], sur laquelle nous ne reviendrons pas, le législateur a expressément exigé que la responsabilité du professionnel de santé ne soit engagée que lorsque sa faute aura, soit directement causé le handicap de l'enfant, soit aggravé ce dernier (art. L. 114-5 CASF). Cette exigence d'un lien causal entre la faute et le handicap pouvait faire croire à un retour à une plus grande sévérité dans l'appréciation de la causalité, mais c'est sans compter sur la notion de perte de chance, largement utilisée par les juges en cas d'incertitude causale en matière médicale[357].

Les raisons d'un handicap, de l'aggravation d'un mal, ou de la mort d'un patient sont parfois obscures. Il suffit alors que, dans la chaîne des évènements ayant mené au dommage, se trouve une faute, de commission ou d'abstention, du personnel médical, ou encore le défaut d'un produit, pour que le droit les transforme en causes juridiques du dommage. L'incertitude étant palpable, le dommage indemnisé n'est pas celui finalement subi, mais la perte de

défectueux, la notice du vaccin ne mentionnant pas l'apparition possible de la maladie, alors que le dictionnaire Vidal en fait mention, ce qui constitue un manque de sécurité du produit: Civ. 1re, 9 juillet 2009, Bull. civ., I, n°176; 22 mai 2008, Bull. civ., I, n°147, C. RADÉ, *Vaccination anti-hépatite B et sclérose en plaque: première condamnation d'un laboratoire,* RCA, n°10, p. 7 et s. V. cependant la porte ouverte par un arrêt récent, Civ. 1re, 26 septembre 2012, D., 2012, n°1119, note C. QUÉZEL-AMBRUNAZ.

355Par ex. V. Civ. 2e, 28 juin 2007, n°pourvoi 06-15744, RTD civ., 2007, p. 778. Une entreprise s'est trouvée empêchée de faire sortir des bus du dépôt par un piquet de grève. Deux des personnes participantes sont condamnées in solidum alors même qu'il y a un doute quant au rôle causal de chaque participant. En effet, s'il ne fait aucun doute que l'ensemble des grévistes a causé le dommage, il est douteux que chacun, seul, ait causé ce dommage. Il existe une véritable incertitude quant au lien causal dans cette affaire, et pourtant, la Cour de cassation retient la responsabilité des deux personnes présentes. Cette hypothèse est différente de celle où il est certain qu'une des personnes présentes a causé le dommage dont souffre la victime, mais dont on ignore l'identité. L'utilisation du concours de responsabilités dans ce cas est difficilement justifiable.

356 Cass. Ass. Plén., 17 novembre 2000, Bull. civ., n°9; D., 2001, p. 332, note D. MAZEAUD et note P. JOURDAIN, JCP, 2000, II, 10438, rapp. P. SARGOS, concl. SAINTE-ROSE, note F. CHABAS.

357 G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n°370; N. ALBERT, *Causalité administrative et causalité civile,* RLDC, 2007.

chance[358] (d'obtenir une guérison plus rapide ou satisfaisante[359], de survivre[360], ou encore d'éviter l'aggravation d'un mal préexistant, tel le handicap).

D'autre part, souvent, plusieurs fautes de la part de différents intervenants peuvent être relevées, ce qui conduit, en cas pourtant d'incertitude sur le lien causal, à la reconnaissance de plusieurs responsabilités. Une affaire récente illustre parfaitement ce propos. En l'espèce, un enfant naît atteint d'un polyhandicap sévère lié à des atteintes neurologiques qui, selon le rapport d'expertise, sont dues à la fois à des facteurs antépartum (trombophilie dont est affectée la mère) et à des facteurs perpartum (retard du diagnostique de souffrance fœtale, prolongeant la dite souffrance et retardant les manœuvres appropriées afin d'empêcher ou de limiter les conséquences de l'hypoxie à l'origine du handicap). Les parents agissent à l'encontre du médecin généraliste et du gynécologue obstétricien ayant suivi la grossesse, ainsi qu'à l'encontre de la sage-femme ayant réalisé l'accouchement. La Cour de cassation, dans un arrêt du 28 janvier 2010[361], retient la responsabilité des deux médecins et du centre médico-chirurgical du Mans, employeur de la sage-femme, pour leurs fautes qui sont « au moins pour partie » à l'origine du dommage constitué par la perte de chance de voir son infirmité cérébrale diminuée, « peu important que l'origine première du handicap soit affectée d'un degré d'incertitude ». Cette affaire montre par ailleurs l'utilisation des statistiques pour fixer la réparation du dommage en fonction du nombre de chances qu'avait la faute des praticiens de le causer. Un des rapports d'expertise attribue en effet à l'action conjuguée des deux médecins et de la sage-femme une probabilité de soixante-quinze pour cent d'avoir causé le dommage[362].

Le concours de responsabilités est dû à l'incertitude quant au lien causal et à la pluralité des causes possibles, si ce n'est probables, du dommage. Ce nombre de causes possibles du dommage est augmenté par le nombre d'intervenants à la situation dont les actes ont

358Ce qui constitue un dévoiement de la notion, qui exige traditionnellement que le lien de causalité soit établie avec certitude entre le fait dommageable et la perte de chance. V. sur ce point not. C. QUEZEL-AMBRUNAZ, thèse *op. cit.,* n°191 et s.

359 Voir par exemple, Civ. 1re, 29 novembre 2005, Bull. civ., I, n°455; 4 novembre 2003, Bull. civ., I, n°224, retenant l'attendu suivant exprimant de manière limpide l'idée selon laquelle la perte de chance est un palliatif à l'incertitude causale: « attendu que s'il n'est pas établi que des soins administrés à temps eussent guéri le patient, l'absence ou le retard fautif de diagnostique ou de traitement d'une affection ne peuvent être traité qu'au titre de la perte de chance ».

360 Civ. 1re, 18 mars 1969, JCP, 1970, II, 16422, note A. RABUT; pour une application récente, Civ. 1re, 13 mars 2007, Bull. civ., I, n°118.

361 Civ. 1re, 28 janvier 2010, n°08-20755 et 08-21692, RCA 2010, comm. 84, note C. RADE, JCP, 2010, p. 878, note S. HOCQUET-BERG, *La perte d'une chance pour fixer la réparation à la mesure statistique du lien causal entre les fautes et le dommage.*

362 S. HOCQUET-BERG, *La perte d'une chance pour fixer la réparation à la mesure statistique du lien causal entre les fautes et le dommage,* op. cit.

potentiellement pu avoir une incidence. Le raisonnement des juges est ici plus discutable que dans les cas de causalité alternative vus précédemment. Premièrement, parmi les différentes fautes retenues, aucune n'a pu causer l'entier dommage. Cette objection est balayée en jurisprudence par l'utilisation de la perte de chance, qui conduit à ne réparer qu'une partie du dommage final. Deuxièmement, l'action commune n'a pas ici créé les conditions de la survenance du dommage, ni par la suite l'impossibilité d'identification de l'auteur (ce qui était le cas pour l'accident de chasse). Le lien causal est alors bien distendu entre les fautes du personnel médical et le dommage. La perte de chance même n'est pas certaine puisque rien ne prouve que l'enfant avait une chance de voir son handicap diminué en cas de prise en charge plus rapide.

118. Bilan. L'affaire choisie pour illustration démontre que le juge peut, par le biais de la perte de chance, s'affranchir des exigences strictes quant au lien de causalité. Cela lui permet souvent, en matière médicale, de retenir plusieurs responsabilités, car les différents praticiens intervenus peuvent avoir commis des fautes, que le droit va qualifier, parfois abusivement, de causes du dommage.
Le concours d'actions est le résultat d'une instrumentalisation de la notion de perte de chance comme palliatif à l'incertitude causale, et permet de faire peser sur les auteurs de comportements anormaux cette incertitude. Or, demander à une personne ayant commis une faute de réparer un dommage dont on ignore si sa faute l'a causé, conduit à sortit du cadre de la responsabilité civile.

119. Conclusion de section. Il a été démontré que la notion de causalité entretient des rapports complexes avec les concours de responsabilités. Elle est l'instrument qui permet de relier le dommage à ses faits générateurs, puis aux responsables chargés de le réparer. À ce titre, elle permet, en rattachant le dommage à plusieurs responsables, l'apparition de concours de responsabilités, et même de cumuls de responsabilités.
Quelques incohérences, ou insuffisances, ont cependant été décelées. Ainsi, les juges n'ont pas encore dégagé de théorie de la faute commune et la théorie de la garde en commun tend à tomber en désuétude. Par ailleurs, la question annexe de la quantification causale, et de l'attribution à chaque responsable de sa part de réparation fait l'objet de réponses judiciaires fluctuantes, sans que le juge ne motive cette différence de traitement. Enfin, L'incertitude

causale sert de fondement injustifié à certain concours de responsabilités, en des occasions où la rigueur voudrait que l'on ne reconnaisse aucune responsabilité.

À la lumière de ces résultats, une certitude se fait jour. La notion de causalité devra fait l'objet d'une attention particulière lors de la recherche des voies que pourront emprunter la réforme de la responsabilité dans le but de limiter, voire supprimer les concours de responsabilités. Elle offre en effet un outil efficace de limitation du concours, puisque son utilisation actuelle est source de concours. Revenir à l'orthodoxie en cas d'incertitude causale ou bien adopter une conception plus stricte de la causalité juridique serait à même de participer à la régulation des concours.

La causalité n'est cependant pas le seul élément de la responsabilité à faire l'objet d'une appréciation souple de la part du juge. Les autres conditions d'engagement de la responsabilité bénéficient de ce traitement judiciaire, source de concours de responsabilités.

Section 2. L'appréciation libre des autres conditions d'engagement de la responsabilité

120. Le sens des mots. Après la causalité, notre attention se dirige vers les autres conditions nécessaires à la reconnaissance d'une responsabilité. Ces conditions sont le plus souvent posées par la loi. Le juge se doit de vérifier la présence de ces éléments qui justifient l'application de la règle. La loi, cependant, est parfois silencieuse quant au sens précis que revêtent un certain nombre de termes, ce qui laisse juge et doctrine dans l'expectative et crée le devoir de préciser ces notions légales, sans quoi la règle ne pourrait être appliquée. Ces notions non définies sont parfois le pivot même de la règle de responsabilité. Ainsi, la faute civile ne fait pas l'objet d'une définition légale et a donné lieu à une littérature doctrinale abondante[363], ainsi qu'à un travail judiciaire d'ampleur[364]. Or, ce nécessaire travail de définition peut être source de concours de responsabilités.

Au-delà des définitions des notions légales, c'est parfois les conditions même d'engagement de la responsabilité qui ne sont pas précisées par le législateur. Les juges ont-ils donc eu la tâche d'affiner la disposition légale, en précisant les modalités d'engagement de la

363Morceaux choisis: PLANIOL, *Du fondement de la responsabilité,* Rev. Crit., 1905, p. 80; P. ESMEIN, *La faute et sa place dans la responsabilité civile,* RTD civ., 1949, p. 481; A. RABUT, *De la notion de faute en droit privé,* thèse, Paris, 1946; J. LIEMPENS, *La faute et l'acte illicite en droit comparé,* Mélanges Dabin, T.II, Bruylant, 1963, p; 723 et s.

364La Cour de cassation exerçant son contrôle sur la qualification juridique de la faute depuis Civ., 15 avril 1873, S., 1873, 1, p. 174.

responsabilité. Or, une fois encore, ce travail judiciaire de précision quant aux conditions spécifiques d'engagement des règles de responsabilité est source de concours.

Plus précisément, ce sont les modifications intervenues quant à la définition des notions légales en cause (§1), ou bien quant aux conditions d'application de la règle (§2) qui ont créé des concours de responsabilité particulièrement difficiles à réguler.

§1. La modification du sens des notions légales

121. Le juge et la loi. Il est paradoxal de constater que les lois modernes n'ont jamais contenu autant de définitions, et que, par ailleurs, leur qualité fait l'objet de critiques acerbes[365]. L'on aurait, au contraire, pu penser qu'un effort de définition par le législateur est louable. En effet, *a priori*, la loi définissant clairement les termes qu'elle emploie ne laisse que peu de place au doute, à une éventuelle marge d'appréciation, et présenterait à ce titre un gage certain de sécurité juridique[366]. Les définitions dans la loi seraient nécessaires à la cohérence du système juridique[367], et serait « un instrument de clarification »[368]. Cependant, il ne faut pas idéaliser la définition, quelle que soit sa qualité originelle. Elle est par essence incomplète et son évolution est imprévisible car « elle dépasse la somme des significations techniques des termes qu'elle associe »[369]. Dès lors, la présence de définitions dans la loi n'empêche pas le juge de recourir, lorsqu'il en ressent le besoin, à l'interprétation d'un texte qui ne pose en réalité aucun problème quant à son sens[370].

Les rédacteurs du Code civil avaient sans doute joué de prudence et de sagesse[371] en ne faisant qu'un recours modéré aux définitions légales[372], laissant « au juge et au jurisconsulte, pénétré

365V. par ex., Fr. TERRÉ, *La crise de la loi,* APD, 1980, T. 25, p. 17 et s.; J. CARBONNIER, *L'inflation du droit,* in *Droit et passion du droit sous la V*ème *République,* Flammarion, 1996, p. 107 et s.

366J.-L. BERGEL, *Importance, opposabilité et rôle des définitions dans les textes législatifs et règlementaires,* RRJ, 1987-4, p. 1119.

367J.-L. BERGEL, *Importance, opposabilité et rôle des définitions dans les textes législatifs et règlementaires,* RRJ, 1987-4, p. 1119.

368G. CORNU, *Les définitions dans la loi,* Mélanges VINCENT, Dalloz, 1981, p. 77.

369C. ATIAS, *Définir les définitions ou définir le droit?,* RRJ, 1987-4, p. 1079; les définitions sont même parfois clairement critiquées par certains auteurs, A. VIANDIER, *Recherche de légistique comparée,* Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo, Springer-Verlag, 1988, n°211, p. 96: « la définition est encore critiquable en tant qu'elle constitue une préinterprétation. L'interprétation doit être le moins possible le fait du législateur, car une loi ne doit pas être une chose figée mis bien au contraire une œuvre vivante. Déterminer le sens d'une notion, c'est en arrêter la croissance; en cela le législateur agit à la manière des collectionneurs d'insectes qui épinglent ceux-ci et les conservent précieusement dans des boites conçues à cet effet ».

370V. supra, n°26 et s.

371Légiférer est un acte de sagesse, voir *Examen des diverses observations proposées contre le projet de Code civil, in Discours, travaux et rapports inédits sur le Code civil,* par Portalis, publié par le Vicomte F. Portalis, Paris, 1844, p. 73.

372Plus tard, Fr. GENY recommandera d'en faire « un usage modéré pour ordonner et féconder les règles de droit positif », *Science et technique en droit privé positif,* TIII, Sirey, 1921, n°222 et 227. Ajoutons que J.-L. BERGEL, recensant les définitions dans le Code civil en a compté 105, ce qui, au regard du nombre

de l'esprit général des lois »[373] le soin de les appliquer aux cas particuliers. Cette facilité d'adaptation est sans doute à trouver dans le laconisme de certains textes, qui, loin de s'enfermer dans un carcan terminologique, arborent au contraire un vocabulaire indémodable (ou presque)[374].

Or, et ceci intéresse la question des concours de responsabilités, il arrive que le juge, en utilisant la sphère de liberté qui est la sienne dans l'application de ces textes, crée des concours. Nous partirons d'un exemple qui illustre fort bien cette source de concours (A), puis nous livrerons à une appréciation critique de cette méthode (B).

A. Illustration avec les définition du défaut de conformité et du vice caché dans la vente

122. Existence de définitions légales minimales. Le vendeur doit principalement à l'acheteur délivrance et garantie. L'obligation de délivrance s'entend du transport de la chose vendue en la possession de l'acheteur (art. 1604 C. civ.) tandis que la garantie comporte deux aspects, que sont la garantie contre l'éviction et la garantie contre les vices cachés (art. 1625 C. civ.).

L'obligation de délivrance est « assez mal définie »[375] par la loi. L'expression utilisée à l'article 1604 pourrait en effet laisser croire que le vendeur est obligé à la livraison matérielle de la chose. Or, il n'en est rien, puisque c'est l'acheteur qui a, au contraire, une obligation de retirement de la chose achetée[376]. Le vendeur doit ainsi seulement laisser à l'acheteur les moyens de prendre possession du bien dont il est déjà propriétaire, le transfert de propriété ayant eu lieu lors de la formation du contrat.

Pour s'assurer que l'obligation de délivrance est correctement exécutée, encore faut-il s'assurer que la chose mise à la disposition de l'acheteur est bien la chose prévue au contrat. L'obligation de délivrance devient ainsi l'obligation de délivrance conforme, la chose délivrée devant être exactement la chose convenue par le contrat[377].

---

d'articles, est assez peu: *Typologie des définitions dans le Code civil,* RRJ, 1986-4, p. 31 et s. L'auteur relevant qu'il « semble que les rédacteurs du Code civil se soient méfiés des définitions et les aient délibérément évitées, pour laisser au juge un large pouvoir d'appréciation face à des notions souples ou évolutives, voire pour ne pas encombrer le code de définitions qui, à tort ou à raison, leur ont paru inutiles ».

373J. PORTALIS, *Le discours préliminaire,* in Le discours et le Code, Portalis deux siècles après le Code Napoléon, Litec, 2004.

374J.-L. BERGEL, *op. cit.,* spé. p. 46, observe « la profonde permanence des définitions du Code civil, leur vocation interdisciplinaire, et dans l'ensemble, leur bonne qualité formelle et substantielle ».

375A. BÉNABENT, *Les contrats civils et commerciaux,* Domat droit privé, Montchrestien, 9è éd., 2011, n°305.

376Civ., 1re, 24 octobre 2000, Bull. Civ., II, n° 272.

377Par exemple, manquerait à son obligation de délivrance conforme le vendeur qui modifie un élément du produit entre la commande et la livraison, Com., 8 juillet 2003, Bull. IV, n°134.

L'obligation de garantie des vices cachés est conçue comme un prolongement de l'obligation de délivrance. Elle fait l'objet d'une définition complète et fort claire à l'article 1641 du Code civil, comme la « garantie à raison des défauts cachés de la chose qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminue tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus ». *A priori*, à s'en tenir à ces définitions légales, il n'est pas possible que les deux notions soient confondues. L'obligation de délivrance concerne les qualités et la nature de la chose, il s'agit d'une conformité matérielle, alors que le vice caché est un défaut fonctionnel de la chose, qui se révèle impropre à son usage. Pourtant, sensibles à la conception moniste des obligations du vendeur[378], les juges ont, un temps, confondu les deux notions, créant ainsi des concours de responsabilités.

123. Amplification du concours par la redéfinition jurisprudentielle des notions. Le concours de responsabilités existe sans même qu'il y ait besoin de modifier les définitions légales. Il suffit pour cela que le défaut de conformité ait été la cause d'un vice caché[379]. Dans ce cas, il y aurait superposition des deux défauts, ce qui ouvrirait en théorie les deux actions à l'acheteur insatisfait[380].

La confusion des notions, un temps admise en jurisprudence, amplifie le nombre de concours, en quelque sorte naturellement possible entre les deux actions à la disposition du vendeur. La vision moniste des obligations du vendeur consiste en effet à considérer que la conformité de la chose délivrée au contrat comprend non seulement les caractéristiques matérielles du bien (qualité, nature), mais aussi les caractéristiques fonctionnelles (usage de la chose)[381]. Il en résulte une absorption de la notion de vice caché par celle de défaut de conformité. L'action en responsabilité contractuelle de droit commun devient ainsi le fondement possible d'une demande de l'acheteur qui se plaint d'un défaut fonctionnel du bien.

Ce concours créé par une évolution de la notion de conformité fut vivement critiqué par une partie de la doctrine[382] et divisa les juges, la troisième chambre civile de la Cour de cassation

378Pour un exposé de ces doctrines, voir P. COEFFARD, *Garantie des vices cachés et responsabilité contractuelle de droit commun,* LGDJ, 2005, Partie 2,Titre 2, Chapitre 1.

379Civ. 1re, 5 novembre 1997, JCP, 1997, I, 22872.

380Ce n'est cependant pas ainsi que raisonne le juge en droit positif, v. infra, n°217.

381Civ. 1re, 21 février 1979, Bull. Civ., I, n°73; Civ. 1re, 14 février 1989, Bull. Civ., I, n°84; Civ. 1re, 20 mars 1989, Bull. Civ., I, n°140; Com., 15 mai 1972, Bull. Civ., IV, n°140.

382V. not. O. TOURNAFOND, *Les prétendus concours d'action et le contrat de vente,* D., 1989, p. 237; P. JOURDAIN, *Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages,* Gaz. Pal., 2 juillet 1994, p. 826 et s.

ayant maintenu les définitions classiques des deux notions[383]. Il fallut attendre 1993 pour que cesse ce mouvement moniste et que s'opère un retour au cloisonnement des deux responsabilités[384].

Cette rapide illustration de la possibilité pour les juges de créer des concours de responsabilités en modifiant les définitions légales doit à présent laisser place à l'appréciation globale de la méthode.

B. Appréciation critique de la méthode

124. Critiques d'ordre technique. Nous sommes loin de penser que le juge n'est que la bouche de la loi, pour reprendre les mots de Montesquieu. Il n'en reste pas moins que le rôle du juge est de trancher un litige grâce aux règles de droit applicables. Certains textes lui laissent, nous le savons, une marge de manœuvre importante, qu'il saisit sous couvert d'interprétation. Or, nul besoin d'interprétation lorsque la loi pourvoit aux définitions nécessaires à son application. Concernant les vices cachés et le défaut de conformité, la loi donne d'ors et déjà ces définitions. Le juge ne disposait donc normalement pas de la possibilité de compléter, ni encore moins modifier la loi. Au-delà du rôle qui est attribué à chacun (juge et législateur), le risque est de perturber la cohérence du droit. En effet, amener deux notions à se confondre par la modification des définitions légales, crée un risque évident de concours, pour peu que les deux notions nouvellement confondues soient des conditions d'engagement de responsabilités différentes. Une telle méthode est donc à proscrire, sur le plan purement technique, au regard des difficultés que risquent de créer « de faux concours »[385].

Il serait possible de nuancer le propos, en considérant que l'opportunité commandait cette confusion des notions et la création d'un concours nouveau de responsabilités. Un bilan coût/avantage pourrait en effet conduire à rejeter en théorie une telle création de concours de responsabilités, mais à reconnaître qu'en pratique elle constitue un progrès.

125. Critiques en opportunité. La victime pourrait trouver à y gagner dans la confusion des notions et des responsabilités. L'on peut en effet envisager qu'un régime de responsabilité

383V. par ex. Civ 3e, 13 avril 1988, Bull. Civ., III, n°67.

384Civ. 1re, 16 juin, 13 octobre, 27 octobre et 8 décembre 1993, commentaire C. ATIAS, D., 1994, chron., p. 115. Tout n'est pas résolu pour autant, et la question resurgi régulièrement, voir not. L. CASAUX-LABRUNÉ, *Vice caché et défaut de conformité: propos non conformistes sur une distinction viciée,* D., 1999, chron., p. 1 et s.

385P. JOURDAIN, *Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages,* Gaz. Pal., 2 juillet 1994, p. 826 et s.

apparaisse inadapté aux réalités sociales et qu'il se montre impropre à régir des situations nouvelles. Ce constat commanderait alors une évolution du droit, que le juge serait à même ne mener à bien[386].

Dans l'exemple choisi, la victime y gagnerait car elle pourrait, quel que soit le défaut dont elle se plaint (défaut de conformité ou vice caché) agir sur le fondement de l'action de droit commun, qui se prescrit par cinq ans à compter de la délivrance du bien (trente ans à l'époque de la jurisprudence critiquée) et non achopper sur le bref délai de l'article 1648 du Code civil, seul applicable à l'action en garantie des vices cachés[387].

Cependant, il n'est pas sur que la victime ait tant à se plaindre du régime juridique de la garantie des vices cachés, qui peut au contraire parfaitement se justifier[388]. Rappelons que le vice caché rend la chose impropre à son usage normal. Dès lors, imposer à l'acheteur d'agir dans un bref délai à compter de la découverte du vice (et non de la vente) paraît logique, étant donné que le bien ne peut plus être utilisé normalement à compter de ce moment. La seule critique recevable à l'encontre du bref délai tient au fait que la loi ne précisait pas sa durée[389], aussi observait-on une fluctuation d'une juridiction à l'autre[390], la question relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond[391]. Un contrôle de la Cour de cassation sur ce point aurait suffi à faire taire les critiques à l'encontre du bref délai; nul n'était besoin de tenter de s'en défaire complètement. Pour le reste, l'acheteur découvrant un vice caché et n'agissant pas dans les limites du bref délai, peut sans conteste être considéré comme un contractant négligeant.

126. Conclusion. Ni la technique ni l'opportunité ne justifiait cette jurisprudence, qui démontre que l'on ne peut modifier en toute impunité les définitions légales, sous peine de risquer de créer des concours de responsabilités menaçant la cohérence de règles qui auparavant cohabitaient relativement bien.

386cf. supra, n°26 et s. et 51 et s., . concernant la création par le juge de nouveaux régimes de responsabilité, afin d'adapter le droit aux évolutions sociales. Il s'agirait dans le cas présent, non pas de créer un nouveau régime de responsabilité, mais simplement d'étendre le champ d'application d'un régime existant, afin de faire reculer, voir de supprimer un autre régime concurrent, jugé moins adapté.

387Un auteur remarque que le délai pour agir est souvent le principal enjeu pratique, A. BÉNABENT, *Conformité et vices cachés dans la vente: l'éclaircie,* D., 1994, chron., p. 115, n°5.

388C. ATIAS, *L'équilibre renaissant de la vente,* D., 1993, Chron., p. 1, n°5.

389La lacune est comblée depuis 2005, l'article 1648 actuel du Code civil prévoit que la garantie peut être invoquée pendant deux ans à compter de la découverte du vice.

390Le délai allant de quelques mois à un ou deux ans, selon les décisions.

391Com., 18 juillet 1966, Bull. Civ., IV, n°362. Les juges évaluent le respect du bref délai par l'acheteur en fonction de diverses circonstances (nature des vices, faits particuliers), Civ. 1re, 10 janvier 1968, D., 1968, p. 282.

La modification d'un condition technique d'application de la règle de responsabilité risque de conduire au même résultat.

§2. La modification des conditions techniques d'application de la règle

127. Condition technique. Au-delà du triptyque classique que constitue le fait générateur, le lien de causalité et le dommage, chaque régime de responsabilité nécessite, pour son application, la réunion de conditions spécifiques. Ces conditions techniques sans lesquelles la responsabilité envisagée ne peut être retenue font d'ordinaire l'objet de définitions précises de la part du législateur. Il arrive cependant que le juge doive préciser le sens de certaines de ces conditions. Ainsi, alors même que l'article 1384 alinéa 4 dispose que trois conditions sont nécessaires pour que les parents soient responsables des dommages causés par leurs enfants: l'autorité parentale, la minorité de l'enfant et la cohabitation de l'enfant avec ses parents, le juge a du préciser les conditions d'engagement de cette responsabilité. La question de l'autorité parentale ou de la minorité ne pose guère de difficulté. La notion de cohabitation, en revanche, non juridique, impose au juge un effort de définition.

128. Rapport avec le concours. Le juge est source de concours de responsabilités lorsque la définition choisie pour une des conditions techniques, fait évoluer le champs d'application du régime de responsabilité concerné, de telle sorte qu'il rencontre un autre régime de responsabilité. Si les conditions techniques sont facilement réunies, eu égard à une définition souple des notions en question, alors il est évident que le champ d'application de la responsabilité concernée sera relativement large. À l'inverse, en retenant une définition stricte de certaines de ces conditions d'application, il est possible d'exclure certaines hypothèses du champ d'application de cette responsabilité. Laissé sans consigne particulière par le législateur, le juge peut donc utiliser cette marge de liberté nécessaire à l'application de la règle de droit et ainsi influer sur l'étendue de la responsabilité.

Une illustration éclairante de cette source de concours peut être trouvée dans l'évolution de la responsabilité parentale (A). L'exemple sera suivi d'une appréciation, globale, de la technique utilisée par les juges, ainsi que de ses résultats (B).

A. Illustration avec la modification des conditions d'application de la responsabilité parentale

129. Évolutions multiples. La responsabilité parentale a connu de multiples évolutions. Comme le remarque Philippe Brun, lorsque l'on étudie ce régime, « on est conduit à décrire un dispositif essentiellement prétorien, d'où transparait, à maints égards, le parti adopté par la

Cour régulatrice, d'une objectivation de la responsabilité parentale »[392]. La responsabilité parentale est ainsi passée d'une responsabilité pour faute prouvée, à une responsabilité sans faute des parents[393], pour tout fait causal de l'enfant[394]. Parallèlement, la notion de cohabitation a fait l'objet d'une évolution certaine en jurisprudence. Parmi ces modifications des conditions d'engagement de la responsabilité parentale, seules deux furent de nature à créer des concours de responsabilités, l'objectivation de la responsabilité des parents, et l'objectivation de la notion de cohabitation. Le passage de l'exigence d'une cause du dommage susceptible d'engager la responsabilité personnelle de l'enfant à un simple fait causal de ce dernier limite au contraire le concours naturel de responsabilités créé par la responsabilité du fait d'autrui. En effet, ce type de responsabilité repose traditionnellement sur une superposition des responsabilités[395] (celle du primo responsable, et celle du répondant). Considérer qu'un simple fait causal de l'enfant peut engager la responsabilité des parents conduit à supprimer un étage de responsabilité et à retenir, dans certains cas, la responsabilité des parents alors même que celle de l'enfant ne peut être retenue[396].

Nous retracerons brièvement l'évolution des conditions d'engagement de la responsabilité parentale (1), avant de démontrer en quoi cette évolution fut source de concours de responsabilités (2).

1. Bref rappel de l'évolution des conditions d'engagement de la responsabilité parentale

130. Évolutions parallèles. Les évolutions qui intéressent le présent propos concernent l'objectivation de la responsabilité parentale et la notion de cohabitation. Or, ces évolutions se sont faites parallèlement, de sorte qu'il serait inopportun de les présenter séparément.

Les définitions de la notion de cohabitation successivement retenues en jurisprudence montrent, s'il en était besoin, qu'un terme dont le sens ne pose aucune difficulté dans le langage commun peut être d'une traduction malaisée en langage juridique[397]. Un dictionnaire de la langue française nous apprend que la cohabitation est « la situation de personnes qui

392Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle,* 2e éd., Litec, 2009, n°507.

393Civ. 2è, 18 février 1997, Bertrand, Bull. Civ., II, n°56, D., 1997, p. 265, note P. JOURDAIN; JCP, 1997, II, 22848, note G. VINEY, concl. KESSOUS; RCA, 1999, chron. 9, F. LEDUC.

394Ass. Plén., 9 mai 1984, *Fullenwarth*, Bull. Civ., n°4, D., 1984, p. 525, note CHABAS, concl. CABANNES; JCP, 1984, II, 20255, note DEJEAN de la BATIE; RTD civ., 1984, p. 508, obs. J. HUET.

395Que l'enfant soit fautif, ou encore gardien d'une chose ou d'un animal: J. BORÉ, *La responsabilité des parents pour le fait des choses ou des animaux dont leur enfant mineur a la garde,* JCP, 1968, I, 2180.

396Pour une réflexion plus globale, V. J.-C. SAINT-PAU, *La responsabilité du fait d'autrui est-elle devenue personnelle et directe?,* RCA, 1998, p. 4.

397 A. RIEG, *L'interprétation par le juge des règles écrites, rapport français,* in Travaux de l'association Capitant, 1978, p. 70.

vivent, habitent ensemble »[398]. Dans la vie courante, savoir si l'on habite avec quelqu'un ne pose aucun problème, cette condition aurait donc pu « passer inaperçue telle une évidence »[399]. Or, en matière de responsabilité parentale, l'enjeu qui s'attache à cette question en apparence simple est tel que, rapidement, la définition classique trouve ses limites dans le cadre d'un procès. Le juge, conscient de ces limites, a développé sa propre définition, oscillant entre « une interprétation stricte supposant la présence, et une interprétation large admettant l'absence »[400]de cohabitation.

Dans un premier temps, la cohabitation est entendue en considération d'une responsabilité parentale pour faute, qui repose sur le devoir de surveillance et d'éducation des parents. L'alinéa 7 de l'article 1384 du Code civil prévoit en effet une exonération de leur responsabilité pour les parents réussissant à prouver que le dommage s'est produit alors qu'ils n'avaient pas commis de faute d'éducation ni de surveillance de leur enfant. Le mineur doit donc, au moment des faits, entretenir une proximité suffisante avec la sphère d'autorité des parents. La responsabilité des parents n'est donc retenue que si ce dernier ne justifie pas d'une autre résidence[401]. Pourtant, une séparation de courte durée ne sera pas suffisante pour rompre la cohabitation[402].

Suite à l'objectivation de la responsabilité parentale, qui résulte de la suppression de la faculté d'exonération des parents par la preuve d'une absence de faute[403], la notion de cohabitation devait évoluer. La précédente définition ne se justifie plus, puisque la présomption de bonne surveillance et de bonne éducation des parents n'a plus cours. Désormais, c'est une conception dite juridique de la cohabitation que pratiquent les juges. Totalement dématérialisée, elle est donc réputée remplie dès lors que le pouvoir d'héberger l'enfant, conçu comme un attribut de l'autorité parentale, n'est pas supprimé. Ainsi, même si l'enfant est à l'école[404], ou confié à un institut médico-pédagogique[405], ou à ses grands-parents (y compris pour une durée

398 Définition issue du Grand Robert de la langue française.

399A. PONSEILLE, *Le sort de la condition de cohabitation dans la responsabilité civile des père et mère du fait dommageable de leur enfant,* RTD civ., 2003, p. 645, spe. p. 647.

400A. PONSEILLE, *Le sort de la condition de cohabitation dans la responsabilité civile des père et mère du fait dommageable de leur enfant,* RTD civ., 2003, p. 645, spe. p. 648.

401 C'est le cas si le mineur est confié de façon durable à des tiers, Civ., 3 novembre 1971, D., 1972, somm. p. 31; ou s'il est mobilisé, Civ., 4 juillet 1951, D. ,1951, p. 587.

402 Voir par exemple: Civ. 2e, 8 juillet 1970, Bull. Civ., II, n°242, RTD civ., 1971, p.381, obs. G. DURRY pour un mineur en voyage.

403 Civ. 2e, 19 février 1997, Bertrand, Bull. Civ., II, n°56, GAJC, 12e éd., 2008, n°208-209, D., 1997, 265, note P. JOURDAIN; JCP, 1997, II, 22848, note G. VINEY; RCA 1997, chron. 9, F. LEDUC.

404 Civ. 2e, 20 avril 2000, Bull. Civ., II, n°66.

405 Civ. 2e, 9 mars 2000, Bull. Civ., II, n°44.

extrêmement longue)[406], les parents sont réputés cohabiter avec leur enfant. Seule une séparation dite légitime et décidée par le juge des enfants, peut faire cesser la cohabitation[407]. Avec cette nouvelle conception, sauf le cas où le juge intervient pour faire cesser la cohabitation, les parents sont réputés habiter avec leur enfant[408]. Quelque opinion que l'on se fasse de cette nouvelle conception de la cohabitation, force est de constater qu'elle induit des situations inédites de concours entre responsabilités du fait d'autrui[409].

2. Concours de responsabilités créés par cette évolution

131. Rapprochement avec la responsabilité générale du fait d'autrui. Le passage d'une responsabilité pour faute des parents à une responsabilité de plein droit et la dématérialisation de la condition de cohabitation, ont eu pour résultat de rapprocher ce régime de responsabilité de la responsabilité générale du fait d'autrui. Le rapprochement est tel que les deux régimes, dont les domaines étaient auparavant clairement distincts, se chevauchent partiellement. Les cas de concours nouveaux apparaissent lorsque le mineur est confié à un tiers par les parents pendant un laps de temps qui aurait, sous l'empire de la conception matérielle de la cohabitation, justifié l'absence de responsabilité parentale. Il faut alors distinguer selon que le tiers est ou non soumis à un régime de responsabilité du fait d'autrui.

Si le tiers est soumis à la responsabilité générale du fait d'autrui de l'article 1384 al 1 du Code civil, alors sa responsabilité risque d'entrer en concours avec celle des parents alors même que la séparation entre le mineur et eux est assez longue. En effet, dès lors qu'une simple séparation de l'enfant d'avec ses parents, à l'occasion de vacances ou pour une année scolaire, n'empêche pas de réputer remplie la condition de cohabitation, il devient possible d'engager à la fois la responsabilité parentale et la responsabilité du tiers s'occupant du mineur. Dès lors que le centre (de vacances ou autre) accepte de diriger et organiser, soit le mode de vie, soit l'activité du mineur, il sera responsable des dommages causés par lui pendant la période où il remplit cette mission[410]. Les parents, sous réserve d'avoir sur le mineur l'autorité parentale,

406 Crim., 8 février 2005, JCP, 2005, II, 10049, note M. F. STEINLE-FEUERBACH, concernant la responsabilité de la mère d'un mineur qui avait été confié à sa grand-mère depuis l'âge d'un an jusqu'à son adolescence.

407 Voir Civ. 2e, 6 juin 2002, 3 arrêts, Bull. civ., II, n°120, et J-C. BIZOT, *La responsabilité civile des père et mère du fait de leur enfant mineur: de la faute au risque,* Rapport annuel de la Cour de cassation, 2002, pp. 157 et s., spé. p. 169.

408 Il est logique que si l'on retient une conception juridique de la cohabitation, une ordonnance de placement du mineur de la part du juge des enfants soit de nature à supprimer cette cohabitation.

409 Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle,* Litec, 2009, n°515.

410L'exposé que nous faisons du concours entre la responsabilité parentale et la responsabilité d'un tiers acceptant d'organiser, diriger, le mode de vie du mineur, ne tient pas compte de la résolution, en droit positif, de ce concours, qui fait du mode de placement le critère de la responsabilité du centre ou des parents. Ainsi,

seront aussi responsables des dommages causés par lui, alors même qu'il n'habite pas sous leur toit pendant plusieurs jours, voire plusieurs semaines[411].

Si la personne ou organisme n'est pas soumise au régime général de responsabilité du fait d'autrui (tel les grands-parents[412]), sa responsabilité peut être recherchée sur le seul terrain de la faute de l'article 1382 du Code civil. La conception juridique de la cohabitation garantit à la victime un double recours contre le « gardien » fautif de l'enfant au moment des faits et les parents[413].

Pour conclure, il est démontré que, sans ce changement de conception de la condition de cohabitation, la responsabilité parentale n'aurait pu entrer en concours avec la responsabilité de tiers qui se seraient vu confier la garde du mineur pendant un laps de temps assez conséquent. Cette appréciation nouvelle de la cohabitation s'inscrit dans le mouvement plus vaste d'évolution de la responsabilité parentale, dans le sens d'une plus grande objectivation, et d'un rapprochement entre les différentes responsabilités du fait d'autrui et le principe général de l'article 1384 al. 1[414].

Il convient désormais de se prononcer sur la valeur et l'opportunité d'une telle méthode.

B. Appréciation de la méthode

132. Annonce. La modification des conditions techniques d'engagement d'une responsabilité ne semble pas, en elle-même, critiquable. C'est le résultat auquel elle parvient qui l'est; ce qui invite à exhorter le juge à la prudence.

133. Une technique louable. Face au silence, aux lacunes de la loi, le juge, qui se doit de donner une solution au litige présenté devant lui, est obligé de faire œuvre créatrice et de donner un sens aux mots des textes qu'il applique, lorsque le législateur l'a laissé démuni. Il en va évidemment de la bonne application de la règle de droit. L'on ne saurait donc reprocher au juge son attitude, lorsqu'il définit, précise, une notion légale. Il est alors pleinement dans son rôle. Il faut cependant lui intimer la prudence car, ce faisant, il risque de créer des concours de responsabilités, qu'il devra ensuite régler.

---

le centre sera seul responsable, tant que le placement du mineur fait l'objet d'une mesure judiciaire, Civ. 2e, 6 juin 2002, Bull. Civ., II, n°120. V. infra, n°216.

411 Ce concours d'actions est réglé par les juges par une répartition alternative des responsabilités, comme nous le verrons dans une seconde partie; il s'agissait ici de présenter seulement le concours, et son origine.

412 Civ. 2e, 18 septembre 1996, Bull. civ., II, n°217, confirmé par Civ. 2e, 5 février 2004, Bull. civ., II, n°50.

413 Ces remarques sont formulées abstraction faite du sort que réserve le juge à de tels concours, dont on verra ultérieurement qu'il a tendance à les résoudre en retenant alternativement l'une des responsabilités en présence et non les deux conjointement, v. infra, n°216.

414 Voir en ce sens notamment, Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2009, n°580.

134. Une prudence nécessaire. L'on ne peut, impunément, combler les lacunes de la loi. Il convient, au moment de la définition des conditions techniques d'engagement d'une responsabilité donnée, de veiller à respecter non seulement l'équilibre interne de ce régime de responsabilité, mais aussi les rapports de ce régime avec les autres.

Si l'équilibre interne de chaque régime de responsabilité est souvent bien perçu par le juge, les rapports entre les différents régimes de responsabilité ne font que rarement l'objet de sa vigilance. Ainsi, nous avons vu que l'évolution de la notion de cohabitation était tout à fait cohérente avec l'évolution globale de la responsabilité parentale, qui a « changé de nature ». Cependant, cette évolution s'est faite sans considération pour les autres régimes de responsabilité qui risquaient d'entrer en concours avec la responsabilité parentale et qui ont d'ailleurs donné lieu ensuite à une jurisprudence fournie[415].

La critique mérite cependant d'être nuancée, car l'on ne saurait reprocher au juge son manque de recul par rapport à la règle. Il est en effet difficile, même pour un observateur extérieur, d'être pleinement conscient des rapports complexes qu'entretiennent toutes les règles de droit, au sein d'un système donné. Par ailleurs, l'interdiction faite au juge de prononcer sa décision sous la forme d'un arrêt de règlement limite forcément sa capacité à anticiper et prendre en compte les concours de responsabilités potentiellement créés par son nécessaire travail de définition des termes légaux.

135. Conclusion de chapitre : synthèse. Qu'il s'agisse de la causalité ou d'autres conditions d'engagement de la responsabilité, l'on a démontré que le juge use de toute la latitude disponible afin de réaliser son objectif, qui se trouve dans ces cas être l'indemnisation de la victime. Cependant, l'on ne peut, en toute impunité, jouer avec ces éléments de la responsabilité, le risque étant de créer des concours. Il ne faudrait pourtant pas condamner trop rapidement cette souplesse dans l'appréciation des éléments de la responsabilité.

136. Vices et vertus de la souplesse. La présence dans la loi de concepts mous[416], de notions floues car mal définies ou volontairement non définies, permet de donner à la mission de *jurisdictio* du juge toute son ampleur. Ce dernier est alors un trait d'union entre la règle écrite et générale et le litige particulier présenté devant lui, en quête d'une résolution. Le juge, alors, peut adapter la règle aux évolutions sociales, en appliquant la loi à des situations auxquelles le

415V. supra, n°130 et s., et D. BERTOL, *L'articulation entre la responsabilité parentale et la responsabilité des tiers, gardiens temporaires des mineurs,* LPA, 24 juin 2005, p. 14 et s.

416V. not. C. THIBIERGE, *Le droit souple, réflexions sur les textures du droit*, RTD civ., 2003, p. 599 et s.

législateur n'aurait pu penser. C'est là un merveilleux outil pour assurer la pérennité de la règle.

À l'inverse, le juge livré à lui-même, peut parfois éprouver quelques difficultés à cerner certaines notions et borner les champs d'application de certains régimes de responsabilité. Ainsi en est-il des notions de défaut de conformité et de vice caché du bien vendu. D'autres fois, l'adaptation de la règle aux prétendues nécessités sociales conduit à un bouleversement global de la responsabilité. Ainsi, après l'extension des cas de responsabilités du fait d'autrui, la responsabilité parentale a subi de profonds changements, qui amènent à questionner la cohérence d'ensemble de la matière.

L'on aboutit au paradoxe suivant; si la souplesse est la marque de la pérennité de la règle de droit, car elle permet sa bonne application à travers les âges, une trop grande marge de manœuvre laissée au juge risquerait, au grès des évolutions jurisprudentielles, de démontrer au contraire les lacunes de la loi et son inadaptation.

C'est dans la délicate recherche d'une voie médiane qu'il conviendra de se lancer, afin de trouver le juste équilibre entre des règles assez souples pour survivre au passage du temps et néanmoins assez précises et sans ambiguïté afin d'offrir au juge le guide dont il a besoin.

137. Conclusion de titre.

Extension de la responsabilité et appréciation souple des éléments de la responsabilité sont les deux sources des concours de responsabilités. Elles partagent une même visée, celle de faire du droit un outil de règlement des conflits adaptés aux besoins de la société. Le droit de la responsabilité étudié au crible de la notion de concours révèle alors, avec une acuité particulière, l'oscillation constante de la matière entre deux objectifs, parfois inconciliables, que sont l'indemnisation de la victime d'une part, et le traitement particulier de certaines catégories de responsables d'autre part. Les méthodes employées pour ce faire révèlent aussi cette dualité, et, en droit positif, le traitement égalitaire de toute personne par les clauses générales de responsabilité le dispute au traitement spécifique retenu par une multitude de droits spéciaux.

De toute cela résulte des concours, des vrais comme des faux, qui mettent le juge en difficulté et révèlent les incohérences du droit de la responsabilité. Or, la victime tire-t-elle bénéfice de cette multiplication des régimes, voire des responsables potentiels? Rien n'est moins sûr, le juge lui-même parvenant parfois à voir des concours là où il n'y en a pas et se trouvant dans

l'impasse pour en résoudre certains (on pense en particulier au cloisonnement entre défaut de conformité et vice caché, jamais pleinement achevé).

Une réorganisation de la responsabilité semble donc s'imposer, sans toutefois perdre de vue les idéaux qui ont guidé les évolutions de la matière. Après cet éclairant retour aux sources, il est donc temps, désormais, d'explorer les voies possibles de la réforme de la responsabilité civile, afin de découvrir s'il est possible de régler les concours de responsabilités par cette méthode, sans trahir les objectifs que nous avons, pour l'ensemble, trouvés louables.

Titre 2 Les orientations possibles de la réforme de la responsabilité civile

138. Une destination, deux chemins. L'extension de la responsabilité civile et l'appréciation souple des règles d'engagement de la responsabilité ont été présentées comme les sources des concours de responsabilités. La réforme de la responsabilité civile dans l'espoir de régler les concours de responsabilités peut puiser dans ces sources l'inspiration nécessaire. Schématiquement, le raisonnement est relativement simple: à l'extension devrait succéder un mouvement inverse de limitation de la responsabilité et l'appréciation souple devrait céder la place à une conception plus stricte des éléments d'engagement de la responsabilité. Or, il apparaît que pour obtenir ce résultat, plusieurs voies sont possibles. La généralisation du droit ayant été identifiée comme une des sources des concours de responsabilités, il apparaît possible de limiter la responsabilité en mettant fin à cette généralisation. La spécialisation du droit de la responsabilité pourrait ainsi être une voie à suivre. Cependant, la spécialisation de la responsabilité a aussi été identifiée comme une source de concours en ce qu'elle participe à l'extension du droit de la responsabilité. À ce titre, le retour à un droit commun de la responsabilité serait à même de contrer le mouvement d'extension de la responsabilité dénoncé. Aucune des deux voies ne semble, *a priori*, l'emporter. Par ailleurs, les deux méthodes ne sauraient être menées en parallèle. Aussi faudra-t-il présenter, puis évaluer, successivement les deux méthodes. Nous proposerons, en premier lieu, de tester l'achèvement de la spécialisation de la responsabilité civile (chapitre 1) puis, en second lieu, le renouveau du droit commun de la responsabilité civile (chapitre 2).

Chapitre 1. L'achèvement de la spécialisation de la responsabilité civile

139. Méthode. Nous avons identifié la spécialisation de la responsabilité comme une source de concours. Dès lors, annoncer que le parachèvement de ce mouvement pourrait être une voie possible de réforme en vue de régler les concours peut paraître paradoxale. Il convient donc de clarifier le propos, afin de démontrer en quoi cette méthode pourrait se révéler satisfaisante. La spécialisation de la responsabilité n'est une source de concours que dans deux situations; lorsqu'elle procède d'une extension de la responsabilité et lorsqu'elle amène à la création de règles spéciales dont le champ d'application se confond partiellement avec des règles plus générales, ou d'autres règles spéciales. Autrement dit, il serait possible d'utiliser la spécialisation de la responsabilité pour régler les concours si l'on utilisait cette méthode pour limiter la responsabilité et que l'on veillait à ce que chaque régime spécial n'entre pas en concours avec les autres. La spécialisation pourrait ainsi être un outil de limitation de la responsabilité, ce qui contrerait l'une des sources de concours que nous avons identifiée (section 1). La spécialisation pourrait constituer un outil efficace de suppression des concours dès lors que la règle spéciale serait dotée d'un champ d'application limité et non partagé avec d'autres règles (section 2).

Section 1. L'utilisation de la spécialisation comme outil de limitation de la responsabilité

140. Plan. La présence de clauses générales de responsabilité est, nous l'avons démontré, une des sources de concours. Dans l'optique qui est la notre de réformer la responsabilité en poursuivant le mouvement de spécialisation déjà engagé en droit positif, il semble inévitable de proposer une suppression de ces clauses générales, afin qu'elles cessent d'entrer en concours avec les règles spéciales (§1). Cependant, cette simple suppression des règles les plus générales ne saurait suffire et devra s'accompagner d'une réflexion sur les règles spéciales qui composeront la responsabilité civile. L'enjeu sera de dégager les principes directeurs qui gouverneront à l'édiction de règles spéciales, afin qu'elles permettent une limitation de la responsabilité, tout en conservant la visée indemnitaire de la responsabilité civile (§2). Enfin, quelques propositions de formulation de ces règles spéciales pourront être avancées (§3).

§1. La suppression des clauses générales de responsabilité

141. Annonce. La suppression des clauses générales de responsabilité suppose évidemment l'identification préalable des dites clauses générales (A). Ceci fait, il conviendra d'apprécier le résultat obtenu par leur suppression au regard de notre objectif, qui est de limiter la responsabilité, son extension étant une source de concours (B).

A. Identification des clauses générales de responsabilité

142. Caractéristiques de la règle générale. Le grand Robert de la langue française nous apprend qu'est générale « ce qui se rapporte, s'applique, se réfère à un ensemble de cas ou d'individus (par opposition au particulier) ». La généralité peut ainsi être entendue au sens quantitatif du terme comme la qualité de ce qui s'applique au plus grand nombre, à la majorité, si ce n'est à l'ensemble des individus d'une société déterminée. Au sens qualitatif, cette fois, sera général ce qui intéresse, groupe, réunit sans exception un ensemble déterminé. La règle générale est donc une règle commune, au sens où elle s'applique au plus grand nombre d'hypothèses, distinguant le moins possible. Le droit général est un droit commun, par opposition au droit spécial qui est un droit de l'exception, distinguant selon les personnes, les circonstances. Le vocabulaire Cornu reprend d'ailleurs ce double sens de la généralité lorsqu'il définit le terme *commun* comme ce qui s'applique à toutes les espèces d'un genre, par opposition à spécial ou particulier, ou comme ce qui s'applique par principe à toutes personnes, par opposition à ce qui est exceptionnel.

143. Méthode d'identification des règles générales de responsabilité civile. L'identification de la règle générale peut s'appuyer sur la formulation de la règle de responsabilité. Plus les termes employés seront généraux, plus les hypothèses concernées seront nombreuses, moins de discriminations seront effectuées et plus la règle sera générale. Un régime général, ou commun[417] (nous tiendrons les deux termes pour synonymes) sera donc un régime dont le champ d'application est plus vaste que les autres. Ce type de régime de responsabilité se confond avec ce que le Professeur Leduc appelle les « régimes génériques de responsabilités », en ce qu'il n'aurait pas « au-dessus de lui un régime plus vaste englobant potentiellement son domaine d'application »[418].

417Pour une étude approfondie de la notion de droit commun, voir not. J.-P. CHAZAL, *Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux*, Mélanges Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 279 et s.

418F. LEDUC, *Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil,* LPA, 6 juillet 2005, n°133, p. 3 et s., spé. p. 7.

Le droit de la responsabilité civile se divise en deux branches que sont la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle. Une subdivision plus fine conduit à distinguer ensuite les différents régimes en fonction du fait générateur de responsabilité. L'on connait ainsi classiquement la faute, le fait de la chose et le fait d'autrui. D'autres faits générateurs existent, tel que le trouble anormal de voisinage. Pour chacune de ces catégories de responsabilité, il conviendra d'identifier les règles *générales*. Le Code civil, en ce qu'il rassemble les règles civiles, est le recueil de textes le plus indiqué pour receler les règles générales de responsabilité civile. Portalis ne déclara-t-il pas qu'un « Code civil a naturellement plus d'étendue que tout autre Code: il régit l'universalité des choses et des personnes »?[419]. Tout autre Code, concentré sur des matières spécifiques, ne saurait en toute logique contenir de disposition plus générale que le Code civil, aussi est-ce au sein de ce dernier que notre recherche des règles générales se concentre-t-elle principalement.

144. Régime général de responsabilité contractuelle[420]. Le Code civil contient certainement la disposition générale concernant la responsabilité contractuelle, à l'article 1147. L'article dispose en effet que le « débiteur est condamné, s'il y a lieu, au payement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard de l'exécution ». La généralité de la formule ne saurait être plus grande. Faute de précision, tout débiteur est concerné, quelle que soit l'obligation contractée. Les manquements visés sont aussi conçus en termes généraux, puisque toute inexécution est visée, précisant que lui est assimilé un simple retard.

145. Régimes généraux de responsabilité délictuelle. Si la responsabilité contractuelle connaît une unité de fait générateur, ce n'est pas le cas de la responsabilité délictuelle. La

419J.-G. LOCRE, *Législation civile, commerciale et criminelle, ou commentaire et complément des Codes français,* Bruxelles, 1836, t. 1, p. 395.

420Nous concevons la responsabilité contractuelle comme un régime de responsabilité à part entière, et non comme un régime inféodé à la responsabilité délictuelle, notamment la responsabilité pour faute. La faute contractuelle n'est pas la faute de comportement de l'article 1382 du Code civil, elle est l'inexécution d'une prestation promise par le contrat. Plus largement, il convient d'exclure les différents faits générateurs de responsabilité délictuelle du contrat. Pas plus que la faute, le fait d'autrui ou le fait d'une chose ne trouvent leur place au sein de la responsabilité contractuelle. La responsabilité contractuelle du fait des choses est actuellement un régime abandonné (pour une présentation de cette responsabilité, voir, notamment, F. LEDUC, *La spécificité de la responsabilité contractuelle du fait des choses,* D., 1996, chron. p. 164; G. VINEY, JCP, 1996, I, 3944, n°16), et la responsabilité contractuelle du fait d'autrui est une responsabilité contractuelle classique prenant simplement en compte le fait que le contractant a eu recours à un tiers pour exécuter tout ou partie de ses obligations. Que ce tiers ne s'acquitte pas, et il est naturel que le contractant principal soit tenu pour responsable, car il ne s'est pas déchargé de ses obligations en confiant à un tiers leur réalisation, il a seulement choisi ce mode particulier d'exécution du contrat. Pour des propos plus nuancés, tendant à démontrer l'autonomie de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui par rapport à la responsabilité contractuelle du fait personnel, voir G. VINEY, *Existe-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui?* RCA, hors série novembre 2000, p. 31 et s.

faute, le fait d'une chose ou le fait d'autrui ou encore le trouble anormal de voisinage sont autant de faits générateurs de responsabilité. Les dispositions les consacrant n'entretiennent pas de rapport d'espèce à genre entre elles[421], aussi convient-il d'identifier les différentes règles générales pour chaque type de fait générateur.

146. Régime général de responsabilité pour faute. Il ne fait pas de doute que les articles 1382 et 1383 du Code civil forment à eux deux les dispositions générales en matière de responsabilité civile pour faute. La grande généralité de formulation de ces deux articles, conduit à retenir la responsabilité de toute personne causant à autrui un dommage, par sa faute, quelle qu'elle soit (tout fait de l'homme s'il est fautif, négligence ou imprudence). L'article 1383, plus qu'une discrimination, apporte une simple précision et renforce en réalité le caractère général de la formule de l'article précédent. Cette généralité de la responsabilité pour faute a d'ailleurs eu à essuyer quelques critiques, conduisant certains auteurs à plaider pour un retour à la casuistique en la matière[422].

147. Régime général de responsabilité du fait des choses. Le régime général de responsabilité du fait des choses se trouve certainement à l'article 1384 alinéa 1er du Code civil. Il n'est pas question à ce stade des développements de retracer l'historique de la construction de ce régime de responsabilité. Nous nous contenterons de considérer ce régime de responsabilité tel qu'il est conçu actuellement, c'est-à-dire comme un régime d'une grande généralité, ne distinguant pas quant aux personnes responsables (tout gardien) ni quant à la

421S'il fut un temps avancée l'idée que les différents faits générateurs de responsabilité étaient inféodés à la faute, il faut reconnaître que cette vision peut désormais être qualifiée d'historique, les autres faits générateurs de responsabilité s'étant affranchis de la tutelle de la faute, pour gagner leur pleine indépendance. Pour une présentation de la primauté de la faute sur les autres régimes de responsabilité, puis l'abandon de cette primauté, voir not., M. POUMAREDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile,* thèse Toulouse, 2003, n°30 à 84; G. VINEY, *Traité de droit civil, Introduction à la responsabilité,* 3e , éd., 2008, p. 108 à 11. *De lege feranda*, la question des régimes généraux et des régimes spéciaux est diversement appréciée par les projets de réforme de la responsabilité civile. Ainsi, le projet CATALA (*Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La documentation française, 2006) et la proposition de loi n°657 du sénateur L. BÉTEILLE considèrent-ils comme des régimes spéciaux la responsabilité du fait des produits défectueux, et la responsabilité du fait des accidents causés par des véhicules terrestres à moteur. Les responsabilités pour faute, du fait d'autrui ou du fait d'une chose, ainsi que la responsabilité du fait des troubles du voisinage, ou du fait de l'exécution d'un contrat sont considérées comme des régimes généraux. Le projet mené par Fr. TERRÉ (*Pour une réforme du régime général des obligations*, Dalloz, 2013), au contraire, énumère au titre des délits spéciaux la responsabilité du fait des choses, par ailleurs considérablement réduite par rapport au droit positif, la responsabilité du fait des animaux, du fait des bâtiments en ruine, les troubles de voisinage, ainsi que la responsabilité du fait des accidents causés par des véhicules terrestres à moteur, ou encore la responsabilité du fait des produits défectueux, et de l'activité médicale. Cette posture n'est, par ailleurs, pas défendue ni explicitée à l'occasion de l'exposé des motifs, ce qui, en plus de laisser perplexe le lecteur, démontre que l'appréciation des notions de généralité et de spécialité est subjective, voire contingente.

422V. not. Ph. REMY, *Critique du système français de la responsabilité civile, Droit et culture,* 1996, p. 31; G. VINEY, *Pour ou contre un principe général de responsabilité civile pour faute? Études* offerts à Pierre Catala, Litec, 2001, p. 555 et s.

chose ayant causé le dommage. En effet, les juges affirment de longue date que la disposition de l'article 1384 al. 1er est d'une généralité absolue[423].

148. Régime général de responsabilité du fait d'autrui? Si l'identification des règles générales de responsabilité pour faute ou de responsabilité du fait d'une chose ne prête guère à discussion, la responsabilité du fait d'autrui nous place devant quelques difficultés. En effet, le Code civil, historiquement, ne connait que quelques cas particuliers de responsabilité du fait d'autrui, énumérés aux articles 1384 al. 4 à 7 et que sont respectivement la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs, la responsabilité des maîtres et commettants du fait de leurs préposées, et la responsabilité des artisans et instituteurs du fait de leurs élèves et apprentis. Si le premier alinéa de l'article 1384 fut le siège de la création de la responsabilité du fait des choses, il fut aussi l'assise de l'élargissement de la responsabilité du fait d'autrui[424]. Alors même que l'idée d'une responsabilité générale du fait d'autrui a germé depuis longtemps en doctrine[425], l'on peut douter aujourd'hui de l'existence d'une règle générale de responsabilité du fait d'autrui. Les juges, loin d'avoir donné naissance à un régime uniforme à l'image de la responsabilité générale du fait des choses, ont en réalité admis de nouveaux cas de responsabilité du fait d'autrui, sans que se dessine un régime unique, ni pleinement général[426]. C'est en réalité deux régimes de responsabilité du fait d'autrui qui furent créés, répondant à des conditions différentes. Si les deux reposent sur la garde, l'un retient la responsabilité de celui qui accepte la charge d'organiser et de contrôler, à titre permanent, le mode de vie d'autrui[427], l'autre retient la responsabilité de celui qui a pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité d'autrui[428]. Sur fond de critère commun, les deux régimes n'en sont pas moins différents, la garde concernant tantôt le mode de vie d'autrui, et revêtant donc un caractère permanent, tantôt simplement une activité, et se révélant alors ponctuelle. Il semblerait que, plus qu'un régime général, le juge ait en réalité crée deux cas supplémentaires de responsabilité du fait d'autrui, allongeant de fait la liste des cas particuliers hérités du Code civil de 1804. Pour conclure, ces deux régimes sont marqués par une plus grande généralité

423Req. 6 mars 1928, DP., 1928, 1, 97.

424Le mot n'est pas anodin, et fut employé par G. VINEY, *Vers un élargissement de la catégorie des personnes dont on doit répondre: la port ouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384 al. 1er,* D., 1991, chron. p. 157.

425R. SAVATIER, *La responsabilité générale des choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité générale du fait des personnes dont on doit répondre?,* DH., 1933, chron., p. 81*;* R. LEGEAIS*, Un article à surprise ou le nouvel essai de généraliser la responsabilité du fait d'autrui,* D., 1965, jp., p. 131.

426V. supra., n°27.

427La formulation est issue de l'arrêt Blieck, Ass. Plén., 29 mars 1991, Bull. n°1.

428Ass. Plén., 29 juin 2007, Bull. Civ., n°7.

que les cas visés par les alinéas 4 à 7 de l'article 1384, sans pour autant atteindre celle de l'alinéa 1er, qui vise le dommage causé « par les personnes dont on doit répondre ». Les responsabilités pleinement générales que sont la responsabilité pour faute et la responsabilité du fait des choses ne trouveraient donc pas leur équivalent en matière de responsabilité du fait d'autrui. Il faudrait admettre qu'il y a des degrés dans la généralité, et qu'une étape reste à franchir concernant la responsabilité du fait d'autrui[429].

149. Régime général de responsabilité pour trouble anormal de voisinage. La responsabilité pour trouble anormal de voisinage s'est développée dans l'ombre de l'article 1382 du Code civil, pour s'en détacher progressivement et acquérir sa totale autonomie par rapport à la faute[430]. Désormais, causer un trouble anormal de voisinage à autrui n'est plus une faute, mais un fait générateur de responsabilité à part entière. Est-ce à dire que le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage est une règle générale de responsabilité? Il semblerait que la réponse soit positive. La victime d'un trouble anormal de voisinage n'a pas à prouver une faute de la part du voisin[431], ni même le rôle causal de la chose dont le responsable aurait eu la garde[432]. Il en résulte que la responsabilité pour trouble anormal de voisinage, responsabilité sans faute, est pleinement autonome par rapport aux autres régimes de responsabilité civile auquel l'on a, un temps, tenté de la rattacher[433].

La formulation de ce que la Cour de cassation nomme elle-même un principe est par ailleurs caractérisée par sa grande généralité En effet, l'expression « nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage » ne comporte pas de discrimination quant à la personne du responsable, la victime, ou les circonstances particulières dans lesquelles le dommage doit

429Il faut noter cependant, que de certains auteurs n'hésitent pas à évoquer « le principe général de responsabilité du fait d'autrui ». par ex., P. BLIN-FRANCHOMME, *Le critère de la garde des personne au regard du principe général de responsabilité du fait d'autrui,* LPA, 24 novembre 1997, p. 5; alors que d'autres se montrent très réticents à reconnaître l'existence d'un principe général, J.-P. GRIDEL, *Glose d'un article imaginaire inséré dans le Code civil en suite de l'arrêt Blieck: chacun répond, de plein droit, du dommage causé par celui dont il avait la mission de régler le mode de vie ou de contrôler l'activité,* Mélanges P. DRAI, Le juge entre deux millénaires, Dalloz, 2000, p. 629; P. JOURDAIN, *Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui?* RCA, hors série novembre 2000, p. 5 et s., l'auteur pointant du doigt les freins à la généralisation de cette responsabilité; S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité extracontractuelle,* Thèse Orléans, 2011, n°168, l'auteur reniant l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui, au sens de principe général du droit; L. CLERC RENAUD, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation,* thèse Chambéry, 2006, n °370, l'auteur estimant qu'il n'existe pas de responsabilité générale du fait d'autrui.

430Depuis un arrêt Civ. 2e, 19 novembre 1986, Bull. Civ., II, n °172.

431Civ. 1re, 23 mars 1982, Bull. Civ., I, n°120.

432Civ. 2e, 20 juin 1990, Bull. Civ., II, n°140.

433Pour des développements plus conséquents sur cette question, voir not. F. CHENOT, *La protection contre les troubles de voisinage en droit privé,* Thèse Poitiers, 1999, n°251 et s.

survenir. Les responsables sont ainsi multiples, qu'il s'agisse du propriétaire[434], du locataire[435], ou encore d'un entrepreneur[436]; les personnes protégées nombreuses (toute personne exposée aux nuisances), et les troubles forts divers[437].

150. Bilan. La responsabilité pour trouble anormal du voisinage trouve donc sa place, comme règle générale de responsabilité, aux côtés de la responsabilité contractuelle de l'article 1147 du Code civil, de la responsabilité pour faute des articles 1382 et 1383 du Code civil, de la responsabilité pour fait d'une chose que l'on a sous sa garde de l'article 1384 al. 1er du Code civil, et enfin, des deux règles générales de responsabilité du fait d'autrui issues du même article 1384 al. 1er. Ce sont ces règles qu'il s'agirait de supprimer si l'on en venait à construire un système de responsabilité gouverné par des règles spéciales. Il convient désormais d'apprécier le résultat obtenu si d'aventure ces régimes généraux venaient à disparaître.

B. Appréciation du résultat obtenu par la suppression des clauses générales

151. Ce qu'il reste. Apprécier le résultat obtenu suppose de dresser un bilan de la responsabilité civile sans ces règles générales. Autrement dit, il s'agira d'identifier ce qu'il reste de la responsabilité civile et de déterminer si l'objectif de limitation de la responsabilité est atteint. L'on ne saurait cependant s'arrêter là. L'extension critiquée de la responsabilité civile répondait pourtant, nous l'avons montré, à une certaine idéologie, qui avait parfois emporté notre adhésion. L'appréciation de la première étape de la spécialisation doit donc aussi se faire au crible de ce critère idéologique. Autrement dit, la question se posera de savoir si la limitation proposée de la responsabilité civile ne se fait pas au détriment de la bonne indemnisation de la victime. Ce qu'il reste de la responsabilité civile fera donc l'objet d'une appréciation à la fois quantitative (1) et qualitative (2).

1. Appréciation quantitative de la limitation de la responsabilité

152. Limitation évidente. Supprimer les clauses générales de responsabilité a pour effet évident de limiter sensiblement la responsabilité civile. Les articles 1382 et 1383 du Code

434La Cour de cassation fit du propriétaire le premier responsable pour trouble du voisinage, en visant, dans un premier temps, l'article 544 du Code civil, Req., 20 février 1849, DP., 1849, 1, 148.

435Civ. 3è, 8 février 1972, JCP, 1972, II, 17176.

436Civ. 2è, 10 janvier 1968, RTD civ., 1968, p. 725, obs. G. DURRY.

437Il peut s'agir de bruits (ex. Civ. 2è, 2 mars 1994, Bull. Civ., II, n°85), d'odeurs (ex. CA Paris, 7è chambre A. 4 décembre 1985, jurisdata n°028100 pour l'élevage de volatiles), de vibrations (ex. Civ. 2è, 14 décembre 1972, Bull. Civ., II, n°324), de privation d'ensoleillement ou de vue (ex. Civ. 3è, 27 novembre 1979, D., 1980, I.R, n°207), de dommages matériels aux immeubles (ex. Civ. 1re, 1er mars 1977, Bull. Civ., I, n°112).

civil figurent en effet parmi les fondements privilégiés du droit de la responsabilité délictuelle[438], aux côtés de l'article 1384 alinéa 1er. De même, l'article 1147 du Code civil est-il le fondement qui sert de support à de nombreuses obligations insérées dans le contrat par le juge et qui rendit possible l'extension de la responsabilité contractuelle[439]. Le supprimer priverait d'assise, pour l'avenir, ces obligations. Si la limitation est évidente, elle n'est pas pour autant égale, selon les types de faits générateurs concernés.

153. Limitation inégale. Alors que la responsabilité du fait d'autrui trouve encore de nombreuses dispositions, dans le Code civil[440] et ailleurs[441], de même que la faute[442], force est de constater que la responsabilité du fait des choses subit une réduction plus drastique, de même que la responsabilité du fait des troubles de voisinage. Privé de son principe général, la responsabilité du fait des choses ne se composerait plus que des textes spéciaux, concernant des biens tout aussi spéciaux. Ainsi, les dommages causés par des aéronefs, téléphériques, installations nucléaires et autres véhicules terrestres à moteur, ou produits défectueux, continueront de faire l'objet d'une réparation. Les dommages causés par des biens *a priori* non dangereux ne sont plus concernés par la responsabilité civile. Les troubles anormaux de voisinage, pour leur part, ne font plus l'objet que d'une disposition dans l'article 6-1 de la loi du 6 juillet 1989[443].

La responsabilité contractuelle, pour sa part, est atteinte dans le seul domaine des obligations d'information et de sécurité, intégrées dans le contrat par le juge. Pour les contrats où ces obligations figurent l'essentiel (vente de certains biens, contrats passés avec certains

438Ainsi, une brève recherche sur le site légifrance nous apprend qu'en 2012, plus de 800 décisions sont rendues sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

439V. supra. n°36.

440L'on pense évidemment aux alinéas 4 à 7 de l'article 1384 du Code civil, concernant la responsabilité des parents du fait de leurs enfants, des commettants du fait de leurs préposés, et des artisans du fait de leurs apprentis. Rappelons pour mémoire que la responsabilité des instituteurs est une responsabilité, non pas du fait d'autrui, mais du fait personnel fautif. La responsabilité contractuelle offre aussi de nombreux cas de responsabilité du fait d'autrui. Ainsi, par exemple, le preneur à bail est tenu des dommages causés par les personnes de sa maison (art. 1735 du Code civil), l'entrepreneur répond des personnes qu'il emploi (art. 1797 du Code civil), le mandataire est responsable des dommages causés par les personnes qu'il se substitut dans la gestion des affaires du mandant (art. 1994Du Code civil).

441Par ex. responsabilité de la personne morale du fait de ses organes dirigeants, art. L. 651-1 C. com.; responsabilité de l'entrepreneur principal du fait des sous-traitants, art. 37, 38 et 39 de la loi du 18 juin 1966; responsabilité de l'assureur du fait de ses employés ou mandataires, art. L. 511-1 C. ass.; responsabilité des agences de voyage du fait des prestataires de service auxquels elles adressent leurs clients, art. 23 de la loi du 13 juillet 1992.

442La responsabilité du médecin, et autres professionnels de santé, est pour faute. La responsabilité des dirigeants de société est une responsabilité pour faute.

443Loi n°89-462 du 6 juillet 1989, tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n °86-1290 du 23 décembre 1986.

professionnels, comme l'avocat ou l'architecte), leur violation continuera d'être sanctionnée. Pour le reste, chaque contrat régira lui-même la responsabilité des contractants.

Que la suppression des clauses générales de responsabilité civile allait parvenir à limiter ladite responsabilité, cela ne faisait guère de doute. Il reste encore à apprécier cette limitation, tant au regard de la situation de la victime qu'au regard de la cohérence du système de responsabilité, ainsi privé d'une partie de ces dispositions.

2. Appréciation qualitative de la limitation de la responsabilité

154. Bienfaits limités. Cette limitation de la responsabilité apporte quelques bienfaits, mais ils sont limités.

Il apparaît que ce serait principalement la matière contractuelle qui aurait à profiter de cette suppression des clauses générales de responsabilité. En effet, comme nous l'avons annoncé, la suppression de l'article 1147 du Code civil priverait d'assise les obligations ajoutées au contrat par le juge, telles les obligations de sécurité et d'information. Ces obligations, qui, en sus d'être parfois artificiellement ajoutées au contenu obligationnel classique du contrat concerné, se révélaient être des sources de concours de responsabilités[444]. Aussi, la suppression de leur fondement amènera le juge à se livrer à un tri salutaire parmi ces obligations, entre celles qui relèvent naturellement du contrat et qui pourraient perdurer au regard de l'économie général de celui-ci et les autres, qui devront être abandonnées, à moins d'avoir été spécifiquement prévues par les parties. Le droit de la responsabilité contractuelle y gagnera certainement en cohérence.

Le droit de la responsabilité délictuelle, pour sa part, pâtirait de cette suppression des clauses générales de responsabilité qui créerait de nombreuses lacunes.

155. Lacunes nombreuses. L'extension de la responsabilité délictuelle a été commandée principalement par la volonté d'accorder à la victime la meilleure indemnisation possible. Outre la multiplication des régimes spéciaux, la création des clauses générales de responsabilité participe évidemment à la réalisation de cet objectif consistant à accorder à la victime une réparation dès lors qu'elle subit injustement un dommage. Supprimer les clauses générales de responsabilité irait à l'encontre de ce mouvement et conduirait à priver la victime d'indemnisation dans de nombreux cas.

Concernant la responsabilité du fait d'autrui, les deux types de responsabilités fondées sur l'article 1384 alinéa 1er n'existeraient plus. Or, il s'agit certainement du moindre

444V. supra., n°39 et s.

bouleversement que causerait la suppression des clauses générales de responsabilité, la victime pouvant dans certains cas recevoir une indemnisation sur un autre fondement. Ainsi, pour ce qui est de la responsabilité du fait des personnes dont l'on gère quotidiennement le mode de vie, l'État aura parfois vocation à réparer le dommage, lorsqu'il sera causé par un mineur ou un majeur protégé, en raison du risque créé[445]. La suppression de la responsabilité civile délictuelle dans certains cas aurait même pour effet direct de supprimer le concours des responsabilités civile et administrative[446]. Cependant, le juge administratif se dirige vers l'adoption du critère de la garde en la matière, critère identique au droit privé[447]. Si d'aventure le droit civil ne retenait plus ce critère de responsabilité du fait d'autrui, alors seules les victimes ayant subi un dommage causé par un mineur ou majeur délinquant ou protégé dont une personne publique est gardienne seront indemnisées. Pour l'heure, le juge administratif n'a fait qu'un usage limité de la notion de garde, les dommages causés par des mineurs délinquants bénéficiant de mesures libérales restant soumis au régime de responsabilité de l'État pour risques, le Conseil d'État ayant opté en la matière pour un cumul des

445Responsabilité sans faute de l'État, à raison du risque que crée certaines activités dangereuses, comme les sorties accordées aux détenus ou aliénés, ou des mesures alternatives à l'emprisonnement pour les mineurs délinquants. S'agissant du dommage causé par un mineur, le droit administratif connait de nombreux régimes de responsabilité. La responsabilité est sans faute lorsque le mineur est placé au titre de l'ordonnance de 1945, selon une jurisprudence bien établie(CE. Sect. 3 février 1956, Ministre de la justice c/ Thouzellier, Lebon p. 49, AJDA 1956, I, p. 96, chron. F. GAZIER.). C'est le cas lorsque le placement est effectué auprès d'un établissement public ou privé (CE. Sect. 19 décembre 1969, Etablissements Delannoy, Lebon p. 595, AJDA 1970, p. 99, chron. R. DENOIX DE SAINT-MARC et D. LABETOULLE.) ou bien auprès d'une personne de confiance (.CE. 5 décembre 1997, Garde des sceaux c/ Pelle, RFDA 1998, p. 575, note C. GUETTIER.). La responsabilité de l'État repose sur une présomption de faute lorsque le dommage est causé par un pupille de la nation (CE. 19 octobre 1990, Ingremeau, Lebon p. 284, AJDA 1990, p. 869, chron. E. HONORAT et R. SCHWARTZ.). Enfin, il s'agit d'une responsabilité de l'État pour faute prouvée dans les cas où le mineur ayant causé un dommage est placé sous assistance éducative au titre de l'article 375 du Code civil (CA Bordeaux, 2 février 1998, Cts Fraticola c/ département de l'Aude, AJDA 1998, p. 232, chron. G. VIVENS.).

446 Dans une affaire de dommage causé par un mineur en liberté surveillée, la Cour de cassation refusa d'exonérer l'association en charge du mineur, qui entendait échapper à sa responsabilité sous prétexte que l'État indemnisait déjà ce type de dommage, au motif que « sans préjudice de la responsabilité de l'État du fait des dommages causés par des mineurs délinquants confiés à des établissements chargés de leur rééducation dans le cadre d'une mesure de liberté surveillée, la responsabilité de l'association était engagée sur le fondement de l'article 1384 al. 1er du Code civil ». Civ. 2e, 9 décembre 1999, Bull. civ., II, n°189 ; D., 2000, jp. p. 73, note A-M. GALLIOU-SCANVION. Confirmé par : Civ. 2e, 7 mai 2003, Bull. civ., II, n°583, D., 2003, note M. HUYETTE, p. 2256.

447Dans sa jurisprudence la plus récente, le Conseil d'État a retenu un critère identique à celui retenu par le juge civil, la garde d'autrui, lorsqu'un mineur est placé dans un centre de protection judiciaire de la jeunesse (CE. 11 février 2005, GIE AXA Courtage, Lebon p. 45; CAA Douai, 17 mars 2005, Département du Nord, n°03DA00087, CAA Versailles 23 juin 2005, Département des Yvelines et département du Nord, n°03VE03896.; CE. 1er février 2006, Garde des sceaux c/ MAIF, AJDA 2006, p. 586, chron. C. LANDAIS et F. LENICA, RFDA 2006, p. 614, note P. BON.; D. MEILLON, *Un nouveau fondement pour la responsabilité sans faute des personnes publiques : la garde,* RDP, 2006, p. 1221 ; J-C. BARBATO, Élargissement *de la responsabilité de la puissance publique, 1. Le renouveau de la garde des personnes en droit administratif,* RFDA 2007, p. 780; G. LEBRETON, *Mise en garde contre l'irruption de la garde dans le droit de la responsabilité administrative,* D., 2007, p. 2817).

responsabilités et non une substitution de la garde au risque[448]. D'autre part, dans l'intérêt de la victime, lorsque le dommage est causé par un mineur en danger et un mineur délinquant, le régime de la responsabilité pour risque de l'État est applicable à l'ensemble de l'affaire, en plus de la responsabilité du gardien[449]. Cependant, le problème du manque d'harmonie des solutions en droit administratif resterait entier, les victimes de mineurs délinquants n'étant pas traitées de la même manière que les victimes de mineurs en danger, sauf le cas de coaction évoqué à l'instant[450]. L'on peut tout de même conclure à une faible perturbation de l'indemnisation des victimes sur ce point, car l'État, répondant solvable, prendrait efficacement le relais de la responsabilité civile chaque fois que le dommage est causé par un mineur (délinquant ou en danger ou pupille de l'État) ou un aliéné, ou encore un majeur délinquant.

Concernant l'autre volet de la responsabilité « générale » du fait d'autrui, celle du fait des personnes dont on encadre l'activité, force est de constater que la responsabilité contractuelle tend à prendre le relais de la responsabilité délictuelle toutes les fois où un contrat lie le répondant pour autrui et la personne exerçant l'activité[451]. Ce mouvement pourrait s'amplifier pour, à terme, combler totalement la lacune laissée par la suppression du régime général.

Le fait que la responsabilité du fait d'autrui n'ait pas atteint le degré de généralité qu'ont atteint les autres clauses générales explique sans doute que les lacunes causées par sa suppression soient si légères. La suppression des principes généraux de responsabilité pour faute, et de responsabilité du fait des choses laisserait la victime plus souvent démunie.

S'agissant de ces deux faits générateurs, la grande généralité des principes généraux n'a pas empêché l'édiction de textes spéciaux[452]. Ainsi, certains biens se sont vus attribués un régime dérogatoire, souvent en raison de la gravité des dommages causés, et donc de leur dangerosité (véhicules terrestres à moteur, installations nucléaires, produits défectueux). D'autres fois, ce sont les circonstances de la réalisation du dommage qui sont à l'origine d'un régime spécial

448 CE, 16 juin 2008, n°285385, Min. Justice c/ Assoc. Montjoie et MAIF, LPA, 20 mars 2009, note F. LOPES, p. 9.

449 CAA Nancy, 28 mai 2009, Min. Justice c/ Groupama Alsace, n°08NC00383.

450N. DROIN, *Réflexions sur le concept de « garde », nouveau fondement de la responsabilité sans faute de l'État?* JCP G, 2010, p. 835, spé. n°10 et 11; *Action subrogatoire: combinaison des jurisprudences Thouzellier et Axa Courtage*, conclusions de C. ROGER-LACAN, rapporteur public, sous l'arrêt CE, 17 mars 2010, AJDA, 2010, p. 1209.

451B. WALTZ, *Regard critique sur le critère de désignation du responsable du fait d'autrui,* RCA, novembre 2012, étude n°9, spé. n°9 et s.

452Sur les régimes spéciaux en matière de responsabilité du fait des choses, voir not. H. GROUTEL, *Les démembrements du régime général de responsabilité délictuelle du fait des choses,* in *La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire,* sous la direction de F. LEDUC, Économica, 1997, p. 61 et s.

(incendie, accidents du travail). Dès lors, la suppression de la clause générale de responsabilité prive la victime d'indemnisation lorsque la chose à l'origine du dommage n'est pas un des biens visés par ces textes spéciaux, ou que les circonstances ne sont pas celles visées par les lois spéciales. C'est tout un ensemble disparate de choses, meubles[453] ou immeubles[454], inertes[455] ou en mouvement[456], qui se trouveraient en dehors de toute législation pour le cas où elles causeraient un dommage. À première vue, la suppression du régime général de responsabilité du fait des choses pourrait être inopportune, au regard des nombreuses situations dans lesquelles il ne serait plus possible, en conséquence, d'engager la responsabilité du gardien, sauf à démontrer qu'il relève d'une autre responsabilité (fondée sur la faute, par exemple[457]).

La même observation pourra être formulée concernant la responsabilité pour faute, qui se limitera aux cas où le législateur a cru bon de préciser que la responsabilité n'est engagée qu'en cas de faute[458]. La responsabilité se trouvera fortement limitée, ce qui était notre objectif premier. Cependant, il est légitime de penser que cela engendrerait de graves perturbations du droit de l'assurance. En effet, la majeure partie des dommages assurés ne seraient plus réparés par le biais de la responsabilité civile. Dès lors, l'assureur se verra privé de son recours à l'encontre du civilement responsable, ou de son assureur[459]. Il en résultera, si nous voulons maintenir un niveau satisfaisant d'indemnisation des victimes, un transfert des coûts vers l'assurance. Or, l'augmentation des primes qui en résulterait risque fort de n'être pas supportable pour la plupart des ménages.

156. Conclusion. La réduction de la responsabilité civile ne doit pas seulement passer par la suppression des clauses générales de responsabilité. Cette première étape doit être accompagnée d'une réforme en profondeur de la responsabilité civile, afin de combler, si

453Un exemple parmi tant d'autres, Civ. 2e, 28 mars 2002, Bull civ., II, n°67, concernant le dommage causé par une balle de tennis, par l'intermédiaire de la raquette maniée par l'un des joueurs.

454Par ex. Civ. 2e, 19 juin 2003, Bull. Civ., II, n°200, concernant un glissement de terrain.

455V. par ex. Civ. 2e, 11 juillet 2002, Bull. Civ., II, n°175, concernant un escalier d'hôtel; Civ. 2e, 24 février 2005, Bull. Civ., II, n°51, concernant une baie vitrée.

456Par ex. Civ. 2e, 29 mars 2001, Bull. Civ., II, n°68, concernant un escalator.

457La responsabilité pour faute, d'ailleurs, concurrence le principe général autant que les lois spéciales de responsabilité du fait des choses, D. MAZEAUD, *Un principe général de responsabilité du fait des choses est-il réellement nécessaire? Point de vue du privatiste,* in La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire, *op. cit.,* p. 111 et s., spé. p. 114.

458L'on pense en particulier à la responsabilité médicale. La loi du 4 mars 2002 précisant que le praticien n'est, par principe, responsable que des dommages causés par sa faute, annonce rendue nécessaire suite à l'affaire Perruche, qui avait étendue la responsabilité médicale au-delà du raisonnable. (art. L. 1142-1 CSP).

459V. infra, n°620 et 638.

possible, les lacunes laissées par la disparition des deux grands principes de responsabilité générale, pour faute, et du fait des choses.
Il est nécessaire désormais de tenter de dégager les principes directeurs présidant à l'édiction de règles spéciales, en gardant à l'esprit le double objectif qui est le nôtre de limiter la responsabilité pour ensuite limiter, voire supprimer les concours, tout en maintenant un niveau d'indemnisation socialement acceptable pour les victimes.

§2. Les principes directeurs de la limitation de la responsabilité par l'édiction de règles spéciales

157. Objectif. Il s'agit ici d'identifier des principes directeurs qui permettront de guider, ensuite, l'élaboration de règles spéciales comblant les lacunes laissées par la suppression des clauses générales de responsabilité. Il s'agit de parvenir à une limitation raisonnable de la responsabilité civile, c'est -à-dire socialement acceptable.
158. Méthode. Une méthode comparative positiviste et prospective sera menée à cette fin. Il s'agira de cibler, dans les grandes familles de droit européen d'inspiration non romaniste, ne connaissant pas de clauses générales de responsabilité à l'image de celles qui ont cours en droit français, les moyens employés pour limiter la responsabilité. L'utilisation du droit comparé sera cependant limitée et raisonnée. Il n'est, en effet, pas question de proposer une transposition telle quelle des méthodes étrangères que nous aurions identifiées comme susceptibles de remplir nos objectifs. Une législation, en effet, est souvent éminemment nationale, dans le sens où elle est le fruit d'une tradition juridique, sociale et historique, propre à chaque État. Les droits étrangers ne constitueront donc, pour nous, qu'une source d'inspiration, au demeurant fort riche, aux côtés des projets de réforme de la responsabilité civile française qui ont pu voir le jour ces dernières années. Une fois identifiées les idées qui pourraient nous permettre d'atteindre notre objectif, encore faudra-t-il se livrer à un jugement de valeur les concernant, et, au besoin, en rejeter certaines, en élire d'autres, ou encore les adapter. L'étude des alternatives possibles est donc, pour des raisons pratiques, inséparable de leur évaluation dans le cadre du projet qui nous anime, à savoir tenter de proposer des réformes de la responsabilité afin de parvenir à une spécialisation de la matière à même de limiter, voire supprimer, les concours de responsabilités. Aussi présenterons-nous successivement ce que nous avons identifié comme les trois voies possibles: le recours à un système de délits spéciaux (A), le recours à la notion d'illicéité (B) et enfin le recours à la théorie de la relativité aquilienne (C).

A. Le système de délits spéciaux

159. Évidence. Dans la perspective qui est la notre de proposer une réforme visant à limiter la responsabilité civile en allant vers une spécialisation de la matière, le recours à un système de délits spéciaux relève de l'évidence. En effet, la suppression des clauses générales de responsabilité laissant subsister les textes spéciaux, ouvre naturellement la voie à la création d'un tel système. Les droits anglo-saxons constituent une source privilégiée d'inspiration, raison pour laquelle nous nous livrerons à une présentation succincte afin de comprendre l'ordonnancement possible d'un tel système (1). Nous évaluerons ensuite la capacité du système de délits spéciaux à limiter la responsabilité civile (2) puis nous discuterons l'opportunité de son adoption, en droit français (3).

1. Présentation

160. Annonce. Les systèmes de *common law* retiennent, comme faits générateurs de responsabilité, un ensemble de *torts*, ou délits spéciaux[460]. L'on distingue plusieurs catégories de torts, reposant sur différents faits générateurs.

161. *Tort of negligence*[461] ou la responsabilité pour faute. Il s'agit de la violation d'une obligation générale de diligence, qui peut prendre des formes variées (conseiller, produire des biens sains, veiller à la sécurité d'autrui)[462]. Une fois acquis la certitude de l'existence d'une telle obligation, les juges vont examiner le comportement de l'auteur du dommage en comparaison avec le standard de l'homme raisonnable, placé dans les circonstances de l'espèce. Le standard n'est pas une notion purement abstraite et ses qualités sont adaptées en fonction de l'auteur du dommage (professionnel ou non, exerçant ou non une activité dangereuse). Les circonstances ont leur importance et la violation de l'obligation sera fonction, entre autre, des probabilités de survenance du dommage et des difficultés de prendre des précautions pour qu'il ne se produise pas.

Cette responsabilité pour faute ressemble finalement à la responsabilité du fait personnel que connaît le droit français, du point de vue de l'appréciation de la faute. Cependant, le juge

460L'approche, volontairement globale, que nous avons adoptée, nous amenée à faire une synthèse des différents droits de *common law*, sans entrer dans les détails de chaque législation, ni les subtilités propres à chaque *torts*. Il ne s'agit là que d'un faisceau d'éléments propres à constituer une source d'inspiration pour une réforme du droit français de la responsabilité, pas d'une étude comparative approfondie.

461V. sur ce point V. CRISAFULLI, *De la négligence de la law of torts du Droit anglais,* Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1939.

462V. par ex. l'affaire Donoghue v. Stevenson, [1932] A.C. 562 à propos de l'obligation pour le fabricant de bouteilles de bière de veiller à la sécurité des consommateurs en proposant un produit sans danger (une cliente avait été malade après avoir bu la boisson vendue).

anglais utilisera un faisceau de critères pour définir la faute, là où le droit français ne propose pas une méthode aussi précise, avec le simple recours au standard du bon père de famille[463].

162. *Strict liability tort* ou la responsabilités sans faute. Le droit anglais connaît des cas de responsabilités sans faute. L'affaire Ryland vs. Fletcher[464], reconnaissant une responsabilité sans faute à l'usager d'un terrain sur lequel se sont accumulées des choses, qui, en se déplaçant, ont causé un dommage à autrui, au fond voisin (ex. infiltrations). Le droit américain a développé cette responsabilité sans faute dans deux directions. La première règle date de 1965, et retient la responsabilité de toute personne ayant fabriqué un produit défectueux, et dangereux en raison de ses défauts, envers le consommateur final. La seconde règle, posée en 1977, crée une responsabilité sans faute à l'encontre de toute personne se livrant à une activité anormalement dangereuse, et causant un dommage à l'occasion de cette activité (par exemple, emploi d'explosifs, de substances toxiques, sondages pétroliers).

163. *Intentional tort* ou la responsabilité pour faute intentionnelle. La particularité de ces types de responsabilité est de sanctionner des comportements graves, intentionnels. Elles garantissent la protection des droits fondamentaux. Certains, particulièrement graves, ne nécessitent pas la preuve d'un dommage pour entraîner la responsabilité, comme par exemple les atteintes à l'intégrité physique : le *battery*, consistant en un contact physique non consenti par la personne, *l'assault*, consistant en la peur du contact physique non consenti par la personne, ou encore le *false emprisonment*, que l'on peut traduire par le fait de séquestrer une personne.

Ces systèmes anglo-saxons paraissent relativement éloignés du système que connaît le droit français positif. La question est de savoir si, d'une part, un tel système permet effectivement de limiter la responsabilité civile et d'autre part, s'il est possible de s'en inspirer pour réformer la responsabilité civile française.

2. Capacité à limiter la responsabilité

164. Efficacité. Un système de délits spéciaux paraît, de prime abord, plus à même de contenir la responsabilité civile à l'intérieur d'un cadre contrôlé, que son opposé, le système de clauses générales de responsabilité. L'énumération des comportements, ou situations susceptibles d'entraîner la responsabilité, dans d'autres systèmes de droit, européens ou anglo-saxons, démontre combien la méthode est efficace.

463F. MALLARD, *Notion de dommage et types de dommages réparables en matière de responsabilité civile en Droit anglais,* Nantes, 2001, n°331 et s..

464Ryland v. Fletcher, [1868] L.R 3 H.L. 330.

165. Risques du manque de souplesse. Le risque d'un tel système tient dans sa rigidité. Les cas spéciaux ne permettent pas d'intégrer facilement de nouveaux cas de responsabilité. La création du *tort of negligence*, en droit anglais, comme en droit américain, démontre le besoin de recourir à un outil plus souple, laissant quelques latitudes au juge pour reconnaître une responsabilité, en dehors des cas strictement établis. Cependant, si ce type de tort n'est pas contenu[465], il risque fort de finir par ressembler à l'article 1382 du Code civil, puisqu'il se définit comme « la violation de l'obligation de prendre soin de ne pas causer le dommage »[466]. Un tel système n'est donc pas à l'abri d'un risque d'extension incontrôlée et n'est pas un garant absolu des limites de la responsabilité civile.

3. Opportunité d'une utilisation en droit français

166. Poursuite du mouvement de spécialisation. S'il est vrai que l'on oppose traditionnellement les droits de *common law* et les droits d'inspiration romaniste et germanique, nous avons montré que le droit français a pourtant su se doter de nombreuses dispositions spéciales de responsabilité. Cela ne suffit pas, évidemment, à en faire un système de délits spéciaux, tant que les clauses générales de responsabilité sont toujours en vigueur. Cependant, l'étude des concours de responsabilités montre que ces clauses générales subissent la concurrence de dispositions spéciales toujours plus nombreuses, et, quantitativement, sont reléguées au rang de dispositions palliatives des lacunes laissées par les règles spéciales[467]. Dès lors, l'abandon en droit français des clauses générales de responsabilité, en faveur d'un système de délits spéciaux, serait peut-être moins une révolution copernicienne que la poursuite logique d'un mouvement déjà bien avancé.

167. Aménagement des dispositions spéciales. Suite à la suppression des clauses générales que nous avions proposée, reste à déterminer quels pourraient être les domaines où les dispositions spéciales que connaît le droit positif suffiraient à constituer un système de délits spéciaux, et les domaines où, au contraire, il faudrait apporter quelques compléments, car la suppression de la clause générale a laissé de trop grandes lacunes.

168. Concernant la responsabilité du fait personnel. La suppression des articles 1382 et 1383 du Code civil a laissé de nombreuses dispositions spéciales fondant la responsabilité sur la faute, dans des matières spéciales, concernant surtout des professions particulières (droit

465Par exemple, à l'aide d'outils tels que le recours à la notion d'acte illicite (v. n°175 et s.), ou la théorie de la relativité aquilienne (v. n°193 et s.), nous reviendrons sur ce point.

466M. FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers,* Dalloz, 6e éd., 2009, p. 107.

467V. supra, n°25 et 26.

bancaire, droit des sociétés[468], droit médical[469]). Les lacunes risquent d'être fort nombreuses, puisque les comportements causant un dommage en dehors de ces cadres restreints ne seront plus sanctionnés par la responsabilité civile. Adopter les *torts* consistant en une violation du droit (*trepass*, *assault and battery*, *nuisance*) serait à même de combler les lacunes laissées par la suppression de la clause générale de responsabilité pour faute, tout en présentant l'avantage d'une limitation de la responsabilité. Les délits consistant en une atteinte à la morale n'auraient aucune utilité en droit français. La loi sur la presse de 1882, de même que l'article 9 du Code civil pour les atteintes aux droits de la personnalité ont d'ors-et déjà consommé leur rupture avec la responsabilité civile de droit commun et constituent déjà des délits spéciaux. Pour finir, la négligence ne devrait pas être introduite en droit français. Elle a servi aux pays anglo-saxons à sanctionner la méconnaissance d'obligations qui, en droit français, relèvent déjà d'une disposition spéciale (produire des biens sains, conseiller, ne pas blesser autrui dans un accident de la circulation, veiller à la sécurité de ses employés[470]).

169. Concernant la responsabilité du fait des choses. La suppression de la clause générale de l'article 1384 alinéa 1er du Code civil laisse de nombreuses dispositions spéciales, concernant au surplus les biens les plus dangereux (installation nucléaire, produit défectueux, véhicule terrestre à moteur, pour ne citer qu'eux), ou les situations qui ont justement présidé à la création d'un régime spécial (accidents du travail par exemple). Un tel système ressemblerait fort au droit de la responsabilité sans faute des États-Unis, qui retient la responsabilité sans faute de celui qui se livre à une activité dangereuse[471], ainsi que la responsabilité de celui qui a fabriqué des produits défectueux[472].

Reste que ce passage d'une responsabilité du fait des choses, pleinement générale, à une responsabilité aussi restrictive risque d'être jugée socialement inacceptable. C'est sur ce point que le passage des clauses générales vers un système de délits spéciaux risque de se heurter à la conception populaire de ce qu'est la responsabilité. Et pour cause, voilà près d'un siècle que l'on tient pour acquis que les dommages causés par une chose sont réparés par celui qui en a la garde. Un système de délits spéciaux forcerait le retour de situations, non prévues par le droit spécial, dans le giron de la fatalité. Pourtant, des arguments militent en faveur de la

468V. par ex. les articles L. 650-1 et L. 651-2 du Code de commerce prévoyant respectivement la responsabilité du banquier en cas de crédit abusif, et les modalités de l'action en comblement de passif.

469V. les articles L. 1142 du CSP et L. 114-5 du CASF concernant la responsabilité générale pour faute du praticien et la responsabilité spéciale du praticien ayant causé ou aggravé, par sa faute, le handicap d'un enfant.

470M. FROMONT, *op. cit.*, p. 106 et s.

471§ 519 du *Second restament*, 1977.

472§402A du *Second restament*, 1965.

suppression de la responsabilité du fait des choses telle que la conçoit le droit positif français, et qui ne connait que peu d'équivalents dans les droits étrangers[473]. Ainsi, il a pu être avancé que cette responsabilité, créée de prime abord pour faire face au développement du machinisme, avait perdu toute raison d'être depuis que la responsabilité du fait des accidents du travail avait pris habilement le relais[474]. D'autre part, de nombreux régimes spéciaux sont venus, petit à petit, retirer de son champ d'application, tantôt les véhicules terrestres à moteur, tantôt les produits défectueux, de telle manière qu'il ne reste plus, désormais, qu'un ensemble disparate, voire anecdotique, de choses susceptibles de causer un dommage relevant du régime général[475].

Finalement, le bilan cout-avantage semble pencher en faveur de la suppression de ce régime général de responsabilité, sans tentative de comblement du vide laissé[476]. De plus, la responsabilité du fait des choses du droit français se rapprocherait des droits des pays voisins, ce qui, à l'heure d'une harmonisation des différents droits européens, serait une bonne chose.

170. Concernant la responsabilité du fait d'autrui. La suppression des fausses clauses générales de responsabilité du fait d'autrui laisserait subsister quelques dispositions spéciales, principalement celles du Code civil. Le vide laissé par la suppression de ces deux types de responsabilité du fait d'autrui fondés, l'une sur la garde permanente d'une personne, l'autre sur le contrôle temporaire d'une activité, ne nous semble pas devoir être comblé, même partiellement. Plusieurs raisons limitent pour ce choix. Tout d'abord, le droit français fait actuellement figure d'exception, les autres droits européens ne retenant pas ces cas de responsabilité du fait d'autrui, pour généralement se limiter à la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs, et/ou à la responsabilité de l'employeur du fait de son préposé. Par ailleurs, bien que la faute ne semble être une condition que pour engager la responsabilité

473V. H. SLIM, *Un principe général de responsabilité du fait des choses est-il nécessaire? Point de vue du comparatiste,* in *La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire, op. cit.,* p. 133 et s. Quelques États, ayant subi l'influence française, ont retenu une disposition générale en matière de responsabilité du fait des choses: le Sénégal, l'Algérie, le Liban. L'Italie (art. 2051 et 2052 du Code civil), ainsi que la Belgique, connaissent aussi la responsabilité générale du fait des choses.

474J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps,* RTD civ., 2010, p. 1 et s., spé. n°1_ et 19. V. *contra*, la réponse de ph. BRUN, *De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses, et de quelques autres considérations sur ses prétendues répercussions négatives en droit des obligations,* RTD civ., 2010, p. 487.

475J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps,* RTD civ., 2010, p. 1 et s., spé. n°20 et s.

476À tout le moins, pas par le biais de dispositions spéciales de responsabilité du fait des choses. Il est cependant tout à fait envisageable de recourir à la responsabilité pour faute toutes les fois où le dommage sera causé par l'intermédiaire d'une chose, dont on peut rattacher le « comportement » à une personne fautive.

de celui dont on contrôle, à titre temporaire, l'activité[477], l'on constate qu'en pratique nombreux sont les cas où celui dont on doit répondre a commis une faute[478]. La responsabilité du fait personnel, pour faute, pourrait donc prendre le relais, qu'il s'agisse de celle de celui dont on doit répondre, ou de celle de celui qui organise le mode de vie, ou contrôle l'activité. De la sorte, le recours à un système de délits spéciaux, en matière de responsabilité du fait d'autrui, serait acceptable au regard de l'objectif d'indemnisation des victimes, qui trouveraient un autre fondement à leur action.

171. Concernant la responsabilité du fait des troubles anormaux de voisinage. Elle n'existe pas dans les droits anglo-saxons sous la forme que connaît le droit français. Or, les dommages réparés sous couvert de ce principe général se trouvent indemnisés, en droit anglais et américain, grâce au *tort* de *nuisance*, et à la règle contenue dans l'arrêt Rylands vs. Fletcher[479]. Les systèmes de délits spéciaux parviennent donc, par d'autres moyens, à une indemnisation équivalente au droit français. Cela aurait simplement pour effet, dans la plupart des cas, d'alourdir la charge probatoire de la victime, qui devra rapporter la preuve d'une faute. Il s'agit sans doute d'un changement relativement bénin, auquel il est possible de consentir.

172. Concernant la responsabilité contractuelle. La suppression de la disposition générale en la matière, la responsabilité contractuelle serait ainsi privée de la possibilité de s'écarter des prévisions des parties, et/ou de l'essence même de chaque contrat[480].

173. Bilan. Le droit français s'accommoderait semble-t-il assez bien d'un système de délits spéciaux. La responsabilité du fait personnel pour faute sera le domaine privilégié de création de nouvelles dispositions, les autres domaines de la responsabilité civile pouvant se contenter de la suppression de la clause générale correspondante.

Les droits étrangers de tradition non romaniste retiennent, en plus d'un système de délits spéciaux, d'autres outils que l'on suppose à même de limiter la responsabilité. La condition d'illicéité est l'un de ces outils.

B. La condition d'illicéité

477V. not., Civ. 2e, 20 novembre 2003, Bull civ., II, n°356; Civ. 2e, 26 octobre 2006, Bull. Civ., II, n°299, qui, bien que ne retenant pas l'application de l'article 1384 al. 1er, estime que le syndicat n'est pas responsable « des fautes commises personnellement par ceux-ci ».

478V. G. VINEY et P. JOURDAIN, S. CARVAL, *op. cit*., n°789-22; déjà concernant dans l'affaire donnant lieu à l'arrêt Blieck, celui dont on doit répondre mettait, par négligence, le feu à une forêt.

479Ryland v. Fletcher, [1868] L.R 3 H.L. 330.

480Voir supra. n°36.

174. Exception française. Si de nombreux droits européens retiennent explicitement la condition d'illicéité pour engager la responsabilité civile[481], ce n'est pas le cas du droit français, qui fait sur ce point figure d'exception. « Seul ou à peu près seul parmi les principes généraux de responsabilité délictuelle des différents Codes européens, le principe de l'article 1382 porte en lui la marque de l'originalité », en ne retenant pas « la double condition qu'exigent les autres Codes européens (caractère illicite de l'acte, état d'esprit coupable) »[482]. Dès lors, cette condition que le droit français ignorerait, pourrait être à même de restreindre la responsabilité civile, en resserrant les conditions nécessaires à son engagement. La notion d'illicéité doit, dans un premier temps, être présentée, d'abord en tant que condition de la responsabilité civile (1), puis comme outil de limitation de la responsabilité (2). Enfin, nous proposerons une lecture du droit positif français au crible de ce critère, afin de déterminer si, d'une part, cette condition est réellement absente du droit français et si, en cas de réponse positive, son intégration en droit français serait possible et à même de remplir nos objectifs (3).

1. L'illicéité comme condition de la responsabilité civile

175. Définition. L'illicéité tire son origine de la loi Aquillia, qui imposait que le dommage causé le soit contrairement au droit. Est illicite ce qui est contraire à un texte ordonnant ou prohibant explicitement un comportement, ou encore ce qui est contraire à l'ordre public et aux exigences fondamentales, même non formulées, de la société. En adoptant une posture plus globalisante encore, il est possible d'affirmer qu'est illicite tout ce qui est contraire au Droit[483]. Deux conceptions de l'illicite se conçoivent. L'une, objective, tend à considérer comme illicite toute atteinte à la sphère juridique d'autrui. Tout ce qui ne serait pas prohibé serait alors licite. L'autre conception, subjective, amène à condamner comme illicite tout dommage causé sans droit, c'est-à-dire sans autorisation. *In fine*, les deux conceptions se rejoignent en ce qu'elles sanctionnent la violation d'une règle de conduite objective, qu'elle

481L'on peut citer le Droit allemand, le §823 al. 1 du BGB exige, pour engager la responsabilité de la personne fautive, qu'il ait été porté « illicitement atteinte » à un droit absolu (vie, intégrité physique, liberté, propriété, auquel la jurisprudence a ajouté les droits généraux de la personnalité, le droit de l'entreprise à exercer son activité, et le droit à la sécurité des lieux publics ou des produits). Le Droit italien retient, lui aussi, la double exigence d'illicéité et de culpabilité à l'article 2043 du Code civil. Le Droit néerlandais pose le principe d'une responsabilité pour acte illicite pouvant être imputé à son auteur, au §6: 162 à 163 du Code. Quant au Droit suisse, la responsabilité y est toujours subordonnée au caractère illicite de l'acte dommageable (art. 41 et s. du Code des obligations).

482J. DELIYANNIS, *La notion d'acte illicite, considérée en sa qualité d'élément de la faute délictuelle,* LGDJ, 1952, n°4.

483Ces définitions sont issues du *Vocabulaire juridique* de Cornu, aux entrées *illicéité* et *illicite.*

prohibent un comportement pourtant adopté par l'auteur, ou que l'auteur ait causé un dommage sans autorisation expresse d'une règle de droit[484]. Est alors opérée une distinction entre fait dommageable et fait illicite. L'effet, c'est à dire la lésion d'un droit protégé, ne suffit pas. Il faut que le fait qui ait causé cet effet soit contraire aux prescriptions du droit. Toute la difficulté est alors de déterminer quelle est cette norme de comportement dont la violation constituerait un acte illicite. Au contraire du droit pénal, qui est soumis au principe de la légalité des délits et des peines et qui offre ainsi une image précise de l'illicite, le droit civil connait d'autres sources que le droit formel, qu'il est difficile d'appréhender par avance. En plus du droit écrit, le recours à la coutume et aux usages est en effet admis. Il ne faut pas, par ailleurs, négliger la source jurisprudentielle qui a beaucoup apporté au droit de la responsabilité civile[485]. Par ailleurs, le recours à la règle morale, que cela soit sous la forme des bonnes mœurs ou de la bonne foi, ou d'un appel, plus évanescent, à la notion de justice, peut être compté comme une source de droit[486]. De même, les nécessités de la vie sociale sont prises en compte par le juge lorsqu'il s'agit de déterminer les comportements qui, considérés comme injustes, seront prohibés[487]. Gabriel Marty remarque ainsi que « l'illicite en tant que source de responsabilité ne pouvait se réduire au concept formel de violation d'une disposition légale ou règlementaire applicable de façon précise au cas considéré »[488]. Dès lors, il est extrêmement difficile, au regard de la densité de la réglementation écrite, qui pourtant ne constituerait que la face émergée de l'iceberg, de décrire précisément les contours de la licéité. Aussi, pour tenter de mieux cerner la notion, essaierons-nous de déterminer les liens qu'elle entretient avec les différents faits générateurs de responsabilité.

176. La condition d'illicéité appliquée aux différents faits générateurs de responsabilité. La condition d'illicéité n'est pas à confondre avec la faute, le fait d'autrui, ou le fait de la chose dans les droits européen qui la retiennent. Distinguer les différents faits générateurs de responsabilité de la condition d'illicéité permettrait d'en faire un portrait en creux et de mieux cerner la notion.

177. Illicéité et faute. Distinguer l'acte illicite, violation d'une norme de comportement objective, de la faute, impose de faire de cette dernière une notion subjective. La faute est

484J. DELIYANNIS, *La notion d'acte illicite, considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle,* LGDJ, 1952, p. 8/9.

485V. en ce sens, J. DELIYANNIS, *op. cit.,* n°83 et s., spé. n°89 concernant le « juge législateur ».

486V. en ce sens, J. DELIYANNIS, *op. cit.,*n°20 et s.

487V. en ce sens, J. DELIYANNIS, *op. cit.,*n°56 et s.

488G. MARTY, *Illicéité et responsabilité, in Études juridique offertes à L. Julliot de la Morandière,* Dalloz, 1964, p. 339 et s., spé. p. 344.

donc un comportement adopté librement par son auteur. Le §823, al. 1er du BGB, en précisant que l'atteinte à autrui doit être portée « intentionnellement ou par imprudence », indique que la faute dont il est question doit être imputable à son auteur (le §827 du BGB imposant expressément la capacité de discernement). La jurisprudence affirme ainsi que la réparation n'a lieu que si le comportement de l'auteur est soumis au contrôle de la conscience et de la volonté. Il est alors fait référence à un standard, celui de l'adulte normalement diligent. Ce n'est que pour les enfants et les personnes âgées que l'on aura recours à une méthode subjective, en prenant en compte leurs capacités propres[489]. Alors que l'illicite est un donné objectif: la règle de conduite a été méconnue, la faute est un donné subjectif: il peut être procédé à une imputation matérielle et morale de l'acte dommageable sur le compte de l'auteur.

178. Illicéité et fait de la chose. Si la distinction entre faute et fait illicite est relativement aisée, la distinction entre fait d'une chose et fait illicite, semble de prime abord plus délicate. En effet, le fait illicite est la violation d'une norme de comportement, ou norme de civilité. Dès lors, il est difficile de le concevoir en dehors d'un comportement humain. Il faudrait que le fait de la chose, en plus d'avoir causé un dommage, soit la violation d'une norme de comportement objective, ce qui amènerait obligatoirement à rechercher cette violation, non pas dans le fait de la chose, mais dans son maniement par le gardien. Or, fait personnel et fait de la chose sont clairement distingués, en droit français comme dans la majorité des autres droits européens[490]. Ces législations, qui ne connaissent pas de clause générale de responsabilité du fait des choses, à l'instar du droit français, ont adopté des lois spéciales qui fondent, la plupart du temps, ces responsabilités du fait des choses sur le risque. Les choses visées sont particulièrement dangereuses (chemins de fer, véhicule à moteur, produit défectueux) ou risquent de causer des dommages importants (accidents du travail, atteintes à l'environnement)[491]. Détachées de la faute et même du comportement de la personne

489V. R. LEGEAIS, *Grands systèmes de droit contemporains, approche comparative,* Litec, 2è éd., 2008, n °512.

490Le Droit allemand ne retient la responsabilité pour faute présumée que pour les dommages causés par le ruine d'un bâtiment et le fait des animaux domestiques (§835 et 836 du BGB). Le Droit italien, pour sa part, adopte un régime de responsabilité pour faute présumée pour la responsabilité du fait des activités dangereuses (art. 2050) et des bâtiments (art. 2053), des animaux et des choses que l'on a sous sa garde (art. 2051 et 2052).

491Par ex., le Droit italien, par une loi du 6 juillet 1986, retient une responsabilité sans faute pour les dommages écologiques, de même que le droit allemand, par une loi pour les atteintes à l'environnement du 10 décembre 1990. La responsabilité du fait des produits défectueux est par ailleurs transposée dans les payes de L'UE, et repose, comme en France, sur la théorie du risque. Le droit néerlandais retient une responsabilité sans faute pour le fait des animaux (§6:179) et des bâtiments dangereux (§6:174), du fait des choses entachées d'un vice inhérent (§6:173), ou encore du fait des choses dangereuses pour l'environnement (§6:175).

finalement désignées comme responsable (gardien de la chose, exploitant de l'activité ou de l'installation), ces responsabilités ne peuvent reposer sur la conception de l'illicite défini comme la violation d'une norme de comportement. Même, la condition d'illicéité n'est pas expressément exigée. Est-ce à dire pour autant qu'elle n'existe pas? Nous ne le pensons pas. Dans ces cas, « un individu est reconnu responsable alors qu'un événement qui n'aurait pas du se produire (le dommage) a été provoqué par un fait qui n'est pas celui de l'individu déclaré responsable. [492]». Dès lors, dans les systèmes retenant cette conception de la responsabilité du fait des choses, est illicite le fait d'une chose, spécialement désignée par une règle de droit, causant un dommage à autrui, lui aussi spécialement désigné par la règle de droit. C'est le fait que la « relation causale » soit prohibée par le droit qui déclenche la responsabilité du gardien de la chose[493]. Le système de lois spéciales est alors le corollaire de l'exigence de l'illicéité. Toute chose causant un dommage ne sera pas susceptible d'engager la responsabilité de son gardien, mais seulement les choses désignées comme étant porteuses d'un risque pour l'intégrité corporelle des personnes, ou l'intégrité matérielle des autres choses.

179. Illicéité et fait d'autrui. Les liens entre le fait d'autrui et le fait illicite sont les plus complexes, car la responsabilité du fait d'autrui suppose au préalable établie la relation entre le répondant et celui dont il répond, ce qui est certainement une question plus délicate que celle qui consiste à déterminer quand une personne entretient un tel lien avec une chose. Alors que l'on conçoit sans peine qu'une chose ou un animal puisse être sous la garde pleine et entière d'une personne, la liberté d'agir de chaque individu semble être un frein naturel à la reconnaissance de la responsabilité du fait d'autrui. Dès lors, la reconnaissance de la qualité de répondant, c'est-à-dire accorder à un individu la possibilité de répondre des dommages causés par un autre que lui, a logiquement lieu dans un nombre limité d'hypothèses. On observe ainsi que le répondant est une personne qui exerce une autorité légitime sur autrui, que cette personne soit soumise, en raison de son état ou de ses capacités, à une surveillance particulière (mineurs, majeurs handicapés) ou qu'elle entretienne un lien de préposition avec le répondant (préposé).

Ces précisions liminaires étant apportées, l'illicéité paraît pouvoir jouer un rôle à deux niveaux. Soit l'on place la responsabilité du fait d'autrui dans le giron de la responsabilité du fait personnel et l'on exige que le répondant, celui dont on doit répondre, ou bien les deux,

492M. PUECH, *L'illicite dans la responsabilité civile extracontractuelle,* LGDJ, 1971, p. 111.

493V. M. PUECH, *L'illicite dans la responsabilité civile extracontractuelle,* LGDJ, 1971, Partie 1, titre second, l'illicéité, réalisation d'une relation causale prohibée, p. 111 et s.

ait/aient commis un acte illicite à l'origine du dommage. Soit l'on raisonne en matière de responsabilité du fait d'autrui comme l'on peut le fait en matière de responsabilité du fait des choses et l'on considère que le fait illicite n'est pas à rechercher dans le comportement des personnes impliquées, mais dans la relation causale entre le fait de celui dont on doit répondre et le dommage. Au même titre que certaines choses portent en elles le risque de causer un dommage, risque dont il paraît juste de protéger les victimes potentielles, certaines personnes sont susceptibles de causer des dommages, dont il est juste de protéger les victimes potentielles. Simplement, ces personnes sont, soit dans une disposition d'esprit particulière (mineurs, majeurs handicapés) soit dans un état de préposition (préposé), qui justifie qu'elles ne réparent pas personnellement le dommage.

Les droits européens retenant la théorie des actes illicites sont, sur ce point, relativement divisés. Le droit néerlandais retient une responsabilité sans faute du répondant, pour tout fait illicite causé par celui dont il doit répondre[494], ce qui est une habile combinaison des deux alternatives précédemment évoquées et a le mérite de composer un droit de la responsabilité du fait d'autrui fort cohérent. En droit italien, la personne en charge d'un incapable ou d'un enfant répond des dommages causés par ceux-ci (art. 2046-2048 C. civ.), de même que le commettant répond des dommages causés par le préposé (art. 2049 C. civ.). La seconde voie semble donc empruntée par le Code civil italien, selon laquelle c'est la réalisation d'une relation causale prohibée qui est sanctionnée par la responsabilité du fait d'autrui. La possibilité pour les parents de s'exonérer en prouvant qu'ils ont pris toutes les mesures pour empêcher le dommage, cependant, réintroduit l'examen du comportement du répondant. Pour finir, le droit allemand repose sur la faute présumée du répondant, d'intensité variable. Ainsi, lorsque le préposé cause un dommage par un acte illicite (même non fautif), le commettant est responsable sans pouvoir prouver qu'il a bien choisi, surveillé, ou encore équipé le préposé (§ 831 BGB). La présomption est alors irréfragable. Pour ce qui est des personnes débitrices d'une obligation de surveillance, leur responsabilité est conditionnée par la commission d'un acte illicite de la personne soumise à surveillance. Le droit leur laisse cependant la possibilité de prouver qu'elles ont correctement satisfait à leur obligation de surveillance (§ 832 BGB).

La conception de l'illicite en matière de responsabilité du fait d'autrui semble davantage reposer sur un choix de politique juridique que sur l'adoption d'une théorie solide de l'illicite

494Cela concerne les quatre cas prévus par le Code: responsabilité des parents du fait de leurs enfants (§6: 169), des commettants du fait de leurs préposés (§6: 170), des personnes pour lesquelles travaillent des professionnels indépendants (§6: 171), du représenté pour les actes de son représentant (§6: 172).

dans cette matière. Il conviendra donc de s'interroger sur cette question, à l'aune des choix déjà effectués en droit français, lorsqu'il s'agira de tenter une intégration de cette théorie dans nos propositions de réforme.

Le droit français distinguant traditionnellement la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle, il convient pour finir de s'interroger sur la place de l'illicite dans la responsabilité contractuelle.

180. Illicite et responsabilité contractuelle. Étudiant la notion d'illicéité, un auteur a pu limiter son propos à la seule responsabilité délictuelle car, si « le contrat peut apparaître comme un prolongement de l'ordonnancement juridique; (...) le monde clos qu'il tend à constituer entre contractants a des caractères très particuliers et la violation par le débiteur de ses obligations contractuelles ne constitue pas pour l'étude de l'illicite un domaine d'observation aussi approprié que ne l'est la responsabilité délictuelle ou extra-contractuelle, laquelle confronte le comportement de l'agent avec des normes générales de conduite »[495]. Or, il nous semble qu'au contraire, c'est justement le fait que le contrat crée un « monde clos », à l'intérieur duquel les parties ont déterminé les règles propres à régir leur relation, qu'il est plus aisé de concevoir l'illicéité au sein du contrat qu'au sein de la responsabilité civile délictuelle. Le contractant est en effet débiteur d'un certain nombre d'obligations, précisément déterminées, dont la violation sera de facto considérée comme un acte illicite. Imposer une faute, c'est-à-dire exiger l'imputation matérielle et/ou psychologique de cette violation de la règle fixée par le contrat, relève d'un choix de politique juridique, dont nous aurons l'occasion de discuter lors de la tentative d'intégration en droit français de cette condition d'illicite.

Avant cela, encore faut-il évaluer la capacité de la condition d'illicéité à limiter la responsabilité civile.

2. Utilité comme outil de limitation de la responsabilité civile

181. Apparente limitation de la responsabilité. L'illicite peut apparaître comme une condition limitant efficacement la responsabilité, dans une mesure raisonnable. En effet, l'illicite constitue un critère de discrimination entre les comportements dommageables susceptibles d'engager une responsabilité civile et ceux qui, au contraire, relèveront de la sphère de liberté de l'auteur, quand bien même ils causeraient un dommage à autrui. De même, l'illicite en matière de responsabilité du fait des choses permet d'opérer une discrimination préalable entre les choses, susceptibles de causer des dommages, dont il faut

495G. MARTY, *Illicéité et responsabilité, op. cit.,* p. 340.

protéger les personnes et les biens, et les autres choses qui, bien que concrètement susceptibles de causer un dommage, ne pourront pas permettre d'engager la responsabilité de la personne qui les détient ou les utilise.

In fine, grâce à cette condition, le droit de la responsabilité opère une césure plus nette entre les situations dommageables entraînant une obligation de réparation et les situations dommageables qui resteront à la victime comme une charge acceptable et raisonnable des conséquences de la vie en société. Cependant, puisque l'opération permettant de déterminer si un fait, personnel ou d'une chose, est illicite, repose sur l'analyse des normes de comportement, ou des relations causales prohibées par le droit, il existe un risque d'extension de la responsabilité.

182. Possible extension incontrôlée de la responsabilité. En évoquant la définition de l'illicite, nous avions d'emblée annoncé qu'il était impossible que la norme de comportement servant à l'identification de l'illicite soit contenue uniquement dans les lois et règlements, autrement dit, dans les sources écrites du droit. Aussi avons-nous ajouté, au rang des sources utilisables, les usages et la coutume, ainsi que les normes d'origine jurisprudentielle. Or, il est possible d'élargir encore le spectre des règles utilisées en référence. Ainsi, a-t-on pu avancer que la notion d'acte illicite « s'étendrait jusqu'à la violation de la règle de civilité, de la règle de bonne conduite sociale »[496]. Quoi de plus insaisissable, de plus évanescent, que ces règles de bonne conduite sociale, qui, pour la latitude qu'elles laissent au juge, apportent certainement une souplesse qui manque à un système de délits spéciaux, mais n'en risquent pas moins de ruiner la limitation de la responsabilité que ledit système se propose de réaliser.

La technique n'est donc pas forcément efficiente, en fonction du corpus de règles admises à permettre la qualification d'acte illicite, ou de relation causale prohibée. Au surplus, elle semble indissociable d'un système de délits spéciaux qui, lui seul, permet de cerner précisément les contours de l'illicite.

Conscient de ces faiblesses, tentons d'intégrer en droit français, allégé de ces clauses générales de responsabilité, cette théorie de l'acte illicite.

3. Intégration en droit français

496G. MARTY, *Illicéité et responsabilité, op. cit.,* p. 345. Le juge allemand a pu, en effet, retenir qu'un acte n'est pas illicite en raison seulement du dommage causé, mais parce que le comportement du responsable est en contravention avec les règles de la conduite sociale correcte, ce qui constitue un élargissement considérable des normes potentiellement à même de permettre la qualification d'un acte illicite, Chambres réunies du BGH, 4 mars 1957, BGHZ, 24,21.

183. Intérêt du droit prospectif pour la notion. Il est remarquable que les différents projets de réforme du droit des obligations considèrent l'illicite comme une condition de la responsabilité. Ainsi, l'avant projet Catala[497], annonce à l'article 1340 que « tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage à autrui oblige celui à qui il est imputable à le réparer ». Ce texte d'annonce, qui vise à introduire les dispositions sur la responsabilité civile, distingue clairement le fait illicite et l'imputation à son auteur. De son côté, l'article 1 des propositions effectuées par le groupe de recherche présidé par François Terré[498] définit le délit civil comme « tout dommage illicitement causé à autrui ». L'article poursuit en précisant que l'obligation de réparer le dommage nait lorsque celui-ci trouve sa cause dans une faute, ou bien, en l'absence de faute, lorsque la loi dispose dans ce sens. Cependant, la distinction n'est pas maintenue par les deux projets avec la même constance lorsqu'il s'agit de définir précisément la faute. Le projet Catala estime en effet que « constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par une loi ou un règlement ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence »[499]. Or, c'est confondre les notions de faute et d'acte illicite, au regard de la définition que nous avions donnée de la notion. Le projet Terré, pour sa part, présente une plus grande rigueur en annonçant, à l'article 5 du projet, que « la faute consiste, volontairement ou par négligence, à commettre un fait illicite. Un fait est illicite quand il contrevient à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence et de diligence ». Faute et acte illicite sont plus clairement distingués dans ce projet.

Pour ce qui concerne la responsabilité du fait des choses, la condition d'illicéité disparaît, autant dans le projet Catala[500] que dans le projet Terré, même si ce dernier limite la responsabilité aux cas où la chose est viciée, ou présente une position anormale (art. 20). Concernant la responsabilité du fait d'autrui, le projet Catala impose du primo responsable un fait dommageable de nature à engager sa propre responsabilité, ce qui signifie donc une faute, ou un acte illicite, puisque les deux notions sont confondues dans le projet (art. 1355, al. 2).

497*Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, sous la direction de P. CATALA, La documentation française, 2006.

498*Pour une réforme du droit de la responsabilité civile,* sous la direction de Fr. Terré, Dalloz, 2011.

499Art. 1352 du projet.

500Art. 1354 , on est responsable de plein droit 29 des dommages causés par le fait des choses que l'on a sous sa garde. Art. 1354-1,le fait de la chose est établi dès lors que celle-ci, en mouvement, est entrée en contact avec le siège du dommage. Dans les autres cas, il appartient à la victime de prouver le fait de la chose, en établissant soit le vice de celle-ci, soit l'anormalité de sa position ou de son état. Art. 1354-2, le gardien est celui qui a la maîtrise de la chose au moment du fait dommageable. Le propriétaire est présumé gardien. Art. 1354-3, ni le vice de la chose, ni le trouble physique du gardien ne constituent une cause d'exonération.

Le projet Terré retient l'exigence de la constatation d'un délit civil de la part de celui dont on répond (art. 13), c'est-à-dire d'un acte illicite selon ledit projet.

Enfin, les deux projets maintiennent la distinction entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle. Le projet Catala met sur un même plan, sans les confondre, l'acte illicite causant un dommage à autrui et l'inexécution d'une obligation contractuelle causant un dommage à autrui (art. 1340). Le projet Terré se contente de préciser, à l'article 159 du projet de réforme des contrats[501], que l'inexécution, ou l'exécution imparfaite du contrat, peut entraîner l'allocation de dommages et intérêts.

Cette intégration en demi-teinte de la notion d'illicite dans les projets de réforme nous conforte dans notre volonté de poursuivre l'exploration de cette voie. Il nous reste à déterminer les changements qu'impliquerait l'intégration de l'illicéité comme condition de la responsabilité civile, telle que nous l'avons définie précédemment et, le cas échéant, d'apprécier l'opportunité de ces évolutions.

Pour mener à bien cette étude des modifications que subirait le droit français si d'aventure l'on décidait d'intégrer la condition de l'illicéité, nous reprendrons successivement les trois types de faits générateurs de responsabilité délictuelle que sont la faute (a), le fait des choses (b), et le fait d'autrui (c), ainsi que le fait générateur de la responsabilité contractuelle, à savoir la violation d'une ou plusieurs obligations nées du contrat (d).

a. Intégration de la condition d'illicéité dans la responsabilité pour faute

184. Faible modification du droit français. Admettons-le d'entrée de jeu, intégrer la condition d'illicéité dans la responsabilité pour faute du droit français ne changerait guère la donne. Le droit français est en effet trompeur sur ce sujet. Ce n'est qu'en apparence que la responsabilité du fait personnel, toute entière tournée vers la faute, ne connait pas la condition d'illicéité. Les auteurs s'étant penchés sur la question ont eu tôt fait de remarquer que derrière la notion française de la faute se cache en réalité la condition d'un acte illicite. Planiol, en définissant la faute comme la violation d'une obligation préexistante faisait d'elle un acte nécessairement illicite[502]. Dès lors, l'illicéité, en droit français, est une condition intrinsèque de la faute. La différence avec le droit allemand, ainsi, n'est pas aussi fondamentale qu'il y paraît. Là où le droit d'influence germanique retient deux conditions, l'acte illicite (violation

501*Pour une réforme du droit des contrats,* sous la direction de FR. TERRÉ, Dalloz, 2009.

502V. par ex. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français,* T. VI, Les obligations, 2e éd. par P. ESMEIN, LGDJ, 1952, n°477.

d'une norme de comportement) et la faute (imputation de cette violation à son auteur), le droit français connaît une définition de la faute qui contient ces deux conditions.

Dès lors, le seul avantage à exiger expressément un acte illicite, susceptible d'être imputé à son auteur, serait de clarifier les éléments d'ors-et-déjà constitutifs de la faute. En effet, la fonction allouée à la faute en droit français « conduit à envisager l'illicéité tout à la fois comme un produit et une condition de la faute (et inversement la faute tout à la fois comme une source et un produit de l'illicéité). La contradiction logique est patente. Mais elle est inhérente à notre conception universaliste de la responsabilité pour faute. »[503].

185. Limites à l'intégration de l'illicéité. L'illicéité n'est pas une inconnue du droit français. Elle n'est simplement pas conçue de manière autonome de la faute. L'intégrer en droit français comme s'il s'agissait là d'une petite révolution ne produirait que l'illusion de la nouveauté. Le cantonnement du droit de la responsabilité du fait personnel dans les droits allemand, néerlandais, ou encore italien, ne tient pas seulement à l'exigence d'un fait illicite en plus de la faute, mais aussi et surtout, au système de délits spéciaux qui l'accompagne, ainsi qu'à la relativité aquilienne[504]. Dès lors, le droit français de la responsabilité du fait personnel ne saurait être limité par l'intégration d'une condition qu'il connait déjà, mais bien par une conception restrictive des actes qualifiés d'illicites. Pour cela, deux méthodes sont possibles. Soit l'on réduit l'étendue des normes de comportement qui, une fois méconnues, constituent un acte illicite, ce qui correspond à un système de délits spéciaux. Soit l'on considère qu'il n'y a acte illicite que lorsque l'intérêt lésé est spécifiquement celui que se proposait de protéger la règle de comportement violée, ce qui revient à adopter la théorie de la relativité aquilienne.

b. Intégration de la condition d'illicéité dans la responsabilité du fait des choses

186. L'illicite, outil insuffisant de limitation de la responsabilité du fait des choses. Comme décrit précédemment, l'illicite, en matière de responsabilité du fait des choses, ne repose pas *stricto sensu* sur la violation d'une norme de comportement, mais sur la réalisation d'une relation causale prohibée. L'illicite, ainsi conçu, ne saurait être un outil efficace de limitation de responsabilité du fait des choses qu'à la condition que les règles édictant les dites relations causales prohibées adoptent une conception restreinte des choses et/ou des dommages susceptibles de déclencher cette responsabilité. En effet, le droit positif français

503C. BLOCH, *Définition de la faute, in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile,* sous la direction de FR. TERRÉ, Dalloz, 2011, p. 104.

504Nous ne développerons pas cette notion ici, qui fera l'objet d'une étude plus ample par la suite. Infra, n°192 et s.

n'est pas en désaccord avec cette conception de l'illicéité. Simplement, seules les règles spéciales en matière de responsabilité du fait des choses apportent une discrimination quant à la chose cause du dommage ou quant au dommage réparable. La règle générale posée à l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil n'opère aucune distinction. Pour autant, il est possible de considérer que la responsabilité générale du fait des choses est fondée sur la réalisation d'une relation causale prohibée selon laquelle est illicite tout dommage causé par toute chose. La responsabilité est ensuite assumée par le gardien auquel l'on peut imputer les conséquences dommageables du fait de la chose.

Démonstration est faite que la notion d'illicéité n'est pas capable de permettre une limitation efficace de la responsabilité du fait des choses. La suppression de la clause générale de responsabilité du fait des choses, ne laissant survivre que les dispositions spéciales en la matière, est une méthode efficace, dont le résultat n'est pas amélioré par le recours à l'illicéité.

c. Intégration de la condition d'illicéité dans la responsabilité du fait d'autrui

187. Usage inégal en droit positif. Le droit positif de la responsabilité du fait d'autrui fait un usage inégal de la notion d'acte illicite. La responsabilité parentale, ainsi, ne laisse aucune place à la notion, puisqu'un simple fait causal de l'enfant peut engager la responsabilité sans faute de ses parents[505]. La responsabilité du commettant est en revanche engagée en cas de faute du préposé dans l'exercice de ses fonctions[506], l'abus de fonction de la part de ce dernier étant à même d'empêcher la responsabilité du commettant[507]. Les cas généraux fondés sur l'article 1384 al. 1er sont divisés sur la question. La responsabilité des personnes encadrant, temporairement, l'activité d'autrui, est engagée en cas de faute du participant à l'activité[508], alors que la solution n'est pas posée avec autant de clarté s'agissant de la responsabilité de celui qui accepte d'organiser et contrôler, à titre permanent le mode de vie d'autrui[509].

188. Possibilités. L'exigence d'un fait illicite en matière de responsabilité du fait d'autrui peut, nous l'avions annoncé, se faire à plusieurs niveaux. Soit l'on exige un acte illicite de celui dont on doit répondre, soit du répondant, soit des deux. Chacune des solutions se justifie par une conception particulière de la responsabilité du fait d'autrui.

505La solution résulte de la combinaison des arrêts *Fullenwarth*, Ass. Plén., 9 mai 1984, Bull. Civ., n°4; Levert, Civ. 2e, 10 mai 2002, Bull. Civ., II, n°96; et Bertrand, Civ. 2e, 19 février 1997, Bull. Civ., II, n°56.

506Civ. 2e, 8 octobre 1969, Bull. Civ., II, n°269.

507Ass. Plén. 19 mai 1988, Bull. Civ., n°5.

508V. not., Civ. 2e, 20 novembre 2003, Bull civ., II, n°356; Civ. 2e, 26 octobre 2006, Bull. Civ., II, n°299, qui, bien que ne retenant pas l'application de l'article 1384 al. 1er, estime que le syndicat n'est pas responsable « des fautes commises personnellement par ceux-ci ».

509V. G. VINEY et P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les condition de la responsabilité, op. cit.*, n°789-22.

Exiger que l'acte illicite soit commis par celui dont on doit répondre et non par le répondant rapproche cette responsabilité de la garantie, tout en protégeant le primo responsable. En effet, la victime peut agir à la fois contre le primo responsable et le répondant, ce qui multiplie ses chances d'obtenir une réparation. Le fait que le répondant offre généralement des garanties de solvabilité plus grandes que le primo responsable est à même d'inciter la victime à agir en priorité contre lui, ce qui protège le primo responsable des feux de la rampe judiciaire.

Exiger un acte illicite de la part du répondant et non de la part de celui dont il doit répondre n'est pas une solution viable si l'on veut conserver le concept de responsabilité du fait d'autrui, car cela aura pour effet de faire de la responsabilité du répondant une responsabilité du fait personnel, à l'instar de la responsabilité des instituteurs.

Pour finir, exiger un acte illicite de la part de celui dont on doit répondre et du répondant, conduit à créer une responsabilité du fait d'autrui fondée sur deux étages de responsabilité. La responsabilité du fait d'autrui s'éloignerait alors définitivement de l'idée de garantie, pour entrer pleinement dans le giron de la responsabilité *stricto sensu*.

189. Choix. Étant donné que nous avions précédemment fait le choix de supprimer les clauses générales de responsabilité, dont les cas généraux de responsabilité du fait d'autrui, il convient de ne s'intéresser ici qu'aux cas spéciaux. Nous nous plaçons en faveur d'une responsabilité du fait d'autrui exigeant un acte illicite de la part de celui dont on doit répondre et non de la part du répondant. Cette solution présente l'intérêt de limiter la responsabilité, tout en maintenant dans la plupart des cas, l'indemnisation de la victime. Il ne nous semble pas, cependant, nécessaire d'exiger que le fait illicite soit fautif pour engager la responsabilité du répondant pour autrui, il peut aussi s'agir du fait d'une chose sous la garde de celui dont on doit répondre. Cette solution aurait le mérite d'harmoniser les différentes responsabilités du fait d'autrui, en retenant des conditions identiques pour tous les cas spéciaux.

d. Intégration de la condition d'illicéité dans la responsabilité contractuelle

190. Faible intérêt du recours expresse à l'illicite. Actuellement, la responsabilité contractuelle est engagée lorsque l'inexécution ou la mauvaise exécution d'une obligation contractuelle cause un dommage au cocontractant. La conception d'obligation contractuelle est relativement large, puisque le juge retient, à ce titre, non seulement toutes les obligations expressément prévues par les parties, mais aussi des devoirs généraux qu'il n'hésite pas à

intégrer au contrat[510]. Retenir la condition d'illicéité, en son sens premier de comportement contraire à la règle de conduite émise par le contrat, n'est donc guère à même de limiter la responsabilité contractuelle, puisque le droit positif adopte déjà cette position. La solution de la limitation de la responsabilité contractuelle n'est donc pas dans la notion d'acte illicite mais, comme nous l'avions déjà considéré, dans une appréciation stricte des règles de conduite qui, une fois violées, sont susceptibles d'engager la responsabilité du contractant. Il convient de ne retenir, au titre des obligations contractuelles, que celles qui sont expressément retenues par les parties, ainsi que celles qui, bien que non formulées, participent de l'essence du contrat[511].

191. Bilan. Deux constats apparaissent. Premièrement, l'illicéité, comme condition de la responsabilité civile, n'est pas forcément à même de limiter l'étendue de la responsabilité. Deuxièmement, la notion n'est pas, contrairement à ce que l'on pourrait croire, inconnue du droit français. Dès lors, sa réception en droit positif ne serait pas un si grand bouleversement que cela et ses effets seraient, au regard de notre objectif, relativement limités. En réalité, la condition d'illicéité prend pleinement sens lorsqu'elle est associée à un système de délits spéciaux et qu'est retenue en parallèle la théorie de la relativité aquilienne. Il s'agit, pour en terminer avec l'étude des principes directeurs qui pourraient guider notre réforme de la responsabilité, de découvrir maintenant ce que cette théorie aurait à offrir.

C. La théorie de la relativité aquilienne

192. Annonce. Inconnue véritable du droit français, la notion de relativité aquilienne fera l'objet d'une rapide présentation (1), puis nous verrons dans quelle mesure il est possible d'appliquer cette théorie en droit français (2).

1. Présentation

193. Outil évident de limitation de la responsabilité. La théorie de la relativité aquilienne « s'inscrit dans le cadre des tentatives faites pour maintenir la responsabilité civile dans des limites raisonnables »[512]. Le recours à cette théorie enferme la responsabilité dans une double limite, en autorisant l'indemnisation des seules personnes protégées par la règle violée, pour les dommages visés par cette règle. La responsabilité repose alors sur l'idée que les règles ont

510Cf. supra, n°35 et s.
511Ibid.
512J. LIMPENS, *La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé,* Mélanges offerts à R. Savatier, Dalloz, 1965, p. 559, spé. n°4.

une finalité, qu'il convient de respecter. La relativité, à ce titre, est à la fois personnelle (seules les personnes protégées peuvent agir) et matérielle (seuls les dommages visés par la règle sont réparés)[513].

194. Utilisation actuelle. Ayant pris naissance en Allemagne, la relativité aquilienne a conquis les droits anglo-saxons, ainsi que le droit néerlandais. Le §823 du BGB, en son alinéa 1, retient en apparence seulement la théorie de la relativité matérielle, en ce sens que la responsabilité est engagée dès lors que l'acte illicite fautif de l'auteur a causé une atteinte à un « droit absolu ». L'alinéa 2 évoque, pour sa part, explicitement, la relativité aquilienne puisque l'obligation de réparer le dommage ne frappera que celui qui viole une disposition protectrice d'autrui.

Le nouveau Code civil néerlandais, entré en vigueur le 1er janvier 1992, reconnaît lui aussi explicitement la théorie de la relativité aquilienne. Il est particulièrement intéressant de noter qu'il s'agit là d'une transposition de la jurisprudence qui s'était développée, contre toute attente, sur la base de l'article 1401 de l'ancien Code civil, dont la rédaction fort proche de celle de l'article 1382 du Code civil français ne permettait pas, en apparence, de retenir une telle théorie. Dans un soucis de confirmation de la jurisprudence[514], le nouveau Code civil devait adopter les articles 162 et 163, disposant, pour le premier que « celui qui accomplit à l'égard de l'autre un acte illicite qui lui est imputable, est obligé de réparer le dommage qui en résulte » et pour le deuxième, que « aucune obligation d'indemnisation n'existe lorsque la norme violée n'a pas pour objet la protection contre le dommage tel que la partie préjudiciée l'a subi ».

Le droit anglais utilise la relativité aquilienne pour limiter l'étendue du *tort of negligence*, qui risque autrement de prendre une importance telle qu'il supplanterait les autres *torts*[515]. Rappelons qu'il convient, pour engager cette responsabilité, de caractériser un devoir (*duty*), un manquement à ce devoir (*breach of duty*), qui cause un dommage (*ensuing damage*). La relativité apparaît à deux niveaux. Elle est personnelle, car le devoir manqué doit exister à l'encontre de la personne qui subit le préjudice. Elle est aussi matérielle, car seul le dommage visé par le devoir de prudence fera l'objet d'une réparation. Selon la formule de Lord Atkin, commentant l'arrêt Donoghue vs. Stevenson, en 1932[516], l'obligation de prudence existe à

513J. LIMPENS, *La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé,* Mélanges offerts à R. Savatier, Dalloz, 1965, p. 559, spé. n°4.
514J. LIMPENS, *op. cit.,* n°13.
515J. LIMPENS, *op. cit.,* n 18.
516Donoghue v. Stevenson, [1932] A.C. 1932.

l'égard « des personnes qui sont affectées par mes actes de façon si directe que je dois raisonnablement prévoir les conséquences de mes actes ».

La théorie n'est pas reçue en droit français, les quelques auteurs s'étant penchés sur la question s'étant empressés de la rejeter[517]. Il convient pourtant, dans l'optique qui est la notre de proposer une réforme de la responsabilité dans le but de limiter la matière, pour limiter les concours, d'apprécier la faisabilité d'une intégration de la théorie en droit français.

2. Application en droit français

195. Annonce. La théorie de la relativité aquilienne fait l'objet de nombreuses critiques de la part des auteurs français qui la rejettent. Si certaines sont aisément surmontables, d'autres pourraient condamner l'utilisation de la théorie en droit français.

196. Théorie difficilement praticable. La relativité aquilienne serait impraticable en droit français, car elle ne s'accommoderait que d'un système de délits spéciaux[518]. Il est en effet difficile, voire impossible, de déterminer les personnes protégées ou les dommages visés, par des dispositions légales aussi générales que l'article 1382 du Code civil, dont le propre est justement de ne discriminer, ni quant aux personnes, ni quant aux dommages. La relativité aquilienne s'appliquerait donc seulement à des dispositions imposant un devoir précis envers une catégorie précise de personne. D'ailleurs, en droit allemand, la relativité n'est utilisée que concernant les violations des lois protectrices (§832 al. 2) et non pour les actes contraires aux bonnes mœurs (§836). L'utilisation, dans les droits de *common law*, de la théorie à propos du *tort of negligence*, par ailleurs assez général, ne se conçoit que par le biais de la notion de *duty*, défini comme une obligation de diligence, à l'égard de certaines personnes qui entretiennent une proximité suffisante avec l'activité de l'auteur du dommage.

« La notion de relativité est *utilisable* lorsqu'il y a violation d'une *disposition légale précise*; elle l'est beaucoup moins lorsqu'il y a violation du *devoir général de prudence* »[519]. Et

517V. not. SALEILLES, Étude *sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code civil pour l'Empire allemand,* p. 362; J. DELYANNIS, *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle,* LGDJ, 1952, p. 73 et s.; A. TUNC, *Les récents développements des droits anglais et américains sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation,* RIDC, 1953, p. 25 et s. Pour une position plus nuancée, v. J.-S. BORGHETTI, *Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle*, in Études offertes à G. VINEY, Liber amicorum, LGDJ, 2008, p. 145 et s.; l'auteur y défend l'idée que tous les préjudices ne sont pas égaux, et peuvent faire l'objet d'une protection différenciée.

518M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle,* LGDJ, 1971, n°340; dans le même sens, C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, thèse *op. cit.,* n°173 à 175.

519J. LIMPENS, *op. cit.,* n°33.

pourtant, le droit néerlandais a réussi à l'utiliser sur la base de l'ancien article 1401 du Code civil, disposition générale de responsabilité pour faute. De même, Planiol défendait vivement cette théorie, en ces termes: « La vérité est que toute faute est relative, en ce sens que sa portée, comme événement dommageable, est déterminée par les motifs de la règle dont elle est la violation. La faute étant l'inexécution d'un devoir, ceux là seuls peuvent se plaindre de la faute qui auraient pu exiger l'accomplissement du devoir, et même ils ne peuvent se prétendre lésés que d'une manière relative, c.à.d dans ceux de leurs intérêts que la loi avait voulu protéger...Pour que la contravention à une loi puisse être considérée comme cause d'un accident, il faut que l'ordre ou la défense de la loi ait pour but de protéger les personnes contre le danger qui s'est réalisé »[520].

Cet obstacle peut fort bien être surmonté, en proposant de faire un usage limité de la relativité aquilienne. Nous avons proposé la suppression des clauses générales de responsabilité. Les dispositions spéciales qui vont remplacer ces clauses générales pourraient tout à fait permettre l'utilisation de la relativité aquilienne.

197. Double emploi avec d'autres notions. Au-delà de l'inadaptation de la théorie à un système aussi général que le droit français de la responsabilité civile, l'on peut se demander si les notions d'intérêt légitime et de causalité, connues du droit français, ne pourraient pas avantageusement remplacer la relativité aquilienne.

198. Concernant la notion d'intérêt légitime. Il est acquis que le demandeur à l'action en responsabilité civile doit justifier d'un dommage qui soit certain, personnel, mais encore le résultat d'une atteinte à un intérêt légitime, ou licite. Le parallèle avec la relativité aquilienne est alors facile à percevoir, puisque cette dernière théorie conduit à ne réparer que les dommages visés par la norme violée, correspondant à certains intérêts[521]. Dès lors, le droit français appliquerait peut-être, sans le savoir, la théorie de la relativité aquilienne, par le biais de cette condition du dommage. Or, il nous semble que ces deux techniques sont loin d'être équivalentes, tant au niveau de la méthode que du résultat. En terme de méthode, la relativité aquilienne amène, de manière systématique, à la recherche de la finalité de la règle violée, afin de déterminer quelles personnes cette règle protège et pour quelles atteintes. Le recours à l'intérêt légitime, en droit français, est loin de présenter ce systématisme et il y est fait référence en de rares occurrences. De plus, le juge ne rejette pas l'indemnisation d'un dommage au regard de la règle de droit spécifiquement violée, mais parce que la victime

520PLANIOL, note sous Cass. 17 août 1895, D. 1896, 1, 81.
521V. D.-M. PHILIPPE, *La théorie de la relativité aquilienne,* Mélanges R. O. Dalcq, Larcier, 1994, p. 481.

ne justifie pas de « la lésion certaine d'un intérêt légitime juridiquement protégé »[522]. La logique est donc bien différente de celle de la relativité aquilienne et il s'agit, non pas de cantonner la réparation dans les limites qu'imposent chaque règle de responsabilité, mais de refuser, de manière quelque peu évanescente, de réparer et donc de reconnaître, par le biais de la responsabilité, des intérêts que le droit réprouve[523]. Les décisions refusant l'indemnisation du préjudice de la victime, au motif que les conditions du dommage réparable ne sont pas remplies, se caractérisent pas leur manque apparent de cohérence[524]. Ainsi, la victime d'une infraction à laquelle elle a elle-même participé ne recevra pas d'indemnisation[525], de même que les salaires non déclarés ne seront pas comptés au titre de préjudice réparable[526], ou le « préjudice de vie »[527]. Étonnamment, cependant, sera réparé le préjudice du voyageur sans titre[528], ou celui de la victime d'un accident de la circulation, coauteur du vol du véhicule[529]. Face à l'apparent illogisme de ces solutions, un auteur a proposé une clé de lecture permettant de comprendre la jurisprudence de la Cour de cassation. Philippe Brun propose ainsi de distinguer les cas où la victime est indigne des cas où l'intérêt lésé lui-même n'est pas digne de protection[530]. Alors que la Cour de cassation aurait cessé de « faire le tri entre les victimes dignes d'intérêts et celles qui ne le seraient pas »[531], elle n'aurait pas renoncé à quelque exigence quant à la licéité de l'intérêt lésé. Reste que la méthode est résolument différente de celle de la relativité aquilienne et qu'au vu des résultats obtenus, il n'est décemment pas possible de les tenir pour équivalentes. En effet, comme le remarque Geneviève Viney, l'on a « élargi la vocation indemnitaire de la responsabilité, qui tend désormais à appréhender toute atteinte à un intérêt quelconque »[532]. La notion d'intérêt légitime permet, *a minima*, de contrôler que la responsabilité ne donne pas quelque crédit à des dommages qui heurtent, grossièrement et de plein fouet, les règles de droit, au sens large. L'on peut conclure que

522L'expression était retenue par la Cour de cassation pour refuser l'indemnisation de la concubine, victime par ricochet du décès de son concubin, Civ., 27 juillet 1937, S., 1938, I, p. 321, note G. MARTY.

523En ce sens, approuvant la non réparation de certains dommages, Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats,* Dalloz action 2012-2013, n°1392; N. DEJEAN de la BATIE, dans AUBRY et RAU, *Droit civil français,* T. VI-2, *Responsabilité délictuelle,* 8e éd., 1989, n°10, p. 20.

524Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle,* Litec, 2009, n°233, dresse un « pot-pourri » de ces décisions formant un « ensemble très hétéroclite ».

525Cass. Crim., 28 juin 1982, Bull. Crim., n°175.

526Civ., 2e, 24 janvier 2002, RCA, 2002, com. 174, chron. 11, S. HOCQUET-BERG.

527Civ. 1er, 25 juin 1991, D., 1991, p. 566, note Ph. Le TOURNEAU; pour d'autres illustrations, voir D. MAZEAUD, Lamy droit de la responsabilité, n°214-215.

528Civ. 2e, 19 février 1992, JCP, 1993, II, 22170, note G. CASILES-HUGUES.

529Civ. 1er, 22 juin 2004, Bull. Civ., I, n°182.

530Ph. BRUN, *op. cit.,* n°234.

531Ph. BRUN, *op. cit.,* n°235.

532G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n°248, p. 15.

« dans la conception actuellement donnée dans notre système juridique à la notion d'intérêt, cette notion n'a pas permis une mise en œuvre des principes qui sous-tendent la théorie de la relativité aquilienne »[533]. Pour que cette notion d'intérêt légitime juridiquement protégé puisse faire office d'outil limitant la responsabilité, il faudrait adopter une posture résolument différente et concevoir l'intérêt légitimement protégé au regard de la règle violée, spécifiquement en cause dans l'affaire portée devant les juges. Au regard de la notion d'intérêt légitime, nous arrivons à la conclusion que la théorie de la relativité aquilienne présente une véritable originalité et par là même un certain intérêt, puisque la notion que connaît le droit français n'est en aucun cas un équivalent.

199. Concernant la causalité. Il a été soutenu que la théorie de la relativité aquilienne ne se distinguait pas, au moins quant à son versant matériel, de la causalité et que sa seule utilité était « de fournir au juriste, engagé dans la recherche du lien de causalité, le secours d'une technique un peu simpliste mais sans doute reposante »[534]. Il est vrai qu'une certaine parenté peut être trouvée entre les deux notions. La question du lien causal amène le juge à remonter la chaine des évènements pour déterminer si le fait générateur de responsabilité peut être à l'origine du dommage, tel que l'a subi la victime. La relativité aquilienne, en déterminant grâce à la règle de conduite violée, les personnes protégées et les dommages réparés, permet également de répondre à la question de savoir si tel acte illicite a pu causer tel dommage à telle personne.

Cependant, cette apparente similitude ne doit pas tromper et les deux théories ne doivent pas être confondues. Alors que la causalité part toujours des éléments de fait, pour ensuite aller, en fonction de la théorie spécifiquement utilisée, vers une certaine dose d'abstraction, la relativité aquilienne opère par raisonnement inverse et se fonde en premier lieu sur la règle de droit[535]. Pour cette raison, la question à laquelle répond la causalité, qui est de savoir si tel événement est une condition *sine qua non* de la production de tel dommage, ou si tel événement avait quelque chance, selon le cours normal des choses, de produire au final tel dommage, est différente de celle à laquelle répond la relativité aquilienne, qui est de savoir si la violation de telle règle de comportement entraine la réparation de tel dommage à l'encontre de telle personne, au regard de la sphère de protection que procure la règle violée.

533D.-M. PHILIPPE, *op. cit*., p. 482.

534J. LIMPENS, *op. cit.,* n°33. Dans le même sens, D.-M. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 447, retenant que « plusieurs décisions allemandes ou néerlandaises abordent sous l'angle de la relativité aquilienne, une hypothèse qui serait approchée par notre droit par la voie du lien causal. ».

535V. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, thèse *op. cit.,* n°175 et s., spé. n°177.

Logiquement donc, pour une même affaire, les deux théories peuvent parvenir à des réponses différentes, ce qui prouve qu'elles ne sont pas interchangeables[536]. Illustrons le propos par un exemple. Une personne, invitée par un ami à prendre un verre sur le balcon de son appartement, subit un grave traumatisme crânien suite à l'effondrement dudit balcon. Il s'avère que le bâtiment était mal entretenu, caractérisant ainsi le fait générateur de l'article 1386 du Code civil. Or, le traitement donné à la victime produit quelques effets secondaires, connus, qui ont pour conséquence d'allonger la durée de sa convalescence et par la même de son arrêt de travail, lui causant une perte de salaire conséquente. L'examen du lien causal permet de rattacher le traumatisme crânien, ainsi que toutes ses suites, au défaut d'entretien du balcon et de considérer que le propriétaire de l'immeuble doit indemniser la victime, non seulement au titre du préjudice corporel, mais aussi du préjudice économique causé par la prolongation de l'arrêt de travail, dû à la mauvaise réaction au traitement[537]. La relativité aquilienne, au contraire, partant de la finalité de la règle de conduite contenue à l'article 1386 du Code civil, qui est de protéger les tiers des dommages dus à la ruine du bâtiment, refuserait sans doute l'indemnisation de la perte de salaire, la règle violée n'ayant pas pour finalité de protéger la victime contre les effets indésirables d'un médicament.

Pour ces raisons, l'argument tiré du fait que la relativité aquilienne trouverait en droit français, des équivalents permettant d'obtenir un résultat similaire se trouve invalidé. Une dernière objection doit être examinée, avant de tenter d'utiliser la relativité aquilienne en droit français, qui pointe du doigt le résultat obtenu par l'application de la relativité, limitant par trop la responsabilité et sacrifiant ainsi la bonne indemnisation de la victime.

200. Limite trop importante de la responsabilité. La dernière critique porte sur la conception même de la règle, qui se veut générale et universelle. Comment concevoir, en effet, que la loi n'offre pas à tous la même protection? Savatier, ainsi, exprimait son opposition à la relativité aquilienne en affirmant que « quand la loi statue, c'est, en principe, dans l'intérêt général et non dans l'intérêt particulier d'une personne. L'obligation qu'elle

536V. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, thèse *op. cit.,* n°175 et s., spé. n°181, l'auteur considérant les deux théories (causalité et relativité aquilienne) comme incompatibles.

537La théorie de l'équivalence des conditions, en retenant comme cause du dommage toutes les conditions nécessaires à sa réalisation, permet de retenir la chute du balcon comme cause du traitement reçu par la victime, et donc des effets secondaires. La théorie de la causalité adéquate, qui ne retient comme cause du dommage que les conditions nécessaires à sa production, selon le cours normal des choses, permet tout aussi bien de retenir la chute du balcon comme cause du dommage final; l'effet secondaire, courant et connu, étant une conséquence normale du traumatisme crânien qui exigeait ce traitement, lui-même cause normale de l'effondrement du balcon.

impose vaut donc pour tout le monde activement et passivement. »[538]. Gabriel Marty exposera, quelques années plus tard, la même ligne argumentaire. « N'est-il pas paradoxal, écrit-il, -sauf exceptions limitées et justifiées (comme par exemple celle des lois de protection des incapables)- que la loi ne soit pas l'expression d'une légalité pure et simple et que chaque intéressé, appelé d'autre part à en subir quant à lui le poids, ne soit pas réciproquement habilité à s'en prévaloir pour la faire respecter et rétablir la légalité par des voies appropriées, ou tout au moins, dans le domaine plus modeste de la responsabilité, se faire indemniser le dommage que cause la faute commise en violant la légalité. »[539]. Le but indemnitaire de la responsabilité civile, poussé à son extrême en droit français, semble réticent à l'adoption d'une telle théorie, qui conduit à considérer comme non réparables des dommages « pourtant causés par une violation de la loi »[540].

L'obstacle ne nous paraît pas insurmontable. Il est vrai que la théorie de la relativité aquilienne, en outil efficace de limitation de la responsabilité, a effectivement pour but, sinon pour effet, de diminuer la protection à laquelle auraient droit certaines victimes sur le fondement du droit positif. Cependant, à considérer la question sous un autre angle, l'on peut admettre que les devoirs préexistants dont la violation entraîne la responsabilité et qui gouvernent l'activité humaine, ne doivent pas raisonnablement être les mêmes pour tous, ni envers tous. S'il est vrai que la théorie de la causalité adéquate et la notion d'intérêt légitimement protégé sont susceptibles de mener à une limitation de la responsabilité, c'est à la condition que ces deux outils soient utilisés avec une certaine rigueur. Or, c'est loin d'être le cas en droit français, qui, non seulement n'opte pas pour l'une ou l'autre des théories de la causalité, mais en plus a tendance à considérer tout dommage comme l'atteinte à un intérêt légitimement protégé, de sorte que la limitation attendue n'est pas au rendez-vous. La théorie de la relativité aquilienne, utilisée en parallèle d'un système de délits spéciaux, aurait par ailleurs le mérite supplémentaire d'apporter une sécurité juridique difficilement égalable avec d'autres outils, en déterminant par avance et précisément les devoirs auxquels certaines personnes doivent se soumettre envers certaines autres. Il nous semble donc qu'en faisant un usage raisonné et limité de la théorie, c'est-à-dire en ne l'adoptant pas comme un principe absolu de la responsabilité civile, il est possible de parvenir au résultat souhaité, qui est de limiter la responsabilité, tout en ne sacrifiant pas l'indemnisation due à la victime.

538R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile,* T1, *op. cit.*, n°7.
539G. MARTY, *Illicéité et responsabilité,* Études juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière, Dalloz, 1964, p. 339 et s., spé. p. 350.
540J. DELIYANNIS, *op. cit.,* n°74, p. 91.

201. Conclusion. Fort de ces conclusions sur l'efficacité de chaque outil méconnu du droit français, mais aussi conscient des risques et avantages de leur utilisation dans notre droit, il convient désormais de prendre en compte les développements précédents pour formuler nos propositions de réforme.

§3. Formulation des propositions

202. Propositions limitées. Les propositions qui vont suivre se limitent à la suppression des clauses générales de responsabilité contenues dans le Code civil et à quelques suggestions de dispositions susceptibles de prendre leur place dans ledit code. La réforme proposée est, du fait du postulat de départ (parvenir à limiter la responsabilité, dans l'espoir que cela ait une influence réductrice sur les concours de responsabilités) nécessairement modeste, en ce qu'elle tant à repenser partiellement le droit de la responsabilité, au regard d'un objectif restreint.

Seuls les articles 1382 et suivants, ainsi que l'article 1147 du Code civil seraient donc modifiés.

203. Concernant la responsabilité délictuelle. La responsabilité délictuelle, privée de ses clauses générales, doit être réaménagée. Nous avions opté pour l'adoption d'un système de délits spéciaux, qu'il faut désormais construire. Les deux autres outils de limitation de la responsabilité que sont la condition d'illicéité et la relativité aquilienne n'ont pas emporté notre approbation totale et nous nous sommes prononcés en faveur d'une utilisation limitée de ceux-ci. Voyons maintenant dans quelle mesure ces directives peuvent être respectées.

Art. 1382. Toute personne qui cause, par sa faute, un dommage à autrui, est tenu de le réparer.

Constitue une faute la violation d'une règle protectrice de la personne, et oblige celui qui l'a violée à réparer le dommage causé à la personne protégée qui le subit.

Constitue par ailleurs toujours une faute le fait de nuire à la vie, à l'intégrité du corps humain, à la santé, et à la liberté physique[541].

Art. 1383. Lorsque le dommage est causé par l'intermédiaire d'une chose, la responsabilité de celui qui en a l'usage, la direction et le contrôle peut être engagée en cas de faute.

541 Cette disposition relative à la faute est librement inspirée du droit allemand. La relativité aquilienne, ainsi que la référence aux lois spéciales, protectrices de la personne, ne nous paraissent être une limite acceptable de la responsabilité que dans la mesure où elles ne touchent pas à des dommages tels que le dommage corporel.

En l'absence de faute, la responsabilité ne peut être engagée que dans les conditions prévues par la loi[542].

Art. 1384. On n'est responsable des dommages causés par autrui que dans les cas suivants:

Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par la faute de leur enfant mineur habitant avec eux.

Les commettants, du dommage causé par la faute de leurs préposés dans les fonctions auxquelles ils sont employés[543].

Pour le reste, les dispositions du Code civil concernant la responsabilité délictuelle resteraient inchangées. La responsabilité du fait des animaux, malgré son caractère relativement général, est conservée, au regard de sa nature presque anecdotique. La suppression d'un tel article ne serait pas à même de limiter grandement l'étendue de la responsabilité civile. Les articles 1386 et 1386-1 et suivants, portant des régimes spéciaux de responsabilité du fait des choses, peuvent être maintenus.

204. Concernant la responsabilité contractuelle. Le principe de la responsabilité contractuelle est maintenue, cependant, conformément aux observations qui précèdent, il convient de permettre à cet article de limiter cette responsabilité. Nous proposons la rédaction suivante, ajoutant un alinéa à l'article 1147, définissant l'obligation contractuelle, dans le but de fermer au juge la possibilité d'intégrer au contrat des obligations qui ne relèvent pas de son domaine.

art. 1147. Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au payement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois

542Cette disposition indique que la responsabilité du fait des choses se limite aux cas spéciaux prévus par la loi. Cependant, il est permis d'agir contre une personne fautive ayant causé un dommage par l'intermédiaire d'une chose. Il pourrait être objecté qu'il s'agit là d'un certain retour en arrière, en un temps où le régime général de responsabilité du fait des choses était encore en construction, et où l'on s'interrogeait sur la nécessité de prouver l'existence d'une faute, en plus du fait de la chose, dans la production du dommage. Nous voyons plutôt cette disposition comme un moyen de redonner à la responsabilité pour faute un domaine dont elle avait été privée, et de démontrer qu'elle peut habilement, dans un certain nombre de cas, prendre le relais de la responsabilité du fait des choses et combler le vide laissé par la suppression de la clause générale, notamment concernant les dommages les plus graves (dommages corporels).

543Concernant cet article, plusieurs modifications ont été apportées. Tout d'abord, la responsabilité du fait des incendies, régime spécial fondé sur la faute du propriétaire, n'a plus sa place au sein de cet article, consacré aux cas de responsabilité du fait d'autrui, et peut être retirée du Code civil. Ensuite, la condition d'illicéité, qui n'avait d'utilité selon nous que dans le cadre de la responsabilité du fait d'autrui, a été intégrée pareillement aux deux cas conservés. Il est donc exigé que l'enfant, comme le préposé, ait commis une faute pour engager la responsabilité de leur répondant. La cause d'exonération ainsi que la responsabilité des instituteurs, issues de la loi du 5 avril 1937, ont été supprimés. La cause d'exonération n'est plus d'actualité en droit positif. La responsabilité des instituteurs est une responsabilité pour faute, et non du fait d'autrui.

qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.
L'on entend par obligation toute prestation procurant un avantage au cocontractant, qu'elle ait été expressément voulue par les parties, ou qu'elle permette la réalisation du but visé par le contrat[544].

205. Conclusion de section. Ces modestes propositions de réforme, qui tentent de prendre en considération les principes directeurs que nous avions retenus pour limiter la responsabilité, doivent maintenant être mises à l'épreuve. L'objectif de limitation de la responsabilité est, semble-t-il, atteint. Pour autant, les concours de responsabilités sont-ils diminués, voire supprimés par ces ajustements de la responsabilité civile: telle est la question à laquelle il convient d'apporter une réponse. Autrement dit, la spécialisation, qui fut utilisée pour limiter la responsabilité, peut-elle être utile, comme nous le pressentions, à la suppression des concours de responsabilités?

Section 2 . L'utilisation de la spécialisation comme outil de suppression des concours de responsabilités

206. L'heure du bilan. À l'examen, il s'avère que la réforme proposée ne tient pas toutes ses promesses et que le bilan de son impact sur les concours de responsabilités est en demi-teinte (§1). Pourtant, condamner trop rapidement cette première tentative de règlement des concours par la limitation de la responsabilité serait une erreur. Aussi tenterons-nous de remédier au défauts ou insuffisances de nos propositions avant de statuer définitivement (§2).

§1. Bilan en demi-teinte de la spécialisation de la responsabilité

207. Déception partielle. Si certains concours de responsabilités disparaissent grâce aux propositions que nous avons formulées (A), d'autres, malheureusement, se maintiennent malgré les limites apportées à la responsabilité (B).

A. La disparition de certains concours de responsabilités

208. Annonce. L'adoption des textes tels que nous avons proposé de les rédiger, aurait quelques avantages non négligeables concernant les concours de responsabilités.

544V. en ce sens, M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de responsabilité contractuelle,* LGDJ, thèse Poitiers, 2003.

D'une part, la nouvelle formulation des articles 1382 et suivants du Code civil serait à même de limiter les concours en matière délictuelle . D'autre part, la ré-écriture de l'article 1147 du Code civil permettrait de limiter les concours en matière contractuelle.

209. Limite des concours en matière délictuelle. La suppression des clauses générales, à elle seule, permet de supprimer un certain nombre de concours. Il en va ainsi de ceux qui résultaient de la rencontre entre les clauses générales. Les articles 1382 et 1383, dans la rédaction proposée, organisent différemment les rapports entre la responsabilité pour faute et la responsabilité du fait des choses. Soit l'auteur du dommage a commis une faute, et ce fondement prévaut, que le dommage soit causé par l'intermédiaire ou non d'une chose; soit l'auteur du dommage n'a pas commis de faute et dans ce cas sa responsabilité ne sera engagée que s'il relève d'un régime spécial de responsabilité du fait des choses. Les deux types de faits générateurs ont chacun leurs domaines d'application, les concours sont donc supprimés à la source.

Il en va de même de ceux qui résultaient de la rencontre entre un régime général et un régime spécial de responsabilité. La nouvelle rédaction de l'article 1382 du Code civil fait une référence directe aux dispositions protectrices de la personne et donc aux règles de conduite imposant une action ou une abstention, qui, violées, constituent une faute. Le rapport entre l'article 1382 ainsi rédigé et les autres dispositions, est donc passé d'une relation de concurrence à une relation de complémentarité, le premier ne faisant que préciser les conséquences de la violation des secondes.

Pareillement, la suppression de la responsabilité générale du fait des choses ne laisse subsister que des régimes spéciaux, qui (pour la plupart) n'entrent plus en concours avec une disposition plus générale. Le même résultat est à signaler concernant les cas spéciaux de responsabilité du fait d'autrui, qui ne partagent plus une partie de leur compétence avec une règle au champ d'application plus vaste que le leur. Il faut cependant avoir l'honnêteté d'avouer que ces rapports entre règles spéciales et règles générales étaient déjà partiellement réglés par le droit positif. Ainsi, la plupart des règles spéciales de responsabilité du fait des choses sont-elles d'application exclusive[545], alors que le juge a rendu alternatives et non

545La responsabilité du fait des accident de la circulation est d'application exclusive (Civ. 2e, 4 mai 1987, Bull. Civ., II, n°87; voir aussi Civ. 2e, 14 mai 1987, Bull. Civ., II, n°192; Civ. 2e, 21 mai 1990, Bull. Civ., II, n°112. Pour une application récente, voir Civ. 2e, 7 mai 2002, n°00-20.649.), de même que celle de l'exploitant d'un navire nucléaire (convention de Paris, 29 juillet 1960), du propriétaire de navires pétroliers pour les dommages dus à une pollution par hydrocarbure (convention de Bruxelles, 29 novembre 1969). Par contre, l'article 1386 du Code civil, un temps conçu comme d'application exclusive par les juges (Civ., 2e, 26 avril 1972, Bull. Civ., II, n °113) subit aujourd'hui la concurrence de l'article 1384 al. 1er, (Civ., 2e, 16 mars 1994, Bull. Civ., II, n°94; Civ. 2, 16 octobre 2008, Bull., civ., II, n°211; Civ., 2e, 22 octobre 2009, Bull. Civ.,

cumulatives les différentes responsabilités du fait d'autrui[546]. La plus-value du système proposé est donc minime sur ce point, d'autant plus que, nous le verrons, subsistent certains concours.

210. Limite des concours en matière contractuelle. Nous avions illustré les concours de responsabilité contractuelle, dus à l'intégration de devoirs généraux dans le contrat, par ceux que connaît le contrat de vente[547]. Rappelons-le, l'obligation de sécurité, intégrée dans le contrat de vente, était source de concours entre la responsabilité pour défaut de sécurité du bien, la responsabilité pour manque de délivrance conforme et la garantie des vices cachés. Avec la nouvelle rédaction de l'article 1147, il est possible de faire sortir du contrat de vente cette obligation de sécurité. En effet, seules sont des obligations contractuelles celles qui permettent la réalisation de l'opération économique visée par le contrat. La vente a pour but de réaliser le transfert de propriété d'une chose, entre deux personnes. La délivrance fait évidemment partie des obligations qui participent à ce but, en ce qu'elle impose au vendeur de permettre à l'acheteur de prendre possession de la chose vendue. La sécurité du bien ne participe pas au but économique du contrat, qui est simplement le transfert de propriété. La garantie des vices cachés, prévue par la loi, sera le seul fondement pour engager la responsabilité du vendeur et ce seulement si ce dernier avait connaissance du vice, faute de quoi il ne devra pas de dommages-et intérêts à l'acheteur (art. 1645 C. civ.).

Nous ne multiplierons pas les exemples, les concours en matière de responsabilité contractuelle étant liés, en grande partie, à l'intégration dans le contrat d'obligations nouvelles, la suppression de ces obligations toutes les fois où elles ne sont pas essentielles au contrat en cause est naturellement à même de supprimer les concours de responsabilité ainsi créés.

Cependant, ces quelques résultats positifs ne suffisent pas à marquer la réforme du sceau du succès. De nombreux concours persistent, dont il convient désormais d'évaluer l'incidence sur la propension de la réforme proposée à atteindre l'objectif visé.

B. La persistance des concours malgré la limitation de la responsabilité

II, n°255.). Par ailleurs, l'article 1386-18 du Code civil prévoit la possibilité d'une option entre la responsabilité du fait des produits défectueux et d'autres régimes de responsabilité civile. Suite à une question préjudicielle à la CJUE, le domaine de la responsabilité du fait des produits défectueux a été précisé: cette responsabilité ne peut subir la concurrence d'un régime national reposant sur le même fondement. Il semblerait que, selon le dernier état de la jurisprudence, la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité continue de s'appliquer, uniquement quant aux dommages causés aux biens professionnels, exclus du champ d'application de la directive (Cass., com., 26 mai 2010, n°07-11.744).

546Civ. 2e, 18 mars 1981, Bull. Civ., II, n°69; Crim., 2 octobre 1985, Bull. Crim., n°294.

547V. supra, n°44 à 46 et 123.

211. Persistance évidente du phénomène des concours matériels. La modeste réforme de la responsabilité que nous avons proposée n'est pas à même de supprimer les concours matériels. Certes, la diminution des cas dans lesquels la responsabilité d'une personne peut être engagée restreint par voie de conséquence le nombre global de concours. Cependant, la réduction des cas dans lesquels la responsabilité peut être engagée ne change pas le fait que, parfois, les circonstances font que plusieurs personnes ont concouru à causer le dommage. À moins que l'un des régimes juridiques applicables ne soit d'application exclusive et opère par canalisation de la responsabilité envers un responsable préalablement désigné (par exemple, le propriétaire d'un navire, responsable des dommages causés par la pollution par hydrocarbures[548]) rien ne permet de résoudre le concours matériel de responsabilités.

Une coaction est donc envisageable, de même que plusieurs personnes peuvent être débitrices d'une même obligation envers la victime. Ainsi, le médecin reste tenu d'une obligation de sécurité concernant les produits pharmaceutiques utilisés pour le traitement[549]. Le concours matériel avec la responsabilité du fait des produits défectueux des articles 1386-1 et s. du Code civil persiste; pour le cas où le dommage est causé par un produit défectueux utilisé par le médecin, ce dernier et le fabricant ou producteur, répondront des dommages causés[550].

D'autre part, la responsabilité du fait d'autrui organise par nature un concours de responsabilité, puisque s'additionnent la responsabilité pour faute de l'auteur direct du dommage (enfant et préposé, dans nos propositions) et la responsabilité sans faute du répondant pour autrui. Dès lors, sauf à conférer à l'auteur direct du dommage une immunité totale, la responsabilité du fait d'autrui crée systématiquement un concours matériel de responsabilités.

548Il s'agit d'une responsabilité objective, canalisée, et plafonnée. V. not. C. WU, *La pollution du fait du transport maritime des hydrocarbures, Responsabilité et indemnisation des dommages,* Pédone, 1994; K. Le COURVIOUR, *Responsabilité pour pollution majeure résultant du transport maritime d'hydrocarbures,* JCP, 2002, I, 189.

549Article L. 5111-1 et suivants CSP; les juges ayant devancé la loi en retenant une obligation de sécurité à la charge du médecin pour les produits utilisés: Civ. 1re, 28 avril 1998, JCP G, 1998, II, 10088, rapp. P. SARGOS, concernant le sang et ses dérivés, Civ. 1re, 3 mars 1998, JCP G, 1998, II, 10049, rapp. P. SARGOS, concernant les médicaments, Civ. 1re, 7 novembre 2000, Bull. Civ., I, n°279, concernant les produits désinfectants.

550A préciser cependant qu'il faut que le médecin soit un utilisateur du produit défectueux, ce qui n'est pas le cas d'une prothèse de ligaments défectueuse, fournie par le praticien, Civ. 1er, 22 octobre 2009, non publié, n ° de pourvoi: 08-18601. Une analyse a contrario de certains arrêts laisse penser que le concours est possible en cas de vice de la chose utilisée: Civ. 1er, 22 novembre 2007, Bull. Civ., I, n°366, Civ. 1er, 4 février 2003, Bull. Civ., I, n°40, dans les deux affaires, une chose est à l'origine du dommage (gants ayant provoqué une allergie, sonde) mais l'absence de défectuosité de ces choses conduit les juges à écarter la responsabilité du médecin.

212. Concours intellectuels. Le système de délits spéciaux tel que nous l'avons retenu n'empêche pas l'existence de concours intellectuels, entre les dispositions conservées, spéciales par rapport aux clauses générales de responsabilité, mais qui partagent parfois entre elles une partie de leur champ d'application. Le Code de la consommation, ainsi, autorise le consommateur à opter, soit en faveur du régime spécifique du droit de la consommation, soit en faveur du droit commun de la vente. Le concours persiste pareillement entre les dispositions spéciales de responsabilité du fait d'autrui. Les parents, en effet, peuvent fort bien employer leur enfant, ou les prendre en apprentissage. La survenance d'un dommage sur le lieu de travail posera la question du régime applicable, sans que nos propositions ne permettent d'y apporter une solution.

213. Bilan. La réforme proposée semble insuffisante. Elle laisse, en effet, survivre certains concours, matériels comme intellectuels. La limitation de la responsabilité par la spécialisation ne semble donc pas à même de supprimer tous les concours de responsabilités et laisse sans réponse ceux qui survivent. Quelques propositions complémentaires s'imposent donc, afin de tenter de parfaire la réforme et de lui faire atteindre le but que nous nous étions fixé.

§2. Propositions complémentaires visant à mettre fin aux concours de responsabilités

214. Méthode. Nous étions partis du postulat qu'agir sur la cause permettrait par voie de conséquence d'agir sur les effets. Puisque les concours trouvent leur source dans l'extension de la responsabilité et l'appréciation souple des règles de droit, le mouvement inverse consistant à réduire la responsabilité et l'enfermer dans des limites plus strictes aurait du suffire à supprimer les concours. Or, même le système juridique le plus rudimentaire ne pourrait supprimer les concours matériels de responsabilité, ni le hasard de la situation dommageable qui se trouve être le produit de plusieurs actions . De même, le système de délits spéciaux tel que nous l'avons dessiné, c'est-à-dire en nous contentant de supprimer les clauses générales de responsabilité, laisse cohabiter de nombreuses dispositions dont les champs d'application se rencontrent, autorisant la naissance de concours intellectuels.
Il est toutefois possible d'agir directement sur la règle posant le régime de responsabilité pour supprimer, par avance, les concours de responsabilités. Deux méthodes sont ainsi envisageables. La première consiste à octroyer à chaque régime juridique un domaine propre, qui ne rencontre jamais celui d'autres régimes, c'est ce que nous appellerons le cloisonnement

de chaque régime de responsabilité (A). La seconde prône l'exclusivité de chaque régime de responsabilité, afin de régler par avance les concours qui se présenteraient (B). Voyons si l'une ou l'autre de ces méthodes, voire les deux, peuvent être utilisées pour améliorer nos propositions de réforme.

A. Le cloisonnement de chaque régime de responsabilité

215. Définition. Pour qu'un concours de responsabilités existe, il faut qu'au moins deux régimes de responsabilité partagent un domaine d'application commun. Soit l'une des règle a un domaine plus vaste, de telle manière qu'il englobe totalement l'autre, c'est le cas des rapports entre une règle générale et une règle spéciale. Soit les deux domaines d'application se recoupent partiellement, par ce que l'on nommerait, en théorie des ensembles, une intersection. Face à une telle situation, le cloisonnement des régimes consiste à supprimer l'intersection entre les différentes responsabilités. Cette technique est connue du droit positif, qui a pu utiliser plusieurs méthodes pour parvenir à rendre étanches deux régimes de responsabilité qui se recoupaient.

216. Méthodes. Les juges ont pu utiliser la méthode radicale de la déclaration d'incompatibilité. C'est de cette manière que la responsabilité du préposé ne peut se cumuler avec la responsabilité du fait des choses. Il est acquis de longue date que le préposé agissant dans les limites de ses fonctions ne peut être gardien. Pour les juges, les qualificatifs de gardien et de préposé seraient « incompatibles »[551], car le préposé agissant dans le cadre de ses fonctions utilise la chose pour le compte du commettant[552], et n'a pas la direction de la chose. Dès lors qu'il manque au préposé un des pouvoirs sur la chose, il ne peut en être le gardien. Le raisonnement des juges s'achève sur l'affirmation que la garde est restée au commettant[553]. Il apparaît alors que les deux régimes de responsabilité ne se rencontrent plus lorsque le préposé cause un dommage par l'entremise d'une chose[554]. Il s'agit là d'une méthode

551Civ., 26 janvier 1948, D., 1948, jp. p. 485, note G. RIPERT.

552V. notamment Civ. 2e, 4 novembre 1965, D., 1966, p. 394, note A. PLANCQUEEL; Civ; 2e, 18 novembre 1970, Bull. civ., II, n°307 et Civ., 2e, 20 novembre 1968, Bull. civ., II, n°274, retenant la même expression: « la qualité de commettant et celle de gardien ne sont pas incompatibles, le préposé exerçant les pouvoirs constitutifs de la garde pour le compte de son employeur »; pour une application récente de cette solution, Civ. 2e, 11 avril 2002, Bull. civ., II, n°72.

553Dans les affaires précitées, c'est le commettant qui voit sa responsabilité engagée sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1.

554On peut ajouter qu'il en est de même lorsque le préposé cause un dommage par le biais d'un véhicule terrestre à moteur. Dans une affaire récente, où un chauffeur routier avait causé la mort d'un automobiliste, c'est l'employeur qui fut condamné à prendre en charge l'indemnisation des ayant-droits de la victime. Crim., 15 juin 2011, n°10-87312, publié au bulletin. La solution est assez surprenante car, comme le soutenait le pourvoi, la condamnation pour homicide involontaire du préposé aurait du empêcher la responsabilité du

efficace pour mettre fin au concours. En effet, considérer que le préposé agissant dans les limites de ses fonctions ne peut être gardien, puisqu'il ne jouit pas d'une indépendance suffisante pour exercer sur la chose le pouvoir de direction, met définitivement fin au concours de responsabilités. En effet, soit le préposé agit dans les limites de ses fonctions, et il ne peut être gardien, mais dans ce cas la responsabilité du commettant peut être engagée (soit sur le fondement de l'article 1384 al. 5, si le dommage causé par le préposé ne l'a pas été par le biais d'une chose, soit sur le fondement de la responsabilité du fait des choses, puisque le commettant est réputé gardien des choses utilisées par son préposé dans la limite de ses fonctions). Soit le préposé sort des limites de ses fonctions et alors, se plaçant en dehors du lien de préposition, il retrouve l'indépendance nécessaire à l'exercice d'un pouvoir de direction sur une chose et cette action hors des limites fixées par le commettant écarte la responsabilité de ce dernier. L'abus de fonction est donc la marque de l'application de la responsabilité du fait des choses au préposé, ainsi que celle de l'éviction de la responsabilité du commettant[555].
D'autres fois, le juge ajoute à l'un des régimes en cause une condition d'application, qui va faire office de critère de répartition entre les responsabilités en concours. Cette attitude a pu être adoptée par la Cour de cassation pour fermer définitivement le concours entre la responsabilité des parents du fait de leurs enfants et la responsabilité générale du fait d'autrui, dans les conditions de l'arrêt Blieck. Le mode de placement semble être le critère utilisé. Soit le mineur est confié à l'établissement par ses parents, en vertu d'un contrat, et alors cette séparation ne rompant pas la cohabitation avec les parents, ces derniers sont encore responsables des agissements dommageables de leur enfant[556]. Soit le mineur est placé dans

commettant de jouer. Par ailleurs, le pourvoi soutenait également que l'exclusivité de la loi de 1985 paralysait les autres règles de responsabilité. La Cour de cassation répond à cela que « si les dispositions de la loi du 5 juillet 1985 relatives à l'indemnisation des victimes d'accident de la circulation sont d'ordre public, elles n'excluent pas celles de l'article 1384 du Code civil relative à la responsabilité du fait d'autrui ». Contrairement à ce qu'une lecture rapide pourrait laisser croire, il n'y a pas ici remise en cause de l'exclusivité de la loi de 1985. Celle-ci reste la seule à même de statuer sur l'accident de la circulation, seulement, le commettant dans cette affaire voit sa responsabilité se substituer à celle de son préposé. Le préposé auteur du dommage causé par l'accident a été désigné par les règles de la loi de 1985. Les juges ont distingué entre l'accident, faute pénale non intentionnelle, qui pèse sur le préposé (il fut condamné à une amende et une peine d'emprisonnement) et la responsabilité civile, qui pèse sur le commettant car l'accident a eu lieu certainement à l'occasion de l'accomplissement de sa mission par le préposé.

555V. sur ce point un arrêt remarquablement clair, Civ. 2e, 24 janvier 1996, Bull. civ., II, n°6, qui retient la responsabilité du commettant en tant que gardien du véhicule conduit par son préposé dès lors qu'il ne démontre pas l'abus de fonction. Dans le même sens, voir Civ. 2e, 3 juin 2004, Bull. Civ., II, n°233, retenant cette fois le responsabilité du préposé qui a utilisé un véhicule sans autorisation du commettant, en poursuivant des fins étrangères à sa mission, s'est donc placé hors fonction, empêchant la responsabilité du commettant.

556Civ. 2e, 28 mai 2004, Bull. Civ., II, n°123, « les mineurs avaient été confiés par leur parents, qui exerçaient l'autorité parentale, à une association gérant un établissement scolaire spécialisé, n'avait pas fait cesser la cohabitation des enfants avec ceux-ci. ».

un centre socio-éducatif sur décision judiciaire ou administrative et dans ce cas le centre sera responsable des dommages causés par le mineur pendant toute la durée de sa mission de surveillance et d'éducation[557].

Pour certains, ce refus du cumul des actions s'apparente à une hiérarchisation des actions en présence[558]. Nous ne souscrivons pas à cette analyse et préférons penser qu'il s'agit là d'une véritable paralysie du concours. La décision de placement judiciaire déterminant l'application de la responsabilité du centre socio-éducatif est un critère de plus de la responsabilité du centre qui accepte d'organiser et contrôler de manière permanente le mode de vie du mineur. Le fait que le centre ou l'association soit en charge du mineur par l'exécution d'une décision judiciaire est le critère déclenchant la responsabilité fondée sur l'article 1384 alinéa 1[559]; il est de plus parfois rappelé alors même que le concours n'existe pas car la tutelle de l'enfant est vacante[560].

Le critère de répartition des responsabilités ainsi posé est d'une remarquable efficacité. Le concours n'existe plus puisque, si le mineur est placé par contrat, la responsabilité parentale trouve à s'appliquer, alors que s'il y a décision judiciaire de placement, c'est la personne à qui le juge a confié le mineur qui est responsable.

La méthode est donc connue et a fait ses preuves. Pour autant, il ne nous semble pas possible de l'utiliser dans le cadre de la réforme proposée.

217. Inadaptation à la réforme proposée. Bien que les exemples choisis démontrent l'efficacité de la technique, elle ne saurait être généralisée ni utilisée dans un système de droit de la responsabilité complexe, comportant autant de dispositions. C'est un outil satisfaisant, qui peut venir au secours du juge face à un concours de responsabilités donné. Nous l'avons par exemple utilisé pour cloisonner la responsabilité pour faute et la responsabilité du fait des choses, dans la réforme proposée. Ainsi, l'auteur du dommage est responsable de sa faute,

557Civ. 2e, 6 juin 2002, 2 arrêts, Bull. Civ., II, n°120, D., 2002, p. 2750, note HUYETTE, JCP, 2003, II, 10068, note GOUTTENOIR et ROGER, RTD civ., 2002, p. 825, obs. P. JOURDAIN, « attendu qu'une association chargée par décision du juge des enfants d'organiser, de contrôler à titre permanent le mode de vie d'un mineur demeure, en application du texte susvisé, responsable de plein droit du fait dommageable commis par ce mineur, même lorsque celui-ci habite avec ses parents, dès lors qu'aucune décision n'a suspendu ou interrompu cette mission éducative »; Civ. 2e, 7 octobre 2004, bull. Civ., n°453; Civ. 2e, 3 mai 2006, RCA, 2006, com. 219.

558G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n°789-29.

559Civ. 2e, 20 janvier 2000, Bull. Civ., II, n°15, la décision de placement par le juge des enfants détermine la nature de la responsabilité, délictuelle, et non contractuelle (la CA avait au contraire considéré qu'il y avait un contrat entre les parents et le centre); Crim., 15 juin 2000, Bull. Crim., n°233, la décision du juge des enfants permet de savoir qui, du service départemental ou de l'association à qui a été confié l'enfant, est responsable. L'arrêt considère que la décision du juge opère un « transfert de la garde du mineur » envers l'association, qui est de ce fait responsable.

560Civ. 2e, 7 octobre 2004, n°03-16.0078; Civ. 2e, 7 mai 2002, Bull. Civ., II, n°129.

qu'il ait commis le dommage par l'intermédiaire d'une chose ou non. En l'absence de faute, la responsabilité du fait des choses ne s'applique que dans les cas spéciaux prévus par la loi. Il serait aussi envisageable de l'utiliser pour rendre incompatible les qualités de parent et de commettant, de telle sorte que le concours intellectuel entre la responsabilité parentale et la responsabilité du commettant du fait de son préposé ne se rencontrent plus. Le critère pourrait être celui des circonstances du dommage. Si le dommage a eu lieu aux heures et lieu de travail, ou d'apprentissage, le parent-commettant est responsable sur le fondement de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés. Si le dommage a lieu en dehors de ces heures et lieu de travail, la responsabilité parentale seule trouve à s'appliquer.

Mais la création d'un système complet de responsabilité contenant des règles qui n'entretiennent aucun rapport, c'est-à-dire dont les champs d'application ne se rencontrent jamais, ne semble pas réalisable. Le recours au cloisonnement des domaines de responsabilité semble être un outil ponctuel de résolution des concours, lorsqu'ils se présentent au juge. Il n'est pas raisonnablement possible d'envisager par avance tous les concours intellectuels de responsabilité et de les résoudre de cette manière. Le droit positif offre d'ailleurs un exemple d'échec de cette méthode, avec le concours entre la responsabilité pour défaut de délivrance conforme et la garantie des vices cachés dans la vente. Rappelons que le concours existait du fait du caractère interchangeable des notions de vice caché et de défaut de conformité, grâce à des définitions extensives de chacun de ces défauts de la chose vendue. Les juges ont posé, en 1993[561], de nouvelles définitions, afin de fermer la porte à l'option entre les actions en responsabilités. À partir de ces arrêts, les défauts qui rendent impropres la chose à sa destination normale sont des vices cachés au sens de l'article 1641 du Code civil et sont soumis exclusivement à cet article. L'action en responsabilité contractuelle du droit commun n'est donc plus utilisée que pour sanctionner le manquement du vendeur à son obligation de délivrance conforme, entendue comme la conformité de la chose aux spécifications contractuelles. Il n'y a, dès lors, plus de concours possible entre ces actions basées sur deux notions clairement distinctes. Soit la chose souffre d'un vice qui atteint sa structure et empêche son usage normal et alors l'on se situe dans le cadre des articles 1641 et suivants du Code civil. Soit la chose ne correspond pas, dans ses caractéristiques, à ce qui était prévu au contrat et il y a manquement à l'obligation de délivrance conforme. Or, cette distinction

561Civ. 1re, 16 juin, 13 octobre, 27 octobre et 8 décembre 1993, D., 1994, p. 115, commentaire C. ATTIAS.

nouvelle des deux actions, accueillie positivement par la doctrine[562] comme le signe d'un retour à « l'équilibre » dans le droit de la vente[563], n'a que l'apparence de la simplicité et son utilisation s'avère parfois bien difficile. Il est en effet facile de déjouer le critère en prévoyant, dans les spécifications contractuelles, les caractéristiques de la chose qui, si elle ne sont pas présentes, vont en affecter l'usage (normal, ou même spécifique). Dans le cas où ces caractéristiques sont entrées dans les prévisions des parties car inscrites au contrat, elles devraient, selon le critère posé, relever exclusivement de la responsabilité contractuelle, puisque la chose ne correspond pas à ce qui était prévu. Ces caractéristiques nécessaires à l'usage de la chose et prévues dans le contrat, réintroduisent le risque de concours d'actions. Le critère dégagé par le juge n'est pas d'un grand secours lorsqu'il s'agit de savoir quelle action régit le dommage qui consiste à la fois en un vice caché et un défaut de conformité[564] selon les nouvelles définitions. Le juge ne semble pas favorable à l'option libre laissée au plaideur, or ce serait sans doute la meilleure solution dans ce cas[565]. Autre critique, cette fois concernant le concours, que l'on pourrait dire réel[566], des actions en responsabilités. Lorsque le bien vendu est atteint à la fois d'un vice caché et d'un défaut de conformité, quelles possibilités sont offertes à l'acheteur? Le critère de distinction entre les deux actions ne permet pas de savoir quelle attitude adopter. Tout juste pourrait-on dire que la suppression du

562V. articles précités et, notamment, P. JOURDAIN, *Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages,* Gaz. Pal., 2 juillet 1994, p. 826; A. BENABENT, *Conformité et vices cachés dans la vente: l'éclaircie,* D., 1994, chron., p. 115. Certains auteurs, cependant, tout en étant en accord avec le principe de la distinction des actions et des notions, critiquent le manque de précision de la Cour de cassation, L. CASAUX-LABRUNEE, *Vice caché et défaut de conformité: propos non conformistes sur une distinction viciée,* D., 1997, chron., p. 1.C. RADÉ, *L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés,* JCP, 1997, I, 4009.

563C. ATIAS, *L'équilibre renaissant de la vente,* D., 1993, chron., p. 1.

564V. Cass. Com., 6 juillet 2010, inédit, n°09-16405; dans cette affaire, un acheteur se plaignait de plusieurs défectuosités sur le bien acheté. Les juges du fond relèvent « qu'il a été commandé et livré une vis dont les qualités intrinsèques ne correspondent pas aux spécifications indiquées et qui n'est pas davantage conforme à la destination qui lui était assignée ». Il semble donc que soient réunis à la fois un vice caché (bien impropre à la destination qui lui est assignée) et un défaut de conformité (bien non conforme aux spécifications contractuelles) selon la nouvelle ligne de séparation entre les notions retenue par la Cour de cassation. Or, les plaideurs ne se fondant que sur la garantie des vices cachés sont déboutés devant les juges du fond qui déclarent l'action mal fondée, et ne relèvent pas d'office le fondement approprié. En présence des deux qualifications, les juges semblent donc fermer l'option. Dès lors, une incertitude persiste quant à la solution retenue. Soit les juges considèrent que le défaut dominant était le défaut de conformité, et c'est cette action qui l'emporte, soit l'action de droit commun est toujours préférée dans ce cas de concours. Précisons enfin que la lecture de l'article 12 du Code de procédure civile révèle là ses conséquences les plus fâcheuses pour le plaideur à qui l'on donne le bon fondement tout en refusant de juger l'affaire à l'aide de celui-ci.

565Dans ce sens, D. VEAU, *Sélection des actions de l'acheteur,* CCC, 1993, chron. 9; P. JOURDAIN, *Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommage,* Gaz. Pal, 1994, p. 826 et s., spé. p. 832.

566A l'image du concours réel d'infractions, où l'auteur a commis plusieurs infractions différentes, le concours réel des actions est la situation où le plaideur peut invoquer plusieurs actions car son bien est atteint à la fois d'un vice caché et d'un défaut de conformité.

concours par la redéfinition des actions indique l'hostilité du juge envers l'option, précédemment admise[567]. Si l'option n'a pas les faveurs, il faudrait donc en déduire que l'une des actions en concours aurait la préférence. Mais là encore, des questions apparaissent, sans qu'aucune réponse ne s'impose d'elle-même. Faut-il désigner une action, qui aura toujours la priorité sur l'autre, ou au contraire raisonner au cas par cas, peut-être en fonction de l'importance respective de chacun des défauts dont se plaint l'acheteur. C'est dans ce sens que semble se diriger la Cour de cassation[568].

Enfin, l'on peut déplorer un certain manque de cohérence des solutions obtenues à l'aide de ce critère qui se base sur le contenu contractuel et les prévisions des parties. En effet, les parties vont sûrement penser à faire entrer dans le champ contractuel des qualités essentielles subjectives, celles qui sont particulières, comme l'usage spécifique envisagé, celles qui vont se démarquer du standard, du classique. Les caractéristiques standards, évidentes, seront celles que tout acheteur attend et si elles sont oubliées du contrat, car trop évidentes, elles relèveront de la garantie des vices cachés selon le critère retenu et donc du bref délais de l'article 1648. Par contre, toutes les caractéristiques supplémentaires, intégrées dans le contrat par les parties, relèveront de la responsabilité de droit commun et du délais de cinq ans. Une telle différence de régime n'est certainement pas justifiée par le fait que les caractéristiques du bien sont ou non entrées dans le champs contractuel[569]. Or, si l'on fait entrer dans le contrat ce que tout contractant attend normalement, c'est la porte ouverte au retour du concours et de l'option entre les actions tel que l'avait admise la jurisprudence précédente. La redéfinition des actions en concours, malgré ses atours séduisants, est plutôt un cercle vicieux.

567En sens contraire toutefois, aux lendemains des arrêts de 1993, A. BENABENT, D., 1994, chron., p. 116, en faveur d'une option libre pour le plaideur dont la chose est à la fois atteinte d'un vice caché et d'un défaut de conformité; P. JOURDAIN, *op. cit.,* estime lui aussi que lorsque coexistent le vice caché et le défaut de conformité, « il semble naturel de ne priver l'acquéreur d'aucune des deux actions qui lui sont ouvertes en lui conférant une option ». Pour des propos plus nuancés, voir D. VEAUX, *Sélection des actions de l'acheteur,* CCC, octobre 1993, chron. 9, l'auteur estimant que, *de lege ferenda*, la plus simple des options serait de réunir ces actions en une seule, ou, à défaut, « de laisser au plaideur le choix de l'action qu'il veut engager ». L'évolution du droit, tant légal que jurisprudentiel ne semblant aller ni vers l'une ni vers l'autre solution proposée, l'auteur finit par approuver la voie de la hiérarchisation des actions en concours.

568V. Cass. Com., 6 juillet 2010, inédit, n°pourvoi 09-16405, affaire dans laquelle l'acheteur prouvait à la fois l'existence d'un vice caché et d'un défaut de conformité, l'attendu final relevant qu'il a été livré un bien « ne correspondant pas aux spécifications indiquées, et qui n'est pas davantage conforme à la destination qui lui était assignée », pour conclure, suivant ainsi les juges du fond, à la présence d'un vice caché, et rejeter la demande formulée sur l'article 1604 du Code civil. Le vice caché, seul fondement retenu, semble donc justifier d'une certaine force d'attraction lorsque les deux défauts sont présents.

569Dans ce sens, G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n °763-6.

Cet exemple démontre qu'il n'est pas aisé de trouver un critère efficient pour délimiter clairement les domaines d'application de chaque régime de responsabilité. La méthode ne saurait donc combler les lacunes laissées par nos propositions de réforme.

B. L'exclusivité de chaque régime de responsabilité

218. Annonce. Le droit positif consacre l'exclusivité d'un certain nombre de règles de responsabilité (1). Il s'agit d'une méthode pertinente, mais qui peut parfois se révéler difficilement praticable (2). En tout état de cause, cette technique n'est pas efficace de manière systématique et ne peut donc pas être utilisée pour résoudre tous les concours, en complément des propositions de réforme (3).

1. Une méthode connue du droit positif

219. Définition. L'exclusivité peut se définir comme la qualité de ce qui est sans partage, absolu, unique. La règle exclusive est donc celle qui va s'appliquer sans partage à une situation donnée. L'exclusivité ne se conçoit que dans le cadre du concours, car il n'est nul besoin de préciser qu'une règle est exclusive si elle est la seule qui trouve à s'appliquer. Il s'agit donc d'un mode de traitement du concours. Face à la présence de multiples règles applicables, le pouvoir est donné à l'une d'entre elles d'exclure les autres, le concours est donc paralysé. À ce titre, l'exclusivité peut être préventive, ou bien palliative.

220. Exclusivité préventive. La prévention du concours par l'exclusivité ne se conçoit que par l'intervention du législateur[570]. L'hypothèse est celle où ce dernier, conscient du risque de concours qu'il crée en édictant une règle nouvelle, lui confère l'exclusivité par rapport aux autres règles, préexistantes comme futures. L'exclusion peut être totale ou partielle, c'est-à-dire qu'elle peut exister à l'encontre de toute autre règle, ou seulement de certaines. À l'intérieur de ces catégories, l'exclusivité peut être entière ou limitée. Il y aura exclusivité

570Certains auteurs ont une vision très large de la prévention du concours: BUSSY-DUNAUD, thèse *op. cit.*; J. P. TRICOIRE, thèse *op. cit,* p. 263 et suivantes (délimitation des champs d'application des règles en concours, et unification des délais d'actions). Nous ne partageons pas cette vision extensive de la prévention. Pour ces auteurs, la suppression du concours par la redéfinition des champs d'application est une prévention. Or, pour nous, il s'agit d'un véritable règlement, car le concours, qui existait, est supprimé. On ne peut par prévention supprimer ce qui existe déjà. Pour qu'il s'agisse véritablement de prévention, il faut que le concours ne naisse jamais, c'est-à-dire que sa suppression, sa paralysie, intervienne avant même qu'il ne se soit présenté devant le juge. Seul le législateur est donc capable de faire une telle œuvre. Le juge, en effet, et certains ont tendance à l'oublier semble-t-il (peut-être avec raison car ce dernier fait si souvent œuvre créatrice) doit avant tout donner une réponse en tranchant un conflit qui est présenté devant lui. Cette mission ne permet pas au juge de prévenir le litige puisque par définition, il se présente à lui. Ainsi, lorsqu'il propose un règlement du concours qui serait susceptible d'être appliqué à d'autres concours par la suite, il résout un conflit et donne une indication sur la solution que pourrait recevoir les conflits à venir du même type, mais cela n'est pas de la prévention.

entière lorsque la règle s'impose non seulement dans son champ d'application, mais aussi en dehors. Les dommages qui ne peuvent pas être réparés car une des conditions d'application manque, ne pourront l'être par un autre régime de responsabilité, dont les conditions seraient pourtant remplies. À l'inverse, l'exclusivité limitée laisse s'appliquer d'autres règles dès lors que l'on se trouve hors du champ d'application de la règle exclusive.

La justification de cette précision par le législateur peut être la protection de l'ordre public, comme c'est le cas par exemple en matière de baux spéciaux. La législation spéciale étant d'ordre public, la responsabilité engendrée par le contrat soumis à cette législation est exclusive de la responsabilité de droit commun[571]. C'est en effet un des rôles possibles de l'ordre public, un auteur ayant annoncé (c'est nous qui soulignons) que « l'ordre public interne devra intervenir de manière constructive, afin de rééquilibrer les intérêts en présence, d'imposer le respect de nouvelles valeurs, *d'articuler les normes en conflit* »[572].

Le législateur peut aussi vouloir protéger la règle spéciale, indépendamment de l'ordre public, certainement en considération du domaine d'activité concerné, qui nécessite des règles spécifiques. Ainsi l'article L. 6131-1 du Code des transports prévoit-il que la responsabilité de l'exploitant et du pilote de l'aéronef ne peut être recherchée sur le fondement du Code civil que pour un dommage causé à un autre aéronef en vol. Pour les autres cas, les règles spéciales s'appliquent. L'exclusivité se traduit dans ce cas par une exclusion quasi-totale des autres règles de responsabilité, justifiée sans doute par la spécificité de l'activité au cours de laquelle est causée le dommage.

Parfois, l'exclusivité n'est pas aussi absolue et le législateur se contente, pour aménager les rapports que la règle va entretenir avec les autres, d'en écarter nominativement certaines.

C'est le cas, par exemple, concernant l'organisation précise des rapports entre le droit de la consommation et le droit du tourisme. La loi n°2009-888 du 22 juillet 2009 sur la responsabilité des agents de voyage prévoit son articulation avec le Code de la consommation. L'article L. 121-20-3 du Code de la consommation dispose que le professionnel qui propose ou assure à distance la fourniture d'un bien ou d'un service est responsable de plein droit à l'égard du consommateur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance. Or, le Code du tourisme, concernant la responsabilité de l'agent de voyage, ne retient cette responsabilité de plein droit que pour le forfait

571Voir art. 2 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

572B. FAUVARQUE-COSSON, *L'ordre public,* Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, 1804-2004, Dalloz, 2004, p. 475.

touristique et non les prestations hors-forfait (vente de billets de transport seuls, par exemple). Sans autre précision, le concours existe car on peut penser que le Code de la consommation, disposition spéciale protégeant le consommateur, ne distinguant pas selon les prestations fournies, a une certaine légitimité à s'appliquer, les consommateurs devant être tous traités de la même façon, quelle que soit la nature du contrat à distance[573]. La loi nouvelle cependant ne choisit pas cette voie puisque l'article L. 211-1, II, du Code du tourisme prévoit que les dispositions de l'article L. 121-20-3 du Code de la consommation ne sont pas applicables aux agents de voyage. Le concours est réglé de manière préventive par le législateur, qui n'a pas pu apporter cette précision sans autre considération que le risque de rencontre entre les deux textes. En l'absence de justification précise sur ce point dans les débats parlementaires, l'on ne peut que supposer que la motivation retenue est d'ordre économique, la protection du consommateur étant amoindrie pour améliorer la situation des entreprises françaises face à la concurrence internationale.

221. Exclusivité palliative. Même si le juge est amené à se prononcer à propos d'un litige, la solution peut dépasser le strict cadre de celui-ci pour trouver sa place au sein d'une politique jurisprudentielle plus vaste. L'exclusivité de la règle peut donc être posée par le juge qui, face à un concours qu'il considère comme perturbateur, trouve là le moyen d'y mettre fin. En ce sens, l'exclusivité décidée par le juge n'est pas préventive, mais prophylactique.

Plusieurs exemples peuvent être retenus pour illustrer ce type d'exclusivité, à commencer par la solution classique qui consiste à exclure la responsabilité délictuelle de la relation contractuelle. L'on peut aussi évoquer l'exclusivité de la loi Badinter, déjà présentée[574].

De même, l'exclusivité de la responsabilité contractuelle est un bon exemple. Nul part dans la loi il n'est inscrit que la responsabilité délictuelle ne peut être utilisée dans le cadre d'une relation contractuelle. Le principe de non-cumul des deux ordres de responsabilité, qui fonde désormais la summa divisio du droit de la responsabilité trouve son inspiration dans la doctrine[575]. Les juges de la Cour de cassation, sensibles à cette doctrine, ont affirmé de longue date le principe selon lequel les articles 1382 et 1383 du Code civil ne sauraient être invoqués par des victimes se prévalant d'un dommage que leur aurait causé leur cocontractant, dans le cadre du contrat[576]. L'existence d'un contrat et d'une inexécution contractuelle conditionnent

573C. LACHIEZE, *Code de la consommation et Code du tourisme, conflit ou concorde?,* JCP, 2009, I, 145; G. CHANTEPIE, *Chronique de droit du tourisme,* LPA, 27 juillet 2009, p. 10.

574V. Supra, n°74.

575V. supra, n°48.

576Civ., 11 janvier 1922, D., 1922, I, p. 16; Cass. Req., 14 décembre 1926, D., 1927, p. 105; Civ. 1re, 1er décembre 1965, Bull. Civ., I, n°689: « lorsque sont réunies, les conditions qui donnent à la responsabilité une

donc le recours aux règles particulières de la responsabilité contractuelle. Le champ d'application de la responsabilité délictuelle se conçoit donc en creux par rapport à celui de la responsabilité contractuelle, qui exige la réunion positive de certains éléments[577]. La responsabilité délictuelle est appliquée lorsque la responsabilité contractuelle ne peut l'être.

222. Bilan. La technique est connue du droit positif et se révèle remarquablement efficace, surtout lorsqu'il s'agit d'une exclusivité totale, décidée par le législateur. Son utilisation est alors la preuve de la conscience qu'a le législateur du risque de chevauchement des textes et éventuellement du tort que cela pourrait causer au but poursuivi par l'un de ces textes. Elle n'est pourtant pas sans poser quelques difficultés d'utilisation, parfois.

2. Difficultés d'utilisation

223. Délimitation. L'exclusivité, pour être un outil efficace de suppression des concours, nécessite une double délimitation. Il faut, en effet, clairement délimiter le domaine de l'exclusivité, c'est-à-dire préciser quelles normes concurrentes vont être exclues en faveur de la règle exclusive. Il faut ensuite dessiner précisément les contours de la règle exclusive. Or, ces deux étapes peuvent se révéler périlleuses.

224. Manque de précision quant au domaine de l'exclusivité. Les lacunes de l'organisation des rapports entre la responsabilité du fait des produits défectueux et les autres règles de responsabilité sont une illustration éclatante des insuffisances que peut parfois comporter une règle pourtant établie en prévention du concours, par le législateur. Alors que l'article 13 de la directive CEE 85/374, dans sa transposition française à l'article 1386-18 du Code civil, prévoit que la responsabilité des produits défectueux ne porte pas atteinte « aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité », la CJCE précisa que le sens de cette disposition est de laisser subsister seulement les régimes de responsabilité ayant un autre fondement que celui mis en place par la directive[578]. Un vif débat doctrinal s'ensuivit quant au point de savoir quels régimes juridiques français avaient vocation à être exclus par la responsabilité du fait des produits défectueux et lesquels pouvaient s'appliquer

nature contractuelle, la victime ne peut se prévaloir, quand même elle y aurait intérêt, des règles de la responsabilité délictuelle ».

577J.-Ph. TRICOIRE, *les concours d'actions en matière immobilière,* LGDJ, BDPR, t. 512, 2009, n°218.

578CJCE, 25 avril 2002, aff. C-183-00.

concurremment, et permettre une faculté de choix à la victime[579]. Il a fallu par la suite une autre intervention de la CJCE pour préciser définitivement le sens de l'article 13 de la directive[580]. La question préjudicielle posée par la Chambre commerciale amenait la CJCE à se prononcer sur le point de savoir si la directive s'oppose à « l'interprétation d'un droit national ou d'une jurisprudence interne établie telle qu'elle permette à la victime de demander réparation du dommage causé à une chose destinée à l'usage professionnel et utilisée pour cet usage, dès lors que cette victime rapporte seulement la preuve du dommage, du défaut du produit et du lien de causalité entre ce défaut et le dommage ». Il faut préciser que le concours naît du décalage existant entre la jurisprudence qu'a développée la Cour de cassation en palliatif au retard de transposition de la directive, et la loi de transposition. En effet, là où la directive, dans son article 9, limite les dommages matériels réparables en exigeant que la chose soit destinée à l'usage ou la consommation privée, et ait été utilisée dans cet optique, la jurisprudence française ne pose pas une telle limite. Le vendeur était donc tenu, d'après la Cour de cassation, d'une obligation de sécurité concernant les produits vendus, qui doivent être exempts de tout vice et de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes et les biens[581]. Ce décalage entre les dommages indemnisés par la directive et la jurisprudence française rend donc intéressant le concours, la victime pouvant avoir un intérêt à se prévaloir du régime interne, et ce même si le législateur français n'a pas transposé cette disposition dans toute sa rigueur.

Or, la décision de la CJCE rendu en 2002 avait amené une doctrine autorisée à présager de l'abandon de la jurisprudence française[582]. Deux arguments pouvaient être avancés pour ce faire. Le premier tient au fondement de la responsabilité retenu par le droit interne, qui est le manque de sécurité du produit, fondement identique à celui retenu par la directive. Les responsabilités basées sur le même fondement devant être exclues du choix laissé à la victime, selon la CJCE, il aurait été logique de conclure à l'abandon de la jurisprudence

579V. notamment, P. JOURDAIN, RTD civ., 2002, p. 523; C. RONDEY, D., 2002, p. 1670; J. CALAIS-AULOY, D., 2002, chron., p. 2458; C. LARROUMET, D., 2002, p. 2642; G. VINEY, JCP, 2002, I, 177.

580CJCE, 4 juin 2009, D., 2009, p. 1731, note S. BORGHETTI; JCP, 2009, n°27, p. 35, note P. JOURDAIN; RDC, 2009, 1381, obs. G. VINEY; sur la question préjudicielle, voir Com., 24 juin 2008, Bull. Civ., IV, n °128.

581V. par exemple, Civ. 1er, 17 janvier 1995, D., 1995, jur. p. 350, note P. JOURDAIN, JCP, 1995, I, 33853, n °9, obs. G. VINEY.

582V. J. CALAIS-AULOY, *Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel,* D., 2002, chron., p. 2458; C. LARROUMET, note au D., 2002, jp., p. 2642; pour une proposition permettant de conserver cette obligation de sécurité, en considérant qu'elle repose sur une faute, G. VINEY, *Interprétation par la CJCE de la directive du 25 juillet 1985,* JCP, 2002, I, 177; P. JOURDAIN, RTD civ., 2002, p. 523.

française, qui après tout ne se concevait qu'en palliatif à la transposition qui tardait. Une fois le régime communautaire intégré au droit français, l'ancien système mis en place n'avait plus lieu d'être. L'on peut avancer en second argument, complémentaire du premier, que la directive a vocation à aboutir à une harmonisation totale des droits européens sur la question, objectif qui ne saurait être atteint si survivent des régimes internes qui entretiennent des différences avec la directive.

Telle n'a pas été la voie suivie par la CJCE qui a répondu que la directive ne s'oppose pas forcément à la jurisprudence nationale[583]. Dès lors, il faut considérer que le droit interne reste compétent pour régir les dommages ne relevant pas de la responsabilité du fait des produits défectueux. Par conséquent, la victime qui n'invoquerait pas d'autre argument que le défaut de sécurité du produit à l'encontre du fournisseur, ne serait pas admise à invoquer la faute de l'article 1382 à la place de l'article 1386-1 du Code civil[584]. Par contre, lorsque l'on se trouve en dehors du champ de la directive, c'est-à-dire en matière de dommage causé aux biens professionnels, le droit français préexistant continue de s'appliquer[585]. L'on peut critiquer l'opportunité de cette solution en ce qu'elle crée une différence de traitement entre professionnel et consommateur, les premiers étant désormais mieux traités que les second. Cela peut étonner, et en tout état de cause, l'objectif d'harmonisation totale n'est pas atteint[586].

Le manque de précision de la directive aura donc rendu difficile la détermination des règles exclues du concours d'avec la responsabilité du fait des produits défectueux. Il aura fallu l'intervention du juge communautaire pour régler la situation, montrant par la même les limites d'une exclusion préventive des règles de responsabilité. Au final, la responsabilité du fait des produits défectueux ne s'est vu attribuer qu'une exclusivité limitée, puisque survit à ses côtés, pour certains cas, le régime prétorien français. Cependant, même manquant de précision, cette volonté transparente du législateur de limiter le jeu du concours d'actions en responsabilités est louable dans le sens où cela permet de guider le juge. Dans l'hypothèse où cette technique est choisie, cependant, il est impératif de veiller à clairement délimiter l'étendue de l'exclusivité, faute de quoi le résultat visé n'est pas atteint, bien au contraire.

225. Manque de précision quant aux contours de la règle exclusive. L'exclusivité d'une règle de responsabilité impose nécessairement de savoir avec précision quel est le domaine

583Arrêt du 4 juin 2009, *op. cit.*

584Cass. Com., 26 mai 2010, RCA, 2010, n°256.

585Cass., com., 26 mai 2010, n°07-11744, confirmant que la réparation de dommages causés par une chose destinée à l'usage professionnel et utilisé pour cet usage ne relève pas du champ d'application de la directive.

586En ce sens, J.-S. BORGHETTI, note *op. cit.*

d'application de cette règle, ce qui ne va pas toujours de soi. Nous pouvons, à ce titre, utiliser à nouveau l'exemple de la loi Badinter. La victime d'un accident de la circulation, nous l'avions vu précédemment, ne peut se fonder que sur la loi de 1985 pour rechercher indemnisation auprès du conducteur du véhicule impliqué. Cette loi ayant pour objectif l'indemnisation de la victime est logiquement préférée par celle-ci car, en limitant les causes d'exonération et en n'imposant pas la preuve d'une faute ou d'un lien causal au sens de la responsabilité classique, elle est plus facilement mise en œuvre. Il suffit, en effet, que le dommage ait eu lieu à l'occasion d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué au moins un véhicule terrestre à moteur. Mais derrière la simplicité des mots, se cache une véritable difficulté de délimitation du champ d'application de la règle, qui a fait l'objet de quelques errements jurisprudentiels. La question ne se serait pas posée avec la même acuité si les règles classiques de la responsabilité avaient été déclarées applicables. Mais l'autonomie, et par la suite l'exclusivité de cette loi, ont rendu nécessaire la construction jurisprudentielle visant à délimiter précisément le champ d'application de la loi.

La notion même d'accident de la circulation a pu faire l'objet de discussions. Les dommages causés par l'incendie déclaré dans un véhicule en stationnement sont-ils la résultante d'un accident de la circulation, ou doivent-ils être soumis à l'article 1384 du Code civil?[587] Le dommage survenu lors du chargement ou du déchargement, sur la voie publique, doit-il être indemnisé sur le fondement de la loi de 1985 ou de la responsabilité du fait des choses?[588] L'autonomie de la loi empêche de se référer à d'autres textes pour définir certains termes. Cela entraîne par conséquence la nécessité d'un important travail de construction jurisprudentielle, afin de pouvoir cerner précisément les notions litigieuses. L'accident, de cette manière, revêt un sens particulier au sein de cette loi, qui n'est pas tout à fait celui retenu par les compagnies d'assurance, ou dans des domaines spécifiques, comme l'accident du travail ou encore l'accident médical[589]. L'accident de la circulation est un fait involontaire, cela exclut donc les faits volontaires, ou constitutifs d'une infraction volontaire[590]. De même, le juge a très tôt estimé que la notion de circulation doit être comprise largement, puisque l'accident dans lequel est impliqué un véhicule à l'arrêt ou en stationnement est un accident de la

587J. KHADIM, *L'indemnisation des dommages résultant d'un incendie ou d'une explosion d'un véhicule terrestre à moteur,* Gaz. Pal., 1994, 1, doctr., p. 148.

588H.-V. AMOUROUX, *Le véhicule et l'outil, l'applicabilité de la loi du 5 juillet 1985 aux matériels de travaux et de chantier,* Gaz. Pal., 1990, doctr., p. 121; F. LEDUC, *Les contours de la notion d'accident de la circulation (à propos des accidents de chargement et de déchargement),* RCA, 1997, chron., n°15.

589G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité,op. cit.*, n°979.

590V. par ex. Civ. 2e, 18 mai 2004, Bull. Civ., II, n°130, D., 2004, p. 2324, note B. BEIGNIER.

circulation[591]. Par contre, la limite de la notion de circulation se trouve dans la fonction particulière de déplacement, et lorsque le véhicule est occupé à une fonction autre que ce déplacement, la loi du 5 juillet 1985 est exclue[592].

Cependant, la critique de la difficulté de mise en œuvre du règlement du concours en cas d'exclusivité de la règle doit être nuancée à deux titre. Tout d'abord, la difficulté de déterminer le domaine d'application d'une loi est un problème qui existe indépendamment de l'exclusivité de cette dernière; il est en réalité lié à la qualité de rédaction de la loi. L'exclusivité ne fait que rendre plus pressante l'obligation pour le juge de bâtir une jurisprudence permettant de délimiter avec précision et certitude les contours de cette loi. Ensuite, la difficulté pratique de mettre en œuvre une solution ne la remet pas forcément en cause, car elle peut s'avérer, une fois appliquée, remarquablement efficace. Ainsi, même si la loi du 5 juillet 1985 a nécessité quelques ajustements au fil des ans, son exclusivité a permis d'atteindre les objectifs fixés par le législateur, que sont la meilleure indemnisation des victimes d'accident de la circulation.

3. Rejet d'une utilisation dans le cadre de la réforme proposée

226. Inadaptation au système de délits spéciaux. Malgré les avantages que présentent la technique de l'exclusivité de la règle, nous concluons à son rejet, dans le cadre de la réforme proposée, car elle ne semble pouvoir être utilisée que pour protéger des règles spéciales de la concurrence de règles générales.

En effet, l'exclusivité est une méthode qui semble mieux convenir au système de responsabilité que connaît le droit positif français, qu'au système de délits spéciaux que nous proposons. En effet, l'exclusivité, nous l'avons vu au travers des quelques exemples donnés, est posée par le législateur ou le juge lorsqu'il veut protéger le domaine d'une règle spéciale et le régime juridique dérogatoire mis en place en considération de la spécificité de l'activité en cause ou du domaine concerné (considérations économiques pour le tourisme, protection de la victime d'un accident de la circulation, protection des prévisions des parties au contrat). Il serait difficile de raisonner de cette manière pour évincer une règle spéciale au profit d'une autre, à moins de se livrer à un jugement de valeur hasardeux concernant les textes en présence et les intérêts qu'ils protègent, pour faire primer l'un sur l'autre. Ainsi, pour reprendre les exemples de concours non résolus par nos propositions, quel régime faire primer sur

591V. Civ., 2e, 22 novembre 1995, Bull. Civ., II, n°286.
592V. H.-V. AMOUROUX et F. LEDUC, articles *op. cit.*

l'autre, entre le droit commun de la vente et le droit spécial de la consommation, ou encore entre le droit des produits défectueux et le droit spécial des produits pharmaceutiques applicable aux médecins? Le droit de la consommation fait de l'option entre les régime une force en faveur du consommateur, qui pourra élire lui-même la règle qu'il trouve, pour son cas, la plus avantageuse. Dans ce cas, le concours, loin de devoir être résolu, semble être une faveur faite à l'acheteur. Pour ce qui est des produits défectueux, doit-on diriger l'action en responsabilité uniquement à l'encontre du producteur, ou de l'un des revendeurs, ou à l'encontre du médecin, ou encore organiser un partage de responsabilité entre les deux? Ces deux concours, en apparence similaires, posent des questions fort différentes, dès lors qu'il s'agit d'opérer un jugement de valeur dans le but de déterminer la solution la plus opportune. Cet outil de l'exclusivité de la règle ne semble donc pouvoir être utilisé qu'épisodiquement, au cas par cas. D'ailleurs les cas d'exclusivité retenus par le droit positif le démontrent, la méthode ne vaut que ponctuellement, pour s'assurer que le régime dérogatoire du droit commun de la responsabilité sera appliqué aux cas entrant dans le champ d'application de la loi, sans subir de concurrence de règles du droit commun, concurrence qui ruinerait les objectifs de la règle spéciale.

L'exclusivité des règles de responsabilité n'est donc pas une technique envisageable pour améliorer la réforme proposée.

227. Synthèse de la spécialisation de la responsabilité.

-L'achèvement du mouvement de spécialisation de la responsabilité civile suppose, en plus de la suppression des clauses générales de responsabilité, l'organisation des dispositions restantes.

-L'organisation des dispositions restantes peut s'effectuer à l'aide d'outils inspirés des droits étrangers, mais tous ne s'adaptent pas avec la même aisance au droit français. Ainsi, la condition d'illicéité n'a été jugée opportune que pour limiter la responsabilité du fait d'autrui. Pareillement, il a été proposé de faire un usage limité de la théorie de la relativité aquilienne.

-Le système de délits spéciaux obtenu laisse pourtant survivre un certain nombre de concours de responsabilités, preuve que la limitation de la responsabilité ne peut être la seule réponse au concours.

-La tentative de régulation des concours restants, à l'aide d'outils connus du droit positif, n'a pas permis de parfaire le système proposé, le cloisonnement des régimes juridiques, ainsi que

l'exclusivité de certains régimes de responsabilité, ne pouvant être utilisé de manière systématique.

228. Conclusion de chapitre. La suppression des clauses générales de responsabilité, et l'intégration en droit français de notions nouvelles aurait, certes, permis le cantonnement de la responsabilité civile, mais le bilan n'est pas aussi satisfaisant que nous l'espérions. Le bilan coût/avantage démontre que le bouleversement serait trop grand par rapport aux effets réels sur les concours. Le système proposé aboutirait à un morcellement du droit de la responsabilité et il convient d'avouer que l'abandon des clauses générales de responsabilité, au profit d'un système fondé sur une logique différente, n'est guère réaliste. Les différents projets de réforme démontrent, en effet, que cette logique n'est pas dans l'air du temps, même si la limitation de la responsabilité est un objectif qui a pu être avancé en doctrine.
Nous concluons donc au rejet de cette voie et tentons d'en trouver une autre.
Nous l'avions annoncé, au mouvement de spécialisation s'oppose le mouvement inverse de généralisation du droit de la responsabilité. Si la suppression des clauses générales de responsabilité et l'aménagement d'un système nouveau n'a pas fonctionné, peut-être est-il possible de conserver ces dispositions générales et de reconstruire sur leur base le droit de la responsabilité civile.

Chapitre 2. Le renouveau du droit commun de la responsabilité civile

229. Intérêts du droit commun. Nous avions identifié le morcellement du droit de la responsabilité, son éparpillement en une multitude de régimes spéciaux, comme une source de concours. La poursuite de ce mouvement de spécialisation n'ayant pas donné les fruits escomptés, il convient désormais de se tourner vers l'alternative consistant à s'appuyer sur le droit commun.

L'expression « droit commun » recèle une polysémie. L'adjectif commun peut, en effet, désigner à la fois ce qui est partagé par le plus grand nombre et ce qui est banal, voire vulgaire. Actuellement, le droit commun semble être perçu comme un droit banal, vulgaire, auquel il est fait appel uniquement lorsque les autres règles, spéciales, plus adaptées, plus proches du litige, sont inapplicables. Le droit commun est relégué au banc de la responsabilité. Il comporte des dispositions utiles pour combler les lacunes laissées ça et là par le droit spécial, en pleine expansion, mais qui, à force de se faire évincer par les règles spéciales, finira un jour par ne plus mériter le qualificatif de commun. Autrement dit, à force de trop consentir d'exceptions à la règle, celle-ci perd son caractère général.

Or, le droit commun pourrait être la réponse aux concours de responsabilités. Tout d'abord, renforcer le droit commun, en allégeant le droit de la responsabilité civile des dispositions spéciales qui le concurrencent, serait à même, non seulement de limiter la responsabilité, mais encore de limiter sérieusement les concours. Ensuite, redonner au droit commun sa place de droit référant, de droit partagé par tous les régimes de responsabilité, permettrait de redonner sa cohérence au droit de la responsabilité; le droit commun assumerait ainsi un rôle structural, en faisant du lien entre les différents régimes de responsabilité. Or, les concours sont dûs en partie à la perte de cohérence du droit de la responsabilité, qui a vu fleurir des régimes spéciaux dans presque tous les domaines d'activité. Recentrer la responsabilité civile autour de quelques dispositions fondamentales permettrait de contrer ce mouvement d'expansion désordonnée, et, nous l'espérons, de réduire les concours.

Se dessinent alors deux directions dans lesquelles il est possible de s'aventurer[593]. D'une part, celle des régimes génériques de responsabilité, ces régimes dont le champ d'application est si vaste qu'aucun autre n'englobe tout ou partie de son domaine d'application (section 1). D'autre part, celle des dispositions fondamentales communes, qui s'appliqueraient à tous les régimes

593Ces deux composantes du droit commun sont décrites par F. LEDUC, *Le droit civil en hors le Code civil,* LPA, 6 juillet 2005, n°133, p. 3 et s.

de responsabilité, créant ainsi un socle commun à même de structurer l'ensemble de la responsabilité civile (section 2).

Section 1. Les régimes génériques de responsabilité

230. Méthode. Le droit positif, nous l'avons vu, connaît quelques clauses générales de responsabilité. Ces clauses générales, cependant, subissent la rude concurrence des régimes spéciaux, à tel point qu'il a pu être envisagé de supprimer lesdites clauses générales, qui auraient perdu leur utilité[594]. Nous avons finalement abandonné cette voie; cependant, nous restons conscient de la perte d'intérêt progressive de ces régimes généraux, dont le domaine d'application est petit à petit partagé avec d'autres dispositions. La première étape serait donc de redonner leur juste place à ces régimes généraux que connaît le droit positif.

Cependant, la prolifération des régimes spéciaux a, nous le savons, répondu à des impératifs de meilleure indemnisation de la victime et de meilleure adaptation de la règle aux enjeux propres à un secteur d'activité. L'on ne saurait ignorer ces impératifs; aussi devrons-nous envisager le devenir des multiples régimes spéciaux existants et nous interroger sur la possibilité de faire émerger de cette multitude désordonnée quelques lignes directrices utilisables pour créer de nouveaux régimes généraux.

Amélioration des régimes généraux existants (§1) et construction de nouveaux régimes généraux (§2), voici les deux voies que nous nous proposons d'emprunter.

§1. Amélioration des régimes généraux existants

231. Typologie des régimes généraux. Les régimes généraux que nous avons identifiés précédemment sont constitués par les dispositions génériques en matière de responsabilité contractuelle (art. 1147 C. civ.), en matière de responsabilité du fait personnel (art. 1382 et 1383 C. civ.), en matière de fait des choses (art. 1384 al. 1er C. civ.), en matière de fait d'autrui (art. 1384 al. 1er C. civ.) et pour finir, le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble de voisinage. Si les responsabilités pour faute et du fait des choses peuvent être sans peine qualifiées de régimes pleinement généraux, les autres dispositions génériques n'atteignent pas le même degré de généralité. La responsabilité du fait d'autrui, en effet, n'est qu'un régime que l'on pourrait qualifier de semi-général. L'article 1147 du Code civil, pour sa part, se présente comme une sorte de disposition hybride selon notre distinction et peut être

594V. supra, n°169 concernant la responsabilité du fait des choses.

appréhendé tantôt comme un véritable régime de responsabilité de droit commun, tantôt comme une disposition fondamentale commune.

Chaque type de régime général devra être étudié, car chacun appelle un traitement particulier. Les régimes pleinement généraux ne peuvent, en eux-même, être améliorés, car ils ne peuvent atteindre un degré supérieur de généralité. Leur efficacité, par contre, peut certainement être améliorée (A). Nous tenterons ensuite de transformer les régimes semi-généraux en régimes pleinement généraux (B). Pour finir, le sort des dispositions hybrides sera questionné (C). Nous ne nous attarderons guère, cependant, sur le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage. Il est général et ne supporte guère la concurrence de règles spéciales. Nous pouvons donc considérer qu'aucun travail d'amélioration ou de reconstruction n'est utile le concernant.

A. Amélioration de l'efficacité des régimes pleinement généraux

232. Sens de l'amélioration. Les régimes pleinement généraux sont rares. Il s'agit de la responsabilité pour faute, posée aux articles 1382 et 1383 du Code civil et du principe général de responsabilité du fait des choses, issu de l'alinéa premier de l'article 1384 du Code civil. Améliorer leur efficacité suppose de limiter, voire si possible supprimer, la concurrence que leur font d'autres régimes de responsabilité. Ces clauses générales ont le domaine d'application le plus vaste qui soit, et pourtant, elles sont loin d'être les seuls fondements possibles lorsqu'il s'agit de réparer les dommages causés par une faute ou le fait d'une chose. Cette éviction des clauses générales devra être mesurée, expliquée et ensuite, si possible contrée, afin de donner aux articles 1382, 1383 et 1384 al. 1er du Code civil la place prépondérante que devrait occuper le droit commun. Nous tenterons successivement d'améliorer l'efficacité du principe général de responsabilité pour faute (1), puis celle du principe général de responsabilité du fait des choses (2).

1. Amélioration de l'efficacité du principe général de responsabilité pour faute

233. Annonce. Il convient de prendre la mesure de la concurrence que subit l'article 1382 du Code civil aujourd'hui (a), pour ensuite tenter d'y mettre fin (b).

a. Mesure de la concurrence subie par l'article 1382 du Code civil

234. Évictions nombreuses. Les cas où l'article 1382 est évincé en faveur d'une règle spéciale sont nombreux[595]. Sans prétendre dresser ici un catalogue exhaustif et ennuyeux, l'on peut dresser un rapide panorama des dispositions qui retiennent une responsabilité pour faute, tout en excluant l'application du principe général. Par exemple, au sein même du Code civil, les articles 9 et 9-1 organisant respectivement la protection de la vie privée, et de la présomption d'innocence reposent sur une faute, et sont exclusifs de l'article 1382[596]. Dans le domaine de la propriété intellectuelle, l'action en contrefaçon, qui protège les marques renommées en sanctionnant la faute particulière tendant à l'exploitation injustifiée d'une marque, est exclusive de l'article 1382[597]. L'article 1382 du Code civil est par ailleurs inapplicable dès lors que les faits sont constitutifs d'un délit de presse sanctionné par la loi de 1881, quand bien même les conditions de la responsabilité ne seraient pas, en l'espèce, réunies. La responsabilité pour faute de droit commun trouvait à s'appliquer de manière subsidiaire, jusque récemment[598], pour réparer les dommages causés par des faits distincts de ceux réparés par le loi de 1881[599]. Encore, l'action en comblement de passif, visant à sanctionner le dirigeant social pour insuffisance d'actif, n'est pas cumulable avec la responsabilité pour faute de droit commun[600].

Dans d'autres cas, l'article 1382 est écarté en faveur d'une règle posant une responsabilité sans faute. Ainsi, la loi Badinter concernant les accidents de la circulation est-elle exclusive de l'application de la responsabilité générale pour faute[601].

235. Raisons de l'éviction. Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer les raisons qui justifient l'exclusivité d'une règle de droit: l'ordre public et la spécialité de la règle[602]. Les règles évinçant la clause générale de responsabilité pour faute ne dérogent pas à cette présentation, et se fondent sur ces deux justifications pour écarter l'article 1382 du Code civil.

595Le phénomène a donné lieu à une thèse, J. TRAULLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle,* LGDJ, T. 477, 2007.

596Selon la définition de la faute que nous avons retenue, à savoir l'adoption d'un comportement illicite, imputable à son auteur, et portant atteinte à un intérêt protégé, la violation du droit à la vie privé et à la présomption d'innocence est bien une faute. Les juges, cependant, ont conclu à l'autonomie de ces deux dispositions, par rapport à l'article 1382: Civ. 1re, 5 novembre 1996, Bull. Civ., I, n°378 pour la protection de la vie privée; Civ. 2e, 8 mars 2001, D., 2001, IR, 1076.

597Ph. Le TOURNEAU, Gaz. Pal., 30-31 mars 2001, p. 22.

598Un revirement est intervenu, Civ., 1re, 10 avril 2013, D., 2014 p. 131, note C. BIGOT.

599Civ. 1re, 30 octobre 2008, Bull. Civ.I, n°244.

600Com. 28 février 1995, D. 1995, jp. 390, note DERRIDA; J.-J. DAIGRE, *Une évolution jurisprudentielle bienvenue: le non-cumul de l'action en comblement de passif et des actions en responsabilité de droit commun,* Bull. Joly, 1995, p. 953.

601V. supra, n°74 et M.-P. CAMPROUX, *La loi du 5 juillet 1985 et son caractère exclusif,* D., 1994, chron. p. 109.

602V. supra, n°87 et s. et 219 et s.

Le caractère spécial peut justifier l'éviction de la règle générale à deux titres. D'une part, la règle spéciale, concernant un domaine d'activité ou un dommage particulier, a vocation à régir ce domaine restreint, laissant au principe général le soin de régir les cas qui se trouvent en dehors de sa compétence[603]. D'autre part, la règle spéciale pose souvent un régime dérogatoire du droit commun, et que permettre l'application concurrente de la règle générale ruinerait l'originalité du régime[604].

L'ordre public justifiant l'exclusion de la clause générale participe d'une logique quelque peu différente. Il s'agit moins, alors, de protéger la règle pour ce qu'elle est (spéciale au regard de son domaine d'application ou des dérogations apportées au droit commun) que parce qu'elle tend à protéger des intérêts supérieurs. La loi sur la presse, ainsi, tend à protéger la liberté d'expression, ce qui justifierait sa primauté sur l'article 1382 du Code civil[605].

La concurrence subie par le principe de responsabilité générale pour faute semble reposer sur de solides justifications, qui *a priori* rendent inopportune sa suppression.

b. Suppression de la concurrence subie par l'article 1382 du Code civil

236. Périmètre d'intervention. L'article 1382 du Code civil est attaqué sur deux fronts. La responsabilité pour faute est tout d'abord évincée de la réparation des dommages causés pourtant par des fautes. Elle subit donc la concurrence d'autres régimes de responsabilité pour faute. Par ailleurs, la responsabilité pour faute a vu son importance pratique diminuer face à la multiplication des régimes de responsabilité sans faute. Il n'est pas question, dans ces lignes, de revenir sur cette évolution du droit de la responsabilité[606]. Il n'est par ailleurs pas envisageable de proposer la suppression des régimes de responsabilité sans faute, afin de redonner à la responsabilité pour faute un domaine d'application des plus vaste. Raisonner ainsi relèverait du non-sens. Dans l'optique qui est la notre de supprimer la concurrence subie par l'article 1382 du Code civil, nous envisagerons uniquement le sort des autres régimes de responsabilité pour faute. À l'analyse, il se révèle possible de supprimer les régimes de responsabilité pour faute qui ne sont pas ou très peu dérogatoires par rapport au principe général (ą), alors qu'une telle intervention serait inopportune concernant les régimes fortement dérogatoires (ß).

603V. J. TRAULLÉ, *op. cit.,* sur cette approche de la règle spéciale, n°31 et s.

604V. J. TRAULLÉ, *op. cit.,* sur cette autre approche de la règle spéciale, n°34 et s.

605C. BIGOT, *connaître la loi sur la presse,* Victoires éditions, 2004, p. 11; G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité, Étude de droit privé*, Dalloz, 2006, p. 25 et s.

606V. sur ce point, G. VINEY, *Introduction à la responsabilité,* Traité de droit civil, LGDJ, 3e éd., 2008, spé. Titre 1, L'évolution générale de la responsabilité civile.

α. La suppression sans risque des régimes de responsabilité pour faute faiblement dérogatoires

237. Absence de risque. La suppression de régimes de responsabilité pour faute ne comportant pas de dérogation par rapport au principe général ne serait pas perturbateur, car la clause générale trouverait alors à s'appliquer à la place des dispositions ainsi supprimées, sans que cela ne change rien à la situation de la victime. Cependant, il faut bien avouer que rares sont les régimes qui ne font que rappeler la disposition générale, sans rien modifier aux conditions de la responsabilité.

238. Rareté des régimes non dérogatoires. Ces dispositions, qui font figures de doublons de l'article 1382 du Code civil sont rares, mais pas totalement inexistantes. L'on peut ainsi citer l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique, alinéa premier uniquement, qui pose le principe d'une responsabilité pour faute des praticiens. Il s'agit d'une simple application de la responsabilité générale pour faute, adaptée à la matière médicale. Le professionnel est ainsi responsable des dommages causés dans l'exercice de sa profession. L'application de l'article 1382 du Code civil ne changerait rien aux conditions de la responsabilité du médecin[607].

ß. L'inopportunité de la suppression des régimes de responsabilité fortement dérogatoires

239. Dérogations protéiformes. La règle de responsabilité pour faute peut se distinguer de la clause générale sur plusieurs points. Tout d'abord, alors que la clause générale retient que toute faute engage la responsabilité de son auteur, des dispositions spéciales exigent une faute d'une particulière gravité[608]. Une des conditions d'engagement de la responsabilité diffère alors, ce qui entraine une différence de résultat à appliquer l'un ou l'autre des textes en concours. La distinction peut se situer sur d'autres conditions de la responsabilité. Ainsi, les articles 9 et 9-1 du Code civil retiennent-ils que la simple atteinte à la vie privée ou à la présomption d'innocence ouvre droit à réparation, quand le droit commun de la responsabilité civile impose la preuve d'un préjudice souffert par la victime, en plus de la violation d'une règle de comportement. D'autres fois, c'est la prescription de l'action en responsabilité qui est dérogatoire. Le meilleur exemple à ce titre reste le cas de la prescription abrégée en matière de presse.

607Dans le même sens, J. TRAULLÉ, *op. cit.,* n°323, concluant que la responsabilité médicale pour faute ne s'éloigne pas de ce que prévoit l'article 1382, et qu'il ne doit donc pas être exclusif de ce dernier.

608Par ex. art. L.114-5 du Code de l'action sociale et des familles exigeant la preuve d'une faute caractérisée pour indemniser le préjudice subit par les parents d'un enfant atteint d'un handicap non décelé pendant la grossesse, v. Civ. 1re, 16 janvier 2013, n°12-14.020, D. 2013, n°244, obs. I. GALLMEISTER, la Cour de cassation ayant considéré comme une faute « par son intensité et son évidence » caractérisée le fait pour deux échographistes successifs de déclarer dans leur rapport écrit la visibilité des membres avec leur extrémité, et la présence des deux mains, alors que l'enfant est né avec une agénésie de l'avant-bras droit.

240. Proposition de distinction suivant la nature de la dérogation[609]. Le droit spécial peut apporter des dérogations aux conditions stricto sensu d'engagement de la responsabilité civile pour faute, qui sont, selon le principe général, une faute (comprendre toute faute), un dommage et un lien de causalité entre les deux. Au-delà de ces dérogations au conditions d'engagement de la responsabilité, le droit spécial peut mettre en place un système d'indemnisation différent, en s'écartant ainsi du principe de réparation intégrale de tous les dommages, en ayant recours à une procédure non judiciaire[610], ou encore en créant un fond d'indemnisation[611]. La dérogation peut donc porter sur le régime générique de responsabilité, ses conditions (fait générateur, lien causal, dommage) ou bien sur les règles fondamentales communes en principe à toute action en responsabilité (procédure, prescription).

Lorsque le régime spécial de responsabilité pour faute ne s'écarte pas des conditions posées par l'article 1382 du Code civil, en ce qu'il exige la preuve d'une faute, d'un lien de causalité et d'un dommage pour déclencher le droit à indemnisation de la victime, il n'y a pas lieu de faire survivre cette disposition spéciale qui se contente de reprendre la clause générale. Ainsi, l'alinéa premier de l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique est-il inutile et pourrait être supprimé sans risque. Quand bien même ces dispositions spéciales s'accompagnent de dérogations quant aux règles fondamentales communes concernant la procédure ou la prescription, l'article 1382 du Code civil peut trouver à s'appliquer concernant les conditions d'engagement de la responsabilité et cohabiter sans problème avec les règles spéciales dérogatoires. Ainsi, il est envisageable de fonder la réparation des dommages causés par les infractions en matière de presse sur l'article 1382 du Code civil, pour ce qui est des conditions d'engagement de la responsabilité, mais non pour ce qui concerne le délais pour agir.

Au contraire, toutes les fois où la disposition spéciale déroge aux conditions d'engagement de la responsabilité posée par l'article 1382 du Code civil, il nous paraît tout à fait inopportun de remplacer la règle spéciale par la clause générale. Ce type de dérogation est en effet décidée

609Comp. J. TRAULLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle,* BDPR, T. 477, LGDJ, 2007, l'auteur retenant une approche qu'elle qualifie de bilatérale, qui implique d'écarter l'article 1382 du Code civil dans les seuls cas où son application porterait atteinte à l'efficacité d'une autre disposition.

610La loi du 4 mars 2002 permet le recours à une procédure amiable, dans le but de fournir à la victime une indemnisation rapide: art. L. 1141-4 à L. 1142-8 du CSP.

611Par ex., le fond d'indemnisation des victimes d'actes terroristes ou d'autres infractions, permet une indemnisation de la victime selon un mécanisme normalement étranger à la responsabilité civile, qui veut que l'auteur responsable du dommage soit chargé de cette dette d'indemnisation, alors même que dans les cas visés, l'auteur est fautif au sens de l'article 1382 du Code civil. Il n'y a pas de dérogation à la clause générale dans ce cas, mais aménagement des règles gouvernant l'indemnisation de la victime.

par le législateur en considération, soit d'une volonté de traitement différencié de certaines activités ou situations[612], soit d'une volonté de faveur envers la victime[613].

241. Bilan. Il est possible de donner à la responsabilité générale pour faute un domaine d'application plus vaste, simplement en élaguant quelque peu le droit spécial de la responsabilité pour faute. Les régimes non dérogatoires par rapport aux conditions du principe général peuvent être supprimés. Les concours de responsabilités s'en trouvent naturellement réduits, la clause générale subissant une moindre concurrence.

Cependant, alors que la suppression de toutes les dispositions spéciales de responsabilité pour faute permettrait de réduire à néant les cas où l'article 1382 du Code civil est évincé en faveur d'un autre régime de responsabilité pour faute, cette idée n'emporte pas notre approbation. Nous avions pour objectif de limiter la responsabilité, dans l'espoir de limiter par voie de conséquence les concours, mais en conservant à l'esprit l'impératif de bonne indemnisation de la victime et d'adaptation du droit aux nécessités sociales, raisons pour lesquelles sont apparus de nouveaux régimes de responsabilité au fil des ans. Il n'est pas souhaitable de supprimer ces régimes dérogatoires dont le but est précisément d'offrir une meilleure adaptation de la règle à la réalité sociale.

Les concours de responsabilités continueront donc d'exister, entre l'article 1382 et les autres régimes dérogatoires de la responsabilité pour faute, d'une part, et entre l'article 1382 et les régimes de responsabilité sans faute, d'autre part. L'on pressent, dès à présent, l'inefficacité partielle de la méthode visant à réformer la responsabilité pour traiter les concours. Pour autant, nous ne pouvons conclure à l'échec de cette voie sans l'avoir parcouru totalement, aussi essaierons-nous désormais d'améliorer l'efficacité de la responsabilité générale du fait des choses.

612Les dérogations ainsi apportées relèvent d'une certaine logique. Le fait que le salarié ne soit tenu que de sa faute lourde dans le cadre de l'exécution de son travail s'explique par le contrôle de l'employeur sur l'organisation du travail, et par le fait que la sanction disciplinaire est sur ce point mieux à même de garantir la bonne exécution du travail, H. BLAISE, *La responsabilité du salarié envers l'employeur,* RJS, 1996-2, p. 68. La responsabilité du médecin du fait de la naissance d'un enfant handicapé, dont on n'aurait pas décelé le handicap lors de la grossesse ne peut, de même, être engagée que pour faute caractérisée, car le médecin, dans ce cas, n'a pas causé ni aggravé le handicap, et que, rappelons-le, le simple fait de naître n'est pas un préjudice réparable. La prescription abrégée de la loi sur la presse est du à un impératif supérieur à l'indemnisation des victimes, celui de la protection de la liberté d'expression, P. AUVRET, *La concordance entre la loin de 1881 et la Convention européenne des droits de l'homme,* Gaz. Pal., 2003, doctr. 3701; P. GUERDER, *La loi de 1881 sur la liberté de la presse à l'aune de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme,* Gaz. Pal., 2003, dotr. 3692.

613La facilité avec laquelle est ouverte le droit à réparation en cas d'atteinte à la vie privée ou la présomption d'innocence sur le fondement des articles 9 et 9-1 du Code civil participe de cette idée.

2. Amélioration de l'efficacité du principe général de responsabilité du fait des choses

242. Constat rapide. Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer, sous un autre angle, la question du domaine d'application du principe général de responsabilité du fait des choses[614]. Le principe général de responsabilité du fait des choses subit la concurrence d'autres règles de responsabilité en matière d'accident du travail et d'accident de la circulation, concernant les produits défectueux et les produits pharmaceutiques utilisés par des professionnels de santé, les accidents de téléphériques, d'aéronefs, les dommages causés par les navires (pollution par hydrocarbure ou par l'énergie nucléaire), ou encore les dommages causés par la ruine d'un bâtiment. Il est par ailleurs inapplicable lorsque le dommage est survenu à l'occasion de l'exécution d'un contrat, en raison de la règle du non-cumul des deux ordres de responsabilité. Alors que son champ d'application semble se réduire comme peau de chagrin, la suppression de tous ces régimes spéciaux serait la solution pour limiter les règles de responsabilité et supprimer les concours. L'opportunité d'une telle suppression mérite cependant d'être questionnée.

243. Opportunité de la suppression des régimes spéciaux. Contrairement aux régimes de responsabilité pour faute concurrençant l'article 1382 du Code civil, les régimes spéciaux de responsabilité du fait des choses proposent des régimes fortement dérogatoires par rapport au droit commun. La suppression de ces régimes est alors inenvisageable (a). Rares seront, dès lors, les régimes spéciaux que l'on pourra supprimer pour laisser le seul article 1384 alinéa 1er s'appliquer à leur place (b).

a. Impossible suppression des régimes spéciaux fortement dérogatoires

244. Annonce. Les régimes spéciaux fortement dérogatoires ne peuvent être supprimés, car le domaine qu'ils se proposent de régir nécessite de s'écarter de la disposition générale. Nous passerons rapidement en revue ces régimes et justifierons le maintien de chacun.

245. Maintien nécessaire du régime juridique concernant les accidents du travail. Instituée par une loi du 9 avril 1898, plusieurs fois remaniée et complétée ensuite, le système de protection sociale français organise notamment l'indemnisation des victimes d'un accident du travail. Sans revenir en détail sur l'évolution du système français de protection social[615], précisons simplement que son organisation est fondée sur un principe de solidarité nationale,

614V. supra, n° 169 et s.

615V. not. P. LECLERC, *La sécurité sociale, son histoire à travers les textes,* Association pour l'histoire de la sécurité sociale, 1996; B. VALAT, *Histoire de la sécurité sociale,* (1945-1967), L'État, l'institution et la santé, Economica, 2001.

selon la formule de l'article L. 111-1 du Code de la sécurité sociale. L'accident du travail est fort souvent causé par une chose[616], raison pour laquelle la protection sociale sur ce point concurrence nettement la responsabilité civile. Or, l'accident du travail est indemnisé par les caisses de sécurité sociale, selon un forfait (art. L. 451-1 CSS) et l'employeur bénéficie d'une immunité, qui empêche le salarié de rechercher sa responsabilité civile, sur quelque fondement que ce soit, sauf faute inexcusable (art. L. 451-1 et L.452-1 CSS). Par ailleurs, il est mis en place une présomption d'imputabilité de l'accident au travail dès lors que celui-ci survient par le fait ou à l'occasion du travail (art. L. 411-1 CSS).

La logique qui sous-tend ce régime d'indemnisation s'éloigne considérablement des principes gouvernant la responsabilité civile. La suppression du système de protection sociale reviendrait à imposer à la victime d'un accident du travail de rechercher la responsabilité pour faute ou du fait des choses de l'employeur. Outre le fait que la jurisprudence sur ce point, qui considère que le préposé ne peut être gardien de la chose qu'il utilise dans le cadre de son travail, est fort critiquable, tant au regard des critères classiques de la garde[617] qu'au regard de la situation réelle du préposé[618], imposer au salarié le recours à la responsabilité civile aurait

616Qu'il s'agisse d'un accident causé par la manipulation de certains outils ou machines en fonctionnement, ou la manutention de certaines marchandises, ou machines à l'arrêt. Consulter, notamment, le Document d'études de la Direction de l'animation de la recherche des études et statistiques (DARES), *Les indicateurs accidents du travail de la DARES, Conception, champ et interprétation,* n°150, de juillet 2009, disponible sur le site internet du ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social.

617Si le préposé ne peut être gardien car lui fait défaut le pouvoir de direction, il conserve tout de même le pouvoir d'usage et de contrôle, puisque c'est lui qui manipule la chose. Dès lors, un seul des pouvoirs est réputé conservé par le commettant. Il résulte de cela que ni le préposé, ni le commettant, ne jouissent pleinement de tous les pouvoirs sur la chose. À ce titre, aucun des deux ne devrait être considéré comme gardien (V. sur ce point la démonstration de J. JULIEN, *La responsabilité du fait d'autrui, ruptures et continuités,* PUAM, 2001, n°163). Cette solution, bien que faisant une application indiscutable de la notion de garde, aboutirait à un résultat social indéfendable en ce qu'elle priverait la victime d'un recours sur le fondement de la responsabilité du fait des choses. Les juges estiment donc que la garde est restée au commettant afin de mettre en œuvre l'assurance de responsabilité de l'entreprise, raison pour laquelle certainement une remise en cause de cette solution « n'est pas à l'ordre du jour » (Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* n°443) et qu'elle rencontre même l'approbation de certains auteurs (V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n°684). La solution a cela de cohérent que l'entreprise s'assure contre les risques de sa propre activité.

618S'il est vrai est vrai que le préposé prend ses ordres du commettant, sur sa mission et l'étendue de ses fonctions, l'on ne voit pas dans quelle mesure utiliser une chose dans le cadre de l'accomplissement de cette mission empêche ce dernier d'être gardien. Les critères de la garde sont purement matériels, et non juridiques. Il s'agit de savoir qui, au moment de la réalisation du dommage, exerçait effectivement des pouvoirs sur la chose. Cela relève de la plus pure fiction de considérer que le commettant, parce qu'il a indiqué au préposé la mission à accomplir avec la chose qui a causé le dommage en soit responsable à ce titre. Même dans l'hypothèse où l'on considère que le préposé ne dispose pas de l'indépendance nécessaire pour assurer la garde d'une chose, tous les préposés ne seraient certainement pas à traiter de la même manière, en fonction de la liberté de mouvement dont ils disposent (Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* n°443; P. JOURDAIN, RTD civ., 1998, p. 914; M.-A. PEANO, *L'incompatibilité entre les qualités de gardien et de préposé,* D., 1991, chron. p. 51.). Une appréciation *in concreto* du pouvoir de direction serait une manière d'introduire de la nuance dans un système qui en manque (Les juges ont pu aller dans ce sens par une décision retenant la qualité de gardien au préposé, personnel hospitalier, sans doute en raison de la grande

des conséquences néfastes, tant pour lui que pour l'employeur. Tout d'abord, le salarié subirait les lenteurs d'une procédure judiciaire classique, là où il bénéficie aujourd'hui de la rapidité de la procédure spéciale, en dehors de tout procès auprès de la caisse de protection sociale dont il dépend ou devant les tribunaux de la sécurité sociale (art. L. 436-1 CSS et suiv.). Ensuite, les causes d'exonération dont bénéficierait l'employeur ne joueraient pas en la faveur du salarié, qui se verrait sans doute privé d'indemnisation dans de nombreux cas. Enfin, l'employeur devrait supporter le risque de responsabilité, ce qui revient à une augmentation certainement difficilement supportable du coût de son assurance, et, en cas de paiement de l'indemnisation, à de potentielles difficultés de trésorerie.

Ce n'est pas sans raison que le régime de protection sociale a, très tôt, pris son indépendance par rapport à la responsabilité du fait des choses, même si le régime général fut créé en partie pour pallier l'absence de protection des travailleurs face au risque social.

246. Maintien nécessaire du régime juridique concernant les accidents de la circulation. Le régime mis en place par la loi du 5 juillet 1985 emprunte à la responsabilité ainsi qu'aux régimes d'indemnisation, il est une sorte « d'hermaphrodisme juridique »[619]. Le but affiché était de fournir aux victimes d'accidents de la circulation une meilleure indemnisation que celle qu'elles auraient reçue sur le fondement du droit commun[620]. Cela passe par une obligation d'assurance à la charge du conducteur[621], par l'édiction de conditions spécifiques d'engagement de la responsabilité de ce dernier[622], par la réduction des causes d'exonération[623]

indépendance dont jouissent ces préposés, Cass. civ., 29 décembre 1947, D., 1948, p. 127. V. contra, P. JOURDAIN, *op. cit.* Qui considère au contraire que ce critère serait délicat à utiliser, ouvrant la voie à un contentieux nourri; dans le même sens, C. BBENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé,* LGDJ, BDPR, T. 520, 2010, n°124 et 125, l'auteur ajoutant à cet argument celui de la permanence du fait que l'utilisation de la chose profite à l'activité du commettant.).

619Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle,* Litec, 2009, n°808.

620Le nom même de la loi l'annonce: loi tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accident de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

621L'obligation existait depuis février 1958, elle est actuellement posée par l'article L. 211-1 C. ass.

622La loi du 5 juillet 1985 pose comme condition d'engagement de la responsabilité du conducteur l'implication de son véhicule dans l'accident, ce qui s'éloigne du concept traditionnel de causalité, mais aussi de fait de la chose tel que le connait le principe général de responsabilité du fait des choses. V. not. P. JOURDAIN, *Implication et causalité dans la loi du 5 juillet 1985,* JCP, 1994, I, 3794; R. RAFFI, *Implication et causalité dans la loi du 5 juillet 1994,* D., 1994, chron. 158. Même si la notion d'implication n'est pas totalement étrangère à celle de causalité, l'on n'exige pas la preuve que le véhicule a causé le dommage dont se plaint la victime, mais qu'il ait été impliqué dans la survenance de l'accident, qui lui est la cause du dommage, ce qui marque la profonde différence entre la responsabilité du fait des choses et le régime particulier des accidents de la circulation.

623L'article 2 de la loi précise que ni la force majeure ni le fait d'un tiers ne peuvent permettre au conducteur responsable de s'exonérer. Concernant la faute de la victime, la loi met en place un système relativement complexe, aux articles 3 à 6. Les victimes non conductrices ne peuvent se voir opposer que leur faute inexcusable, si elle a été la cause exclusive de l'accident (art. 3). Encore que les victimes non conductrices de moins de 16 ans, et de plus de 70 ans, et celles qui souffrent d'un taux d'incapacité ou d'invalidité de plus de 80 pour cent, ne peuvent se voir opposer leur faute que si elles ont volontairement cherché le dommage. Les

et pour finir par une procédure facilitant l'indemnisation par le biais notamment de l'assureur[624]. La suppression de ce régime spécial laissant place à l'utilisation de l'article 1384 alinéa 1[er] serait inopportune, les insuffisances du régime général[625] étant justement les raisons qui ont poussé à l'adoption du régime spécial. Il n'est pas question d'imposer à nouveau à la victime d'accident de la circulation un fondement inadapté à ses besoins.

247. Maintien nécessaire des régimes canalisant la responsabilité sur la personne la plus indiquée pour répondre du dommage. Plusieurs régimes spéciaux de responsabilité du fait des choses organisent un système particulier qui opère par canalisation de la responsabilité sur une personne désignée. Le producteur est ainsi le responsable désigné pour répondre des dommages causés par un produit défectueux[626], le propriétaire d'un navire répond des dommages causés par la pollution par hydrocarbure[627], l'exploitant d'une installation nucléaire répond des dommages causés par celle-ci[628], de même que l'exploitant d'un téléphérique pour les dommages causés par celui-ci[629]. Ces responsabilités ont ceci en commun qu'elles sont fondées sur le risque que représente l'exploitation ou la production de certaines substances ou installations. Dès lors, la personne toute désignée pour répondre des dommages causés par ces substances ou installations est naturellement celle qui en tire profit. Elle est en effet la mieux à même de prévenir la survenance d'accidents et donc de dommages[630]. Elle est ensuite la plus indiquée pour fournir l'indemnisation à la victime, car, exerçant à tire professionnel son activité, elle n'a pas manqué de s'assurer contre ce type de risque[631]. En plus d'éviter à la victime d'avoir à manier les critères classiques de la garde, afin de rattacher une personne au

victimes conductrices peuvent se voir opposer leur propre faute. Pour finir, l'indemnisation pour les atteintes aux biens ne bénéficie pas du régime fortement dérogatoire instauré par la loi, et la victime peut voir son droit réduit en considération de sa faute (art.5).

624L'assureur du véhicule impliqué, ou, en cas d'accident complexe, l'assureur mandaté par les autres, doit faire une offre d'indemnisation à la victime dans les huit mois suivants l'accident, art. L. 211-9 C. ass.

625V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n°964.

626Art. 1386-1 C. civil, l'art. 1386-7 permettant la responsabilité d'autres personnes en cas d'impossibilité d'identification du producteur (vendeur, loueur).

627Art. L. 218-1 et s. C. env.

628Le régime juridique concernant la responsabilité de l'exploitant d'une installation nucléaire provient de plusieurs textes: la Convention de Paris du 29 juillet 1960, une loi française n°68-943 du 30 octobre 1968, modifiée par une loi n° 90-488 du 16 juin 1990.

629Loi du 8 juillet 1941.

630V. not. K. Le COUVIOUR, *La responsabilité civile à l'épreuve des pollutions majeures résultant du transport maritime d'hydrocarbures,* PUAM, 2007*,* spé. n°6 et s, l'auteur critiquant cependant cette tendance à la canalisation de la responsabilité sur le propriétaire, qui confère une quasi-immunité aux autres personnes impliquées dans le transport et qui pourraient être mieux à même de contrôler la navigabilité du navire, tel l'affréteur.

631L'obligation est faite au propriétaire d'un navire transportant des hydrocarbures de s'assurer (art. L. 218-2 C. ass.), de même qu'à l'exploitant d'une installation nucléaire (art. 6 de la Convention de Paris du 29 juillet 1960).

fait de la chose ayant causé le dommage, certains de ces régimes posent des règles spécifiques s'éloignant du droit commun. Les causes d'exonération peuvent ainsi être particulières (on pense par exemple au risque de développement, ou encore à la conformité avec des règles impératives pour le producteur d'un produit défectueux) et l'indemnisation est souvent plafonnée, ou ne couvre pas tous les chefs de préjudice[632].

Ces régimes spéciaux, tout en étant plus proche d'un régime de responsabilité classique que ne l'est la responsabilité du fait des accidents de la circulation, n'en posent pas moins des règles dérogatoires, compte tenu de considérations économiques et politiques[633]. Se défaire de ces régimes spéciaux pour faire entrer à nouveaux les dommages qu'ils réparent dans le giron de l'article 1384 alinéa 1er du Code civil risquerait d'avoir des conséquences néfastes tant pour la victime que pour le responsable.

Rares sont les régimes spéciaux de responsabilité du fait des choses que l'on pourrait supprimer, sans risquer de perturber l'équilibre économique du système de responsabilité, ou de laisser la victime aux prises avec des difficultés pour obtenir une juste indemnisation.

b. Suppression des rares régimes non dérogatoires

248. Suppression de l'article 1385 du Code civil. L'article 1385 du Code civil retient exactement le même régime de responsabilité que le principe général de responsabilité du fait des choses, mais appliqué aux animaux que l'on a sous sa garde. Bien qu'il existe un débat en doctrine s'agissant de savoir quelle place donner à l'animal, puisque celui-ci n'est ni une personne, ni un bien[634], force est de constater que le régime particulier qui lui est consacré à l'article 1385 ne déroge en rien au principe général[635]. Il est donc, à ce titre, inutile. D'ailleurs, la plupart des manuels, aujourd'hui, ne lui accordent pas de développements particuliers et l'englobent dans la responsabilité du fait des choses[636]. Plutôt qu'une suppression pure et

632La responsabilité du fait des produits défectueux, ainsi, limite la réparation des dommages causés aux biens; la Convention de Paris concernant les dommages causés par une installation nucléaire plafonne l'indemnisation, et énumère précisément les préjudices réparables; la responsabilité du propriétaire de navire est pareillement plafonnée et limitée à certains préjudices.

633V. J. HEBERT, *La loi n°68-943 du 30 octobre 1968, relative à la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire,* JCP, 1969, I, 2232, spé. n°4.

634V. not. A.-M. SOHM-BOURGEOIS, *La personnification de l'animal, une tentation à repousser,* D., 1990, chron., p. 33; S. ANTOINE, *Un animal est-il une chose?* Gaz. Pal., 1994, I, doctr. p. 594; J.-P. MARGUÉNAUD, *La personnalité juridique des animaux,* D., 1998, chron. 205; S. ANTOINE, *Le droit de l'animal, évolution et perspective,* D., 1996, chron. p. 119.

635Il s'agit d'une responsabilité sans faute, fondée sur la garde, V. par ex. Civ. 2e, 22 mai 1964, D., 1965, p. 705.

636Par ex. F. TERRÉ, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations,* Dalloz, 10e éd., 2009, n°762; G. VINEY et P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n°628 et s; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, T2, Le fait juridique,* Sirey, 14e éd., 2014, n°293, remarquant que la responsabilité du fait des animaux n'est plus « guère qu'une application pure et simple » du régime général de

simple, peut-être est-il possible de proposer simplement une modeste réécriture de l'article 1384 al. 1er, en précisant que l'on est responsable des choses et des animaux que l'on a sous sa garde[637].

249. Suppression de l'article 1386 du Code civil. L'article 1386 du Code civil contient une règle spéciale de responsabilité du fait des choses, celle du propriétaire en cas de dommage causé par la ruine d'un bâtiment. La ruine du bâtiment étant définie par les tribunaux comme l'écroulement du bâtiment ou la chute de matériaux[638], un des éléments du régime de responsabilité concorde avec le principe général: le fait de la chose cause le dommage. Si pendant longtemps l'article 1386 a été jugé d'application exclusive, à l'égard notamment du principe général de responsabilité du fait des choses[639], on remarque depuis quelques décennies un déclin de l'exclusivité de l'article 1386. Dès lors que le dommage n'est pas dû à la ruine du bâtiment, l'article 1384 alinéa 1 retrouve son empire et peut permettre à la victime d'obtenir la responsabilité du propriétaire gardien[640]. Le domaine d'application de l'article spécial est donc diminué, le propriétaire pouvant être responsable au titre de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil, indépendamment des cas précis de responsabilité pour ruine du bâtiment. Si pendant un temps la spécialité de la règle a pu engendrer un règlement strict du concours, excluant pleinement la responsabilité générale du fait des choses, l'évolution

responsabilité du fait des choses.

637Le projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dirigé par P. CATALA, prévoit quant à lui un renvoi aux règles de la responsabilité générale du fait des choses, concernant les dommages causés par les animaux, art. 1354-4 du projet. Cette réforme a été jugée « en demi-teinte » par C. RADÉ, *Brefs propos sur une réforme en demi-teinte,* RDC, 2007, p. 77 et s., spé. p. 85, l'auteur critiquant au contraire le fait que le projet « banalise cette responsabilité à une époque d'affirmation de droits spécifiques », et évoque les difficultés que pourraient rencontrer les juges à appliquer les conditions du principe général de responsabilité du fait des choses à l'animal. Dans le même sens, J.-P. MARGUÉNAUD, *L'animal en droit privé,* PUF, 1992, p. 32 estime que le fondement de la responsabilité du fait des animaux est autonome, et ne peut se confondre avec la garde d'une chose. Il faudrait, selon cet auteur, tenir compte du psychisme de l'animal, connu du gardien, qui serait responsable chaque fois qu'il n'a pas anticipé le comportement de ce dernier. Le fondement serait donc la faute, plus que la garde.

638V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n°722.

639Lorsque la responsabilité du propriétaire est recherchée pour ruine du bâtiment, seul l'article 1386 est applicable, qui impose la preuve du vice de construction ou du défaut d'entretien. La victime ne peut dans ce cas tenter d'obtenir gain de cause à l'aide de l'article 1384 alinéa 1 si le propriétaire est en même temps gardien de l'immeuble (Civ., 4 août 1942, JCP, 1942, II, 2006, plus récemment, Civ., 2e, 23 janvier 2003, RCA, 2003, comm. n°93.). Les juges affirment nettement que l'article 1386 « vise spécialement la ruine d'un bâtiment, pour imposer, sans distinction, au propriétaire la responsabilité de ce fait et la subordonner à la preuve d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien, exclut la disposition générale de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil, relative à la responsabilité du fait de toute chose mobilière ou immobilière, que l'on a sous sa garde » (Civ., 2e, 26 avril 1972, Bull. civ., II, n°113; dans un formulation approchante, Civ. 2e, 4 mai 1972, Bull. civ., II, n°128.). Sur ces évolutions, voir not. P. ROUBIER, *L'article 1386 du Code civil et sa portée en droit contemporain*, JCP, 1949, I, 768.

640Civ., 2e, 16 mars 1994, Bull. civ., II, n°94; Civ. 2e, 16 octobre 2008, Bull., civ., II, n°211; Civ., 2e, 22 octobre 2009, Bull. civ., II, n°255; E. SEIFRET, *l'article 1386 du Code civil, suppression ou réhabilitation (à travers un quatrième temps dans la valse interprétative menée par le juge)?,* RCA, 2009, étude 9.

jurisprudentielle montre un changement d'optique, l'indemnisation de la victime justifiant le recours à la responsabilité générale à l'encontre du propriétaire lorsque la règle sur la ruine du bâtiment ne trouve pas à s'appliquer. Dès lors, nous proposons de supprimer cet article. D'une part, il a perdu une partie de son domaine d'application, en perdant une part de son exclusivité au profit de l'article 1384 al. 1er du Code civil. D'autre part, le régime posé est faussement dérogatoire au droit commun. L'article comprend en effet deux propositions: la ruine du bâtiment est due soit au défaut d'entretien, soit au vice de construction. Or, le défaut d'entretien, loin d'être un fait générateur particulier, relève de la faute de l'article 1382 et 1383 du Code civil. Cette portion de l'article 1386 peut donc être supprimée car le principe général de responsabilité pour faute trouvera alors à s'appliquer à sa place, dans les mêmes conditions. La seconde portion de l'article peut sans problème subir le même sort, car l'application de la responsabilité générale du fait des choses produira le même résultat que l'article 1386 en cas de vice de construction. Le propriétaire est en effet présumé gardien[641] et le vice interne de la chose ne permet pas son exonération[642].

Les deux clauses générales de responsabilité, pour faute et du fait des choses, peuvent donc trouver à s'appliquer en lieu et place de l'article 1386 du Code civil. Notre proposition n'est d'ailleurs pas nouvelle[643], les juges de la Cour de cassation eux-mêmes ayant appelé de leurs vœux la suppression de cette disposition[644], tandis que l'avant-projet rédigé sous l'égide du Professeur Catala ne reprend pas ce dispositif[645].

250. Suppression du régime des produits de santé défectueux. Le Code de la santé publique contient des dispositions concernant la responsabilité en cas de produits de santé défectueux. Ainsi, l'article L. 1142-1 prévoit-il que la responsabilité du médecin est une responsabilité pour faute, sauf lorsqu'elle est engagée pour défaut du produit de santé. Il s'agit de la transcription de l'obligation de sécurité intégrée par les juges au contrat médical selon laquelle le médecin se doit de répondre des défauts des produits utilisés à l'occasion des soins[646]. Nous proposons de supprimer cette disposition, non parce qu'elle concurrence le

641Civ. 2e, 16 mai 1984, Bull. civ., II, n°86; Civ. 2e, 22 mai 2003, Bull. civ., II, n°155.

642Civ. 2e, 20 novembre 1968, JCP, 1970, II, 16567; 12 décembre 2002, Bull. civ., II, n°287.

643Elle ne fait pas pour autant l'unanimité, v. V. DEPADT-SEBAG, *La justification du maintien de l'article 1386 du Code civil,* LGDJ, BDPR, T. 344, 2000.

644*Rapport annuel 2000 de la Cour de cassation*, *La protection de la personne*, La documentation française, 2001, p. 13-14, et *Rapport annuel 2005 de la Cour de cassation*, *L'innovation technique*, La documentation française, 2006, p. 12-13.

645Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, *op. cit.,* exposé des motifs, p. 163.

646Civ. 1re, 9 novembre 1999, Bull. civ., I, n°300, « le contrat conclu entre un patient et son médecin met à la charge de dernier, sans préjudice de son recours en garantie, une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins ». Le

principe général de responsabilité du fait des choses, mais parce qu'elle concurrence injustement le régime plus général de responsabilité du fait des produits défectueux, posé aux articles 1386-1 et s. du Code civil. Dans l'optique qui est la nôtre de supprimer les dispositions spéciales inutiles au regard du champ d'application potentiel du droit commun, il est possible de proposer la suppression de dispositions très spéciales, inutiles au regard d'une disposition plus générale, sans pour autant qu'elle atteigne la généralité de l'article 1384 alinéa 1er du Code civil.

Si la jurisprudence consacrant l'obligation de sécurité du médecin pouvait être cohérente avec l'ancienne conception de la responsabilité médicale, elle n'est plus soutenable aujourd'hui. D'une part, la loi du 4 mars 2002 a fait passer la responsabilité médicale d'une responsabilité contractuelle[647] à une responsabilité légale[648], statutaire. L'obligation de sécurité sensément basée sur un accord de volonté est donc privée de sa source. D'autre part, la responsabilité médicale est, en principe, une responsabilité pour faute. On voit mal pourquoi le cas des produits utilisés pour l'acte de diagnostique ou de soin introduirait une exception, d'autant plus que la responsabilité du fait des produits défectueux a été justement établie pour réparer les dommages causés par ce type de produits. Or, le régime issu de la directive européenne canalise la responsabilité sur le producteur ou fabricant du produit défectueux et écarte les autres personnes potentiellement concernées, comme les constructeurs par exemple (art. 1386-6 C. civ.). Les vendeurs et loueurs ne sont désignés responsables qu'en cas d'impossibilité d'identification du producteur (art. 1386-7 C. civ.). On voit mal pourquoi les constructeurs ne seraient pas soumis à cette responsabilité, alors que les médecins le seraient, d'autant plus que la législation concernant les produits de santé permet une traçabilité quasiment infaillible du produit. La Cour de cassation ne s'y est d'ailleurs pas trompée longtemps. Dans un arrêt récent, elle refuse de reconnaitre la responsabilité du médecin du fait du défaut d'une prothèse alors qu'aucune faute n'avait été constatée par les juges du fond à son encontre[649]. Nous souscrivons totalement à l'argumentation de la Cour de cassation qui

dommage peut être causé par toute chose utilisée ou fournie lors de l'exécution du contrat médical, tel que les médicaments (Civ. 1re, 7 novembre 2000, n°99-12255), ou encore les prothèses dentaires (Civ. 1re, 9 décembre 2010, n°09-70407).

647Cass. Civ., 20 mai 1936, DP., 1936, I, p. 88, concl. MATTER, rapp. JOSSERAND; Sirey, 1937, 1, p. 321, note BRETON.

648Le rapport annuel de la Cour de cassation pour 2010 (*Le droit de savoir*, La documentation française, 2011) avance en effet que, pour les soins dispensés après le 5 septembre 2001, la responsabilité n'est plus contractuelle, mais légale, le fondement de l'article 1147 du C. civ. étant substitué par celui de l'article . L. 1142-1 CSP.

649Civ. 1re, 12 juillet 2012, Bull. civ., II, n°916, n°pourvoi 11-17510; dans le même sens, Civ. 2e, 31 octobre 2012, n°11-21633; sur ce point, S. HOCQUET-BERG, *Pas de responsabilité sans faute du chirurgien-*

énonce que la directive européenne tendait à faire assumer la responsabilité des produits défectueux aux seuls professionnels participant à la fabrication et la commercialisation des produits. Les professionnels de santé, sauf à être aussi producteurs, ne relèvent pas du champ d'application de la directive, ce dont il résulte que leur responsabilité ne peut être recherchée que pour faute.

Puisque le juge lui-même a pris la décision de cantonner la responsabilité médicale à la responsabilité pour faute, il ne reste plus qu'à définitivement supprimer la responsabilité du fait des produits de santé auquel fait référence l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique[650].

251. Bilan. Alors que le bilan s'annonce *a priori* fort décevant, compte tenu du faible nombre de régimes juridiques que nous proposons de supprimer, notre conclusion sera relativement optimiste. Certes, le régime général de responsabilité du fait des choses ne semble guère pouvoir augmenter son domaine d'application et risque de continuer de subir la concurrence d'autres régimes de responsabilité et d'indemnisation. Cependant, la revue des régimes spéciaux de responsabilité du fait des choses, non susceptibles d'être supprimés, révèle des lignes de force qu'il est peut-être possible d'exploiter. L'on constate en effet que les dérogations faites au droit commun empruntent souvent la même direction, de sorte que tous ces régimes spéciaux auraient des points communs (canalisation de la responsabilité, limitation des préjudices réparables et du montant de la réparation, recours à un système d'indemnisation). Ces différents éléments pourront être utilisés lorsque nous tenterons de construire de nouveaux régimes généraux de responsabilité, car il est sans doute possible de regrouper certains de ces régimes spéciaux en quelques régimes plus généraux.

Concernant les concours de responsabilité, l'opération ne permettrait pas de supprimer totalement la concurrence subie par le principe général de responsabilité du fait des choses. Cependant, faire émerger, d'une multitude de régimes spéciaux, quelques régimes plus généraux, aurait le mérite d'apporter une plus grande clarté au droit de la responsabilité du fait

---

dentiste pour les dommages dus aux soins et non à un défaut de la prothèse dentaire, Rev. Générale du droit, *on line*, 2013, n°4351; P. VERON, *Revirement « transitoire » de la Cour de cassation, le chirurgien qui implante une prothèse défectueuse soumis à la responsabilité pour faute,* Rev. Générale de droit médical, 2012, n°45, p. 201*;* M. BACCACHE*, Responsabilité médicale, évolution ou régression?* D., 2012, n°34, p. 2277 et s.; P. JOURDAIN, *Quelle responsabilité pour le chirurgien qui implante une prothèse défectueuse?* RTD civ., 2012, n°4, p. 737 et s.

650En faveur du maintien d'un régime spécial de responsabilité du fait des produits de santé, L. BLOCH, *Pour une autre présentation de la responsabilité du fait des produits de santé,* RCA, 2009, Étude n°16.

des choses, aujourd'hui très éclaté en une myriade de régimes spéciaux, que nous sommes d'ailleurs loin d'avoir tous cités.

Avant toutefois de faire œuvre créatrice, il convient de continuer sur la voie de l'amélioration des régimes généraux existants.

B. Pleine généralisation des régimes semi-généraux

252. À la recherche d'une véritable responsabilité générale du fait d'autrui. Il est entendu que l'article 1384 alinéa 1er n'est pas le support d'un véritable principe général de responsabilité du fait d'autrui, mais au contraire le socle sur lequel se sont construits deux régimes supplémentaires de responsabilité du fait d'autrui, qui, quoi que plus généraux que les cas particuliers datant des origines du Code civil, connaissent encore des limites[651] et reposent, au surplus, sur des critères quelque peu différents[652].

La construction d'un régime pleinement général de responsabilité du fait d'autrui nécessite donc de trouver un critère unique de la responsabilité du fait d'autrui (1), puis de construire un régime unique pour cette responsabilité (2), susceptible de contenir non seulement les cas spéciaux des origines du Code civil, mais aussi les nouveaux cas découverts suite à l'arrêt Blieck, de telle manière qu'il n'existe plus qu'un seul régime de responsabilité du fait d'autrui.

1. Recherche d'un critère unique d'engagement de la responsabilité du fait d'autrui

253. Constat, éclatement actuel des différentes responsabilités du fait d'autrui. Outre les cas particuliers des différents alinéas de l'article 1384 du Code civil, que sont la responsabilité parentale et la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, le droit positif connaît de nombreux cas de responsabilités du fait d'autrui. L'élargissement des cas dans lesquels l'on doit répondre des agissements d'autrui suite à l'arrêt Blieck a permis au juge de dessiner, au fil des ans, deux grands schémas de responsabilité du fait d'autrui: la responsabilité de celui qui organise et contrôle, de manière permanente le mode de vie d'autrui et la responsabilité de

651Ainsi, les grand-parents ne sont pas responsables sur ce fondement des agissements de leur petit-enfant qu'ils hébergent pendant les vacances scolaires (Civ. 2e, 22 mai 1995, RTD civ., 1995, p. 902), de même que le syndicat n'est pas responsable des agissements de ses adhérents à l'occasion des manifestations (Civ. 2e, 26 octobre 2006, Bull. civ., II, n°299). Les juges sont cependant partagés concernant la responsabilité du tuteur, contre en cas de tutelle d'un mineur: Civ. 2e, 25 février 1998, Bull. civ., II, n°62; pour en cas de tutelle d'un majeur, Crim. 28 mars 2000, Bull. crim. n°40.

652M. MARTEAU-PETIT, *La dualité des critères de mise en œuvre de la responsabilité du fait d'autrui,* RRJ, 2002, p. 1.

celui qui organise, dirige et contrôle l'activité d'autrui. Sont ainsi esquissés les prémisses d'un régime général, sans qu'il ne soit encore parvenu à une plein maturité.

Il faut avouer que la création d'un régime général de responsabilité du fait d'autrui n'est guère aisée, d'autant que ni le droit comparé, ni le droit prospectif ne nous donne de clé acceptable pour remplir nos objectifs. Nous devons donc constater la faiblesse de ce que nous appelons les sources d'inspiration externes (a). C'est finalement sur la base d'une relecture des différentes responsabilités du fait d'autrui existantes que nous ferons émerger un principe général (b).

a. Faiblesse des sources d'inspirations externes

254. Faible apport du droit comparé. Les droits étrangers n'offrent pas, à notre connaissance, d'exemple de principe général de responsabilité du fait d'autrui. Les droits de common law retenant un système de délits spéciaux ne connaissent pas de principe général de responsabilité du fait d'autrui. De même, les droits allemand[653], italien[654], espagnol[655], néerlandais[656] et suisse[657] ne connaissent que des cas spéciaux de responsabilité du fait d'autrui. Les droits marocains[658], algériens[659], tunisiens[660], ne retiennent pas plus de principe général de responsabilité du fait d'autrui. Il semblerait que les droits des pays socialistes

653Le droit allemand connait la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés (§831 BGB), ainsi qu'une responsabilité , plus large, du fait des personnes soumises à surveillance (§832 BGB), qui incombe à tous ceux qui assument une mission de surveillance, des parents aux soignants, en passant par les instituteurs.

654Le droit italien prévoit plusieurs régimes de responsabilité du fait d'autrui, aux articles 2046 à 2049 du Code civil, concernant la personne en charge d'un enfant ou d'un incapable, et le commettant pour les dommages commis par son préposé.

655Le droit espagnol connait quelques responsabilités pour faute présumée, telle que la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs, celle du tuteur, celle du directeur d'établissement ou d'entreprise du fait de leurs subordonnés (art. 1903 du Code civil).

656Le Code civil prévoit quatre cas de responsabilité du fait d'autrui: la responsabilité des parents du fait de leurs enfants (§6:169), la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés (§6:170), la responsabilité des personnes pour lesquelles travaillent des professionnels indépendants (§6:171), et la responsabilité du représenté du fait de son représentant (§6:172).

657Cas particulier de responsabilité de l'employeur du fait du travailleur (art. 55 du Code civil), ou encore du chef de famille du fait de son enfant mineur (art. 333 du Code civil).

658Le Code des obligations et des contrats marocain prévoit deux types de responsabilité du fait d'autrui, celle de l'État et des municipalités du fait des fautes de service de leurs agents (art. 79) et celle des parents ou conjoint du fait d'une personne infirme d'esprit ou insensée (art. 85), étant précisé que la même règle s'applique à ceux qui sont chargées par contrat de la surveillance et de l'entretien de ces personnes.

659Les articles 134 et suivants organisent la responsabilité du fait d'autrui. Sont concernées les personnes qui sont tenues, en vertu de la loi ou d'une convention, d'exercer la surveillance d'une personne, à raison de sa minorité ou de son état mental. Sont par ailleurs responsables les parents du fait des dommages causés par leur enfant, et les commettants du fait des dommages causés par leur préposé.

660Le Code des obligations et des contrats tunisien prévoit la responsabilité du fait d'autrui pour les dommages causés par les malades mentaux, et la responsabilité des parents du fait de leurs enfants (art. 93 et 93 bis).

européens ignorent pareillement un tel principe[661]. Enfin, ni le droit belge, ni le droit québécois, pourtant à certains égards proches du droit français, n'ont procédé à l'élargissement des personnes dont on doit répondre et se sont contentés des cas limitativement énoncés dans leurs codes civils[662].

255. Faible apport du droit prospectif et de la doctrine. Tout d'abord, ni l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, rédigé sous l'égide du Professeur Catala[663], ni le projet de réforme de la responsabilité, sous la direction du professeur François Terré[664], ne proposent la création d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui[665].

Ensuite, les avant-projets européens semblent opter en faveur d'une conception restrictive de la responsabilité du fait d'autrui, limitée à quelques cas spéciaux[666].

Pourtant, les auteurs français se sont questionnés, à la suite ou même dès avant l'arrêt Blieck[667], à propos d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui et le concept de garde semble avoir retenu les attentions et être au cœur des réflexions doctrinales. Or, cette notion ne nous paraît pas à même de constituer un critère satisfaisant sur lequel baser le principe général de responsabilité du fait d'autrui.

Certes, l'on peut convenir que l'attention qu'elle suscite n'est pas illégitime, dans la mesure où elle est imposée par la jurisprudence. Les juges, en effet, ont repris certaines caractéristiques de la garde d'une chose et les ont appliquées à la responsabilité du fait d'autrui. Ainsi, alors

661R. SANILEVICI, *La responsabilité civile dans les Codes civils des pays socialistes européens,* RIDC, 1981, n°3, p. 821 et s., spé. p. 830 et s. sur les règlementations spéciales.

662En Belgique, le juge a refusé la relecture de l'article 1384 al. 1er, et a affirmé que cet article « n'établit pas un principe général de responsabilité du fait d'autrui; cette responsabilité n'existe que dans les limites des régimes particuliers, différents les uns des autres, qu'il instaure de manière exhaustive dans les alinéas suivants. », Cass. Belge, 19 juin 1997, Revue générale des assurances et des responsabilités, 1997, 12852. Le Code civil québécois précise, à l'article 1457, al. 3 qu'une personne peut être tenue, « en certains cas, de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute d'une autre personne », les articles 1459 à 1464 énumèrent ensuite les cas particuliers en question. L'expression « en certains cas » ferme donc la porte à un élargissement des cas dans lesquels une personne répond des agissements d'autrui.

663Avant projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, *op. cit.,* art. 1355, annonçant que la responsabilité du fait d'autrui « a lieu dans les cas et aux conditions prévues aux articles 1356 à 1360 ».

664Art. 13 à 18 du projet.

665L'idée de la création d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui, opérant un rapprochement des différents cas spéciaux, n'est d'ailleurs pas souhaité par certains auteurs qui considèrent que les différences de régimes se justifient par des besoins et des finalités différents pour chaque situation, et qu'il serait « artificiel de chercher à les ramener à tout prix l'unité », G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n°789-30.

666À propos des Principes de droit européen de la responsabilité civile, et du livre VI des principes, definitions and model rules or europeen private law, voir not. L. CLERC-RENAUD, *La responsabilité du fait d'autrui dans les projets européens,* Journées stéphanoises du 27 et 28 novembre 2009, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation, Recueil des travaux du GRERCA,* IRJS éditions, 2012, p. 311 et s.

667V. R. SAVATIER, *La responsabilité générale du fait des choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité générale du fait des personnes dont on doit répondre?* D., 1933, chron., p. 81.

que la garde d'une chose se caractérise par l'usage, la direction et le contrôle, la garde d'une personne se caractériserait par l'organisation, la direction et le contrôle du mode de vie ou de l'activité d'autrui. La proximité du vocabulaire employé autoriserait le raisonnement par analogie[668]. Cependant, alors que la doctrine évoque sans problème le gardien d'autrui, à l'instar du gardien d'une chose, juge[669] et législateur[670] n'adoptent pas systématiquement ce terme. De plus, la notion de garde, décrite par le juge comme le pouvoir d'organiser, contrôler et diriger, soit le mode de vie, soit l'activité d'une personne, semble difficile à définir de manière rigoureuse. Quelques décisions sèment d'ailleurs la confusion. Par exemple, le fait que les grands-parents ou d'autres membres de la famille hébergeant momentanément l'enfant ne soient pas responsables sur le fondement de l'article 1384 al. 1[er] peut étonner[671], car on pourrait penser qu'au contraire ces derniers ont sur l'enfant ce pouvoir qui leur permet de diriger et contrôler ses activités pendant le temps où il est chez eux. La notion de garde doit donc être affinée si l'on veut qu'elle serve de critère unique au principe général de responsabilité du fait d'autrui. Juge et doctrine ont ainsi pu faire un pas dans le sens d'une définition plus précise de la garde, en en faisant une notion purement juridique, détachée d'un pouvoir effectif de surveillance[672]. Les « gardiens de fait » ne sont donc pas responsables de plein droit, de même que les gardiens désignés par un contrat[673].

Par ailleurs, un auteur, Louis Perdrix, suite à une analyse de la garde des mineurs, des handicapés mentaux, et des délinquants, constate en droit positif l'absence d'unité de la notion de garde[674], et propose une définition unitaire. La définition proposée distingue la garde d'autrui de notions voisines que sont la détention et la direction d'autrui. « La garde d'autrui est la situation dans laquelle une personne exerce sur autrui les pouvoirs de garde intellectuelle, comprenant les pouvoirs de contrôler son mode de vie et de déterminer son lieu de vie, et de garde matérielle, comportant les pouvoirs de contrôler ses activités quotidiennes et de le retenir physiquement. Ces pouvoirs, attribués par le législateur, le juge ou une autorité administrative, sont par principe indisponibles. Ils sont exercés dans l'intérêt de la personne et

668En ce sens, M.-P. BLIN-FRANCHOMME, *Le critère de « garde » des personnes au regard du principe général de responsabilité du fait d'autrui,* LPA, 24 octobre 1997, p. 5.

669La chambre criminelle de la Cour de cassation a pu l'employer, 10 octobre 1996, JCP, 1997, IV, n°245.

670V. L. PERDRIX, *La garde d'autrui,* LGDJ, BDPR, T. 521, 2010, spé. n°129 et s.

671Civ. 2[e], 22 mai 1995, D. 1996, p. 453.

672V. R. ROLLAND, *La double nature de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui: garde ou surveillance d'autrui?* LPA, 19 septembre 2000, p. 4 et s.

673V. G. VINEY, P. JOURDAIN,S. CARVAL, *Conditions de la responsabilité, op. cit.,* n°789-18 à 798-20.

674L. PERDRIX, *La garde d'autrui,* LGDJ, BDPR, T. 521, 2010, p. 33 à 94, l'auteur faisant le constat d'une perception éclatée et incomplète de la notion de garde d'autrui.

de la société. Ils ont pour finalité l'exécution d'une mission ou d'une prestation distincte de la simple rétention d'autrui. A cet effet, le pouvoir de garde matérielle peut être temporairement transmis à un tiers »[675].

Mais cette conception doctrinale de la garde ne permet d'influencer, de l'aveu même de son auteur qu'un type de responsabilité du fait d'autrui. En effet, « le pouvoir de garde, permettant de contrôler le mode de vie et les activités quotidiennes d'une personne dépourvue totalement ou partiellement de son autonomie naturelle ou d'une personne simplement privée de sa liberté par une décision administrative ou judiciaire, devrait surtout avoir une influence sur la responsabilité du fait non professionnel d'autrui »[676]. La conception de la garde retenue par Louis Perdrix ne peut donc servir de critère à un principe général de responsabilité du fait d'autrui, car elle ne permet pas de régir, par exemple, la responsabilité du commettant du fait de son préposé.

Il convient donc de chercher ailleurs le ou les critères sur lesquels reposerait le principe général de responsabilité du fait d'autrui. Or, nous pensons que le droit positif de la responsabilité du fait d'autrui est susceptible de nous donner la clé de la création d'un principe général.

b. Émergence du principe général de responsabilité du fait d'autrui sur la base d'une relecture des cas particuliers existants en droit positif

256. Proposition. Nous proposons la formulation d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui autour de deux notions, l'autorité légitime et le pouvoir de contrainte. Avant de démontrer en quoi ces notions sous-tendent déjà les différentes responsabilités du fait d'autrui, en droit positif, nous nous attacherons à la définition des termes autorité et contrainte.

257. Autorité et contrainte, sens des mots. Du latin *autorictas*, l'autorité désigne le pouvoir de commander, d'imposer l'obéissance[677]. Derrière cette apparente unité de sens se cache une multiplicité d'emplois et l'autorité désigne pour les juristes le « pouvoir de commander, l'organe investi de ce pouvoir, et la valeur attachée à certains actes »[678]. L'étymologie renvoie au verbe *augere* qui signifie augmenter et confère au terme un sens divin, sacré, car l'acte visé ici n'implique pas le fait d'accroitre ce qui existe, mais le fait de produire, hors de son sein[679].

675L. PERDRIX, *op. cit.,* n°279.

676L. PERDRIX, *ibid.*

677C'est la définition que donnent les dictionnaires de la langue française, mais aussi le Vocabulaire juridique de G. CORNU, PUF, 9e éd., 2011.

678Dictionnaire de culture juridique, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, PUF, 2003.

679J.-P. GOUDAILLIER, *Sens et contresens du mot autorité,* in Informations sociales, n°105, 2002, p. 4 et s.

Pour d'autres disciplines que la nôtre, l'autorité renvoie à un pouvoir légitime qui permet d'obtenir d'autrui un certain comportement, sans avoir besoin de recourir à la force. L'un exclurait même l'autre. Selon Hannah Arendt, « l'autorité exclut l'usage de moyens extérieurs de coercition, là où la force est employée, l'autorité proprement dite a échoué »[680]. Dès lors, « vue de cette façon, l'autorité, c'est le pouvoir sans la force, moins qu'un ordre, mais plus qu'un simple avis. Elle suppose chez l'un la conscience de sa légitimité, chez l'autre celle de la dissymétrie des places, et entre les deux la mise en suspens du rapport de force »[681]. La question de la légitimité est au cœur de la notion d'autorité, car c'est sa légitimité qui lui confère ce pouvoir d'obtenir l'obéissance. Weber distinguait ainsi trois fondements de la légitimité[682]. Le premier, celui de « l'éternel hier » repose sur la tradition, le poids du passé, l'expérience. Le deuxième, est celui du prophète, du chef, et légitime ce que l'auteur nomme l'autorité charismatique. Le troisième fondement est la croyance en la validité d'un statut légal et d'une compétence positive.

Quel que soit le fondement qui la légitime, l'autorité permet donc à une personne de se faire obéir d'une autre, sans avoir besoin de recourir à la force, elle conditionne donc l'exécution volontaire, libre, d'un ordre.

L'autre notion que nous proposons d'utiliser est la contrainte. La contrainte est le pouvoir appartenant à l'État ou à celui qui est titulaire d'un droit, de le faire respecter. Par extension, la contrainte peut désigner un acte de violence, de force. La définition donnée de l'autorité exclurait pourtant le recours à la contrainte. En effet, l'autorité ne contraint pas par le recours à un moyen extérieur, comme la force par exemple. Est-ce à dire pour autant qu'il ne s'agisse pas de contrainte? Nous ne le pensons pas. L'autorité amène celui qui y est soumis à adopter un comportement qu'il n'aurait peut-être pas adopté s'il avait agi librement. L'autorité, tout en ne recourant pas à la force, repose tout de même sur un pouvoir de contraindre autrui, mais seulement grâce à un processus que l'on peut qualifier d'interne selon lequel le fondement qui légitime l'autorité (charisme du chef, poids du passé et de l'expérience, ou encore conformité à une règle légale) suffit à obtenir d'autrui le comportement désiré. À la contrainte extérieure, le détenteur de l'autorité préfèrerait une forme différente, une contrainte morale, interne, à laquelle un individu se conforme car il est convaincu de la légitimité de cette dernière.

680H. ARENDT, *La crise de la culture, Huit exercices de pensée politique,* Gallimard, 2000, p. 123.
681A. BRUEL, *Le juge des enfants et la construction de l'autorité,* in Informations sociales, n°105, 2002, p. 82 et s., spé. p. 87.
682M. WEBER, *Le savant et le politique,* Plon, 1959, p. 114.

Cette première approche des termes autorité et contrainte nous éclaire sur leur sens. Cependant, il convient désormais d'en dresser un portrait juridique.

258. Autorité et contrainte, tentative de définition juridique. L'autorité en droit a fait l'objet de quelques études[683], sans que leurs auteurs ne retiennent une définition de l'autorité fondamentalement différente, en droit, du sens commun. Ainsi, l'autorité a pu être présentée comme « le pouvoir d'obtenir sans recours à la contrainte physique un certain comportement de la part de ceux qui sont soumis au dépositaire de l'autorité »[684], ou encore « pouvoir juridique de contrainte »[685]. La particularité de l'autorité, en tant que notion juridique, tiendrait simplement au fait que le droit fonde sa légitimité, en reconnaissant la différence de position entre les personnes concernées par le rapport d'autorité et légitimant le pouvoir même dont dispose le détenteur de l'autorité[686].

Les concepts d'autorité et de contrainte peuvent donc être reçus par le droit. L'on s'aperçoit même, à l'étude des différents cas de responsabilité du fait d'autrui, que ces deux concepts sont des fondements, plus ou moins apparents, de responsabilité.

259. Autorité et contrainte, critères sous-jacents des responsabilités du fait d'autrui en droit positif[687]. L'autorité est un fondement constant des responsabilités du fait d'autrui, en droit positif.

L'affirmation relève de l'évidence concernant la responsabilité des parents du fait de leurs enfants, qui, depuis la loi du 4 mars 2002[688], sont responsables « en tant qu'ils exercent l'autorité parentale »[689]. Aussi, les juges refusent-ils de reconnaître la responsabilité d'une

683Not. N. FORTAT, *Autorité et responsabilité administrative,* thèse Tours, 2011; J.-B. DONNIER, *L'autorité en droit privé,* Thèse Aix-Marseille, 1992; B. BISSON, *L'autorité dans la famille,* Thèse Reims, 2004.

684B. BISSON, *op. cit.,* p. 573.

685N. FORTAT, *Autorité et responsabilité administrative,* thèse Tours, 2011, p. 35.

686N. FORTAT, *op. cit.*, p. 33 et 34.

687V. C. RADÉ, D., 1997, chron. p. 279, l'auteur distingue ainsi trois sortes d'autorités, l'autorité institutionnelle trouvant sa source dans la loi, l'autorité convenue trouvant sa source dans le contrat, et enfin l'autorité naturelle, qui ne nécessite aucun support juridique (celle des gourous, des familiers à qui l'on confie les enfants pendant les vacances).

688L. n°2002-305, art. 8-V.

689L'idée n'est cependant pas nouvelle, et dès avant cette réforme certains auteurs ont pu la soutenir. V. par ex. C. RADÉ, D., 1997, chron. p. 279; P. JOURDAIN, note sous Civ. 2e, 19 février 1997, D., 1997, p. 265. Lors des travaux préparatoires du Code civil, Tarrible a même pu affirmer que les responsabilités posées par les articles 1382 et s. encourageaient à « la vigilance des hommes chargées du dépôt sacré de l'autorité », *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Fenet, t. XIII, 1828, p. 491. Certains soutiennent cependant une idée différente, en retenant par exemple comme fondement le « risque de naissance », qui conduit à faire assumer aux parents le risque même d'avoir mis au monde un enfant, S. ZEIDENBERG, *Á la recherche de la source de la responsabilité parentale,* RRJ, 2001-4-1, p. 1351 et s. Tout en étant reconnue, elle peut faire l'objet de critiques, V. not. A. VIGNON-BARRAUT, *L'autorité, critère d'identification du responsable,* RLDC, 2008, suppl. n°51, l'auteur retenant que la multiplication des acceptions de l'autorité, notamment lorsque le mineur en est le destinataire, a pour effet d'augmenter les concours de responsabilités du fait d'autrui.

personne dont le lien de filiation avec l'enfant auteur du dommage a été rompu[690], de même qu'ils ont toujours refusé de retenir la responsabilité d'autres personnes que les parents sur le fondement de l'article 1384 al. 4 du Code civil, peu importe qu'en pratique ces dernières exercent sur l'enfant des pouvoirs analogues à ceux des parents[691]. L'autorité parentale consiste en un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant, selon l'article 371-1 du Code civil. Les père et mère en sont titulaires, l'exercent conjointement et procèdent ainsi à l'entretien et l'éducation de l'enfant, tout en le protégeant dans sa sécurité, sa santé, sa moralité[692]. L'autorité parentale confère aux parents un pouvoir, celui de prendre les décisions appropriées dans l'intérêt de leur enfant. Ces décisions s'imposent à ce dernier, comme par exemple le choix du domicile, l'enfant ne pouvant quitter la maison familiale sans la permission de ses père et mère[693]. L'autorité parentale correspond donc à l'autorité juridiquement légitimée fondant le pouvoir d'une personne d'imposer à autrui qu'il agisse d'une certaine manière, sans pour autant recourir à la force[694]. Le fondement de cette autorité est légal: la loi elle-même, au travers des règles gouvernant l'établissement de la filiation, et ses conséquences, lient autorité parentale et responsabilité.

Le même constat peut être opéré quant à la responsabilité du commettant, bien que cette fois la loi n'affirme pas clairement le lien entre autorité et responsabilité. L'article 1384, alinéa 5 du Code civil est en effet silencieux quant au fondement de la responsabilité du commettant, et la jurisprudence semble rétive à utiliser le terme d'autorité[695]. Cependant, les travaux préparatoires du Code civil révèlent que les codificateurs fondaient la responsabilité des commettants sur l'autorité, car ils sont « investis d'une autorité suffisante pour contenir leurs

690L'annulation de l'acte établissant la filiation a « un effet rétroactif sur l'existence du lien de filiation, et par conséquent, sur la responsabilité », Crim., 8 décembre 2004, Bull. crim., n°315.

691Civ. 2e, 18 septembre 1996, Bull. civ., II, n°217, pour le cas d'un enfant confié à sa grand-mère et sa tante pendant les vacances.

692Ceux sont là les mots de l'article 371-1 C. civ.

693Art. 371-3 C. civ.

694Pourtant, une jurisprudence récente vient fragiliser cette conception du fondement de la responsabilité parentale, en ce qu'il retient, en cas de divorce, la responsabilité du parent résidant habituellement avec l'enfant, y compris lorsque celui-ci cause un dommage au cours de l'exercice du droit d'hébergement de l'autre parent, Crim. 6 novembre 2012, n°11-86857, D., 2012, p. 2658, obs. I. GALLMEISTER, RCA, 2012, étude n°2, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG. Or, l'autorité parentale est conservée par les deux parents, dans ce cas. Il n'est donc pas normal que l'un seulement soit responsable des dommages causés par l'enfant.

695Une étude massive de jurisprudence sur les 20 dernières années révèle que si les juges du fond et les parties utilisent le terme d'autorité, les juges de la Cour de cassation ne le reprennent que rarement dans le dispositif de leurs arrêts, et exigent la preuve des éléments du lien de préposition, qui implique que le commettant donne des ordres ou des instructions au préposé et puisse en contrôler l'exécution. V. cependant, Civ. 2e, 6 février 2003, Bull. civ., II, n°33, retenant la responsabilité d'une personne en tant que commettant car l'auteur du dommage était « resté sous son autorité », voir aussi Cass. 2e, civ., 16 nov. 2006, n° 05-19.973, RCA., 2007, comm. 44.

subordonnés dans les limites du devoir et du respect dû aux propriétés d'autrui »[696]. L'on trouve en doctrine quelques auteurs pour soutenir l'idée que l'autorité est le fondement de la responsabilité du commettant[697], mais d'autres fondements viendraient le concurrencer, et il ne serait pas à lui seul capable d'expliquer le droit positif[698]. Pourtant, l'autorité est un critère pertinent au regard de la définition traditionnelle du lien de préposition, qui implique la possibilité pour le commettant de donner des ordres au préposé et de contrôler l'exécution des missions qui lui sont confiées. Le rapport de préposition induit donc un pouvoir de commandement entre deux personnes n'occupant pas des places identiques. La Cour de cassation a même pu définir le lien de subordination comme donnant le droit au commettant de « faire acte d'autorité »[699]. Cependant, les juges ont, avec le temps, fait une appréciation relativement souple du lien de préposition. Ainsi, il peut naitre d'un contrat[700], mais aussi en dehors de toute relation contractuelle, l'important n'étant pas la source de ce pouvoir de commandement, mais bien sa consistance, même si la jurisprudence en la matière n'est pas toujours très cohérente[701]. Dès lors, le pouvoir de commandement, sans exercice pratique, n'empêche pas la qualification d'un rapport de préposition, alors qu'à l'inverse, un pouvoir de commandement peut trouver sa source dans une situation de fait, non juridiquement reconnue ni sanctionnée, sauf par le biais de la responsabilité du commettant[702]. Or, la définition retenue de l'autorité juridique impose que le droit fonde ce pouvoir, et non le fait. L'autorité telle que nous l'avions définie ne serait donc pas à même de justifier tous les cas de responsabilité du commettant retenus en droit positif. De même, les juges considèrent que certains salariés, bénéficiant pourtant d'une grande indépendance dans l'exercice de leur travail, peuvent tout de même être considérés comme des préposés[703]. C'est une des raisons pour lesquelles certains auteurs proposent comme fondement à la responsabilité du commettant, non plus le lien de

696A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Volume 13,* Paris, 1836, discours prononcé par le Doyen Tarrible, devant le corps législatif, p. 488.

697Dejean de la Bâtie, Droit civil français, t. VI-2, Responsabilité délictuelle, 8e éd., 1989, spéc. n° 103; Brun Ph., *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2009, spéc. n° 529; Le Tourneau Ph., *Droit de la responsabilité et des contrat*s, Dalloz- action, 2012-2013, spéc. n° 7497.

698D. MAZEAUD, *Autorité du commettant et responsabilité: approche du droit civil,* RLDC, 2008, suppl. 51, spé. n°13 et s.

699Crim. 7 novembre 1968, Bull. crim., n°291.

700Le contrat de travail, ainsi, suffirait à établir la relation de préposition nécessaire à l'application de l'article 1384 al. 5 C. civ.

701V. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n°796; N. MOLFESSIS, *La jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou l'irrésistible enlisement de la Cour de cassation,* Mélanges offerts à Michelle Gobert, Economica, 2004, p. 500 et s., spé. n°9.

702N. MOLFESSIS, *op. cit.,* n°12.

703Il en va ainsi des médecins ou sage-femmes. V. sur ce point C. RIOT, *L'exercice subordonné de l'art médical,* D., 2006, chron., p. 111.

préposition, mais « le fait d'agir pour le compte du commettant et à son profit »[704]. Les juges ne semblent pas insensibles à cette manière de concevoir le lien de préposition et ont pu estimer qu'il se déduit de « l'intérêt d'une personne à utiliser les services d'une autre personne »[705].

L'autorité serait donc un fondement possible de la responsabilité du commettant, mais subirait actuellement la concurrence d'autres fondements et ne revêtirait pas la même cohérence que celle constatée concernant la responsabilité parentale. Malgré tout, il est possible d'affirmer que l'autorité fonde la responsabilité du commettant, en droit positif, même si elle n'en est pas le fondement unique.

Nous ne nous attarderons guère sur la responsabilité de l'artisan du fait de son apprenti, et ce pour deux raisons. La première est d'ordre pratique, la désuétude de ce régime de responsabilité étant largement constatée[706], le contrat d'apprentissage se rapprochant sensiblement du contrat de travail et la différence de situation entre l'apprenti et le préposé étant faible. La seconde raison qui milite en faveur d'une quasi-impasse sur cette responsabilité tient au fait que, quelle que soit le modèle auquel on la raccroche (responsabilité parentale[707], responsabilité patronale[708]) la démonstration précédente suffit à la relier à la notion d'autorité.

Les deux modèles de responsabilité créés suite à l'arrêt Blieck sur le fondement de l'article 1384 al. 1er du Code civil méritent, quant à eux, que l'on s'y attardent plus longuement. La personne qui dirige, organise et contrôle le mode de vie d'autrui exerce un pouvoir de commandement lui permettant d'imposer à autrui un certain comportement, au quotidien. À ce titre, la relation entre celui qui détient ce pouvoir de décision et celui dont le mode de vie est organisé par un autre, repose sur un lien d'autorité. Ce pouvoir peut être confié par une autorité judiciaire[709] ou administrative[710]. Sa source se situe donc toujours dans le droit, et non

704G. VINEY, P. JOURDAIN, *op. cit.,* n°792.

705Cass. 2e civ., 11 déc. 1996, n° 94-17.870, RCA., 1997, comm. 84.

706V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.,* n°896; le projet Catala ne reprend pas ce régime.

707C'est la position classique de la Cour de cassation, qui y voit un prolongement de l'autorité des parents, l'artisan hébergeant traditionnellement l'apprenti sous son toit, raison pour laquelle il en résulte une quasi-assimilation des deux régimes de responsabilité, V. G. VINEY et P. JOURDAIN, S. CARVAL, *op. cit.,* n °893.

708Le rapprochement est légitime, au regard de la situation de fait, même si ce n'est pas l'approche traditionnellement choisie par la Cour de cassation.

709L'exemple topique concerne le mineurs faisant l'objet d'une mesure d'assistance éducative, V. not., Cass. Crim., 10 octobre 1996, D., 1997, p. 309, note M. HUYETTE; Cass. Crim., 15 juin 2000; Bull. crim., n°233.

710C'était le cas dans l'affaire jugée par l'arrêt Blieck, Ass. Plén., 29 mars 1991, Bull., n°1, un majeur ayant été placé dans un centre d'aide par le travail, ce type de placement faisant l'objet d'une procédure administrative, au cours de laquelle le majeur donne son accord (art. L. 344-1 à L. 344-7 CASF).

dans le fait. Au vue de la définition juridique de l'autorité que nous avions retenue, cette branche du « principe général » de responsabilité du fait d'autrui reposerait clairement sur la notion d'autorité.

Concernant l'autre branche du « principe général » de responsabilité du fait d'autrui, consistant à retenir la responsabilité de celui qui dirige, organise, et contrôle une activité et non plus le mode de vie d'autrui, l'autorité représente un fondement au contenu légèrement différent. En effet, le pouvoir de commandement est considérablement réduit par rapport au cas où une personne organise le quotidien d'une autre. Dans ce cas, l'autorité ne concerne qu'une activité, ponctuelle, d'autrui. Il s'agit donc d'une autorité *a minima*. Pourtant, il s'agit d'une autorité réelle, celui qui organise l'activité d'autrui pouvant imposer certaines règles de conduite, des horaires, des conditions dans lesquelles il est autorisé de pratiquer une activité. Le fondement de cette responsabilité pour autrui reste l'autorité, mais peut être concurrencé par d'autres fondements, comme le risque. Cependant, les juges refusent de prendre en compte la dangerosité potentielle de l'activité en cause, en témoigne l'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation rendu le 12 décembre 2002, retenant la responsabilité d'une association de majorette[711]. Patrice Jourdain, tout en étant critique face à cette décision, reconnait que l'indifférence des juges face à la dangerosité de l'activité en cause indiquerait que « la responsabilité du fait d'autrui ne serait donc pas tant fondée sur le risque que sur l'autorité et les pouvoirs dont disposent certaines personnes sur les auteurs du dommage »[712]. Bien que discuté, le fondement d'autorité apparaît comme une réalité[713] et constitue un élément de rapprochement entre les deux types de responsabilité du fait d'autrui, que l'on a pu présenter comme irrémédiablement différents[714].

Après avoir passé en revue les différents types de responsabilité du fait d'autrui et démontré que la notion d'autorité pouvait fonder ces responsabilités, il est désormais temps de procéder à la formulation d'un véritable principe général de responsabilité du fait d'autrui.

711Civ. 2e, 12 décembre 2002, Bull. civ., II, n°289, RTD civ., 2003, p. 305, obs. P. JOURDAIN.

712P. JOURDAIN, obs. *op. cit.*, p. 307.

713V. en ce sens C. RADÉ, *La responsabilité du fait d'autrui, principe général,* jurisclasseur Code civil, Lexisnexis, fasc. 140, n°36 à 44.

714V. not. Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* n°566, évoquant « deux facettes irréductiblement distinctes »; M. MARTEAU-PETIT, *La dualité des critères de mise en œuvre du principe de responsabilité du fait d'autrui,* RRJ, 2002-1, p. 255; J.-P. GRIDEL, *Glose d'un article imaginaire inséré dans le Code civil en suite de l'arrêt Blieck, « chacun répond, de plein droit, du dommage causé par celui dont il avait la mission de régler le mode de vie ou de contrôler l'activité »,* Mélanges P. DRAI, Dalloz, 2000, p. 629; M. JOSSELIN-GALL, *La responsabilité du fait d'autrui sur le fondement de l'article 1384 al. 1er,* JCP, 2000, I, 268.

260. Formulation du principe général. Nous proposons la formulation suivante du principe général: « Toute personne investie par la loi, par une décision administrative ou judiciaire, ou par contrat, d'une autorité légitime en vertu de laquelle elle est autorisée à exercer sur autrui une contrainte, se doit de répondre des dommages causés par la personne alors qu'elle se trouvait sous son autorité ».

La formulation choisie dessine un champ d'application fort large au principe général. Sont ainsi inclus les cas particuliers de responsabilité du fait d'autrui du Code civil, mais aussi les cas constatés par la jurisprudence et d'autres qui échappent actuellement à l'article 1384 al. 1er, car elles sont dans le giron de la responsabilité contractuelle. Or, cette dualité de régime en fonction de l'existence d'un contrat ou d'une autorisation judiciaire chargeant une personne d'exercer sur une autre un pouvoir de contrainte ne nous paraît pas *a priori* souhaitable. Toutefois, avant de proposer l'adoption de ce principe général et la suppression corrélative des cas spéciaux, il reste à bâtir le régime juridique de ce principe et à déterminer précisément les conditions de la responsabilité.

2. Construction d'un régime unique de responsabilité du fait d'autrui

261. Objectif double. Le champ d'application du principe général, reposant sur le double critère de l'autorité légitime et du pouvoir de contrainte, lui permet de régir les cas spéciaux de responsabilité du fait d'autrui. Cependant, encore faut-il que le régime juridique unique convienne à toutes les situations et que l'instauration d'un fondement unique pour tous les cas de responsabilités du fait d'autrui soit adapté aux réalités sociales.

Ensuite, il ne faut pas oublier que cette démarche de création d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui est motivée par l'espoir de parvenir, ainsi, à supprimer les concours de responsabilités. Il convient donc de conserver à l'esprit la visée principale de cette proposition de réforme de la responsabilité civile.

Adaptation aux réalités sociales et efficacité dans le règlement des concours de responsabilité, voici les deux objectifs qu'il nous faudrait atteindre grâce au régime juridique du principe général de responsabilité du fait d'autrui proposé. Pour cela, plusieurs points doivent être discutés.

262. Éléments du régime sujets à discussion. La responsabilité du fait d'autrui mettant traditionnellement en jeu deux personnes, le répondant pour autrui et l'auteur direct du dommage, il convient d'une part de s'interroger sur la nature de la responsabilité du répondant

pour autrui et d'autre part sur le sort de l'auteur du dommage. Concernant le répondant pour autrui, sa responsabilité peut être engagée sans égard à son propre comportement, de plein droit, ou alors pour faute. Par ailleurs, la responsabilité du répondant peut être déclenchée dès lors que celui dont il répond est l'auteur du dommage, sans que le comportement de ce dernier ne soit répréhensible, ou l'on peut exiger que l'auteur du dommage ait commis un fait susceptible d'entrainer sa responsabilité personnelle. Pour finir, la question du sort de l'auteur du dommage devra être examinée. Que l'on exige qu'il ait commis un acte entrainant sa responsabilité propre, ou non, la question de la possibilité pour la victime ou le répondant pour autrui de se retourner contre lui devra être résolue. Trois points doivent ainsi être étudiés afin de construire le régime juridique du principe général de responsabilité du fait d'autrui proposé: la nature de la responsabilité du répondant pour autrui (a), la nature du fait susceptible de déclencher la responsabilité du répondant (b) et le sort de l'auteur du dommage (c).

a. La nature de la responsabilité du répondant pour autrui

263. Faveur du droit positif pour la responsabilité de plein droit. Les différentes responsabilités du fait d'autrui sont aujourd'hui des responsabilités objectives, de plein droit. Il est acquis de longue date que le commettant est responsable des dommages causés par le préposé, sans pouvoir s'exonérer en prouvant qu'il a eu un comportement irréprochable. L'absence de faute du commettant est donc inopérante[715]. L'arrêt Bertrand posa cette solution pour les parents en 1997[716], suivi quelques semaines plus tard par la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui appliqua un régime similaire au « principe général »[717]. La solution peut être largement approuvée. Elle présente tout d'abord le mérite de procéder à une harmonisation des cas spéciaux et généraux de responsabilité du fait d'autrui, ce qui favorise le rapprochement des régimes et l'émergence d'un véritable principe général[718]. Elle manifeste ensuite une certaine cohérence avec la conception abstraite et juridique de la garde retenue par les juges, qui milite en faveur d'une responsabilité objective[719]. Pour finir, la responsabilité

715Cass. Crim. 20 juin 1924, DP, 1925, 1, p.93.

716Civ. 2e, 19 février 1997, Bull. Civ., II, n°56, D., 1997, p. 265, note P. JOURDAIN, chron. 279, C. RADÉ, *Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui, (apologie de l'arrêt Bertrand),* RCA, 1997, *La responsabilité des père et mère; changement de nature,* F. LEDUC.

717Cass. Crim., 26 mars 1997, Bull. crim., n°124, JCP, 1997, I; 4070, obs. G. VINEY, JCP, 1998, II, 10015, note M. HUYETTE, D. ,1997, p. 496, note P. JOURDAIN.

718Ainsi, un commentateur de l'arrêt Bertrand a pu estimer qu'il permettait « l'induction d'un principe général », C. RADÉ, *Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui, (apologie de l'arrêt Bertrand)*, D., 1997, chron. p. 279, n°16 et s.

719En ce sens, Ph. BRUN, *La responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.,* n°574.

du fait d'autrui n'est pas étrangère à la notion de garantie, conception qui fut avancée par certains auteurs et par les codificateurs eux-même, alors que la responsabilité parentale reposait encore sur un présomption de faute[720].

264. La responsabilité de plein droit commandée par le fondement de l'autorité. Le fondement retenu, l'autorité, commande le régime du principe général de responsabilité du fait d'autrui proposé. Nous avons utilisé la notion d'autorité dans son acception propre au droit, ce qui, sans conférer au concept un sens radicalement différent du sens courant, fonde la légitimité du pouvoir de commandement d'autrui sur le droit. Ce pouvoir ne nait donc pas du fait, de la pratique, ou de l'expérience, mais bien de la loi, d'une décision judiciaire ou administrative ou encore d'un contrat. C'est la raison pour laquelle il s'agit d'une notion objective, à l'instar de ce qu'est devenue la garde d'autrui en droit positif. L'autorité est ainsi une potentialité offerte à une personne de donner des ordres à autrui et de contrôler leur exécution, d'imposer un certain comportement. Peu importe en pratique le degré de contrainte imposé par le détenteur de l'autorité à celui qui y est soumis. Il suffit que ce pouvoir existe pour que soit caractérisée la relation d'autorité nécessaire à l'existence d'une responsabilité pour autrui. La conception retenue de l'autorité, subjective, dématérialisée, commande l'adoption d'une responsabilité de plein droit du répondant pour autrui, conçue comme la contrepartie du pouvoir de commandement qui lui est accordé par la loi, l'autorité judiciaire ou administrative, ou le contrat.

Sans grande surprise donc, la responsabilité générale du fait d'autrui sera donc une responsabilité objective, de plein droit, en accord non seulement avec l'état du droit positif, mais aussi avec le fondement choisi. Les deux points restant à examiner risquent fort d'être plus contentieux, car le droit positif ne fait pas preuve d'une telle homogénéité concernant la nature du fait susceptible de déclencher la responsabilité du répondant, ni le sort de l'auteur du dommage.

b. La nature du fait susceptible de déclencher la responsabilité du répondant

265. Partage du droit positif entre la faute et le fait causal. La responsabilité du commettant est traditionnellement engagée en cas de faute de son préposé[721]. Étant précisé que lorsque le préposé agit sans autorisation, à des fins étrangères à ses attributions et hors de

720V. not. De Greuille, dans son rapport au Tribunat; THOUIILIER, *Droit civil français suivant l'ordre du Code civil,* TXI, 4e éd. n°271, l'auteur évoquant un « cautionnement légal et forcé ».

721Solution constante depuis Cass. req., 19 février 1866, S., 1866, I, p. 214.

ses fonctions, le commettant n'a pas à répondre de ses actes[722]. Une solution similaire est retenue concernant la responsabilité de celui qui organise l'activité d'autrui, pareillement déclenchée par la faute de celui qui voit ainsi son activité contrôlée[723]. En revanche, la responsabilité des parents du fait de leurs enfants est, depuis l'arrêt Levert de 2001[724], engagée par un simple fait causal de l'enfant à l'origine du dommage. Pour ce qui est de la responsabilité de celui qui organise le mode de vie d'autrui, le doute persiste et l'on est réduit aux conjectures en l'absence de prise de position claire de la part des juges. Soit l'on considère que cette responsabilité, souvent comparée au modèle parental, imite son régime et repose sur un simple fait causal de l'auteur direct du dommage. Soit l'on raisonne au contraire par analogie avec l'autre branche de la responsabilité du fait d'autrui développée sur le fondement de l'article 1384 al. 1er du Code civil et l'on considère qu'il faut une faute de l'auteur direct du dommage pour engager la responsabilité du répondant. En tout état de cause, une analyse de la jurisprudence démontre que cette responsabilité du fait d'autrui fut engagée en pratique en cas de comportement fautif de l'auteur direct du dommage[725].

266. Les enjeux du choix effectué. La question se pose de savoir si l'on veut faire de la responsabilité du fait d'autrui une forme de garantie pour la victime, auquel cas la responsabilité du fait d'autrui s'entend d'une addition des responsabilités de l'auteur du dommage et du répondant, dans le but d'offrir à la victime un répondant supposé plus solvable que l'auteur direct du dommage. Si au contraire l'on entend faire reposer la responsabilité du fait d'autrui sur le risque, il est possible d'admettre que le répondant soit responsable alors même que l'auteur du dommage n'a commis aucun acte illicite. La responsabilité du répondant deviendrait autonome de celle de l'auteur. L'on a pu avancer qu'un tel régime supposerait l'identification préalable d'un risque à même de justifier la responsabilité du répondant[726]. Or, il ne serait pas évident de placer le curseur entre les situations créatrices de risques et celles qui ne le seraient pas. De plus, la responsabilité ainsi dessinée ne

722Ass. Plén. 17 juin 1983, JCP, 1983, II, 20120 concl. SADON, note Fr. CHABAS. V. aussi Ass. Plén., 19 mai 1988, D., 1988, p. 513, note C. LARROUMET, confirmant l'analyse consistant à faire de l'action sans autorisation, à des fins étrangères à sa mission et hors de ses fonctions les conditions de l'abus de fonction du préposé.

723Civ. 2e, 20 novembre 2003, Bull. civ., II, n°356. Toutefois, dans l'arrêt précité 2e civ., 12 décembre 2002, les juges n'ont pas fait mention de la responsabilité personnelle de la majorette. Si la faute pourrait ne pas être retenue, le fait d'une chose le pourrait la majorette étant gardienne de son bâton, auquel cas le fait de l'auteur du dommage reste un fait illicite; mais l'absence de précision des juges sur ce point sème le doute.

724Civ. 2e, 10 mai 2001, Bull. civ., II, n°96. Déjà en ce sens, Ass. Plén., Fullenwarth, 9 mai 1984, Bull. n°4.

725Déjà, dans l'arrêt Blieck, le primo responsable met le feu volontairement à une forêt ; voir aussi, G. VINEY et P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n°789-22.

726P. JOURDAIN, RTD civ., 2003, p. 307/308.

comprendrait plus tous les cas de responsabilité du fait d'autrui (à moins d'avoir une conception fort large du risque créé[727]), ce qui poserait la question du sort des cas ne reposant pas sur la théorie du risque. Conviendrait-il de les abandonner, ou au contraire devrions-nous les conserver, quitte à leur appliquer un régime différent?

Dans une optique de limitation de la responsabilité, nous avons déjà eu l'occasion de nous prononcer en faveur de l'exigence d'un acte illicite de la part de l'auteur du dommage[728]. Nous maintenons cette position, cette fois au regard de la fonction de garantie de la responsabilité du fait d'autrui que semble induire la fondement choisi, l'autorité. Il paraît logique que celui qui dispose du pouvoir de commander autrui assume la responsabilité correspondante, et soit perçu comme une garantie pour la victime, qui pourra profiter de cette relation d'autorité entre l'auteur du dommage et son répondant en se voyant offrir une action en responsabilité contre lui. Il paraît difficilement justifiable, cependant, de permettre l'engagement de la responsabilité du répondant alors même que le fait qui a causé le dommage est licite. La relation d'autorité ne justifie plus cette solution, sauf à considérer que, du fait du pouvoir de commandement, le répondant a créé le risque de réalisation du dommage. Or, ce n'est pas le cas. Si le répondant est responsable, c'est du fait de sa relation d'ascendance avec l'auteur du dommage, pas du fait du risque prétendument créé par son activité.

Le principe général proposé peut donc être complété comme suit: « Toute personne investie, par la loi, par une décision administrative ou judiciaire, ou par contrat, d'une autorité légitime en vertu de laquelle elle est autorisée à exercer sur autrui une contrainte, se doit de répondre des dommages causés *par un fait illicite* de cette personne alors qu'elle se trouvait sous son autorité ».

L'adoption du principe général de responsabilité du fait d'autrui tel que nous le concevons entrainerait donc la suppression de la jurisprudence Levert et le retour à l'exigence d'un fait illicite de la part de l'enfant. Serait aussi abandonnée la jurisprudence tendant à refuser au préposé la qualité de gardien d'une chose[729], tout auteur direct du dommage pouvant le causer par le biais d'une faute, mais aussi du fait d'une chose dont il aurait la garde.

En plus d'harmoniser les solutions applicables aux différents cas de responsabilité du fait d'autrui, l'adoption de ce principe général aurait pour effet de supprimer certaines des

727Cette position est cependant défendue par certains, pour expliquer la responsabilité parentale, nous avons déjà eu l'occasion de croiser cet argument: S. ZEIDENBERG, *Á la recherche de la source de la responsabilité parentale,* RRJ, 2001-4-1, p. 1351 et s.

728V. supra, n°179.

729Solution constante, v. par ex. Civ. 27 février 1929, S., 1929, 1, p. 297.

jurisprudences les plus sujettes à critiques en la matière[730]. Cependant, alors que nous avons admis que l'auteur direct du dommage doit le causer par un fait illicite, encore reste-t-il à déterminer son sort.

c. Le sort de l'auteur du dommage

267. Un principe général créateur de concours de responsabilités. Des considérations logiques et techniques nous ont conduit à exiger que l'auteur du dommage l'ait causé par un acte illicite. Cette solution ne permet cependant pas de limiter les concours de responsabilités, étant donné que dans ce cas la responsabilité du fait d'autrui organise une addition des responsabilités. La victime aurait donc, en théorie, le choix d'agir à l'encontre du répondant ou de l'auteur direct, puisque la responsabilité du premier est conditionnée par la responsabilité du second. Dès lors, il est envisageable, au-delà de l'option offerte à la victime, d'obtenir un partage du poids de la dette entre le répondant et l'auteur du dommage, l'un pouvant en théorie recourir, après paiement à la victime, contre l'autre. La solution, pour supprimer les concours ainsi créés, consisterait à reconnaître une immunité à l'auteur direct du dommage.

268. L'immunité de l'auteur direct du dommage. Le procédé est connu du droit positif, qui l'utilise actuellement au profit du préposé. L'arrêt Costedoat a en effet affirmé que « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant »[731]. La question se pose de savoir si cette jurisprudence pourrait être élargie aux autres responsabilités du fait d'autrui. L'avantage serait de réussir à conserver une responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'addition des responsabilités, tout en réglant le problème des concours de responsabilités, puisque seule la responsabilité du répondant pourrait effectivement être recherchée par la victime[732].

Or, le règlement des concours ne saurait être le seul fondement de cette solution et à ce titre il apparaît de prime abord difficile de transposer aux autres cas de responsabilité du fait d'autrui la jurisprudence retenue au profit du préposé. En effet, la justification sous-jacente de

730Pour une critique de l'abandon d'exigence d'un acte illicite de l'enfant, voir parmi beaucoup d'autres: C. SAINT-PAU, *La responsabilité du fait d'autrui est-elle devenue personnelle et directe?* RCA, 1998, étude n °22, du même auteur, *Responsabilité et anormalité,* Études à la mémoire de C. Lapoyade-Deschamps, PU Bordeaux, 2003, p. 249 et s.; P. JOURDAIN, *La responsabilité pour autrui à la recherche de ses fondements,* Études à la mémoire de C. Lapoyade-Deschamps, PU Bordeaux, 2003 p. 67 et s. Sur l'incompatibilité des qualités de gardien et de préposé, v. not. M.-A. PEANO, *L'incompatibilité entre les qualités de préposé et de gardien,* D., 1991, chron. p. 51.

731Ass. Plén. 15 février 2000, JCP, 2000, II, 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU.

732L'exigence d'une faute de l'auteur du dommage pour engager la responsabilité du répondant, et la question de l'irresponsabilité de l'auteur du dommage peuvent tout à fait coexister de manière cohérente, en ce sens, Ph. BRUN, D., 2000, p. 673.

l'immunité du préposé ne dépassant pas les limites de sa mission se trouve dans l'idée de risque-profit, fondement concurrent de l'autorité concernant la responsabilité du commettant. Il a paru injuste d'imposer au préposé les conséquences d'une faute commise dans la mission qui lui est confiée par le commettant, car cela revient en quelque sorte à lui faire supporter les risques de l'exploitation de l'entreprise. Or, ce raisonnement est inopérant concernant la responsabilité parentale, ou encore la responsabilité du répondant chargé d'organiser à titre permanent le mode de vie d'autrui. Les mineurs ou les handicapés mentaux, en se voyant imposer une responsabilité civile, n'assument pas injustement les risques d'exploitation d'une activité. Même concernant les activités de loisirs encadrées par une association, il n'est pas évident que le parallèle avec la responsabilité du préposé puisse être mené valablement. L'on peut considérer, avec Philippe Brun, que « la justification de l'immunité du primo-responsable serait bien délicate à trouver ici »[733]. Cela dit, ce n'est pas parce que le raisonnement mené au profit des préposés n'est pas transposable, qu'une solution similaire appliquée aux autres cas de responsabilité du fait d'autrui ne pourrait trouver de justification. Cependant, il faut avouer que les idées que l'on pourrait avancer au secours de l'immunité de l'auteur du dommage ne sont guère convaincantes. L'on peut commencer par considérer que les personnes se trouvant sous l'autorité d'une autre se voient privées d'une part de leur liberté, qui justifierait qu'elles se voient déchargées d'une part égale de responsabilité. Cependant, une appréciation *in concreto* révélerait rapidement les différences de situation dans lesquelles se trouvent les différentes personnes soumises à l'autorité d'une autre. Un mineur en danger placé dans une institution ne subira pas les mêmes contraintes que le mineur pratiquant un sport en amateur au sein d'une association. Une évaluation concrète mènerait à des disparités de traitement trop importantes, selon un critère peu fiable. À l'inverse, une application sans nuance de la solution risque de prêter le flan à la critique, tant justement les situations que l'on prétendrait traiter pareillement sont différentes. Pour reprendre l'exemple précédent, s'il peut paraître justifié de conférer une immunité de responsabilité à un mineur en danger, sujet d'une mesure de placement, au regard de son état mais aussi du peu de liberté dont il dispose dans l'établissement où on l'a placé, la solidité de l'argument disparaît face au cas de l'enfant pratiquant un sport dans une association, en raison de la liberté dont il jouit dans sa pratique.

L'autre argument que l'on peut avancer en faveur d'un élargissement de la solution retenue en faveur du préposé tend à voir l'immunité comme une protection de l'auteur du dommage. Or,

733Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* n°576. Contra, C. RADÉ, *La résurgence de la faute dans la responsabilité du fait d'autrui*, RCA, 2004, étude n°15.

si la personne atteinte d'un trouble mental n'en est pas moins obligée à réparer les dommages qu'elle cause[734], pourquoi la personne soumise à l'autorité d'une autre, fut-elle en pratique peu contraignante, se verrait-elle accorder une immunité de responsabilité? Il serait incohérent de retenir une pareille solution.

Nous concluons donc au rejet de l'immunité de l'auteur du dommage et par voie de conséquence, dans un soucis d'harmonisation du régime de responsabilité du fait d'autrui, à l'abandon de la jurisprudence accordant l'immunité civile au préposé agissant dans la limite de sa mission.

269. Bilan. À propos de la création d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui, il est possible de formuler deux observations et il est nécessaire d'apporter une précision.

La première observation est relativement positive. Nous avons en effet prouvé qu'il était possible de faire émerger un principe général de responsabilité du fait d'autrui, en prenant pour base le droit positif.

En deuxième observation, il est possible d'affirmer que ce principe général aurait pour avantage d'harmoniser les solutions aujourd'hui disparates en la matière et de procéder à quelques ajustements de régime, à notre sens bienvenus.

Cependant, et il s'agit là du point qui mérite d'être précisé, le principe imaginé ne permet pas de régler le problème des concours. Alors que l'élaboration d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui supprimerait tous les concours intellectuels en la matière, puisqu'il n'y aurait qu'un fondement approprié pour tous les cas de responsabilité du fait d'autrui, des concours matériels persisteraient. Tout d'abord, la responsabilité du fait d'autrui organise naturellement un concours de responsabilités, dès lors que l'on n'accepte pas de consacrer l'immunité de l'auteur du dommage. Cette forme de concours matériel des responsabilités du répondant et de l'auteur direct du dommage persiste donc. Par ailleurs, le critère de l'autorité tel que nous l'avons dégagé ne permet pas forcément de régler les concours matériels entre les responsabilités des différents répondants, car il est encore possible de considérer que plusieurs personnes ont autorité sur une autre, au même moment. La réforme de la responsabilité ne suffirait donc pas. Si cette voie ne devait pas être définitivement abandonnée pour autant, il conviendrait certainement de la compléter à l'aide de règles de conflit susceptibles de donner une solution aux concours persistants. En effet, si

734Art. 414-3 du Code civil, anc. art. 489-2.

l'on pouvait s'accommoder du concours entre les responsabilités du répondant et de l'auteur direct du dommage, en les percevant comme la marque de la garantie accordée à la victime, les différences de degré dans l'autorité rendraient difficile l'admission du cumul des responsabilités dans certains cas. Ainsi, l'autorité parentale, quasi-absolue, est d'ordre public et à ce titre incessible. C'est la raison pour laquelle les juges, aujourd'hui, estiment qu'il y a transfert de l'autorité des parents à un tiers en cas de décision judiciaire en ce sens, qui vaut transfert de responsabilité. Au regard de leur nature particulière, ces deux types d'autorité ne pourraient pas coexister, le cumul des responsabilités serait par conséquent impossible. La solution nous paraît pouvoir être différente en cas de concours entre la responsabilité des parents, ou d'un centre en charge d'organiser le mode de vie d'autrui, et d'une association ou d'un employeur chargé de contrôler et organiser une activité seulement. Dans ce cas, trois hypothèses sont envisageables. Soit l'on considère que le détenteur de l'autorité la plus contraignante ne l'a pas transférée, auquel cas il restera le seul responsable[735]. Soit l'on considère que le détenteur de l'autorité la plus contraignante en a transféré une partie seulement à l'employeur ou à l'association, et dans ce cas, sans pour autant perdre son autorité sur l'auteur direct, il la partage avec quelqu'un d'autre, ce qui doit théoriquement entraîner un partage de responsabilité. Soit, enfin, l'on utilise un critère de proximité qui désigne comme responsable le détenteur de l'autorité le plus proche de la réalisation du dommage, sans avoir d'égard pour la nature de l'autorité détenue par les différents répondants potentiels[736]; cette solution reviendrait par exemple à retenir la responsabilité de l'employeur d'un mineur si celui-ci cause un dommage aux heures et lieux de travail, dans l'exercice de ses fonctions, en écartant la responsabilité des parents.

Il n'est pas possible de poursuivre ces développements, sous peine d'anticiper sur les suivants[737]. Nous pouvons cependant avancer, pour conclure, l'idée que la réforme ne semble pas suffisante pour régler les concours de responsabilités, et qu'elle devrait s'accompagner

735Cette solution serait d'ailleurs conforme à la jurisprudence actuelle, la Cour de cassation retenant la responsabilité de celui qui organise le mode de vie du mineur dès lors « qu'aucune décision judiciaire n'a mis fin à la mission », excluant de ce fait tout transfert ou partage d'autorité, Civ. 2e, 6 juin 2002, Bull. civ., II, n °120, arrêt 2.

736Cette solution a pu être retenue par les juges, pour le cas par exemple de mineurs placés dans un centre causant un dommage lors d'un retour dans leur famille, Cass. Crim., 15 juin 2001, D. 2001, p. 163, le mineur a commis une agression sexuelle dans une gare, alors qu'il rentrait au centre après un week-end chez ses parents, la responsabilité parentale a été engagée, car le centre n'avait pas la surveillance effective du mineur lors des faits.

737La seconde partie sera en effet consacrée au règlement des concours par l'utilisation d'une règle de conflit, nous aurons alors l'occasion d'approfondir la question.

d'une réflexion supplémentaire concernant les règles de conflit permettant de résoudre les concours persistants.

Or, avant de poursuivre sur cette voie, il convient d'achever la tentative d'amélioration des régimes généraux existants, en s'intéressant cette fois au régime générique de responsabilité contractuelle, qui présente une forme hybride.

C. Sort de l'article 1147 du Code civil, disposition hybride

270. L'hybridité de l'article 1147 du Code civil. Nous avons distingué les régimes génériques de responsabilité et les dispositions fondamentales communes. Les premiers sont des régimes de responsabilité tellement généraux qu'ils ne trouvent pas au-dessus d'eux de régimes plus vastes, susceptibles de les englober. Les secondes sont des règles communes à tous les régimes de responsabilité, ayant vocation à s'appliquer à tous (principes gouvernant la réparation du dommage, règles de prescription, procédure applicable aux actions en responsabilité). Or, l'article 1147 du Code civil, non seulement s'insère dans un ensemble plus vaste de dispositions contenant des règles fondamentales communes applicables à la responsabilité contractuelle, mais aussi contient ces dispositions fondamentales communes. La règle posée à l'article 1147 peut ainsi être vue comme une règle de responsabilité contractuelle générique, en ce qu'elle prévoit l'allocation de dommages et intérêts en cas de retard dans l'exécution d'une obligation, ou d'inexécution de l'obligation, sauf cause étrangère. Elle peut par ailleurs être vue comme une disposition fondamentale commune, l'article ayant vocation à s'appliquer en théorie à tous les rapports contractuels, quels qu'ils soient, en précisant dans quels cas la réparation peut avoir lieu. Les articles 1148 et suivants précisant, pour leur part, les causes d'exonération, l'assiette de la réparation, l'incidence du dol du débiteur, et les possibilités d'aménagement contractuel de la responsabilité. De la nature que l'on donnera à cette disposition dépendra la présentation du concours, et sa résolution.

271. Pour une autre présentation du concours en responsabilité contractuelle. Considérer que l'article 1147 du Code civil pose un régime général de responsabilité contractuelle autorise l'apparition de concours entre ce régime et les règles de responsabilité applicables à certains contrats spéciaux. Le juge, nous l'avons vu, vise l'article 1147 du Code civil pour retenir la responsabilité d'un contractant lorsque le droit spécial ne permet pas de retenir cette responsabilité. Ainsi, cet article sert de palliatif dans certains cas, comme par exemple

lorsqu'il s'agit de réparer les dommages dits intermédiaires[738], non réparés en principe par le régime spécial mis en place par les articles 1791 et suivants du Code civil. Les juges considèrent que l'article 1147 pose un véritable régime générique et s'en servent pour compléter, au besoin, les régimes spéciaux, ce qui peut créer quelques difficultés de cohabitation entre les deux corps de règles.

Or, à considérer que l'article 1147 du Code civil pose, non pas un régime de responsabilité, mais simplement des règles fondamentales communes, auxquels les régimes spéciaux peuvent déroger, les rapports entre cet article et les règles spéciales s'en trouvent modifiés. L'article 1147 devient un guide dans le silence des textes spéciaux et cède la place en cas de disposition dérogatoire. C'est une forme de collaboration que l'on peut identifier et non pas de réelle concurrence entre les textes. Nous avons déjà croisé ce type de concours à propos de la responsabilité des acteurs de l'Internet[739]. Nous avons démontré que les articles L. 32-3-3 et L. 32-3-4 du Code des postes et télécommunications peuvent être vus en réalité comme des filtres préalables à la reconnaissance d'une responsabilité civile ou pénale, pour laquelle le fondement devra être trouvé dans les dispositions préexistantes à la Loi de Confiance pour Économie Numérique. La LCEN pose quelques qualifications et détermine les qualités des intervenants susceptibles de voir engagée leur responsabilité civile, le fondement spécifique de cette responsabilité sera ensuite déterminé par les règles classiques de responsabilité. Une présentation similaire peut être faite du rapport entre l'article 1147 du Code civil et les régimes posés pour chaque contrat. Si le droit spécial est muet, par exemple parce que les parties ont conclu un contrat innommé, dans ce cas, le recours aux articles 1146 et suivants est la seule solution possible; l'article 1147 fait alors office de véritable régime de responsabilité. Par contre, dès lors que les parties ont conclu un contrat nommé, le régime applicable est exclusivement celui prévu par les textes spéciaux relatifs à ce contrat, sauf lacune du régime spécifique. Il faut entendre le terme lacune au sens strict ici de silence du régime spécial. Les règles propres à chaque contrat déterminent les obligations et éventuellement des règles concernant la responsabilité. En cas de silence concernant les règles de responsabilité, l'article 1147 trouvera à s'appliquer.

Ainsi présenté, l'article 1147 du code civil ne peut entrer en concours avec une disposition spécifique à l'un des contrats nommés. Soit il existe un régime spécifique au contrat en cause,

738V. Par ex. H. GROUTEL, *Responsabilité contractuelle de droit commun: vendeur après achèvement,* RCA, 2011, n°2, p. 27, comm. 69, à propos de l'arrêt rendu par la troisième chambre civile le 4 novembre 2010.

739Supra, n°82 et 83.

et l'article 1147 n'est pas applicable, car ce régime règle déjà la question de la responsabilité. Soit le régime spécifique est silencieux quant au régime de responsabilité applicable à l'une des obligations au contrat, et l'article 1147 s'applique, de même qu'il y sera fait recours en cas d'absence de législation concernant le contrat en cause.

Cette présentation de l'article 1147 du Code civil conduit donc à considérer qu'il n'entre pas en concurrence avec les dispositions spéciales applicables aux contrats nommés, mais qu'il est au contraire en collaboration avec celles-ci et devrait s'appliquer en cas de silence des textes spéciaux.

Il n'est donc pas nécessaire de réformer cette matière, la disposition générique trouvant naturellement un domaine d'application en droit positif n'ayant pas besoin d'être spécialement revalorisé.

272. Bilan. Alors que l'on se proposait de redonner sa juste place au droit commun, afin de limiter, voire supprimer les concours de responsabilités, les tâches qui semblaient a priori les plus ardues se sont révélées les plus évidentes et finalement, les plus réussies.

Ainsi, il a été démontré qu'il était possible de créer un régime général de responsabilité du fait d'autrui. Loin de résoudre tous les concours, cette proposition pourrait, accompagnée de quelques règles de conflit adaptées, régler le problème posé par la multiplication des régimes de responsabilité du fait d'autrui.

Pareillement, une présentation renouvelée du concours entre l'article 1147 du Code civil et les dispositions spécifiques applicables aux contrats spéciaux permet de relativiser la concurrence subie par cet article et même de le considérer non pas en concours, mais en collaboration avec les dispositions spéciales.

Finalement, ce sont les clauses générales de responsabilité pour faute et du fait des choses qui, tout en ayant atteint une pleine généralité, se révèlent décevantes. Elles subissent en effet la concurrence des règles spéciales, souvent très dérogatoires, sans qu'il soit envisageable de supprimer ces règles spéciales adaptées aux réalités sociales et aux enjeux propres à chaque situation régie par elles.

Il convient donc de tenter de résoudre ce problème, non pas en tentant d'améliorer l'existant, mais cette fois en essayant de créer de nouvelles clauses générales de responsabilité pour faute et du fait des choses.

§2. Construction de nouveaux régimes généraux

273. Constat d'échec partiel. Ce que nous avons appelé l'amélioration des régimes généraux existants en droit positif n'a pas porté les fruits attendus et nous ne sommes pas parvenus à faire des articles 1382 et 1384 al. 1Er du Code civil de véritables dispositions générales, non concurrencées par de nombreux régimes spéciaux. Aussi la tentation est-elle, à présent, d'adopter un raisonnement différent et d'élaborer de nouveaux régimes de responsabilité pour faute et du fait de la chose, qui pourraient englober les cas spéciaux du droit positif et les cas régis par les clauses générales actuelles.

274. Création limitée à la responsabilité du fait des choses. Nous choisissons de limiter cette tentative à la création d'une nouvelle responsabilité du fait des choses, pour deux raisons. La première raison tient au fait que les dérogations apportées à l'article 1382 du Code civil sont finalement peu nombreuses, et nous avons vu qu'il était possible de réduire l'éviction subie par cet article en ne visant la règle spéciale que dans ces dispositions dérogatoires et non lorsque le principe même d'une responsabilité pour faute est en cause[740]. La seconde raison tient au fait que le système posé en droit positif est relativement satisfaisant en la matière, les concours entre le principe général de responsabilité pour faute et les autres régimes de responsabilité pour faute étant somme toute bien réglés, la mesure de l'éviction de cet article étant raisonnable. Les quelques suppressions proposées suffiront donc à lui redonner un peu de son domaine d'application perdu et pour le reste, la concurrence qu'il subit n'est pas condamnable. En matière de responsabilité du fait des choses, cependant, la concurrence subie par le principe général est considérable, à tel point qu'il fut proposé de supprimer ce régime général[741]. Il y a donc, en la matière, un besoin impérieux de cohérence.

275. Méthode. La méthode choisie est similaire à celle adoptée pour construire un régime générique de responsabilité du fait d'autrui. Il s'agissait de partir des cas du droit positif, pour tenter de faire émerger un fondement commun, puis un régime commun. Nous adopterons cette méthode systématique dans le but d'identifier un fondement unique d'engagement de la responsabilité du fait des choses, puis de construire ce régime nouveau. Le régime ainsi créé devra ensuite être évalué.

276. Alternative aux règles classiques. Les régimes spéciaux de responsabilité du fait des choses, dont nous n'avions pas proposé la suppression parce que les dérogations apportées au

740Cf supra, n°236 et s.

741J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps,* RTD civ., 2010, p. 1.

régime général étaient justifiées par une nécessaire adaptation de ces régimes à la vie sociale, se révèlent fondés sur le risque particulier qu'une chose ou une activité fait courir à autrui. Les régimes juridiques subséquemment adoptés par ces dispositions dérogatoires du droit commun de la responsabilité du fait des choses sont inspirés des théories proposant une alternative aux règles classiques de responsabilité, comme le risque ou la garantie, comme en témoigne par exemple la responsabilité du fait des accidents de la circulation. La théorie du risque se prête particulièrement bien à la question de la responsabilité du fait des choses, l'utilisation d'une chose causant un risque de dommage, quand bien même la chose n'est pas spécialement dangereuse. Il est possible, dès lors, de trouver le fondement d'un nouveau régime général de responsabilité du fait des choses en s'inspirant des théories du risque (A), et d'unifier les régimes juridiques applicables aux différentes responsabilités du fait des choses (B). Une fois construit, ce nouveau régime devra être évalué, au regard du double objectif qui est le notre, de limiter les concours de responsabilités, tout en maintenant un niveau satisfaisant d'adaptation de la règle aux nécessités sociales (C).

A. Fondement du nouveau régime général de responsabilité du fait des choses: inspiration des théories du risque

277. Le risque, approche notionnelle. Le risque est une notion polysémique. Le dictionnaire Robert dénombre ainsi trois sens possibles au terme risque, qui peut désigner un danger éventuel, plus ou moins prévisible, ou un inconvénient, ou encore le fait de s'exposer à un danger. Les sociologues définissent le risque comme « la conséquence aléatoire d'une situation », vue « sous l'angle d'une menace, d'un dommage possible »[742]. Le risque constitue « une mesure de l'incertitude », il est « une incertitude quantifiée, il témoigne d'un danger potentiel susceptible de naitre d'un événement ou d'un concours de circonstances »[743]. Cependant, il n'est pas une notion purement objective, car sa perception sera fonction des circonstances internes et externes propres à la personne qui le ressent. Le risque est donc une notion relative, qui s'inscrit dans un contexte social particulier[744]. Or, le développement des technologies et leur impact sur l'environnement, au sens large, combiné au développement de la responsabilité et de l'assurance a conduit à l'apparition d'une « société du risque »[745], dans

742D. LE BRETON, *Sociologie du risque,* PUF, 2012, p. 3.
743D. LE BRETON, *op. cit.,* p. 3 et 4.
744D. LE BRETON, *op. cit.,* p. 31 et s.
745U. BECK, *La société du risque,* Flammarion, 2001 pour la traduction française, 1986 pour l'édition originale en allemand.

laquelle nous vivrions. Ainsi, « le risque n'est plus une fatalité, mais un fait de responsabilité »[746]. La question du risque est au cœur de notre société[747], qui fait même du risque un commerce, au travers de l'assurance, rendue nécessaire du fait de la fragmentation des chaînes de décisions, et donc des responsabilités en cas d'accident technologique[748]. Au travers ce bref aperçu de la notion, l'on prend d'ors-et déjà conscience des liens étroits que pourrait entretenir la notion de risque avec le droit.

278. Le risque en droit. Bien que peu étudiée pour elle-même[749], la notion de risque innerve le droit positif. En témoignent par exemple les rapports de la Cour de cassation pour l'année 2011[750] et du Conseil d'État pour 2005[751], tous deux consacrés à la notion. Le risque est ainsi une notion connue en matière de responsabilité professionnelle (risque lié à une mauvaise information du patient[752] ou du client d'un avocat ou d'un notaire[753]) ou en matière de transport (qu'il s'agisse du risque d'agression[754], de retard[755] ou d'accident[756]). Par ailleurs, l'assurance et les fonds de garanties visent à la répartition du risque[757].

746D. LE BRETON, *op. cit.,* p. 7.

747C'est la thèse défendue par U. BECK, dans l'ouvrage précité, v. not. La première partie, chapitre 2, Épistémologie politique de la société du risque, p. 91 et s. Bien que le monde ne soit pas plus dangereux qu'autrefois, il est perçu comme tel par les générations modernes, et ce sentiment d'insécurité, combiné à un désir impérieux de sécurité, place cette question au centre des politiques étatiques.

748Sur cette question de multiplication des responsables, v. A. GIDDENS, *Les conséquences de la modernité,* L'Harmattan, 1994.

749V. cependant, N. VOIDEY, *Le risque en droit civil,* PUAM, 2005; N. EULER, *La notion de risque en droit public,* Thèse Grenoble, 1999.

750Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation, *Le risque*, La documentation française, 2013, p. 111 et s.

751Rapport public du Conseil d'État, *Responsabilité et socialisation du risque,* La documentation française, 2005, p. 205 et s.

752V. par ex. S. HOQUET-BERG, *Les sanctions du défaut d'information en matière médicale,* Gaz. Pal., 9-10 septembre 1998, p. 12; V. HAIM, *De l'information du patient à l'indemnisation,* D., 1997, chron. p. 125; F. ALT-MAES, *Les deux faces de l'information médicale: vers un nouvel équilibre des relations médecin-malade après la loi du 4 mars 2002,* Gaz. Pal., 14-16 décembre 2003, p. 3.

753Par ex. Civ. 1re, 10 juillet 2001, n°99-12898, le client ayant du s'acquitter d'un impôt ne pourra obtenir indemnisation que s'il justifie que, dument informé, il aurait pu bénéficier d'un montage alternatif lui évitant de payer les dites sommes.

754V. not. Civ. 1re, 12 décembre 2000, Bull. civ., I, n°323, à propos de l'agression d'un voyageur dans un train par une personne sans titre de transport, qui n'avait pas été contrôlé par les agents de la SNCF. Plus récemment, Civ. 1re, 23 juin 2011, Bull. civ., I, n°123, exonérant la SNCF car le geste irrationnel de l'auteur n'aurait pu être prévenu ni empêché par les contrôleurs.

755Par ex., en matière de transport aérien, la Convention de Varsovie prévoit la responsabilité de plein droit des transporteurs (art. 19 de la Convention de Varsovie). A noter que l'article 19 de la Convention de Montréal applicable aux vols internationaux prévoit une règle identique.

756V. Civ. 1re, 7 mars 1989, Bull. civ., I, n°118 pour le transport ferroviaire, et l'art. L. 6421-4 du Code des transports pour le transport aérien.

757Ainsi l'ONIAM vise à réparer les conséquence d'un accident médical, lorsqu'aucune responsabilité n'est trouvée (art. L. 1142-1 et s. C. santé publique).

Derrière cette apparent unité, se cache cependant une profonde dualité d'effets du risque. Il peut être une cause d'exonération de responsabilité, lorsque la victime l'a accepté[758], ou bien lorsqu'il est cet événement fortuit caractéristique d'une force majeure[759]. Il peut encore constituer un critère d'engagement de la responsabilité; ainsi en va-t-il de la responsabilité contractuelle engagée en cas de réalisation d'un risque prévisible[760], ou encore des responsabilités délictuelles objectives, fondées sur la théorie du risque.

Si, sociologiquement, les risques causés par la société moderne sont jugés insupportables, il est normal que se soient développées des théories permettant de faire assumer les conséquences de ces risques aux personnes les plus indiquées pour cela. En droit, cela se traduit donc par le développement de l'assurance, qui permet une mutualisation des risques[761], mais aussi par le développement des responsabilités objectives. La législation sur les accidents du travail et maladies professionnelles marque la première reconnaissance de la théorie du risque[762]. En l'occurrence, il s'agit autant du risque-danger représenté par le machinisme, que du risque-profit qui permet de faire supporter en partie à l'employeur les conséquences des dommages réalisés à l'occasion du travail de ses employés, dont il tire profit. Par ailleurs, la responsabilité générale du fait des choses, développée dans les mêmes temps, fut tout d'abord limitée aux choses dangereuses[763]. Si cette voie a été abandonnée en

758Sur l'acceptation des risques, P. ESMEIN, *De l'influence de l'acceptation des risques par la victime éventuelle d'un accident,* RTD civ., 1938, p. 387; J. HONORAT, *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile,* LGDJ, 1969; S. HOQUET-BERG, *Vers la suppression de l'acceptation des risques en matière sportive?* RCA, 2002, chron. 15; F. MILLET, *L'acceptation des risques réhabilitée? Une application aux responsabilités du fait d'autrui,* D., 2005, chron. p. 2830. Sachant qu'en matière d'activités sportives, la loi du 12 mars 2012 a intégré dans le Code des sports l'art. L. 321-3-1 rédigé comme suit: « les pratiquants ne peuvent être tenus pour responsables des dommages causés à un autre pratiquant pour le fait d'une chose qu'ils ont sous leur garde, au sens de l'article 1384 du Code civil, à l'occasion de l'exercice d'une pratique sportive au cours d'une manifestation sportive ou d'un entrainement en vue de cette manifestation sportive sur un lieu réservé de manière permanente ou temporaire à cette pratique ».

759L'évènement fortuit ayant causé le dommage doit, traditionnellement, être à la fois extérieur, imprévisible, et irrésistible. La Cour de cassation a cependant fini par faire de l'irrésistibilité de l'évènement la condition générale de la force majeure, Civ. 1re, 7 mars 1966, Bull. civ., I, n°166. Ensuite, des arrêts rendus par l'Assemblée plénière ont semé le trouble en revenant à une définition traditionnelle de la force majeure, Ass. Plén., 14 avril 2006, D., 2006, p. 1577, note P. JOURDAIN. M. MEKKI, *La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur,* Rev. Lamy droit civil, 2006, n°29, p. 17; confirmé par Civ. 2e, 21 novembre 2006, D., 2007, p. 15, ob. I. GALLMEISTER, RTD civ., 2007, p. 574, obs. P. JOURDAIN; Civ. 1re, 23 juin 2011, concernant l'agression d'un voyageur dans un train, événement imprévisible et irrésistible pour la SNCF, RTD civ., 20011, p. 772, obs. P. JOURDAIN.

760Rappelons que l'art. 1150 du Code civil prévoit que le contractant n'est tenu de réparer que le dommage prévisible.

761V. not. G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle,* LGDJ, 1965.

762Théorie du risque dont la paternité, en France, est partagée par SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile,* LGDJ, 1897, et JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées,* A. Rousseau, 1897.

763Certains auteurs militèrent pour cette limitation de la responsabilité du fait des choses, car seul le risque causé par les choses dangereuses aurait du, selon eux, rendre nécessaire la protection des victimes. G.

1930[764], la théorie du risque semble innerver les régimes spéciaux de responsabilité du fait des choses.

279. Faveur des droits spéciaux de responsabilité du fait des choses pour le fondement du risque. Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer les régimes spéciaux de responsabilité du fait des choses, qui concernent chaque fois des choses particulièrement dangereuses, au sens où les risques créés par l'utilisation de ces choses sont important et connus[765]. Ainsi, l'énergie nucléaire est particulièrement dangereuse, au regard des dommages sériels qu'un accident nucléaire pourrait causer. De même, les moyens de transport, qu'il s'agisse de la voiture, du train, ou de l'avion, peuvent être considérés comme dangereux, eu égard à la différence entre la personne vulnérable dans son corps et la violence des chocs potentiellement causés par l'accident de transport.

Il a d'ailleurs été proposé de reconstruire le droit de la responsabilité du fait des choses à l'aide d'un droit commun des activités à risque. Laurène Mazeau propose ainsi la création d'un régime autonome de responsabilité, l'exploitant étant responsable de plein droit des dommages causés par l'activité en question, ainsi que par les personnes entrant dans sa sphère d'autorité[766]. L'avant projet Catala retient pareillement, à l'article 1362, que « l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse, même licite, est tenu de réparer le dommage consécutif à cette activité. Est réputée anormalement dangereuse l'activité qui crée un risque de dommages graves pouvant affecter un grand nombre de personnes simultanément ».

Ces propositions ont le mérite d'unifier le droit des activités à risque, aujourd'hui soumises à des dispositions diverses, alors que les régimes juridiques en cause reposent finalement sur des idées communes, ainsi, par exemple, la canalisation de la responsabilité sur l'exploitant. Il est cependant possible d'aller plus loin dans l'unification des différentes responsabilités du fait des choses, en proposant une responsabilité du fait des accidents.

280. Du risque à l'accident. L'accident peut être défini comme un événement fortuit, imprévisible, en principe neutre. Cependant, l'accident, notion saisie par le droit, est toujours conçu comme un événement malheureux. Ainsi, l'accident de la circulation, l'accident médical, ou encore l'accident tel qu'il est appréhendé par les polices d'assurance, sont-ils des

RIPERT, DP, 1927, 1, p. 97; P. ESMEIN, S., 1927, 1, p. 137.

764Arrêt Jand'heur, ch. Réunies de la Cour de cassation, 13 février 1930, DP, 1930, 1, p. 57, note G. RIPERT, S., 1930, 1, p. 121, note P. ESMEIN.

765Cf. supra, n°244 et s., les régimes spéciaux concurrençant le régime général sont des régimes adaptés au risque spécial crée par certaines choses ou situations dangereuses.

766L. MAZEAU, *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, thèse Toulouse, 2010, spé. n°399 à 410 pour l'exposé du régime proposé.

événement malheureux, car dommageables. La notion d'accident, par ailleurs, exclut les faits causés volontairement; du moins, c'est ainsi que le conçoit le juge en matière d'accident de la circulation[767]. Dès lors, si le risque est la potentialité de réalisation d'un événement, l'accident se présente comme la réalisation du risque envisagé. L'accident peut donc constituer le critère d'application d'une responsabilité fondée sur le risque. D'autre part, la notion étant déjà connue du droit de la responsabilité, elle pourrait être utilisée pour fonder le nouveau principe général de responsabilité du fait des choses.

En effet, il n'est pas besoin de se trouver face à une chose dangereuse pour qu'il y ait un risque d'accident, entendu au sens d'évènement fortuit dommageable. Toute chose peut donc être concernée par le critère de l'accident, même celle qui présente, a priori, des gages de sécurité suffisants.

Nous nous éloignons donc quelque peu de la notion de risque en proposant ce critère, puisque là où le risque exigeait une analyse *a priori* des situations susceptibles d'être soumises à un régime juridique particulier, par le biais notamment des probabilités de réalisation de l'évènement dommageable craint ou simplement suspecté, la notion d'accident repose toute entière sur le dommage tel qu'il s'est réalisé. C'est par la construction du régime juridique de cette responsabilité du fait des accidents que l'on retrouvera l'idée de risque créé, lorsqu'il s'agira d'identifier les responsables tenus par ce nouveau régime.

B. Construction du nouveau régime général de responsabilité du fait des choses

281. Identification du responsable. L'accident étant un événement fortuit, il peut sembler *a priori* difficile d'identifier un responsable. Or, il faut ici faire le départ entre l'accident et la catastrophe, plus volontiers assimilée à un phénomène naturel. Le lien entre l'accident et une personne peut être appréhendé à l'aide de la notion de risque. Puisque l'accident est le risque réalisé, il paraît légitime d'en faire assumer les conséquences à la personne qui a créé le risque, ou simplement les circonstances dans lesquelles il a pu se réaliser. Ainsi, la théorie du risque-profit permet de faire peser sur l'exploitant, à titre professionnel, d'une activité, les dommages causés par l'accident à l'occasion de cette activité. Cette même théorie justifie encore l'engagement de la responsabilité du producteur d'un produit défectueux. Pour les cas où une chose causerait un dommage, sans que les circonstances de l'accident ne soient liées à une activité professionnelle et sans que la chose ne soit atteinte d'un manque de sécurité intrinsèque, alors la personne qui en a l'usage, la direction et le contrôle peut être rattachée à

767G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n°979 et 980.

la survenance de l'accident et en assumer les conséquences. La garde d'une chose, au sens de la jurisprudence actuelle, constitue bien un risque d'accident, toute chose étant susceptible de causer un dommage, même si elle devait être utilisée sans faute de la part de son gardien. La notion d'accident proposée permet donc d'englober, sous un régime unique, les différents régimes actuels de responsabilité du fait des choses. Avant de proposer une formulation définitive de ce nouveau principe général, un point reste encore à éclaircir, celui de la nature de cette responsabilité.

282. Nature de la responsabilité. Il s'agit là certainement du point le moins délicat à régler, dans la mesure où les différents régimes actuels de responsabilité du fait des choses ont ceci en commun d'être des responsabilités sans faute. L'on peut donc sans doute proposer, dans un soucis d'harmonisation de la matière, une responsabilité de plein droit de celui qui répond des conséquences de l'accident. La seule cause d'exonération retenue sera la force majeure, étant précisé que le fait d'un tiers ou la faute de la victime seront exonératoires s'ils revêtent les caractéristiques de la force majeure. Le risque auquel est exposée la victime peut justifier cependant que l'on impose une certaine gravité de sa faute pour qu'elle soit exonératoire. Par ailleurs, dans un soucis de limitation des concours de responsabilité, l'on peut envisager de refuser au responsable de l'accident les bénéfices d'une exonération partielle, qui aboutirait à un partage de responsabilité, révélateur d'un concours matériel de responsabilité. La solution ne paraît pas excessive compte tenu du fondement de la responsabilité, qui est le risque. Soit le risque s'est réalisé et il est imputable à l'un des responsables identifiés par la règle nouvelle, soit ce risque s'est réalisé à cause d'un événement de force majeure, qui a eu pour effet de rompre le lien entre l'accident et le responsable[768]. Ce type de régime n'est donc pas totalement déconnecté d'une appréciation du comportement du responsable, puisqu'il aboutit à lui faire assumer les conséquences des seuls accidents qu'il pouvait ou aurait dû prévoir, car ils ne sont pas dus à un événement extérieur, imprévisible et irrésistible. Pour autant, le risque créé et les pouvoirs de contrôle qu'a le responsable sur la cause du dommage (activité en général, ou chose particulière) justifient que ce dernier ne puisse s'exonérer par la preuve d'une attitude diligente, témoignant de la mise en œuvre des moyens nécessaires à la prévention de tels accidents.

Par ailleurs, cette responsabilité transcendera la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle. Le droit positif a déjà amorcé ce mouvement; ainsi la

768V. O. SABARD, *La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité extracontractuelle,* LGDJ, 2008, p. 287.

responsabilité médicale est-elle devenue une responsabilité légale et non plus contractuelle, et la responsabilité du fait des produits défectueux n'a pas d'égard pour l'existence éventuelle d'une relation contractuelle entre le responsable et la victime. Le contrat, cependant, en tant qu'instrument de prévision des parties, peut venir perturber la mise en jeu du régime de responsabilité proposé. Aussi ne faut-il pas ignorer la possibilité d'un contrat entre le responsable et la victime. À ce titre, il semble opportun d'interdire les clauses limitatives ou élusives de responsabilité que les parties pourraient avoir incluses dans le contrat.

283. Choix pour la réparation intégrale du dommage. La plupart des régimes spéciaux de responsabilité du fait des choses prévoient une indemnisation plafonnée de la victime[769]. Dans un soucis d'harmonisation, nous proposons de supprimer cette limite de l'indemnisation accordée à la victime d'un accident. La responsabilité, une fois engagée, entrainera donc la réparation intégrale de tous les postes de préjudices. D'une part, le risque créé justifie la pleine réparation des préjudices causés par le risque réalisé. D'autre part, la fixation relativement arbitraire d'un plafond à l'indemnisation est difficile. Cependant, le choix d'une indemnisation plafonnée est motivée par la volonté de ne pas freiner l'activité humaine, notamment professionnelle. Les exploitants des activités à risque pourraient pâtir de cette responsabilité lourde pesant sur eux, car la prime d'assurance correspondante sera élevée. L'on pourrait alors opter pour un partage de l'indemnisation entre le responsable et les fonds d'indemnisation existants (notamment le FGAT pour les accidents de la circulation et de chasse[770], l'ONIAM pour les accidents médicaux[771]). Cela dit, le partage reposerait sur une fixation arbitraire de la part assumée par le responsable et la solidarité nationale, puisqu'aucun partage fondé sur la causalité ne peut, dans ce cas, être retenu.

284. Formulation du nouveau principe général de responsabilité du fait des choses. En conséquence de ce qui précède, nous formulons ainsi le nouveau principe général de responsabilité du fait des choses, devenu un principe général de responsabilité du fait des accidents:

« En cas d'accident causant à autrui un dommage, est responsable de plein droit, l'exploitant de l'activité exercée à titre professionnelle à l'occasion de laquelle l'accident a eu lieu, ou le

769Ainsi, la responsabilité de l'exploitant d'une installation nucléaire est plafonnée, art. 7 de la Convention de Paris du 29 juillet 1960, entrée en vigueur en France le 1er avril 1968; la responsabilité du propriétaire d'un navire pour pollution par hydrocarbure est aussi plafonnée, en fonction des quantités d'hydrocarbure transportées, d'après une loi du 26 mai 1977.

770Fonds de garantie des assurances obligatoires, art. R421-1 et s. C. ass.

771Crée par la loi du 4 mars 2002, art. L. 1142-1 et s. CSP.

producteur du bien défectueux à l'origine de l'accident dommageable, ou à défaut le gardien de la chose à l'origine de l'accident dommageable.
Le responsable ne peut s'exonérer que par la preuve d'un événement de force majeure, cause de l'accident. La faute de la victime ou d'un tiers ne peut lui être opposée, sauf à être d'une particulière gravité et à constituer pour le responsable un événement de force majeure.
Cette responsabilité peut être mise en jeu, que la victime soit ou non en relation contractuelle avec le responsable. Si un contrat lie la victime et le responsable, les éventuelles clauses limitatives ou élusives de responsabilité sont sans effet.»
Le nouveau régime de responsabilité proposé doit être évalué, afin de déterminer si l'harmonisation des régimes existants est satisfaisante et, surtout, s'il permet la suppression ou à tout le moins la limitation des concours de responsabilités.

C. Évaluation du nouveau principe général

285. Bienfaits identifiés. L'évaluation du régime proposée est en demi-teinte. L'adoption du régime de responsabilité du fait des accidents, tel qu'il est proposé, opérerait en effet une unification bienvenue en matière de responsabilité du fait des choses (1). Il permettrait, par ailleurs, une limitation sérieuse des concours de responsabilités (2). Cependant, l'on peut voir, à l'analyse, que l'application de ce régime aurait quelques effets pervers, que l'on peut certainement juger trop perturbateur.

1. Unification globalement bienvenue des régimes en matière de responsabilité du fait des choses

286. Égalité de traitement des victimes. La responsabilité du fait des accidents aurait l'avantage de parvenir à un traitement uniforme de victimes aujourd'hui traitées différemment alors qu'elles se trouvent pourtant dans des situations similaires. Ainsi, toutes les victimes d'accident de transport seront soumises à un régime identique, quel que soit le mode de transport (aérien, ferroviaire, routier, fluvial ou maritime) et peu important qu'elles soient liées ou non par contrat avec le responsable. Le fait que l'on abandonne notamment la loi Badinter concernant les accidents de la circulation n'est que faiblement perturbateur. Même si la loi de 1985 sur les accidents de la circulation semblait fortement dérogatoire en retenant la responsabilité du conducteur du véhicule impliqué dans l'accident, l'on peut estimer qu'en pratique conducteur et gardien sont des qualités superposables et que la notion d'implication

n'est pas sans lien avec l'explication causale[772]. De telle sorte, l'on voit mal dans quelle situation le conducteur du véhicule impliqué dans l'accident de la circulation ne pourrait pas être responsable en tant que gardien du véhicule ayant causé l'accident. On peut en effet estimer que tout conducteur est gardien de son véhicule et que tout véhicule impliqué dans un accident en est une cause, car le simple fait qu'il se trouve matériellement présent peut suffire à caractériser la perturbation de l'ordre normal des choses et donc le lien causal avec l'accident. Par ailleurs, l'on pourrait craindre que l'abandon des dispositions spéciales en matière d'accident de la circulation n'aboutisse à une diminution de la protection de certaines victimes, très protégées par la loi. Or, le fait d'exiger une faute caractérisée de la part de la victime pour l'exonération du responsable est suffisamment protecteur, si les juges font une appréciation rigoureuse de la faute caractérisée.

Par ailleurs, le fait de limiter à la force majeure l'exonération possible du responsable conduit à l'abandon du régime spécifique de responsabilité du fait des produits défectueux, qui autorisait le responsable à invoquer le risque de développement pour s'exonérer[773]. Or, le risque ne saurait servir à la fois de fondement à la responsabilité et de cause d'exonération. Le risque de développement est un risque que doit assumer le producteur du produit défectueux, et non la victime utilisatrice, selon la logique du régime proposé[774].

287. Avantage du système des responsabilités alternatives. Les différents responsables sont identifiés par la règle proposée, mais ne sont pas placés au même niveau. La responsabilité est tout d'abord dirigée vers les personnes profitant de l'activité, au sens large, ayant causé le risque et ensuite sur les personnes ayant un pouvoir direct sur la chose. La règle proposée semble d'autant plus juste que, s'agissant des professionnels et producteurs, profitant de l'activité à risque susceptible de causer un accident, le régime choisi ne diffère

772V. not. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Conditions de la responsabilité, op. cit.,* n°993 et s., spécialement n°998, l'auteur remarquant que « la notion d'implication tend à s'unifier autour du rôle causal quelconque ». Implication et causalité seraient donc des notions similaires, à ceci près que l'implication du véhicule s'entend de son rôle causal dans l'accident, et non dans la production du dommage. H. GROUTEL, *L'implication du véhicule dans la loi du 5 juillet 1985,* D., 1987, p. 1, distinguant les deux notions, mais évoquant « un sentiment de causalité »; R. RAFFI, *Implication et causalité dans la loi du 5 juillet 1985,* l'auteur estimant que les juges ont subis la force d'attraction du droit commun, et « aimantés par la tradition perdue », ont repris leur jurisprudence antérieure, notamment concernant la causalité; P. JOURDAIN, *Implication et causalité dans la loi du 5 juillet 1985,* JCP, 1994, I, 3794, l'auteur évoquant « l'analyse causaliste de l'implication du véhicule »; Ph. CONTE, *Le législateur, le juge, la faute et l'implication (la fable édifiante de l'autonomie de la loi du 5 juillet 1985),* JCP, 1990, I, 3471, spé. n°7, à propos de l'implication, « il est clair que la conception consacrée par la jurisprudence n'a pas rompu tout lien avec la causalité ».

773Art. 1386-11, 4°, C. civ.

774Cette cause d'exonération ne fait d'ailleurs pas, aujourd'hui, l'unanimité. V. not. J. CALAIS AULOY, *Le risque de développement: une exonération contestable,* Mélanges Michel Cabrillac, Litec, 1999, p. 81; P. OUDOT, *Le risque de développement, contribution au maintien de la réparation,* thèse Dijon, 2001.

pas fondamentalement des régimes posés par le droit positif, qui posent tous des responsabilités objectives. Ce système est d'autant plus satisfaisant qu'il permet de limiter les concours de responsabilités, même si l'on peut craindre son impact sur les coûts supportés par les responsables.

288. Craintes quant au coût de la responsabilité. Le régime de responsabilité proposé, en ce qu'il réintègre notamment les accidents médicaux et les accidents du travail dans le giron de la responsabilité civile risque fort de constituer un frein à l'activité sociale. En effet, les cotisations auprès des organismes d'assurance et l'ampleur des sommes potentiellement versées au titre de la responsabilité pourraient être un argument sérieux contre l'adoption de ce régime, ou à tout le moins contre son utilisation dans ces matières particulières où la solidarité nationale décharge parfois les employeurs comme les établissements de soin de la charge que représente l'indemnisation des victimes et accorde à ces victimes une indemnisation rapide, par le biais d'une procédure non juridictionnelle.

Outre cette objection, l'on peut remarquer que la suppression des concours de responsabilités qu'opérerait l'adoption de la responsabilité du fait des accidents est presque excessive.

2. Limitation sérieuse des concours de responsabilités

289. Limite aux concours matériels. Le système de responsabilité alternative, combiné avec l'impossibilité d'une exonération partielle du responsable et donc d'un partage de responsabilité, rend en apparence impossible la survenance d'un concours matériel de responsabilité du fait des choses. Cependant, le fait que la faute de la victime ou du tiers ne soit pas une cause d'exonération ne règle pas totalement la question, car le responsable de l'accident pourrait être tenté, après avoir indemnisé la victime, d'exercer un recours à l'encontre du tiers fautif, ce que n'interdit pas le régime nouveau. Une règle supplémentaire pourrait interdire le recours contre le tiers fautif, afin de maintenir la dette de responsabilité entièrement au compte du responsable de l'accident. Cependant, une telle règle, sous prétexte de supprimer le concours, aurait un effet pervers, celui de ne pas sanctionner une personne pourtant auteur d'un acte illicite, car fautif et de faire supporter toutes les conséquences dommageables de l'accident à celui qui a créé le risque. Or, une telle attitude risquerait, à terme, de constituer un frein à l'activité sociale et à augmenter le sentiment déjà présent dans nos société occidentales que la fatalité n'existe pas, et qu'il existe un répondant pour tout dommage. La logique assurantielle, poussée à son paroxysme par une telle législation achèverait le mouvement de socialisation des risques et annoncerait la fin de la responsabilité

individuelle pour faute. Il n'est certainement pas souhaitable d'en arriver à de telles extrémités.

290. Limite aux concours intellectuels. Les catégories de responsables sont clairement identifiées (exploitant d'une activité, producteur d'un produit défectueux, gardien d'une chose) et ont peu de chance de se recouper concernant un même accident. Par ailleurs, les responsabilités étant alternatives, la possibilité d'un concours intellectuel est supprimée. Reste cependant des hypothèses dans lesquelles le concours intellectuel ressurgit. Ainsi, le responsable de l'accident peut être fautif, ou encore responsable du fait d'autrui, une personne placée sous son autorité ayant commis une faute ayant contribué à causer l'accident. Étant donné la rédaction du nouveau principe de responsabilité du fait des choses, la responsabilité du responsable de l'accident a vocation à éclipser tous les autres fondements possibles. En effet, la faute n'étant pas une condition d'engagement de la responsabilité du fait des accident, en cas de concours intellectuel, la victime choisira certainement la responsabilité objective, plus facile à engager, et plus contraignante du fait des faibles chances d'exonération[775]. Par ailleurs, l'exploitant ou le producteur étant des responsables désignés par la règle proposée, peu importe en réalité que l'un de leurs préposés ait causé le dommage, puisque le critère est l'activité du professionnel, à l'occasion de laquelle l'accident s'est produit. Cette circonstance de fait dans laquelle s'est produit le dommage n'aura pas d'incidence sur la responsabilité de l'exploitant ou du producteur. La responsabilité pour faute, comme la responsabilité du fait d'autrui sont donc occultées par la responsabilité du fait des accidents.

291. Bilan. La construction d'un nouveau régime de responsabilité du fait des choses fut un succès. Cependant, les effets pervers d'un tel système sont à craindre et notamment l'éclipse quasi-totale des autres fondements de responsabilité, ce qui conduit à faire peser la dette de réparation sur la personne responsable de l'accident en vertu de la théorie des risques et par voie de conséquences, à écarter systématiquement la responsabilité du fautif, qu'il soit véritable tiers ou victime, ayant pour partie causé l'accident. Une telle réforme serait sans

775La responsabilité pour faute, en effet, demande à la victime de faire un effort supplémentaire de preuve (faute, lien causal, dommage), tout en offrant au défendeur un panel plus large de causes d'exonérations (absence de faute, fait d'un tiers ayant concurru à la production du dommage, faute de la victime, force majeure). La responsabilité du fait des accidents ne nécessite que la preuve de la réalisation de l'accident, en lien causal avec le dommage, pour entrainer la responsabilité de l'exploitant, du producteur ou du gardien de la chose. La charge probatoire de la victime est donc moindre. De plus, l'exonération est difficile, car n'est permise que par la preuve d'un évènement de force majeure à l'origine du dommage.

doute néfaste, même s'il faut avouer que les concours de responsabilités auraient été efficacement limités. Nous ne pouvons, dès lors, proposer l'adoption du régime créé.

292. Conclusion de section. Le bilan de cette première tentative de reconstruction d'un droit commun de la responsabilité est mitigé. La responsabilité pour faute de l'article 1382 du Code civil pourrait, moyennant quelques aménagements, retrouver une part de son domaine d'application, mais continuerait d'être concurrencée par quelques dispositions spéciales. La responsabilité du fait des choses de l'article 1384 alinéa 1er du Code civil ne peut valablement être remplacée par un nouveau régime, fondé sur le risque, susceptible d'englober tous les régimes de responsabilité du fait des choses existants en droit positif, sous peine d'aboutir à des résultats socialement injustifiables. Il est cependant possible de créer un véritable régime de responsabilité du fait d'autrui, même si celle-ci ne supprime pas tous les concours de responsabilités en la matière. De même, une lecture renouvelée de l'article 1147 du Code civil permet de voir, non pas un concours, mais une collaboration entre cette disposition et les régimes spéciaux de responsabilité contractuelle.
La question des concours de responsabilités n'est donc qu'en partie réglée par ces propositions et l'on pressent que la réforme de la responsabilité n'est pas une voie suffisante. Cependant, avant de conclure définitivement quant à l'opportunité et l'efficacité d'une telle méthode, il convient en dernier lieu de s'intéresser aux dispositions fondamentales communes, afin de déterminer si une réforme de ces dernières serait susceptible de parfaire les propositions de réforme précédemment formulées.

Section 2. Les dispositions fondamentales communes

293. Facteur de cohérence de la responsabilité. Les dispositions fondamentales communes sont des règles ayant vocation à s'appliquer à tous les régimes de responsabilité. Elles participent donc de leur essence. Ce faisant, elles unifient le droit de la responsabilité, en forment le squelette et garantissent pour partie sa cohérence. Il n'était donc pas envisageable de proposer un retour au droit commun de la responsabilité en se contentant de créer ou d'améliorer les régimes génériques de responsabilité et laissant de côté ces dispositions fondamentales.
294. Identification des dispositions fondamentales communes. L'on peut compter, parmi les dispositions fondamentales communes, les règles gouvernant la réparation du dommage

(ampleur de la réparation, forme de la réparation), puisque la responsabilité civile a pour fonction essentielle l'indemnisation du dommage subi injustement par la victime[776]. Les règles de prescription, et plus généralement, les règles gouvernant l'action civile, participent aussi à ce socle commun de dispositions applicables à la responsabilité. Pour finir, les règles gouvernant l'appréhension du lien causal sont fondamentales, car seuls les régimes de responsabilité imposent un lien de nature causaliste entre l'auteur et le dommage, puisqu'il s'agit d'imputer à une personnes les conséquences d'un dommage qu'il a participé à causer.

295. Rapports avec les concours de responsabilités. Si certaines de ces dispositions sont, nous l'avons démontré, directement source de concours de responsabilités (ainsi, la causalité), d'autres n'ont pas d'incidence sur l'existence du concours, mais fondent l'enjeu du concours pour la victime. À ce titre, il convient donc de distinguer les dispositions fondamentales communes ayant une incidence directe sur l'existence même du concours de responsabilités, de celles qui, tout en entretenant un lien avec les concours, n'en constituent pas une source. Nous proposons donc, dans un premier temps, d'apprécier l'efficacité et l'opportunité d'une réforme de la causalité, dans le but de limiter les concours de responsabilités (§1). Dans un second temps, seront étudiées les dispositions fondamentales communes insusceptibles d'influer sur l'existence du concours, car elles n'en sont pas une source. Ces dispositions fondamentales communes peuvent cependant permettre de diminuer l'enjeu du concours pour la victime (§2).

§1. Opportunité d'une suppression des concours par la réforme de la causalité

296. La causalité, élément fondamental des régimes de responsabilité, source de concours. Le lien causal est un élément fondamental des régimes de responsabilité en ce qu'il caractérise la participation de l'auteur à la réalisation du dommage. L'utilisation par la Cour de cassation de la théorie de l'équivalence des conditions a par ailleurs été identifiée comme une source de concours de responsabilités[777]. Cette théorie permettant de retenir comme cause juridique du dommage plusieurs éléments ayant concouru à sa réalisation, il en résulte la possibilité de retenir la responsabilité de plusieurs personnes, donc d'un concours matériel, si d'aventure le dommage est le résultat de leurs actions concurrentes. La lacune créée par

776L'on tendrait à voir naître, aux côtés de cette fonction essentielle, deux fonctions annexes: la prévention du dommage, et la punition de l'auteur. V. not. S. CARVAL, *La responsabilité dans sa fonction de peine privée,* BDPR, T.250, LGDJ, 1995; S. GRAYOT, *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages,* BDPR, T. 509, LGDJ, 2009.

777cf. supra, n°99.

l'absence de directive générale adressée au juge en matière d'appréciation du lien causal peut être comblée par l'édiction d'une règle fondamentale, applicable à tous les régimes de responsabilité. L'objectif étant de limiter, voire supprimer, les concours par ce biais, nous nous tournerons naturellement vers les théories de la causalité produisant un tel effet.

297. Voies possibles de la réforme. Si l'équivalence des conditions met sur un pieds d'égalité les différentes causes matérielles du dommage et permet ensuite leur traduction en une multitude de liens de causalité juridique, d'autres théories permettent de limiter la causalité juridique à l'une des causes matérielles du dommage. Ainsi, la théorie de la *causa proxima*, ou dernière cause permet de considérer que le dernier événement ayant influencé la réalisation du dommage en est la cause juridique. À l'opposé, la théorie de la *causa remota* conduit à retenir le premier événement de la chaine causal comme cause juridique. Dans une logique différente, sans égard à l'enchainement chronologique des faits, d'autres théories se basent sur une analyse quantitative des causes du dommage, pour ne retenir que celles qui ont eu une incidence suffisamment importante, voire la plus importante, sur sa réalisation.

Il s'avère que les théories de la causalité se fondant sur un critère temporel souffrent trop de critiques pour être valablement retenues et seront donc rejetées (A). En revanche, les théories fondées sur une quantification de la causalité pourraient donner des résultats plus satisfaisants et être ainsi retenues (B).

A. Le rejet des théories causales basées sur un critère temporel

298. Annonce. À la présentation succincte des deux théories (1) succédera l'exposé des raisons de leur rejet (2).

1. Exposé des théories

299. Origines faussement anciennes. La théorie de la proximité de la cause puiserait dans l'ancien droit, elle serait donc la plus ancienne explication causale utilisée en droit[778]. Cependant, il s'agissait semble-t-il, dans ces temps anciens, de considérer la cause la plus proche intellectuellement du dommage, et non temporellement[779]. L'adage *in jure non remota causa, sed proxima spectatur* serait donc à relier à l'article 1151 du Code civil, qui impose le caractère direct du dommage[780]. En effet, l'on peut considérer que le dommage résulte

778En ce sens. P. VIALLE, *Dommage direct dans la responsabilité administrative,* RDP, 1974-2, p. 1267 not.
779C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, op. cit.,* n°51 et s.
780En ce sens not. H., L. J. MAZEAUD, et Fr. CHABAS, *Leçons de droit civil,* TII, *Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9e éd., 1998.

matériellement du dernier événement qui l'a rendu possible, qui, sans cet « ultime coup de pouce »[781], ne se serait pas produit ainsi.

La distinction des causes en fonction de leur proximité temporelle avec le dommage serait donc une idée récente, moderne, née en doctrine allemande au XIXè siècle.[782].

300. *Causa proxima*, présentation. La théorie de la *causa proxima* peut être présentée comme une limite à la théorie de l'équivalence des conditions. Là où celle-là retient comme cause juridique tous les antécédents nécessaires du dommage, celle-ci permet de ne retenir que la dernière cause. La théorie de l'équilibre justifierait cette approche de la causalité[783]. L'idée est que l'équilibre est maintenu tant qu'un événement, une circonstance, ne fait pas pencher la balance. « La dernière condition qui rompt l'équilibre et décide dans le sens du dommage sera retenue comme cause »[784].

Cette théorie présente, selon certains, « l'avantage d'être de conception aisée et d'application simple »[785]. En effet, l'ordre chronologique des évènements menant au dommage ne fait que rarement problème et l'on se passe, en principe, d'une analyse du comportement de l'auteur pour déterminer la cause. Le caractère objectif de la théorie et sa simplicité d'utilisation en fondent les attraits.

Cependant, des aménagements ont été apportés à la théorie. Il a été proposé de ne retenir, comme dernière cause du dommage, que les faits fautifs, à l'exclusion des phénomènes naturels et des faits non fautifs. Dans le même ordre d'idée, le droit anglais fait peser la charge de réparation sur la personne qui avait une chance de réduire ou d'empêcher le dommage, la cause la plus proche n'étant dans ce cas plus forcément la dernière cause temporelle[786].

301. L'antithèse, la *causa remota*. La théorie de la *causa remota* conduit, à l'inverse, à retenir comme cause du dommage le premier événement dans la chaine qui conduit au dommage. Sur la base d'une logique similaire à celle qui justifie la théorie de la *causa proxima*, l'on aboutit à un résultat résolument différend, puisque cette fois, il s'agit du premier événement ayant concurru à la production du dommage qui est retenu comme cause.

302. Limite du concours. Puisqu'elles tendent à ne retenir, au titre de la causalité juridique, qu'une des causes matérielles du dommage, ces deux théories présentent l'avantage de limiter

781P. VIALLE, *ibid.*
782V. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*
783Sur ce point, V. not. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°53.
784G. MARTY, *La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile,* RTD civ., 1939, p. 685 et s., spé. p. 692.
785P. VIALLE, *op. cit.,* p. 1281.
786Pour un exposé détaillé de ces aménagements, C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.,* n°54 et 55.

sérieusement les concours de responsabilités. En effet, si l'une ou l'autre de ces théories devait être retenue, les concours matériels seraient paralysés. Peu importe que plusieurs personnes aient matériellement causé le dommage dès lors que le lien causal ne peut être caractérisé qu'à l'égard de celle dont les agissements ont fait penché la balance et, en dernier lieu, causé le dommage, ou à l'égard de celle qui a créé, en premier lieu, les conditions de la réalisation ultérieure du dommage tel qu'il est subi par la victime.

Malgré leurs attraits apparents, l'une et l'autre de ces théories doivent être rejetées.

2. Raisons du rejet

303. Inadaptation du critère chronologique. Qu'il s'agisse de la recherche de la source du mal (*causa remota*) ou du dernier antécédent ayant causé le dommage (*causa proxima*), la faiblesse des deux théories tient à l'utilisation du critère chronologique.

Tout d'abord, remonter le temps afin d'identifier la cause première du dommage risque fort d'être compliqué, et, si cette quête aboutit, de confronter le juriste à une multitude de causes relativement éloignées du dommage. Il n'est pas souhaitable de retenir ce critère pour engager la responsabilité, tant il peut désigner une personne éloignée du dommage, presque sans rapport avec lui[787].

Ensuite, concernant l'autre théorie basée sur ce critère chronologique, elle risque de mener à des solutions illogiques, en retenant comme cause le dernier événement, alors que l'enchaînement des faits relève du pur hasard[788]. Si la théorie peut convaincre, la pratique démontre l'absurdité des solutions auxquelles l'on peut aboutir en l'appliquant[789]. La solution pourrait par ailleurs être injuste, lorsque l'ultime événement « n'apparait aux yeux de l'observateur que comme la légère dépression qui a fait éclater un orage dont les lourds nuages s'étaient accumulés depuis longtemps »[790].

Finalement, la simplicité de la théorie, qui tenait à sa mise en œuvre objective, se présente comme sa plus grande faiblesse et explique son rejet. Il paraît injuste de faire supporter à une personne l'entier dommage alors que peut-être son acte n'en est qu'une cause infime, par

787Dans ce sens, C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°59.

788A. JOLY, *Essai sur la distinction du préjudice direct et du préjudice indirect,* thèse Caen, 1939, n°34.

789Pour un exemple édifiant, C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°55. L'affaire concernait un accident de passage à niveau. Une voiture traverse le passage, et se fait percuter par un train. Le conducteur avait vu la voiture mais ne pouvait s'arrêter du fait d'un défaut de frein. Comme le train, à cause d'un problème d'entretien était dans l'impossibilité de s'arrêter à temps, le conducteur de la voiture avait la dernière chance d'éviter le dommage, il ne recevra donc pas d'indemnisation.

790P. VIALLE, *op. cit.,* p. 1281.

rapport à toutes les causes qui ont précédé le dommage, mais qui ne sont pas prises en compte.

Une analyse différente, permettant de retenir la cause qui a produit la plus grande part du dommage, voire l'a exclusivement causé, semble donc plus appropriée.

B. L'adoption des théories basées sur la quantification causale

304. Dualité des théories. Deux théories utilisent la quantification causale. D'inspiration scientifique, la théorie de l'efficacité quantitativement prédominante amène à ne retenir comme cause du dommage que l'évènement qui a eu le plus d'impact dans la production du dommage. Parfois retenue en jurisprudence, la théorie de la cause exclusive du dommage écarte tous les antécédents matériels de celui-ci pour n'en retenir qu'un. Ces deux théories seront tout d'abord brièvement présentées, de manière critique (1), avant que ne soient évoqués les arguments présidant à leur adoption en droit positif, afin de lutter contre les concours de responsabilités (2).

1. Présentation critique des théories

305. Efficacité quantitativement prédominante. Née d'une critique de la théorie de l'équivalence des conditions, cette théorie implique de hiérarchiser les causes *sine qua non* du dommage et de ne retenir que celles ayant eu le rôle le plus important dans la production du dommage[791]. Cependant, la hiérarchisation des antécédents du dommage n'est pas toujours aisée et aucun critère n'est fixé pour ce faire. En cas de doute, c'est au juge, faisant appel au sens commun, que reviendrait la charge d'élire l'antécédent qui lui paraît avoir joué un rôle fondamental dans la réalisation du dommage[792]. Dans une démarche très proche, il a pu être proposé de « concevoir la cause comme une énergie transformatrice », cette énergie étant évaluée « par le degré de différence dans l'état du phénomène transformé, avant et après impact de l'énergie »[793].

Or, la transposition en droit d'une telle théorie scientifique s'avère fort délicate. Les auteurs s'étant intéressés à la question se sont montrés défavorables à son adoption en droit positif[794], relevant notamment qu'elle était incapable d'application pratique[795]. En cas de multiples

791L'on devrait cette théorie à un auteur allemand, BIRKMEYER. Pour une présentation des travaux de cet auteur, v. not. P. MARTEAU, *La notion de causalité dans la responsabilité civile,* thèse Aix, 1913, n°82 et s. J. FAVIER, *Les relations de cause à effet dans la responsabilité quasi-délictuelle*, thèse Paris, 1951, n°112.

792V. C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°75 et 76.

793Les deux citations, R. BARROT, *Remarques sur la notion de cause et ses applications,* RAGT, 1989, p. 476.

794A. JOLY, *op. cit.,* n°35.

795J. FAVIER, *op. cit.,* n°112.

causes différentes menant à la production du dommage, l'on ne sait laquelle retenir, si l'une d'entre elles ne se démarque pas clairement des autres. La question d'un seuil en-deçà duquel la cause ne serait pas prédominante se pose alors et le seul recours reste le bon sens commun, de faible secours. Raisonner ainsi, c'est admettre d'emblée qu'il n'est pas possible de donner au juge un guide en la matière[796], ce qui est certainement pessimiste. L'on peut ajouter que cette théorie conduit à faire assumer la totalité de la réparation du dommage à une personne dont on admet qu'elle ne l'a pas causé en totalité, mais seulement en majorité. Les autres faits ayant causé le dommage matériellement ne seront pas qualifiés de causes juridiques, le responsable ainsi condamné ne pourra alors pas se retourner contre d'autres personnes, pourtant matériellement impliquées dans la réalisation du dommage, pour obtenir qu'elles supportent, avec lui, la dette de réparation. Pour ces raisons, cette théorie ne semble pas pouvoir être retenue, du moins pas en l'état.

Une autre conception de la causalité a pu être utilisée en droit positif. Sans se baser sur la logique scientifique de l'évaluation du transfert d'énergie, la causalité exclusive permet aux juges de corriger certaines solutions, en équité.

306. Causalité exclusive. La cause exclusive peut être définie comme « le mécanisme qui permet d'admettre que, quand un antécédent serait en fait, la cause d'un dommage, il ne l'est pas nécessairement, en droit, si l'une des causes collatérales a un rôle tel qu'elle concentre la totalité de la causalité du dommage »[797]. L'importance de cet antécédent du dommage justifierait qu'il soit considéré comme le seul juridiquement pris en compte. Il est alors certain que l'on assiste là au divorce entre la causalité matérielle et la causalité juridique.

L'on peut sans aucun doute admettre que le droit n'a pas pour fonction de traduire parfaitement le réel. S'il lui est fait obligation de retenir comme cause juridique du dommage une ou plusieurs causes matérielles[798], pour des raisons de logique, il n'est pas en revanche tenu de toutes les retenir et peut opérer un choix.

Concernant la cause exclusive, la question se pose cependant de savoir si ce choix se fait réellement en considération de l'importance causale de l'antécédent retenu ou en fonction de la gravité du comportement adopté par un tiers ou la victime, qui justifie l'exonération de l'auteur du dommage.

796C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°78.
797C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.*, n°340.
798En ce sens not. F. LEDUC, *La cause exclusive,* RCA, 1999, chron. 17, spé. p. 4.

Autre questionnement, celui de l'autonomie de la cause exclusive par rapport à la notion de force majeure, tant il est vrai que l'événement de force majeure, ayant un effet totalement exonératoire, est bien alors considéré comme la cause exclusive du dommage. Un auteur, sur la base d'une étude de jurisprudence, a pu démontrer les liens qu'entretiennent les deux notions et conclure à l'autonomie réelle, mais relativement limitée, de la cause exclusive par rapport à la force majeure[799]. Tantôt les deux notions se confondraient, tantôt elles constitueraient des causes d'exonérations concurrentes.

Cette réponse à notre seconde question induit la réponse à la première question soulevée. En effet, si la cause exclusive se confond parfois avec la force majeure, ou d'autres fois, représente une cause d'exonération concurrente de celle-ci, c'est bien sur le terrain de la causalité et de la quantification causale, que cette notion a vocation à jouer. Le fait du tiers ou de la victime a une telle importance dans la production du dommage final, qu'il est de nature à rompre le lien entre l'auteur et le dommage. C'est bien de quantification causale qu'il s'agit. La mention de la gravité de la faute du tiers ou de la victime, cause exclusive du dommage, n'est cependant pas un motif contradictoire et démontre que les juges font actuellement usage de la notion de cause exclusive en équité, pour corriger le résultat obtenu par l'application stricte de l'équivalence des conditions et ainsi sanctionner la victime qui a contribué largement, par une faute grave, à causer son propre dommage[800].

Par ailleurs, il est logique de considérer qu'un comportement particulièrement défectueux a un rôle causal prépondérant dans la réalisation du dommage, lorsqu'il est confronté à des comportements normaux, ou moins défectueux. En effet, si cet événement particulièrement défectueux ne s'était pas produit, le cours des choses n'aurait pas été modifié et le dommage ne se serait pas réalisé. L'on peut en effet présumer qu'il n'est pas dans l'ordre des choses que des comportements normaux soient causes de dommages, ou à tous le moins, que ces dommages ne seraient pas saisis par le droit, qui ne répare que ceux qui ont été injustement

799F. LEDUC, *La cause exclusive,* RCA, 1999, chron. 17

800F. LEDUC, *op. cit.,* p. 8 et 9; V; aussi. C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.,* n°342, l'auteur retenant qu'il pourrait être fait usage de la cause exclusive pour « atténuer la responsabilité du gardien, dont la chose a un rôle plus normal que celui, très défectueux, de la victime ». Un arrêt récent peut utilement servir à illustrer le propos. L'affaire concernait un accident de la circulation, au croisement d'une route départementale et d'un chemin. Les juges ont pu retenir que « la conductrice du véhicule débiteur de priorité n'avait pas commis de faute en s'engageant et que la vitesse excessive du véhicule prioritaire était constitutive d'une faute, cause exclusive du dommage » Civ. 2e, 13 septembre 2012, inédit, n°11-20216. Les règles posées par la loi Badinter sont en partie contrées par cette décision concernant la répartition finale de la dette de réparation entre les conducteurs impliqués. Ainsi, l'on a égard à ce stade au comportement des conducteurs, et au rôle causal de leurs fautes dans la réalisation du dommage. Dans l'exemple donné, le comportement du conducteur débiteur de priorité étant normalement vigilant, le dommage ne se serait pas produit si l'autre conducteur n'avait pas été en faute, et commis l'excès de vitesse.

causés à la victime, ce qui revient à ne réparer que les dommages causés en principe par un acte illicite.

La théorie de la cause exclusive semble moins sujette à caution que les théories précédemment évoquées et rejetées. Reste à déterminer si l'on peut en tirer les éléments nécessaires à une réforme globale de la causalité.

2. Opportunité de l'adoption d'une théorie basée sur la quantification causale

307. Effacement efficace du concours. Il est certain que la causalité exclusive permet l'effacement du concours matériel de responsabilités. Le concours intellectuel, cependant, n'est pas touché par cette technique, puisqu'il ne trouve pas par principe sa source dans les théories de la causalité. Une partie seulement des concours serait ainsi résolue. Or, bien que la cause exclusive soit une notion plus facile à manier que la théorie de l'efficacité quantitativement prédominante et qu'elle soit utilisée à bon escient, comme correctif d'équité, elle reste d'application limitée.

308. Solution difficilement susceptible de généralisation. L'on retrouve là, en partie, les objections à l'encontre de la théorie de l'efficacité quantitativement prédominante. Il est en effet impossible d'édicter une règle générale visant à ne retenir, comme cause juridique du dommage, qu'un seul antécédent, qualifié de cause exclusive. Cette notion ne peut être utilisée qu'en cas de décalage manifeste entre le comportement de l'auteur du dommage et celui d'un tiers impliqué dans sa réalisation, ou de la victime. Pour les cas où plusieurs antécédents, ayant une incidence causale faiblement différente, pourront être identifiés et conduire à la responsabilité de plusieurs personnes, il n'est pas opportun de faire peser l'entière réparation sur celui qui en a causé la plus grande part. La difficulté, même avec une application limitée de cette théorie, consiste à placer le curseur. À partir de quel seuil un fait causal sera-t-il considéré comme une cause exclusive? Les juges, actuellement, utilisent la quantification causale pour répartir la dette d'indemnisation entre les différents responsables. À ce titre, un partage très inégalitaire peut être retenu, notamment en matière d'indemnisation de la perte de chance, où un calcul probabiliste peut être mené, conduisant à la répartition de l'indemnisation en fonction du taux de chances que l'attitude de chacun des auteurs avait de produire le dommage[801].

801Civ. 1re, 28 janvier 2010, n°08-20755 et 08-21692, RCA 2010, comm. 84, note C. RADÉ, JCP G, 2010, p. 878, note S. HOCQUET-BERG, *La perte d'une chance pour fixer la réparation à la mesure statistique du lien causal entre les fautes et le dommage.* Sur l'utilisation de la quantification causale pour régler les concours, v. infra, n°558 et s.

La quantification causale a donc plus de chances d'être utilisée dans le cadre de la répartition de la dette d'indemnisation entre les coauteurs[802] plutôt que dans le but de limiter les concours et donc de retenir une seule responsabilité. Cependant, le fait qu'un calcul de probabilités permette de répartir entre les responsables la dette d'indemnisation et que le juge utilise déjà la théorie de la cause exclusive pour faire supporter l'entière réparation par un des auteurs du dommage nous conforte dans l'idée qu'il est peut-être possible de proposer la systématisation de cette méthode.

309. Proposition. La causalité étant susceptible d'une appréciation quantitative, nous proposons de faire échec à la théorie de l'équivalence des conditions toutes les fois où est constaté un net décalage entre le comportement d'un des auteurs, particulièrement défectueux, et le comportement des autres auteurs du dommage. Lorsque ce comportement défectueux a majoritairement contribué à la réalisation du dommage, il doit être considéré comme sa cause exclusive. Le résultat sera, soit de considérer comme non responsables les autres personnes impliquées, soit de supprimer l'indemnisation de la victime si d'aventure la cause exclusive du dommage tient à son propre comportement fautif.

La théorie de la cause exclusive peut ainsi permettre de limiter les concours matériels de responsabilités, lorsque la situation de fait révèle un décalage manifeste entre les différentes causes du dommage.

Aux côtés de la causalité, source directe du concours, d'autres dispositions fondamentales communes peuvent influencer le concours de responsabilités. Penser ces différentes dispositions fondamentales permet, c'est notre intuition, de limiter les enjeux ou les effets néfastes des concours. Il convient de vérifier la pertinence de cette intuition et ainsi de tenter d'influencer positivement le concours par la réforme des autres dispositions fondamentales que la causalité.

§2. Tentative d'influence positive sur les concours par la réforme des autres dispositions fondamentales communes

310. Identification des dispositions favorisant les concours. Certaines dispositions, sans être sources de concours de responsabilités, le favorisent. Certaines modalités d'application des règles de responsabilité, en effet, peuvent être différentes selon le régime de

802O. SABARD, *La cause étrangère dans les droits privés et public de la responsabilité extra-contractuelle,op. cit.,* dernière section, méthodologie de répartition de la dette de réparation, p. 445 et s., spé. p. 450 pour la pluralité de coauteurs; C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *op. cit.,* p. 326 et s.

responsabilité considéré et rendre particulièrement intéressant l'application de l'un ou l'autre des régimes en concours. Ainsi, les règles gouvernant la prescription ne sont-elles pas uniformes et peuvent guider le choix du plaideur vers l'une des règles en concours, celle par exemple qui poserait un délai de prescription plus long ou qui n'aurait pas le même point de départ. De même, le fait que certains régimes spéciaux retiennent des règles dérogatoires concernant la réparation du dommage peut conduire le plaideur à regretter l'application de la règle spéciale et préférer la règle générale de la réparation intégrale du dommage et de tous les postes de préjudice. Enfin, il est certain que le concours de responsabilités trouve une traduction en procédure civile. C'est par le biais du procès que se matérialise le concours de responsabilités, sous la forme alors d'un concours d'actions en responsabilités. On passe d'une potentialité de concours (concours de responsabilités) à sa manifestation (concours d'actions en responsabilités).

L'on peut en conséquence envisager d'harmoniser les règles concernant la prescription (A) et celles gouvernant la réparation du dommage (B), afin de supprimer l'un des enjeux du concours. Pour finir, nous verrons dans quelle mesure les règles de procédure peuvent être utilisées pour limiter le concours d'actions en responsabilités (C).

A. La suppression d'un enjeu du concours par l'unification des prescriptions

311. La prescription, enjeu maintenu du concours de responsabilité. La prescription est un enjeu du concours. Il peut arriver qu'une des actions soit prescrite, ce qui a pour effet de limiter le choix éventuellement offert à la victime. Le concours entre l'action en garantie des vices cachés et l'action en responsabilité pour non conformité de la chose vendue[803] est une bonne illustration de l'influence des délais de prescription. En effet, l'action en responsabilité pour défaut de conformité est soumise au droit commun de prescription, de cinq ans à compter de la délivrance de la chose vendue, alors que l'action en garantie des vices cachés est prescrite dans les deux ans suivant la découverte du vice (art. 1648 du Code civil).

Or, les délais particuliers sont nombreux, spécialement en droit de la responsabilité.

803V. not. J. HUET, *Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés,* Litec, 1987; P. COEFFARD, *Garantie des vices cachés et responsabilité contractuelle de droit commun,* LGDJ, 2005; O. TOURNAFOND, *Les prétendus concours d'action et le contrat de vente,* D., 1989, p. 237; H. GROUTEL, *Vices cachés et défaut de conformité,* RCA, 1993, chron. 27; D. VEAUX, *La sélection des actions de l'acheteur,* CCC, 1993, chron. 9; C. RADÉ, *L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés,* JCP, 1997, I, 4009.

Il n'est pas sur, en effet, que la réforme de la prescription, intervenue par la loi du 17 juin 2008[804], ait mis fin au « chaos de la prescription extinctive »[805]. L'alignement des prescriptions étant incomplet (1), se pose alors la question de l'opportunité d'une poursuite de l'harmonisation de la prescription (2).

1. L'alignement incomplet des prescriptions par la réforme de 2008

312. Le délai quinquennal, de principe[806]. Si le délai quinquennal est désormais le délai de principe, il n'est pourtant pas le seul posé par la réforme, qui maintient une pluralité de délais. Ainsi, les actions intentées dans le but d'obtenir la réparation d'un dommage corporel se prescrivent par dix ans suivant la consolidation du dommage, ou vingt ans s'il résulte d'actes de torture, de barbarie, ou de violences ou agressions sexuelles contre un mineur (art. 2226 du Code civil). Le délai est de trente ans pour les actions réelles immobilières (art. 2227 du Code civil). Par ailleurs, la loi intègre une nouveauté, le délai butoir, qui enferme les actions dans un délai de vingt ans à compter de la naissance du droit (art. 2232 du Code civil).

Il n'en reste pas moins que cette réforme a eu le mérite d'aligner, en principe, les actions en responsabilité civile contractuelle et extra-contractuelle et les délais applicables aux matières commerciales et civiles (art. L. 110-4 du Code de commerce). Le délai raccourci par rapport à la prescription trentenaire a donc permis une harmonisation relative des délais de prescription en même temps qu'il rapproche le droit français des autres droits européens[807]. Cependant, de nombreux délais n'ont pas été alignés et la loi offre la possibilité d'un aménagement contractuel, sauf en droit des assurances et droit de la consommation[808].

313. La survie de nombreux délais spéciaux. Retenue par la loi de 2008 elle-même, la matière médicale se voit donc assortie d'un délai particulier, en cas de dommage corporel. L'on peut d'ailleurs s'interroger sur l'opportunité du doublon législatif de l'article L. 1142-28 du Code de la santé publique, qui ne fait que reprendre l'article 2226 du Code civil. Par

804V., parmi une très nombreuse littérature, Ph. MALAURIE, *La réforme de la prescription civile, commentaire de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008,* Defrénois 2008, n°38842, p. 2029; C. BIGUENET-MAUREL, *Réforme de la prescription civile,* Francis Lefebvre, 2008. V. par ailleurs les articles cités par Ph. CASSON, *Le nouveau régime de prescription,* in Actes du colloque de Rennes*, op. cit.,* p. 26.

805A. BÉNABENT, *Le chaos de la prescription extinctive,* Études en l'honneur de Jean Boyer, PU Toulouse, 1996, p. 123 et s. Tentant de répondre à la question, un colloque organisé à Rennes, le 15 mai 2009, *La réforme de la prescription extinctive, Le chaos enfin régulé?* Dalloz, 2010.

806Ce choix ne relevait pourtant pas de l'évidence, l'avant projet Catala avait ainsi opté pour un délai de trois ans, ne souffrant aucune dérogation.

807A. GUÉGAN, *La nouvelle durée de la prescription: unité ou pluralité?*, in *La réforme de la prescription civile,* acte du colloque de Rennes, *op. cit.,* p. 11 et s. spé. n°6 et s.

808L. LEVENEUR, *La faculté d'aménagement de la prescription en matière civile,* acte du colloque, *op. cit.*, p. 65 et s. Art. L. 137-1 du Code conso., et art. L. 114-3 du Code ass.

ailleurs, et la liste n'est pas exhaustive, la responsabilité des constructeurs est particulière[809], la responsabilité de certains professionnels du droit[810], ou vendeurs professionnels ou fournisseurs de services[811], la responsabilité de l'exploitant d'une installation nucléaire[812], la responsabilité du fait de la pollution par hydrocarbure[813], ou encore la responsabilité du fait des produits défectueux[814].

314. L'enjeu du concours maintenu. Puisque nombre de concours de responsabilités mettent en concurrence des règles générales et des règles spéciales, retenant souvent des délais dérogatoires au droit commun, la réforme de 2008 a laissé survivre l'enjeu de certains concours. Le concours en matière immobilière aura donc vocation à perdurer[815], de même qu'en matière de dommages causés à l'environnement[816]. Le droit de la consommation, pareillement, continuera de privilégier les concours, en retenant des délais différents du droit commun, pour les actions à la disposition du professionnel, vendeur de biens ou fournisseur de services à un consommateur[817].

Or, il apparaît inopportun de poursuivre l'alignement des délais de prescription.

2. L'inopportunité d'une poursuite de l'harmonisation des délais de prescription

315. Impossible harmonisation parfaite des délais. La pluralité des délais semble impossible à réduire parfaitement. Il semble qu'il faille admettre « que la diversité des délais a ses raisons d'exister », qu'elle est « inhérente à la nécessaire prise en compte des situations particulières »[818].

809Art. 1792 et s. du Code civil, le constructeur est responsable pendant dix ans à compter de la réception des travaux des dommages affectant la solidité de l'ouvrage (art. 1792-2), pendant deux ans des dommages affectant le bon fonctionnement des éléments d'équipement (art. 1792-3).

810Les avocats sont soumis à l'article 225 du Code civil, qui pose un délai de cinq ans, sauf pour les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, qui restent soumis à l'ordonnance du 10 septembre 1817, qui impose la saisine préalable du Conseil de l'ordre. La responsabilité des notaire à raison de la conservation des pièces qui leur sont soumises reste cependant fondée sur l'ordonnance du 2 novembre 1945, qui prévoit un délai de prescription de deux ans, et non pas cinq.

811Art. L. 137-2 du Code de la consommation, retenant un délai de deux ans pour l'action des professionnels (l'action des consommateurs reste soumise au délai quinquennal).

812Décret n°81-192 du 22 juin 1984, la prescription est de cinquante ans, à compter de l'accident nucléaire.

813Loi du 26 mai 1977, reprenant la Convention de Bruxelles du 29 novembre 1969, prévoit un délai de trois ans après la survenance du dommage, enfermé dans un délai de 6 ans après la survenance de l'événement.

814Art. 1386-17 du Code civil, prescription dans les trois ans suivant la date de connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur. Art. 1386-16, sauf faute, la responsabilité du producteur est enfermée dans un délai de dix ans après la mise en circulation du produit.

815Sur ce point, V. not. M-L. CICILE-DELFOSSE, *L'incidence de la réforme en droit immobilier,* acte du colloque de Rennes, *op. cit.,* p. 79 et s.

816L'art. L. 152-1 Code env., retenant une durée de prescription de trente ans à compter du fait générateur concernant les obligations financières liées à la réparation des dommages causés à l'environnement.

817Art. L. 137-2 Code conso.

Certaines matières imposeraient donc des délais particuliers. L'on peut certainement identifier les causes présidant à ces dérogations. Ainsi, la prédominance du dommage corporel justifie pleinement la faveur faite à la victime d'un tel dommage[819], quant au temps de la prescription, comme au point de départ qui est la consolidation du dommage. « L'influence perturbatrice du dommage corporel »[820] commande ainsi l'apparition d'un véritable droit du dommage corporel[821], dont la prescription particulière n'est qu'un élément. De même, la nature particulière du dommage causé par l'énergie nucléaire ou par les hydrocarbures justifie certainement le long délai de prescription retenu, car ces dommages peuvent mettre un certain temps à se révéler pleinement[822]. Certains auteurs sont cependant critiques quant aux délais qui reposeraient « sur la défense d'intérêts catégoriels »[823], ainsi en irait-il du court délai de prescription concernant le paiement des indemnités réparant certains dommages à l'environnement, délai réduit à deux ans à compter du fait générateur[824]. Sans que cela ne nous paraisse condamnable, certaines responsabilités professionnelles sont ainsi aménagées dans le but de ne pas trop peser sur l'activité en cause. Ainsi, la responsabilité du constructeur, posant des délais particuliers, un point de départ spécifique, mais aussi limitant les dommages réparables, semble opportune. Le point de départ, fixé à la réception des travaux, se justifie par le fait qu'à partir de ce moment, le maitre de l'ouvrage est réputé connaître le bien et avoir accepté son état, ce qui couvre les vices apparents, comme l'agréation dans la vente de droit commun[825]. Par ailleurs, le lien entre le délai de prescription et la gravité du dommage est parfaitement cohérent. Il ne faudrait pas, par ailleurs, faire preuve de naïveté dans la critique des délais de prescription accordés aux professionnels. Il est en effet certain que des considérations économiques ont pour partie gouvernées à leur adoption et notamment le vœux

818Les deux citations, A. GUÉGAN, *La nouvelle durée de la prescription: unité ou pluralité?*, *op. cit.,* p. 12 et 19.

819G. VINEY, *Les modifications apportées par la loi du 17 juin 2008 à la prescription extinctive des actions en responsabilité civile,* RDC 2009/2, p. 493 et s., spé. p. 496.

820J. BOURDOISEAU, *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations,* BDPR, LGDJ, T. 513, 2010.

821Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel,* Précis droit privé, Dalloz, 7 è éd., 2011.

822Les dommages causés par l'énergie nucléaire peuvent en effet être différés par rapport à la survenance de l'accident, et ne se révéler que très tardivement. Un auteur a même pu soutenir l'idée que le délai de prescription trentenaire n'aurait jamais été aussi adapté qu'à ce type de dommages, et aurait du être retenu en l'espèce, M. BRUSCHI, *La prescription en droit de la responsabilité civile,* Economica, Série études et recherches, 1997, n°58 à 61.

823Ph. CASSON, *Le nouveau régime de prescription,* in *actes du colloque de Rennes, op. cit.,* p. 30.

824P. BILLET, *Prescription des obligations financières liées à la réparation des atteintes à l'environnement: les affres du temps,* JCP A, 2008, act. 697.

825V. H. BOUCARD, *L'agréation de la livraison dans la vente, Essai de théorie générale,* Université de Poitiers, LGDJ, 2005.

de concilier la durée de la prescription avec le temps pour lequel le professionnel devra maintenir la garantie que la loi lui impose[826]. Le coût de cette garantie, si elle devait être maintenue sur une durée de trente ans, pour prendre l'exemple du délai de droit commun précédent la réforme de 2008, serait sans doute excessif.

Dès lors que les délais spéciaux peuvent être justifiés, il serait inopportun de proposer leur modification. L'on peut développer quelque peu en prenant pour exemple les concours de responsabilités en matière de vente, un des concours les plus contentieux mettant en lumière l'enjeu que représente le délai pour agir.

316. Exemple choisi des concours de responsabilité dans la vente. Nous avons déjà eu l'occasion de présenter ce concours[827]. Rappelons simplement que l'acheteur ayant contracté avec un professionnel peut, si le défaut du bien est susceptible de recevoir à la fois la qualification de vice caché et de défaut de conformité, disposer de trois actions différentes. Il peut en effet agir en garantie des vices cachés (art. 1641 et suivant du Code civil) ou en responsabilité contractuelle de droit commun pour défaut de conformité (art. 1604 du Code civil), ou encore recourir au droit de la consommation, et à la garantie légale de conformité (art. L. 211-1 et s. Code de la consommation). Or, l'action en responsabilité contractuelle de droit commun se prescrit par cinq ans à compter du jour où l'acheteur a connu ou aurait du connaître les faits lui permettant d'agir (art. 2224 du Code civil). L'action en garantie des vices cachés se prescrit par deux ans à compter de la découverte du vice (art. 1648 du Code civil). Le droit de la consommation, pour sa part, retient un délai de deux ans à compter de la délivrance du bien.

Le régime juridique retenu par le droit civil se justifie pleinement. En effet, il serait faux de considérer que l'acheteur dispose de cinq ans pour agir. Le rôle de la réception de la chose sans réserve empêche ainsi l'acheteur d'agir ensuite en responsabilité contre le vendeur, dès lors qu'il n'a émis aucune réserve[828]. Le délai de droit commun est donc singulièrement diminué par l'agréation de la vente. Par ailleurs, le vendeur devant garantie des vices cachés

826Conscient de cet argument, M. BRUSHI, *La prescription en droit de la responsabilité civile, op. cit.,* n°64.

827cf. supra, n°44 et s., 68, 123.

828V. Cass. Com. 1er mars 2005, RJDA 2005, n°675 « l'acceptation sans réserve de la marchandise vendue par l'acheteur lui interdit de se prévaloir du défaut de conformité ». Voir cependant Civ. 1re, 20 mai 2010, JCP E, 2010, n°37, p. 29 et s., note H. BOUCARD. L'affaire concernait une vente entre professionnels, réceptionnée sans réserve et sans contrôle technique. Or, un défaut non apparent est révélé par la suite. L'acheteur est reconnu coupable d'une faute de négligence pour n'avoir pas contrôlé la marchandise avant de l'accepter. Il en résulte un partage de responsabilité, et une diminution de l'indemnisation due à l'acheteur. L'auteur commentant cet arrêt critique la solution en demi-teinte. L'agréation sans contrôle devrait avoir pour effet de priver totalement l'acheteur de son action, et de libérer totalement le vendeur.

peut être tenu sur un terme plus long, car le délai de deux ans court à compter non pas de la vente, mais de la découverte du vice, ce qui est une solution juste pour l'acheteur, compte tenu du caractère caché du vice.

Le droit de la consommation, pour sa part, entend offrir à l'acheteur ayant contracté avec un professionnel une action supplémentaire. Il s'agit d'une faveur qui lui est faite, en raison de sa prétendue position de faiblesse par rapport à son cocontractant. Le délai retenu par l'article L. 211-12 du Code de la consommation est de deux ans, à compter de la délivrance de la chose. Le droit de la consommation apparaît donc moins protecteur que le droit commun, mais sans que ce décalage ne soit préjudiciable au consommateur qui se voit clairement offrir une option entre ce droit spécial et le droit civil de la vente (art. L. 211-13 du Code de la consommation). La protection qui est offerte au consommateur peut donc être limitée dans le temps, car passé ce délai, l'acheteur disposera encore de l'action en garantie des vices cachés du droit civil. La cohérence d'ensemble est donc maintenue et conforme à la volonté de protection du consommateur.

317. Bilan. Que le délai soit décidé en fonction de la personne du responsable ou de la victime, en considération du dommage particulier qu'elle subit, la majorité des délais spéciaux nous semble justifiée. Dès lors, l'on ne peut espérer poursuivre cette réforme dans le but de supprimer l'enjeu de certains concours. L'on touche là aux limites de la réforme des dispositions fondamentales communes. Il était déjà acquis que l'harmonisation de la prescription ne pouvait permettre de régler les concours, mais simplement d'en supprimer l'enjeu, pour le cas où les règles en présence sont divergentes concernant le délai de prescription. Il est désormais certain que l'harmonisation des prescriptions n'est qu'un outil imparfait permettant, dans quelques occurrences, de réduire l'intérêt du concours.

B. La suppression d'un enjeux du concours par l'unification des règles de réparation du dommage

318. Aménagements de la réparation. L'étude des sources des concours a permis de démontrer que la dérogation au droit commun par certains régimes de responsabilité concernant le quantum de la réparation peut représenter un enjeu du concours pour la victime. Cette dernière peut, en effet, demander l'application du droit commun prévoyant, par principe, la réparation intégrale de tous les préjudices réparables, en lieu et place d'un droit spécial limitant sa réparation, soit à un certain montant, soit à certains postes de préjudice. Par ailleurs, la solidarité nationale venant parfois au secours de la victime, il est possible que la

réparation ne soit pas, dans un premier temps, versée par l'auteur du dommage, mais par un fonds d'indemnisation, ou un organisme payeur, tel que la sécurité sociale. Ces dérogations au droit commun de l'indemnisation, qu'elles concernent son quantum ou la personne chargée de la verser, peuvent représenter un enjeu pour la victime disposant de plusieurs régimes pour obtenir satisfaction.

L'harmonisation totale des règles gouvernant la réparation du dommage serait donc à même de limiter l'intérêt du concours de responsabilités, dans la mesure où toutes les règles en concurrence aboutiraient, pour la victime, au même résultat. Or, il n'est pas souhaitable de revenir sur ces droit spéciaux aménageant le droit de la réparation. Sont ainsi justifiées les règles dérogatoires quant au quantum de la réparation (1) et quant au débiteur de la réparation (2) de sorte qu'il serait inopportun de réformer ces matières.

1. L'inopportunité de réformer les droits spéciaux limitant la réparation du dommage

319. Raisons du maintien des dérogations au droit commun. Une harmonisation serait inopportune pour plusieurs raisons. Tout d'abord, rares sont les régimes qui limitent la réparation du dommage, de sorte que les exceptions à la réparation intégrale restent peu nombreuses. Ensuite, il convient de remarquer que ces régimes sont relativement mesurés, la limite de la réparation apparaissant dans ces cas raisonnable[829]. Enfin, la considération pour d'autres impératifs que l'indemnisation de la victime justifie certainement ces dérogations. Il peut s'agir de limiter l'indemnisation d'un dommage qui, naturellement, risque d'être particulièrement élevé. C'est le cas notamment concernant la responsabilité du fait d'un accident nucléaire[830] et la responsabilité du fait de la pollution par hydrocarbures[831]. D'autres plafonnements se justifient par la volonté de ne pas porter atteinte à une activité particulière[832], ou en contre partie de l'indemnisation automatique reçue par la victime, comme c'est le cas par exemple de l'indemnisation due au salarié en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle[833]. Par ailleurs, il est parfois possible d'écarter le plafond en cas

829Par exemple, 700 millions d'euros pour un accident nucléaire.

830Convention de Paris du 29 juillet 1960, publié en France par un décret du 18 mars 1975, puis complétée par une loi du 30 octobre 1968 *op. cit*., modifiée par une loi du 16 juin 1990 *op. cit.* pour la responsabilité civile de l'exploitant d'un réacteur nucléaire. Loi n°65-956 du 12 novembre 1965, modifiée par une loi n°68-1043 du 29 novembre 1968, et une loi n° 88-1093 du 1er décembre 1988, pour la responsabilité de l'exploitant d'un navire nucléaire.

831Convention de Bruxelles du 29 novembre 1969, entré en vigueur en France par une loi du 19 juin 1975.

832V. P. JOURDAIN, G VINEY, *Les effets de la responsabilité,* Litec, 3e éd., 2011, n°310 et 311, les auteurs citant notamment la responsabilité du fait des transports (aérien, terrestre, maritime).

833V. not. Art. L. 433-1 CSS pour les indemnités journalières d'incapacité temporaire, et leur plafond.

de faute dolosive ou lourde de l'auteur du dommage[834], le responsable n'étant plus, dans ce cas, digne d'être protégé par une limitation de la responsabilité. Au final, le seul plafonnement qui encoure la critique semble être celui réservé à l'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles, le salarié payant assez chèrement l'automaticité de l'indemnisation[835].

L'obligation d'assurance, assortie à ces responsabilités plafonnées, explique aussi certainement la limitation apportée à l'indemnisation. En effet, selon une logique circulaire, l'augmentation des plafonds de ces responsabilités aurait pour conséquence directe l'augmentation des primes d'assurance correspondantes et risquerait de mettre un frein au activités concernées. Par ailleurs, l'assurance reposant sur une mutualisation des risques, c'est finalement la communauté dans son ensemble qui supportera cette augmentation. Ce point est certainement révélateur de l'influence perturbatrice de l'assurance sur la responsabilité civile et des effets pervers qu'elle peut avoir[836].

2. L'inopportunité de réformer les droits spéciaux recourant à la solidarité nationale

320. Annonce. La solidarité nationale, par le biais des différents fonds d'indemnisation, ou organismes payeurs, avantage certainement les victimes, raison pour laquelle il serait inopportun de revenir sur cette méthode d'indemnisation. Cependant, l'on ne peut nier qu'elle maintient le concours. Dès lors, la solution aux concours de responsabilités est à trouver ailleurs que dans la réforme des modes d'indemnisation du dommage.

321. Avantage les victimes. La victime est avantagée par l'existence d'un fonds d'indemnisation, pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, le fonds peut lui permettre d'obtenir une réparation alors même que l'auteur du dommage n'est pas identifié, ou identifié mais pas assuré, ou assuré mais privé de garantie par son assureur. C'est le cas, notamment, du Fonds de garantie des assurances obligatoires de

834Art. 1953 du Code civil pour l'hôtelier; art. V§2 de la Convention de Bruxelles du 29 novembre 1969 pour la responsabilité civile du propriétaire du navire transportant des hydrocarbures; Convention de Genève du 19 mai 1956 pour le commissionnaire de transport.

835C. COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé,* PUAM, 2002; G. VINEY, *Vers une révision du régime légal d'indemnisation des victimes d'accidents du travail et de maladies professionnelles,* Mélanges X. Blanc-Jouvan, Société de législation comparée, 2005, p. 859 et s.

836V., parmi une littérature abondante, G. VINEY, *Introduction à la responsabilité,* Traité de droit civil, LGDJ, 3e éd., 2008, p. 65 et s.; G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle,* LGDJ, 1965; P. RAYNAUD, *De la responsabilité civile à la sécurité sociale,* D., 1948, chron., p. 91; *Responsabilité et socialisation du risque,* Rapport du Conseil d'État, 2005, La documentation française.

dommage[837], qui permet la réparation des dommages causés par un inconnu, ou une personne non assurée, et des accidents de la circulation, et des accidents de chasse. Le Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions procède pareillement à l'indemnisation intégrale du dommage corporel[838] de la victime d'une de ces infractions, même si l'auteur n'est pas identifié[839]. Allant plus loin, l'ONIAM (Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux) répare les dommages causés par un accident médical, une affection iatrogène ou encore une infection nosocomiale, en premier lieu lorsqu'aucune responsabilité ne peut être engagée par la victime[840]. Même si les conditions de fonctionnement de ce Fonds ne sont pas exempts de critiques, l'on peut reconnaître l'avantage qu'ils procurent à un nombre certain de victimes[841].

D'autre part, la procédure est dérogatoire par rapport au droit judiciaire commun, la victime bénéficiant souvent d'un parcours qui se passe du juge judiciaire, plus rapide donc que le procès civil[842].

Enfin, la victime ne pâtit pas des hasards de la situation de fait, comme par exemple l'absence d'identification de l'auteur, ou la pluralité d'auteurs, ni même de certaines exigences

837Art. L. 421-1 et s. CSS. V. not. S. ABRAVANEL-JOLLY, *Le fonds de garantie des accidents de circulation et de chasse rebaptisé fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages,* RCA, 2004, chron. 4.

838La réparation est intégrale, sauf lorsque les faits ont entrainés une incapacité inférieure à un mois (art. 706-3 et 706-14 CPP). La réparation des dommages matériels est limitée en fonction des ressources du demandeur (art. 706-4 CPP). Par ailleurs, l'autonomie d'appréciation dont dispose les Fonds peut donner lieu à quelques conflits, lorsque la juridiction judiciaire éventuellement saisie en parallèle du Fonds accorde un montant différent. Dans ce cas, l'article 706-8 du CPP prévoit que, lorsque la commission a accordé une montant supérieur à celui retenue par la juridiction pénale, la victime a le droit de demander un complément d'indemnisation. Pour le cas où la commission est saisie après la juridiction répressive, elle peut accorder un montant supérieur, qui reste acquise à la victime sans que celle-ci n'ait à le rembourser (Civ. 2e, 15 décembre 1980, Bull. Civ., II, n°267). Tout ceci permet de douter de la possibilité d'accorder à la réparation un caractère intégral, puisque dans les deux cas, il s'agit de considérer que l'indemnisation sensément intégrale ne l'est pas, en réalité.

839Art. L. 422-1 et s. du Code de la sécurité sociale.

840Art. L. 1142-1 et s. CSP. Il convient de préciser que les dommages les plus graves seulement relèvent de la solidarité nationale, le seuil ayant été fixé par décret à 24 pour cent d'incapacité permanente (décret n °2003-314 du 4 avril 2003). À titre subsidiaire, cependant, le Fonds est substitué à l'assurance de responsabilité lorsque le responsable n'est pas identifié, lorsque le plafond de garantie est atteint et que la couverture est épuisée ou inopérante, ou enfin en cas de silence ou refus explicite de l'assureur à faire une offre (art. L. 1142-15 CSP).

841Par exemple, concernant le taux d'incapacité, limitant le recours à la solidarité nationale, L. MELLENEC, *À propos des barèmes médicaux pour une réforme d'un régime qui fonctionne à l'envers,* Gaz. Pal., 1994, 1, doctr., p. 442; Y. LAMBERT-FAIVRE, S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel, op. cit.*, n°60 et s., les auteurs estimant que ces barèmes sont utiles, mais qu'ils doivent néanmoins respecter quelques conditions afin de ne pas encourir la critique. Ainsi, ils ne devraient pas nuire à la victime, et il devrait être fixé un barème unique.

842Sans reprendre en détail ces procédures, signalons simplement que la victime peut formuler une demande directe auprès de chaque fonds, suivant une procédure spécifique à chacun. Nous renvoyons au Code des assurances pour la procédure devant les Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommage et le Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions; et au Code de la santé publique concernant la procédure devant l'ONIAM.

probatoires, puisqu'elle se voit reconnaître une voie unique d'action, par les procédures particulières de demande d'indemnisation aux différents fonds, qui disposeront ensuite d'un recours contre l'auteur. Or, ce recours maintient l'existence du concours.

322. Maintien les concours. Les différents fonds étant subrogés dans les droits de la victime, ils ont en théorie la possibilité d'utiliser les différentes actions qu'elle avait à sa disposition[843]. Or, si d'aventure la victime se trouvait face à un concours de responsabilités, le fonds le sera aussi. Cependant, certains principes justifiant, au stade de l'action de la victime, la préférence pour l'une ou l'autre des règles en présence (par exemple, préférence pour la règle spéciale protectrice de la victime) peuvent ne plus se justifier au stade du recours de l'organisme payeurs. La fiction de la subrogation ne doit pas faire perdre de vue que c'est un tiers ayant avancé les frais d'indemnisation, et non la victime, qui agit. Le fait que ces indemnités versées à la victime soient ponctionnées sur l'ensemble de la société peut justifier l'utilisation de règles différentes pour le recours du tiers payeur et pour l'action directe de la victime. L'on observe ainsi un maintien du concours de responsabilités, au stade du recours du tiers payeurs. Ce concours présente certainement des particularités, et l'on pressent qu'il ne peut être réglé par la réforme des modalités d'indemnisation, et imposera sans doute un traitement spécifique.

323. Solution à trouver ailleurs que dans la réforme. Puisque la suppression des fonds d'indemnisation n'est pas une solution envisageable, au regard des bienfaits que l'on peut reconnaître à leur existence et malgré les critiques qui persistent parfois quant à leur fonctionnement, la solution des concours de responsabilités est à trouver ailleurs. L'on perçoit dès lors les limites de la voie explorée qui, sans se révéler pleinement inadaptée, n'est que rarement opportune et efficace.

Afin de parachever cette tentative de règlement des concours par la réforme de la responsabilité civile et plus précisément des dispositions fondamentales communes, il ne nous reste plus qu'à étudier l'influence des règles de procédure civile et l'opportunité d'une réforme en cette matière.

C. La limitation des effets néfastes du concours d'actions en responsabilités par l'utilisation des règles de procédure civile

324. Procès civil et concours de responsabilités. Le procès est un révélateur potentiel du concours de responsabilités, car le plaideur victime, instruit de la possibilité pour lui d'obtenir

843Pour le FGAO, par exemple, art. L. 421-3 du CSS, et L. 421-13 du CSS.

réparation sur la base de plusieurs fondements, pourra choisir de les invoquer tous. À l'inverse, la victime peut décider de n'invoquer qu'un seul fondement, méconnaissant les autres règles potentiellement applicables. Dans ce cas, trois hypothèses s'ouvrent. Soit le fondement avancé lui permet d'obtenir l'indemnisation espérée et dans ce cas le litige est clos, et le concours de responsabilités n'aura pas émergé. Soit le fondement avancé, bien qu'étant applicable au litige, ne permet pas l'indemnisation de la victime, par exemple parce que le défendeur peut invoquer une cause d'exonération. Soit encore le fondement avancé est potentiellement applicable, mais le juge en refuse le bénéfice à la victime au regard d'une règle de conflit des concours de responsabilités, par exemple parce que la situation de la victime se situe dans le champ d'application d'une règle spéciale exclusive, justifiant le refus du juge de régler le litige sur le fondement d'un texte général. Dans ces deux dernières hypothèses, la question se pose de la suite éventuelle du litige. Autrement dit, la victime peut-elle revenir devant le juge pour profiter pleinement des potentialités du concours de responsabilités et avancer cette fois devant lui le fondement adéquat? Si la réponse est positive, alors le concours de responsabilités pourra jouer et la victime sera satisfaite, mais au prix d'un étalement dans le temps du litige l'opposant à l'auteur du dommage. Si la réponse est négative, le concours de responsabilités est paralysé. Dans l'optique qui est la notre d'exercer une influence positive sur les concours par le recours aux dispositions fondamentales communes, il paraît souhaitable de limiter leur traduction procédurale afin de parvenir à un apurement rapide de la situation litigieuse. Or, c'est une des directions prises par le droit positif.

325. Limite de l'effet néfaste du concours de responsabilité par le droit positif. Quelques évolutions récentes du droit positif ont eu pour effet de limiter l'effet néfaste du concours de responsabilités qui tient à la possible prolongation du litige dans le temps, litige qui ne sera totalement clos que lorsque la victime aura épuisé tous les fondements possibles à sa demande. Ainsi, l'évolution de la conception de la cause oblige le plaideur à concentrer dans l'instance les moyens propres à fonder sa demande (1). Si la conception de la cause peut être utilisée dans un sens qui limite les effets néfastes des concours, ce n'est pas toujours la solution retenue par le droit positif, la jurisprudence de la Cour de cassation faisant apparaître les insuffisances d'une telle méthode (2).

1. L'influence de l'évolution de la notion de cause sur le concours d'actions en responsabilités

326. La cause, dualité. La cause en procédure civile est une notion protéiforme, utilisée à différends stades du procès, à des fins différentes. Elle est utilisée en premier lieu dès la demande introductive d'instance, afin de s'assurer que celle-ci n'a pas déjà fait l'objet d'une réponse du juge lors d'un précédent jugement. La cause est donc à ce titre examinée pour ne pas méconnaitre l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions de justice. Elle est ensuite utilisée au moment de l'appel, si d'aventure l'un des plaideurs utilisait cette possibilité. À ce stade, il s'agit de déterminer si les demandes formulées par les plaideurs sont *dans la cause*, ou au contraire sont nouvelles. Or, la matière a subi quelques évolutions récentes, qui ont pour effet à la fois de forcer la révélation du concours de responsabilités, mais aussi d'empêcher l'étalement dans le temps du litige qui oppose la victime et l'auteur du dommage. Nous verrons ainsi comment l'évolution de la cause comme outil au service de l'autorité de la chose jugée et comme outil pour déterminer la recevabilité d'un demande nouvelle en appel (a) participent à l'objectif de limitation des concours de responsabilités, en limitant ces effets néfastes (b).

a. Présentation de l'évolution de la notion de cause

327. Autorité de la chose jugée, présentation. L'article 1351 du code civil est le siège de l'autorité de la chose jugée. Il prévoit que ce qui a fait l'objet d'un jugement en est revêtu. Placé en tête des présomptions légales, cet article tend à faire croire, par une fiction, que le contenu du jugement est la vérité sur un contentieux donné[844]. Dans ces conditions, si un demandeur porte devant le juge une affaire qui présente une identité de cause, d'objet et de parties avec une affaire précédemment jugée, le défendeur peut contester cette action en invoquant l'autorité de la chose jugée. Le juge, si le triptyque précité correspond effectivement à une précédente affaire ayant reçue une réponse par jugement, devra déclarer irrecevable la demande. Or, la notion d'autorité de la chose jugée ne va pas de soi, notamment au regard des difficultés à définir la cause de la demande en justice[845] et fut le fruit d'un travail de jurisprudence minutieux. Cependant, un arrêt d'Assemblée Plénière du 7 juillet 2006[846] devait modifier l'édifice ainsi bâti. En retenant une définition nouvelle de la cause de la

844V. LASSERRE-KIESOW, *La vérité en droit civil,* D., 2010, p. 907, I, A, 1 sur l'autorité de la chose jugée.

845Il faut noter ici que la notion de cause ne revêt pas la même acception selon que l'on évoque la cause comme limite à l'office du juge, où elle est en principe constituée par les faits apportés par les parties, ou la cause dans le cadre de l'autorité de la chose jugée, où alors elle est habituellement constituée du fait juridiquement qualifié. Voir sur ce point, H. MOTULSKY, *Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée,* D., 1968, chron. 1.

846Cass. Ass. Plén. 7 juillet 2006, Bull. Ass. Plén. n°8.

demande, cet arrêt fut la première étape de l'évolution récente de la notion d'autorité de la chose jugée, qui n'est pas sans influence sur le concours de responsabilités.

328. Autorité de la chose jugée, conception traditionnelle. La fin de non recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, dans une conception classique, est laissée à la liberté du défendeur, qui peut choisir de la soulever ou non. Le juge, en principe, ne peut pas la relever d'office car elle n'est pas d'ordre public[847]. Cependant, suite à une réforme opérée par décret du 20 août 2004, l'article 125 du Code de procédure civile prévoit, dans sa nouvelle version, que le juge peut relever d'office la fin de non recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée. Ce qui semble indiquer, puisqu'il s'agit d'une simple faculté pour le juge, que cette fin de non recevoir n'est pas d'ordre public[848].

Une fois l'autorité de la chose jugée soulevée, le juge examine si la demande qui lui est faite correspond, sur trois points (cause, objet, identité des parties), à une affaire précédemment tranchée. La question de l'identité de cause est de loin le point qui fut la plus grande source d'incertitudes. Cela tient au fait que l'article 1351 du Code civil est le seul article à encore mentionner la cause, alors que le Code de procédure civile, pour sa part, ignore le terme. De nombreuses théories ont donc été proposées par la doctrine, qui en fait tantôt une notion de fait[849], tantôt une notion de droit, tantôt considère qu'il s'agit des faits juridiquement qualifiés[850], et mêle donc le fait et le droit[851].

La notion de cause, telle qu'elle est utilisée par le juge dans le cadre de l'examen de deux affaires successives, était entendue de manière restrictive avant l'arrêt d'Assemblée Plénière du 7 juillet 2006. Il s'agissait alors non seulement des faits invoqués par les parties, mais aussi des qualifications juridiques retenues et des fondements avancés à l'appui de leurs prétentions par les plaideurs. Si un de ces éléments variait, alors l'identité de cause n'était pas consacrée et l'affaire pouvait être examinée au fond par le juge. Cette acception de la notion de cause de la

847Civ. 2e 24 novembre 1976, Bull. civ., II, n°315; Civ. 2e, 10 avril 1995, Bull. civ., II, n°121.

848Dans ce sens, J. HERON, *Droit judiciaire privé,* Domat droit privé, Montchrestien, 4è éd., par T. Le BARS, 2010, n°344.

849H. MOTULSKY, *Écrits, études et notes de procédure civile,* D., 1973, spé. *Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits,* p. 38 et s., n°14. Dans ce sens aussi, S. GUINCHARD, F. FERRAND et S. CHAINAIS, *Procédure civile: droit interne et droit de l'Union européenne,* Dalloz,31e éd., 2012, n°635 et s.

850L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Litec, 8e éd. 2013, n°507 pour qui la cause du litige réside dans le présupposé de la règle; J-P. GULLI, *La cause juridique de la demande en justice, essai d'une définition,* BDP, T44, Paris, LGDJ, 1962, spé. p. 94, où l'auteur défini la cause comme étant une notion juridique, fonctionnelle, qui repose sur le principe qui fonde la demande.

851Pour un exposé des différentes acceptions doctrinales de la cause, voir la thèse de J-P. GULLI, *La cause juridique de la demande en justice, essai d'une définition, op. cit.*, qui retrace de manière particulièrement exhaustive les différentes opinions doctrinales sur le sujet, p. 55 et s.

demande, inspirée des doctrines de Vizioz[852] et Motulsky[853], permettait de faire souvent échec à l'irrecevabilité pour chose déjà jugée. Ainsi, par exemple, un plaideur pouvait agir en non renouvellement du bail, puis en résiliation du même bail, sans que les demandes soient considérées comme identiques en leur cause[854].

Cette conception de la cause de la demande devait céder la place à une conception plus large.

329. Autorité de la chose jugée, conception moderne. Déjà en 2004 s'opérait un glissement vers une conception plus large de la cause lorsque les juges considérèrent que le passage d'une demande de remboursement de prêt à une demande fondée sur le mandat, la gestion d'affaire, la garantie personnelle et le cautionnement ne constitue pas un changement de cause mais un changement de moyens à l'appui d'une même demande, et se heurte donc à l'autorité de la chose jugée[855].

La consécration de la théorie moderne a lieu par l'arrêt d'Assemblée Plénière du 7 juillet 2006[856] qui imposa au demandeur de présenter, dès la première instance, tous les moyens qu'il estime de nature à fonder sa prétention. À défaut d'une telle concentration des moyens dans l'instance, le plaideur se verra, pour toute demande nouvellement fondée, opposer la fin de non recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée. Dès lors, le changement de fondement juridique ne constituant pas une nouvelle cause, on peut dire que la cause se fond dans l'objet puisque seul le fait est pris en compte pour apprécier l'identité des demandes[857].

Cette conception n'était pas absente de la doctrine qui a pu estimer que la cause est le moyen, le résultat visé par le plaideur. Selon cette conception, tous les moyens à l'appui de l'annulation d'un contrat constitueraient une seule et même cause[858]. Un auteur a pu avancer, dans une vision plus large de la cause, qu'il s'agit non pas du moyen entendu comme fondement textuel précis, mais du principe qui sous-tend le dit moyen[859]. Selon lui, une différence de textes peut ne pas constituer une différence de cause[860]. Pour prendre un exemple, en matière de responsabilité civile, le principe serait la responsabilité pour faute, ou

852VIZIOZ, *Études de procédure,* Dalloz, 2011, p. 250 et s.

853MOTULSKY, *Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile*, D., 1958, chron. p. 1.

854Civ. 3ė, 5 octobre 1994, Justice 1995/2, 291, note WIEDERKEHR.

855Civ. 2e, 4 mars 2004, Bull. civ., II, n°84, D., 2004, p. 1204, observation N. FRICERO.

856Ass. Plén. 7 juillet 2006, Bull. Ass. plén., n°8, Gaz. Pal, 22 juillet 2006; BICC 15 octobre 2006; D., 2006, p. 2135, note WEILLER; Procédures, octobre 2006, repère 1 par H. CROZE et R. PERROT; RTD civ., 2006-4, p. 825, obs. R. PERROT; JCP, 2007, II, 10070, note WIERDERKEHR ; confirmé encore récemment par la 1er civ. 1er juillet 2010, 09.10364.

857BICC, 15 février 2008, II, A, 1.

858R. MARTIN, *À la recherche de la cause en procédure civile,* D. 1988, chron. p. 312, n°9 et 10.

859J-P. GULLI, *La cause de la demande en justice, essai d'une définition,* BDPR, T44, LGDJ, 1962.

860Ibidem, spé. p. 93.

la responsabilité sans faute. Si l'on suit son raisonnement, alors toutes les actions en responsabilité fondées sur une faute, qu'il s'agisse de l'article 1382 du Code civil ou bien de textes spéciaux prévoyant une responsabilité pour faute, seraient fondées sur une seule cause[861].

Suite à l'arrêt *Cesareo* du 7 juillet 2006[862], un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation a bilatéralisé la formule. Désormais, demandeur et défendeur sont soumis à la même exigence de concentration des moyens[863]. Un autre arrêt, concernant l'arbitrage, va plus loin encore. Dans cette espèce, le demandeur agissant en responsabilité contractuelle fut débouté de sa demande de cessation de la violation d'une obligation contractuelle. Il agit ensuite en demande de dommages et intérêts pour réparer le préjudice que lui a causé cette violation du contrat, mais voit de nouveau sa demande rejetée, cette fois sur le fondement de l'autorité de la chose jugée. La première chambre civile conclut, le 28 mai 2008, que le demandeur doit « présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause »[864]. Un auteur a pu avancer deux interprétations possibles de cette jurisprudence. Soit l'on considère que seules les demandes afférant à un même fait générateur doivent être avancées ensemble lors d'une même instance, soit il convient de présenter toutes les demandes relatives à une même situation litigieuse[865]. Dans les deux cas, l'autorité de la chose jugée devient « une règle de purge des situations conflictuelles »[866]. La cause ne se distingue plus de l'objet du litige, constitué des faits soutenant les prétentions des parties. Il devient impossible aux plaideurs de poursuivre leurs adversaires sur un autre fondement que celui avancé en première instance, à moins d'invoquer des faits nouveaux (sous réserve que la cause ne soit pas la situation litigieuse, mais bien le fait générateur du droit invoqué). La confusion des notions risque alors d'aboutir à une protection moindre des droits des plaideurs qui n'auraient pas pensé à tous les moyens de droit lors de la première instance.

330. Cause et irrecevabilité de la demande nouvelle en appel. L'obligation nouvelle de concentration des moyens est renforcée par la réforme de l'appel. Cette réforme tirée du décret du 9 décembre 2009[867], applicable au 1er janvier 2011, modifie l'article 564 du Code de procédure civile et rend irrecevables les demandes nouvelles en appel.

861Ibidem, p. 138.
862Ass. Plén. 7 juillet 2006, *op. cit.*
863Cass. Com., 20 février 2007, Bull. civ. IV, n°49, Procédures 2007, n°6 p. 12, obs. R. PERROT.
864Civ. 1er, 28 mai 2008, D. 2008, 1629, obs. X. DELPECH, RTD civ. 2008, 551, obs. R. PERROT.
865O. DESHAYES, *Autorité de la chose jugée, office du juge et responsabilité civile,* RDC octobre 2008, p. 1143.
866O. DESHAYES, *ibid.*
867D. 2009, p. 1524: JO 11 décembre 2009, p. 21386, obs. S. LAVRIC, D. 2009, p. 2918.

La question de l'irrecevabilité de la demande nouvelle en appel n'est pas réellement une nouveauté. En effet, l'article 564 du Code de procédure civile, dans sa rédaction antérieure à la réforme, et en vigueur jusqu'en janvier 2011, prévoit déjà une réception limitée des demandes nouvelles. Ainsi, une prétention est nouvelle lorsqu'elle ne tend pas aux mêmes fins que celle présentée en première instance. *A contrario*, une prétention reposant sur un fondement différent, mais tendant aux mêmes fins que celle de la première instance ne serait pas nouvelle (article 565 Cpc). La fin doit se comprendre comme le résultat visé par les plaideurs, ce serait une notion plus large et subjective que l'objet qui, lui, ne désignerait que le droit supportant la prétention. Il serait donc possible d'avoir une diversité d'objets (et donc de causes) et pourtant une identité de fin[868]. Ces règles établies concernant les demandes nouvelles en appel permettent de concilier plusieurs impératifs. D'une part, la proximité des demandes permet de ne pas trop malmener l'effet dévolutif de l'appel, qui veut que le second juge examine exactement la même affaire que le premier, sans quoi le double degré de juridiction serait une utopie. Il faut pour cela que la cause du procès reste la même entre les deux degrés de juridiction. D'autre part, cela permet aux plaideurs de pouvoir faire évoluer le procès, dans une limite raisonnable, afin de pouvoir faire de l'appel une véritable voie d'achèvement du litige[869]. Il est évident qu'il faut permettre au juge d'appel de connaître certains éléments nouveaux, ou même demandes nouvelles, entretenant un lien suffisant avec la première instance, pour que les plaideurs assainissent leur contentieux et n'aient pas à présenter ensuite une affaire quasiment identique aux premiers juges car ils n'auraient pas pu le faire en appel.

Cependant, la réforme pourrait sensiblement changer cet état de fait. En effet, l'article 564 du Code de procédure civile, dans sa nouvelle rédaction, dispose désormais que les demandes nouvelles ne pourront être formées en appel, à peine d'irrecevabilité soulevée d'office.

Un doute subsiste cependant sur le point de savoir si le relevé d'office de l'irrecevabilité de la demande nouvelle est une obligation pour le juge, ou une simple possibilité[870]. Tout dépendra de l'interprétation que feront les juges de cet article nouvellement rédigé. Soit l'irrecevabilité des demandes nouvelles sera une faculté, et là, effectivement, la réforme ne bouleversera pas

868S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *op. cit.,* n°1714.

869J. HERON, TH. Le BARS, *Droit judiciaire privé,* Domat Montchrestien, 3e éd., 2006, n°732 et s.

870Certains auteurs militent pour l'interprétation la plus favorable au plaideur, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une simple faculté pour le juge, Fr. FERRAND, Répertoire Dalloz, Appel, n°966, à jour du 1er janvier 2013. Certains auteurs sont par ailleurs contre cette réforme, estimant qu'elle ralentit l'instance, J. VILLACÈQUE, *Le nouveau procès civil devant la Cour d'appel, la technique et les hommes, paradoxe d'une réforme,* D., 2010, chron. p. 663.

trop le système jusqu'alors établi puisque le juge pourra en quelque sorte choisir de relever l'irrecevabilité ou non (le risque d'arbitraire lié à la faculté est cependant à redouter). Soit le juge estimera qu'il y a là une obligation pour lui à relever l'irrecevabilité des demandes nouvelles; dans ce cas cela ferme définitivement la voie judiciaire à certaines questions, qui auront pu simplement être oubliées par le plaideur en première instance. En effet, combinée avec la jurisprudence récente sur l'autorité de la chose jugée, cette réforme sur la demande nouvelle en appel renforce l'obligation de concentration des moyens en première instance. Une demande jugée nouvelle en appel, parce que le plaideur aura invoqué un fondement nouveau à sa prétention, aura toutes les chances de se heurter à la fin de non recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée![871] Alors qu'au contraire la nouveauté de la demande en appel devrait faire présumer de sa nouveauté si elle était présentée devant les juges du premier degré. Le plaideur n'a donc pas d'autre choix que de penser à tous les moyens qu'il peut invoquer, voire à toutes les demandes qu'il peut formuler en première instance s'il ne veut pas prendre le risque de voir sa demande rejetée en appel, comme étant nouvelle, puis ensuite en première instance, parce que relavant de l'autorité de la chose jugée.

Cette nouvelle conception de la cause permet cependant, potentiellement, de révéler le concours, en obligeant les plaideurs à invoquer tous les fondements possibles à leur demande, et permet sans doute d'en limiter les effets néfastes.

b. La possible limitation des effets néfastes du concours

331. Mise en exergue du concours. Les développements précédents ont montré que la concentration des moyens en première instance est devenue une exigence pour les plaideurs, sous peine de voir leurs demandes rejetées à la fois en appel comme étant nouvelles et par le juge du premier degré comme étant déjà jugées. Face à ce paradoxe, la concentration des moyens apparaît comme la seule parade à l'irrecevabilité de certaines demandes. Or, concentrer les moyens en première instance ne signifie pas autre chose que de faire jouer le concours d'actions relatif à une même situation. En effet, il s'agit bien de tenter d'appréhender l'affaire sous tous les angles juridiques possibles, de lui faire revêtir toutes les qualifications juridiques envisageables, enfin, d'actionner tous les fondements capables de donner satisfaction au plaideur. Comme le concours d'actions se définit par la possibilité pour une personne de pouvoir agir par le biais de plusieurs actions pour obtenir satisfaction, la

871Dans ce sens, O. DESHAYES, *Retour sur l'autorité de la chose jugée et la responsabilité civile,* RDC, 2009, n°4, p. 1391; P. JOURDAIN, *Demande nouvelle et autorité de la chose jugée,* RTD civ., 2009, p. 731.

concentration des moyens amène bien à un concours d'actions. Pour appréhender les conséquences de l'évolution de la notion de cause du procès civil sur les concours d'actions en responsabilité, il convient de déterminer la cause de l'action en responsabilité. Or, deux conceptions se conçoivent, qui n'ont pas le même résultat sur le concours de responsabilités.

332. Dualité des conceptions de la cause de l'action en responsabilité. Soit on considère que la cause d'une action en responsabilité est toujours la même, à savoir l'obtention d'une juste réparation du préjudice subi. Soit, dans une conception plus stricte, on considère qu'il existe *des causes* aux actions en responsabilité.

333. La conception large de la cause. Cette conception conduirait à retenir comme cause de toute action en responsabilité civile la réparation des préjudices soufferts par la victime. Avec cette conception large, le concours d'actions est fortement encouragé. Le plaideur devra invoquer dès la première instance les fondements possibles à sa demande en réparation car sinon, il se heurtera à l'irrecevabilité de la demande en appel fondée sur une autre responsabilité, ainsi qu'à l'autorité de la chose jugée s'il entame par la suite une nouvelle procédure. Les nouveautés concernant la cause du procès combinées avec une conception large de la cause des actions en responsabilité conduisent à faire produire un effet maximal à ces dernières puisque le concours d'actions en responsabilité en première instance est le seul moyen pour que le juge se prononce sur le bien fondé de tous les fondements susceptibles d'être utilisés à propos d'un même préjudice. Le concours d'actions en responsabilité qui peut exister à l'état latent, ne trouvera de traduction procédurale qu'au moment de la demande introductive d'instance. Cette conception permet d'obtenir un résultat conforme à l'objectif par nous poursuivi, qui est de limiter les concours. En effet, le plaideur étant forcé à la concentration des moyens s'il ne veut pas prendre le risque que sa demande soit rejetée comme nouvelle en appel, ou non nouvelle lors d'une autre instance, le jeu du concours de responsabilités permet d'assainir pleinement et rapidement le litige. Le fait que le concours soit ensuite paralysé, car le plaideur ne pourra revenir devant le juge, en invoquant un fondement oublié par lui, limite en pratique le concours par un encadrement strict de la manière dont il peut être soumis au juge.

334. La conception stricte de la cause. Cette conception implique d'établir des catégories regroupant les actions en responsabilité ayant une cause commune. Considérer que chaque action possède une cause propre aboutirait à un système en contradiction avec le but affiché de diminuer l'encombrement des tribunaux et les conflits qui s'étalent dans le temps. Si

chaque action en responsabilité a une cause propre, alors le plaideur insatisfait pourrait multiplier les procédure, en invoquant à chaque fois un fondement nouveau, sans jamais se heurter à l'autorité de la chose jugée qui ne pourrait alors plus remplir son rôle, qui est de réduire les procédures[872]. De plus, la cause de l'action en responsabilité doit être plus large que le texte servant de fondement car on sait que le juge peut modifier le fondement du litige sans en modifier l'objet ni la cause[873].

Retenir une conception étroite de la cause qui soit efficiente demande donc un effort de catégorisation. Il faut identifier les causes possibles d'une action en responsabilité, puis regrouper les actions ayant la même cause. Deux méthodes sont possibles. La première consiste à trouver la cause des actions en responsabilité dans le principe qui les sous-tend. La seconde amène à trouver la cause des actions dans les prétentions des plaideurs lorsqu'ils les mettent en œuvre.

335. Identification de la cause de l'action par le principe qui la sous-tend. Jean-paul Gulli a pu proposer cette méthode de détermination de la cause dans sa thèse[874]. Selon lui, la cause de la demande en responsabilité réside dans le principe qui soutient la responsabilité engagée. Ainsi, la responsabilité contractuelle aurait pour cause le respect des obligations nées du contrat alors que la cause de la responsabilité délictuelle résiderait dans la réparation du dommage causé[875]. La responsabilité délictuelle est elle-même subdivisée entre les actions ayant pour cause la faute et celle relevant d'une responsabilité sans faute[876].

Selon cette théorie, toutes les actions en responsabilité contractuelle auraient la même cause, celle de faire respecter les obligations du contrat. Or, le contrat a subi, depuis que Jean-paul Gulli a écrit ces lignes, de nombreux forçages, qui ont fait penser à certains auteurs que « tout n'est pas contractuel dans le contrat »[877]. Faut-il dès lors, pour appliquer cette thèse au droit positif, faire le départ entre les vraies actions en responsabilité contractuelles, basées sur des

872 La notion d'abus de droit d'agir en justice trouverait cependant dans ce cas certainement à s'appliquer. Par ex. lorsque le plaideur demande à bénéficier d'un droit dont il ne compte pas réellement profiter, Civ. 3e, 28 mai 2013, n°12-18263, pour une action tendant à se voir reconnaître la qualité d'acheteur par une personne n'entendant intervenir qu'à titre d'intermédiaire dans la vente, ayant eu pour effet d'immobiliser le bien pendant cinq ans.. Cependant, l'abus d'agir en justice relève de circonstances particulières, que le juge doit spécifier, Civ. 3e, 1er juin 2005, n°04-12896, confirmé notamment par Com., 9 juillet 2013, n°12-22111.

873Le juge a obligation, d'après l'article 12 du Code de procédure civile, de donner leur exacte qualification aux faits et actes présentés devant lui par les parties. Cependant, il est enfermé dans le litige tel que l'ont dessiné les parties, et ne peut, par ce biais, aboutir à changer l'objet ou la cause du procès.

874 J-P. GULLI, *La cause juridique de la demande en justice,* Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, PBPV, T44, 1962.

875 J-P. GULLI, *op. cit.,* p. 137.

876 J-P. GULLI, *op. cit.,* p. 138.

877 E. DURKHEIM, *De la division du travail social,* Paris, PUF, 1893, p. 268.

obligations consenties par les parties, et constituant pour ainsi dire l'essence du contrat, et les autres, qui relèveraient en réalité, quant à leur cause, de la responsabilité délictuelle comme étant la réparation d'un dommage causé en violation d'un devoir général de conduite? La réponse semble être positive. Pour différencier les vraies obligations contractuelles des autres, on peut utiliser le critère finaliste dégagé par Marianne Faure-Abbad dans sa thèse[878]. L'auteur retient que ne sont contractuelles que les obligations poursuivant la réalisation du but économique visé par le contrat. Toutes les autres obligations n'ont qu'un but indemnitaire, comme l'obligation d'information[879], de sécurité[880], ou encore les devoirs de loyauté ou de bonne foi qui ne peuvent, selon l'auteur, que conduire à une responsabilité délictuelle. Le critère est simple à utiliser et permet de distinguer efficacement entre les obligations contractuelles et celles qui doivent relever de la responsabilité délictuelle. Il faut donc remettre en cause bon nombre de créations jurisprudentielles qui ont intégré au contrat des obligations qui ne permettent pas la réalisation du but économique visé par les parties. Ce n'est qu'à ce prix que la théorie développée par Jean-Paul Gulli peut permettre de distinguer les causes des actions en responsabilité. On ne peut en effet se contenter de considérer que dès lors qu'il y a un lien contractuel, il y a responsabilité contractuelle. Il faut déterminer pour chaque action si le plaideur victime se plaint de l'inexécution d'une obligation réellement contractuelle ou non. Dès lors que la victime invoque la violation d'un devoir général de conduite qui est rattaché artificiellement au contrat, alors la responsabilité délictuelle doit être engagée. Ainsi entendue, la cause de l'action en responsabilité permettrait de sortir du contrat ce qui n'est pas contractuel pour le remettre dans le giron de la responsabilité délictuelle, et apporterait une clarification bienvenue entre les domaines des deux ordres de responsabilité.

Pour le reste, au sein de chaque contrat, toutes les actions invoquant la violation des obligations principales ou secondaires participant à la réalisation du but économique du contrat auraient donc la même cause, celle de parvenir à une exécution satisfaisante de ce but.

Concernant les actions en responsabilité délictuelle, elles seraient beaucoup plus nombreuses à partager une identité de cause, puisque la cause globale retenue est la réparation du

878 M. FAURE-ABBAD, *Le fait générateur de responsabilité contractuelle,* thèse Poitiers, LGDJ, 2003.

879 En ce sens, G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, p. 499: "Alors même qu'elles n'auraient aucune incidence sur le consentement des parties et intéresseraient exclusivement l'exécution du contrat, condition de leur caractère contractuel, il n'est pas certain en effet qu'elles présentent une réelle spécificité contractuelle".

880 Critiquant le caractère contractuel de cette obligation: P. JOURDAIN, *L'obligation de sécurité,* Gaz. Pal., 1993, 2, doctr., p. 1171; Y. LAMBERT-FAIVRE, *Fondement et régime de l'obligation de sécurité,* D., 1994, chr. p.81.

dommage, séparée en deux branches en fonction du fait générateur de responsabilité; on distinguera alors les régimes basés sur une faute et les régimes sans faute.

336. Identification de la cause de l'action en responsabilité par les prétentions du demandeur. Puisque la cause se confond désormais avec l'objet au sens de chose demandée, la cause de l'action en responsabilité pourrait être trouvée dans la prétention du demandeur. Contrairement à la conception large de la cause qui consiste à estimer que la prétention du demandeur réside toujours dans une demande en réparation, nous considérerons cette fois que la prétention du demandeur peut varier d'une action en responsabilité à l'autre.

Comme la théorie précédente, cette définition de la cause de l'action en responsabilité conduirait à distinguer les responsabilités délictuelle et contractuelle. Seule la responsabilité délictuelle en effet aurait pour cause globale la réparation d'un dommage, la responsabilité contractuelle visant l'exécution satisfaisante du contrat. Le point de départ est donc identique à celui retenu par la théorie précédente. Reste ensuite à déterminer des catégories de cause d'actions reposant sur les prétentions du demandeur à l'action en responsabilité, sans que chaque action ait une cause unique, puisque l'on sait que le juge refuse de considérer qu'un simple changement de texte constitue un changement de cause.

Concernant la responsabilité contractuelle, il serait donc impossible de considérer que la cause réside dans l'exécution de chaque obligation du contrat, car il existe généralement un texte par obligation. Il faudrait trouver un concept plus large et celui-ci ne peut être que le but économique poursuivi par les parties, ce qui nous amène au même résultat que la théorie précédente.

Concernant la responsabilité délictuelle, est-il possible de créer des catégories de cause à l'action en responsabilité sans pour autant retenir une cause différente pour chaque texte? La solution pourrait être trouvée dans la notion de poste de préjudice. Chaque situation dommageable, en effet, peut causer chez la victime plusieurs préjudices. On distingue ainsi les préjudices patrimoniaux (atteinte aux biens, perte d'argent, perte de gains) et les préjudices extrapatrimoniaux (préjudice résultant de l'atteinte à la personnalité, à la l'intégrité corporelle, préjudice moral, préjudice d'affection). Le demandeur devrait avec cette théorie invoquer tous les fondements susceptibles de réparer un même préjudice et conserverait la liberté d'intenter une autre action pour obtenir réparation d'un préjudice différent. Il y aurait une incitation au concours d'actions en première instance pour chaque poste de préjudice.

L'avantage indéniable de cette thèse est de permettre une meilleure protection de la victime. Sa demande jugée irrecevable pour autorité de la chose jugée, car portant sur un préjudice déjà examiné par les juges, laisserait prospérer toutes les actions visant à réparer d'autres éventuels préjudices. En présence d'une pluralité de préjudices, la victime ne se trouverait pas totalement démunie en cas d'échec d'une action sur un fondement unique. Cependant, il est sans doute préférable que la victime invoque, lors d'une seule et même instance tous les préjudices qu'elle a subis. L'objectif affiché par les juges de limiter le temps et le nombre des procès ne serait pas atteint si une personne pouvait agir successivement à l'encontre d'un même responsable pour obtenir réparation de tous ses préjudices. Le litige opposant ces deux personnes risquerait fort de s'éterniser, ce qui n'est souhaitable, ni pour la victime, ni pour le responsable, qui ont tous deux besoin d'une réponse claire et rapide à leur différend.

Nous nous portons donc en faveur de la conception large de la cause de l'action en responsabilité civile. Or, il semblerait que cela soit la solution inverse que retienne majoritairement la Cour de cassation.

2. Les insuffisances des solutions retenues par le droit positif

337. Inopportunité des solutions retenues. La jurisprudence de la Cour de cassation peut, en premier lieu, être qualifiée d'inopportune. En effet, la combinaison des évolutions jurisprudentielle concernant l'autorité de la chose jugée et légale concernant l'irrecevabilité des demandes nouvelles en appel, peut mener à un paradoxe. En effet, le risque est de voir certaines demandes qualifiées à la fois de nouvelles en appel et de non nouvelles lors d'une autre instance. L'autorité de la chose jugée sera alors attachée à un point qui n'a pas été jugé[881], nous ne sommes pas loin du déni de justice en combinant les effets de ces deux nouveautés procédurales[882] , d'autant plus que le juge n'est pas tenu de relever d'office un fondement juridique oublié à tort par les parties[883].

338. Faveur pour la conception stricte de la cause de l'action en responsabilité. La conception large de la cause est parfois retenue, sans que cela soit pour autant la position

881S. GUINCHARD parle en effet de "l'autorité de ce qui n'a pas été jugé", *L'autorité de ce qui n'a pas été jugé à l'épreuve des nouveaux principes du procès civil et de la simple faculté pour le juge de changer le fondement juridique des demandes",* Mélanges en l'honneur du doyen G. WEIDERKEHR, De code en code, Dalloz, 2009, p. 379.

882Dans ce sens, S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *op. cit.* n°225, p. 271.

883Ass. Plén. 21 décembre 2007, Bull. n°10, BICC du 15 avril 2008, p. 18 et s. L'arrêt retenant la formule suivante: « si, parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes ».

majoritaire de la Cour de cassation. L'on trouve ainsi certains arrêts de la Cour de cassation considérant qu'il y a autorité de la chose jugée alors que la seconde demande porte sur un préjudice différent de celui qui avait justifié la première instance. Dès lors que le demandeur intente une seconde action en responsabilité contre une même personne, au regard pourtant de faits qualifiés légèrement différemment, les juges déclarent irrecevable sa demande. La conception large de la cause est alors retenue.

C'est le cas dans une affaire jugée par la première chambre civile de la Cour de cassation le 30 octobre 2008[884]. En l'espèce, un franchiseur agissait contre son franchisé qui, après avoir résilié le contrat, avait changé d'enseigne, méconnaissant ainsi la clause de non réaffiliation du contrat de franchise. Un arbitrage conclut au rejet de la demande d'abandon d'enseigne. Une nouvelle procédure fut introduite, cette fois sur le fondement de la responsabilité délictuelle pour obtenir une réparation du préjudice causé par cette réaffiliation du franchisé. L'affaire arriva devant la Cour d'appel de Versailles qui fit droit à la demande en retenant que l'arbitrage n'avait pas statué sur cette demande. La Cour de cassation cassa cet arrêt au regard de l'autorité de la chose jugée, car « il incombe au demandeur de présenter dans la même instance toutes les demandes fondées sur la même cause et qu'il ne peut invoquer dans une instance postérieure un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile ».

La seule interprétation possible de cet arrêt est de considérer que les responsabilités contractuelle et délictuelle ont la même cause, et que toute demande fondée sur l'un ou l'autre des deux ordres de responsabilité est identique. Dès lors, cet arrêt prête le flan à la critique car il paraît à tous le moins étonnant que les actions intentées successivement dans cette affaire aient la même cause, le même objet (puisque les termes sont désormais synonymes)[885]. En effet, la cessation de la violation d'une obligation contractuelle permet simplement de stopper ce que l'on peut appeler une infraction au contrat, alors que la responsabilité permet une réparation par équivalent du préjudice causé par cette violation du contrat. Les prétentions peuvent donc être considérées comme différentes. Or, la Cour de cassation ne l'entend pas ainsi et considère au contraire que les deux actions ont la même cause, imposant au demandeur une concentration des demandes en première instance, en plus d'une concentration des moyens.

884 Civ. 1re, 30 octobre 2008, inédit, n°07-19060.
885 O. DESHAYES, *Autorité de la chose jugée, office du juge et responsabilité civile,* RDC, 2008, n°4, p. 1143.

Cependant, la troisième chambre civile, presque un an plus tard, ne sembla pas suivre la voie ainsi ouverte. Dans une décision datant du 27 mai 2009[886], les juges estimèrent que l'action en responsabilité contractuelle succédant à une action en responsabilité délictuelle ne se heurtait pas à l'autorité de la chose jugée. Dans cette affaire, le bénéficiaire d'un droit de jouissance sur des places de parking demanda dans une première instance réparation de son préjudice suite à des travaux d'agrandissement de la station service attenante au parking qui avaient eu pour conséquences de supprimer les emplacements. En appel, il forma en outre une demande de remise en état, fondée donc sur une responsabilité contractuelle. Or, cette demande fut rejetée comme nouvelle en appel. Le demandeur entama donc une nouvelle procédure afin d'obtenir la remise en état du parking. Face au refus des juges du fonds lui opposant l'autorité de la chose jugée, il se pourvut en cassation, laquelle décida que « l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt ayant déclaré irrecevable une demande, comme formée pour la première fois en cause d'appel, n'interdit pas à son auteur d'introduire celle-ci dans une nouvelle instance devant les juges du premier degré ».

Implicitement, la Cour de cassation autorise des actions successives visant à obtenir deux choses distinctes suite à un même fait générateur (indemnisation d'une part et remise en état d'autre part, formant ensemble une réparation complète du préjudice). C'est la solution inverse à celle retenue dans l'arrêt précédemment présenté.

Cependant, la deuxième chambre civile, dans une décision du 25 février 2010[887], revint à la conception unitaire de la cause de l'action en responsabilité. Un homme, victime d'un accident en 1991 fut indemnisé au titre d'un préjudice professionnel jusqu'en 1996. Victime d'une chute en 1994 ayant pour cause selon lui les séquelles du premier accident, il intente un procès à l'encontre du responsable du dit accident et de son assureur, pour obtenir réparation du préjudice postérieur à 1996. Il est débouté de sa demande en 2001, par un arrêt devenu irrévocable qui retient qu'il n'y a pas de lien de causalité entre les deux accidents. La victime entame alors une nouvelle procédure, cette fois pour obtenir réparation de son préjudice postérieur à 1996, mais qu'il impute au seul accident survenu en 1991. Les juges du fonds font droit à cette demande mais sont en cela censurés par la Cour de cassation qui retient que l'autorité attachée à la décision rendue en 2001 empêche toute nouvelle demande portant sur l'indemnisation de ce préjudice.

886 Civ. 3e, 27 mai 2009, n°08-11388, Bull. civ., III, n°.

887 Civ. 2e, 25 février 2010, Bull. civ., II, n°492, D., 2010, n°22, étude 1403, note B. HAFTEL, *Autorité de la chose jugée et syndrome du chef de dispositif fantôme.*

Dans cette affaire, le demandeur invoquait des éléments différents à l'appui de sa demande, qui visait toujours l'indemnisation du même préjudice. Les juges se rallient à la définition large de la cause de l'action en responsabilité qui conduit à refuser deux actions successives en indemnisation du même préjudice, fusse-t-il attribué à des faits générateurs différents.

Cette solution n'est pas exempte de critique en ce qu'elle conduit à considérer comme jugé ce qui ne l'est pas, puisqu'ici les juges avaient seulement nié l'existence d'un lien causal entre les deux accidents sans examiner si le premier accident n'avait pas pu causer un préjudice supplémentaire à la victime, indépendamment de celui déjà réparé.

Or, la conception stricte est, semble-t-il, plus souvent retenue par les juges. Il s'avère en effet que les arrêts retenant de la cause de l'action en responsabilité une définition étroite sont plus nombreux, ce qui conduit à penser que la Cour de cassation est en faveur de la théorie qui consiste à retenir plusieurs causes possibles à l'action en responsabilité. Ainsi, suite à un ravalement de façade qui laissa insatisfait les copropriétaires de l'immeuble, l'action en remboursement d'une partie du prix des travaux et l'action en réparation du trouble de jouissance causé aux différents propriétaires n'ont pas le même objet (et donc pas la même cause)[888]. On distingue deux préjudices ici, celui causé purement à la façade, qui découle de la mauvaise exécution de son obligation par l'entrepreneur, et le trouble de jouissance découlant aussi de cette mauvaise exécution du contrat. Un même fait cause plusieurs préjudices et il est possible aux victimes d'agir successivement pour obtenir réparation de ceux-ci. On peut en déduire à contrario que si les plaideurs avaient tenté d'agir lors de la seconde instance à nouveau en réparation du préjudice causé à la façade, il y aurait eu identité de cause, et donc irrecevabilité de la demande pour autorité de la chose jugée. Cet exemple comporte cependant une faille, celle de pouvoir être considéré aussi sous l'angle de l'identité de parties. En effet, les copropriétaires agissent en premier lieu pour réparer un préjudice causé aux communs de l'immeuble, et en second lieu pour réparer un préjudice qui leur est personnel. On peut considérer qu'il y a eu changement de qualité à agir des demandeurs, et qu'il n'y a donc pas identité de parties entre les deux affaires.

L'arrêt de la deuxième chambre civile du 14 septembre 2009[889] est plus clair. Dans cette affaire, les juges retiennent qu'une instance ayant donné lieu à une résolution du contrat et celle tendant à la recherche d'une responsabilité précontractuelle fondée sur le devoir de

888 Civ. 2e, 15 avril 2010, inédit, n°09-65800, nous soulignons ici que le terme de préjudice n'est peut-être pas le plus heureux en matière de responsabilité contractuelle, car cela entretient la confusion entre les deux ordres de responsabilité, mais faute de mieux, nous l'utilisons.

889 Civ. 2e, 14 septembre 2006, Bull. civ., n°221.

conseil n'ont pas le même objet (et donc pas la même cause). La responsabilité précontractuelle est en fait une responsabilité délictuelle[890]. Il est donc possible d'agir successivement sur les deux ordres de responsabilité. Pour la Cour de cassation, les responsabilités délictuelle et contractuelle n'ont donc pas la même cause[891].

Le préjudice semble donc être la cause de l'action en responsabilité pour le juge. Ainsi, pour le cas où le demandeur se fonde sur des actions différentes pour obtenir réparation d'un même préjudice, il y aura autorité de la chose jugée[892]. À l'inverse, dans le cas où la nouvelle instance se fonde, soit sur une aggravation du préjudice ayant déjà fait l'objet d'une décision passée en force de chose jugée[893], soit d'un préjudice non évoqué lors de la précédente instance[894], il n'y a pas autorité de la chose jugée, quand bien même le plaideur se fonderait sur le même texte.

La traduction de la situation litigieuse devant le juge est révélatrice du concours de responsabilité, d'autant plus depuis qu'est imposée l'obligation, pour le plaideur, de concentrer en une instance les moyens propres à fonder sa demande. Au regard de l'objectif de limitation, voire de suppression des concours de responsabilités, une conception large de la cause de l'action en responsabilité est satisfaisante, en ce qu'elle permet de contrer un des effets néfastes du concours, à savoir l'étalement du litige dans le temps. Cependant, cette jurisprudence n'est pas sans soulever quelques critiques. L'on pense notamment à l'impossibilité pour le plaideur ayant commis un oubli de pouvoir demander à un juge qu'il observe sa demande. La Cour de cassation semblant opter pour une conception stricte de la cause de l'action en responsabilité, ce type de situation malheureuse pour le plaideur sera rare, mais le concours de responsabilité risquera alors de permettre à la victime d'agir contre l'auteur du dommage relativement longtemps après les faits si deux affaires se succèdent pour obtenir la réparation du même dommage. L'on ne saurait approuver cette solution compte tenu

890 Com., 4 décembre 1990, JCP, 1991, II, 21725, note G. VIRASSAMY; Com. 31 mars 1992, Bull. civ., IV, n °145.

891 Voir déjà Civ. 1re, 21 janvier 2003, Bull. civ., I, n°18 qui retient qu'un "jugement rendu sur le fondement de la responsabilité délictuelle n'a pas l'autorité de la chose jugée à l'égard de nouvelles prétentions fondées sur la responsabilité contractuelle".

892 Voir récemment, Civ. 2e, 6 mai 2010, n°09-14655, non publié, estimant que le maître de l'ouvrage ne peut invoquer successivement la responsabilité décennale du constructeur puis la responsabilité pour les vices intermédiaires, car il s'agit d'une même demande d'indemnisation sur des fondements différents.

893 Civ. 3e, 11 octobre 2006, n°04-17067, non publié, retenant que l'aggravation de désordres constatés lors de la première instance par l'expert autorisait les plaideurs à formuler une demande complémentaire.

894 Civ. 3e, 12 janvier 2010, n°08-20575, non publié, où le demandeur invoquait la responsabilité des propriétaires du fonds voisin pour des infiltrations d'eau dans la cave et dans une des chambres lors de la seconde instance, et dans d'autres pièces lors d'une précédente instance.

de l'objectif qui est le notre, mais sommes conscient des critiques qui peuvent être opposées à la conception de la cause qui a notre préférence.

L'étude des règles de procédure ayant une influence sur le concours de responsabilité contribue finalement à démontrer que la voie de la réforme ne saurait se suffire à elle-même et qu'elle doit être abandonnée, ou à tout le moins complétée par d'autres dispositifs susceptibles de régler les concours.

339. Conclusion de chapitre. L'exploration de cette seconde voie possible de la réforme de la responsabilité civile conduit à des résultats mitigés. Le renouveau d'un droit commun de la responsabilité se solde en effet par un échec partiel, car s'il est possible de construire un véritable régime général de responsabilité du fait d'autrui, ce dernier laisse persister quelques concours. Il ne va de même pour ce qui est des concours entre les responsabilités pour faute, qui ne peuvent guère être supprimés en revalorisant le droit commun en la matière. Pareillement, la construction d'un régime général de responsabilité du fait des choses fondé sur le risque produirait des conséquences néfastes, et conduirait à la disparition des autres fondements de responsabilité civile.

Le travail sur les dispositions fondamentales communes n'a pas produit de résultats plus satisfaisants, les causes et les enjeux des concours de responsabilités pouvant au mieux être limités, mais sans que cela ne fournisse une solution globale aux concours. La voie de la réforme semble donc devoir être abandonnée.

400. Conclusion de titre : synthèse des propositions de réforme.

Il aura été démontré que la poursuite du mouvement de spécialisation de la responsabilité est possible, en s'inspirant librement des droits étrangers, et prenant acte des différentes propositions de réforme formulées par la doctrine. Cependant, cette spécialisation de la responsabilité ne permet pas, contrairement à notre intuition, de supprimer les concours de responsabilités, quand bien même elle limite efficacement la responsabilité civile. La méthode, imposant certains changements, parfois radicaux, concernant les orientations de la responsabilité, n'a pas été retenue.

Le mouvement inverse de généralisation de la responsabilité s'est avéré plus satisfaisant. L'amélioration des régimes généraux existants, en supprimant certains régimes spéciaux jugés inutiles, est efficace, tant au regard de l'objectif de limitation de la responsabilité, que de celui de limitation des concours. Il est par ailleurs possible de créer un régime général de

responsabilité du fait d'autrui, qui, sans supprimer totalement les concours, permet un retour à la cohérence appréciable en la matière. L'échec que représente la création d'un régime général de responsabilité du fait des accidents peut alors être minoré, au regard des résultats par ailleurs positifs de la méthode employée, qui permet de redonner un peu de cohérence à la responsabilité civile.

Le travail sur les dispositions fondamentales communes permet, dans la même optique, de structurer certaines matières, comme la causalité, et de justifier certaines dérogations au droit commun, par exemple concernant les modalités de réparation du dommage.

Le bilan est cependant loin d'être pleinement positif, car nombre de concours persistent sans que l'on ait pu agir valablement sur eux. La réforme telle que nous l'avons envisagée produirait des résultats insuffisants au regard de l'objectif premier qui est le notre, à savoir proposer un système de régulation des concours. Il faut donc poursuivre l'effort de réflexion, afin de parvenir à l'objectif fixé.

401. Conclusion de partie.

Deux voies s'offrent à nous. Soit nous prenons pour base le droit de la responsabilité tel que nous avons proposé de le réformer, c'est-à-dire allégé de certains régimes spéciaux, agrémenté d'un nouveau régime de responsabilité du fait d'autrui et de quelques règles concernant la causalité (utilisation de la causalité exclusive chaque fois qu'il est possible de le faire). Dans ce cas, nous tenterons de parfaire ces propositions, en les complétant par quelques règles de conflit susceptibles de régler les concours laissés sans solution par la réforme. Soit nous préférons abandonner la voie de la réforme et partir du droit positif, dans toute sa complexité, ses insuffisances et parfois son manque de cohérence. Dans cette hypothèse, il s'agira de créer un système de règlement des concours sans recourir à la réforme préalable de la responsabilité civile.

C'est la seconde voie que nous choisissons. Quitte à aboutir à la conclusion que la réforme ne peut suffire à régler tous les concours, autant abandonner là cette méthode et nous tourner définitivement vers autre chose. L'avantage indéniable de ce changement radical d'optique serait, si nous réussissons, de donner au juge, sur la base du droit positif, les instruments nécessaires au règlement de tous les concours se présentant en droit positif. La proposition de ces règles de conflit serait donc à même de redonner lisibilité et prévisibilité au droit de la responsabilité, qualités en partie perdues à cause des concours, et de leur règlement quelque

peu aléatoire, ou à tout le moins confidentiel par le juge. En plus du guide fourni au juge, et de la sécurité juridique donnée aux plaideurs, cette voie permettrait de démontrer qu'il n'est pas forcément besoin de recourir à la réforme de la responsabilité pour donner une solution satisfaisante aux concours de responsabilités. Cela n'empêcherait cependant pas le législateur de prendre quelques mesures.

Tout ceci a l'air bien prometteur. Il convient désormais de mettre à l'épreuve cette méthode, car nous pourrions fort bien là faire preuve d'un optimisme naïf, en espérant régler ainsi tous les concours de responsabilités. Vérifions donc immédiatement la pertinence et la faisabilité de la méthode envisagée.

Partie 2 Le choix opéré: la régulation des concours de responsabilités par l'utilisation de règles de conflit

402. Objectif. L'abandon de la voie de la réforme en faveur de l'édiction de règles de conflit révèle plus qu'un changement de méthode. Il s'agit en réalité d'un changement d'optique complet. Les résultats obtenus par les diverses tentatives de limitation de la responsabilité n'ont pas eu les effets escomptés sur les concours de responsabilités, qui perduraient, alors que la victime risquait de perdre une partie de la protection que le droit lui accordait. Ceci n'étant pas tenable, la seule voie qui s'offre à nous désormais est celle de la régulation des concours. La régulation vise à assurer le bon fonctionnement d'une chose, d'un système, en veillant à ce que les différents éléments concernés conservent une certaine constance (un rythme régulier, par exemple). Il s'agit d'un acte visant à « l'équilibrage d'un ensemble mouvant », à « régler un phénomène évolutif »[895]. Appliquée au droit de la responsabilité, la régulation peut désigner l'objectif qui est le notre de parvenir à une cohabitation harmonieuse des différentes règles de responsabilité, en réglant par avance les conflits qui peuvent naître de leur compétence simultanée.

403. Théorie et pratique. Pour tenir ces objectifs, il conviendra en premier lieu d'établir les règles de conflit à même de réguler les concours. Cette étape, purement théorique, devra ensuite être ensuite dépassée et suivie d'une mise à l'épreuve des règles de conflit proposées. Ces règles devront être passées au crible de la pratique afin de déterminer si elles permettent effectivement de réguler tous les concours de responsabilité que connait le droit positif. Le raisonnement est donc centré en premier lieu sur des arguments logiques. Il s'agit de déterminer, dans l'absolu, les outils à même de réguler les concours de responsabilités. Le propos se déplacera ensuite sur le terrain du droit positif, afin de déterminer, non seulement si les solutions envisagées sont efficaces et pertinentes en pratique, mais aussi si elles sont supérieures à celles déjà utilisées en droit positif. À cet égard, la logique comparatiste ne sera que peu employée, l'objectif étant de composer avec l'arsenal particulier que connaît le droit français actuellement. Il n'est bien sur pas totalement exclu de s'inspirer de quelques solutions pratiquées par des droits étrangers, cependant nous faisons le choix, à ce stade, de nous

895Définition de G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9è éd., 2011.

concentrer sur le droit positif français et de ne pas adopter une logique comparatiste systématique.

La recherche de règles de conflit visant à réguler les concours de responsabilité (titre 1) précédera donc la mise à l'épreuve des règles de conflit proposées (titre 2).

Titre 1La recherche de règles de conflit visant à réguler les concours de responsabilités

404. Méthodes. La régulation des concours de responsabilités par une règle de conflit suppose tout d'abord de s'entendre sur la méthode. À ce propos, deux techniques sont envisageables. Soit l'on élabore une règle de conflit unique dont le potentiel est de régler tous les concours de responsabilité, quels qu'ils soient. Soit l'on apporte une réponse spécifique à chaque concours, ce qui implique de créer une typologie des concours, puis d'attribuer à chaque type une règle de conflit adaptée. Chaque méthode présente ses avantages. Alors que la règle de conflit unique permet un traitement normalisé des concours, à la place de la diversité de modes de règlement du droit positif, des règles de conflit adaptées à chaque type de concours apporteraient des solutions certainement plus individualisées. L'on retrouve la dichotomie du traitement égalitaire, qui peut amener à appliquer à tous une règle identique, ou au contraire à différencier selon les circonstances et les caractéristiques de chaque situations.
À l'épreuve, la règle de conflit unique (chapitre 1) convainc moins que des règles de conflit adaptées à chaque type de concours (chapitre 2).

Chapitre 1 La règle de conflit unique

405. Bienfaits de la règle de conflit unique. Nous avons démontré que les concours de responsabilités sont nombreux, protéiformes, et reçoivent en droit positif des solutions parfois peu adaptées. La création d'un système de régulation des concours doit donc pallier les défauts actuels en retenant des solutions claires et adaptées. Pour ce faire, l'établissement d'une règle de conflit unique, permettant de régler tous les concours de responsabilités, présente des attraits incontestables: elle serait d'une grande lisibilité et serait l'instrument d'un retour à la cohérence en permettant de réguler tous les concours de responsabilités, quelque soit leur forme.

406. Tentative. L'élaboration d'une telle règle n'est, à ce stade, qu'une tentative. Il ne faut pas nier la grande difficulté à trouver de l'unité au sein de cet ensemble disparate que forment les concours de responsabilités. Il est permis de douter de la faisabilité d'une telle règle. Si elle n'existe pas à ce jour, c'est peut-être qu'elle est impossible à créer, voire à utiliser. Cependant, au regard des avantages qu'une telle règle unique procurerait, le doute ne saurait suffire pour condamner cette méthode de régulation, et la tentative doit être menée, dut-elle ne servir qu'à écarter définitivement cette voie.

407. Plan. « La technique juridique n'est que l'auxiliaire d'une politique juridique[896] ». La règle de conflit n'est qu'une technique permettant de réguler le concours. Son élaboration suppose au préalable l'identification de l'objectif poursuivi par cette règle de conflit. Une fois cet objectif identifié, il faudra bâtir la règle de conflit permettant de l'atteindre. Cette règle de conflit devra ensuite être testée en pratique, évaluée. L'élaboration de la règle de conflit par la détermination d'un objectif unique précédera donc sa mise à l'épreuve. Il convient dès à présent de préciser que, si l'élaboration théorique d'une règle de conflit unique peut être menée à bien (section 1), son application pratique poserait quelques difficultés, et serait certainement un échec (section 2).

Section 1 La réussite théorique de l'élaboration d'une règle de conflit unique

408. Méthode. L'élaboration d'une règle de conflit unique suppose l'élection d'un principe directeur(§1). Ce principe directeur déterminera ensuite le ou les critères utilisés pour

896F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties,* LGDJ, BDPR, T. 201, 1988, n°672.

formuler la règle de conflit unique. Cette étape est un préalable indispensable à la formulation de la règle de conflit (§2).

§1. La détermination du principe directeur de la règle de conflit

409. Raison et sentiments. La règle de conflit doit être un guide à la fois pour le juge, à qui le concours se présente par le biais de l'action en justice, pour l'avocat et surtout le plaideur qui devra identifier les fondements appropriés à sa situation juridique. Si elle est l'assise de la décision judiciaire, elle doit pouvoir justifier d'une solide légitimité. Or, plusieurs éléments peuvent être source de légitimité. La logique en est un. La règle de conflit sera d'autant plus solidement fondée qu'elle est en cohérence avec les autres règles. L'autorité qui édicte la règle peut aussi être à même de lui conférer une certaine légitimité. À ce titre, la règle de conflit aura plus de force si elle est édictée par le législateur que si elle est prononcée par le juge. Enfin, la règle de conflit pourrait tirer sa légitimité de la solution même qu'elle permet d'obtenir. Par exemple, en désignant la ou les responsabilités qui permet(ent) d'obtenir la solution la plus juste, la plus satisfaisante au regard de l'équité.
Aux différentes conceptions de la légitimité correspondent donc plusieurs critères: la logique, l'autorité prononçant la règle, l'équité.

410. Les voies explorées. La question de l'autorité qui édictera la règle de conflit n'est finalement qu'une question secondaire, qui peut être réglée par la suite; elle sera donc pour l'instant laissée de côté. Seront étudiés ici deux objectifs possibles, celui de l'obtention d'une règle légitimée par la cohérence et celui d'une règle légitimée par la justice, l'équité, de la solution. De l'opposition entre la raison et les sentiments, il ne ressort qu'un vainqueur. La présentation de l'objectif de justice, rejeté (A), précédera celle de l'objectif de cohérence, retenu (B).

A. La justice, l'objectif rejeté de la règle de conflit unique

411. Fondement potentiel d'une règle de conflit. Une règle de conflit fondée sur l'objectif de justice pourrait être formulée ainsi: en cas de concours de responsabilités, la préférence doit être donnée à la règle qui mène à la solution la plus juste. Cette règle reposerait sur le postulat assez discutable que certaines règles, qui sont pourtant des règles de droit,

bénéficiant au sein de l'ordre social d'une légitimité certaine, peuvent mener à des solutions injustes, ou à tout le moins que certaines mèneraient à des solutions plus justes que d'autres[897]. Pour les besoins de la démonstration, tenons pour acquis ce postulat qu'il existe des règles du droit de la responsabilité qui donnent aux litiges des solutions d'une équité variable. Même ainsi, le plus dur reste à faire, car la notion de justice est loin d'être facile à manier. Il faudra donc au préalable la définir (1), avant de tenter d'en faire le critère d'une éventuelle règle de conflit unique. Le résultat ainsi obtenu, cependant, n'est pas satisfaisant, ce qui justifie le rejet de l'objectif de justice comme fondement de la règle de conflit (2).

1. Définition de l'objectif de justice

412. Justice, définition de la notion. En philosophie, quelques doctrines du juste ont vu le jour. La justice aurait une vertu compensatoire, serait une manière de contrer la nature humaine, par définition égoïste et subjective[898]. L'homme est peu généreux et ses désirs sont grands, alors que la nature ne peut satisfaire l'ensemble de l'humanité, les ressources étant limitées. Dès lors, la justice permet ce rééquilibrage en répartissant les ressources entre les individus, au travers d'institutions sociales créées à cette fin[899].

En droit, le vocabulaire juridique Cornu nous enseigne que ce qui est juste est ce qui est légitime, c'est-à-dire conforme à la loi, à la règle. Dans un sens voisin, est juste ce qui est propre à fonder, en raison de sa conformité à la loi, une demande en justice ou une décision. Enfin, est juste ce qui est conforme à l'équité et à la raison. En partant de ces multiples définitions du juste, le même dictionnaire ne dénombre pas moins de quatre sens différents au terme justice. Deux d'entre eux, considérant la justice comme la fonction juridictionnelle, ou par extension le service public de la justice, ne nous concernent pas directement. Il reste alors que la justice peut signifier ce qui est idéalement juste, comme conforme aux exigences de l'équité et de la raison, ou ce qui est positivement juste, entendu comme ce que chacun peut demander ou attendre en vertu du droit, dans la mesure où la justice conduit à rendre à chacun ce qui lui est du.

897En effet, selon ARISTOTE, « Il (en) ressort à l'évidence que tout ce qui est légal est d'une certaine façon juste. En effet, les prescriptions définies par le législatif sont légales et chacune d'elles est juste, disons-nous. » *Éthique à Nicomaque,* Flammarion 2004, p. 228, n°4.

898D. HUME, *Traité de la nature humaine,* Londres, T. 1 et 2 parus en 1739 et T. 3 paru en 1740.

899J. RAWLS, *Théorie de la justice,* Le seuil, 1987, p. 29. « On a donc besoin d'un ensemble de principes pour choisir entre les différentes organisations sociales qui déterminent cette répartition des avantages et pour conclure un accord sur une distribution correcte des parts. Ces principes sont ceux de la justice sociale: ils fournissent un moyen de fixer les droits et les devoirs dans les institutions de base de la société et ils définissent la répartition adéquate des bénéfices et des charges de la coopération sociale. »

La notion de justice, en tant qu'idéal à atteindre, est donc intimement liée à celle d'équité, dont elle est même synonyme. En tant que résultat concret, la justice est fonction des règles de droit en vigueur et du juge qui, par sa fonction, est tenu de prononcer la solution qu'imposent les règles[900].

La justice, comme notion de base pour un critère éventuel d'une règle de conflit des concours de responsabilités doit donc être comprise comme synonyme d'équité, comme un idéal à atteindre. Il est peut-être possible de trouver dans l'équité le critère de la règle de conflit. L'étude de ce terme synonyme de justice peut nous permettre de préciser la notion.

413. De la justice à l'équité. Le vocabulaire Cornu retient plusieurs sens à l'équité. Dans trois de ces sens, l'équité est équivalente à la justice. Une justice protéiforme, tantôt fondée sur l'égalité, tantôt au contraire fondée sur le traitement spécifique, particulier[901]. Une justice, enfin, idéale, supérieure au droit positif, ou une manière de résoudre les litiges en dehors des règles de droit. En dernier lieu, l'équité serait un concept modérateur, permettant d'atténuer, de modifier, dans une mesure raisonnable, les règles de droit trop rigoureuses. L'équité ne se confond donc pas totalement avec la justice. La pensée d'Aristote permet de comprendre les relations entre les deux notions. La loi permet d'obtenir la justice commutative, et donc de garantir un traitement égalitaire des sujets. Ce n'est qu'en cas de défaillance de ce « juste légal » que l'équité intervient, comme un principe correcteur[902].

L'équité est donc tout autant un idéal à atteindre qu'une méthode concrète, un outil de réalisation du Droit, situé au-dessus ou en dehors des règles établies, ou qui permet d'influer sur celles-ci. « L'équité n'est pas fondamentalement distincte de la justice légale, (...) la première tendant en fait à la réalisation *in concreto* du but poursuivi par la seconde »[903]. À ce titre, elle pourrait utilement servir de critère à la règle de conflit, assurant l'objectif de justice si ce dernier était choisi.

Cependant, telle n'est pas la voie que nous emprunterons. Une justification s'impose.

900Selon cette définition, la solution prise par le juge, en vertu des règles de droit, est toujours juste et toujours légitime. Pris sous cet angle, le critère de justice ne nous aiderait guère à départager les règles en concours, ni à établir une règle de conflit.

901V. J. RAWLS, *Théorie de la justice,* Le seuil, traduction 1987, publication 1997, p. 106 et s. L'auteur y expose le principe de différence, qui conduit à traiter différemment les individus, en procurant plus à certains, mais cette inégalité de traitement, ne doit être effectuée que dans l'intérêt des personnes les plus défavorisées. « L'idée intuitive est que l'ordre social n'est pas fait pour établir et garantir des perspectives plus favorables pour les plus avantagés, à moins que que ceci ne soit à l'avantage des moins favorisés. »

902ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque, op. cit., Chapitre V, La justice.*

903D. BOCHATAY, *L'équité dans la justice arbitrale, aspects philosophiques et de droit comparé,* in Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé, Bryulant, 2008, p. 30.

2. Justification du rejet de l'objectif de justice

414. Annonce. L'équité pourrait servir de critère à la règle de conflit poursuivant un objectif de justice. Cependant, à l'analyse, quelques obstacles se dressent contre l'utilisation de ce critère.

415. L'équité, notion équivoque. L'équité est présentée comme une notion duale[904]. L'équité subjective s'opposerait à l'équité objective. L'équité objective désigne la notion lorsqu'elle conduit à élaborer d'autres règles, en parallèles des règles de droit, considérées comme étant trop rigides. L'équité subjective, pour sa part, correspond au pouvoir modérateur du juge, qui en appelle à la notion pour un cas d'espèce, là où la règle établie ne donne pas satisfaction[905]. Cependant, un auteur a pu démontrer, de manière tout à fait convaincante, l'unicité d'acception de la notion d'équité en droit privé[906]. L'équité ne serait que subjective. Contrairement à la loi, dont les caractéristiques sont la généralité, l'abstraction et la permanence, l'équité est « dominée par sa dimension essentiellement morale, émotionnelle »[907]. L'équité peut donc être considérée comme univoque. Elle est alors à entendre dans le seul sens d'équité spéciale, ou subjective, comme un correctif apporté à la rigueur de la règle de droit. Mais un obstacle n'est pas si tôt levé qu'un autre se dresse; cette subjectivité de la notion pourrait en effet l'empêcher d'être un critère fiable de la règle de conflit.

416. L'équité, notion contingente[908]. L'équité est intimement liée aux valeurs sociales à un instant donné, en un lieu donné[909], et peut donc évoluer dans le temps et l'espace. Une règle de conflit visant à atteindre un tel objectif impose de fournir au juge les critères de la solution juste en droit de la responsabilité, pour lui permettre d'évaluer la capacité de chaque règle en concours à satisfaire ces critères. Fournir ces éléments au juge impose donc préalablement de les découvrir, or, c'est certainement là que réside la difficulté, et elle risque fort d'être insurmontable. Si chacun éprouve un sentiment de justice, il est fortement personnel, car fonction d'un cadre de référence intime, parfois même inconscient. L'environnement culturel,

904V. C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé,* BDPR, T. 329, LGDJ, 2000; S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle,* Thèse Orléans, 2011, n°292 et s.

905S. MAUCLAIR évoque à ce sujet l'équité générale et l'équité spéciale, mais les définitions se superposent sur celles d'équité objective et d'équité subjective, *op; cit.,* n°292 et 293.

906C. ALBIGES, *op. cit.,* n°96 et s.

907C. ALBIGES, *op. cit.,* n°107.

908Un auteur évoque la subjectivité de la notion d'équité, ce qui rendrait impossible sont utilisation au sein de règles soumises à une généralisation, l'équité ne se concevant que par rapport à une situation particulière, aux faits d'une espèce : C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé,* BDPR, T. 329, LGDJ, 2000, n°97 et s.

909Voire « les humeurs, les goûts et les convictions de chacun », C. ALBIGES, *ibid.*

religieux, l'éducation reçue, façonnent notre sentiment de justice, et créent en nous l'indignation face à certaines situations, perçues comme injustes. Mais dès lors, comment faire reposer une règle de conflit sur un tel objectif, si fuyant, si difficile à conceptualiser?[910] L'équité est une notion fort crainte des juristes, qui voient en elle un risque d'incertain, d'insécurité juridique[911]. La Cour de cassation, elle-même hostile à la notion a d'ailleurs pu affirmer qu'elle ne figurait pas parmi les sources du droit[912]. De même, s'il est permis au juge et à l'arbitre de se prononcer en équité, ce mode de règlement du litige n'est conçu que comme une exception au principe, qui reste le recours aux règles du droit positif[913].

Ainsi présentée, l'équité ne saurait être le critère d'une règle de conflit. Il reste cependant, avant de la condamner définitivement, à confronter cette notion à la responsabilité. Peut-être, en effet, est-il possible d'élaborer une règle de conflit des concours de responsabilités à l'aide de ce critère, alors que, dans l'absolu, celui-ci ne semblait pas approprié.

417. L'équité en droit de la responsabilité civile. Le droit de la responsabilité civile se concentre traditionnellement sur la juste réparation des préjudices subis par la victime, lorsque sa demande est à la fois recevable et bien fondée. La victime légitime est celle qui dispose d'un intérêt à agir et fait la démonstration de la réalité de son préjudice, ainsi que de son caractère certain, direct; le préjudice en question devant être considéré par le droit comme réparable. Ces exigences sont mises en œuvre quotidiennement par le juge et ne permettent pas de départager les règles de droit en conflit, puisqu'elles sont communes à toutes. La règle légale est toujours juste en ce qu'elle permet l'indemnisation de la victime. L'enjeu serait de départager ces règles justes à l'aide du critère de l'équité. Autrement dit, parmi les règles en concours, dont il est acquis qu'elles sont justes, si l'une d'entre elles aboutit à une solution plus équitable, elle doit être préférée.

910J. RAWLS, dont la doctrine a été critiquée en ce que l'auteur proposait, dans sa Théorie de la justice, une conception morale universelle de la justice comme équité. Or, l'auteur revient, quelque années après (voir Justice et démocratie, Le seuil, 1993, p. 203: La théorie de la justice comme équité, une théorie politique et non pas métaphysique) , sur ce point de sa théorie et entend démontrer qu'elle repose sur une conception politique de la justice, résultat d'un « consensus par recoupement ». Mais ce consensus, nécessaire pour un accord entre les individus, libres et égaux, qui forment la société, n'est praticable que concernant l'organisation des institutions, et pour régler les grandes questions de justice politique. Cette théorie n'est pas adaptée à ce que l'on pourrait appeler une « micro-utilisation » en matière de concours de responsabilités.

911V. en ce sens, D. BOCHATAY, *op. cit.,* p. 32, « la sentence rendue selon le droit positif est reconnue comme offrant une meilleure garantie contre l'arbitraire que celle fondée uniquement sur une appréciation personnelle de la justice ».

912Soc., 4 décembre 1996, JCP, 1997, I, 4064, n°11, obs. L. CADIET, RTD civ., 1998, n°6, p. 221, obs. N. MOLFESSIS.

913Art. 12, al. 5 du Code de procédure civile pour le juge judiciaire; art. 1474 du Code de procédure civile pour l'arbitrage.

La règle la plus équitable pourrait ainsi être celle qui alloue à la victime la meilleure réparation de ses préjudices. Or, la règle de la réparation intégrale du dommage rend peu intéressant ce critère[914].

Mais l'on pourrait aussi tenter de se placer autrement, du côté du responsable. La règle équitable serait alors celle qui désignerait comme débiteur de l'indemnisation celui qui serait en quelque sorte le meilleur responsable. Là encore, le critère est assez difficilement praticable. Le droit de la responsabilité tente d'effacer les considérations morales dans la désignation du responsable[915], ainsi le responsable pour faute ne devrait-il pas être un responsable plus juste que le responsable sans faute, car tous deux ont été également désignés comme tel par une règle de droit[916]. La solution pourrait être trouvée dans le droit des assurances, le meilleur responsable étant celui qui s'est assuré contre le risque. Puisque, du côté de la victime, la solution juste est celle d'une bonne indemnisation, ce critère permettrait de s'assurer que le responsable désigné pourra effectivement, par le truchement de l'assurance, donner satisfaction à la victime. Cette logique est d'ailleurs utilisée en droit positif, car, bien souvent, les régimes opérant par canalisation de la responsabilité sur la tête d'une personne désignée par avance, s'accompagnent d'une assurance obligatoire. Mais, pour ces régimes, l'on a d'abord identifié la personne la plus à même de répondre des dommages causés, souvent par une activité particulière (par exemple, exploitant d'aéronef, de navire ou d'installation nucléaires) [917] avant de lui imposer de s'assurer. Il n'est pas sûr que cette logique puisse être transposée à tous les cas de responsabilité. Pour cette raison, la règle de conflit désignant, en cas de concours, la règle qui permet de faire reposer la charge d'indemnisation sur l'assuré, ne

914Pourtant en ce sens, et même dénonçant les différences de traitement entre les victimes, *L'équité dans la réparation du préjudice*, synthèse réalisée par Fr. Ewald, in *Les limites de la réparation du préjudice*, Dalloz, 2009, p. 5 à 149, spé. p. 134: « La revendication d'équité dans le droit contemporain de la réparation ne s'entend pas en effet au sens aristotélicien où il faudrait définir une règle au-delà de la norme, une correction de la norme dans les cas qui ne s'y conforment pas. Il s'agit d'une équité relative, d'une équité qui résulte de la comparaison de la situation des différentes victimes. La question est aussi liée au fait que l'accent est désormais plus porté sur la situation des victimes que sur celle de l'auteur qui n'est plus tant là pour voir sa faute sanctionnée que décider sur quel patrimoine collectif la charge financière de la réparation sera finalement portée. ». Par ailleurs, certains régimes de responsabilité ou de réparation s'écartent de ce principe de réparation intégrale, notamment quelques régimes spéciaux, v. supra, n°319 et s.

915La faute civile s'est en effet détachée de la capacité de discernement, depuis la loi du 3 janvier 1968, qui intégra dans le Code civil l'article 489-2 (devenu l'art. 414-3), obligeant à réparation l'auteur d'un dommage sous l'empire d'un trouble mental. Par ailleurs, par une série d'arrêts du 9 mai 1984 (Ass. Plén., 9 mai 1984, Bull. n°1 à 4), la Cour de cassation a admis la responsabilité de jeunes enfants, rompant avec la jurisprudence passée qui recherchait si le jeune enfant avait ou non la faculté de discernement.

916C'est pourtant ainsi que raisonne la Cour de cassation actuellement, voir par exemple, Civ. 2e, 20 janvier 1993, Bull. civ., II, n°22.

917Les domaines concernés par l'assurance obligatoire sont nombreux: art. L. 211-1 du Code des assurances concernant l'assurance automobile, article L223-13 du même code concernant l'assurance des activités de chasse, article .. 241-1 du même code concernant l'assurance des constructeurs.

permet pas de résoudre tous les conflits, car certains aboutissent à désigner plusieurs personnes non assurées. Dans ce cas, la solution équitable serait-elle une répartition à parts égales, ou en fonction des ressources de chaque responsable? Cependant, l'équité n'est pas forcément l'égalité[918], et il pourrait être soutenu au contraire que le plus argenté est à même de payer une part plus importante de l'indemnisation. Mais alors, cela ne serait-il pas faire supporter une part de responsabilité plus grande à l'un des auteurs, en fonction d'un critère social indépendant de la réalisation du dommage? Juste sous un angle, la solution est injuste sous un autre.

Ces quelques lignes montrent la difficulté d'utiliser l'équité pour régler les concours de responsabilités. La solution équitable peut être celle favorisant la victime, ou au contraire celle privilégiant le responsable. Parfois, les deux intérêt peuvent être garantis par une même règle, le choix sera alors facilité. Mais dans la plupart des cas, les intérêts seront divergents, et l'enjeu du choix réel. Par ailleurs, il est une autre piste à ne pas négliger, qui consiste à laisser le choix à la victime, libre de déterminer ce qui est dans son intérêt. La règle de conflit équitable pourrait alors être celle qui ne permet pas de désigner la règle applicable en cas de concours, mais qui laisse à la victime le choix d'élire celle qui lui paraît la plus satisfaisante. L'équité, tout comme le critère de l'intérêt, pourrait donc servir à fonder une règle de conflit et son contraire. L'opportunité d'un tel critère est donc tout à fait discutable.

418. Conclusion: de l'opportunité du critère issu de la notion d'équité. Il n'est peut-être pas opportun de dicter au juge les critères de l'équitable. Ces consignes pourraient fort se transformer en diktat, prendre la forme dangereuse d'une morale d'État.

L'objectif de justice et le critère d'équité pourraient être utilisés *a minima*, comme correctifs, à l'image des lois de police connues en droit international privé. Ces lois de police, ou lois d'application immédiates[919], s'appliquent alors même que la règle de conflit bilatérale ne les désignent pas comme compétente pour résoudre le litige. Il s'agit d'une « disposition nationale dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique , sociale ou économique de l'État, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci »[920]. Cependant, même ainsi, la

918V. ARISTOTE, et le vocabulaire Cornu, qui retiennent en second sens de l'équité « la justice du cas particulier, l'effort pour rétablir l'égalité en traitant inégalement des choses égales ».

919P. FRANSCESCZKIS, *Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois,* RCDIP, 1966, 1, p. 1 et s., spé. p. 13.

920CJCE, *Arblade*, aff. C-369-96 et C-376-96 du 23 novembre 1999, Rec. I-8453, RCDIP, 2000, p. 710, note M. FALLON.

technique souffrirait quelques critiques s'il était laissée au juge la possibilité d'utiliser l'équité pour retenir l'application d'une des règles en conflit, et lui attribuer, par parallélisme avec le droit international privé, la qualification de loi de police. En effet, la transposition, en matière de concours de responsabilités, de cette méthode de résolution des conflits de normes, se heurte à un obstacle d'ordre technique. Si l'on conçoit sans peine que les règles du droit français protégeant les travailleurs, ou encore le conjoint dans la rupture du lien matrimonial, soient des lois de police[921], et jouissent d'une certaine pérennité, identifier, en droit de la responsabilité, des règles d'application immédiate à l'aide du critère de l'équité risquerait d'être impossible. Nous l'avons dit, la notion est trop contingente pour servir d'assise à une règle de conflit unique. Même à titre secondaire, voire exceptionnel, il n'est pas sûr que ce critère doive être utilisé. À moins que le législateur ne désigne les « règles de police » en la matière, ce serait réintroduire l'insécurité juridique là où la règle de conflit se proposait de la supprimer. Il faudrait donc que le législateur se prononce sur la définition à retenir de l'équité, et que celle-ci n'intervienne qu'en palliatif à la règle de conflit principale, pour les concours que cette dernière laisserait non résolus. En effet, si l'on veut faire du critère de l'équité, non pas le critère principal de la règle de conflit, mais un critère subsidiaire, il ne trouvera à être utilisé qu'en cas de défaillance du premier critère choisi. L'on pourrait ainsi imaginer la règle suivante, si l'équité était entendue comme une faveur pour la victime: lorsque la règle de conflit ne permet pas de résoudre le concours de responsabilités, l'équité commandera d'appliquer la règle de responsabilité la plus favorable à la victime.

Dans ce sens, un auteur a proposé que le critère de l'intérêt, dérivé de l'équité, soit utilisé comme principe correcteur pour articuler les droits commun et spécial du droit de la responsabilité civile extracontractuelle[922]. Selon lui, le droit de la responsabilité civile retient déjà ce critère pour écarter l'application de la règle désignée par le critère de spécialité qui préside normalement à l'articulation des normes de droit commun et de droit spécial. Le droit positif utiliserait déjà sans le dire vraiment ce critère, et oscillerait entre la prise en compte de l'intérêt de la victime et de l'intérêt du responsable. Sans nous prononcer ici sur la pertinence de cette construction doctrinale, nous nous rangeons à l'une de ses conclusions, celle qui

921B. AUDIT, avec le concours de L. D'AVOUT, *Droit international privé,* Economica, 6è éd., 2010, n°119, « il s'agit principalement de protéger les intérêts de la collectivité à travers une catégorie de personnes (les salariés, les locataires, les consommateurs, les emprunteurs, les mineurs en dangers...) ».

922S. MAUCLAIR, *op. cit.,* n°298 et s. Dans un sens proche, mais sans référence aux rapports entre les différentes responsabilités, C. ALBIGES, thèse *op. cit*., identifiant deux fonctions à l'équité, une fonction correctrice et une fonction supplétive (v. la partie 2 de la thèse).

consiste à refuser à l'équité la place d'un critère directeur utilisable pour départager les règles en concours[923].

L'équité n'est donc pas l'objectif qui peut, à lui seul, servir d'assise à une règle de conflit générale. Peut-être que la cohérence pourrait constituer un fondement plus solide[924].

B. La cohérence, l'objectif retenu de la règle de conflit

419. Le choix de la raison. L'objectif de cohérence est un objectif de la raison. Le règle de conflit ayant un tel objectif se traduirait par la maxime suivante: en cas de concours de responsabilités, la solution doit être dictée par la cohérence du système. Encore faut-il, comme pour l'objectif de justice, s'attacher à définir la notion de cohérence (1). À la lumière de cette définition, nous verrons que cet objectif est apte à fonder une règle de conflit en matière de concours de responsabilités (2).

1. Définition de l'objectif de cohérence

420. Cohérence, ordre et système. La cohérence est définie comme une union étroite de plusieurs éléments, un rapport étroit d'idées qui s'accordent entre elles, sans contradiction[925]. Elle est synonyme d'ordonné, de rationnel, de logique, ou encore d'harmonieux. Or, selon le dictionnaire de culture juridique Lalande, la cohérence des normes qui le composent serait l'une des caractéristiques de l'ordre juridique. Le Droit peut ainsi être présenté comme un système, ou un ordre. Bien que certains auteurs distinguent les deux notions[926], nous nous rangerons, pour cette étude, aux côtés de ceux qui emploient les deux termes comme étant

923S. MAUCLAIR, *op. cit.,* n°296; C. ALBIGES, *op. cit.,* ces auteurs se prononcent dans leurs travaux pour une utilisation exceptionnelle de l'équité.

924V. cependant le projet de réforme du droit Suisse de la responsabilité, art. 53, qui dispose « si une personne répond d'un même dommage en vertu de différents chefs de responsabilité, le tribunal applique les dispositions permettant de procurer à la personne lésée une réparation optimale, à moins que la loi ne déclare expressément l'une de ces dispositions d'application exclusive ». Le projet combine donc deux méthodes de règlement des litiges, l'exclusivité d'une règle spéciale, et la possibilité d'une option, à la disposition du juge, à défaut d'exclusivité. Les deux modes de règlements reposent sur une même idée de l'équité, idée qui présuppose que le régime spécial est avantageux pour la victime, raison pour laquelle il évince les autres règles applicables, et que, dans le cas contraire, rien n'empêche le juge alors de choisir le régime le mieux à même d'indemniser la victime. V. aussi E. MATRINGE, *La réforme de la responsabilité civile en droit* suisse: *modèle pour le droit français?,* thèse Strasbourg, 2010, n°615 et s.

925Dictionnaire de la langue française, Robert.

926V. E. BULYGIN, *Système juridique et ordre juridique,* Mélanges Michel Troper, Economica, 2006, p. 223. Pour cet auteur, l'on désigne par système juridique et ordre juridique un ensemble d'éléments. La différence entre l'ordre et le système réside dans l'incidence d'un changement d'un de ses éléments. Pour le système, toute évolution ou changement des éléments fera changer ou évoluer le système, et changer l'ensemble dans sa totalité. Par contre, l'ordre ne changera pas, même si un ou plusieurs de ses éléments varient. Le système serait un ensemble de normes, alors que l'ordre serait un ensemble de systèmes. Cette distinction, pour subtile soit-elle, n'a guère d'intérêt pratique pour notre démonstration, aussi la laisserons-nous de côté.

synonymes[927]. Pour que le système juridique (l'ordre juridique) fonctionne, qu'il atteigne le but vers lequel tendent les divers éléments le composant, la cohérence semble être un objectif incontournable.

421. L'objectif de cohérence. Tout système, pour remplir ses objectifs, doit être ordonné. La cohérence serait donc une des caractéristiques de cet ordonnancement des normes qui composent le système. Deux visions s'affrontent à ce propos. Soit la cohérence est inhérente au système, l'ordre est donc préexistant, présupposé, et le juriste ne fait que rendre compte du réel en traduisant cette pré-construction du système (ordre *ad quo*)[928]. Soit la construction en système n'est qu'une conception intellectuelle qui rend compte d'une certaine perception de la réalité, un ordre *a posteriori, ad quem.* La seconde proposition nous semble plus juste, en témoignent les nombreuses théories de l'ordre et du système juridique, qui chacune utilise des métaphores pour tenter de rendre compte du réel sans jamais y parvenir complètement[929].

La cohérence n'est donc pas un critère du système, elle n'est pas inhérente. La représentation pyramidale de Kelsen, qui, bien que fort critiquée, a su laisser son empreinte durable dans l'esprit des juristes, ne permet pas la pleine cohérence du système, pas plus qu'il ne dépeint la réalité de l'ordre juridique. La construction pyramidale garantit au mieux le processus de création de chaque norme, sa validation. La cohérence structurelle est donc assurée, mais pas la cohérence matérielle, faute de contrôle mis en place en ce sens. De nombreuses études ont, en effet, démontré les limites de l'organisation hiérarchique du système[930].

Si la cohérence n'est pas innée au système, elle doit être construite *a posteriori*. Le législateur devrait, en premier lieu, y veiller. Le juge, en second lieu, confronté aux contradictions entre les règles, doit être capable de les résoudre et il convient donc de lui donner les outils pour ce faire.

La cohérence est une notion univoque, non contingente, elle est l'absence de contradiction entre normes. Créer, maintenir, ou retrouver la cohérence d'un système sont des objectifs

927Th. TAURAN, *Que faut-il entendre par système juridique?* RRJ, 2001-3, p. 1529 et s.

928C. GRZEGORCZYK, *Ordre juridique comme réalité,* Droits, n°35, Ordre juridique/2, 2002, p. 103; M. TROPER, *Le système juridique et l'État,* APD, T31, Le système juridique, 1986, p. 29.

929G. TIMSIT, *L'ordre juridique comme métaphore,* Droits, n°33, Ordre juridique?, p. 3 et s. L'auteur y démontre notamment que les métaphores de Kelsen (présentation pyramidale du système) et de Dworkin (le système est un roman écrit à la chaîne) ne rendent pas compte de la réalité.

930V. par ex. P. AMSELEK, *Une fausse idée claire: la hiérarchie des normes juridiques,* Mélanges en l'honneur de L. Favoreu, Dalloz, 2007, p. 983; B. BONNET, *Repenser les rapports entre les ordres juridiques,* LPA, avril 2013, p. 3; Y. STUILLOU, *La place de la négociation dans la hiérarchie des normes de droit,* Semaine sociale Lamy, 2012, p. 6; Contra, Th TAURAN, *Que faut-il entendre par système en matière juridique?*, RRJ, 2001-3, p. 1529, l'auteur estimant que la hiérarchie est un mode d'organisation du système à même de garantir sa cohérence, p. 1540-41; M. TROPER, *La pyramide est toujours debout,* RDP, 1978, p. 1523.

connus du droit. Tout ceci milite en faveur de l'adoption de cet objectif pour une règle de conflit unique.

2. Adoption de l'objectif de cohérence

422. Annonce. L'objectif de cohérence semble adapté à la régulation d'un système. Or, l'ensemble des règles de responsabilité peut être considéré comme un système. Dès lors, si les concours de responsabilités sont une marque d'incohérence de ce système, une règle de conflit ayant pour objectif le retour à la cohérence est adaptée.

423. La responsabilité civile comme système. Quand bien même le mot système est volontiers utilisé en droit[931], l'étude systémique du droit n'est pas courante[932](certains auteurs doutant même qu'elle soit possible)[933], encore moins celle de la responsabilité[934]. Nous pensons pourtant qu'il est possible de considérer l'ensemble des règles de responsabilité civile comme un système. Cependant, il n'existe pas de consensus absolu sur la définition du terme système[935], dont on a pu dire qu'il était « hautement polysémique et abstrait »[936]. Ce « mot à tout faire pour beaucoup, concept incertain pour les plus conscients »[937] serait même utilisé avec une certaine mauvaise foi par les juristes qui tenteraient de nous faire croire que le droit n'est pas « un ensemble chaotique de données hétérogènes, mais une totalité organique ayant une structure discernable »[938]. Il y aurait donc quelque chose d'artificiel, quelque fiction, à considérer le droit, ou l'une de ses branches, comme un système. Les auteurs livrant ces

931R. J. VERNENGO, *Le droit est-il un système?* APD, 1991, T36, p. 253: « comme il est généralement admis, les juristes conçoivent volontiers le droit qu'ils étudient comme un système, au point que, dans maintes discussions sur le droit, les expressions « ordre juridique », « système juridique », et « droit », peuvent être comprises tout court comme des synonymes ».

932V. C. SAMPER, *Argumentaire pour l'application de la systémique au droit,* APD, 1999, T43, p. 327; J.-L. LE MOIGNE, *Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique?* RRJ, 1985-1, p. 155; J.-L. VULLIERME, *Description systémique du droit,* APD, 1988, T33, p. 155; K. PLEZKA et T. GIZZBERT-STUNDNICKI, *Le système du droit dans la dogmatique juridique,* APD, T31, 1986, p. 107.

933R. J. VERNENGO, *Le droit est-il un système?* APD, 1991, T36, p. 253, qui émet de sérieuses réserves.

934Lorsque c'est le cas, les auteurs retiennent des définitions de leur cru: M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité, les potentialités du droit des assurances,* Defrénois, T. 19, 2006, l'auteur considérant comme faisant partie du système responsabilité la responsabilité civile, la responsabilité pénale, les assurances, la sécurité sociale et plus largement les institutions de solidarité nationale. D'autres auteurs utilisent le terme de système pour désigner le fondement de la responsabilité (système de responsabilité pour faute, système de responsabilité sans faute) ou encore opposer la responsabilité à l'indemnisation: M.-C. LEBRETON, *La responsabilité parentale: l'abandon d'un système de responsabilité classique pour un système d'indemnisation,* RRJ, 2002-3, p. 1270.

935C'est d'ailleurs une des critiques que fait R. J. VERNENGO à l'encontre de la notion, qui ne pourrait être guère utilisée, car trop polysémique pour être un concept fiable.

936C. GRZEGORCZYCK, *Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit,* APD, T31, 1986, p. 281.

937J. COMBACAU, *Le droit international, bric-à-brac ou système?* APD, T31, 1986, p.

938R. J. VERNENGO, *op. cit.*

conclusions pessimistes à l'égard de l'utilisation de la systémique comme outil non seulement de compréhension, mais aussi de traduction, voire de construction du droit, évaluent de manière critique la possibilité de transposer, en droit, les différents concepts de système développés dans d'autres sciences[939].

Or, il faut noter que, dans son sens courant, le mot système est défini comme une construction de l'esprit. Nous ne retiendrons pas le second sens du terme, inspiré de la biologie et qui considère qu'un système est un ensemble structuré d'éléments naturels de même espèce ou de même fonction[940]. La définition retenue vise donc à faire du système une construction de l'esprit permettant, non pas de représenter le réel tel qu'il existe, mais de faciliter son appréhension, et son amélioration. Cette définition est d'ailleurs utilisée par la majorité des auteurs en droit[941] et s'éloigne quelque peu de celles données par d'autres sciences. Nous entendrons par système un ensemble composé d 'une pluralité d'éléments partageant un même but, entretenant des rapports divers, au sein d'un environnement en évolution. La responsabilité civile peut, à ce titre, être considérée comme un système. Les différents régimes de responsabilité forment un ensemble diversifié (responsabilités pour faute, sans faute, du fait d'autrui, du fait des choses, délictuelle, contractuelle), orienté vers un but principal unique (l'indemnisation de la victime), évoluant au sein d'un environnement plus vaste qu'est le droit civil, et même le droit en général. Derrière la diversité peut se trouver l'unité dans les méthodes utilisées pour parvenir à l'indemnisation de la victime, méthodes consistant à imputer à une personne, autre que la victime, les conséquences du dommage subi, sachant que cette personne peut être reliée au siège du dommage. Par ailleurs, les rapports entre ces différents éléments, et entre les éléments du système et leur environnement, sont nombreux. Pour ce qui est des rapports entre les éléments au sein du système de responsabilité, l'on peut prendre l'exemple des liens entre les responsabilités pour faute et les responsabilités sans faute. C'est un constat courant que celui des allers retours entre les régimes basés sur la faute, et les autres. Ainsi, le machinisme a montré les limites des régimes de responsabilités originaux du Code civil, et nécessité la création d'un régime de

939V. notamment l'étude très documentée de C. GRZEGORCZYCK, *op. cit.,* l'auteur se livrant à une critique des trois paradigmes qu'il a identifié, le système-synthèse, le système-calcul et le système -organisme, pour finir par conclure à leur inadéquation au droit.

940Les définitions courantes sont issues du dictionnaire Le grand Robert de la langue française.

941Th. TAURAN, *Que faut-il entendre par système en matière juridique?* RRJ, 2001-3, p. 1569, le système est « un ensemble d'éléments en interaction, présentant chacun un caractère dynamique, organisé en fonction d'un but précis, et cela dans un environnement en évolution ». C. SAMPER, *Argumentaire pour l'application de la systémique au droit,* APD, T43, 1999, p. 327, l'auteur retient trois éléments caractéristiques du système, une pluralité d'éléments, une interaction entre eux, et un point commun entre eux, une unité.

responsabilité générale du fait des choses. Ensuite, les risques sociaux et une certaine idéologie de la réparation ont mené à l'élargissement des cas de responsabilité du fait d'autrui. En dehors de la responsabilité se développaient l'assurance[942] et la solidarité nationale[943], preuve que les éléments du système de responsabilité entretiennent des rapports avec d'autres systèmes[944]. Dans un mouvement de balancier inverse, la faute réapparue[945], la fonction d'indemnisation de la responsabilité civile se voyant concurrencée par la fonction de responsabilisation[946].

La responsabilité peut donc être présentée comme un système, composé d'éléments divers en interaction, entre eux, et avec leur environnement. L'unité du système, ce qui fait que celui-ci dépasse l'ensemble des éléments qui le composent, réside dans les méthodes employées, à savoir l'imputation de la dette de réparation à une personne dont on peut caractériser le lien avec le dommage. Cette démonstration ne suffit cependant pas à rendre compte de la pertinence de l'objectif choisi pour diriger la règle de conflit, à savoir la cohérence. Pour ce faire, encore faut-il démontrer que les concours de responsabilités sont une menace pour le système de responsabilité.

424. Le concours comme facteur d'incohérence du système de responsabilité. Nous avons vu que la cohérence n'est pas une qualité inhérente au système, mais bien un objectif qu'il était possible de poursuivre, en ce qu'il permet au système de mieux fonctionner. Se pose désormais la question de l'incidence des concours de responsabilités sur le bon fonctionnement du système. Si la cohérence est synonyme d'absence de contradiction, alors le concours de responsabilités ne sera un élément perturbateur que s'il révèle ou crée une contradiction au sein du système. Le concours étant la possibilité pour plusieurs règles de responsabilité de régir la situation d'une même victime, pour un même dommage, il ne cause pas *a priori* une atteinte à la cohérence du système de responsabilité. Il révèle seulement ce

942Sur les rapports entre responsabilité et assurance: G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité civile individuelle,* LGDJ, BDPR, T53, 1965; Y. LAMBERT-FAIVRE, *L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation,* RTD civ., 1987, p. 1.

943S. DAVID-CONSTANT, *L'influence de la sécurité sociale sur la responsabilité civile,* Mélanges R. SAVATIER, Dalloz, 1965, p. 235.

944Sur la question des liens entre responsabilité civile et mécanismes d'indemnisation, voir G. VINEY, *Introduction à la responsabilité,* Traité de droit civil, LGDJ, 3e éd., 2008, p. 26 et s., à propos de la période contemporaine.

945F. ARHAB, *Les nouveaux territoires de la faute,* RCA, juin 2003, chron. n°16; Ph. Le Tourneau, *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile,* RTD civ., 1988, p. 505; Y. FLOUR, *Faute et responsabilité civile: déclin ou renaissance,* Droits, 1987, p. 29.

946Sur ce point, voir notamment M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité, les potentialités du droit des assurance,* Defrénois, 2006, n°5.

que certains ont appelé « le caractère dynamique du système »[947]. Il n'y a incohérence que lorsque les différentes règles sont contradictoires. Une telle antinomie entre plusieurs règles est « une situation anormale dans un système où le principe de non contradiction est essentiel et où la cohérence est une exigence fondamentale »[948].

Or, il y a plusieurs conceptions possibles de cette contradiction entre les règles[949]. Elle peut être détectée au stade de la lecture des textes, deux dispositions régissant une même matière et la réglant de manière différente. Par exemple, l'article 1384 alinéa 1er du Code civil dispose que l'on doit réparer les dommages causés par les choses que l'on a sous sa garde, alors que l'article 1386 du même Code dispose que le propriétaire d'un bâtiment ne répare le dommage causé par sa ruine que s'il est prouvé contre lui un défaut d'entretien, ou un vice de construction de la chose. Les deux dispositions régissent le dommage causé par une chose, tout en ne retenant pas les mêmes conditions d'engagement de la responsabilité. La lecture simple des deux textes révèle l'antinomie. La contradiction peut aussi se manifester au stade de l'application des textes, être révélée à l'occasion d'un cas particulier, la configuration de la situation de fait mettant au jour l'existence d'une contradiction insoupçonnable entre des règles dont on n'aurait pas prédit la rencontre. Ainsi par exemple, la responsabilité pour faute de l'article 1382 du Code civil ne rencontre le régime de responsabilité sans faute de l'article 1384 alinéa 1er du Code civil qu'à l'occasion d'un litige où le hasard de la situation de fait conduit à qualifier les actes de l'auteur du dommage de deux manières, à la fois constitutifs d'une faute, et d'un fait d'une chose. Contrairement à l'exemple précédent, la simple lecture des deux textes ne permet pas de déceler l'existence d'une antinomie. Il est donc indispensable de donner au juge les outils pour régler, à l'occasion de chaque litige, ce type de contradiction. Par ailleurs, il faut s'entendre sur la définition de l'antinomie. L'enjeu est considérable, puisque les concours ne menaçant pas la cohérence du système devraient naturellement être laissés en dehors du champ de la règle de conflit qui reposerait sur le critère de cohérence. Aussi, l'antinomie doit-elle être à ce stade définie de manière plus précise. Deux acceptions apparaissent lorsque l'on tente de définir l'antinomie en matière de responsabilité. Soit les règles de responsabilité produisent des résultats antinomiques, en ce sens que, pour une

947F. BUSSY-DUNAUD, *Les concours d'actions en justice entre les mêmes parties, l'étendue de la faculté de choix du plaideur,* LGDJ, BDPR, T201, 1988, n°227; voir aussi TH. TAURAN, *op. cit.,* p. 1539, sur le dynamisme des éléments du système.

948P. FORIERS, *Les antinomies en droit,* in Les antinomies en droit, Études publiées par Chaim. Perelman, Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 20 et s., spé. p. 22.

949A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne,* Thèse dactylographiée, Lyon, 1975, p. 8 et 9, l'auteur distinguant les conflits par opposition, détectables à la lecture seule des normes, et les conflits entre normes non opposées ou conflit de résultat.

situation unique, l'une d'elles va permettre l'indemnisation et l'autre pas[950], ou encore que les deux règles, tout en permettant l'indemnisation de la victime, lui alloueront des dommages-intérêts différents[951] (certains régimes de responsabilité, en effet, s'écartent du principe de réparation intégrale du dommage, en retenant des plafonds, ou en ne réparant que certains dommages[952]). Soit les règles en conflit sont antinomiques en ce qui concerne les conditions d'obtention de l'indemnisation[953].

À ce stade, les deux acceptions semblent également recevables, comme portant atteinte à la cohérence du système de responsabilité. Nous retenons donc provisoirement ces deux définitions, en nous réservant la possibilité, par la suite, de les affiner.

425. Conclusion: cohérence et régulation des concours de responsabilités. Il apparaît, au regard de ces définitions, qu'il ne peut y avoir antinomie sans concours de règles. Toute antinomie, toute contradiction, suppose que plusieurs règles soient également applicables à un même objet. C'est bien la convergence de plusieurs règles vers un même objet qui révèle l'antinomie. Si le concours révèle les antinomies, alors le règlement des antinomies permettra de régler les concours. L'objectif de cohérence semble donc être une base satisfaisante pour établir une règle de conflit.

Reste à voir si l'on dispose d'outils pour résoudre les antinomies, et si ces outils peuvent être utilisés pour résoudre les concours de responsabilités, garantir la cohérence du système de responsabilité, et ainsi faire office de critère à une règle de conflit unique. Autrement dit, l'objectif de cohérence étant élu, il convient désormais de formuler la règle de conflit unique.

950Il en va ainsi du concours entre la responsabilité de droit commun de l'article 1147 du Code civil et la responsabilité particulière des constructeurs des articles 1792 et s. du Code civil, alors même que dans le cas des dommages dits intermédiaires (ne relevant ni de la garantie biennale, ni de la garantie de parfait achèvement, ni de la garantie décennale), l'application de la responsabilité du constructeur conduit à ne pas réparer le dommage, la responsabilité contractuelle de droit commun le permettrait: nous sommes bien face à un contrat entre le maitre d'ouvrage et l'entrepreneur, et l'une des parties se prévaut d'une inexécution contractuelle qui lui cause un dommage. L'une des règles en présence conduirait à refuser l'indemnisation à la victime, alors que l'autre retiendrait au contraire la responsabilité du cocontractant.

951L'on peut retenir à titre d'exemple les cas de concours entre la responsabilité générale du fait des choses et certains régimes spéciaux qui, en plus d'opérer une canalisation de la responsabilité vers un responsable préalablement désigné, limitent souvent l'indemnisation à un forfait, la solidarité nationale donnant, le cas échéant, un complément. Il en est ainsi par exemple de la responsabilité de l'exploitant d'une installation nucléaire (loi du 30 octobre 1968 (*op. cit.*).

952V. supra, n°319 et s.

953Par exemple, la loi Badinter du 5 juillet 1985, qui s'écarte sensiblement de la responsabilité générale du fait des choses, concernant les dommages causés dans un accident de la circulation: causes d'exonération du conducteur limitées, notion d'implication du véhicule, et non de causalité.

§2. Formulation de la règle de conflit unique

426. Critères techniques de la règle de conflit. L'objectif retenu étant la cohérence du système de responsabilité, l'antinomie entre les règles sera le critère de l'utilisation de la règle de conflit (A). Une fois que seront détectés les cas dans lesquels la règle de conflit devra être utilisée, il conviendra d'affiner la règle de conflit, et de déterminer précisément les modalités du retour à la cohérence, par des critères fiables (B).

A. L'antinomie, critère d'utilisation de la règle de conflit

427. Annonce. Dès lors que les contradictions entre les normes portent atteinte à la cohérence du système, l'antinomie entre les règles de responsabilité est nécessairement le critère d'utilisation de la règle de conflit. Il convient donc de distinguer selon que le concours de responsabilités révèle ou non une contradiction entre les normes, car la solution du concours sera différente.

428. Concours non antinomique. Le concours non antinomique est la convergence de plusieurs règles de responsabilité vers un même dommage, causé à une même victime, dont les conditions d'application seraient identiques, et les résultats obtenus par leur application similaires. Dans ce cas, aucune contradiction ne serait révélée par la potentialité d'appliquer plusieurs règles à un même objet. Ce type de concours ne menaçant pas la cohérence du système, son sort doit être marqué par le sceau de la liberté. Le plaideur victime aurait donc, dans ce cas de figure, toute latitude pour choisir la règle qu'il souhaite invoquer. La loi ne donnant pas de manière générale de directive imposant le choix d'une des responsabilités en présence, et la logique ne commandant pas plus d'élire l'une des règles en concours, la libre option peut valablement être accordée au plaideur. *A maxima*, l'on peut tout aussi bien autoriser le cumul des diverses responsabilités lors de l'action en justice. En effet, le plaideur a la possibilité d'avancer plusieurs fondements à l'appui de sa demande, à charge pour le juge de déterminer lequel peut prospérer. Après tout, il y aurait là ce que le doyen Carbonnier a pu appeler « la sainte liberté », celle du demandeur « sur chacune des voies de droit qui lui sont ouvertes distinctement ». L'auteur affirmait en effet que « lorsque le droit positif met deux moyens juridiques à la disposition du même individu, le sens le plus élémentaire de ce double don est le cumul »[954]. Nous ajoutons simplement que cette liberté ne peut se faire que si la cohérence du système n'en est pas menacée. Si le concours de responsabilités révélait une antinomie, la solution ne pourrait être le cumul, ni même l'option libre.

954L'ensemble des citations, J. CARBONNIER, RTD civ., 1961, p. 333.

429. Concours antinomique. Le concours antinomique est celui qui révèle une contradiction entre les règles également applicables à un même objet. Nous avions précédemment évoqué plusieurs types d'antinomies, distinguant celles inhérentes à la règles qui se révèlent à la lecture des textes, de celles qui n'apparaissent qu'à l'occasion d'un litige. Au-delà de cela, l'antinomie peut résider dans le résultat obtenu par les règles d'application concurrente, ou encore dans les modalités d'obtention d'un résultat, similaire ou différent. À ce stade des développements, il s'agit de se demander si ces différents types d'antinomies appellent une réponse unique, ou si l'on doit distinguer. Il n'apparaît pas nécessaire de distinguer entre les antinomies inhérentes à la règle, et celles qui se révèlent lors d'un procès, car finalement, toute antinomie finira par être mise en avant devant un juge, qu'elle ait été détectable avant ou non. Simplement pourrait-on faire remarquer que l'antinomie inhérente à la règle pourrait être évitée en amont du procès civil, par une intervention du législateur[955]. Ensuite, que l'antinomie consiste à obtenir des résultats différents en appliquant les règles en concours, ou simplement, *a minima* pourrait-on dire, obtenir des résultats similaires sur la base de conditions différentes, une contradiction est présente. Si l'on se réfère à la définition retenue de la cohérence, objectif de la règle de conflit, toute contradiction menace la cohérence, et doit être réglée. Rien ne commande donc de distinguer entre les types d'antinomies.

430. Choix nécessaire. La méthode employée pour résoudre une antinomie ne saurait être autre que l'élection d'une des règles en concours. La règle de conflit pour les concours antinomique doit reposer sur un choix. Un dernier doute reste à lever, le choix peut-il être laissé au plaideur, ou doit-il être imposé, par le juge ou même le législateur? Il nous semble tout à fait inopportun de laisser le choix au plaideur. C'est le juge, à l'aide de critères fiables, déduits des règles de droit existantes, ou éventuellement nouvellement édictées par le législateur précisément à cette fin, qui devra veiller à l'application de la règle de responsabilité à même de garantir la cohérence du système.

431. Conclusion. Seuls les concours menaçant la cohérence du système de responsabilité, et révélant les contradictions entre les règles seront réglés par l'élection d'une des règles en conflit, et l'éviction des autres. Dès lors, l'antinomie est le critère de la règle de conflit unique. Soit le concours n'est pas antinomique, et il convient de laisser au plaideur la libre option, voire la possibilité d'un cumul des responsabilités potentiellement applicables. Soit le concours est antinomique, et l'une des responsabilités en conflit seulement peut prospérer, à

955Sur cette méthode, et les réserves y afférentes, v. supra, n°220.

charge pour le juge d'élire cette règle, en prenant garde de faire conserver au système sa cohérence.

Cette règle de conflit appelle une série d'observations. Tout d'abord, les développements précédents peuvent faire douter de l'existence d'une règle de conflit unique, puisque cette dernière apparaît divisée en deux propositions. Cependant, il ne faudrait pas confondre règle de conflit unique et solution unique. Étant donnée la grande diversité des concours, tant dans leur forme, leurs manifestations, ou encore leurs sources, une règle de conflit unique réglant pareillement tous les concours est illusoire, et même certainement inappropriée. Tous les concours ne peuvent recevoir une réponse unique, qu'il s'agisse de la libre concurrence entre les responsabilités, ou au contraire de l'élection systématique d'une des règles en présence. La règle proposée trouve son unité dans la fin qui l'anime, la cohérence du système de responsabilité, ainsi que dans le critère d'utilisation, l'antinomie des règles en présence. Il y a donc règle de conflit unique, reposant sur un critère unique, servant à désigner la réponse donnée au concours.

Ensuite, l'objectif de cohérence est rempli à l'aide de cette règle de conflit. En effet, peu importe qu'il y ait des contradictions entre les règles de droit au sein d'un système, dès lors que ce système est à même de produire et/ou d'utiliser les règles permettant de mettre fin aux contradictions. Or, si en cas de pluralité de règles contradictoires, également applicables, l'on est en mesure de désigner la règle qui s'appliquera, et d'évincer les autres, la contradiction est résolue en pratique. L'objectif de cohérence est rempli, de même que celui de sécurité juridique, dès lors que la solution du concours est prévisible, car repose sur une règle de conflit identifiée et non occulte. Cette première observation en appelle de suite une autre, concernant les outils pour parvenir à la cohérence. S'accorder sur l'élection de celle des règles en concours qui permet la garantie de la cohérence du système n'est pas suffisant, encore faut-il donner au juge les moyens de désigner cette règle. La règle de conflit devra donc être complétée par un arsenal technique permettant au juge, et à terme au plaideur, de déterminer, en cas de concours antinomique, quelle règle doit être préférée.

B. Les modalités du retour à la cohérence, critères de fonctionnement de la règle de conflit

432. Triptyque. Dans un chapitre de son ouvrage, *Essais de théorie du droit*, Norberto Bobbio dresse une liste des critères pour résoudre les antinomies[956]. Ces critères seraient au

956N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit,* LGDJ, Bruylant, 1998, *Des critères pour résoudre les antinomies,* p. 89 et s.

nombre de trois. Il s'agit du critère chronologique, du critère hiérarchique, et enfin du critère de spécialité. Ces trois critères seraient spécialement utilisés pour résoudre les contradictions entre les normes, et viseraient donc un retour à la cohérence du système. Les développements suivants auront pour objet de clarifier le sens de ces trois critères puis d'évaluer leur utilité. Pour chacun, il s'agira donc de répondre à deux questions; que signifie ce critère, et permet-il de conserver la cohérence du système?

1. Le critère chronologique

433. Annonce. Le critère chronologique suppose qu'entre deux règles contradictoires, la préférence soit donnée à la règle la plus récente. Cette définition liminaire doit être approfondie (a), avant que ne soit appréciée la capacité de ce critère à redonner sa cohérence à un système (b).

a. Sens du critère chronologique

434. Objectivité. Le critère chronologique n'exige aucune interprétation de la règle pour être utilisé. Il se fonde sur un simple fait, la date de naissance de la règle. En vertu de ce critère, en cas de contradiction entre deux règles régissant un même objet, la plus récente doit être préférée à la plus ancienne. Bien que l'idéologie sous-tendant ce critère soit discutable, le droit en fait usage. L'étude de cette réception du critère chronologique en droit permet de préciser son sens.

435. Parti pris idéologique. L'on peut y voir la résurgence d'une sorte de « sagesse vulgaire »[957] qui voudrait que celui qui vient après en sait plus que celui qui se tenait avant. L'idée même de progrès suppose qu'avec le passage du temps, l'observation et l'expérience auront enrichi les hommes, qui ne peuvent que s'améliorer; cette progression de l'humain se transcrivant logiquement dans une progression positive du système, et des règles édictées. Sous-jacente, se trouve aussi l'idée selon laquelle le droit ne prend en compte les évolutions sociales qu'avec un certain décalage. La règle la plus récente serait donc la plus proche des réalités sociales, la plus à même de régir l'activité humaine.

Ce parti pris que l'on pourrait qualifier de naïvement positif ne tient nullement compte des objections que l'on peut adresser à l'idée même de progrès. L'on peut pourtant douter de son existence, à l'échelle de l'histoire de l'humanité, au sens d'une évolution positive à mesure que

957N. BOBBIO, *Des critères pour résoudre les antinomies,* in Essai de théorie du droit, Bruylant, LGDJ, 1998, p. 95.

le temps s'écoule. Par ailleurs, le passage du temps mène aussi surement à la maturité qu'à la vieillesse ou à la décadence, et l'on nous enseigne l'importance de la mémoire, le respect du passé et des traditions[958]. La règle la plus récente pourrait alors n'être pas la meilleure.

Malgré la faiblesse de la justification idéologique, le critère chronologique est reçu par le droit.

436. Réception en droit du critère, l'abrogation tacite. La disparition de la loi par abrogation tacite est à l'initiative du juge, contrairement à l'abrogation expresse réalisée par le législateur lui-même. La Cour de cassation, pour procéder à l'abrogation tacite d'une règle, impose le constat d'une contradiction entre deux règles, dont l'application simultanée est impossible[959] car mènerait à des résultats incohérents. Une fois ce constat effectué, le texte nouveau, bien que ne comportant pas de formule expresse d'abrogation, est le seul à rester en vigueur, le texte ancien disparaissant définitivement[960]. Le critère chronologique permet ainsi au juge de choisir entre deux règles incompatibles, laquelle s'appliquera au litige. Ce critère se révèle à même de résoudre les concours, au sein d'une règle de conflit tournée vers la cohérence du système.

437. Réception en droit du critère, la règle du traité postérieur. La convention de Vienne sur le droit des traités[961] prévoit, en son article 30, une règle de conflit pour le cas où plusieurs traités successifs viendraient régir la même matière. Pour le cas où l'un des Traités ne préciserait pas sa subordination à un autre, « le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur »[962]. Tout comme c'est le cas en droit interne, le recours au critère chronologique suppose une incompatibilité des dispositions en concours. Cette règle de conflit est objective en ce qu'elle ne suppose aucunement l'examen du contenu des règles en concours, elle est « introduite de l'extérieur dans le mécanisme de la solution des conflits de conventions »[963].

958N. BOBBIO, *op. cit.,* p. 98; J. FOYER, C. PUGELIER, *L'autorité de l'histoire en droit,* in *L'autorité,* Cahiers des sciences morales et politiques, PUF, 2008, p. 27 et s, pour une position nuancée sur les rapports entre le droit et l'histoire. Le temps qui passe, le passé historique peut aussi bien être un poids lourd à porter, qui freine les évolutions, qu'un facteur de stabilité et d'autorité de la règle.

959Soc., 18 avril 1991, Bull. civ., V, n°213 (abrogation tacite); Com., 24 juin 1980, (deux arrêts), Bull. Civ., IV, n°271 et 272 (absence d'abrogation tacite).

960V. J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Introduction générale, Traité de droit civil,* LGDJ, 4e éd., 1994, n°356; J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil,* Sirey, 14e éd., 2012, n°115.

961Convention de Vienne sur le droit des traités, du 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, p. 331.

962Convention de Vienne sur le droit des traités, article 30, 3.

963B. DUTOIT, F. MAJOROS, *Le lacis des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles,* RCDIP, 1984, p. 565 et s., spé. p. 586.

438. Conclusion. Le critère chronologique repose sur le postulat que la règle la plus récente est meilleure, et son application conduit à faire primer cette dernière, soit que la règle ancienne s'en trouve supprimée de l'ordonnancement juridique, soit que la règle ancienne est simplement écartée dans le cadre du conflit de règles. La définition étant posée, il convient désormais de statuer sur l'efficacité théorique de ce critère dans le cadre de la règle de conflit unique dégagée précédemment.

b. Utilité du critère chronologique

439. Annonce. À ce stade des développements, le critère chronologique a de quoi séduire. Il se révèle efficace à résoudre les concours de normes, son objectivité est un atout, et il permet un retour à la cohérence du système au sein duquel est né le concours.

440. Réalité de la résolution du concours. Lorsque le juge, entre deux règles également applicables à une espèce, retient que seule la plus récente doit être appliquée, et même qu'elle seule doit rester en vigueur, il résout incontestablement un concours. Il va même plus loin, car, en prenant acte de l'abrogation tacite d'une loi par une autre, il évince du système juridique l'une des règles en concours. Le concours, dès lors, n'existe plus, puisque la contradiction a été résolue par la suppression pure et simple d'une des règles applicables. La solution est d'autant plus définitive que la loi ancienne ne pourra revenir à la vie juridique, sauf disposition législative expresse en ce sens[964]. La solution est radicale.

441. Bénéfices de l'objectivité du critère. Nous avions stigmatisé le caractère subjectif du critère de l'équité, ce qui conduit à son rejet[965]. Le critère chronologique ne prête pas le flan à ce type de critique. Bien au contraire, il s'agit d'un critère objectif, qui ne nécessite pas pour le juge d'interpréter les règles en présence. Cette objectivité en fait un critère fiable et facile à utiliser, puisqu'il suffit de comparer les dates de naissance des règles en contradiction pour identifier celle qui s'appliquera.

442. Retour effectif à la cohérence. La méthode radicale de l'abrogation tacite opère évidement un retour à la cohérence, puisque non seulement l'antinomie est résolue pour le litige particulier auquel le juge a dû donner une réponse, mais qu'encore cette antinomie ne saurait prospérer, sa source ayant été supprimée. *A minima*, la simple résolution du conflit, sans abrogation de la règle ancienne, est aussi à même de garantir la cohérence du système

964Soc. 16 mai 1979, Bull. civ., V, n°421: « Les dispositions abrogées ne peuvent, en principe, et à défaut de stipulation législative particulière, redevenir en vigueur du seul fait de la modification ou de l'abrogation ultérieure des textes qui les avaient remplacées ».

965Voir supra, n°413 et s.

juridique. Alors que le législateur peut, en édictant une règle nouvelle, être inattentif à sa compatibilité avec d'autres règles, ce qui menace la cohérence de l'ensemble, le juge trouve dans le critère chronologique le moyen de rétablir la cohérence. La règle ancienne peut survivre, et s'appliquer toutes les fois où elle ne rentrera pas en contradiction avec une autre règle, plus récente.

443. Conclusion. Le critère chronologique présente des atouts indéniables que sont l'objectivité, la simplicité d'utilisation, et l'efficacité à résoudre les concours de normes. Cependant, sa faiblesse réside dans le postulat idéologique qui le soutient, reposant sur l'idée de progrès. Ajoutons que le critère n'est évidemment efficace que lorsque les règles en conflit sont nées à des moments différents. Chaque fois que les règles auront été édictées au même moment, le critère chronologique sera sans utilité. La question se posera, au stade de la mise à l'épreuve pratique de la règle de conflit, de déterminer si les concours de responsabilités se présentent souvent sous cette forme d'un concours entre deux règles n'ayant pas la même date de naissance, et si les résultats obtenus permettent réellement un retour à la cohérence du système.

2. Le critère hiérarchique

444. Plan. La présentation du système juridique comme un ensemble dont les règles sont ordonnées selon un principe hiérarchique est classique. Le passage d'une organisation hiérarchique du système à la résolution des conflits de normes par un critère hiérarchique devra être expliqué (a), puis sera évaluée la capacité de ce critère à résoudre les conflits (b).

a. Du système hiérarchique au critère hiérarchique

445. Origine kelsenienne du système hiérarchique. La doctrine de Kelsen s'est attachée à traduire la réalité du droit en la décrivant comme un système au sein duquel les différentes normes sont hiérarchisées. Dans son ouvrage, *Théorie pure du droit*[966], l'auteur développe cette pensée. L'unité du système est garantie par la soumission de toutes les normes à la norme fondamentale, la Grundnorm. Cette norme fondamentale fonde la validité des normes inférieures qui lui sont inféodées soit parce que leur fond se laisse subsumer sous le fond de la

966H. KELSEN, *Théorie pure du droit,* Bruylant, LGDJ, 1999, traduction par Ch. EISENMANN.

norme fondamentale (système de type statique), soit parce que la norme inférieure est édictée par une autorité qui trouve sa compétence dans la norme supérieure (système de type dynamique)[967]. Selon l'auteur, les systèmes juridiques « ont pour l'essentiel un caractère dynamique»[968]. L'image de la pyramide est utilisée par Kelsen pour décrire le système juridique, la Constitution, norme la plus élevée, occupant son sommet.

446. Existence d'un principe hiérarchique en droit français. La théorie kelsenienne ne laissa pas indifférent, et compte des disciples[969] comme des détracteurs[970]. Cependant, loin des « débats assourdissants »[971], les manuels d'introduction au droit se plaisent à reprendre l'image de la pyramide, et la structure hiérarchique du droit, constatant son enracinement solide dans la doctrine contemporaine[972]. Les vertus pédagogiques de la théorie fondent aussi en partie son attrait[973]. Le Conseil Constitutionnel a par ailleurs souligné, à plusieurs reprises, l'existence « d'exigences propres à la hiérarchie des normes juridiques dans l'ordre interne »[974]. Le Conseil d'État a, depuis lors, repris la formule, dans un arrêt du 24 février 1999[975]. La loi, pour sa part, en rappelle parfois l'existence[976]. La hiérarchie des normes semble donc être bien intégrée en droit français, tant par la doctrine que par les juges et le législateur.

967H. KELSEN, *op. cit.,* p. 195 et 196.

968H. KELSEN, *op. cit.,* p. 197.

969Le plus fameux est sans doute M. TROPER, dont on souligne la filiation d'idée avec le maitre autrichien, tout en remarquant le dépassement de la doctrine kelsenienne par l'auteur français. V.not. Droits, n°37, 2003, Michel Troper, spé. Ch. LEBEN, *Troper et Kelsen,* p. 13 et s; et la réponse de M. TROPER à la critique de P. AMSELEK, *La pyramide est toujours debout,* RDP, 1978, p. 113.

970P. AMSELEK, Réflexions *critiques autour de la conception Kelsénienne de l'ordre juridique,* RDP, 1978, p. 1; *Une fausse idée claire: la hiérarchie des normes juridiques,* RRJ, 2007-2, p. 557. Pour d'autres théories de l'organisation du droit, voir notamment: P. MORVAN, *Le principe de droit privé, Éditions* Panthéon Assas, 1999, où l'auteur expose la théorie des trois plans; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit,* FUSL, BRUXELLES, 2002; M. DELMAS, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994.

971L'expression est de CORNU, *Introduction au droit,* Domat droit privé, Montchrestien, 13e éd., 2007, p. 181.

972G. CORNU, *op. cit.,* p. 181, « la hiérarchie formelle des normes structure tout le système juridique »; Fr. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Précis Dalloz, 9è éd., 2012, n°244, « l'expression a été acclimatée par la doctrine, surtout depuis une dizaine d'années, voire davantage »; Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit,* Manuel, LexisNexis, 14è éd., 2013, n°61, « les textes sont classés suivant un principe hiérarchique ».

973 N. MOLFESSIS, *La hiérarchie des normes ressuscitée par le Conseil d'État,* RTD civ. 1999, p. 231: « Pour sa simplicité aussi bien que pour ses vertus didactiques, la représentation hiérarchisée et quasi-mécaniste d'un ensemble de sources agencées les unes par rapport aux autres se présente toujours en modèle ».

974Cons. Cons. 309, DC. du 9 juin 1992, RJC, I.502; 314, DC. du 17 décembre 1992, RJC, I.511; 315, DC. du 12 janvier 1993, RJC, I. 514; 333, DC. du 10 mars 1994, RJC, I.585; 368, DC. du 15 décembre 1995, RJC, I. 643; 381 et 382, DC. du 14 octobre 1996, RJC, I.683 et 684.

975CE, 24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique,* Rec. Lebon, 1999, p. 30.

976V. par exemple L. n°2000-321, du 12 avril 2000, art. 3, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations; L. n°2003-591, du 2 juillet 2003, art 32 et 33, habilitant le Gouvernement à simplifier le droit.

Des critiques faites à l'encontre de Kelsen, nous en reprendrons deux. La première concerne la Grundnorm, à même de fonder la validité de toutes les autres normes. Cette source du droit trouvée dans une norme « logique-transcendentale »[977]est particulièrement troublante. Certains retiennent d'ailleurs à son encontre des mots particulièrement durs, Paul Amselek la tenant par exemple pour « la coquecigrue la plus fameuse de toute la littérature philosophico-juridique »[978]. Il est vrai que l'on perçoit mal quelle est cette norme supérieure, d'autant plus qu'elle se conjugue difficilement avec la méthode positiviste de l'auteur autrichien, mâtinant ainsi sa pensée de théorie métaphysique[979]. Si l'on passe sur la réalité douteuse de l'existence d'une telle norme fondamentale, une seconde critique survient, celle qui consiste à dire que la théorie kelsennienne ne rend pas compte du réel[980], car certaines normes ne trouvent guère leur place dans la pyramide. Il est en effet difficile de trouver une place pour la jurisprudence ou la coutume dans cet ordonnancement, ainsi que pour certaines règles issues du droit de l'Union Européenne, comme la directive par exemple[981]. Par ailleurs, la pluralité d'ordres juridiques rend difficile la coexistence entre différentes hiérarchies, en témoigne la place des traités, soumis à la Constitution selon les juges internes[982], et supérieurs aux Constitutions nationales selon les juges de l'Union Européenne. Cette jurisprudence révèlerait « la relativité, sinon l'inanité de l'agencement pyramidal des normes »[983].

La hiérarchie des normes ne traduit pas la réalité d'un système qui serait pleinement organisé selon un principe hiérarchique. Cependant, l'on peut affirmer l'existence d'un principe hiérarchique qui innerve le droit français. Le concepteur de la règle percevrait ce critère d'ordonnancement du système comme une exigence à respecter, de même que l'interprète[984].

977H. KELSEN, *op. cit.,* p. 201.

978P. AMSELEK, *Une fausse idée claire: la hiérarchie des normes juridiques,* RRJ, 2007-2, p. 557.

979P. AMSELEK, *op. cit.,* p. 562.

980Certainement le plus pessimiste, M. MONIN affirme que *La hiérarchie des normes n'existe pas,* D., 1999, dernière actualité, p. 1.

981P. PUIG, *Hiérarchie des normes: du système au principe,* RTD civ., 2001, p. 749; F. GRANET, *Perturbations dans la hiérarchie des normes juridiques, in Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Études* offertes à Pierre Catala, Litec, 2001, p. 41.

982V. l'arrêt *Sarran*, CE, ass., 30 octobre 1998, AJDA, 1998, 1039 pour le juge administratif, et l'arrêt *Fraisse*, Ass. Plén., 2 juin 2000, JCP, 2000, II, 10453, pour le juge judiciaire.

983N. MOLFESSIS, *La hiérarchie des normes ressuscitée par le Conseil d'État,* RTD civ., 1999, p. 232 et s., spé. p. 235.

984V. Cornu, *op. cit.,* p. 141; D. DE BECHILLON, *Réflexions critiques*, RRJ, 1994-1, p. 247, article qui reprend la thèse de doctorat de l'auteur, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État,* Pau, 1993. L'auteur, critiquant la théorie réaliste de l'interprétation, soutenue principalement par M. Troper, évoque l'absence de liberté de l'interprète, qui subit des contraintes tant endogènes qu'exogènes. Le juge, ainsi, serait assujetti à des règles d'interprétation qui le conduisent presque toujours à traduire un conflit de normes en termes hiérarchique (p. 257), de même que toute autorité normative s'inscrit au sein d'un système institutionnel fortement hiérarchisée, ce qui conduit les normateurs à respecter, naturellement, les normes édictées par le niveau supérieur (p. 258).

La hiérarchie des normes, entendue comme « un simple mode, parmi d'autres, de résolution des conflits »[985], reflète plus surement la réalité que le système hiérarchique.

447. Sens du critère hiérarchique. Compte tenu des développements précédents, le critère hiérarchique serait un outil au service d'une règle de conflit tournée vers l'objectif de cohérence du système de responsabilité, conduisant le juge, confronté à un conflit de normes, à faire primer la norme la plus élevée sur la norme inférieure contradictoire. Observons que la soumission à la norme supérieure n'est pas entendue au sens d'une validité formelle. Ce n'est pas au juge judiciaire, concerné en premier lieu par notre étude, de statuer sur le respect des modalités de création de la règle. C'est en cela, notamment, que nous nous éloignons de la doctrine de Kelsen, qui raisonne principalement en terme de validité de la règle par rapport à l'autorité qui l'a édictée[986]. Il s'agira ici d'une conformité matérielle de la norme inférieure à la norme supérieure, qui impose au juge l'examen du contenu des règles en conflit[987].

Le sens du critère précisé, reste à évaluer sa compétence à résoudre les conflits de normes.

b. Utilité du critère hiérarchique

448. Efficacité du critère. Le critère hiérarchique permet, dans l'absolu, la résolution d'un conflit de normes, en ce qu'il permet au juge de choisir, parmi les règles en conflit, celle qui est la plus élevée dans le système. Il suppose cependant que le concours oppose deux règles, ou plus, qui n'occupent pas le même rang. Chaque fois que les règles en concours seront de rang égal, le critère hiérarchique ne sera à l'évidence d'aucun secours. L'efficacité est donc réelle, mais limitée. De plus, l'utilisation de ce critère suppose que le juge se livre à un travail d'interprétation.

449. Subjectivité du critère. Ce critère suppose du juge un travail considérable. Il doit analyser le système juridique dans lequel s'insèrent les règles en conflit afin d'établir une hiérarchie entre elles. L'interprétation servira au juge, ensuite, à replacer les règles en conflits au niveau qui est le leur dans le système, afin de déterminer, *in fine*, laquelle est la norme supérieure qui doit prévaloir. Or, l'opération d'analyse suppose de s'entendre sur le postulat

985P. PUIG, *op. cit.,* n°31.

986V. à ce propos la critique de M. VIRALLY, et sa proposition de rechercher le principe d'une hiérarchie de normes dans la force juridique qu'elles représentent, *La pensée juridique,* Les introuvables, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2010, p. 173 et s.

987Notons que le juge judiciaire a désormais les moyens de confier au juge constitutionnel, par le biais de la question prioritaire de constitutionnalité, l'examen de la conformité d'une norme aux dispositions du bloc de constitutionnalité. Cette procédure seule peut permettre de déclarer invalide la norme inférieure contradictoire. En dehors de cela, le juge peut seulement écarter la norme inférieure qui contredirait quelques dispositions supérieures, notamment constitutionnelles.

servant à la détermination de l'ordre hiérarchique du système. En effet, nous avons évoqué précédemment les différentes manières de concevoir la hiérarchie, statique ou dynamique. Si l'on veut simplifier, le système dynamique fonde la hiérarchie sur l'autorité de l'organe producteur de la norme, alors que le système statique fonde cette hiérarchie sur le contenu de la norme. Nous avons déjà eu l'occasion de nous rallier à ceux qui doutent de la pertinence du raisonnement kélsenien fondé sur l'autorité, et marqué notre préférence pour une conception matérielle de la hiérarchie des normes. Cependant, cela impose au juge de dégager cette hiérarchie entre les normes, selon leur contenu, donc de déterminer quelles règles sont supérieures. Pascal Puig, qui a pu défendre l'existence d'un principe hiérarchique avance que « son autorité, en effet, ne tient pas à la nécessité de préserver la cohérence d'un système juridique, mais repose uniquement sur la volonté de garantir le respect de certaines règles jugées essentielles pour la société. C'est pourquoi l'application de ce principe peut demeurer contingent et céder, le cas échéant, devant des préoccupations supérieures »[988]. L'auteur admet qu'une telle conception du principe hiérarchique est créateur d'insécurité juridique, mais moins que ne l'est la multiplication des normes actuellement[989]. En quelque sorte, l'auteur estime qu'entre deux maux, il faut choisir le moindre. Qu'il nous soit permis de ne pas être aussi indulgent envers le critère hiérarchique ainsi conçu. L'ambition de la règle de conflit unique est de donner à la fois la sécurité juridique, par sa simplicité, et sa prévisibilité, et de garantir la cohérence du système. Or, la cohérence risque d'être difficile à atteindre si le juge doit lui-même déterminer l'ordonnancement matériel des normes composant le système.

L'on peut nuancer quelque peu la critique, en avançant que le droit français connait déjà une ébauche de hiérarchie matérielle des normes. Par exemple, les droits fondamentaux sont présentés comme supérieurs aux autres. De même, les règles à valeur constitutionnelle sont supérieures à double titre, à la fois car la Constitution est considérée comme le sommet du système juridique, et parce qu'elle garantit des droits et des valeurs supérieurs. La hiérarchie matérielle peut donc coïncider avec la hiérarchie fondée sur l'autorité de l'organe qui édicte la norme.

450. Conclusion. Si le critère hiérarchique est de prime abord aussi séduisant que la hiérarchie des normes de Kelsen, les critiques à son encontre sont toutes aussi virulentes que celles formulées contre la pyramide du penseur autrichien. Le critère hiérarchique présente

988P. PUIG, *Hiérarchie des normes: du système au principe,* RTD civ., 2001, p. 749, n°34.
989P. PUIG, *op. cit.,* n°44.

une véritable dichotomie. Il semble très implanté dans les esprits, aussi bien du juge, du législateur, qu'en doctrine, mais il est aussi fort critiqué, ce qui présage une difficulté d'utilisation. Norberto Bobbio traduit cette ambivalence en quelques mots, que nous reproduisons ici: « Naturellement, si nous ne fondions pas notre système sur le principe du respect de la hiérarchie, nous mettrions en danger l'un des buts du droit: l'institution de la conservation de l'ordre. Mais quel ordre? L'ordre du supérieur est-il aussi l'unique ordre possible? »[990]. Pour conclure, il n'est pas possible d'ignorer ce critère pour résoudre les conflits de normes, qui semble bien intégré en droit français. Cependant, il faudra conserver à l'esprit les critiques à son encontre lorsque nous mettrons à l'épreuve la règle de conflit dégagée en l'utilisant pour résoudre les concours de responsabilités.

Avant de procéder à cette mise en pratique de la règle de conflit, un dernier critère reste à examiner, le critère de spécialité.

3. Le critère de spécialité

451. Plan. Le critère de spécialité est basé sur l'adage *specialia generalibus derogant*. Son sens doit être précisé (a), et son utilité évaluée (b).

a. Sens du critère

452. Adage. L'adage selon lequel la règle spéciale déroge à la règle générale n'est pas en soit une règle de conflit de normes. Cet adage pose simplement un fait, la règle spéciale est celle qui déroge à la règle générale. Les deux règles doivent entretenir un rapport d'espèce à genre, au sens où le champ d'application de l'une (la règle spéciale) est inclus dans le champ d'application de l'autre (la règle générale). L'adage ne fait qu'exprimer l'originalité de la règle spéciale[991].

453. Critère de spécialité. Le critère de spécialité permet la résolution d'un conflit de normes. Inspirée de l'adage *specialia*, il suppose qu'en cas de conflit entre deux normes, la norme spéciale prime sur la norme générale. Cette règle de conflit repose sur un argument de justice. La règle spéciale s'applique à un ensemble d'objets plus restreint que la règle générale; elle est de plus dérogatoire par rapport à la règle générale. La règle spéciale serait plus juste

990N. BOBBIO, *Des critères pour résoudre les antinomies, in Essais de théorie du droit,* LGDJ, Bryulant, 1998, p. 89 et s., spé., p. 99.

991H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français,* 4è éd., 1999, n°418, *specialia generalibus derogant,* « La formule a une signification très précise en ce qu'elle exprime, en contraste avec les lois générales, l'originalité de régime des lois spéciales. »

car, en introduisant une règle dérogatoire, elle créée des catégories et s'adapte aux réalités sociales[992]. Elle représente un cheminement du droit, qui va de l'abstrait au concret, et conduit à traiter différemment certaines catégories de personnes. En cela, elle est présentée comme une règle de l'équité. L'éviction de la règle générale est donc justifiée par l'idée de justice distributive. Par ailleurs, faire primer la règle spéciale permettrait de faire respecter la volonté du législateur, qui a été sensible à la situation d'une catégorie de personnes, et a souhaité leur réserver un traitement spécial. La règle spéciale est donc légitime à évincer la règle générale.
Le sens du critère étant éclairci, reste à savoir si l'utilisation de ce critère permet de remplir l'objectif choisi de la règle de conflit, à savoir la garantie de la cohérence du système.

b. Utilité du critère

454. Maintien d'un ordre. Le critère de spécialité permet de maintenir un certain ordre au sein du système, en permettant l'application harmonieuse des normes, de la plus générale à la plus spéciale. Si plusieurs règles s'appliquent à un même objet, le choix doit aller vers celle qui a le domaine d'application le plus réduit. Par ailleurs, cette technique de règlement des conflits de normes permet de conserver à chacune son utilité, en leur assignant un champ d'application déterminé. En effet, la règle spéciale va évincer la règle générale, à l'intérieur du champ d'application qui est le sien. La règle générale, dont le champ d'application est par définition plus vaste, a vocation à s'appliquer aux situations non régies par la règle spéciale. Le risque pourrait être celui d'une perte d'utilité de la règle générale, qui subirait à outrance la concurrence des règles spéciales. Ce risque est cependant compensé par le critère d'utilisation de la règle de conflit, l'antinomie. La règle spéciale ne primera la règle générale que dans les cas où les deux règles seront contradictoires. Ainsi, la règle générale ne sera pas systématiquement évincée, et ne risquera pas de tomber en désuétude[993].
Le fondement du critère de spécialité, à savoir l'équité, pourrait être un obstacle à son utilisation dans le cadre d'une règle de conflit orientée vers l'objectif de cohérence du système. Pourtant, si l'équité n'est pas un objectif satisfaisant pour une règle de conflit[994], qu'elle justifie un seul des critères de résolution des conflits de normes n'est pas condamnable. L'utilisation du critère de l'antinomie, comme préalable à l'utilisation de la règle de conflit,

992N. BOBBIO, *Des critères pour résoudre les antinomies, op. cit.,* p. 97.
993C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* LGDJ, BDPR, T.509, 2007, n°382., l'auteur appelle conception stricte cette vision de la spécialité.
994V. supra pour une critique de l'utilisation de l'équité comme objectif de la règle de conflit, n°413 et s.

permet de tempérer le jeu de l'équité. Les critiques formulées à l'encontre de l'objectif d'équité ne peuvent donc être transposées à l'encontre du critère de spécialité.

Cependant, même si ce critère semble à même de garantir un certain ordre du système, quelques difficultés d'utilisation sont à suspecter.

455. Difficultés d'utilisation. Tout comme le critère hiérarchique, mais plus encore que lui, le critère de spécialité suppose l'interprétation des règles en présence par le juge[995]. Non seulement le juge devra, pour utiliser la règle de conflit, déterminer l'existence d'une antinomie, mais ensuite, devra statuer sur le point de savoir si les règles en présence entretiennent un rapport d'espèce à genre. Cette question suppose de comparer précisément les champs d'application des deux règles en concours, afin de découvrir si le champ d'application de l'une est inclu dans le champ d'application de l'autre. Cette opération peut s'avérer complexe, ce qui fait de ce critère certainement le plus délicat à utiliser. Cela ne suffit cependant pas à en condamner l'usage, et les avantages de ce critère sont tels qu'il mérite d'être mis à l'épreuve en pratique.

456. Conclusion de section. À la notion contingente et subjective d'équité, fut préférée celle de cohérence, pour fonder la règle de conflit unique. Cet objectif a commandé le recours à la notion d'antinomie comme critère principal d'utilisation de la règle de conflit. Ont ensuite été dégagés des critères de résolution des conflits de normes. La règle de conflit unique peut donc être ainsi formulée:

Lorsque le concours de responsabilités ne révèle aucune antinomie entre les règles en conflit, ce dernier doit être régulé par la libre option laissée au plaideur. Si le plaideur n'exerce pas de choix, et préfère invoquer tous les fondements possibles au soutien de sa demande, c'est au juge qu'il reviendra d'appliquer l'une ou l'autre des règles en présence, sachant que le choix importe peu en ce cas, puisque, en l'absence d'antinomie, l'application de chaque règle en conflit produit le même résultat.

Lorsque le concours de responsabilités révèle une ou plusieurs antinomies entre les règles en conflit, ce dernier doit être régulé par l'élection d'une seule des règles en présence. Trois critères sont retenus pour désigner la règle finalement applicable au litige: le critère chronologique, le critère hiérarchique et le critère de spécialité.

995V. not. C. GOLDIE-GENICON, thèse *op. cit.*, n°349 et s. sur la valeur juridique de l'adage *specialia*, simple maxime d'interprétation en droit positif.

La démonstration théorique avait soulevé quelques questions, laissé place à quelques doutes quant à la mise en œuvre pratique d'une telle règle de conflit. Il convient désormais de s'attacher à la mise à l'épreuve de la règle de conflit unique, afin de découvrir si les doutes étaient fondés, et si les difficultés pressenties sont surmontables.

Section 2 L'échec pratique de l'utilisation de la règle de conflit unique

457. Mise à l'épreuve. Afin de mettre à l'épreuve la règle de conflit unique, il convient de distinguer les deux étapes de son utilisation, à savoir l'utilisation du critère de l'antinomie, puis des critères de résolution des concours à proprement parler. Nous évaluerons ce faisant non seulement la praticabilité de la méthode élaborée, mais aussi le degré de satisfaction des résultats obtenus. La mise en œuvre du critère de l'antinomie (§1) précédera celle des différents critères de résolution des concours antinomiques (§2). Malheureusement, nous pouvons dés lors annoncer l'échec pratique de la règle de conflit unique.

§1. Mise en œuvre délicate du critère de l'antinomie

458. Identification décevante des antinomies. La résolution du concours de responsabilités par l'utilisation des critères de sélection d'une règle de droit parmi celles en concurrence repose sur l'existence d'une antinomie entre les règles. La règle de conflit proposée laisse au plaideur, voire au juge, le libre choix de la règle applicable pour le cas où aucune antinomie n'est relevée. L'antinomie est donc la notion centrale de la règle de conflit unique proposée. Dans le cadre de la mise à l'épreuve pratique de la règle de conflit unique, il s'agissait de tenter d'identifier les antinomies en droit de la responsabilité, afin de déterminer si ce critère est praticable. Cette démarche révèle l'existence de différents types d'antinomies (A). Cependant, certains concours de responsabilités sont rétifs à cette démarche, révélant les limites du critère de l'antinomie (B).

A. Typologie des antinomies en droit de la responsabilité

459. Résultat et condition. L'antinomie peut porter sur les conditions d'obtention de la réparation par la victime du dommage, ou bien sur le résultat même de cette réparation. Ces deux types d'antinomies, que nous nommerons antinomies de condition et antinomies de résultat sont des formes simples. Il est possible de rencontrer des formes complexes d'antinomies, qui combinent une antinomie de condition et une antinomie de résultat.

1. Les antinomies de résultat

460. Rareté des antinomies de résultat. Les antinomies de résultat sont les plus rares en raison du principe de réparation intégrale du dommage. Dès lors, l'application de n'importe quelle règle de responsabilité devrait produire un résultat identique, la victime devant obtenir une réparation intégrale de son dommage. Cependant, certains régimes de responsabilité s'écartent de ce principe, et se proposent soit de ne réparer que certains dommages, soit de limiter le montant des dommage-et- intérêts alloués à la victime. Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer ces divergences de prise en charge du dommage, aussi ne reviendrons-nous pas en détail sur ce point[996].

461. Nécessité de résoudre ces antinomies. Ces antinomies de résultat sont facilement identifiables, car rares sont les régimes de responsabilité qui s'écartent du principe général de réparation intégrale du dommage. Par ailleurs, l'utilisation de la règle de conflit dans le but d'élire une règle applicable prend tout son sens, l'enjeu étant considérable, puisque selon la règle appliquée, la réparation allouée à la victime sera différente.

2. Antinomies de condition

462. Antinomies de condition. Les antinomies de condition sont plus nombreuses que les antinomies de résultat. Par condition, nous entendons les conditions de l'indemnisation de la victime. Pour prendre un exemple, la victime désirant obtenir la responsabilité de l'auteur du dommage sur le fondement de l'article 1382 du Code civil devra démontrer l'existence de son dommage, d'une faute commise par la personne qu'elle assigne en justice, en lien causal avec son dommage. Les conditions de cette responsabilité sont donc, le dommage, la faute, et le lien causal entre ces deux éléments. Chaque régime de responsabilité, ou presque, possède ses propres conditions.

463. Nécessité d'une résolution. L'antinomie de condition doit impérativement être résolue par la désignation d'une des règles en présence, pour des raisons de sécurité juridique et de cohérence du système. S'il n'est pas souhaitable que deux victimes placées dans des situations identiques reçoivent des indemnisations différentes car la règle appliquée n'aura pas été la même, il ne l'est pas plus que deux victimes reçoivent des indemnisation identiques, mais sur

996V. supra, n°319. L'on peut citer, à titre d'exemple, la responsabilité contractuelle qui limite les préjudices réparables aux seuls préjudices prévisibles, en vertu de l'article 1150 du Code civil, alors que la responsabilité civile délictuelle ne retient pas, en principe, une telle règle. Par ailleurs, la responsabilité d'une installation nucléaire est plafonnée par le loi du 30 octobre 1968, alors que la responsabilité du fait des choses, basées sur l'article 1384 al. 1 du Code civil, ne l'est pas.

la base de conditions différentes, alors que les situations de fait ayant mené au dommage sont identiques.

464. Conclusion. Le critère de l'antinomie semble adapté aux concours de responsabilités. En effet, les concours de responsabilités présentent des formes antinomiques, qu'elles soient de résultat ou de condition, ou même qu'elles combinent les deux formes. Les quelques exemples utilisés prouvent non seulement l'existence de ces antinomies, mais aussi la facilité d'utilisation du critère. Ils mettent par ailleurs en exergue l'enjeu de la résolution de tels concours. Cependant, une analyse approfondie révèle les limites du critère de l'antinomie.

B. Les limites de l'antinomie

465. **Annonce.** Le critère de l'antinomie, s'il est facilement utilisable concernant les concours intellectuels, se révèle particulièrement inadapté au cas des concours matériels.

466. Antinomie et concours intellectuels. Le concours intellectuel met en concurrence plusieurs règles pouvant donner une réponse au litige opposant une seule victime et un seul responsable. Dans ces conditions, si une antinomie existe entre les règles potentiellement applicables, la persistance de cette situation nuit à la cohérence du droit, ainsi qu'à la sécurité juridique. En effet, selon la règle appliquée, une même personne pourrait se voir déclarer responsable ou non, condamnée à payer tel montant ou tel autre, selon telles ou telles conditions. La cohérence du système exige qu'à situation identique, une personne soit identiquement traitée, et que le plaideur n'ai pas le sentiment que se joue là quelque partie où le hasard se mêle aux règles du jeu qu'il connaît. Le critère de l'antinomie pour utiliser la règle de conflit est donc, pour ce qui concerne le concours intellectuel, tout à fait approprié.

467. Antinomie et concours matériels. En cas de concours matériel, il n'y a non plus un seul responsable potentiel, mais plusieurs, dont la responsabilité peut d'ailleurs être engagée sur un fondement identique ou sur des fondements différents. Dans ces cas, le critère de l'antinomie n'est plus pertinent. Prenons un exemple. Supposons un dommage causé par plusieurs personnes fautives. Les règles en concours sont identiques, il n'y a donc pas d'antinomie, le plaideur, selon la règle de conflit unique proposée, peut alors choisir l'action qu'il intentera. Dans ce cas de figure, cela revient à laisser au plaideur le choix de la personne contre laquelle il va agir. Supposons maintenant que le dommage soit causé par une personne fautive, et par une personne responsable du fait d'une chose qu'elle a sous sa garde. Les deux règles en concours sont antinomiques, car elles reposent sur des conditions différentes. La règle de conflit proposée conduirait à imposer l'utilisation d'un des critères de résolution des concours,

afin d'élire une seule règle applicable. Or, cela revient à évincer un des responsables. L'on aboutirait à un résultat particulièrement difficile à justifier où la pluralité de responsables n'autorise une pluralité d'actions à la victime que si les différents auteurs tombent sous le coup de la même règle de droit, ou tout du moins sous le coup de règles de droit non antinomiques.
La règle de conflit confrontée aux concours matériels de responsabilités ne donne pas de résultat satisfaisants. La raison à ceci est que la règle de conflit se propose de mettre fin à une incohérence du système, en quelque sorte révélée par le concours de responsabilités. Or, le concours matériel de responsabilités n'est pas, en lui-même, une menace pour la cohérence du système. Il est simplement la traduction juridique d'un état de fait particulier, qui veut que plusieurs personnes ont concurru à la réalisation du dommage. Peu importe *a priori* que les différentes règles, de ce fait en concours, soient ou non antinomiques.
Le critère de l'antinomie montre donc sa limite, il n'est pas utilisable pour ce qui concerne les concours matériels de responsabilités.

468. Conclusion. Efficace pour ce qui concerne les concours intellectuels, le critère de l'antinomie ne l'est pas pour les concours matériels. Lorsqu'il peut être valablement utilisé, il est en revanche facile à manier, et permet de révéler plusieurs types d'antinomies en droit de la responsabilité. Cependant, le fait qu'il ne soit pas adapté aux concours matériels est de nature à remettre sérieusement en cause la règle de conflit unique basée sur l'objectif de cohérence du droit. Est-ce à dire que tous les concours matériels doivent être considérés comme des concours non antinomiques, donc devant se régler par un libre choix laissé au plaideur ou au juge? Il ne serait pas rigoureux de conclure ainsi. Que le critère de l'antinomie, choisi pour garantir la cohérence du système, ne soit pas adapté à ces types de concours, ne signifie pas forcément que la libre option soit la solution à retenir pour régler tous ces concours.
Si ce n'était que cela, nous pourrions simplement conserver la règle de conflit unique pour les concours intellectuels, et affiner le traitement des concours matériels. Or, il se trouve que la seconde étape de la règle de conflit, qui est l'utilisation de critères permettant de choisir parmi les règles en conflit laquelle sera appliquée, porte son lot de difficultés, achevant de constater l'échec pratique de la règle de conflit unique.

§2. Difficultés de mise en œuvre des différents critères de résolution des concours antinomiques

469. Plan. La mise en œuvre des critères de résolution des concours antinomiques présente deux difficultés. La première tient à l'existence de concours entre les différents critères (A). La seconde, certainement rédhibitoire, tient à l'inadaptation de ces critères aux concours de responsabilités (B).

A. Les concours de critères

470. Complexité du droit. Qu'une présentation simple ne trompe pas, il est rare que deux règles en conflit soient passibles de l'application d'un seul des trois critères énumérés précédemment. Apparaît alors une mise en abyme perturbante, puisqu'il faut résoudre un concours (entre les critères de résolution des concours de responsabilités) pour résoudre le concours (de responsabilités). Cette situation pourrait bien constituer un obstacle insurmontable à l'utilisation de la règle de conflit si l'on ne dispose pas d'une méthode fiable pour résoudre ces concours. Une rapide présentation des concours de critères (1) précédera la recherche d'une méthode d'articulation de ces critères lorsqu'ils sont concurrents (2).

1. Présentation des concours de critères

471. Annonce. Il arrive que plusieurs critères résolvent un concours de responsabilités de la même manière, *ie*, en désignant la même règle applicable. Il n'y a, dans ce cas, pas d'antinomie. Cependant, l'inverse se produit aussi. Lorsque les critères permettant de réguler le concours produisent des solutions différentes, l'antinomie doit être réglée, faute de ne pouvoir utiliser la règle de conflit.

472. Concours de critères non antinomiques. Ces concours se rencontrent lorsque les normes en conflit sont susceptibles de relever de plusieurs critères, et que ces derniers s'accordent sur la règle applicable. Ainsi, un concours entre le critère de spécialité et le critère chronologique ne sera pas antinomique dès lors que la règle générale est la règle ancienne, et la règle spéciale la règle la plus récente. Les deux critères désignent la même règle, à la fois spéciale et plus récente. De même, un concours entre le critère de spécialité et le critère hiérarchique peut être indifférent si la règle spéciale est la règle hiérarchiquement supérieure, tandis que la règle générale est inférieure.

Pour ces concours sans antinomie, peu importe quel critère est utilisé, puisque le résultat obtenu est le même. Ces concours ne posent donc pas, en pratique, de problème, à la différence des concours antinomiques.

473. Concours de critères antinomiques. Plusieurs critères peuvent être applicables à un concours de normes, et ne pas désigner la même règle. Ainsi, la règle générale peut être la règle la plus récente, alors que la règle spéciale lui est antérieure, ou encore la règle supérieure être générale, alors que la règle inférieure est spéciale. Ces hypothèses ne sont pas des cas d'école, et l'on peut trouver en droit positif des exemples de ce type de concours. Ainsi, le droit européen est hiérarchiquement supérieur au droit national, et peut poser des règles générales par rapport au droit français. Une règle supérieure et générale rencontre alors une règles inférieure et spéciale[997]. D'autre part, concernant la responsabilité du fait des choses, la règle la plus récente est la règle générale[998], qui est apparue postérieurement aux différents régimes spéciaux envisagés par le Code civil en 1804. S'opposent une règle générale récente, et des règles spéciales anciennes.

Pour le cas où les critères sont en concours, et ne désignent pas la même règle applicable, il est impératif de déterminer une méthode d'articulation[999], sauf à abandonner la règle de conflit unique.

2. Méthode d'articulation des critères concurrents

474. Problématique. L'articulation des critères n'est nécessaire qu'en cas de véritable concurrence, c'est-à-dire d'antinomie. Devront être ainsi réglés le cas où une règle supérieure hiérarchiquement est à la fois une règle générale, et le cas où une règle spéciale est plus ancienne qu'une règle générale, nouvelle.

997Par exemple, la Convention européenne des droit de l'homme est-elle fréquemment invoquée dans les rapports entre locataires et bailleurs, spécialement concernant le bail d'habitation. Le bailleur se voit alors contraint de respecter la vie privée de son locataire, et sa vie familiale. Il ne peut ainsi empêcher son locataire d'héberger des proches, alors que la liberté contractuelle relative que lui offre la loi française pourrait le permettre. V. par ex. Civ. 3e, 22 mars 2006, Bull. Civ., III, n°73. V. aussi, MARCHANDIER, *La contribution de la CEDH à la recherche d'un équilibre entre le bailleur et le preneur d'un immeuble destiné à l'habitation,* D., 2012, p. 2007.

998L'arrêt Teffaine rendu le 18 juin 1897 par la Cour de cassation (S., 1897, 17,note ESMEIN, D., 1897, 1, 433, concl. SARRUT, note SALEILLES) a en effet estimé, pour la première fois, que l'article 1384 al. 1 du Code civil contenait un principe général de responsabilité du fait des choses que l'on a sous sa garde. Pour approfondir cette question, voir *La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire*, ouvrage collectif sous la direction de F. LEDUC, Economica, 1997.

999V. sur ce point, C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* BDPR, T. 509, LGDJ, 2009, l'auteur adoptant une règle de conflit inspirée de l'adage *spécialia*, et proposant une méthode d'articulation de la règle de conflit avec les autres règles de conflit concurrentes. Cependant, le champ de son étude, limitée au droit des contrats, la conduit à conclure à l'absence de perturbation réelle des critères concurrents de la spécialité, n°397 et s.

La question est alors de savoir, en cas de concurrence entre deux critères, lequel doit primer. Or, une hiérarchie entre les critères n'est pas aisée, car chacun repose sur une justification différente, dont nous savons autant la pertinence que les faiblesses, sans qu'aucun n'apparaisse comme un critère plus légitime ou efficace que les autres.

475. Supériorité du critère hiérarchique. Reste que, en pratique, le juge est fortement assujetti au principe hiérarchique[1000], de sorte qu'en cas de concours entre ce critère et un autre, il est certain que ce dernier l'emportera[1001]. Pour reprendre l'exemple du droit de l'Union Européenne, le juge français acceptant d'effectuer un contrôle de conventionalité[1002], et de faire primer ces dispositions supranationales sur les normes françaises (sauf la Constitution), met en œuvre le critère hiérarchique, sans égard pour le critère de spécialité.

Concernant les rapports entre le critère chronologique et le critère de spécialité, la question est plus délicate.

476. Spécialité et critère chronologique. Soit l'on considère que la règle générale récente a abrogé la règle spéciale ancienne[1003]. La justification pourrait être que le droit positif n'a plus l'utilité de cette règle spéciale, et que la société actuelle réclame au contraire une règle générale. L'on pourrait y voir la fin d'un privilège indu, la règle générale serait alors une règle d'équité dans le sens où elle conduirait à traiter de la même manière un plus grand nombre de situations. La généralisation d'une règle serait alors un progrès, la règle spéciale ancienne cesserait d'exister par le jeu de l'abrogation tacite, et le concours disparaitrait.

Soit, à l'inverse, l'on considère que la règle générale récente n'a pas abrogé la règle spéciale ancienne, et le critère de spécialité conduit à écarter la règle générale récente chaque fois que la règle spéciale peut trouver à s'appliquer. Cette articulation revient à faire coexister les deux règles en leur assignant chacune un champ d'application particulier, la règle générale étant amputée d'une partie de son domaine d'application, qui reste soumis à la règle spéciale.

Cette seconde articulation parait la plus raisonnable. En effet, les deux règles conservent leur efficacité. La règle spéciale, légitimée par sa propension à s'adapter aux situations concrètes, survit, tandis que la règle générale plus récente, considérée comme un progrès car

1000V. supra, n°446.

1001V. en ce sens, L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes de droit international privé, Étude de droit international privé de la famille*, LGDJ, BDPR, T. 353, 2001, n°328, p. 233, l'auteur estime que l'adage *specialia* trouve « ses limites lorsque les dispositions générales sont portées par une source formellement supérieure ».

1002Le juge judiciaire accepte de faire primer la norme de l'Union européenne sur une norme interne contraire antérieure (par ex. Civ., 2e, 22 octobre 1970, *Ramel*, JCP, 1971, II, 16671), comme postérieure (24 mai 1975, JCP, 1975, II, 18180 bis, concl. A. TOUFFAIT).

1003Sur ce mécanisme, voir supra, n°436.

représentant le droit dans sa dernière évolution, s'applique là où la règle spéciale n'est pas compétente.

477. Conclusion. Les concours entre les critères de résolution des concours de responsabilité ne sont pas insurmontables. Certains sont non antinomiques, et reviennent en réalité à conforter la solution obtenue, puisque leur application concurrente désigne la même règle. D'autres, antinomiques, peuvent être résolus en raisonnant sur les fondements qui les légitiment.

Cependant, même si l'articulation des critères est possible, lorsque l'on tente de les appliquer concrètement aux concours de responsabilités, de nombreuses difficultés surgissent, et révèlent leur inadaptation.

B. L'inadaptation des critères aux concours de responsabilités

478. Plan. Qu'il s'agisse du critère chronologique, du critère hiérarchique ou du critère de spécialité, chacun est peu adapté à la résolution des concours de responsabilités. Pour cause, il est difficile de déterminer une chronologie des règles de responsabilité (1), de même qu'il est difficile d'en établir le classement hiérarchique (2). Par ailleurs, rares sont les règles qui entretiennent véritablement un rapport d'espèce à genre, tout en étant antinomiques (3).

1. Inadaptation du critère chronologique

479. Plan. Le critère chronologique est inadapté à la résolution des concours de responsabilités, pour deux raisons. La première tient à la difficulté de situer sur une ligne temporelle les règles de la responsabilité civile (a). La seconde tient au faible potentiel de résolution des concours du critère chronologique, en pratique (b).

a. Difficile classement chronologique des règles de la responsabilité civile

480. Un critère daté. Le critère chronologique est parfaitement adapté à un système qui ne connaitrait que des règles d'origine légale. En effet, rien de plus facile que de placer les différentes règles en concours sur une ligne temporelle, lorsqu'il suffit de connaître leur date d'entrée en vigueur[1004]. Ainsi, la responsabilité pour faute de l'article 1382 du Code civil date de 1804, tandis que la responsabilité médicale de l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique est issue d'une loi du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du

1004Celle-ci est, sans autre précision de la loi elle-même, fixée à la date de publication de la loi au journal officiel. Voir sur ce point, H. PUGET et J.-C. SECHE, *La promulgation et la publication des actes législatifs en droit français,* RDA, 1959, p. 244 et s.; LIET-VEAUX, *De la publication des lois, décrets et actes règlementaires,* RDA, 1971, p. 656.

système de santé. Pareillement, l'on n'éprouve aucun mal à dater les cas particuliers de responsabilité du fait des choses, l'article 1386 trouvant sa source dans le Code civil des origines, tandis que la responsabilité du fait des produits défectueux est introduite en droit français par une loi du 19 mai 1998[1005].

Or, le droit de la responsabilité civile n'a pas pour source unique la législation[1006]. Si certains persistent à considérer le juge comme « la bouche de la loi » selon les mots de Montesquieu, le simple découvreur de règle enfouie, en germe, dans la législation, il convient d'être réaliste et de ne pas se laisser enfermer dans cette «fiction intenable»[1007]. Il faut l'admettre, le juge a fait son œuvre[1008], tantôt créant de toute pièce des régimes autonomes de responsabilité, tantôt modifiant les régimes légaux jusqu'à leur faire perdre le visage qu'il avaient en 1804, lors de l'avènement du Code civil. L'on pense par exemple à la responsabilité pour troubles du voisinage, qui, un temps reliée à la faute de l'article 1382[1009], ne lui doit plus rien aujourd'hui[1010]. L'on pense encore à la responsabilité des parents du fait de leur enfant, dont les métamorphoses que lui imposa le juge judiciaire l'ont considérablement éloigné de ce que le législateur de 1804 avait entendu faire d'elle. Ce régime de responsabilité a en effet vu disparaître la condition d'une faute présumée des parents[1011], puis d'une faute de l'enfant[1012]. Face à ce pouvoir créateur du juge, la question de la datation des règles de responsabilité ainsi nées n'est guère facile à résoudre.

1005L. n°98-389 du 19 mai 1998, codifiée aux articles 1386-1 et s. du Code civil.

1006Sur le point de savoir si la jurisprudence a sa place parmi les sources du droit, voir par exemple.: MAURY, *Observation sur la jurisprudence en tant que source du droit,* Études Ripert, LGDJ, 1950, T. 1, p. 28; O. DUPEYROUX, *La jurisprudence, source abusive du droit,* in Mélanges Maury, Dalloz, 1961, p. 349; M. WALINE, *Le pouvoir normatif de la jurisprudence,* Mélanges Scelle, LGDJ, 1950, T. 2, p. 613; J. Boulanger, *Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile,* RTD civ., 1961, p. 417; *La création du droit par le juge*, APD, T. 50, 2007. Un auteur remarque même que ce pouvoir créateur du juge est particulièrement prégnant en droit de la responsabilité, M. LEHOT, *Le renouvellement des sources internes du droit et le renouveau de la responsabilité civile,* sous la direction de D. MAZEAUD, Université du Maine, 2001, p. 323, n°238.

1007Le mot est de P. DEUMIER, *Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation, in, La création du droit par le juge,* APD, T. 50, 2006, p. 54, n°4.

1008Certains le font: « L'examen de la jurisprudence révèle certainement des *manifestations de création de droit par le juge* à travers l'interprétation que celui-ci fait de la loi. On peut aller plus loin et reconnaître au juge *un véritable pouvoir de créer du droit*, d'être source du droit », J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale,* LGDJ, 1994, n°465.

1009V. par exemple, visant l'article 1382 du Code civil, Civ. 3e, 4 février 1971, JCP, 1971, II, 16781, note LINDON.

1010Depuis Civ. 2e, 19 novembre 1986, Bull. civ., II, n °172.

1011Civ. 2e, 19 février 1997, Bull. civ., II, n°56, D. 1997, p. 265, note P. JOURDAIN, JCP, 1997, II, 22848, concl. R. KESSOUS, note. G. VINEY, Gaz. Pal. 3 octobre 1997, note Fr. CHABAS.

1012Civ. 2e, 10 mai 2001, JCP, 2001, II, 10613, note J. MOULY, D., 2001, 2851, rapp. P. GUERDER et note O. TOURNAFOND, RTD civ., 2001, p. 602, obs. P. JOURDAIN, JCP, 2001, I, 124, n°20, obs. G.VINEY. Confirmé par Ass. Plén., 13 décembre 2002, D., 2002, 231, note. P. JOURDAIN.

481. L'impasse de la datation des créations jurisprudentielles. Si l'on admet que le juge est créateur de règles de droit, qu'il ne se contente pas d'interpréter le droit écrit, la règle d'origine jurisprudentielle acquiert son autonomie, et ne prend pas date au jour de l'entrée en vigueur de la loi soit-disant interprétée. Le problème est alors de savoir quand la règle nouvelle est apparue. Pour certains régimes de responsabilité, la réponse est relativement aisée. Ainsi, l'on s'accorde à dire que la responsabilité du fait d'autrui sur le critère du contrôle permanent du mode de vie est née de l'arrêt *Blieck*[1013]. Concernant la responsabilité pour troubles anormaux du voisinage, un arrêt du 13 novembre 1986[1014] peut être retenu comme jour de naissance de la règle, car la Cour de cassation cessa à partir de cette date de viser les articles 544 et 1382 du Code civil, pour ne plus évoquer que le principe général du droit selon lequel « nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage ». Que dire par contre des régimes de responsabilité que la Cour de cassation a construit petit à petit? Quelle date retenir en effet, lorsqu'un premier arrêt fut ensuite complété par d'autres, afin d'affiner progressivement la règle posée. Il en est ainsi de la responsabilité générale du fait des choses. L'arrêt *Teffaine*[1015] est certainement le fondateur de ce nouveau régime de responsabilité, cependant, l'arrêt *Jand'heur*[1016], qui ne devait être pris qu'une cinquantaine d'années plus tard, vint préciser le régime. Le choix de l'un ou l'autre de ces arrêts comme point de départ de la règle est purement doctrinal, c'est « en quelque sorte, une convention passée entre les juristes qui vont retenir que tel ou tel arrêt est l'arrêt fondateur »[1017].

L'objectivité du critère chronologique, que nous avions considérée comme une qualité[1018], est alors mise à néant, puisque la datation de la règle jurisprudentielle impose nécessairement un travail d'interprétation de la jurisprudence, et éventuellement un choix qui risque de confiner à l'arbitraire lorsque la finalisation d'un régime de responsabilité a demandé au juge un certain nombre de décisions successives.

Face aux règles de responsabilité civile, le critère chronologique dévoile ses faiblesses pratiques, puisqu'il n'est parfois pas possible de dater avec précision ni certitude une règle jurisprudentielle. De plus, une fois mis en œuvre, le critère est d'une efficacité décevante.

1013Ass. Plén. 29 mars 1991, RTD civ., 1991, p. 541, obs. P. JOURDAIN, JCP, 1991, II, 21673, concl. DONTENWILLE, note J. GHESTIN, D., 1991, p. 324, note LARROUMET.

1014Civ. 2e, 19 novembre 1986, Bull. civ., II, n °172.

1015Civ. 18 juin 1896, S., 1897, 1, 17, note ESMEIN, D., 1897, 1, 433, note SALEILLES, concl. SARRUT.

1016Ch. réunies, 13 février 1930, DP., 1930, 1, 57, note G. RIPERT.

1017S. MAUCLAIR, *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial de la responsabilité civile extracontractuelle,* Thèse dacty., Orléans, 2011, n°106.

1018V. Supra, n°434.

b. Faible potentiel de résolution des concours du critère chronologique

482. Cas où le critère est inutilisable. Le critère chronologique permet de résoudre un concours entre des règles dont la date d'entrée en vigueur est différente. Il est évident que, si l'on passe outre les difficultés tenant à la détermination de cette date en pratique, il reste que le critère est inapte à régler un concours entre deux règles qui ne seraient pas en relation d'antériorité[1019]. Ainsi, le critère chronologique est impuissant à régler les concours existants entre les différentes règles originales du Code civil, aux articles 1382 à 1386, toutes issues de 1804. Imaginons un mineur exerçant son apprentissage auprès d'un de ses parents, causant par sa faute un dommage alors qu'il est sur le lieu de son apprentissage. Les trois responsabilités envisageables (responsabilité pour faute du mineur, responsabilité du fait d'autrui du parent, et du maitre d'apprentissage, qui se trouve être la même personne) sont toutes trois originaires du Code civil de 1804. Selon la règle de conflit dégagée, le concours matériel entre la responsabilité pour faute de l'enfant et la responsabilité pour autrui du parent/maitre d'apprentissage est réfractaire au critère de l'antinomie, et devrait être réglé par la possibilité donnée à la victime de choisir envers quel répondant agir. Le concours, intellectuel, et antinomique, entre les deux règles de responsabilité du fait d'autrui, ne peut être résolu par le critère chronologique. Cette critique peut ne pas se révéler dirimante, dès lors que le critère chronologique n'est pas le seul que nous ayons identifié. Si un autre critère peut résoudre les concours pour lesquels le critère chronologique n'est pas utilisable, cette lacune sera comblée. Cependant, même dans des situations où l'on aurait pensé que le critère pouvait s'appliquer, les résultats obtenus peuvent mener à l'absurde, ce qui conduit à affiner les conditions d'application du critère chronologique, et, ce faisant, à sérieusement réduire son domaine d'intervention.

483. Cas où l'utilisation du critère mène à l'absurde. Il ne suffit pas que les règles en concours se trouvent dans une relation d'antériorité pour que le critère chronologique s'applique valablement. Il faut en plus une identité d'objet, au moins partielle, entre les règles, pour considérer que la règle récente abroge tacitement la règle ancienne. Prenons pour exemple un cas où une personne cause un dommage, à la fois par sa faute, et en usant d'une chose, instrument du dommage. Deux régimes de responsabilité sont potentiellement applicables, celui de l'article 1382 du Code civil, et celui de l'article 1384 alinéa 1er du même Code. Si l'on admet que le juge est créateur de règles de droit, la date de naissance de la

1019Dans ce sens, S. MAUCLAIR, *op. cit.*, n°107.

responsabilité du fait des choses est fixée, soit à la date de l'arrêt *Teffaine* (1896), soit à celle de l'arrêt *Jand'heur* (1930). Quel que soit le choix opéré, la responsabilité du fait des choses est la règle la plus récente. Le critère chronologique mènerait à l'appliquer par préférence. Or, pour que la théorie de l'abrogation tacite fonctionne, encore faut-il que la disposition récente soit à même de prendre la place occupée dans le système par la disposition ancienne, autrement dit, qu'elle l'ampute de tout ou partie de son domaine d'application. Cela n'est évidemment possible que si les deux règles en concours partagent, au moins partiellement, un champ d'application commun. Cela n'est pas le cas des articles 1382 et 1384 alinéa 1er, les responsabilités pour faute et du fait des choses ayant des domaines d'application qui ne se croisent aucunement. Considérer que la responsabilité du fait des choses a partiellement, sinon totalement, abrogé la responsabilité pour faute, relèverait du non sens. La responsabilité du fait des choses est, certes, la règle la plus récente, mais elle n'empiète pas du tout sur le domaine d'application de la responsabilité pour faute.

484. Conclusion. Non seulement le critère n'est pas facilement mis en œuvre, car il est délicat d'établir une chronologie des règles de la responsabilité civile, mais en plus, nombreux sont les cas où celui-ci n'est pas à même de résoudre le concours. Tout d'abord, chaque fois que les règles en concours auront la même date de naissance, le critère sera évidemment impuissant. Ensuite, chaque fois que des règles pourtant successives n'entretiendront pas, au moins en partie, une communauté de domaine d'application, le critère ne pourra être valablement utilisé.

2. Inadaptation du critère hiérarchique

485. Plan. L'utilisation du critère hiérarchique impose un classement préalable des règles de responsabilité. Or, ce classement hiérarchique est délicat, les certitudes concernant la place occupée par les règles de responsabilité civile sont rares (a) alors que les doutes sont nombreux (b). Cet obstacle, difficilement levé, laisse apparaître le faible potentiel du critère hiérarchique à résoudre les concours de responsabilités (c).

a. Classement hiérarchique des règles de responsabilité civile: rares certitudes

486. Faible réglementation supra-nationale. Les Traités et autres accords internationaux ont une autorité supérieure à celle de la loi, d'après l'article 55 de la Constitution. Le droit issu

de l'Union Européenne a donc une valeur supérieure aux lois nationales[1020]. Cependant, les règles de responsabilité civile sont pour la plupart originaires du droit dérivé européen[1021], et plus particulièrement des directives qui doivent être transposées dans l'ordre interne. Elles prennent alors, une fois réceptionnées par la voie de la transposition, la valeur d'une loi. De nombreuses règles de responsabilité civile n'ont ainsi eu qu'un temps une valeur supra-législative, à laquelle la transposition a mis fin[1022].

487. Nombreuses réglementations d'origine légale. De nombreuses règles de responsabilité sont d'origine légale, bien que disséminées dans divers Codes[1023], ou non codifiées[1024]. Or, la place de la loi dans l'ordonnancement hiérarchique des normes est facilement identifiée. Elle se situe en dessous de la Constitution, et des dispositions supra-nationales, et au-dessus des décrets et règlements.

488. Existence d'une réglementation infra-législative. Certaines professions sont régies par une réglementation infra-législative qui contient des dispositions relatives à la responsabilité des professionnels. Ainsi, par exemple, un décret du 20 mai 1955 pose pour partie la responsabilité professionnelle des notaires[1025]. De même, l'activité sportive est très souvent

1020 Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, *J. Vabre*, D., 1975, p. 147; CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. p. 190, concl. P. FRYDMAN.

1021Lui aussi reconnu supérieur à la loi par les juges français, CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, Rec., p. 251 pour les règlements, et CE, Ass., 28 février 1992, *SA Rothmans international et SA Philip Morris*, Rec. p. 81 pour les directives.

1022L'on peut citer par exemple la directive n°85/374 du Conseil du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, règlementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, transposée par une loi du 19 mai 1998, et insérée dans le Code civil aux articles 1386-1 et suivants; la directive n°1999/44 du 25 mai 1999, transposée par une ordonnance du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur, insérée dans le Code de la consommation aux articles L. 211-4 et s.

1023La liste est loin d'être exhaustive: Articles 1382 à 1386-18 du Code civil pour la responsabilité délictuelle, 1137 à 1150 pour la responsabilité contractuelle; articles L. 426-1 et s. du Code de l'environnement concernant la responsabilité en cas de dégâts causés par le gibier; article L. 141-2 du Code de l'aviation civile concernant la responsabilité de l'exploitant d'un aéronef; article L. 1142-1 du Code de la santé publique, concernant la responsabilité médicale; article L. 252-249 du Code de commerce sur la responsabilité civile dans les sociétés anonymes.

1024Pour ne citer qu'elles: la loi du 5 juillet 1985 concernant l'indemnisation des victimes des accidents de la circulation; la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse; la loi du 8 juillet 1941 sur la responsabilité du fait des téléphériques.

1025Ce décret organise en effet les conséquences de la responsabilité du notaire, sans en définir clairement les conditions. Il est ainsi prévu un mécanisme original de garantie collective des notaires, à l'aide de caisses centrales, alimentées par des cotisations de l'ensemble de la profession. Ces caisses arrivent en renfort de l'assurance obligatoire souscrite par les notaires, et garantissent les conséquences de leur défaillance, en précisant ici que le terme de défaillance s'entend de la méconnaissance par le notaire d'une de ses obligations statutaires, et non pas de son insolvabilité. Pour une présentation détaillée, voir J. De POULPIQUET, *Responsabilité des notaires, civile, disciplinaire, pénale,* Dalloz, 2è éd., 2009/2010, p. 111.

régie par des règlements spécifiques à chaque discipline, dont la valeur ne peut qu'être infra-législative[1026].

Pour ces dispositions, la place au sein de la hiérarchie des normes est évidente. Cependant, d'autres normes, nombreuses, trouvent difficilement leur place.

b. Classement hiérarchique des règles de responsabilité civile: nombreux doutes

489. Règles de responsabilité à valeur constitutionnelle. La Constitution est, dans l'ordre interne, la norme la plus élevée. Si certaines règles de responsabilité civile avaient valeur constitutionnelle, elles primeraient évidemment sur les autres, en cas de concours. L'existence même de règles de responsabilité civile à valeur constitutionnelle fait l'objet d'une controverse, depuis une série de décisions rendues par le Conseil Constitutionnel, à propos de la responsabilité pour faute. La première décision est rendue en 1982[1027], par laquelle le Conseil Constitutionnel censure le législateur qui avait entendu donner une immunité totale de responsabilité aux syndicalistes qui causeraient un dommage dans le cadre de l'exercice du droit de grève. La formule retenue: « considérant que nul n'ayant le droit de nuire à autrui, en principe, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » n'indique cependant pas clairement si l'article 1382 du Code civil a valeur constitutionnelle. Dans une décision de 1983[1028], le Conseil Constitutionnel refusa de se prononcer sur la dite valeur de l'article, alors qu'en 1989[1029], il affirme que « nul ne saurait, par une disposition générale de la loi, être exonéré de toute responsabilité personnelle quelle que soit la gravité de l'acte qui lui est imputée ». Mais là encore, pas de réelle consécration de la valeur constitutionnelle d'une règle de responsabilité civile, simplement l'interdiction faite au législateur d'instaurer une immunité sans égard pour la gravité de la faute[1030]. En 1994[1031], c'est un revirement total, le Conseil affirmant qu'aucune « disposition ni principe de valeur constitutionnelle ne prohibe les interdictions prescrites par le législateur d'établir un lien de filiation entre l'enfant issu de la procréation et l'auteur du don, et d'exercer une action en responsabilité ». Ce revirement ne peut s'expliquer, pour

1026Sur ce point, voir S. MAUCLAIR, thèse *op. cit.,* n°52, et P. JOURDAIN, *À propos de la faute en matière sportive,* in *Le monde du droit*, écrits en l'honneur de J. FOYER, Économica, 2008, p. 559.

1027D. C., 22 octobre 1982, n°1982-144, Rec. Cons. Const., p. 21.

1028D. C., 20 juillet 1983, n°83-162, Rec. Cons. Const., p. 49.

1029D. C., 17 janvier 1989, n°88-248, Rec. Cons. Const., p. 18.

1030N. MOLFESSIS, *Les sources constitutionnelles du droit des obligations,* in *Le renouvellement des sources du droit des obligations,* LGDJ, 1996, p. 66 et s., spé. n°22; Ph. BRUN, *La constitutionalisation de la responsabilité pour faute,* RCA, juin 2003, p. 37, n°11.

1031D. C., 27 juillet 1994, n°94-343/344, Rec. Cons. Const., p. 100.

certains, qu'en y voyant un arrêt d'opportunité[1032]. Dans son dernier état, la jurisprudence du Conseil affirme que l'article 515-7 du Code civil, permettant à l'un des partenaires pacsé d'obtenir réparation du préjudice causé par la rupture du PACS, « met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la DDHC de 1789 dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »[1033].

Le Conseil Constitutionnel, au fil de cette jurisprudence, n'a jamais érigé au rang de règle à valeur constitutionnelle l'article 1382 du Code civil, ni aucun autre régime de responsabilité. Ce que le Conseil élève au plus haut niveau de la hiérarchie des normes, ce n'est pas l'article 1382 du Code civil, mais le principe de « réparation du dommage, non la sanction de la faute »[1034]. C'est en fait le principe d'égalité qui sous-tend ces décisions. Égalité devant la loi, lorsque celle-ci se place du côté de l'auteur du dommage, et entend créer un régime restrictif de responsabilité; égalité devant les charges publiques lorsque, du côté de la victime cette fois, il s'agit de réduire la créance d'indemnisation[1035]. Ce principe d'égalité commande que « les dérogations au régime de droit commun de la responsabilité prévoyant l'obligation à réparation intégrale de l'auteur du dommage sont possibles, à la condition qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général et ne conduisent pas à des exonérations totales sans égard pour la gravité de la faute. »[1036]. D'ailleurs, en 2005, le Conseil constitutionnel a admis un aménagement de la responsabilité pour faute, en certaines matières, et au regard d'un motif d'intérêt général[1037]. La décision, rendue à propos de l'article L. 650-1 du Code de commerce, permet en effet de retenir la responsabilité d'un établissement de crédit pour soutien abusif du créancier par la suite en difficulté, c'est-à-dire uniquement en cas de faute caractérisée[1038].

1032N. MOLFESSIS, *op. cit.,* n°23: « le Conseil ne ruine, sans doute que le temps d'une décision la « cohérence » de sa construction toute prétorienne » , « le droit spécial, c'est-à-dire comme pour tout droit spécial, le droit de l'opportunité, est à trouver dans la décision du 27 juillet 1994 ».

1033D. C., 9 novembre 1999, n°99-419, JCP, 2000, I, 280, obs. G. VINEY, D., 2000, p. 424, obs. S. GARNERI.

1034J. CARBONNIER, *Droit civil, introduction,* PUF, Thémis, 27e éd., 2002, n°123.

1035G. CANIVET, *Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile,* in *Liber amicorum, Études offertes à Geneviève Viney,* LGDJ, 2008, p. 213 et s.

1036G. CANIVET, *op. cit.,* conclusion p. 227.

1037D. C., 2005-522, JCP, 2006, I, 111, n°8, obs. STOFFEL-MUNCK.

1038Sur ce point, v. par ex., R. ROUTIER, *Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif, commentaire de l'article L. 650-1 du Code de commerce,* Gaz. Pal., 2005, doctr. 3012.

Il faut donc se résoudre à admettre qu'aucun régime de responsabilité n'a valeur constitutionnelle[1039], si la responsabilité pour faute, seule à avoir retenu l'attention du juge constitutionnel, ne s'est pas vue reconnaître ce rang.

490. Place des règles d'origine jurisprudentielle. Les règles d'origine prétorienne, qui ne trouvent pas leur place dans la hiérarchie formelle telle que décrite par Kelsen, sont un autre point d'achoppement du critère hiérarchique. Pour cause, il est nécessaire au préalable de reconnaître au juge un pouvoir créateur, ce qui ne va pas de soi. Même une fois ce postulat adopté, il faut encore dépasser le critère organique de classement hiérarchique des normes, qui veut que la norme inférieure tienne son autorité et sa validité de la norme supérieure, qu'elle respecte[1040]. Or, la conformité de la règle prétorienne à une norme supérieure n'est pas contrôlée en droit interne. Si la Cour de cassation censure les décisions des Cour d'appel par le biais de la cassation, aucun organe ne vient contrôler le travail effectué par la Cour de cassation. Les contrôles existant ne sont que ponctuels. Ainsi, à un niveau supra-national, la Cour Européenne des Droits de l'Homme ne contrôle que le respect par la France de la Convention du même nom, et la Cour de Justice de l'Union Européenne contrôle pour sa part le respect, par les juridictions françaises, des règles du droit de l'Union Européenne. Au niveau national, l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité, *a posteriori*, de la règle législative, a permis, par voie de conséquence, un contrôle des règles jurisprudentielle. L'on s'est demandé si l'interprétation jurisprudentielle d'une règle de droit constitue une disposition législative au sens de l'article 61-1 de la Constitution. La Cour de cassation, dans un arrêt du 19 mai 2010, rendu en Assemblée Plénière, déclara qu'au terme de l'article 61-1 de la Constitution, « la question dont peut être saisi le Conseil constitutionnel est seulement celle qui invoque l'atteinte portée par une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit; que la question posée déduit une telle atteinte non du texte même d'une disposition législative, mais de l'interprétation qu'en donne la jurisprudence; que, comme tel, elle ne satisfait pas aux exigences du texte précité »[1041]. Cependant, le Conseil constitutionnel ne devait pas l'entendre ainsi, et considéra que « la disposition législative contestée doit être applicable au litige ou à la procédure. Qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée

1039S. MAUCLAIR, thèse *op. cit.,* n°63; J. TRAULLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle,* LGDJ, BDPR, T. 477, n°277.
1040S. MAUCLAIR, *op. cit.,* n°41.
1041Ass. Plén., 19 mai 2010, n°09-70161.

effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à cette disposition »[1042]. La jurisprudence se retrouve, par cette procédure, inféodée à la Constitution, cependant, les règles jurisprudentielles ne font pas l'objet d'un contrôle systématique de conformité, ni à la Constitution, ni à la loi.

Dès lors, quelle place donner aux règles créées par le juge judiciaire? Deux positions sont possibles. Soit l'on considère que le juge, assujetti à la loi, ne fait qu'un travail d'interprétation et découvre les règles qui pré-existent, à l'état latent, dans la législation. La jurisprudence aurait alors la même valeur que la loi. C'est ce qui se passe d'ailleurs avec les créations jurisprudentielles prenant leur source dans un article précis, cité par le juge, telle la responsabilité du fait des choses, clairement assise à l'article 1384 alinéa 1er du Code civil, ou encore la responsabilité du fait d'autrui, sise au même article. Soit l'on reconnaît au juge un véritable pouvoir de création, qui, s'affranchissant de la loi, doit trouver une place différente. La question est de savoir si la règle prétorienne est inférieure à la loi, ou si elle est son égale, mais située sur un autre plan.

Aucune des propositions n'échappe à la critique. Si l'on considère la jurisprudence inférieure à la loi, le fait qu'aucun contrôle valable ne soit mis en place est une lacune du système. C'est un leurre de penser que le juge pourrait, de lui-même, renoncer à appliquer une règle créée par lui au cas où elle entrerait en concours avec une loi contraire. Une auto-régulation n'est pas envisageable. Si l'on considère que la jurisprudence est l'égale de la loi, l'on aboutit à une incohérence du système hiérarchique qui serait organisé selon deux méthodes différentes. L'une reposerait sur un critère organique, formel. L'autre serait encore à identifier, car sur le plan où se trouverait la jurisprudence, quelles autres normes trouveraient-on? Pour quelle hiérarchie? L'on pourrait envisager d'y inclure les sources non écrites du droit, donc non formelles, telle que la coutume, ou les adages et autres principes réceptionnés seulement par le juge. Mais ces normes trouvent déjà leur place dans la hiérarchie organique (non sans quelque incohérence) et, si on l'en retirait, il resterait encore à construire la pyramide parallèle à celle des sources écrites, et à organiser leur cohabitation.

La jurisprudence ne trouve donc pas sa place dans la hiérarchie des normes, organisée selon un critère organique. Les principes généraux du droit, souvent dégagés par le juge, sont aussi difficilement insérés dans la pyramide des normes.

1042Déc. n°2010-39, QPC du 6 octobre 2010, solution reprise le 14 octobre 2010, Déc. n°2010-52.

491. Existence et place des principes généraux du droit de la responsabilité civile. Il existerait, en droit, des principes généraux. Ces règles, énoncées par des textes ou découverts par le juge, bénéficieraient « d'une place élevée dans la hiérarchie des normes »[1043]. La question se pose donc de savoir si le droit de la responsabilité en connait, et quelle est précisément leur place.

Les principes généraux doivent être des règles de droit effectives, et recevoir une sanction[1044]. Ils sont par ailleurs caractérisés par leur généralité, supérieure à celle d'une simple règle de droit[1045]. Dès lors, les régimes généraux de responsabilité civile, pour faute[1046] ou du fait des choses[1047] peuvent être considérés comme des principes généraux du droit. Par ailleurs, le juge judiciaire évoque lui-même le « principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble excédant les inconvénients normaux de voisinage », indépendamment de toute référence textuelle.

La place des ces principes est fort discutée. L'origine de la controverse est à trouver dans la doctrine administrativiste, le Conseil d'État ayant, depuis 1945 consacré l'existence de tels principes, applicables même en l'absence de textes[1048]. L'on a défendu la thèse de la valeur législative de ces principes[1049], trouvant en réalité leur source dans les textes, qui les contiendraient de manière latente. Puis, c'est la thèse de la valeur infra-législative de ces principes qui fut soutenue, le juge administratif étant inféodé à la loi[1050]. La doctrine civiliste semble se ranger à la théorie de la valeur législative des principes[1051], bien que M. Cornu ne leur accorde qu'une place équivalente à celle de la coutume[1052]. D'autres préfèrent s'extraire de la théorie organique de la hiérarchie des normes, et reconnaître aux principes une valeur supérieure à celle des lois, au sens matériel du terme[1053]. Les principes généraux seraient alors

1043J. L. BERGEL, *Théorie générale du droit,* Dalloz, 2012, n°74 et s.

1044J. BOULANGER, *Principes généraux du droit et droit positif,* in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, Mélanges G. RIPERT, LGDJ, 1950, T. 1, p. 51 et s.

1045J. BOULANGER, *ibid.*

1046Pour une démonstration très détaillée, voir J. TRAULLÉ, thèse *op. cit.,* n°189 et s.

1047S. MAUCLAIR, thèse, *op. cit.,* n°69.

1048J. L. BERGEL, *op. cit.,* n°74.

1049A.-S. MESCHERIAKOFF, *La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente,* AJDA, 1976, p. 596 et s., spé. p. 607.

1050J.-M. MAILLOT, *La théorie administrative des principes généraux du droit, continuité et modernité,* Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, Vol. 26, n°108 et s.

1051R. CABRILLAC, *Introduction au droit,* Dalloz Droit privé, 9è éd., 2011, n°154; J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction générale au droit et thèmes fondamentaux,* Paris, Sirey, 13è éd., 2010, n°92.

1052G. CORNU, *Introduction au droit,* Domat droit privé, Montchrestien, 13è éd., 2007, n°259.

1053J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit,* Dalloz, 2012, n°88 et s., spé. n°92, p. 118: « quel que soit le mode de classement adopté, les principe généraux du droit sont le reflet de l'inspiration permanente et universelle du droit qui, même si elle se résume à quelques grandes idées, n'est pas contestable ».

des règles fondamentales, justifiant d'un « rayonnement théorique très important »[1054]. Les auteurs adhérant à cette thèse ne vont pas jusqu'à faire primer les principes généraux sur la loi, en cas de concours, mais les considèrent comme des « étalons de référence »[1055], desquels la loi ne devrait pas trop s'écarter. Ainsi, Julie Traullé conclut-elle à propos de l'article 1382 du Code civil, qu'en raison de « l'importance des valeurs que cet article véhicule et au regard de ce qu'est devenu le droit à réparation, il convient d'être circonspect quant à la possibilité de priver la victime de toute possibilité d'avoir recours à ce texte »[1056].

Au regard de tout cela, considérer quelques règles du droit de la responsabilité comme des principes généraux ne permet pas d'utiliser plus efficacement le critère hiérarchique, puisque, au mieux, les principes ont une valeur égale à la loi. Ce critère de résolution des concours apparaît dès lors bien peu efficient.

c. Faible potentiel du critère hiérarchique

492. Valeur législative majoritaire. Dès lors qu'aucune règle de responsabilité civile n'a valeur constitutionnelle, et que la majorité d'entre elles a valeur législative, le critère chronologique n'est guère utilisable. En effet, la plupart des concours opposeront des normes de même niveau. Il est possible alors de reprendre l'exemple donné précédemment, que le critère chronologique ne parvenait pas à résoudre, où un mineur en apprentissage chez l'un de ses parents cause un dommage. Le concours entre les deux responsabilités du fait d'autrui n'est pas résolu par le critère hiérarchique, puisque les deux règles sont également d'origine légale.

Pour les cas où une règle légale s'oppose à une règle d'origine jurisprudentielle[1057], il serait artificiel de faire le départ entre la jurisprudence qui est restée attachée au texte de loi, et celle qui s'est progressivement développée sans visa de texte particulier. En effet, la responsabilité civile du fait des choses ne saurait être considérée comme hiérarchiquement supérieure à la responsabilité du fait d'un trouble anormal du voisinage, simplement parce que le juge a abandonné la référence à l'article 1382 du Code civil.

1054S. MAUCLAIR, *op. cit.,* n°76.

1055B. BEIGNIER, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs, les principes généraux de la procédure civile,* in *Le droit privé français à la fin du XX*[è] *siècle,* Études offertes à P. CATALA, Litec 2001, p. 153.

1056J. TRAULLÉ, thèse *op. cit.,* n°230.

1057V. dans ce sens M. POUMAREDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile,* Thèse Toulouse, 2003, n°351, concernant le règlement du conflit entre la responsabilité du fait des produits défectueux et la règle jurisprudentielle créant l'obligation de sécurité dans le contrat de vente, l'auteur concluant à) l'inadaptation du critère hiérarchique.

493. Hiérarchie sans antinomie. Pour les rares cas où une véritable hiérarchie existe, l'on constate que, bien souvent, les règles en concours ne sont pas antinomiques. Ainsi, les réglementations particulières concernant les pratiques sportives se contentent-elles de préciser la règle, qui reste la responsabilité pour faute. Les seuls cas où le critère hiérarchique trouve véritablement à s'appliquer sont les cas où entrent en concours une règle nationale et une règle supranationale. Mais alors, nul besoin de la règle de conflit proposée pour résoudre ce concours, le juge judiciaire étant tenu de faire primer la règle supra-nationale, sous peine de mener la France à une condamnation par une Cour supra-nationale (CJUE ou CEDH), et de méconnaître l'article 55 de la Constitution.

494. Conclusion. Ce second critère étudié ne paraît pas plus satisfaisant que le précédent. Si, dans l'absolu, il semblait à même de garantir la cohérence du système de responsabilité, la mise à l'épreuve pratique démontre le contraire. Reste à évaluer de même le dernier critère de résolution des concours, le critère de spécialité.

3. Inadaptation partielle du critère de spécialité

495. Plan. Le critère de spécialité conduit à faire primer la règle spéciale sur la règle générale concurrente. Son utilisation nécessite l'identification préalable des règles générales de responsabilité (a) et des règles qui entretiennent avec celles-ci un rapport de spécialité (b). Une fois cette étape franchie, nous aurons une idée plus précise du potentiel de résolution du critère de spécialité (c).

a. Identification des règles générales de responsabilité civile

496. Rappel. Les développements précédents nous ont déjà offert l'occasion d'identifier les règles générales de la responsabilité civile[1058]. Nous nous contenterons donc, ici, d'un bref rappel du résultat de nos recherches, et renvoyons le lecteur aux passages concernés s'agissant de la démonstration dans son ensemble. Ainsi, nous avions identifié comme règle générale de responsabilité contractuelle l'article 1147 du Code civil. Concernant la responsabilité délictuelle, le couple formé par les articles 1382 et 1383 du Code civil constitue la règle générale de responsabilité pour faute alors que le régime tiré de l'alinéa 1er de l'article 1384 en sa première proposition constitue le régime général de responsabilité du fait des choses. La responsabilité du fait d'autrui n'ayant pas encore atteint le degré de généralité dont bénéficie les deux autres faits générateurs, nous avions reconnu l'existence de deux régimes généraux

1058V. supra, n°25 et 26, 140 et s.

de responsabilité du fait d'autrui; la responsabilité de celui qui accepte la charge d'organiser et de contrôler, à titre permanent, le mode de vie d'autrui, et la responsabilité de celui qui a pour mission d'organiser, de diriger et de contrôler l'activité d'autrui. Pour finir, la responsabilité du fait des troubles anormaux de voisinage a aussi été identifié comme un régime général de responsabilité délictuelle.

La mise en œuvre du critère de spécialité, cependant, nécessite une seconde étape d'identification, celle des règles qui entretiennent un rapport de spécialité avec les règles générales énumérées ci-dessus.

b. Identification des règles spéciales de responsabilité civile

497. Annonce. La spécialité ne peut se concevoir de manière isolée; une règle n'est spéciale que par rapport à une règle générale. Nous avons identifié les règles générales de la responsabilité civile. Voyons désormais s'il existe des règles spéciales dont le champ d'application est contenu dans celui de ces règles générales.

498. Régimes spéciaux de responsabilité contractuelle. Les régimes spéciaux de responsabilité contractuelle devront, pour être qualifiés comme tel, organiser la responsabilité d'un contractant, pour inexécution d'une prestation prévue par le contrat, tout en présentant un champ d'application plus restreint que celui de l'article 1147 du Code civil, qui s'applique à tout contrat et tout contractant, pour l'inexécution de toute obligation. À ce titre, les règles applicables à chaque contrat, particulièrement, devraient pouvoir être qualifiées de règles spéciales, pourvu qu'elles organisent la responsabilité du contractant. Ces règles sont nombreuses, dans le Code civil, ou au sein d'autres Codes. Sans prétendre ici à être exhaustif, l'on peut citer l'article 1611 du Code civil, prévoyant la responsabilité du vendeur en cas de préjudice causé à l'acquéreur pour défaut de délivrance du bien au terme convenu; les articles 1732 à 1735 du Code civil, organisant la responsabilité du locataire en cas de dégradation, perte ou incendie de la chose louée; les articles 1783 et 1784 du Code civil, concernant la responsabilité des transporteurs par terre et par eau; les articles 1792 à 1792-5 du Code civil concernant la responsabilité des constructeurs, ou encore l'article 1992 du Code civil concernant la responsabilité du mandataire. En dehors du Code civil, le Code de la consommation contient des règles spéciales de responsabilité contractuelle, concernant par exemple la vente (art. L. 211-1 et s.), qui constitueraient d'ailleurs un étage supplémentaire de règle spéciales, celles-ci ne s'appliquant qu'aux ventes conclues entre un professionnel et un consommateur, alors que les règles du Code civil s'appliquent à toutes les ventes. Le droit

des sociétés connaît aussi des règles spéciales de responsabilité (art. L. 225-249 du Code de commerce pour les sociétés par action, art. L. 223-22 du Code de commerce pour les sociétés à responsabilité limitée) de même que le droit bancaire (art. L. 313-12 du Code monétaire et financier) ou le droit des entreprises en difficultés (art. L. 650-1 et s. du Code de commerce).
Ce rapide et non exhaustif panorama des règles spéciales de responsabilité contractuelle démontre leur importance quantitative. Les règles de responsabilité contractuelle entretiendraient bien un rapport d'espèce à genre, l'article 1147 du Code civil étant la règle la plus générale, toutes les autres règles de responsabilité se contentant d'organiser, pour chaque contrat, les conditions de la responsabilité pour inexécution de ses obligations par le contractant. L'utilisation du critère de spécialité promet donc d'être fructueuse concernant les responsabilité contractuelle, pourvu que les règles spéciales présentent par rapport à la règle générale une antinomie.

499. Régimes spéciaux de responsabilité délictuelle pour faute. Si l'on refuse de considérer la responsabilité contractuelle comme genre de responsabilité délictuelle, et que par conséquent l'on dénie à l'inexécution du contrat la qualification de faute civile, alors rares sont les régimes spéciaux de responsabilité pour faute. Le développement de la responsabilité hors le Code civil s'est opéré dans deux directions, la responsabilité professionnelle, qui est très souvent considérée comme une responsabilité contractuelle[1059], et la responsabilité sans faute, celle-ci très souvent rattachable à la responsabilité du fait des choses. La responsabilité médicale apparaît dès lors comme un des seuls régimes spéciaux de responsabilité pour faute, depuis que la loi en a fait une responsabilité dite légale et non plus contractuelle[1060] (art. l142-1 Code de la santé publique). De même, et bien que la question se présente en droit positif avec moins de netteté, peut-on concevoir que la responsabilité du notaire soit une responsabilité délictuelle pour faute. Le texte de base régissant le notariat reste la loi du 25 ventôse an XI, profondément remaniée cependant par des lois plus récentes, telle que celle du 28 décembre 1966, relative à l'instrumentation des actes authentiques. Deux décrets du 26 novembre 1971 fixent pour leur part les règles relatives à l'établissement des actes notariés, ainsi que la compétence d'instrumentation des notaires. Ensuite, une ordonnance du 2 novembre 1945 suivit d'un décret du 19 décembre de la même année porte sur le statut et

1059Sur la possibilité de discuter cette analyse, voir not. P. SERLOOTEN, *Vers une responsabilité professionnelle?* Mélanges P. Hébraud, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 805.

1060F. DREIFUS-NETTER, *Feue la responsabilité civile contractuelle du médecin?* D., 2002, chron., p. 4; et sur les limites de l'analyse contractuelle de la responsabilité médicale, P. LOKIEC, *La décision médicale,* RTD civ., 2004, p. 641.

l'organisation de la profession. C'est enfin une ordonnance du 8 juin 1945 qui pose les règles de la discipline notariale, et un décret du 20 mai 1955 qui pose, de façon cependant particulière, la responsabilité professionnelle des notaires. Ce décret organise en effet les conséquences de la responsabilité du notaire, sans en définir clairement les conditions. Il est ainsi prévu un mécanisme original de garantie collective des notaires, à l'aide de caisses centrales, alimentées par des cotisations de l'ensemble de la profession. Ces caisses arrivent en renfort de l'assurance obligatoire souscrite par les notaires, et garantissent les conséquences de leur défaillance, en précisant ici que le terme de défaillance s'entend de la méconnaissance par le notaire d'une de ses obligations statutaires, et non pas de son insolvabilité. Ajoutons que, dans un esprit de responsabilisation du professionnel, ce dernier devra s'acquitter d'une part de toutes les dettes d'indemnisation qu'il devrait au titre de sa responsabilité civile, quand bien même il serait assuré. Les textes prévoient donc un système donnant aux clients des notaires une garantie originale, et très efficace. Cependant, en terme de condition et de régime de responsabilité, les textes particuliers sont muets, laissant le droit commun s'appliquer. La question dès lors est de savoir quel régime juridique s'applique au notaire. La question s'est posée de savoir si la responsabilité du notaire était contractuelle, en vertu d'un contrat passé entre le professionnel et son client, ou au contraire si celle-ci était délictuelle, en raison de la fixation par la loi des obligations statutaires du notaire.

La figure du mandat fut utilisée pour trouver le régime juridique auquel serait soumis le notaire[1061], ou encore celle de la gestion d'affaire. Cependant, la mission de représentation des notaires est résiduelle par rapport à leurs autres obligations, et ne justifie pas que le contrat de mandat régisse la totalité de leur action. D'autre part, la gestion d'affaire suppose la gestion des affaires d'autrui, sans autorisation, ce qui ne correspond pas aux agissements du notaire, qui ne peut bien sur pas intervenir dans les affaires d'autrui à moins qu'on ne le lui ait demandé. Le mandat, comme la gestion d'affaire, ne sont donc pas des figures contractuelles appropriées aux missions des notaires[1062].

On pourrait cependant considérer que le contrat liant le notaire à son client est un contrat *sui generis*, dont les obligations sont à définir en fonction des statuts légaux. Plusieurs obstacles se dressent à l'encontre de cette analyse. Ainsi, le fait que le notaire ait une obligation d'instrumenter ferait de ce contrat un contrat imposé, ce dernier n'étant pas libre d'accepter ou

1061 Mazeaud et Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, T. 1, 6e éd., Montchrestien, 1965, n°219.

1062 J. De POULPIQUET, *Responsabilité des notaires, civile, disciplinaire, pénale,* Dalloz, 2003, n°11.12.

de refuser son ministère à celui qui en ferait la demande. Par ailleurs, la rémunération des notaires est fixée impérativement par un décret du 8 mars 1978[1063]. Sauf exceptions, le calcul des honoraires est donc fixé par avance par des textes, et ne dépend pas de la volonté des contractants. Enfin, la responsabilité du notaire est engagée au regard des obligations statutaires fixées par loi ou décret, et non pas par les parties. L'importance de la réglementation impérative invite donc à soutenir la thèse inverse et à considérer que la responsabilité du notaire est délictuelle, puisque fonctionnelle, statutaire[1064].

Une thèse intermédiaire revient à prendre en compte la double nature de cette responsabilité[1065]. Il conviendrait alors d'examiner l'activité au titre de laquelle la responsabilité est mise en jeu. Si le notaire intervient en qualité d'officier ministériel, sa responsabilité est délictuelle; s'il intervient en vertu d'un contrat spécifiquement passé avec un client, sa responsabilité est contractuelle. Dans ce sens, M. Savatier a pu soutenir la possibilité d'une option au bénéfice du client du notaire en faveur de l'une ou l'autre des responsabilités. L'auteur retient l'existence indubitable d'un contrat entre le notaire et son client, mais qui ne saurait valoir renonciation de sa part au bénéfice de la responsabilité délictuelle[1066].

L'artifice de l'analyse contractuelle de la relation entre le notaire et son client, et l'application alternative des deux régimes en fonction de la mission effectuée par le professionnel semblant délicate, nous nous rangeons à l'analyse délictuelle, ou statutaire, de la responsabilité du notaire. Cette responsabilité est alors fondée sur la faute, comme celle du médecin qui ne respecterait pas les prescriptions légales relatives à son activité.

500. Régimes spéciaux de responsabilité délictuelle du fait des choses. La règle générale de responsabilité du fait des choses de l'article 1384 alinéa 1er du Code civil, retenant la responsabilité du gardien de la chose ayant causé le dommage, et ne distinguant pas selon l'activité particulière ou encore la nature de la chose, possède un champ d'application fort vaste. Il est possible d'inclure au sein de ce champ d'application celui de nombreux régimes de responsabilité du fait d'une chose, soit qu'ils distinguent en fonction de l'activité du responsable, ou encore de la nature de la chose. Ainsi, sans établir la longue liste qui aurait le mérite de l'exhaustivité[1067], peut-on citer en exemple la responsabilité du fait des aéronefs (art. L. 141-2 du Code de l'aviation civile), la responsabilité du fait des installations nucléaires (loi

1063 N°78-262, D., 1978, p. 174.
1064 J. De POUPLIQUET, J.-cl. resp. civ. et ass., art. 1382 à 1386, fasc. 4420-40, n°22.
1065 RIPERT et BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil,* T. 2, LGDJ, 1957, n°531 et 532.
1066 R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile,* T. 2, LGDJ, 1951, n°803.
1067V. F. LEDUC, *Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil,* LPA, 6 juillet 2005, p. 3 et s.

du 30 octobre 1968), ou encore celle du fait des téléphériques (loi du 8 juillet 1941). Il s'agit de règles spéciales de responsabilité du fait des choses, leurs champs d'application étant réduits à la nature de la chose objet du dommage. La responsabilité du fait des accidents de la circulation issue de la loi du 5 juillet 1985, peut aussi être considérée comme une responsabilité spéciale du fait des choses, car le véhicule à l'origine du dommage étant bien une chose particulière. Le Code civil contient pour sa part quelques régimes de responsabilité pouvant être, à première vue, considérés comme des régimes spéciaux de responsabilité du fait des choses. Il s'agit de la responsabilité du fait des animaux de l'article 1385, de la responsabilité du fait des bâtiments en ruine de l'article 1386 et de la responsabilité du fait des produits défectueux des articles 1386-1 et suivants. Chacun de ces régimes mérite que l'on s'y attarde, car leur caractère spécial ne relève pas de l'évidence.

L'article 1385 du Code civil prévoit la responsabilité du gardien de l'animal qui aurait causé un dommage à autrui. Il s'agit d'une responsabilité sans faute reposant sur la garde, tout comme le principe général de l'article 1384 alinéa 1er du Code civil. La proximité des régimes de ces deux responsabilités conduit souvent la doctrine à les présenter de conserve[1068], et à faire de l'article 1385 un régime spécial calqué sur la responsabilité générale du fait des choses. Pourtant, l'animal, en droit, n'est pas une chose. Il n'est pas plus une personne, ce qui conduit à quelques difficultés, lorsque le droit civil retient cette *suma divisio* entre les biens et les personnes[1069]. Faute de considérer clairement l'animal comme un bien, ou une chose, l'on ne peut faire de l'article 1385 du Code civil un régime spécial de responsabilité du fait des choses. Au contraire même, la généralité des termes employés, et sa codification dans le Code civil en ferait la règle générale de responsabilité du fait des animaux[1070].

L'article 1386 du Code civil, retenant la responsabilité du propriétaire du bâtiment dont la ruine a causé un dommage à autrui, pourrait être considéré comme une règle spéciale de responsabilité du fait des choses. En effet, une chose cause le dommage (le bâtiment en ruine)

1068V. par ex. G. VINEY et P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Conditions de la responsabilité, op. cit.*

1069Voir par exemple : S. ANTOINE, *L'animal est-il une chose ?* Gaz. Pal., 1994, n°126, pp. 18-19 ; Fr. RINGEL et E. PUTMAN, *L'animal animé par le droit,* RRJ, 1995, pp. 45 et s. ; M. C. PIATTI, *Droit éthique et condition animale, réflexion sur la nature des choses,* LPA, 1997, pp. 4 et s. ; G. FARJAT, *Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêt, prolégomènes pour une recherche,* RTD civ., 2002, pp. 221 et s.

1070L'on trouve, dans d'autres Codes, des règles spéciales de responsabilité du fait des animaux. Ainsi, l'article L. 426-7 et s. du Code de l'environnement contient-il des dispositions relatives à la responsabilité pour dommages causés par le petit gibier; le Code rural des dispositions quant à la responsabilité des propriétaires de chèvres (art. L. 211-2, al. 2) et de volailles (art. L. 211-15).

dont la responsabilité incombe à une personne désignée, le propriétaire. Seulement, l'article 1386 prévoit deux fondement possibles à la responsabilité de ce dernier, qui sont le défaut d'entretien et le vice de construction. Le propriétaire peut donc être responsable pour faute (défaut d'entretien) ou sans faute (vice de construction), sur la base d'un même article. La question se pose alors de savoir si l'article 1386 du Code civil peut être une règle spéciale de responsabilité du fait des choses alors même que le régime général ne repose pas sur la faute. La réponse est positive. Le fait générateur du dommage importe, pour cerner le champ d'application du régime de responsabilité. Or, le fait générateur du dommage visé par l'article 1386 est bien un fait d'une chose, la ruine du bâtiment. La faute constituée par le défaut d'entretien, et le vice de construction ne sont que des conditions de l'engagement de la responsabilité du propriétaire. L'article 1386 du Code civil contient un régime de responsabilité du fait d'une chose, régime spécial car ne concernant qu'une chose particulièrement désignée.

Reste à conclure sur la place à accorder à la responsabilité du fait des produits défectueux des articles 1386-1 et suivants du Code civil. Il ne fait pas de doute qu'il s'agit d'une responsabilité du fait des choses, le produit défectueux à l'origine du dommage pouvant sans peine être considéré comme une chose. La difficulté tient au fait que cette responsabilité peut être, en fonction du responsable visé, soit délictuelle soit contractuelle. En effet, la loi fait du producteur le responsable principal, qui ne sera pas lié contractuellement à la victime du produit défectueux. Mais elle prévoit aussi la responsabilité, en quelque sorte subsidiaire (car subordonnée à l'impossibilité d'actionner la responsabilité du producteur) du vendeur du produit. Vendeur et utilisateur victime du produit défectueux seront alors certainement liés par un contrat, faisant de cette responsabilité une responsabilité contractuelle. Or, nous avions refusé de considérer la responsabilité contractuelle comme inféodée à la responsabilité délictuelle, et tenons pour acquis que ces deux types de responsabilités n'entretiennent pas de rapport d'espèce à genre. Selon la situation, la responsabilité du fait des produits défectueux serait une règle spéciale de responsabilité délictuelle du fait des choses, ou bien une règle spéciale de responsabilité contractuelle, car limitée au contrat de vente. Pour éviter un classement délicat de cette responsabilité, tantôt règle spéciale délictuelle, tantôt règle spéciale contractuelle, l'on peut considérer que la responsabilité du fait des produits défectueux est un régime légal, donc délictuel, à l'image de la simplification de la présentation que l'on peut faire de la responsabilité médicale ou encore de la responsabilité notariale. La

présentation, bien que quelque peu artificielle, a le mérite de la simplicité, et permet de considérer en toutes circonstances la responsabilité du fait des produits défectueux comme une règle délictuelle spéciale, évitant une différence de traitement entre les victimes selon le responsable désigné. Cette solution est d'autant plus justifiée que le vendeur n'est responsable qu'en cas d'impossibilité d'identification du producteur. La victime du produit défectueux ne devrait pas se tenir dans une posture différente des autres sous prétexte des difficultés à identifier le producteur.

501. Régimes spéciaux de responsabilité du fait d'autrui. Si les deux régimes de responsabilité développés sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil suite à l'arrêt Blieck constituent les règles générales de responsabilité du fait d'autrui, il est alors possible de compter parmi les règles spéciales les alinéas 4 à 7 de l'article 1384. En effet, la responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur habitant avec eux est contenue dans le principe de responsabilité générale du fait d'autrui fondée sur l'acceptation de la charge d'organiser, à titre permanent, le mode de vie d'autrui. La responsabilité des artisans et commettants, quant à elle, apparaît comme une espèce de responsabilité du fait d'autrui fondée sur la charge d'organiser, diriger et contrôler une activité. Chacun des cas de responsabilité du fait d'autrui prévus dans le Code civil en 1804 peut donc se trouver englobé par l'une des deux branches du principe général de responsabilité du fait d'autrui découvert plus tard par le juge, et à ce titre, être considéré comme autant de règles spéciales.

502. Régimes spéciaux de responsabilité pour trouble anormal du voisinage. Le principe dégagé par la Cour de cassation selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage possède un champ d'application fort large, ce qui lui vaut d'être considéré par nous comme un régime général. Or, les autres règles de responsabilité sanctionnant l'auteur d'un trouble du voisinage ont-elles un champ d'application contenu dans celui du principe prétorien? Il semblerait que non.

Ainsi, la responsabilité pour communication d'incendie du détenteur de l'immeuble dans lequel le feu a pris (article 1384 al. 2 du Code civil) ne saurait être considérée comme un cas particulier de trouble anormal de voisinage. Certains éléments militaient pourtant en faveur d'une telle analyse. Si le trouble anormal peut consister en des dégâts matériels causés à l'immeuble voisin, alors l'incendie est certainement un trouble anormal du voisinage lorsqu'il trouve sa source dans le bien détenu par le voisin responsable. Or, le champ d'application de l'article 1384 al. 2 est plus vaste que le trouble anormal du voisinage en ce que l'incendie peut

prendre naissance aussi bien dans un immeuble que dans un meuble. Son application n'est donc pas limitée à un rapport entre deux fonds voisins, et a ainsi pu être utilisé pour sanctionner une entreprise suite à des explosions d'engins et de produits pyrotechniques[1071], ou encore pour réparer les dommages causés par un cours d'eau pollué par des produits toxiques libérés suite à une explosion[1072]. Le champ d'application de l'article 1384 al. 2 du Code civil n'est donc que partiellement compris dans celui du principe prétorien de responsabilité pour trouble anormal de voisinage, et ne saurait à ce titre être considéré comme un régime spécial de trouble anormal de voisinage. Les juges refusèrent d'ailleurs de souscrire à cette lecture du texte en énonçant que « la notion de trouble de voisinage ne peut être étendue au cas de communication d'incendie entre immeubles voisins »[1073].

Une autre disposition, dont le champ d'application est relativement limité, concerne les troubles du voisinage sans entretenir de rapport d'espèce à genre avec le principe jurisprudentiel. L'article 6-1 de la loi du 6 juillet 1989[1074] prévoit l'obligation pour le propriétaire bailleur de faire cesser les troubles du voisinage causés à des tiers par leurs locataires. Le locataire est en effet débiteur, entre autre, d'une obligation d'user paisiblement des locaux loués, suivant la destination donnée par le contrat de location (art. 7 b de la loi du 6 juillet 1989). L'article 6-1 pourrait être considéré comme une règle spéciale de responsabilité pour trouble du voisinage, son champ d'application étant moins vaste que celui de la règle prétorienne, puisque réduit au cadre du contrat spécial qu'est le bail d'habitation. Cependant, considérer cet article de la loi du 6 juillet 1989 comme une disposition spéciale par rapport au principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage se heurte à un obstacle. Nous avions en effet refusé de considérer la responsabilité contractuelle comme un type de responsabilité délictuelle, et fait de la première une règle générale n'entretenant pas de rapport de spécialité avec la seconde. Dès lors, la règle issue de la loi du 6 juillet 1989 relevant de la responsabilité contractuelle, ne saurait être considérée comme une règle spéciale par rapport au principe prétorien, de nature délictuelle.

503. La conclusion à laquelle nous parvenons a de quoi surprendre, puisque nous avons identifié une règle qui répond aux critères de la généralité, ainsi que des dispositions répondant aux critères de la spécialité, sans que ces différentes règles n'entretiennent entre

1071Civ. 2e, 24 juin 1999, RCA, 1999, com. n°285, note H. GROUTEL.
1072Civ. 2è, 27 mai 1999, RCA, 1999, com. n°245, note H. GROUTEL.
1073Civ. 3è, 15 novembre 1978, Bull. civ., III, n°345, RDI, 1979, p. 306, obs. G. BERGEL.
1074Loi n°89-462 du 6 juillet 1989, tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n °86-1290 du 23 décembre 1986.

elles un rapport d'espèce à genre. Il y aurait là de quoi illustrer la critique que l'on peut formuler à l'encontre de la représentation du droit à l'aide de la métaphore de l'arbre, dont le tronc, figure du droit commun, alimenterait les branches, puis rameaux et feuilles, figurent des droits et règles spéciales[1075]. L'image n'est pas fidèle, les règles spéciales ne pouvant pas toujours être reliées à l'une des règles générales que nous avions identifiées. Si le critère de spécialité peut trouver, dans certains cas, à être utilisé pour résoudre valablement quelques concours de responsabilités, le présent constat concernant les règles spéciales de responsabilité civile pourrait bien constituer une limite insurmontable.

c. Potentiel de résolution du critère de spécialité

504. Annonce. Il a été démontré l'existence d'un rapport d'espèce à genre concernant certaines règles de responsabilité. Pour que le critère de spécialité puisse être utilisé, encore faut-il que les règles générales et les règles spéciales soient antinomiques. L'existence d'antinomies avérées, restera à évoquer les limites du critère de spécialité, afin d'être en mesure d'évaluer son potentiel de résolution.

505. Existences d'antinomies entre normes générales et normes spéciales. Les règles spéciales recèlent des dérogations plus ou moins profondes par rapport aux règles générales de responsabilité. L'on trouve aussi bien des antinomies de condition que des antinomies de résultat. Ainsi, les fautes dont le médecin ou le notaire sont responsables sont-elles clairement définies par la loi, là où l'article 1382 du Code civil n'opère aucune définition ni distinction. La loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation n'impose pas à la victime de prouver qu'une chose est la cause de son dommage, mais l'implication d'un ou plusieurs véhicules dans l'accident de la circulation dont elle fut la victime. Alors que les règles générales de la responsabilité civile conduisent à indemniser totalement la victime, les règles spéciales se contentent parfois de fixer un plafond, voire un forfait (responsabilité des transporteurs, de l'exploitant d'une installation nucléaire). Les dérogations peuvent aussi tenir dans un délai de prescription différent de celui du droit commun (responsabilité des entrepreneurs) ou par le recours original à la solidarité nationale pour l'indemnisation de la victime (responsabilité médicale et notariale).

1075Pour une critique de cette métaphore, voir not. J.-P. CHAZAL, *Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux,* Mélanges Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 280 et s., spé. p. 304 et s.

Ces antinomies entre règle générale et règle spéciale rendent possible l'utilisation du critère de spécialité pour, en cas de concours, faire primer la règle spéciale. Ce critère présente toutefois de sérieuses limites.

506. Limites du critères. Le rapport d'espèce à genre, s'il existe, est loin d'être dominant. Nombreuses sont les règles dont les champs d'applications se rencontrent, se chevauchent, sans que l'un ne contienne parfaitement l'autre. L'image des cercles inter-sécants est donc plus proche de la réalité que celle des cercles concentriques lorsqu'il s'agit de donner une représentation imagée des règles de la responsabilité civile. En conséquence, si le critère de spécialité trouve à être utilisé pour régler certains conflits de normes, il n'est pas pour autant capable de résoudre tous les concours antinomiques laissés sans solution par les deux critères précédemment étudiés. L'exemple de concours antinomique que nous avions choisi, non résolu par les critère chronologique et hiérarchique, ne peut pas plus être réglé par le critère de spécialité. Il s'agissait en effet, en cas de dommage causé par un mineur en apprentissage auprès d'un de ses parents, de savoir laquelle des responsabilités, parentale ou de l'artisan, devrait être choisie. Le critère de spécialité est impuissant à résoudre ce concours, car les deux responsabilités du fait d'autrui qui se rencontrent ici sont des règles également spéciales, ou autrement dit, elles n'entretiennent pas de rapport d'espèce à genre.

L'utilité et l'efficacité du critère de spécialité, issu de l'adage *specialia généralibus derogant*, ne doivent donc pas être amplifiées. Faire un recours abusif à ce critère, et considérer que le droit de la responsabilité ne connaît que des règles spéciales et des règles générales, c'est oublier que ces deux notions de généralité et de spécialité ne se conçoivent pas dans l'absolu, lorsqu'il s'agit d'utiliser un critère pour résoudre les concours de responsabilités, mais bien en prenant en compte les rapports entre les deux règles en concours. Prises dans cette acception restreinte, les notions de généralité et de spécialité ne permettent plus de réduire l'ensemble des règles de la responsabilité à des règles spéciales ou des règles générales. Certaines sont générales par rapport à d'autres, qui sont alors spéciales, mais nombreuses sont les règles qui n'entretiennent pas ce type de rapport, tout en étant capable de se rencontrer à l'occasion d'un même dommage causé à une même victime, et donc d'entrer en concours.

507. Bilan de l'utilisation des critères de résolution des concours antinomiques. Aucun des trois critères proposés ne donne entière satisfaction. Non seulement chacun se révèle assez peu performant lorsqu'il s'agit de régler les concours antinomiques de responsabilités,

mais en plus, les lacunes que chacun laisse ne sont pas comblées par l'utilisation des deux autres critères.
Nous avions évoqué la possibilité de recourir au critère de la justice, de l'équité, en palliatif à la règle de conflit unique basée sur l'objectif de cohérence, si jamais celle-ci venait à faillir, mais force est d'admettre qu'au vu des lacunes de cette règle de conflit unique, ce serait là confier un rôle trop grand à l'équité, que nous avions pourtant écartée.

508. Conclusion de chapitre. La règle de conflit unique ayant montré toutes ces faiblesses, c'est à un constat d'échec qu'il faut nous livrer ici. Échec de la règle unique dont le critère d'utilisation, l'antinomie, laisse sans solution les concours matériels de responsabilités. Échec de la règle unique dont les critères de résolution ne permettent pas de résoudre tous les concours intellectuels, pourtant seuls à pouvoir être régulés par elle.
La règle de conflit unique ne saurait donc être la méthode à suivre. Dès lors que la voie de l'unicité ne répond pas à nos attentes, la seule voie encore fréquentable s'avère être celle de la multitude. Plusieurs règles de conflit devraient en effet donner satisfaction là où une règle unique a échoué. Le plus grand défis de ce traitement différencié des concours de responsabilités sera de ne pas tomber dans la casuistique actuelle, que justement nous dénoncions.

Chapitre 2 Préférence pour des règles de conflit adaptées à chaque type de concours

509. Ce qui est conservé, ce qui est rejeté. Si la règle de conflit unique fut un échec, c'est en raison de l'impossibilité de trouver des critères efficients de règlement des concours, permettant un retour à la cohérence du système de responsabilité. Ce n'est donc pas l'objectif visé qui démontra ses insuffisances, mais la méthode choisie pour y parvenir. L'objectif de cohérence peut, et sera, conservé par nous comme l'idéal à atteindre. La voie de la règle de conflit unique sera, en revanche, abandonnée.

510. Méthode. Si l'utilisation d'une règle de conflit unique n'est pas concevable, la logique commande d'emprunter une autre voie et de créer plusieurs règles de conflits, adaptées aux concours de responsabilités. Pour ce faire, il nous semble qu'il faille nous extraire du raisonnement classique consistant à considérer le concours de responsabilités du côté de la règle de responsabilité. Dans un premier temps, du moins, il conviendra de tenter de mener un raisonnement sur la base, non pas des règles de responsabilités en concours, mais bien seulement du concours lui-même. Formuler des règles de conflit adaptées aux concours de responsabilités suppose en effet de poser, dans un premier temps, une typologie et d'organiser les concours en familles, en catégories.

La construction d'une typologie des concours de responsabilités (section 1) est l'étape préalable indispensable à l'édiction de règles de conflits adaptées à chaque concours (section 2).

Section 1 Typologie des concours de responsabilités

511. Critère propre. Établir une typologie des concours suppose d'identifier un critère discriminant propre aux concours. Le concours de responsabilités étant la convergence de plusieurs règles de responsabilités vers un même dommage, plusieurs critères peuvent être utilisés. Le dommage est un des critères pertinents. En effet, l'unité de dommage étant une condition d'existence du concours de responsabilités, il serait possible de distinguer les concours en identifiant un critère de distinction des dommages.

Les faits menant à la réalisation du dommage peuvent aussi être des critères discriminants. Le droit ayant été identifié par nous comme la seule source de concours, il s'agira de distinguer les concours en fonction des faits qualifiés ayant causé le dommage.

Le responsable, enfin, peut aussi être un critère discriminant pertinent. Ainsi, et nous avons déjà eu maintes occasions de le dire, certains concours ont lieu en présence d'une pluralité de responsables, et d'autres voient se cristalliser sur la tête d'un responsable unique plusieurs régimes de responsabilité. Ce critère fonde la distinction entre concours matériel et concours intellectuel. Cette distinction nous a déjà servi, aidant à une présentation claire des concours. Nous retiendrons donc comme critère principal le nombre d'auteur du dommage (§1). Cette *suma divisio* ne saurait suffire si nous voulons identifier ensuite des règles de conflit adaptées. À ce critère principal s'ajouteront donc d'autres critères, secondaires, qu'il faudra présenter et justifier (§2).

§1. Le critère principal retenu: pluralité ou unité de responsable(s)

512. Plan. Plusieurs raisons justifient que le critère fondé sur le responsable l'emporte sur celui fondé sur le dommage. Négativement, les critères alternatifs fondés sur le dommage ou les faits qualifiés causant celui-ci ne peuvent être utilisés (A). Positivement, le critère fondé sur le responsable présente de nombreux avantages (B).

A. Justification négative du critère retenu

513. Difficultés. Distinguer les concours en fonction du dommage ou des faits dommageables n'est guère praticable. Il est tout d'abord délicat de créer des familles de concours sur cette base. Quand bien même ces familles de concours pourraient être formées, elles ne permettent pas une appréhension satisfaisante du phénomène des concours, car nécessitent toujours de revenir aux conditions d'application des différentes règles de responsabilité. Or, nous avions pour ambition de trouver un critère propre aux concours. Visiblement, le dommage n'en est pas un. La difficulté de bâtir une typologie des concours en référence au dommage (1) ainsi que le retour nécessaire, avec ce critère, aux règles de responsabilité (2), justifient son abandon et révèlent en creux la supériorité du critère retenu, qui ne nécessite pas ce retour aux règles de responsabilité.

1. Difficultés de création d'une typologie des concours par l'utilisation d'un critère reposant sur le dommage

514. Apparente pertinence. Il est possible de reprendre à notre compte la distinction classique entre le dommage patrimonial et le dommage extra-patrimonial. L'on profiterait ainsi d'une typologie des dommages déjà bien établie, et de la possibilité d'affiner cette

typologie en distinguant ensuite selon le type de préjudice(s) causé(s). Par ailleurs, les deux types de dommage peuvent en effet justifier un traitement différencié de la victime, qui serait plus légitime à être protégée dans sa chair et sa moralité que dans ses biens. Or, ce critère n'est pas pertinent.

515. Absence réelle de pertinence. Ce n'est pas parce que le dommage causé est d'une nature particulière que cela crée un concours de responsabilités d'une nature particulière. Autrement dit, la différence de nature se situerait alors au niveau du dommage souffert par la victime, pas au niveau du concours. Ce critère n'est donc pas un critère propre au concours.

Par ailleurs, l'utilisation d'un tel critère transpose au niveau du concours de responsabilités les difficultés éprouvées au niveau du dommage lui-même; la frontière entre les deux types de dommage n'étant pas facile à éprouver. Il en va ainsi du dommage corporel, dommage mixte dès lors que sont réparées les conséquences patrimoniales et extra-patrimoniales de l'atteinte à l'intégrité corporelle[1076].

Il n'est pas possible de fonder une typologie des concours sur un critère aussi peu praticable, conduisant à fragmenter ainsi la situation dommageable et à imposer à la victime des actions différentes pour obtenir réparation d'une situation unique.

Lorsque l'on tente une approche légèrement différente et que l'on retient comme critère non pas le dommage en tant que tel mais les faits générateurs du dommage, l'on n'obtient pas plus un critère spécifique aux concours.

2. Retour nécessaire aux règles de responsabilité pour l'utilisation d'un critère reposant sur les faits générateurs du dommage

516. Présentation. Le droit étant la source unique du concours de responsabilités, c'est l'appréhension, par les règles de droit, des faits ayant causé le dommage, qui rend possible le concours. La clé du concours reposerait donc dans l'opération de qualification juridique des faits. Il a pu être proposé de distinguer entre les concours reposant sur des faits qualifiés identiques et ceux reposant sur des faits qualifiés différents[1077]. Menant un raisonnement proche, il nous semble possible de distinguer trois catégories de concours.

Le premier type de concours reposerait sur des faits identiques, qualifiés différemment par les règles en concours. C'est le cas par exemple lorsqu'une personne cause un dommage par

1076V. L. CADIET, *Le préjudice d'agrément,* thèse Poitiers, 1983.

1077F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties,* BDPR, T. 201, LGDJ, 1988, p. 92 et s.

l'intermédiaire d'une chose, mais en l'utilisant de manière anormale. Les faits sont susceptibles de recevoir à la fois la qualification de faute, entrainant l'application de l'article 1382 du Code civil, et de fait d'une chose, sur le fondement de l'article 1384 al. 1er du même Code.

Le deuxième type de concours reposerait sur des faits différents, qualifiés différemment par les règles en concurrence. Par exemple, une même personne cause un dommage avec une chose, mais en adoptant, indépendamment de l'utilisation de la chose, une attitude dangereuse qu'une personne normalement diligente n'aurait pas adoptée. Ou encore, plusieurs personnes causent le dommage, mais chacune sur un fondement différent, l'une par sa faute, l'autre par le fait d'une chose.

Or, deux objections sont à apporter contre l'utilisation d'un tel critère.

La première objection tient au fait que ce critère n'est pas propre aux concours. Elle repose en réalité sur les conditions d'application de chaque règle en concours, et nécessite une appréciation subjective de ces règles, par l'opération de qualification des faits.

La seconde objection, qui est une suite logique de la première, tient au fait que le critère n'est pas à lui seul capable de discriminer les concours, puisque l'on est obligé, à chaque fois, de préciser si un seul ou plusieurs responsables sont désignés par les règles en concurrence. C'est donc bien le nombre de responsables qui fonde en premier lieu la typologie des concours de responsabilités.

B. Justification positive du critère retenu

517. Annonce. Plusieurs raisons justifient l'adoption du critère tenant à l'unité ou la pluralité de responsable(s).

518. Raison pratique. De manière quelque peu prosaïque, le critère présente l'avantage de la simplicité. L'opération de qualification des faits est antérieure, elle permet de désigner les règles potentiellement applicables. Une fois cette opération effectuée, le ou les responsables potentiels sont désignés, il est dès lors aisé de savoir si l'on est face à un concours matériel ou intellectuel de responsabilités.

519. Raison technique. La différence de nature entre le concours matériel et le concours intellectuel apparaît plus nettement que pour les autres critères, que nous avons rejetés. Ainsi, la nécessité d'une différence de traitement apparaît logiquement dès lors que l'on oppose les concours matériels aux concours intellectuels. Nous avons déjà démontré que le critère de

l'antinomie n'a pas de sens face à un concours matériel[1078]. La logique, la cohérence, n'est pas heurtée par le concours matériel, qui ne fait que traduire, en termes juridiques, la complexité de la situation de fait, la pluralité de causes juridiques au dommage. Alors que le concours intellectuel, au contraire, par la convergence de plusieurs règles de responsabilité, non seulement vers un même dommage mais aussi vers un même responsable, révèle le croisement des champs d'application de ces règles. À ce titre, le concours intellectuel est révélateur de la richesse du système de responsabilité, qui peut parfois offrir plusieurs solutions à un même problème, mais aussi de ses incohérences lorsque les solutions désignées sont contradictoires.

Dès lors, l'option laissée à la victime, qui est l'une des solutions possibles au concours, prend un sens différent que l'on se place face à un concours matériel ou intellectuel. Avec le concours matériel, la victime aura une liberté de choix quant au responsable contre lequel elle agira, avec le concours intellectuel, ce serait une liberté de choix du fondement juridique utilisé contre l'unique responsable possible. De la même manière, évincer une des règles au profit d'une autre conduit, dans le concours matériel, à canaliser la responsabilité sur l'un des responsables, alors qu'il s'agit simplement de favoriser l'une des règles dans le concours intellectuel, le responsable désigné ne changeant pas dans ce cas, seulement peut-être les conditions et les effets de sa responsabilité.

La différence de nature est réelle entre les deux types de concours et ce critère, facilement praticable, est propre aux concours de responsabilités, il n'est pas emprunté à une typologie existante de certains éléments de la responsabilité.

La distinction principale étant dégagée, il convient désormais de poursuivre cet effort de classement, dans le but d'obtenir une typologie assez fine pour permettre ensuite l'édiction de règles de conflit adaptées à chaque type de concours.

§2. Les critères secondaires retenus

520. Poursuite de la typologie. Puisqu'il s'agit d'affiner la typologie amorcée, nous identifierons les critères secondaires pertinents pour chaque famille de concours déjà isolée. Puisque les concours matériels et les concours intellectuels justifient d'une différence de nature, notre intuition est que chaque type appelle des critères secondaires particuliers. Aussi

1078V. supra, n°467.

tenterons-nous de trouver les critères secondaires en matière de concours matériels (A), puis en matière de concours intellectuels (B).

A. Critères secondaires en matière de concours matériels

521. Manifestations de la pluralité de responsables. La pluralité de responsables qui caractérise le concours matériel de responsabilités peut se manifester de différentes manières. Une acception particulièrement large de la causalité juridique permet en effet de retenir comme causes du dommage les agissements de plusieurs personnes, qui pourtant n'entretiennent pas la même proximité de fait avec le dommage. Ainsi, la théorie de l'équivalence des conditions autorise à considérer plusieurs personnes comme responsables d'un même dommage, qu'il ait été causé par leurs actions simultanées, ou bien par des agissements s'étalant dans le temps, leurs conséquences cumulées produisant le dommage final[1079]. Par ailleurs, le résultat finalement obtenu, le dommage tel qu'il est souffert par la victime, peut avoir été causé par une véritable concertation entre les responsables ou au contraire relever du pur hasard de la situation de faits. Deux critères secondaires apparaissent dès lors pertinents. Un critère temporel, tout d'abord, conduisant à distinguer les concours matériels résultant d'une coaction simultanée et ceux résultant d'une coaction successive, échelonnée dans le temps (1). Un critère psychologique, ensuite, fondé sur la volonté des personnes ayant causé le dommage d'agir ou non de concert (2).

1. Le critère temporel

522. Enjeu de la distinction. La coaction en cas de faits simultanés se distingue de la coaction en cas de faits échelonnés dans le sens où la question d'une responsabilité solidaire se pose avec une acuité différente dans les deux cas[1080]. La victime est, pour sa part, toujours placée dans la même situation, celle où elle subit un dommage qui résulte de l'action de plusieurs personnes. Les différents responsables, cependant, ne sont pas placés dans la même situation, qu'ils aient causé simultanément le dommage, ou non. Toute la question, lorsqu'il s'agira de déterminer la règle de conflit adaptée à ces types de concours, sera de savoir s'il y a lieu de condamner *in solidum* les auteurs ou non. Il y a solidarité entre débiteurs lorsque tous sont obligés à la même chose, selon l'article 1200 du Code civil. Pour admettre une solidarité entre codébiteurs d'indemnisation, il faudrait alors concevoir que chacun des auteurs a causé

1079V. supra, n°99.

1080E. POSTACIOGLU, *Faits simultanés et le problème de la responsabilité collective,* RTD civ., 1954, p. 439.

l'entier dommage. Il conviendra de déterminer si, en cas de faits simultanés et en cas de faits échelonnés, les différents responsables ont causé l'entier dommage. Or, l'intuition conduit à admettre plus facilement la possibilité pour chacun des responsables à avoir créé l'entier dommage, pour le cas où les auteurs ont agi simultanément. Pour des raisons pratiques, il est en effet plus facile d'identifier le rôle tenu par chaque responsable dans la réalisation du dommage finalement subi par la victime lorsque les faits successifs s'échelonnent dans le temps, donnant ainsi la possibilité d'apprécier dans quelle mesure chaque fait nouveau a modifié la situation de la victime.

D'autre part, le fait que les différents responsables aient agi en concertation amène à s'interroger sur les conséquences d'une autre distinction, fondée cette fois sur un critère psychologique.

2. Le critère psychologique

523. Enjeu de la distinction. La distinction entre les cas où les différents responsables ont agi en vertu d'une concertation pose la question d'une responsabilité collective. Alors que la solidarité permettrait à la victime d'agir contre l'un des responsables de son choix, pour le tout, la responsabilité collective permettrait d'agir contre un groupe identifié. Plusieurs questions se poseraient alors quant à la responsabilité de ce groupe. Tout d'abord, doit-on reconnaître une responsabilité du groupe du fait de ses membres, à l'image de ce que l'on connait en droit des personnes morales?[1081]. D'autre part, la question de l'appréciation du fait générateur se posera. Doit-on, en effet, l'apprécier au niveau du comportement de chaque individu composant le groupement, et individualiser la responsabilité, ou au contraire doit-on retenir comme fait générateur un fait unique, celui du groupe, sans avoir égard au comportement de chacun au sein de ce groupe. L'étendue de la responsabilité de chaque responsable, et les actions à la disposition de la victime dépendront de la réponse à ces questions. La volonté d'agir ensemble, de manière concertée, sera le critère permettant de départager les situations où l'action du groupe est fortuite, de celles où l'action du groupe résulte d'un processus conscient de la part de chacun de ses membres.

1081Sur la responsabilité des personnes morales du fait de leurs organes, v. not. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Conditions de la responsabilité*, op. cit., n°849 et s; J. GUYENOT, *La responsabilité des personnes morales publiques et privées, considérations sur la nature et le fondement de la responsabilité du fait d'autrui,* LGDJ, 1959; M.-A. AFCHAIN, *La responsabilité de la société (administrative, civile et pénale),* thèse Tours, 2006.

524. Conclusion. Le concours matériel de responsabilités se divise en deux sous-catégories, qui opposent les concours selon un critère temporel et un critère psychologique. Les règles de conflit adaptées à la résolution de ces concours devront permettre de déterminer, non pas la règle applicable au litige, mais l'étendue et la nature de la responsabilité de chacun des auteurs du dommage.

Avant de découvrir ces règles de conflit, il nous faut encore identifier les critères secondaires permettant la classification des concours intellectuels de responsabilités.

B. Critères secondaires en matière de concours intellectuels

525. Concours de qualifications. Le concours intellectuel est toujours un concours de qualifications. En effet, dans ces cas, une seule personne cause un dommage à une autre et le droit, se saisissant de la situation de fait, permet l'identification de plusieurs règles de responsabilités également applicables. Cette pluralité de règles est possible lorsque la personne du responsable est susceptible de relever du champ d'application de plusieurs règles, au regard de ses qualités. Elle est de même possible lorsque les faits générateurs du dommage sont susceptibles de recevoir plusieurs qualifications juridiques. Le concours de qualifications peut donc avoir trait à la personne du responsable (1), ou aux faits générateurs de responsabilité (2).

1. Concours de qualifications quant au statut du répondant

526. Présentation rapide. Le statut de la personne doit être ici entendu comme la qualité prise en compte par le droit pour appliquer un régime de responsabilité donné. Ainsi, les qualités de parent, commettant, ou encore d'artisan permettent, combinées à d'autres conditions, l'application des alinéas 3, 4 et 5 de l'article 1384 du Code civil. Or, il arrive parfois que ces qualités soient réunies sur la tête d'une même personne. Un artisan peut tout à fait prendre son enfant en apprentissage, de même qu'un professionnel peut employer son enfant. Les qualités de parent et de commettant ou artisan sont donc réunies sur la tête d'une même personne, de sorte que, si le mineur commet un acte dommageable sur son lieu de travail ou d'apprentissage, il existe un concours de responsabilités.

527. Enjeux. L'enjeu tient ici à l'identification de la règle applicable. Quelle qualité prendre en compte, parmi celles qui s'opposent, sur la tête du responsable? Deux alternatives sont possibles: soit l'on permet la prise en compte égalitaire des différentes qualités, le concours

sera alors réglé par une option entre les différentes règles en présence; soit l'on fait le choix d'une prise en compte inégalitaire des différentes qualités, le concours pouvant alors être réglé non plus par l'option, mais par l'alternative, l'une des règles en présence devant être préférée à l'autre. La question d'un classement, d'une hiérarchie opérée entre les différentes qualités en concours, devra donc être résolue.

2. Concours de qualifications quant aux faits générateurs de responsabilité

528. Présentation rapide. Chaque régime de responsabilité pose des conditions spécifiques à son engagement, conditions qui sont indifférentes à celles posées par d'autres textes. Ainsi, la responsabilité pour faute suppose l'existence d'une faute de la part du responsable, en lien causal avec le dommage, alors que la responsabilité du fait des choses nécessite que le responsable soit le gardien de la chose, cause du dommage. Il résulte de cela que la faute est inopérante, et même indifférente, concernant la mise en œuvre de la responsabilité du fait des choses, et inversement, le fait qu'une chose manipulée par l'auteur du dommage en soit aussi la cause, est indifférent pour engager la responsabilité pour faute. Ce cloisonnement des règles de responsabilité, face à la possible complexité des situations de fait, permet le concours de qualifications lorsque la situation le permet. Il arrive parfois que certains régimes de responsabilités partagent des conditions d'engagement, la possibilité d'un concours de qualifications apparaît alors plus nettement. C'est le cas lorsque les règles en concours entretiennent un rapport d'espèce à genre. Ainsi, l'article 1382 du Code civil, et l'article L. 1142 du Code de la santé publique partagent-ils une même condition d'engagement de la responsabilité, à savoir l'existence d'une faute. Dans le premier cas, la faute sera toute faute, commise par tout individu, alors que dans le second cas, la faute sera celle d'un praticien, une faute médicale, au sens large. Mais la qualification générique reste la faute.

529. Enjeux. Parce qu'il s'agit encore d'un concours de qualifications, l'enjeu tient à la désignation de la règle applicable au litige, qui sera fonction de l'attitude adoptée face à la pluralité de qualifications possibles des faits générateurs. Là encore, l'option, libre comme hiérarchisée, est envisageable entre les différentes qualifications juridiques des faits.

530. Conclusion. Le concours intellectuel impose de faire un choix. La palette des possibles va du choix le plus libéral, en ce que l'option, donnée au juge ou à la victime, peut être laissée à la libre appréciation du magistrat ou du plaideur, au choix le plus restrictif, la hiérarchie entre les qualifications restreignant la liberté de l'un et de l'autre.

531. Synthèse de la typologie. Les concours de responsabilités se divisent en deux familles principales, que sont les concours matériels et les concours intellectuels. Chacune de ces familles se subdivise ensuite en plusieurs catégories. Les concours matériels sont composés des concours de faits simultanés et concours de faits successifs, ainsi que des concours résultant d'une rencontre fortuite et ceux résultant d'une action concertée des responsables. Les concours intellectuels se divisent, pour leur part, selon l'objet du concours de qualifications, qui peut porter soit sur le statut du responsable, soit sur les faits générateurs du dommage.

Reste désormais à établir des règles de conflit adaptées au règlement de chacun de ces types de concours.

Section 2 Règles de conflit adaptées

532. Retour nécessaire aux règles de responsabilité. Chaque type de concours soulève un enjeu particulier. Soit l'on doit désigner le ou les responsables devant répondre du dommage causé, soit l'on doit faire le choix d'une ou plusieurs règles applicables à la situation. Pour faire ce choix, il faudra avoir égard aux règles en concours, au fond du droit et non plus se contenter d'une réflexion au seul niveau du concours de responsabilités. Nous aurons aussi égard aux règles de procédures civiles, le concours se manifestant par le biais d'une action en responsabilité civile. Les règles de conflit posées seront donc fonction des possibilités offertes par le droit positif, de la procédure civile, mais aussi de la responsabilité civile.

533. Panorama des possibles. Les techniques de règlement des concours sont relativement limitées. Face à une pluralité de responsables, soit l'on décide de retenir leur responsabilité à tous, auquel cas se pose la question d'une responsabilité solidaire, soit l'on décide d'élire un seul responsable et la question soulevée concerne alors le critère de discrimination. Face à une pluralité de qualifications, trois attitudes sont possibles. Soit toutes les qualifications peuvent être retenues, l'on parlera alors de cumul des règles en concours. Soit l'une des qualifications en concours peut être librement retenue, l'on parlera alors d'option entre les règles en concours (il est alors à noter que le cumul contient l'option). Soit, enfin, l'une des qualifications seulement peut être retenue et l'on parlera alors d'exclusivité d'une des règles en concours. Ces différentes techniques seront tour à tour utilisées pour régler les concours de responsabilités. Pour ce faire, nous reprendrons la *summa divisio* posée précédemment, et

distinguerons les règles adaptées aux concours matériels (§1) des règles adaptées aux concours intellectuels (§2).

§1. Règles de conflit adaptées aux concours matériels

534. Position du problème. Le concours matériel impose de penser le concours à deux niveaux. Deux types de rapports sont créés par la pluralité d'auteurs du dommage. Le premier, entre les différents auteurs et la victime, le second, entre les coauteurs. Le concours existe à ces deux niveaux. Dans le premier cas, la victime a, à sa disposition, plusieurs actions en responsabilité contre plusieurs auteurs du dommage. Le concours de responsabilités est alors certain. Dans le second cas, celui ou ceux des auteurs qui a/ont indemnisé la victime va/vont tenter d'obtenir des autres auteurs leur part d'indemnisation. Le concours peut alors ressurgir, plusieurs recours pouvant, en théorie, être intentés par le *solvens*.

Les règles de responsabilité ne permettent pas de donner une solution, d'emblée, à ces problèmes. Chaque règle de responsabilité se contente, en effet, de poser les conditions dans lesquelles une personne est amenée à répondre des conséquences de certains faits. La question de la contribution de chaque co-responsable n'est donc pas réglée. La règle de responsabilité s'intéresse à un seul rapport, celui qu'entretient la victime avec le responsable.

L'enjeu des règles de conflit est donc de réguler les rapports de la victime avec chaque responsable, et les rapports que chaque responsable entretient avec les autres. Autrement dit, la règle de conflit en matière de concours matériel de responsabilités doit être mise en œuvre au stade de l'obligation à la dette (A), puis au stade de la contribution à la dette (B).

A. Règles de conflit au stade de l'obligation à la dette

535. Point de vue de la victime. Penser l'obligation à la dette en matière de concours matériel de responsabilités impose de se placer du côté de la victime. Il s'agit de savoir comment peut se traduire, pour cette dernière, la complexité de la situation. Concernant les faits, deux hypothèses sont envisageables. Soit le dommage est causé par des faits, identifiés, qui permettent de retenir la responsabilité de plusieurs personnes, elles aussi identifiées. Alors, l'on se demandera si la victime doit agir contre tous, ou si elle peut agir contre l'un d'eux seulement, pour obtenir réparation. Soit le dommage est causé par plusieurs personnes, agissant de concert, de sorte que l'on ignore au juste qui a causé le dommage, bien que l'on ait la certitude que la cause se trouve dans l'action de toutes les personnes impliquées. La question est alors différente, puisqu'il s'agit de savoir si la victime peut tout de même obtenir

réparation de son dommage dans ce cas, autrement dit, si elle peut se voir reconnaitre une action en responsabilité et sur quel fondement.

536. Règles de conflit et types de concours. Nous avions identifié des types de concours qui n'avaient pas égard aux règles de responsabilités. L'établissement de règles de conflit nécessite le retour aux règles de responsabilité et par la même l'affinement de la typologie. Il faut en effet tenir compte, à ce stade, de l'appréhension de la complexité de la situation de faits par le droit. La typologie établie sera donc complétée par une distinction selon la situation de faits, telle que le droit la saisit. Les règles de conflit proposées tiennent ainsi compte de ces deux configurations des faits et nous distinguerons le règlement du concours en cas de pluralité d'auteurs, identifiés, et tous cause du dommage (1) du règlement du concours en cas de pluralité d'auteurs ne permettant pas d'identifier la cause du dommage (2).

1. Pluralité d'auteurs identifiés et certitude quant aux causes du dommage

537. Liberté. Dans ce premier cas de figure, la victime a pu identifier les auteurs de son dommage. Cela signifie qu'elle est capable de réunir les preuves nécessaires à la reconnaissance de la responsabilité de chacun des auteurs du dommage. Dans cette situation, nous préconisons l'adoption de la liberté, par principe, du choix par la victime de la personne à qui elle demandera l'indemnisation de son dommage. Elle doit en effet être libre d'agir contre l'un des auteurs, pour le tout (a), ou de préférer tous les attraire en justice (b). Ce n'est que par exception qu'elle doit se voir fermer cette liberté de choix (c).

a. Libre choix d'un responsable, pour l'indemnisation de tout le dommage

538. Liberté commandée par les règles de procédure civile. Les règles qui gouvernent le procès civil induisent cette liberté de la victime. Le plaideur doit en effet assumer une charge, celle d'alléguer les faits propres à fonder ses prétentions. L'article 6 du Code de procédure civile en dispose ainsi. Assumant cette charge, la victime qui choisirait d'invoquer les seuls faits susceptibles de permettre la reconnaissance de la responsabilité d'un des auteurs, et qui négligerait les autres faits, ne serait pas condamnable. Elle exercerait simplement un choix qui ne lui est pas interdit pas le Code de procédure civile. Le juge, soumis aux faits apportés et ne pouvant pas statuer *ultra petita*, est enfermé dans le litige[1082], tel que les parties l'ont dessiné. L'action en responsabilité opère toujours par réduction de la situation de fait, le

1082Les articles 4 et 5 du Code de procédure civile posent le principe de l'immutabilité du litige, enfermé dans les limites tracées par les parties. Seuls les faits entrés dans le débat peuvent permettre au juge de prononcer sa décision (art. 7 du Code de procédure civile).

plaideur apportant au juge les seuls faits qu'il estime pertinents pour fonder sa demande. Le juge n'a donc, toujours, qu'une vision tronquée de la situation de fait. Le concours de responsabilités, dans cette hypothèse, peut échapper au juge, car les agissement d'autres personnes impliquées dans la réalisation du dommage peuvent ne jamais être portés à sa connaissance.

539. Liberté permise par les règles de responsabilité civile. Chaque règle de responsabilité est, en principe, indifférente aux autres règles de responsabilité, ainsi qu'à la possibilité d'une pluralité d'auteurs du dommage. Chacune pose en effet les conditions de la responsabilité d'une personne, l'auteur, envers une autre, la victime. Chaque règle de responsabilité évolue donc dans une relative indifférence pour ses homologues et se limite à un rapport, celui qu'entretient la victime avec l'auteur du dommage.

540. Question du quantum de l'indemnisation. Le fait que la victime soit libre de choisir le responsable contre lequel elle agit laisse en suspend une question, celle du quantum de l'indemnisation qu'elle peut obtenir de lui. Elle choisit en effet de laisser de côté la pluralité d'auteurs du dommage, qui existe pourtant. Il s'agit de savoir si elle peut obtenir, auprès d'un seul des auteurs, l'intégralité de la dette de réparation.

Il se trouve qu'en droit positif, la victime peut agir contre l'un des auteurs et obtenir de lui l'entière réparation de son dommage[1083]. Le débiteur de réparation ne peut s'exonérer par la preuve que le fait d'un tiers, coauteur, a contribué à causer le dommage[1084]. L'argument du concours matériel de responsabilités est donc sans effet pour le défendeur à l'action en responsabilité. Ce dernier peut cependant appeler en garantie les autres responsables qu'il a identifiés. Il est à noter par ailleurs que le refus d'exonérer l'auteur à l'égard de la victime est sans incidence sur le sort de l'action en garantie exercée par lui à l'encontre d'un tiers ayant concouru à la réalisation du dommage[1085]. Ce que l'on nomme l'obligation *in solidum* profite donc à la victime et n'empêche pas l'auteur de recourir ensuite contre les autres personnes ayant participé à la réalisation du dommage. Cette règle, opportune pour la victime, qui n'a pas à diviser ses poursuites en autant d'auteurs qu'il y en a, doit trouver un fondement.

541. Fondement textuel à l'obligation au tout. Les juges visent la solidarité des articles 1200 et suivants du Code civil pour retenir l'obligation *in solidum* des co-responsables[1086]. Or,

1083V. par ex. Civ. 3e, 31 mars 2009, RCA, 1999, com. n°116.

1084Le fait du tiers n'est pas une cause d'exonération, à moins de revêtir les caractéristiques de la force majeure, v. par ex. Civ. 2e, 13 mars 2003, Bull. civ., II, n°65, RCA, 2003, com. n°65.

1085Civ. 1re, 26 septembre 2012, inédit, n°10-25139.

1086Civ., 4 décembre 1939, DP, 1941, p. 124, note HOLLEAUX.

la solidarité dont il est question dans le Code civil, aux articles 1200 et suivants, ne se présume pas, en principe, sauf dans les cas où la solidarité est de plein droit, car résultant d'une disposition légale. Aucune disposition légale ne posant le principe d'une solidarité de plein droit des coauteurs d'un dommage[1087], concernant leur obligation à la dette de réparation, deux déductions sont alors possibles. Soit l'on considère que la solidarité entre les débiteurs d'indemnisation est *contra legem*[1088], et ne devrait pas être retenue, soit l'on considère qu'il s'agit là d'une solidarité différente, propre à la responsabilité, mais que, faute de texte plus approprié, le juge vise les seuls articles à sa disposition[1089]. La seconde proposition semble juste, les juges de la Cour de cassation sanctionnant les juges du fonds retenant la solidarité entre les codébiteurs d'indemnisation[1090], mais acceptant l'obligation *in solidum*[1091]. Les deux notions ne seraient donc pas équivalentes. L'obligation au tout n'est donc pas un cas de solidarité au sens de l'article 1200 du Code civil[1092]. La distinction permet aux juges de retenir quelques règles communes à l'obligation *in solidum*, et l'obligation solidaire, comme par exemple la possibilité pour la victime de choisir son débiteur sans pouvoir se voir opposer le bénéfice de division (art. 1203 du Code civil), ou la possibilité pour le *solvens* de se retourner ensuite contre les autres auteurs du dommage (art. 1213 et 1214 du Code civil).

1087Certains textes le prévoit, et font donc figure d'exception au principe qui serait l'absence de solidarité entre les coauteurs : par ex., art. 389-5 du Code civil (père et mère administrateur légaux), art. 1384 al. 4 du Code civil (père et mère responsables du fait d'un mineur), art. L. 141-4 du Code de l'aviation civile (propriétaire et locataire d'un aéronef), art. L. 122-15 du Code du travail (employeur et salarié pour dommages causés au précédent employeur), divers responsabilités en droit des sociétés (art. 1840, 1843, 1878, 1850 et 1872-1 du Code civil).

1088Pour une critique de l'obligation in solidum, ne trouvant pas de fondement dans la loi, v. not., J. VINCENT, *L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive,* RTD civ., 1939, p. 601 et s. spé. n°49 et s.

1089Malgré le manque d'assise textuelle, la solution peut se prévaloir d'une certaine tradition juridique, qui remonte au droit romain, cf introduction.

1090Com., 20 février 1978, Bull. civ., IV, n°71, « la solidarité entre les débiteurs ne peut être prononcée que dans les cas prévus par la loi et ne peut être déduite du seul fait de leur obligation à réparer le dommage ».

1091Pour une espèce particulièrement claire, V. Civ. 1re, 14 décembre 1964, RTD civ., 1965, p. 671, note G. CORNU. Les juges refusent la solidarité, mais acceptent l'obligation in solidum lorsque les circonstances sont réunies, à savoir que soient réunies sur la tête de chacun des débiteurs d'indemnisation les conditions de la responsabilité, et qu'il soit impossible de dissocier la part de chacun dans le dommage causé. Les juge prononçant une solidarité entre les coauteurs ne sont pas pour autant sanctionné par la Cour de cassation, qui y voit une simple erreur terminologique, Ch. mixte, 26 mars 1971, Bull. civ., n°6.

1092Sur cette distinction, MAZEAUD et TUNC, *traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* T2, 6e éd., Montchrestien, 1970, n°1961 à 1964; J. VINCENT, *L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive,* RTD civ., 1931, p. 601 et s., spé. p. 661 et s. L'auteur est cependant très critique quant à la jurisprudence, qui méconnait la lettre de l'article 1202 du Code civil en reconnaissant une véritable solidarité entre corresponsables. Il élabore ensuite une théorie de l'obligation in solidum. À la différence de la solidarité, l'obligation in solidum repose sur une pluralité d'objets, puisque chaque responsable est tenu de sa propre dette, et non pas d'une dette commune, partagée avec les autres: « ce qui donne à l'obligation in solidum sa physionomie propre, ce n'est pas seulement la pluralité de liens; les dettes des codébiteurs ne sont pas distinctes seulement par leur cause efficiente, par le fait générateur qui a présidé à leur naissance, elles le sont aussi par leur objet ». (spé. p. 668 et 669, et 673).

L'obligation au tout souffre d'un manque d'assise légale, puisqu'aucun texte ne prévoit que l'un des coauteurs d'un dommage puisse être tenu à le réparer en entier auprès de la victime. Pourtant, les coauteurs d'un même dommage sont obligés à une même chose, la réparation du dommage, et chacun doit la totalité de cette dette d'indemnisation à la victime. Par contre, la victime ne pouvant pas recevoir plus que ce qui correspond à la réparation de son dommage, le paiement de l'un libère les autres, auprès de la victime. Les conditions de l'article 1200 du Code civil sont réunis, il y a bien solidarité entre les coauteurs.

La faiblesse dû à l'absence de fondement légal express ne suffit pourtant pas à condamner l'obligation au tout, qui trouve une justification idéologique solide.

542. Fondement idéologique de l'obligation au tout. Le juge se contentant de viser les textes propres à la solidarité et les règles de responsabilité mises en œuvre, dans chaque espèce, pour condamner chaque responsable, l'on peut se tourner vers la doctrine pour y trouver quelques tentatives de fondement de l'obligation *in solidum*.

Certains auteurs y virent une peine privée, à une époque où la responsabilité civile était encore, de manière quasi-exclusive, fondée sur la faute[1093]. Quand bien même peut sembler pertinente l'idée selon laquelle la responsabilité a, en plus d'une fonction de réparation, une visée punitive, ce raisonnement peine à convaincre à une époque où la responsabilité objective s'est considérablement développée, relativement indifférente au comportement de l'auteur, et reposant sur les idées de risque ou de garantie offerte à la victime.

Plus contemporaines sont les deux autres explications. Il a pu être tout d'abord soutenu que chaque cause du dommage est cause de l'entier dommage[1094]. Le dommage serait donc indivisible et ne permettrait pas de distinguer qui a causé quelle part du dommage. Il a pu être défendue l'idée relativement proche de l'indivisibilité du lien causal[1095], idée qui aboutit au même résultat que la précédente, à savoir l'impossibilité de déterminer dans quelle mesure

1093P. ESMEIN, *Peine ou réparation,* Mélanges P. ROUBIER, T. II, Dalloz, 1961, p. 37 et s. « quand est imputable à plusieurs défendeurs, la jurisprudence décide qu'ils doivent tous être condamnés *in solidum* au profit de la victime, sous prétexte qu'il est impossible d'attribuer à la faute de chacun une partie distincte du dommage. Mais cette raison ne vaut pas, puisqu'on fait bien le partage lorsqu'il y a une faute de la victime, et qu'on le fait à l'occasion du recours entre coauteurs dont l'un a du indemniser entièrement la victime. Tout cela ne peut s'expliquer que parce que la responsabilité est traitée comme une sanction, et les dommages intérêts comme une peine. », spé. p. 41; P. KAYSER, *la solidarité en cas de faute,* Rev. Crit., 1931, p. 197.

1094Fr. CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*, LGDJ, DBPR, p. 18 et s. L'auteur rejette l'idée de la faute mutuelle, unique, car elle aurait un champ d'application trop restreint, uniquement réservé aux cas de faute collectives, concertées. Pour le reste, les fautes sont individuelles et non communes selon cet auteur. Il rejette aussi l'idée de l'indivisibilité du lien causal (sur cette idée, voir MEURISSE, *Le déclin de l'obligation in solidum,* D., 1962, p. 243). L'argumentation retenue par l'auteur repose sur l'indivisibilité du dommage et non de la causalité. ; B. STARK, *La pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile,* JCP, 1970, I, 2339.

1095MEURISSE, *Le déclin de l'obligation in solidum,* D., 1962, p. 243.

chaque responsable a causé le dommage. Les auteurs qui ne nient pas l'existence de la causalité partielle, soutiennent qu'il est difficile, sinon impossible, de diviser la causalité[1096], et se rangent, plus par nécessité que par conviction logique, à ce raisonnement. Or, nous avons démontré qu'il était possible de diviser la causalité, et que le juge, d'ailleurs, ne s'en privait pas[1097].

Plus convaincante encore est l'explication tenant à la garantie offerte à la victime[1098]. Cependant, il s'agit d'une règle plus pratique que logique, car la causalité peut être divisée, et il semble injuste que l'un des responsables soit tenu de la totalité de l'indemnisation, même pour un temps, alors qu'il n'a causé qu'une partie du dommage[1099]. Toutefois, il apparaît plus injuste encore de faire supporter à la victime les conséquences des circonstances de fait. Elle se trouverait alors moins bien lotie lorsque le dommage est causé par plusieurs personnes, alors même qu'elle disposerait de plusieurs répondants, si elle devait agir contre chacun pour sa part. L'objet premier de la responsabilité civile étant la réparation des dommages injustement causés à autrui, il est cohérent que cela soit l'auteur poursuivi qui supporte, au moins pour un temps, l'entière dette de réparation, et non pas la victime. De plus, la solidarité a , en matière contractuelle, une double finalité, la réalisation d'un échange, et la garantie du créancier[1100]. Il est dès lors pertinent de considérer que la fonction de garantie persiste en matière de responsabilité délictuelle.

Nous souscrivons donc à l'idée que l'obligation au tout des corresponsables est fondée sur la garantie offerte à la victime. À ce titre, elle mériterait d'être introduite dans le Code civil, par le biais d'une disposition spéciale prévoyant la solidarité entre les coauteurs identifiés d'un dommage, et renvoyant aux articles 1200 et suivants du Code civil[1101]. Il est en effet dans

1096B. STARCK, *La pluralité des causes de dommages et la responsabilité civile,* JCP, 1970, I, 2339, n°6. Et supra, n°304.

1097V. supra, et la tentative en jurisprudence, en ce sens, par l'arrêt Lamoricière, Com., 19 juin 1951, deux arrêts, JCP, 1951, II, 6426, note E. BECQUE, D., 1951, p. 717, note G. RIPERT; J. BORÉ, *La causalité partielle en noir et blanc ou les deux visages de l'obligation in solidum,* JCP, 1971, I, 2369.

1098V. not. J. BORÉ, *Le recours entre coobligés in solidum,* JCP, 1967, I, 2126 : « l'obligation in solidum se justifie surtout comme une garantie de paiement accordé à la victime, lorsque le dommage a plusieurs auteurs: il ne faut pas que cette pluralité d'auteurs rende plus difficile l'action de la victime; et il est même opportun qu'elle en accroisse l'efficacité, chacun se faisant garant de la solvabilité des autres ». Du même auteur, défendant la même idée, *La causalité partielle en noir et blanc ou les deux visages de l'obligation in solidum,* JCP, 1971, I, 2369, n°10. M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle,* Economica, 2012, p. 561.

1099L'assurance permet de nuancer ce propos, G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n°411.

1100M. MIGNOT, juris-classeur, fasc. 20, solidarité fasc. 2, Lexisnexis, mis à jour au 31 décembre 2007, n°149.

1101L'avant-projet de réforme des obligation et de la prescription, sous l'égide du professeur CATALA prévoit dans ce sens d'intégrer une disposition dans le Code civil, retenant la responsabilité solidaire des coauteurs d'un même dommage (art. 1378 de l'avant-projet). Il n'a pas paru utile aux auteurs de maintenir la distinction

l'intérêt de la victime de ne pas souffrir des circonstances de fait, c'est-à-dire de la pluralité d'auteurs du dommage. Cependant, si celle-ci est autorisée à agir pour le tout à l'encontre d'un des auteurs, elle peut aussi choisir d'agir contre tous les auteurs identifiés lors d'une même instance. .

b. Libre choix de tous les responsables, pour l'indemnisation de tout le dommage

543. Liberté. Si la victime peut choisir l'un des responsables pour son action en responsabilité, elle peut tout aussi bien choisir de les attraire tous en justice, les règles régissant le procès civil le lui permettant.

Les articles 323 et 324 du Code de procédure civile envisagent l'hypothèse d'une pluralité de parties, que la demande soit formée par une personne contre plusieurs défendeurs, ou qu'elle soit formée par plusieurs demandeurs contre un seul défendeur. Le principe est l'indépendance entre les litisconsorts, chacun devant supporter pour lui les droits et obligations des parties à l'instance. La victime devra alors prouver que sont réunies les conditions de la responsabilité de chacun des défendeurs à son action. Les éléments de l'obligation *in solidum* pourront dans ce cas être réunis, puisque si la preuve est rapportée, et que chacun des auteurs ne peut invoquer de cause d'exonération, chacun sera tenu pour le tout. Toutefois, le juge ayant face à lui les co-responsables lors d'une même instance, devra décider de la répartition entre eux de la dette d'indemnisation[1102].

Cette situation ne pose donc pas de véritable problème, la victime ayant pu prouver que chaque auteur est bien, de par son action, une cause du dommage, toutes les responsabilités peuvent être engagées.

Il est cependant un cas où la liberté de choix de la victime doit être remis en cause.

c. Absence exceptionnelle de choix du responsable par la victime

544. Canalisation exceptionnelle de la responsabilité. Il est des cas, rares, où la règle de responsabilité organise ses rapports avec les autres règles et opère par canalisation sur la tête d'un responsable désigné. Ces régimes spéciaux ont la particularité de désigner un responsable unique, qui ne peut s'exonérer par la preuve d'un fait du tiers, ou même d'un fait de force majeure. Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer ces régimes spéciaux, et de

entre obligation in solidum et obligation solidaire, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription,* La documentation française, 2006, p. 183.

1102Le juge a l'obligation de répartir entre les coauteurs la contribution de chacun dans la réparation du dommage, v. not. Civ. 1re, 29 novembre 2005, Bull. civ., I, n°451.

justifier leur maintien, en raison, d'une part, de la garantie qui est offerte à la victime d'avoir un répondant solvable, du fait d'une obligation d'assurance, et, d'autre part, de la prédisposition logique de ces responsables à assumer les risque d'une activité dont ils profitent[1103]. Si l'on permettait à la victime de choisir d'agir contre une autre personne que le responsable désigné par ce régime spécial, l'on ruinerait les vues du législateur qui a tout fait pour diriger la responsabilité vers une seule personne qui est la plus à même, non seulement de prévenir le dommage, mais encore de le réparer. En effet, la loi impose à une personne d'assumer les conséquences d'une activité donnée. Elle empêche par ailleurs quiconque n'est pas spécialement désigné d'avoir à en assumer les conséquences, par dérogation aux principes classiques de la responsabilité civile. Permettre à la victime d'agir contre une personne non désignée par la loi spéciale fait reposer, au moins temporairement, sur les épaules d'un autre, les conséquences de l'activité du responsable par canalisation. Or, c'est un désagrément qu'aucune personne ne devrait avoir à supporter. L'option libre doit donc être fermée, lorsque le concours matériel voit se rencontrer plusieurs régimes de responsabilité, dont l'un opère par canalisation de la responsabilité sur un débiteur unique de réparation.

545. Conclusion. Lorsque la responsabilité de chacune des personnes impliquées dans la réalisation du dommage peut être prouvée, le principe doit être la liberté de choix de la victime. L'obligation au tout lui permet de n'attraire qu'un responsable et d'obtenir de lui l'intégralité de la réparation de son dommage. Les règles de procédure civile lui permettant aussi d'agir contre plusieurs défendeurs, elle peut choisir de le faire, ce qui permettra au juge de statuer sur le principe de la responsabilité de chacun, et de répartir entre les coauteurs la dette d'indemnisation, en une seule instance. Par exception, lorsque l'une des règles en concours canalise la responsabilité sur une personne particulièrement désignée pour réparer le dommage, la liberté doit être écartée, pour laisser place à l'obligation, pour la victime, d'agir sur le fondement de cette règle spéciale.

La victime est dans une situation plus délicate lorsqu'elle ne parvient pas à prouver qui, parmi les personnes impliquées dans la réalisation du dommage, l'a vraiment causé.

2. Pluralité d'auteurs identifiés et incertitude quant aux causes du dommage

546. Problématique. Il est des situations où, du fait de la pluralité de personnes impliquées dans la réalisation du dommage, l'on se trouve dans l'impossibilité d'en identifier la cause

1103V. supra, n°247.

réelle[1104]. Il en va ainsi de l'accident de chasse où, tous les chasseurs ayant tiré des plombs identiques, l'on ne sait lequel a blessé la victime. Il en va encore ainsi lorsque plusieurs laboratoires mettant sur le marché un même produit, l'on ne sait lequel a commercialisé celui qui a causé son dommage à la victime. Or, si l'on ne parvient à identifier la cause du dommage, il manque un élément de la responsabilité et la victime ne devrait pas, dans ce cas, recevoir d'indemnisation. La situation peut sembler inopportune, car si un seul avait agi, la victime aurait pu obtenir réparation. Pour contrer cette solution, les juges retiennent actuellement la responsabilité *in solidum* des personnes impliquées[1105]. Cette responsabilité repose semble-t-il sur une présomption de causalité, puisque chaque responsable peut échapper à la condamnation en prouvant qu'il n'a pu être la cause du dommage[1106]. La présomption de causalité permet de retenir la responsabilité, et donc de fournir une indemnisation à la victime. Il y a donc un concours de responsabilités, créé par l'utilisation de l'obligation *in solidum*, là où l'application rigoureuse des règles de responsabilité devrait conduire à ne reconnaître aucune responsabilité.

Nous avions déjà eu l'occasion de critiquer cette utilisation du concours. Il est désormais temps de proposer un règlement différent de ces faux concours créés par considération pour la victime et de départager les situations où cette dernière pourra agir contre les membres d'un groupe, des situations où elle devra supporter seule la charge de son dommage.

La réponse se trouve, nous semble-t-il, dans le concept de responsabilité collective (a), dont il faudra présenter les conditions (b).

a. Le concept de responsabilité collective

547. Nouveauté. La responsabilité est, par principe, individuelle, chacun répondant de son propre fait. Quand bien même l'on répond aussi des choses que l'on a sous sa garde, ou des personnes dont on doit répondre, l'on peut toujours relier, d'une manière ou d'une autre, le fait dommageable à la personne qui l'assume. Ainsi, le fait de la chose est relié à son gardien qui a sur elle un pouvoir de direction et de contrôle, tandis que le fait d'autrui est relié au répondant par un lien d'autorité.

1104V. supra, n°110 et s.

1105Civ. 2e, 9 mai 1976, 3 arrêts, JCP, 1978, II, 18773, note DEJEAN de la BATIE, concernant les accidents de chasse; Civ. 2e, 1er avril 1998, Bull. civ., II, n°119, concernant les jeux dangereux d'enfants, causant un incendie; Civ. 1re, 17 juin 2010, RCA, 2010, comm. n°259, note C. RADÉ, en matière médicale, pour un patient ayant contracté une infection nosocomiale dans l'un des établissements fréquentés, sans que l'on parvienne à déterminer lequel.

1106Civ. 2e, 9 mai 1976, *op. cit;* la solution est étendue au domaine médical, avec les infections nosocomiales, Civ. 1re, 17 juin 2010, RCA, 2010, comm. n°259, note C. RADÉ.

La responsabilité collective suppose, au contraire, de relier l'activité d'un ensemble de personne au fait dommageable et non pas un fait personnel. En droit pénal, la théorie de la coaction[1107] permet d'imputer à plusieurs auteurs une infraction résultant d'une action collective, sur la base d'une appréciation globale des faits[1108], si bien que l'on peut y voir une véritable règle d'imputation[1109]. Or, le droit de la responsabilité civile ne connaît pas l'équivalent.

548. Un fondement à trouver. La nouveauté d'une telle responsabilité impose d'identifier un fondement solide, pour justifier qu'une personne soit responsable d'un dommage sans que l'on ait pu prouver qu'elle en est personnellement l'auteur. Plusieurs pistes ont pu être proposées en doctrine.

M. Postagliu a ainsi pu soutenir que chaque membre du groupement a commis une faute, ne serait-ce qu'en agissant au sein du groupe, qui a contribué à l'impossibilité d'identifier l'auteur du dommage[1110]. Mais alors, la responsabilité redevient personnelle, puisque chaque membre du groupe est auteur de la faute qui consiste à avoir agi au sein du groupe. De plus, le dommage qui doit alors être réparé n'est pas l'entier dommage, mais, nous semble-t-il, la perte de chance d'obtenir une réparation. En effet, ce faisant, l'on ne rattache pas chaque auteur au dommage finalement produit, qui n'est pas causé par la faute d'organisation, ou d'action en groupe. Ce que cette faute commune a causé, c'est l'impossibilité d'identifier l'auteur du dommage, dont on sait qu'il se trouve au sein des membres du groupe, et qui, dûment identifié, aurait été condamné à indemniser la victime. Il y a donc perte d'une éventualité favorable, donc perte de chance. Cette approche n'est donc pas satisfaisante.

Un autre auteur, M. Aberkane, a pu proposer de reconnaître une quasi personnalité juridique du groupe ayant agit de manière concertée[1111]. Il ne s'agit pas d'une véritable personnalité juridique, car le groupe ainsi constitué n'a pas de patrimoine propre, la dette de responsabilité étant reportée sur le patrimoine personnel de chacun de ces membres. Cependant, c'est au niveau de l'action du groupe que l'auteur se propose d'apprécier la responsabilité. Pour que le groupe existe aux yeux du droit de la responsabilité, il faut caractériser une « activité commune, délibérément poursuivie et voulue »[1112]. La notion réclame donc un « élément

1107D. ALIX, *Essai sur la coaction* LGDJ, 1976; C. DPEYROU, *L'infraction collective,* RSC, 1973, p. 357.

1108V. Crim. 22 mai 1957, Bull. crim., n°436; 28 juillet 1969, Gaz. Pal., 1969, 2, p. 364, note J.-P. DOUCET.

1109Fr. ROUSSEAU, *De quelques réflexions sur la responsabilité collective,* D., 2011, chron. p. 1983; D. ALIX, *op. cit.,* n°152 et s.

1110E. POSTAGLIU, *Faits simultanés et le problème de la responsabilité collective,* RTD civ., 1954, p. 438.

1111H. ABERKANE, *Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes,* RTD civ., 1958, p. 516, spé. n°29 et s.

1112H. ABERKANE, *op. cit.,* n°31.

matériel, qui consiste en l'activité déployée, et surtout un élément psychologique, subjectif, qui transcende cette activité en en faisant l'objectif commun et voulu par tous »[1113]. Cela permet à l'auteur de distinguer selon que le groupement est fortuit ou non. En cas de regroupement fortuit, la responsabilité doit rester personnelle. Elle sera collective lorsque les membres du groupe ont agi de manière concertée, consciemment réunis à l'occasion d'une activité qui leur profite à tous, étant précisé que, si la victime fait partie elle-même du groupe, son indemnisation sera réduite[1114].

Si le fondement nous parait effectivement être trouvé dans la coaction, faute de quoi il n'y aurait qu'addition de responsabilités personnelles, le critère fixé par M. Aberkane semble trop rigoureux, en ce qu'il exige une participation non seulement volontaire à l'action groupée, mais encore un objectif commun et voulu de tous. Ce critère psychologique rendra, en pratique, difficile la reconnaissance d'une responsabilité collective. Par ailleurs, le juge, en droit positif, n'a pas d'égard pour le discernement, pour engager la responsabilité d'une personne[1115]. Imposer un tel critère psychologique pour la reconnaissance de la responsabilité collective paraît à contre-courant du droit positif, et introduirait une incohérence. Rejetée pour la responsabilité personnelle, la capacité de discernement serait retenue pour la responsabilité collective. Un tel décalage n'est pas souhaitable.

Le critère psychologique, que nous avions identifié comme un élément pertinent de distinction entre les concours matériels n'est finalement pas utilisable lorsqu'il est confronté aux règle de la responsabilité civile. Peu importe donc que les coauteurs aient agi ensemble en vue de la réalisation d'un but commun, ou en vertu d'une rencontre fortuite, d'un hasard de fait.

549. Proposition. Le fondement retenu de la responsabilité collective n'est pas la faute d'organisation de chacun des membres du groupe, ni l'action concertée en vue de la réalisation d'un but commun, mais simplement le fait dommageable, résultant de l'action d'un groupe de personnes. Il s'agirait de créer une responsabilité collective aux côtés des cas de

1113*Ibidem.*

1114H. ABERKANE, *op. cit.,* n°34., la mesure définitive de l'indemnisation sera fixée, selon l'auteur, en fonction du nombre de participants. Le partage se faisant à parts égales, le total des parts d'indemnisation prendra en compte la participation de la victime. Ainsi, pour reprendre l'exemple donné par l'auteur, si quatre personnes composent le groupe, dont la victime, elle recevra une indemnisation fixée aux trois quart de la dette totale d'indemnisation. Cela revient à lui faire supporter la part qu'elle aurait du donner si la victime avait été extérieure au groupe.

1115Art. 414-3 du Code civil, anc. Art. 489-2; la faute ne nécessite ainsi ni capacité de discernement, Ass. Plén., 9 mai 1984, Bull. civ., n°2 et 3, (*Lemaire et Derguini)*, D., 1984, p. 525, note F. CHABAS, RTD civ., 1984, p. 508, obs. J. HUET, JCP, 1984, II, 20256, note P. JOURDAIN, ni élément intentionnel, civ. 2e, 23 novembre 1972, Gaz. Pal., 1973, 1, 417, note DOLL.

responsabilités individuelles que connaît le droit positif. Tout comme l'obligation *in solidum*, cette responsabilité collective serait justifiée par l'idée de garantie offerte à la victime[1116], qui ne doit pas pâtir des circonstances de fait rendant impossible l'identification du responsable, alors même que l'on a la certitude que le fait collectif a causé le dommage, sans savoir pour autant quelle part du dommage l'action de chacun a produite. La victime n'aurait alors à prouver que l'implication de chaque responsable dans le fait collectif. Le véritable lien causal serait entre le fait collectif et le dommage. « Le fait collectif formerait une interface entre le dommage et le fait du responsable »[1117].

Il convient désormais de préciser les conditions dans lesquelles la victime pourra engager cette responsabilité collective qui viendrait, dans certains cas, remplacer avantageusement l'obligation *in solidum* que les juges retiennent en cas d'incertitude quant à l'identité de l'auteur du dommage causé en groupe.

b. Les conditions d'engagement de la responsabilité collective

550. Conditions cumulatives. Plusieurs conditions cumulatives sont nécessaires à la responsabilité collective. Il faut tout d'abord que le dommage soit causé dans des circonstances où plusieurs personnes peuvent être reliées à ce dommage, sans que l'on puisse avec certitude identifier le ou les responsables. Pour que la responsabilité collective soit engagée, il convient que chaque personne impliquée ait agi simultanément, rendant indivisible l'action commune et donc impossible l'individualisation de l'action de chacun. Peu importe alors que la rencontre entre les différentes personnes impliquées soit fortuite ou résulte d'une concertation, le critère d'engagement de la responsabilité collective repose sur l'unité temporelle et matérielle de l'action collective. L'autre critère de classification des concours matériels, le critère temporel, est donc pleinement utilisable.

Pour conclure, il faut donc un dommage unique et une pluralité de personnes impliquées dans sa réalisation par le biais d'une action commune, indivisible. En cas de responsabilité collective, chacun est engagé au tout, sur le fondement du fait générateur résultant de l'action collective. L'on peut alors concevoir que la victime agisse contre l'un des responsables, ou contre tous, en invoquant ce fait générateur particulier.

À défaut de réunir ces conditions, soit la responsabilité de chacun des membres du groupe est personnelle, si l'on peut isoler les actes de chacun, soit aucune responsabilité n'est retenue à

1116Dans le même sens, FR. ROUSSEAU, *op. cit.,* n°21.
1117FR. ROUSSEAU, *ibid.*

l'égard des personnes impliquées, si fait défaut la preuve d'un fait collectif indivisible, ou d'un lien causal entre ce fait collectif et le dommage.

551. Conclusion :Confrontation des concours aux règles de responsabilité. Le retour aux règles de responsabilité a démontré l'absence de pertinence d'un des critère de classification des concours, le critère psychologique. Le critère temporel, cependant, se révèle adapté à l'édiction d'une règle de conflit. L'on ne saurait donc raisonner en huis clos, sans égard pour les règles de responsabilité posées par le droit positif lorsqu'il s'agit de proposer des modes de règlement des concours. Il s'agit cependant là d'un ajustement mineur, qui n'emporte, pour l'instant du moins, de remise en cause profonde de la typologie établie. Reste à voir comment cette typologie s'accommode de la seconde phase de règlement des concours matériels.

552. Nécessité d'une poursuite du raisonnement. Maintenant que sont réglés les rapports entre la victime et les coauteurs en matière de concours matériel, reste encore à déterminer comment se règlent les rapports entre les coauteurs, une fois que l'un ou plusieurs d'entre eux ont indemnisé la victime. La question de la contribution à la dette d'indemnisation doit désormais être abordée.

B. Règles de conflit au moment de la contribution à la dette

553. Recours entre coauteurs, problématique. Le *solvens* ayant indemnisé la victime n'a pas vocation à supporter définitivement cette dette, seul. Il peut, en théorie, obtenir des autres auteurs du dommage leur part d'indemnisation. Deux questions se posent alors. La première concerne la technique juridique permettant au *solvens* d'obtenir remboursement d'une partie des sommes versées auprès des autres personnes impliquées. Il s'agit là de déterminer le fondement de ce recours (1). La seconde question concerne la part d'indemnisation que chaque coauteur doit payer, autrement dit, les modalités du partage entre les coauteurs. Il s'agira de déterminer le quantum du recours (2).

1. Le fondement du recours entre coauteurs

554. Dualité de fondements. Si l'on peut considérer que l'équité est le fondement sous-jacent du recours entre coauteurs, « l'équité qui ne permet pas que ses codébiteurs profitent à ses dépens de la libération d'une dette dont ils étaient tenus comme lui »[1118], encore faut-il trouver un fondement juridique à ce recours.

1118POTHIER, *Traité des obligations,* Orléans, 1761, T. 1, n°282.

Le *solvens* peut demander leur part d'indemnisation aux autres auteurs sur deux fondements différents. Le recours peut en effet être subrogatoire, ou personnel. En fonction de la nature du recours, le concours qui était offert à la victime va resurgir, ou non. La nature du recours dépendra de la manière dont on considère le paiement effectué par le *solvens*. Soit ce dernier a payé sa dette et celle des autres auteurs, à titre de garant, alors lui est ouvert le bénéfice de l'article 1251-3 du Code civil, et la possibilité d'un recours subrogatoire. Soit le *solvens* n'a payé que sa dette propre, et dans ce cas, le recours contre les autres auteurs ne peut être que personnel. Il faut apprécier la pertinence de ces deux propositions.

555. Recours personnel. Si l'on admet que le *solvens* a payé sa dette en indemnisant totalement la victime, le recours contre les coauteurs ne peut se baser que sur les rapports qu'il entretient avec ces coauteurs. Mais alors, sur quel fondement peut-il agir? Plusieurs fondements sont envisageables, le mandat, la gestion d'affaire, et enfin la responsabilité.

Si l'on retient la figure du mandant, le *solvens*, mandataire, aurait agi au nom et pour le compte du mandant, en payant sa part de la dette d'indemnisation. Or, le mandat régi par les articles 1984 et suivants du Code civil, suppose la réunion de plusieurs conditions. Ainsi, le mandant donne, par un acte de volonté, pouvoir au mandataire pour gérer une ou plusieurs de ses affaires. Le mandat ne saurait être tacite, le droit permettant simplement que l'acceptation, par le mandataire, du mandat, puisse être tacite, et résulter de l'exécution de sa mission (art. 1985 du Code civil). Or, en droit positif, le juge recoure à l'idée de solidarité passive des articles 1212 et suivants du Code civil pour justifier le partage de la dette d'indemnisation entre les coauteurs. Un tel recours ne reposerait donc pas, en droit positif, sur le mandat[1119], et aurait une origine légale et non conventionnelle. La figure du mandat ne permet donc pas de traduire la réalité du recours du *solvens*.

La gestion d'affaire, en ce qu'elle permet à une personne de prendre en charge les affaires d'une autre, sans y être autorisée, pourrait constituer un fondement plus approprié. Le *solvens* aurait alors géré les affaires des autres auteurs du dommage, en payant leur part d'indemnisation. Mais le gérant d'affaire doit être animé par une intention altruiste[1120]. Même si le juge a pu admettre que le gérant d'affaire agisse, non pas par pur altruisme, mais aussi dans son propre intérêt[1121], l'on peut douter que le *solvens*, dans la situation qui nous intéresse,

1119J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes,* Traité de droit civil, LGDJ, 2012, n°279.

1120J. MESTRE, *Du nécessaire altruisme du gérant d'affaire et de son droit à indemnisation,* RTD civ., 1989, p. 540.

1121Civ. 1re, 18 avril 2000, Bull. civ., I, n°113, D., 2000, p. 177.

agisse bien dans l'intérêt des autres auteurs. Ce dernier, attrait en justice par la victime, paye la dette d'indemnisation car il ne peut invoquer, comme cause d'exonération partielle, le fait des tiers intervenus dans la réalisation du dommage. S'il est sur que le *solvens* agit dans son propre intérêt, il n'agit certainement pas dans l'intérêt des autres auteurs. Il ne fait que supporter une dette qui lui est propre, au moins en partie, nourrissant l'espoir de pouvoir ensuite recourir contre les autres personnes responsables. L'altruisme n'est donc pas caractérisé.

Reste l'hypothèse d'une action en responsabilité du *solvens* à l'encontre des autres auteurs, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. L'on peut en effet considérer que les autres auteurs sont en faute de n'avoir pas payé leur part d'indemnisation auprès de la victime, laissant ainsi l'un des auteurs payer seul. Cependant, l'on ne voit pas quelle faute auraient commise les auteurs n'ayant pas payé, dès lors qu'ils n'ont pas été attraits devant le juge. Par ailleurs, il n'y a pas de préjudice particulier pour le *solvens* qui n'a rien fait d'autre que de payer la dette d'indemnisation à laquelle la loi l'obligeait.

Le *solvens* n'aurait donc pas de recours personnel à l'encontre des autres auteurs. Seul un recours subrogatoire[1122] serait susceptible d'être intenté.

556. Recours subrogatoire. Avec le recours subrogatoire, le *solvens* dispose de tous les droits et actions dont disposait la victime. Le fondement est l'article 1251 3° du Code civil, qui précise que la subrogation a lieu de plein droit « au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter ». Le fondement légal utilisé mérite quelques précisions. Le *solvens*, dans notre hypothèse, n'est pas tenu pour d'autres, mais bien avec d'autres, en ce que la dette d'indemnisation est à la fois la sienne et celle des autres coauteurs. En effet, le *solvens* est responsable, et si le dommage avait été causé par lui seul, il aurait du l'indemnisation en totalité. Le fait est que, si le dommage est causé par les implications conjuguées de plusieurs personnes, il y a plusieurs dettes d'indemnisation pour une même victime. La particularité de l'obligation *in solidum* est de créer plusieurs dettes d'indemnisations, mais une seule créance, tant il est normal que la victime ne puisse demander qu'une fois l'indemnisation de son préjudice[1123]. L'obligation au tout de chaque auteur et la solidarité qui en découle au stade de l'obligation à la dette trouve

1122V. not. Sur ce point, J. BORÉ, *Le recours entre coobligés in solidum,* JCP, 1967, I, 2126.

1123V. Fr. CHABAS, D., 1973, p. 533, note sous Civ. 2e, 15 novembre 1972; V. aussi J. VINCENT, *L'extension par la jurisprudence de la notion de solidarité passive,* RTD civ., 1939, p. 601 et s., spé. n°57 et s.

une poursuite logique au stade de la contribution à la dette dans le recours subrogatoire accordé au *solvens*.

Une fois ce point acquis, deux questions se posent encore.

La première concerne le fondement que peut utiliser le *solvens* pour agir contre ses coauteurs. Si un concours intellectuel de responsabilités existait au stade de l'obligation à la dette, la question se pose de savoir si ce concours doit se régler de la même manière au stade de la contribution à la dette. La logique du recours subrogatoire exige que le concours soit résolu de la même manière aux deux stades, car le *solvens* dispose normalement des mêmes droits et actions que la victime[1124].

La seconde question concerne l'incidence de l'action de la victime sur celle que peut intenter le *solvens*. Il s'agit notamment de se demander si cette action de la victime a interrompu ou suspendu les délais d'actions. En imaginant que cela ne soit pas le cas, le *solvens* pourrait se trouver forclos à agir contre les coauteurs, après avoir indemnisé la victime, si cette dernière a elle-même tardé à agir par rapport au point de départ de la computation du délai. Il serait donc équitable pour le *solvens* de considérer que l'action de la victime suspend le délai de prescription attaché à l'action en responsabilité. Pour cause, c'est ce que prévoit l'article 1206 du Code civil en matière de solidarité[1125].

Pour conclure, le *solvens* dispose d'un recours, de nature subrogatoire, à l'encontre des autres coauteurs, qui doit se fonder sur la ou les mêmes actions que celle(s) offerte(s) à la victime.

Reste à savoir désormais pour quel montant le *solvens* peut recourir contre les autres coauteurs, et sur quel critère se fait le partage, entre eux, de la dette d'indemnisation.

2. Le quantum du recours entre coauteurs

557. Choix. Concernant la répartition de la dette entre les coauteurs, plusieurs critères s'offrent à nous. L'on peut décider d'avoir égard au comportement des coauteurs et partager l'indemnisation en fonction du caractère plus ou moins répréhensible de l'action de chacun. L'on peut aussi décider d'avoir recours à un critère plus objectif, celui de l'incidence de chaque action sur la réalisation du dommage. C'est alors la propension de chaque acte à causer le dommage, la part causale, qui sera le critère de répartition. La dernière possibilité est d'opter pour un partage à parts égales. À l'analyse, le partage en parts inégales n'est

1124Civ. 1re, 7 décembre 1983, Bull. civ., I, n°291, RTD civ., 1984, p. 717, obs. J. MESTRE.

1125« Les poursuites faits contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous ».

pertinent que par l'utilisation de la causalité (a). Pourtant, nous proposons d'avoir recours à un partage en parts égales (b).

a. La causalité, seule cause efficiente d'un partage inégal

558. Alternative. Lorsqu'il s'agit de distribuer entre chaque auteur la dette d'indemnisation, après désintéressement de la victime, un sentiment d'équité conduit à n'attribuer à chacun que sa part. Deux méthodes sont alors envisageables, soit l'on prend en compte l'influence que l'attitude de chaque auteur aura eu sur le dommage et donc le rôle causal de chaque fait générateur, soit l'on prend en compte la gravité du caractère défectueux du comportement de chaque coauteurs. L'une seulement de ces alternatives sera retenue comme pertinente.

559. Rejet d'un partage subjectif, fonction du comportement de chaque coauteur[1126]. Si l'idée de répartir la dette d'indemnisation entre chaque coauteur en fonction de la gravité du comportement adopté par chacun trouve des échos en jurisprudence[1127], elle doit être rejetée. Plusieurs raisons militent en effet contre un tel critère de répartition. Tout d'abord une approche subjective correspond mal au droit positif de la responsabilité, qui a supprimé la condition d'imputabilité[1128]. Ensuite, la dette d'indemnisation est fonction de la gravité du dommage, non de la gravité de la faute, la responsabilité civile étant par principe réparatrice, et non sanctionnatrice[1129]. À ce titre, il est donc inopportun de faire reposer le partage final de la dette d'indemnisation sur l'attitude plus ou moins répréhensible de chaque auteur[1130]. Enfin, ce critère peut être source d'inégalité entre les coauteurs. En effet, avec le développement des responsabilités objectives, dans de nombreux cas le concours matériel résultera de faits générateurs de nature différente, et pas seulement de faits fautifs, mais aussi de faits d'une chose ou de faits d'autrui, de sorte qu'entreront en concours des responsabilités pour faute et des responsabilités sans faute. Si l'on retient ce critère, l'on est donc réduit à faire supporter la dette finale par les auteurs fautifs, et à décharger les auteurs non fautifs. Dès lors que le droit ne distingue pas entre les deux types de responsabilités, qui produisent les mêmes effets, il est

1126D. COCHET, *Droit des obligations, la contribution à la dette des coobligés in solidum,* LPA, 2004, n°118, p. 3, not. N° 9 à 11, l'auteur critiquant le partage en fonction de la gravité des fautes, critère reposant sur l'idée, ancienne voire datée, de peine privée, de sanction.

1127Par ex. Civ. 3e, 5 décembre 1984, Bull. civ., III, n°206.

1128La personne sous l'emprise d'un trouble mental, comme le jeune enfant, sont responsables des dommages causés par leur faute ou les choses qu'elles ont sous leur garde. Art. 414-3 du Code civil, Ass. Plén., 9 mai 1984 (Lemaire et Derguini) Bull. civ., n°2 et 3, D., 1984, concl. CABANNES, note Fr. CHABAS.

1129En ce sens, v. not. RADOUANT, note au D., 1961, p. 681; Fr. CHABAS, D., 1973, p. 533, note sous Civ. 2e, 15 novembre 1972.

1130En ce sens, O. SABARD, *La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité civile extracontractuelle,* Collection de thèse, Fondation Varenne, LGDJ, 2008, n°539, l'auteur proposant un partage en fonction de l'importance des causes, et rejetant le partage en fonction de la gravité des fautes.

tout à fait contestable de parvenir à une décharge des auteurs non fautifs, lors de la contribution finale à la dette, alors que tous sont également obligés à la dette. Cela crée une sorte de hiérarchie entre la responsabilité pour faute et la responsabilité sans faute que rien ne peut justifier, à part la reconnaissance d'une véritable fonction punitive de la responsabilité civile. Or, nous rejetons une telle idée. La gravité du comportement ne saurait donc fonder le partage entre les coauteurs, un tel critère, subjectif, allant à l'encontre d'un des principes de la responsabilité civile. De plus, le recours subrogatoire exercé par la personne qui était obligé à la dette ne doit normalement pas permettre à ce dernier de se décharger totalement de la dette après paiement. Cela reviendrait en réalité à considérer que le *solvens* n'était pas réellement obligé à la dette. Or, c'est faux, si le *solvens* a payé, c'est bien qu'il était responsable, et donc obligé, normalement au tout. La gravité des fautes ne peut donc être retenue comme critère de partage de la dette d'indemnisation.

560. Possibilité d'un partage objectif, fonction du rôle causal. Il est possible, par le recours notamment à des expertises, d'identifier le rôle causal de chaque cause du dommage. Il s'agirait d'admettre que l'obligation au tout est une fiction, en faveur de la victime, et que chaque auteur du dommage ne l'a pas causé en entier, mais n'en a causé qu'une partie seulement. La solution est équitable. Au stade de l'obligation à la dette, la victime obtient l'entière réparation de la part de celui des coauteurs contre lequel elle agit. Au stade de la contribution à la dette, celle-ci est répartie entre les coauteurs dans le mesure de leur participation respective à la production du dommage. La justice et l'équité guident chaque étape de ce processus. Cependant, bien que présentant un attrait indéniable, la répartition en fonction du rôle causal de chaque fait générateur comporte quelques limites. D'une part, l'évaluation du rôle causal de chaque fait peut être difficile, rendant nécessaire un raisonnement contrefactuel complexe, et, certainement, le recours à des experts pour les disciplines (nombreuses) dans lesquelles le juge ne pourra pas, faute de connaissance, apprécier l'impact de tel ou tel comportement sur la réalisation du dommage. D'autre part, il sera des cas où une telle évaluation ne sera même pas possible, des cas où le dommage sera indivisible et où l'on ne pourra pas estimer quelle part du dommage fut causé par les différents faits générateurs. Dans ces cas, il faudra recourir à une autre méthode, et, par défaut, répartir à part égale entre chaque coauteur. Il serait ainsi possible d'utiliser la distinction que nous avions faite entre le concours résultant d'une coaction simultanée et celui résultant d'une coaction échelonnée. En effet, il est plus facile de savoir quelle fait a causé quelle part du

dommage lorsque les actions des différents auteurs se succèdent dans le temps, permettant d'apprécier ce que chaque fait nouveau a changé dans la situation de la victime. Cependant, la complexité d'une telle méthode conduit à quelques réserves quant à l'opportunité de son utilisation quotidienne par le juge.
Aussi, peut-être est-il plus raisonnable de préférer une répartition équitable entre les auteurs, en fonction de leur rôle réel dans la production du dommage.

b. La préférence pour un partage, de principe, à parts égales

561. Choix par défaut. Un partage en parts viriles n'est pas, à notre sens, la meilleure des solutions, puisque d'un point de vue purement matériel, les différents coauteurs ont pu ne pas avoir la même influence sur la production du dommage. Cependant, il est indéniable que c'est de la rencontre de leurs agissements que le dommage est né. Qu'il s'agisse d'une rencontre fortuite ou au contraire concertée ne change rien au résultat, qui est le dommage finalement subi par la victime. Face aux difficultés que pourraient éprouver les juges du fond à identifier précisément la part de chacun dans la réalisation du dommage, nous sommes tentés de céder à la facilité et proposons d'adopter comme principe un partage à parts égales.
562. Souplesse? La question se pose de savoir s'il est opportun de prévoir un tempérament à cette règle. Ainsi, l'on pourrait décider que le partage se fait à parts égales, sauf lorsqu'il apparaît un décalage évident entre l'importance de chaque cause du dommage. Mais, là encore, cette règle risque de susciter plus de difficulté qu'elle n'en résout. Il est délicat, en effet, de placer le curseur qui permettra de savoir dans quels cas faire échec à la répartition égalitaire de la dette. La sagesse ne serait-elle pas, dans ce cas, d'abandonner tout autre système de répartition que celui, simple et objectif, du partage à parts égales? C'est, finalement, sur cette proposition que nous nous arrêtons.

563. Conclusion. Les concours matériels posent de nombreuses difficultés, qui vont au-delà de la simple résolution du concours de responsabilités. Il faut en effet composer avec la pluralité de responsables, alors que les règles de responsabilité n'ont pas égard à cette situations. Il faut alors combiner l'équité avec des règles du Code civil qui n'étaient pas spécialement édictées pour cette matière, afin de résoudre le problème. Mais le texte de l'article 1251, 3° du Code civil est rédigé de telle manière qu'il est possible de l'utiliser pour résoudre les concours matériels de responsabilité, au stade de la contribution à la dette, et ainsi d'appliquer à ces concours les règles de la solidarité légale.

Les concours intellectuels de responsabilités posent, comme nous allons le voir, moins de difficultés.

§2. Règles de conflit adaptées aux concours intellectuels

564. Problématique. Le concours intellectuel est un concours de qualifications. Pour qu'un seul responsable soit débiteur de la dette d'indemnisation, il faut en effet, soit qu'il cumule deux qualités, soit que ses actes soient susceptibles de deux qualifications différentes. À chaque qualité, ou qualification, correspondra une règle de responsabilité, entraînant le concours. La problématique est différente de celle posée par les concours matériels. Dans cette hypothèse, puisqu'une seule personne est amenée à réparer le dommage causé à la victime, il n'y a pas lieu de distinguer entre le temps de l'obligation à la dette et le temps de la contribution à la dette. Se pose simplement la question du fondement de la responsabilité en présence d'un concours de qualification, soit quant à la personne du responsable, soit quant au fait générateur du dommage.

565. *A priori* en faveur du cumul. Ainsi posée, la question du concours intellectuel semble pouvoir se résoudre par la plus grande liberté de choix accordée à la victime. Dès lors que le droit recouvre les faits de plusieurs qualifications juridiques, ou qu'une personne cumule plusieurs qualités, aucun principe général de permet ni n'impose, *a priori*, de choisir l'une des voies de droit offerte. Il faudrait y voir « la sainte liberté »[1131] qu'évoquait le Doyen Carbonnier; liberté de la victime qui irait alors jusqu'à lui permettre de choisir un fondement parmi ceux possibles, ou encore lui permettre de les invoquer tous, laissant au juge le soin de choisir. Il s'agirait simplement de faire produire au droit positif tous ses effets, de profiter pleinement de sa richesse. Le principe, face à un concours intellectuel, serait donc la liberté.

566. Au-delà de l'*a priori*. Si l'on examine plus attentivement les cas de concours intellectuels qui s'offrent au juge en droit positif, l'on constate qu'il serait inopportun de retenir le principe de liberté pour tous ces concours. Il est certains cas où, au contraire, il serait bon d'imposer un choix, une voie de droit unique. Nous avons ainsi identifié deux situations qui ne seront pas laissées à la liberté de la victime. Tout d'abord, l'on ne peut laisser prospérer la liberté en cas de concours intellectuel opposant une règle générale et une règle spéciale dérogatoire (A). Ensuite, en dehors de tout rapport d'espèce à genre, l'on ne peut laisser prospérer la liberté lorsque les règles en concours produisent des résultats différents

1131L'ensemble des citations, J. CARBONNIER, RTD civ., 1961, p. 333.

(B). Ces concours, parce qu'ils menacent la cohérence du droit, doivent être réglée par l'exclusion d'une des règles en concours.

A. Règlement du concours intellectuel opposant une règle générale et une règle spéciale dérogatoire

567. Retour sur l'adage *spécialia généralibus derogant*. Cet adage n'est pas une règle de conflit, il pose simplement une affirmation, un constat, celui de la dérogation qu'apporte le droit spécial au droit général. Il est l'inspirateur du critère de spécialité, permettant de résoudre un concours de normes antinomiques entretenant un rapport d'espèce à genre, en faveur de la règle spéciale[1132]. Il en va de l'efficacité de la règle spéciale. Si, lorsqu'elle entre en concours avec la règle générale, elle était écartée par la victime ou le responsable, il est certain qu'elle perdrait une grande partie de son intérêt et de son champ d'application. En effet, la règle général, dont le champ d'application plus vaste englobe celui de la règle spéciale, trouvera à s'appliquer dans tous les cas (ceux qui relèvent de son champ d'application, mais aussi de celui de la règle spéciale). La règle spéciale pourra alors subir la concurrence de la règle générale à ses dépends et être évincée. Or, et nous avons eu l'occasion de la constater, la règle spéciale trouve sa raison d'être dans les insuffisances de la règle générale, et la volonté de créer un outil adapté à certaines situations particulières. Permettre l'éviction d'une telle règle n'est pas conforme à la volonté qui préside à sa création.

Si une règle de conflit unique ne peut réguler tous les concours, de même que le critère de spécialité n'est pas adapté à la majorité d'entre eux, il peut trouver à s'appliquer dans le cas précis du concours intellectuel opposant une règle spéciale et une règle générale.

Nous ne développerons pas plus avant ce mode de règlement, déjà largement étudié[1133] et nous attarderons plus longuement sur l'autre type de concours résolu par l'exclusion d'une des règles en concurrence.

B. Règlement du concours intellectuel opposant des règles aux effets différents

568. Position du problème. Il arrive que des règles de responsabilité entrent en concours, sans pour autant entretenir un rapport d'espèce à genre. L'on peut par exemple citer les responsabilités délictuelle et contractuelle, qui ne réparent pas le dommage dans la même

1132V. supra. n°466, le critère de l'antinomie est, nous l'avons démontré, adapté au règlement des concours intellectuels. V. F. LEDUC, *Les concours entre les régimes spéciaux et le droit commun,* RCA, 2012, dossier 10, n°10 et 11.

1133V. supra n°220 et s. et 234 et s.

mesure, la responsabilité contractuelle se limitant au dommage prévisible (art. 1150 du Code civil); ou encore la responsabilité du vendeur qui, en cas de concours entre la garantie des vices cachés et la responsabilité pour défaut de délivrance conforme, propose des modes de réparation différents[1134]. La cohérence du droit est mise à mal, car si l'on laisse au plaideur le choix de l'action à intenter, le risque est que des situations identiques soient jugées différemment. Il n'est donc pas concevable de laisser une quelconque liberté aux plaideurs dans ce cas. Lorsqu'il sera détectée une antinomie de résultat, l'une des règles en concours devra être choisie. Une simple antinomie de condition ne suffit pas, en effet, à nuire à la cohérence du droit. Si plusieurs règles trouvent à s'appliquer, chacune selon ses conditions propres, pour finalement produire un résultat identique, peu importe en réalité que la victime agisse sur l'un ou l'autre des fondements possibles. Ce n'est que lorsque le résultat produit par l'application des différents fondements en concours est différents qu'il y a une contradiction à laquelle il faut mettre fin.

569. Proposition de règlement. En dehors de tout rapport de spécialité, aucun des critères que propose le droit pour résoudre les antinomies n'est utilisable. Nous avons, en effet, rejeté une utilisation systématique des critères chronologique et hiérarchique. Le critère de l'intérêt de la victime n'est pas plus utilisable, car il risque d'être mouvant. Ce qui est dans l'intérêt de l'un ne le sera peut-être pas pour un autre. Or, le règlement des concours doit offrir une sécurité juridique permettant aux acteurs du concours d'anticiper la solution.

La solution proposée trouve son inspiration dans les règles de conflit édictées en droit international privé. L'on opère, en cette matière, par critère de rattachement qui permet de relier la situation litigieuse à l'un des droits nationaux en concurrence. Ainsi, en droit de la responsabilité délictuelle, le lieu de survenance du dommage est le critère de rattachement de principe[1135], tandis que le critère de proximité est aussi retenu en matière contractuelle, à défaut de choix de la loi applicable par les parties[1136].

1134En effet, le défaut de délivrance conforme se résout par l'allocation de dommage-et-intérêt, dès lors que l'acheteur prouve l'existence d'un préjudice (art. 1604 du Code civil, et Com., 19 décembre 2000, D., 20002, somm. 1007), ou par la résolution de la vente, alors que le vice caché peut entrainer la résolution de la vente ou son maintient avec diminution du prix (art. 1644 du Code civil) et l'allocation de dommage et intérêts, seulement pour le cas où le vendeur connaissait les vices de la chose (art. 1645 du Code civil).

1135Le rattachement à la *lex loci delicti* est en effet choisi, en droit international privé européen, par le Règlement CE n°864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II), article 4 pour cette règle générale.

1136Règlement CE n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), article 4 concernant les règles applicables à défaut de choix (par exemple, loi du lieu de résidence d'une des parties, ou du bien immeuble concerné).

Il est possible de transposer cette méthode au droit interne des concours de responsabilités. Le critère de proximité est en effet utilisable pour les deux types de concours intellectuels présentant une antinomie de résultat. Ainsi, lorsqu'une personne cumule plusieurs qualités, il est rare qu'elle agisse simultanément en vertu de ces qualités. Autrement dit, l'on cumule souvent une qualité que l'on peut qualifier d'intime, la qualité de parent, par exemple, et d'autres que l'on peut qualifier de sociales, par exemple, celle d'employé ou de membre d'une association. En cas de concours dû à une multitude de qualité du répondant, il conviendra de déterminer avec quelle qualité le dommage entretient la plus grande proximité. Les indications de temps et de lieu pourront alors être retenues, à la manière de ce que retient le droit de la sécurité sociale pour conclure à la présence d'un accident du travail[1137]. La règle applicable sera celle qui correspond à la qualité du répondant en rapport avec le dommage.

Pour les cas où le fait générateur peut supporter deux qualifications juridiques différentes, le critère de la proximité peut encore trouver à s'appliquer. Il s'agira de trouver quelle qualification est la plus proche de la situation dommageable, prise dans son ensemble.

570. Limites des critères choisis. Les critères proposés ne sont pas d'une efficacité absolue, nous en convenons. Il risque de se présenter des cas où le rattachement du dommage à l'une des qualités du répondant ne sera pas possible, comme il pourra être difficile, voire impossible, parfois, de rattacher la situation dommageable à l'une ou l'autre des qualifications en présence. Lorsqu'il sera impossible de recourir aux critères proposés, il nous semble opportun de revenir au principe de la liberté de choix, en gardant à l'esprit que ce n'est qu'un pis aller.

571. Conclusion de chapitre.

Il est possible, à l'issue de ce chapitre, de proposer une présentation synthétique des règles de conflit, résultant de la confrontation entre des règles de responsabilité et notre typologie des concours.

Il est proposé de distinguer les concours matériels et les concours intellectuels.

Au sein des concours matériels, il est proposé de distinguer entre le temps de l'obligation à la dette, et celui de la contribution à la dette.

1137V. les articles L. 411-1 et s. du Code de la sécurité sociale, l'accident du travail étant défini comme celui survenu à l'occasion ou par le fait du travail, si fait que des indices de temps ou de lieu sont utilisés pour déterminer si l'accident rentre dans cette catégorie ou non.

Concernant l'obligation à la dette, la victime peut par principe agir librement contre toutes les personnes qu'elle aura identifiées comme responsables de son dommage, ou contre l'une seulement d'entre elles, pour obtenir l'entière réparation de son dommage. Elle devra dans ce cas prouver que son réunies les conditions de la responsabilité de chaque personne qu'elle attrait en justice. Il est proposé la création d'une disposition légale spéciale introduisant la solidarité entre les coauteurs d'un même dommage, renvoyant aux articles 1200 et suivants du Code civil.

Par exception, le choix lui est fermé lorsque le concours oppose une règle spéciale canalisant la responsabilité sur une personne désignée, et d'autres règles de responsabilité. Dans ce cas, la règle spéciale doit primer.

Pour le cas où le dommage est causé par un groupe de personnes dont le fait collectif, indivisible, ne permet pas de retenir la responsabilité personnelle de l'un ou plusieurs membres du groupe, alors la victime peut agir en responsabilité collective contre l'un ou plusieurs membres de ce groupe. Elle doit prouver que le fait collectif est la cause de son dommage, et que la ou les personnes qu'elle attrait en justice a/ont pris part au fait collectif. Elle peut, dans ce cas, obtenir l'entière réparation de son dommage, qu'elle agisse contre l'un seulement des coauteurs, ou contre plusieurs d'entre eux.

Pour le cas où plusieurs personnes n'auraient pas causé le dommage par un fait collectif véritable, rendant impossible l'identification du responsable parmi ceux qui ont agit de concert, la victime se trouvera sans possibilité d'indemnisation.

Concernant la contribution à la dette, il est proposé que le *solvens* ayant indemnisé seul la victime dispose d'un recours subrogatoire à l'encontre des autres coauteurs. La nature subrogatoire de ce recours entraîne deux conséquences: le *solvens* ne dispose que des actions dont aurait disposé la victime à l'encontre des autres responsables, et l'action de la victime à l'encontre du *solvens* a eu pour effet d'interrompre la prescription à l'égard des autres coauteurs.

Pour ce qui est du quantum du recours, et des modalités de partage de la dette de responsabilité entre les coauteurs, il est proposé de rejeter le partage en fonction de la gravité des fautes, ainsi que celui en fonction de l'importance causale de chaque fait générateur du dommage. Seul le partage à parts égales est retenu.

Concernant le règlement des concours intellectuels de responsabilités, le principe est la liberté de choix de la victime.

Il est fait échec à cette liberté de choix dans deux situations: lorsque se rencontrent une règle générale et une règle spéciale, la primauté sera donnée à la règle spéciale; en dehors de tout rapport d'espèce à genre, lorsque se rencontrent deux règles produisant des effets différents (antinomie de résultat), l'une des règles en concours doit être élue, en fonction d'un critère de proximité. À défaut de rattachement pertinent, il est proposé un retour à la règle de principe, et à la liberté de choix de la victime.

572. Conclusion de titre, nécessité d'une mise à l'épreuve. Les règles de conflit proposées tiennent compte des règles principales du droit de la responsabilité et de la procédure civile. Par ailleurs, leur création a été animée par un soucis de logique, l'objectif affiché étant de mettre au jour un système cohérent de règlement des concours. Si l'architecture construite par nous semble répondre à ces critères, l'on ne saurait se passer d'une mise à l'épreuve pratique de ces règles de conflit. Cette mise en pratique doit permettre deux choses. D'une part, il s'agira d'apprécier le décalage entre les solutions du droit positif et celle proposées, quantitativement. D'autre part, il s'agira, en cas de décalage de solutions, d'apprécier qualitativement le changement proposé. Ce n'est qu'à l'issue de cette ultime étape que nous serons pleinement en mesure de déterminer si les règles de conflit proposées remplissent l'objectif fixé de permettre une cohabitation harmonieuse des règles de responsabilité.

Titre 2. Mise à l'épreuve des règles de conflit proposées

573. Confrontation. La mise à l'épreuve des règles de conflit créées suppose une confrontation de la méthode de règlement des concours et des résultats obtenus, avec le droit positif. Il s'agira, d'une part, de quantifier le décalage entre le droit positif et les solutions proposées; d'autre part, d'apprécier l'opportunité de chacun de ces décalages. Quand bien même nous avions veillé à établir un ensemble de solutions cohérentes, l'on ne peut présumer de leur efficience. Certaines solutions pourraient se révéler inaptes, en pratique, à réguler les concours.

574. Dualité d'intérêts. L'objectif poursuivit par les règles de conflit est de parvenir à réguler les concours, de manière à permettre une cohabitation harmonieuse de toutes les règles de responsabilité civile. Il s'agit aussi d'avoir égard aux personnes concernées; à ce titre, les règles de conflit oscillent entre le soucis de protection de la victime, et l'équité, qui commande de ne pas accabler injustement une personne sous le poids d'une responsabilité. Nous garderons à l'esprit ces impératifs, qui rendront peut-être nécessaire une modification des règles de conflit, ou *a minima* leur adaptation, ou encore un approfondissement de la réflexion, à la recherche d'autres solutions.

575. Plan. Pour la clarté du propos, nous conserverons, pour cette mise à l'épreuve des règles de conflit, le découpage utilisé pour leur présentation. Pour cette raison, seront tout d'abord appréciées les règles de conflit des concours matériels (chapitre 1), puis les règles de conflit des concours intellectuels (chapitre 2).

Chapitre 1. Mise à l'épreuve des règles de conflit des concours matériels

576. Rappel. Nous avons distingué les deux étapes de l'obligation à la dette et de la contribution à la dette. La mise à l'épreuve des règles de conflit conservera ces deux temps de l'exposé, les enjeux n'étant pas identiques à chacune de ces étapes. Rappelons en effet qu'au moment de l'obligation à la dette, l'on est tourné vers la victime, alors qu'au stade de la contribution à la dette, la victime est désintéressée et seuls sont concernés les rapports entre les coauteurs. Les règles de conflit seront donc confrontées au droit positif, au stade de l'obligation à la dette (section 1) et au stade de la contribution à la dette (section 2).

Section 1. Au stade de l'obligation à la dette

577. Modifications mesurées. Le bilan de la confrontation entre le droit positif et les règles de conflit révèle quelques décalages, cependant relativement mesurés. Pour les cas de concours matériels où l'on est face à une pluralité d'auteurs identifiés du dommage et où l'on a une certitude quant à la cause du dommage, les perturbations sont faibles (§1). Les règles de conflit s'insèrent dans la logique des solutions actuellement retenues. En revanche, l'utilisation des règles de conflit proposées modifie plus profondément les solutions existantes en cas d'incertitude causale, c'est-à-dire lorsque le dommage est causé par une ou plusieurs personnes non identifiées, au sein d'un groupe déterminé (§2).

§1. Faible perturbation du droit positif en cas de certitude causale

578. Propositions. Nous proposions, pour le cas où le dommage est causé par plusieurs personnes, d'accorder une liberté de principe à la victime, qui peut agir contre l'un ou tous les responsables pour obtenir l'entière indemnisation. Il était par ailleurs proposé de relier expressément cette obligation au tout à la solidarité de l'article 1200 du Code civil[1138]. Ce passage à une véritable solidarité constitue, pour partie, une nouveauté (A). Le principe supporte une exception, lorsque le concours voit se rencontrer une règle opérant par canalisation de la responsabilité sur la tête d'une personne désignée. Dans ce cas, la victime perd sa liberté de choix pour se voir imposer une action contre le responsable désigné par la règle spéciale. Cette exclusivité est pratiquée en droit positif, de sorte qu'il s'agit là de

1138V. supra, n°542.

maintenir une solution existante, qui s'en trouve confortée (B). L'application de cette règle de conflit conduirait cependant à mettre fin à la jurisprudence actuelle qui refuse le cumul des différentes responsabilités du fait d'autrui (C).

A. Passage à une véritable solidarité entre coauteurs d'un dommage

579. Effets de la solidarité[1139]. Au stade de l'obligation à la dette, la solidarité n'affecte que les rapports entre le créancier (la victime) et les codébiteurs (coauteurs). La solidarité emporte alors plusieurs conséquences. Tout d'abord, l'unité d'objet à ce stade (une seule créance d'indemnisation) emporte interdiction de diviser la dette et donc l'impossibilité pour les codébiteurs d'invoquer le bénéfice de division. N'importe lequel des codébiteurs peut donc être poursuivi par le créancier pour obtenir la totalité de la dette (article 1203 du Code civil). Le codébiteur solidaire poursuivi ne peut invoquer que les exceptions qui lui sont purement personnelles, ou les exceptions communes à tous les codébiteurs (article 1208 du Code civil).
Appliquées à la situation où le dommage est causé par une pluralité d'auteurs, ces règles conduisent à admettre que la victime peut agir contre n'importe lequel des auteurs du dommage qu'elle a identifiés. La personne ainsi poursuivie peut invoquer des moyens de défense qui lui sont propres, par exemple en tentant de démontrer l'existence d'une cause étrangère à l'origine du dommage, autre que l'action d'une autre personne impliquée dans sa réalisation, puisqu'elle ne peut invoquer le bénéfice de division.
Le paiement dont il s'agit mérite quelques explications. Le Code civil pose à l'article 1294 alinéa 3, une exception au principe selon lequel la compensation opère de plein droit (art. 1290 du Code civil). La compensation de ce que doit l'un des codébiteurs ne peut ainsi être opposée par les autres débiteurs solidaires au créancier. La compensation serait donc une sorte d'exception personnelle au débiteur qui peut l'invoquer à son profit. Adopter, en matière de responsabilité, le principe de la solidarité des coauteurs, commande de respecter ce particularisme et de refuser aux coauteurs le bénéfice d'invoquer à leur avantage la compensation de dettes connexes entre l'un des leurs et le créancier victime.
La question de la transposition, en matière de concours de responsabilités, de la remise de solidarité ou de la remise de dette pose quelques difficultés.
La remise de solidarité, admise pour ce qui est des obligations solidaires contractuelles[1140], peut être admise dès lors que la règle posant la solidarité des coauteurs d'un dommage, bien

1139Pour une étude approfondie en ce domaine, v. not. M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français,* Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002.
1140Art. 1210 à 1212 et 1215 du Code civil.

que d'origine légale, est édictée dans l'intérêt exclusif de la victime. Dès lors, il n'y a pas d'obstacle à concevoir qu'elle puisse décider d'y renoncer. Il y a, pour ce faire, deux manières de procéder. Soit la victime agit contre tous les coauteurs lors d'une même instance, ce qui conduit à diviser la dette en autant d'auteurs attraits; soit elle agit successivement contre chaque auteur, en précisant sa volonté de ne requérir de lui que sa part et portion.

La remise de dette est plus difficilement envisageable. L'article 1285 du Code civil autorise la décharge ou remise conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires. Cette remise a pour effet, soit de libérer tous les codébiteurs, soit de ne profiter qu'à celui pour qui elle est émise, en fonction de la volonté du créancier. Or, les juges refusent que la remise conventionnelle puisse être utilisée pour réduire une dette décidée judiciairement[1141]. La logique veut en effet que le lien obligationnel particulier qui se noue entre la victime et le responsable, faisant naître la dette d'indemnisation, ne puisse être ensuite modifié, même par la volonté de la victime. La responsabilité délictuelle étant d'ordre public, l'on ne peut renoncer, par avance à demander réparation d'un dommage résultant d'une faute délictuelle[1142], pas plus que l'on ne peut par avance paralyser l'effet des articles 1382 et 1383 du Code civil[1143]. Dans ces conditions, la victime désirant alléger les coauteurs n'a en droit positif qu'une solution, celle de ne pas agir en responsabilité contre eux, que cela résulte d'une renonciation[1144] ou d'une simple inaction de la victime, laissant s'écouler le temps. Une autre possibilité est envisageable, *de lege feranda.* Il s'agirait d'admettre que la victime ne demande au juge que la reconnaissance de responsabilité des auteurs, sans demander d'indemnisation. Ce serait là reconnaître la possibilité d'une condamnation symbolique, la victime s'estimant satisfaite par la simple déclaration de responsabilité, sans bénéficier des conséquences normalement attachées à celle-ci. Pour l'heure en effet, la reconnaissance de la responsabilité emporte automatiquement l'obligation de réparer le dommage causé (les termes même de l'article 1382 du Code civil, par exemple, suffisent à s'en convaincre).

Concernant les autres effets de la solidarité, l'on peut ajouter que tout acte interpellatif ou recognitif a pour effet d'interrompre la prescription à l'égard de tous les codébiteurs solidaires (articles 1206 et 2249 du Code civil). De même, la mise en demeure de s'exécuter formulée contre l'un des codébiteurs vaut pour tous les autres (article 1207 du Code civil). Par ailleurs,

1141Civ. 1er, 6 novembre 2001, Bull. civ., I, n°269, CCC, 2002, n°20, note RAYMOND.

1142Civ. 3 janvier 1933, DH, 1933, p. 113.

1143Civ. 2e, 17 février 1955, GAJC, n°178.

1144V. not. P. RAYNAUD, *La renonciation à un droit,* RTD civ., 1966, p. 763 ; G. GRAMMATIKAS, *Théorie générale de la renonciation en droit civil,* LGDJ, 1971 ; N. CAYROL, *Les actes ayant pour objet l'action en justice,* Economica, 2001, n°272 et s.

la solidarité implique que soit étendue l'autorité de la chose jugée à l'égard des codébiteurs, non parties à l'action[1145]. Le codébiteur attrait en justice se défend, pour lui-même, mais aussi pour les autres. Cette règle, moins basée sur l'existence d'une représentation réciproque des codébiteurs[1146] que sur l'existence d'un objet unique, la créance commune[1147], doit être appliquée aux coauteurs. Une nuance, cependant, peut être introduite, reposant sur la distinction entre exception personnelle et exception commune. En effet, seules les décisions basées sur des arguments communs, c'est-à-dire des arguments que chaque coauteur aurait pu invoquer, devraient être opposées aux autres. Ainsi, le coauteur qui prouve qu'il n'est pas à l'origine du dommage, parce qu'une cause étrangère revêtant les caractéristiques de la force majeure a rompu le lien causal entre lui-même et le dommage, avance un moyen de défense purement personnel, qui ne devrait pas profiter aux autres. Au contraire, celui qui prétend qu'une faute de la victime a contribué à produire son dommage et parvient à obtenir une diminution des dommages-et-intérêts, avance un argument commun, dont le produit devrait profiter à tous les coauteurs.

Concernant les voies de recours, l'article 552 du Code de procédure civile donne la solution, et ne permet d'opposer l'arrêt d'appel aux codébiteurs que dans la mesure où ceux-ci sont intervenus à l'instance. À défaut, le seul jugement leur sera opposable. La solution a cela de logique que, après l'obtention du jugement, les différents coauteurs sont sensés être informés du poids de la dette qui pèse sur eux. Chacun doit donc agir avec diligence s'il veut obtenir une modification de ce jugement.

Le régime ainsi posé de l'obligation solidaire des coauteurs d'un dommage n'est pas en complet décalage avec le droit positif, qui fait produire à l'obligation *in solidum* quasiment les mêmes effets que l'obligation solidaire, au stade de l'obligation à la dette.

580. Faible décalage avec le droit positif. Concernant les rapports entre la victime et les coauteurs, l'admission d'une solidarité véritable entre codébiteurs n'apporte pas de grands bouleversements. L'obligation *in solidum*, retenue par les juges en lieu et place de la solidarité, consiste à n'écarter que les effets secondaires de la solidarité. À ce stade donc, pas de révolution du droit positif. La victime peut demander l'entière dette d'indemnisation au

1145Opposabilité de la décision rendue à tous les codébiteurs, qu'elle soit favorable (Civ. 25 mars 1902, DP., 1905, 1, p. 325) ou non (Civ. 1er décembre 1985, DP., 1886, 1, p. 251).

1146Il s'agit du fondement traditionnellement avancé par les juges : Civ. 28 décembre 1881, DP., 1882, 1, p. 377.

1147M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligation in solidum en droit privé français,* Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, 2002, n°171 et s.

coauteur de son choix[1148], sans que celui-ci ne puisse invoquer le bénéfice de division de la dette, l'implication d'autres auteurs ne pouvant lui permettre de s'exonérer partiellement[1149]. Le paiement effectué par l'un des coauteurs, pourvu qu'il soit complet, libère les autres vis à vis de la victime, qui ne saurait agir contre les autres coauteurs si elle a obtenu satisfaction[1150].

Le fait que la compensation ne joue pas en matière de solidarité des coauteurs d'un délit serait en revanche une nouveauté. Les juges estiment, actuellement, que « la règle exceptionnelle de l'article 1294, §3, ne peut être étendue à l'obligation *in solidum*, qui reste soumise au droit commun »[1151]. Le jeu de la compensation, selon le régime proposé, ne profitera pas à tous les codébiteurs. Cependant, l'incidence pratique de cette nouveauté est à relativiser, car il est rare que la victime et l'auteur de son dommage soient en possibilité de faire valoir une compensation. La responsabilité délictuelle met souvent en relation des personnes qui ne le sont pas auparavant. La solidarité résultant d'un acte délictueux se démarque alors de celle résultant d'une relation contractuelle, ou les différentes personnes intéressées sont, par principe, liées.

Les effets extra judiciaires de la solidarité s'appliqueront aux coauteurs, contrairement à la solution de droit positif. Alors que la prescription, ou son interruption, n'est aujourd'hui opposable qu'à l'assureur lorsqu'elle est constatée pour son assuré[1152], la règle proposée permettra son opposabilité à tous les coauteurs. De même, la mise en demeure opérée contre l'un, vaudra pour les autres et les intérêts moratoires courront contre tous les codébiteurs. La règle a cela de juste que la victime n'a pas à multiplier les actions et peut ne conserver qu'un seul interlocuteur. Par ailleurs, le coauteur ainsi poursuivi peut choisir d'appeler en garantie les autres, afin de ne pas supporter, seul, le poids de la dette.

Concernant l'effet de la décision de justice rendue contre, ou en faveur de l'un des débiteurs, la solution proposée est en décalage avec le droit positif. Le jugement obtenu, en faveur ou contre l'un des coauteurs n'est pas opposable aux autres[1153], sauf à l'assureur, lorsque la victime a poursuivi l'assuré[1154]. Il s'agira d'unifier ces solutions et d'admettre que la décision

1148V. par ex. Civ. 3e, 31 mars 2009, RCA, 1999, com. n°116.

1149Le fait du tiers n'est pas une cause d'exonération, à moins de revêtir les caractéristiques de la force majeure, v. par ex. Civ. 2e, 13 mars 2003, Bull. civ., II, n°65, RCA, 2003, com. n°65.

1150Civ. 1re, 20 juin 2000, Bull. civ., I, n°188, « la condamnation d'un responsable d'un dommage à le réparer ne prive pas la victime d'intérêt à agir contre les autres responsables du même dommage, tant qu'elle n'a pas effectivement reçu réparation ». a contrario, dès que la victime a reçu réparation, elle n'a plus d'intérêt à agir.

1151Civ. 1er, 29 novembre 1966, Bull. civ., I, n°531.

1152Civ. 1er, 12 juin 1968, RTD civ., 1969, p. 165, obs. P. HEBRAUD.

1153Civ. 2e, 4 février 1954, Bull. civ., II, n°47.

1154Civ., 24 juin 1947, RTD civ, 1947, p. 434, note H. et L. MAZEAUD.

est opposable à tous les coauteurs, sauf en ce qui concerne les effets des exceptions personnelles à chacun.

Pour ce qui est des voies de recours, la solution retenue en matière de solidarité véritable ne diffère pas de celle retenue pour l'obligation *in solidum*. L'appel et ses effets restent ainsi personnels[1155].

La solidarité entre les coauteurs, au stade de l'obligation à la dette est pleinement satisfaisante. Sans heurter les règles de responsabilité civile, il s'agit d'accorder une faveur à la victime en lui permettant d'être indemnisée au plus vite, en totalité.

Cette solidarité de principe entre les coauteurs doit cependant céder, selon nous, en cas de concours entre une règle très spéciale, opérant par canalisation de la responsabilité et d'autres règles de responsabilité. La règle de conflit proposée conduit à donner l'exclusivité à la règle spéciale. Loin d'être une nouveauté, celle règle conduit en réalité à conforter, voire radicaliser, une solution déjà connue du droit positif.

B. Poursuite de l'exclusivité des régimes opérant par canalisation de la responsabilité

581. Canalisation. Ces régimes de responsabilité, très spéciaux, retiennent la responsabilité, le plus souvent sans faute, de personnes clairement désignées, exploitant une activité à risque ou possédant une chose dangereuse. Il y a canalisation dans le sens où la personne désignée ne peut, généralement, s'exonérer de sa responsabilité. L'idée est de faire peser le poids de l'indemnisation sur le patrimoine le plus indiqué pour cela. Or, le propriétaire ou l'exploitant, dans ces cas, est non seulement le mieux à même d'éviter la survenance du dommage, ou son aggravation, mais il profite de la chose. Il est donc, pour ces raisons, le mieux placé pour en assumer les risques. Le lien entre ces régimes de responsabilité et l'assurance est évident, de sorte que le débiteur d'indemnisation est bien souvent l'assureur du responsable désigné[1156].

Dans ces conditions, il est logique que l'indemnisation des dommages survenus à l'occasion de ces activités particulières ne soit pas partagée entre les coauteurs, mais assumée par le seul responsable désigné par la règle spéciale.

Le droit positif raisonne ainsi pour un certain nombre d'activités dangereuses. Il s'agira de conforter ces solutions (1), mais aussi de s'interroger sur une éventuelle extension à d'autres régimes de responsabilité (2).

1155Pour la solution actuelle, v. not. Civ. 2e, 6 novembre 1969, RTD civ., 1970, p. 413, obs. P. RAYNAUD.

1156V. not. G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle,* BDPR, LGDJ, n°246 et s ; B.-S. MARKESINIS, *La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance,* RIDC, 1983, p. 301 et s.

1. Maintien de l'exclusivité de certains régimes de responsabilité

582. Illustrations. Non seulement ces régimes spéciaux écartent le droit commun en la matière[1157], mais ils concentrent la responsabilité sur une seule personne. Les éventuels coauteurs du dommage ne pourront donc pas voir leur responsabilité engagée.

C'est ainsi que, pour ce qui est des dommages causés par l'énergie nucléaire, seul l'exploitant de l'installation nucléaire est responsable. D'autres personnes, potentiellement impliquées, seront exonérées, comme les transporteurs de substances nucléaires par exemple[1158]. Par ailleurs, les causes exonératoires sont extrêmement limitées, puisque ni le fait d'un tiers, ni la faute de la victime, ni les cas fortuits ne permettent à l'exploitant d'échapper à sa responsabilité[1159].

De même, la responsabilité pour les dommages causés par une fuite ou un rejet d'hydrocarbures par un navire transportant ces substances incombe exclusivement au propriétaire de ce navire. Il s'agit d'une responsabilité de plein droit qui pèse uniquement sur ce dernier[1160]. Les causes d'exonération sont, là encore, réduites au minimum (acte de guerre, phénomène naturel à caractère exceptionnel, inévitable et irrésistible, faute de la victime).

Encore, les constructeurs et exploitants de téléphériques sont responsables des dommages causés aux personnes ou aux biens par les cabines ou les câbles, ou les objets qui s'en détachent. Aucune exonération n'est possible par la force majeure ou le fait d'un tiers, seule la faute de la victime peut atténuer la responsabilité de l'exploitant ou du constructeur[1161].

L'on peut, pour finir, ajouter la règle spéciale prévoyant la responsabilité du promoteur de recherches biomédicales de l'article L. 1121-10 du Code de la santé publique[1162]. Le promoteur assume seul cette responsabilité en cas de faute de sa part ou de tout autre intervenant. Il s'agit d'une véritable responsabilité du fait d'autrui, puisque le promoteur ne peut opposer à la victime le fait d'un tiers, pour s'exonérer. Cette responsabilité pour faute

1157Un concours intellectuel est alors résolu, v. infra., n°648 et s.

1158Ce régime est issu de la combinaison de différents textes, principalement, pour la France, de la Convention de Paris du 26 juillet 1960, relative à la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, et la Convention de Bruxelles du 31 janvier 1963, et de la loi du 30 octobre 1968, n°68-943.

1159Seule la faute intentionnelle ou la faute grave de la victime, et quelques faits limitativement énumérés par la Convention de Paris sont exonératoires (art. 9 de la Convention, conflit armé, guerre civile, cataclysme, not.).

1160Convention de Bruxelles du 29 novembre 1969, sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, article L. 218-1 du Code de l'environnement.

1161V. Loi du 8 juillet 1941, article 6.

1162V. not. S. HOCQUET-BERG, *Le régime juridique de la recherche biomédicale réformé par la loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la santé publique,* RCA, 2004, étude 23.

présumée est couplée avec une assurance obligatoire qui parachève le système et dirige sûrement la victime vers le promoteur pour obtenir indemnisation de son dommage[1163].

583. Appréciation. Ce règlement particulier du concours matériel nous semble devoir être approuvé. Non seulement il respecte pleinement l'esprit de la règle spéciale, généralement sévère envers celui qui profite de l'activité dangereuse, mais il permet à la victime, comme la solidarité entre coauteurs que nous prônons en règle générale, de se contenter d'un seul interlocuteur, d'une seule action. La liberté de la victime est simplement supprimée, en ce sens qu'elle ne peut choisir, parmi les auteurs du dommage, celui à qui elle demandera l'indemnisation. Cependant, cette absence de liberté n'a rien de gênant dans la mesure où l'exploitant de l'activité dangereuse est assuré. La victime est certaine, dans ce cas, d'obtenir une indemnisation[1164].

La question se pose de savoir s'il serait possible, et opportun, d'étendre cette solution au profit d'autres régimes de responsabilité.

2. Extension de l'exclusivité à d'autres régimes de responsabilité

584. Identification des régimes concernés. La question de l'extension de l'exclusivité à d'autres régimes de responsabilité impose d'identifier les régimes qui pourraient écarter la règle classique du choix de la victime en cas de pluralité d'auteurs du dommage. Les régimes de responsabilité étudiés précédemment ont plusieurs traits communs. Il s'agit généralement de régimes plus sévères à l'encontre du responsable que le droit commun (présomption de faute ou responsabilité de plein droit, réduction des causes d'exonération). Par ailleurs, soit le responsable désigné est celui qui, naturellement, s'assure contre le risque réalisé, soit le responsable désigné est soumis à une obligation d'assurance. Parfois, la solidarité nationale vient au secours de la victime et complète l'indemnisation versée par le responsable, ou pallie l'absence d'indemnisation due par ce dernier. Tout est donc fait pour que, non seulement la victime soit assurée d'obtenir une indemnisation, mais encore que celle-ci soit versée par la personne la plus indiquée pour cela.

1163V. art. L. 1121-10 al. 3 CSP.

1164Notons à ce propos que l'assurance n'est pas le seul mécanisme permettant de garantir à la victime une indemnisation, la solidarité nationale venant aussi en aide à certaines victimes : l'État peut ainsi venir compléter le montant versé par l'exploitant d'une installation nucléaire, dont la responsabilité est plafonnée à 80 millions d'euros (art. 9 de la loi du 30 octobre 1968), et le FIPOL (Fonds d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures) complète également l'indemnisation dues par le propriétaire du navire pollueur. De même, en cas d'absence de faute du promoteur de recherches biomédicales, la solidarité nationale prend le relais, et l'ONIAM indemnise la victime (art. L. 1121-10, al. 2 CSP).

L'exclusivité comme mode de règlement du concours matériel pourrait être appliquée à deux régimes de responsabilité qui répondent à ces critères : la responsabilité du fait des accidents de la circulation, et la responsabilité du fait des produits défectueux.

585. Extension de l'exclusivité à la responsabilité du fait des accidents de la circulation. Actuellement, la victime d'un accident de la circulation causé par plusieurs personnes a le choix de demander l'indemnisation à n'importe laquelle de ces personnes, quel que soit le fondement choisi. Ainsi, la victime peut s'adresser au conducteur du véhicule impliqué, sur le fondement de la loi du 5 juillet 1985, mais aussi, le cas échéant, au piéton ou cycliste qui a, par sa faute ou le fait d'une chose sous sa garde, contribué à causer le dommage[1165].

Or, la loi du 5 juillet 1985 déroge au droit commun de la responsabilité en retenant des conditions d'engagement originales (implication du véhicule dans l'accident, et non pas fait de la chose à l'origine du dommage), dirige nettement la victime vers le conducteur du véhicule impliqué en réduisant les causes d'exonération[1166], et impose à tout conducteur de souscrire une assurance. Pour finir, un fonds d'indemnisation permet à la victime d'obtenir réparation en cas de défaillance du débiteur, ou d'absence d'assurance de ce dernier[1167]. Ce régime se rapproche donc de ceux étudiés précédemment, concernant les exploitants d'activités ou choses dangereuses.

Dès lors, il serait concevable d'imposer à la victime d'agir exclusivement contre le conducteur du véhicule impliqué dans l'accident ayant causé son dommage[1168]. En effet, la liberté ne profite pas à la victime dans ce cas, car le système mis en place par la loi du 5 juillet 1985 lui assure une indemnisation plus rapide que si elle passe par la voie judiciaire classique à

1165Le droit spécial des accident de la circulation n'est pas applicable à d'autres personnes que le conducteur u le gardien du véhicule impliqué dans l'accident (art. 2 de la loi du 6 juillet 1985), le droit commun peut cependant être utilisé comme fondement par la victime à l'encontre des autres personnes ayant contribué à causer le dommage. V. par ex. Civ. 2e, 19 janvier 1994, Bull. civ., II, n°28 et 2 avril 1997, Bull. civ., II, n°110.

1166L'article 2 de la loi du 5 juillet 1985 exclue l'exonération par la preuve du fait d'un tiers ou d'un événement de force majeure à l'origine de l'accident, tandis que les articles 3 à 6 organisent l'impact de la faute de la victime sur son droit à réparation, qui n'en sera que rarement supprimé.

1167Art. L. 421-1 à L. 421-14 CSS, et not. Ph. CASSON, *Les fonds de garantie. Accident de la circulation et de chasse, infractions pénales, actes de terrorisme et contamination par le VIH,* LGDJ, 1999 ; G. VINEY, *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation,* LGDJ, 1992, n°127 et s.

1168Cette canalisation de la responsabilité vers le conducteur a pu être soutenue en doctrine, comme une analyse , certes audacieuse, mais cohérente, de la loi du 5 juillet 1985 : G. WIEDERKHER, *De la loi du 5 juillet 1985 et de son caractère autonome,* D., 1985, chronique p. 255, spé. p. 259, l'auteur estimant que la loi faisant reposer la responsabilité sur celui qui souscrit l'assurance obligatoire, il serait injuste que les « conséquences (de l'accident) pèsent sur des personnes non couvertes par l'assurance obligatoire ». Contra, v. AUBRY et RAU, *Droit civil français, Responsabilité délictuelle, T. VI-2,* Paris, Librairie technique, 1989 par N. DEJEAN de la BATIE, n°149 : « le législateur, en effet, n'a exprimé aucune volonté de « canaliser » la responsabilité sur ceux qui sont couverts par l'assurance obligatoire, à l'exclusion des autres ».

l'encontre d'un piéton ou d'un cycliste, sur la base du droit commun de la responsabilité[1169]. Par ailleurs, même si l'on ne peut pas dire que le conducteur tire un profit de l'utilisation de son véhicule, au même titre que l'exploitant, à titre professionnel, d'une activité dangereuse, force est d'admettre qu'il en tire de nombreux avantages, en même temps qu'il fait courir un risque certain aux autres (mais aussi à lui-même), compte tenu de la gravité des dommages que peut causer l'accident de la circulation. Il n'est pas déraisonnable de relier la responsabilité à cette forme de risque-profit, et à l'assurance obligatoire, pour faire du conducteur le seul responsable à devoir indemniser la victime. L'on pourrait même considérer que le risque créé par l'utilisation du véhicule justifie pleinement un régime de responsabilité particulier. Outre ces arguments, l'on peut ajouter quelques considérations causalistes justifiant la responsabilité du seul conducteur. En effet, au regard de la dangerosité du véhicule terrestre à moteur, il serait possible de considérer que, quelle que soit l'intervention d'autres causes dans la réalisation du dommage, la cause principale est l'implication du ou des véhicules ayant causé l'accident.

Cette règle de conflit au concours matériel en cas d'accident de la circulation, sans constituer un grand bouleversement, apporterait une certaine cohérence au système, en rapprochant la responsabilité du fait des accidents de la circulation de régimes comparables.

586. Extension de l'exclusivité à la responsabilité du fait des produits défectueux. Les articles 1386-1 et suivants du Code civil organisent la responsabilité du fait des produits défectueux autour, principalement, du producteur. Le terme de producteur doit être entendu largement, puisqu'il désigne une personne, agissant à titre professionne et fabriquant soit le produit fini, soit une composante, ou produisant une matière première (article 1386-6 du Code civil). Ce n'est qu'en cas de défaut d'identification du producteur que le vendeur ou le loueur pourra être responsable du défaut de sécurité du produit. Actuellement, la victime d'une tel défaut de sécurité a le loisir d'agir contre le producteur du produit, et/ou contre d'autres personnes impliquées dans la réalisation de son dommage[1170]. L'article 1386-18 du Code civil lui laisse explicitement cette possibilité. Les différents responsables sont alors tenus *in solidum*, le producteur ne pouvant s'exonérer par la preuve du fait d'un tiers ayant concouru à la réalisation du dommage (article 1386-14 du Code civil).

1169Sur la procédure de règlement amiable de l'indemnisation, v. par ex. Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats,* Dalloz, 2013, n°8241 et s.

1170V. par ex. Civ 2e, 12 juillet 2012, n°11-17510.

Or, ce régime spécial dirige clairement la victime vers un responsable facilement identifiable, le producteur (ou celui qui se présente comme tel en apposant sur le produit son nom, sa marque ou un signe distinctif), particulièrement à même de répondre des conséquences du manque de sécurité de son produit dans la mesure où il est professionnel et qu'à ce titre il se doit d'anticiper les dommages éventuellement causés par son activité. Le régime de responsabilité mis en place est relativement sévère, la responsabilité de plein droit des producteurs ne cédant pas sous la preuve du respect des règles de l'art ou de normes existantes, ou de l'obtention d'une autorisation administrative. Seuls la faute de la victime, le risque de développement, ou encore la preuve que le défaut de sécurité tient au respect d'une règle impérative permettent une exonération du producteur. En dehors de ces cas, le producteur peut échapper à la dette d'indemnisation en prouvant qu'il n'est pas en lien avec le dommage, car il n'a pas mis sur le marché le produit concerné, ou parce que le défaut n'est pas dû à la partie composante qu'il a produite. Ces dispositions sont d'ordre public, il n'est donc pas possible pour les producteurs de tenter d'exclure ou de limiter leur responsabilité par le biais de clauses contractuelles[1171].

Bien qu'il n'y ait pas d'obligation d'assurance à la charge du producteur, il existe une certaine similitude entre ce régime de responsabilité et les régimes étudiés précédemment. Le régime est spécial en ce qu'il transcende la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle et qu'il offre à la victime un responsable unique, facilement identifié. La responsabilité est aggravée par rapport au droit commun (diminution des causes d'exonération, responsabilité de plein droit) et la victime est allégée dans la charge de la preuve, puisqu'elle doit simplement prouver le défaut de sécurité du produit et le lien entre ce défaut et le dommage[1172].

Dès lors, ne pourrait-on pas poursuivre le mouvement amorcé et canaliser la responsabilité sur le producteur ? Cette solution mettrait assurément fin aux problèmes qu'a suscités l'application de l'article 1386-18 du Code civil, offrant à la victime la possibilité de recourir à d'autre fondements que cette responsabilité spéciale[1173]. Le producteur, professionnel, est le mieux à même de pouvoir prévenir les défauts du produit et donc de faire face à une

1171Pour l'ensemble du régime, se reporter aux articles 1386-1 à 1386-18 du Code civil.

1172Il ne faut cependant pas nier que, dans certains cas, ces deux éléments de preuve sont difficilement rapportés par la victime, comme en atteste le contentieux à propos des dommages causés par les vaccins. V. parmi une doctrine abondante : J.-S. BORGHETTI, *Contentieux de la vaccination contre l'hépatite B, le retour en force de la condition de participation du produit à la survenance du dommage*, D., 2013, p. 1717, *Qu'est-ce qu'un vaccin défectueux ?* D., 2012, p. 2853; P. JOURDAIN, *Vaccination contre l'hépatite B : le défaut présumé à partir des présomptions de causalité,* RTD civ., 2013, p. 131.

1173V. supra, n°75.

éventuelle responsabilité. Peut-être pourrait-on simplement imposer, comme pour les autres régimes étudiés, une obligation d'assurance, afin d'offrir à la victime la garantie d'une indemnisation.

Avant de dresser un premier bilan de la mise à l'épreuve de la règle de conflit, il faut revenir sur le concours matériel opposant plusieurs responsabilités du fait d'autrui. L'application de la règle de conflit proposée mettrait fin à la jurisprudence actuelle.

C. Abandon du mode de règlement actuel du concours entre les différentes responsabilités du fait d'autrui

587. Non cumul des différentes responsabilités du fait d'autrui. Faisant obstacle à la règle classique de la responsabilité *in solidum*, les juges estiment que les différentes responsabilités du fait d'autrui sont alternatives, et non cumulatives[1174]. Cependant, les juges n'ont pas donné la clé du règlement de ce concours et l'on ne sait avec certitude selon quel critère départager les différents responsables pour autrui[1175]. Un critère de proximité semble être retenu lorsqu'il s'agit de régler le concours entre les cas particuliers du Code civil des origines. La responsabilité du commettant ou de l'artisan évinçant celle des parents lorsque le dommage se produit aux heure et lieu de travail[1176]. Pour le reste, le juge s'est prononcé concernant le concours entre le principe général de responsabilité du fait d'autrui fondé sur l'article 1384 al. 1 et la responsabilité parentale. Ce concours n'est pas régulé, mais supprimé en amont par les juges.

588. Suppression du concours par la redéfinition des domaines de chaque responsabilité. Les juges de la Cour de cassation ont fait du mode de placement le critère de répartition des responsabilités : soit le mineur est confié à l'établissement par ses parents, en vertu d'un contrat, et alors cette séparation ne rompant pas la cohabitation avec les parents, ces derniers sont encore responsables des agissements dommageables de leur enfant[1177] ; soit le mineur est placé dans un centre socio-éducatif sur décision judiciaire, ou administrative, et dans ce cas le centre sera responsable des dommages causés par le mineur pendant toute la durée de sa

1174La formule est utilisée par les juges, V. Crim., 2 octobre 1985, Bull. crim., n°294 ; Civ. 2e, 18 mars 1981, Bull. civ., II, n°69.

1175V. F. LEDUC, *Les rapports entre les différentes responsabilités du fait d'autrui,* RCA novembre 2000, hors série *La responsabilité du fait d'autrui, Actualités et évolutions,* p. 18 et s.

1176V. Crim., 2 octobre 1985, Bull. crim., n°294 ; Civ. 2e, 18 mars 1981, Bull. civ., II, n°69.

1177Par ex. Civ. 2e, 28 mai 2004, Bull. civ., II, n°123, « les mineurs avaient été confiés par leur parents, qui exerçaient l'autorité parentale, à une association gérant un établissement scolaire spécialisé, n'avait pas fait cesser la cohabitation des enfants avec ceux-ci. ».

mission de surveillance et d'éducation[1178]. Pour certains, ce refus du cumul des actions s'apparente à une hiérarchisation des actions en présence[1179]. Nous ne souscrivons pas à cette analyse et préférons penser qu'il s'agit là d'une véritable paralysie du concours. La décision de placement judiciaire déterminant l'application de la responsabilité du centre socio-éducatif est un critère de plus de la responsabilité du centre qui accepte d'organiser et contrôler de manière permanente le mode de vie du mineur. Le fait que le centre ou l'association soit en charge du mineur par l'exécution d'une décision judiciaire est le critère déclenchant de la responsabilité fondée sur l'article 1384 alinéa 1[1180]; cette solution étant régulièrement rappelée par les juges[1181].

Le concours n'existe plus puisque si le mineur est placé par contrat, la responsabilité parentale est la seule qui trouve à s'appliquer, alors que s'il y a décision judiciaire de placement, c'est la personne à qui le juge a confié le mineur qui est responsable. Le critère de répartition des responsabilités ainsi posé est d'une remarquable clarté. Pourtant, une décision a pu semer quelques doutes. Il s'agit d'un arrêt relativement récent, ayant eu les honneurs du bulletin de la Cour de cassation, rendu le 19 juin 2008, par la deuxième chambre civile[1182]. Une ordonnance de placement du juge avait confié un mineur à une association. Ce dernier cause un dommage alors qu'il rentre chez ses parents. La Cour de cassation retient que le placement n'avait été ordonné au titre de l'article 375 du Code civil, en milieu ouvert, que pour une mission d'assistance éducative. Le centre n'avait donc pas en charge l'organisation, à titre permanent, du mode de vie du mineur. Les parents restent responsables dans ce cas. Cet arrêt démontre que l'ordonnance de placement n'est pas un critère absolu, car le juge peut choisir différentes mesures au titre de l'article 375 du Code civil, dont certaines seulement engendrent l'obligation pour le centre socio-éducatif d'organiser à titre permanent le mode de vie du

1178Civ. 2e, 6 juin 2002, 2 arrêts, Bull. civ., II, n°120, D., 2002, p. 2750, note HUYETTE, JCP, 2003, II, 10068, note GOUTTENOIR et ROGER, RTD civ., 2002, p. 825, obs. P. JOURDAIN, « attendu qu'une association chargée par décision du juge des enfants d'organiser, de contrôler à titre permanent le mode de vie d'un mineur demeure, en application du texte susvisé, responsable de plein droit du fait dommageable commis par ce mineur, même lorsque celui-ci habite avec ses parents, dès lors qu'aucune décision n'a suspendu ou interrompu cette mission éducative »; Civ. 2e, 7 octobre 2004, Bull. civ., n°453; Civ. 2e, 3 mai 2006, RCA, 2006, com. 219.

1179G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n°789-29.

1180Civ. 2e, 20 janvier 2000, Bull. civ., II, n°15, la décision de placement par le juge des enfants détermine la nature de la responsabilité, délictuelle et non contractuelle (la CA avait au contraire considéré qu'il y avait un contrat entre les parents et le centre); Crim., 15 juin 2000, Bull. crim., n°233, la décision du juge des enfants permet de savoir qui, du service départemental ou de l'association à qui a été confié l'enfant, est responsable. L'arrêt considère que la décision du juge opère un « transfert de la garde du mineur » envers l'association, qui est de ce fait responsable.

1181Civ. 2e, 7 octobre 2004, n°03-16.0078; Civ. 2e, 7 mai 2002, Bull. civ., II, n°129.

1182Civ. 2e, 19 juin 2008, Bull. civ., II, n°144.

mineur. Il faut ajouter à cela que le juge fait une appréciation stricte de la nature de la décision de placement, qui doit être judiciaire. En effet, il a été décidé que la décision prise par une commission départementale de placer le mineur dans un centre médico-psychologique entraîne la responsabilité contractuelle et non délictuelle du centre[1183].

À ce jour, aucune décision n'a posé de solution similaire concernant le concours entre la responsabilité parentale, et celle d'un centre de loisir. La logique ne saurait être la même car le centre n' accepte d'organiser qu'une activité, temporairement. Le critère trouvé par les juges pour les centres socio-éducatifs n'est évidemment pas utilisable. La solution du droit positif comporte donc quelques lacunes, que l'application de la règle de conflit proposée comblerait.

589. Modification du droit positif par la règle de conflit proposée. La règle de conflit proposée rend inutile le recours au critère de la décision judiciaire de placement pour engager la responsabilité du centre socio-éducatif, et donc départager sa responsabilité d'avec la responsabilité parentale. Dès lors, l'on peut revenir à une responsabilité du centre lorsque ce dernier accepte de diriger de manière permanente le mode de vie d'autrui. Peu importerait le mode de placement, la décision judiciaire et celle des parents produiraient le même effet. Rien d'autre que la perte de l'autorité parentale ne pourrait conduire à l'absence de responsabilité des parents.

590. Bénéfices de l'application de la règle de conflit proposée. La solution proposée aurait le mérite d'apporter de la cohérence à l'ensemble. Tout d'abord, les concours matériels de responsabilités du fait d'autrui seraient désormais traités comme les autres concours du même type, à savoir la reconnaissance de la responsabilité solidaire de toutes les personnes désignées comme telles par le droit. Ensuite, le juge admet déjà la mise en jeu de la responsabilité de l'État pour risque en cas de dommage commis par un mineur en milieu ouvert, parallèlement à l'action contre l'association éducative sur le fondement de l'article 1384 al. 1er du Code civil[1184]. La solution proposée ne fait qu'élargir cette possibilité de cumul

1183Civ. 2e, 24 mai 2006, n°04-17.495.

1184Civ. 2e, 9 décembre 1999, Bull. civ., II, n°189, D., 2000, jp. p. 73, note A-M. GALLION-SCANVION ; Civ. 2e, 7 mai 2003, Bull. civ., II, n°129, D., 2003, note M. HUYETTE, p. 2256. La solution devrait être maintenue maintenant que le juge administratif retient, lui aussi, le critère de la garde pour engager la responsabilité de la personne publique en charge du mineur : CE. 11 février 2005, GIE AXA Courtage, Lebon p. 45 ; CAA Douai, 17 mars 2005, Département du Nord, n°03DA00087, CAA Versailles 23 juin 2005, Département des Yvelines et département du Nord, n°03VE03896 ; CE. 1er février 2006, Garde des sceaux c/ MAIF, AJDA 2006, p. 586, chron. C. LANDAIS et F. LENICA, RFDA, 2006, p. 614, note P. BON ; D. MEILLON, *Un nouveau fondement pour la responsabilité sans faute des personnes publiques : la garde,* RDP 2006, p. 1221 ; J-C. BARBATO, Élargissement *de la responsabilité de la puissance publique, 1. Le renouveau de la garde des personnes en droit administratif,* RFDA, 2007, p. 780 ; N. DROIN, *Réflexions sur le concept de « garde », nouveau fondement de la responsabilité sans faute de l'État?* JCP, 2010, p. 835, spé. n°10 et 11

des responsabilités. Enfin, la solution est cohérente au regard de la responsabilité du fait d'autrui. Il n'y a pas, en effet, d'obstacle à considérer qu'une personne est soumise à plusieurs liens d'autorité, fondant ainsi plusieurs responsabilités du fait d'autrui concernant le même primo responsable. Puisque « rien ne permet d'exclure un régime de responsabilité du fait d'autrui au profit d'un autre »[1185], rien ne justifie que l'on interdise à la victime de recourir contre plusieurs répondants pour autrui à la fois. La cohérence du droit n'étant pas menacée par la responsabilité solidaire de plusieurs responsables pour autrui, et la victime y trouvant plusieurs répondants solvables, la solution proposée présente de nombreux avantages.

591. Bilan. Les règles de conflit proposées pour résoudre les concours matériels en cas de certitude causale, au stade de l'obligation à la dette, ne font que conforter les solutions acquises en droit positif. Il s'agirait simplement d'offrir un fondement textuel à la responsabilité solidaire des coauteurs d'un délit. Le passage de l'obligation *in solidum* à l'obligation solidaire, à ce stade, offre satisfaction en ne modifiant que peu le droit positif, en faveur de la victime, sans sacrifier pour autant les intérêts des responsables. La poursuite de l'exclusivité de certaines règles, paralysant l'obligation solidaire, se justifie pleinement, au regard de la logique interne de chaque règle spéciale. Son extension à d'autres régimes que ceux qui sont, d'ors-et-déjà, exclusifs en droit positif, répond à un objectif de cohérence du système de règlement des concours et ne nécessiterait que de faibles aménagements des solutions actuellement retenues.

Si le bilan est, à ce stade, satisfaisant, il nous reste à poursuivre l'évaluation de la mise en œuvre des règles de conflit proposées. Il s'avère que l'application des règles permettant le règlement des concours matériels avec incertitude causale emporte une limitation de la jurisprudence positive.

§2. Limitation du droit positif en cas d'incertitude causale

592. Égarements du droit positif. L'on avait eu l'occasion de dénoncer les faux concours matériels, créés par le juge en présence d'incertitude causale[1186]. La proposition de règlement que nous avons formulée, reposant sur le concept de responsabilité collective, conduit à limiter les solutions retenues par la jurisprudence. Seules les situations qui répondront aux critères de la responsabilité collective seront soumises à ce mode de règlement des concours

1185L. CLERC-RENAUD, *Les concours de responsabilités civiles délictuelles*, *in* actes du colloque de Chambéry, *Les concours de responsabilités : entre dialogue et conflits,* RCA, 2012, dossier 9, n°14.

1186V. supra, 110 et s.

(A). Il faudra se résoudre, dans les autres cas, à refuser toute indemnisation, sous peine de trop déformer les conditions d'engagement de la responsabilité (B).

A. Situations soumises à la responsabilité collective

593. Rappel de notion. Il y a responsabilité collective, c'est-à-dire responsabilité solidaire des coauteurs, lorsque ceux-ci ont participé à un fait collectif indivisible ayant causé un dommage. L'indivisibilité du fait collectif rend impossible l'identification du ou des responsables parmi ceux qui ont agi. La responsabilité collective permet de faire échec, exceptionnellement, à l'absence de responsabilité qui devrait résulter d'une telle situation en permettant à la victime d'établir le lien causal entre le fait collectif et son dommage, pour engager la responsabilité de ceux qui ont participé au fait collectif[1187].

Plusieurs situations sont susceptibles de permettre la reconnaissance d'une responsabilité collective : les accidents de chasse, les jeux collectifs, ainsi que d'autres actions en groupe (manifestations diverses, infractions commises en bande). Les juges utilisent actuellement d'autres fondements pour retenir la responsabilité des membres du groupe, mais tous sont critiquables (1). L'adoption de la notion de responsabilité collective dans ces situations produirait les mêmes effets, tout en respectant mieux les conditions classiques d'engagement de la responsabilité (2).

1. Critique des fondements retenus en droit positif

594. Annonce. La jurisprudence, face à un dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé, a adopté plusieurs postures. La faute commune ou la garde en commun ont ainsi pu permettre au juge de retenir la responsabilité de chaque membre du groupe. L'ensemble reposerait sur une présomption de causalité. Or, ces trois fondements sont impropres à engager la responsabilité des membres du groupe.

595. Rejet de la faute commune. Les juges ont pu retenir la faute commune à plusieurs occasions, qu'il s'agisse de chasseurs tirant en même temps[1188], ou de délinquants agissant en même temps[1189]. Ce fondement doit cependant être rejeté, pour deux raisons.

Tout d'abord, l'existence d'une faute collective est souvent discutable. En effet, il est plus exact de parler de fautes connexes, car les membres du groupe n'ont généralement pas pris une véritable décision concertée, mais plutôt mal agi dans une même unité de temps. Il y a de

1187V. supra, n°547 et s.
1188Civ. 5 juin 1957, D., 1957, p. 493, note R. SAVATIER.
1189Crim., 13 novembre 1975, JCP, 1976, IV, p. 5.

l'artifice à évoquer une faute unique, commune, là où en réalité l'on constate plusieurs fautes simultanées. Là où le bât blesse, c'est lorsqu'il s'agit de relier ces fautes au dommage, car l'action simultanée rend impossible l'identification du ou des responsables. Autrement dit, si l'on prend l'exemple des accidents de chasse, sur la totalité des plombs tirés, l'on ne sait lequel a atteint la victime. C'est là certainement la raison du recours à l'artifice que constitue la faute collective, qui dispense la victime de rattacher le dommage à l'action de chacun[1190].

Ensuite, quand bien même l'on reconnaît l'existence d'une faute collective, par exemple une faute d'organisation ou de surveillance, cette faute n'a pas causé le dommage finalement subi par la victime, mais la perte de chance d'identifier le responsable[1191]. Raisonner sur le fondement d'une faute commune pour réparer l'entier dommage n'est donc pas convaincant.

596. Rejet de la garde en commun. La responsabilité du fait des choses est un fondement qui fut aussi avancé par les juges. Ainsi, en matière d'accidents de chasse, où les chasseurs ont pu être considérés comme gardien d'une chose unique, la gerbe de plombs[1192], mais aussi en matière de jeu collectif d'enfants[1193], ou de sport[1194], la responsabilité commune fut retenue. Mais là encore, le fondement ne convainc pas, car les critères de la garde d'une chose se prêtent mal à la responsabilité collective. En effet, si la garde d'une chose consiste en l'usage, la direction et le contrôle, l'on conçoit difficilement que plusieurs personnes disposent de ces pouvoirs en même temps sur une même chose[1195]. La responsabilité collective est une fois de plus un expédient utilisé pour permettre à la victime de contourner l'obstacle tenant à l'absence d'identification de l'auteur de son dommage.

597. Rejet de la présomption de causalité. La doctrine, consciente des faiblesses du fondement jurisprudentiel, a proposé de relire les arrêts de la Cour de cassation à la lumière d'un raisonnement causaliste. Ces arrêts reposeraient en réalité sur une présomption de causalité, afin de faciliter l'indemnisation de la victime[1196]. Ils résulteraient d'un « assouplissement, fondé sur l'équité, des règles relatives à la charge de la preuve du lien de

1190En ce sens, G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité,* LGDJ, 2006, n °379.

1191V. Supra, n°110 et s.

1192V. par ex. Civ. 2e, 15 décembre 1980, D., 1981, p. 455, note E. POISSON-DROCOURT.

1193V. par ex. Civ. 2e, 24 mai 1991, Bull. civ., II, n°159.

1194V. par ex. Civ. 2e, 15 juin 1983, Bull. civ., II, n°127.

1195L'on remarque cependant une tendance à l'abandon du fondement de la garde en commun, les juges tentant d'identifier la personne qui, au sein du groupe, avait l'usage, la direction et le contrôle de la chose, au moment de la survenance du dommage. V. not. Civ. 2e, 19 octobre 2006, JCP, 2006, II, 10030, note M. MEKKI, retenant la responsabilité du seul enfant qui tenait la torche ayant enflammé une grange, alors que la décision de l'allumer résultait d'une action concertée de tous les enfants présents.

1196N. DEJEAN de la BATIE, note au JCP, 1988, II, 19773, G. DURRY, obs. À la RTD civ., 1984, p. 316, Ph. BRUN, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité,* Grenoble, 1993, p. 90 et s.

causalité »[1197]. La victime se trouvant dans l'impossibilité de prouver lequel des membres du groupe a causé son dommage, tout en étant capable de démontrer que celui-ci résulte avec certitude des agissements d'au moins un de ces membres, se voit accorder une faveur. L'application rigoureuse des règles de preuve, à ce niveau, laisse en effet un sentiment d'injustice. Il aurait suffi que l'auteur agisse seul pour que la victime puisse obtenir indemnisation. Il est choquant de lui refuser cette indemnisation sous prétexte qu'elle ne parvient pas à affiner la preuve de la cause de son dommage. La cause, dans ces cas, « est circonscrite, elle n'est pas individualisée »[1198]. Il est inéquitable de laisser la victime supporter seule les conséquences du dommage, alors qu'elle a fait une partie du chemin vers la preuve du lien de causalité.

Cependant, l'on peut parvenir à ce résultat sans pervertir la notion de lien causal, et c'est là l'avantage de l'application de la responsabilité collective, telle que nous l'avons définie.

2. Pertinence de l'application de la responsabilité collective

598. Pertinence théorique. Reconnaître comme cause du dommage le fait collectif permet de ne plus travestir, ni le lien de causalité, ni l'acception que l'on a traditionnellement des différents faits générateurs de responsabilité. Il est certain, en effet, que la cause du dommage se trouve dans le fait collectif qui, par son indivisibilité, ne permet pas d'identifier plus précisément la cause du dommage. Face à cette impossibilité matérielle, et plutôt que de recourir aux présomptions de causalité qui ne pourront que rarement être contrées par le défendeur, mieux vaut accepter de se contenter explicitement du seul lien causal établi avec certitude, celui qui relie le dommage à l'action collective. Cependant, pour parvenir ensuite à retenir la responsabilité de chacun des membres du groupe, il est nécessaire de consacrer l'existence d'un nouveau fait générateur de responsabilité, la participation à un fait collectif. Cette nouvelle responsabilité ne déroge que peu, finalement, au droit positif, tout en étant plus cohérente par rapport aux autres règles de responsabilité.

599. Pertinence pratique. En pratique, la victime se trouve, tout comme en droit positif, allégée dans sa charge de la preuve, son indemnisation est donc facilitée. Les coauteurs, de leur côté, sont responsables solidairement, tout comme c'est actuellement le cas (sauf les

1197G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les condition s de la responsabilité, op. cit.,* n°380.
1198Fr. CHABAS, note au D., 1971, p. 637 et s., spé. p. 641.

quelques nuances apportées par l'obligation *in solidum*, que nous proposons de supprimer), sous réserve qu'ils aient participé à l'action commune.

Dès lors, nous formulons une ultime proposition, la suppression du recours à la solidarité nationale en cas d'impossibilité d'identification de l'auteur du dommage causé au sein d'un groupe indéterminé. Il est en effet inutile de faire supporter à la société la dette d'indemnisation, dès lors qu'elle est due par les membres du groupe. Cet allègement de la charge des Fonds d'indemnisation[1199] permettrait d'utiliser à d'autres fins les deniers non dépensés, notamment pour assurer à la victime une indemnisation dans les situations où la responsabilité collective ne saurait être retenue.

B. Situations exclues de la responsabilité collective

600. Mesure de l'exclusion. Sont exclues de la responsabilité collective les situations d'incertitude causale dans lesquelles le dommage n'a pas réellement été créé par un fait collectif, tel qu'il est défini par nous. Il convient de s'expliquer sur cette exclusion (1), et de s'interroger sur la possibilité d'une indemnisation de la victime par d'autres voies (2).

1. Justification de l'exclusion

601. Incertitude causale sans fait collectif. Il nous semble qu'il faille distinguer entre le fait collectif, indivisible, rendant impossible l'identification précise du responsable au sein du groupe, et les situations où l'impossibilité d'établir avec certitude un lien causal ne tient pas à un véritable fait collectif. Ainsi, lorsqu'une personne a contracté une infection nosocomiale, suite à plusieurs séjours dans différents établissements de santé, et qu'il est impossible de savoir lequel, ce n'est pas un fait collectif qui est à l'origine de l'impossibilité d'identifier avec certitude le responsable[1200]. « En effet, les établissements de soin qui ont hébergé successivement la victime n'étaient nullement associés à une activité commune »[1201], ce qui distingue profondément ce type d'affaire de celles vues précédemment, tels les accidents de chasse, ou autre jeux collectifs. De même, lorsqu'une personne contracte une pathologie suite à l'exposition à un médicament mis sur le marché par deux laboratoires, mais sans que l'on

1199V. art. L. 421-1 et s. du Code des assurances concernant le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages, indemnisant les victimes d'accidents de la circulation dont le responsable ne peut être identifié, applicable aussi aux accidents de chasse (art. 366 ter du Code rural). V. aussi le fonds d'indemnisation des victimes d'infractions et de terrorisme, art. L. 422-1 du Code des assurances.

1200V. Civ. 1re, 17 juin 2010, RTD civ., 2010, p. 1247, chronique G. VINEY, l'arrêt retenant la condamnation solidaire des deux établissements de santé. Il est à noter qu'aujourd'hui, la solidarité nationale assurerait l'indemnisation du patient (art. L. 1142-1, II, CSP).

1201*Ibidem*., p. 1250.

puisse savoir lequel a produit le médicament spécialement ingéré par la victime[1202], il n'y a pas de fait collectif à l'origine du dommage. Il n'y a qu'une impossibilité matérielle, scientifique, à départager les responsables potentiels du dommage. Cependant, ces auteurs potentiels n'ont pas agi ensemble. Le résultat produit est toutefois identique à celui qui résulte d'un fait collectif, l'absence de certitude causale devant, en théorie, empêcher toute indemnisation de la victime. Seulement, la notion de responsabilité collective, telle que nous l'appréhendons, ne peut s'appliquer à ces situations.

Actuellement, les juges acceptent de retenir la responsabilité *in solidum* des personnes impliquées, quitte pour chacune d'elles à prouver qu'elle n'est pas à l'origine du dommage[1203]. Le divorce entre la causalité scientifique et la causalité juridique est consommé, puisque dans ce cas, l'on est certain qu'un ou plusieurs des responsables finalement condamné(s) à indemniser la victime n'a/ont pas causé le dommage. Comme l'affirme un auteur, « le fondement d'une telle responsabilité ne serait plus la « causalité alternative »[1204] (qui suppose que l'un ou l'autre ait causé le dommage) mais la « causalité possible », ce qui peut aller très loin »[1205]. Aucun fait collectif ne venant s'interposer entre les faits individuels et le dommage, la distorsion du lien causal est considérable.

Si, en terme de technique juridique, la méthode prête le flan à la critique, l'on peut cependant admettre plus facilement le caractère équitable de la solution actuelle. En effet, l'on a le choix entre faire supporter le dommage à des personnes qui en sont potentiellement l'auteur et laisser la victime sans indemnisation. Entre le risque de déclarer responsable un innocent et celui de laisser la victime sans réparation, les juges ont choisi de se placer du coté de la victime. Le fait que les personnes ainsi condamnées soient des personnes morales (centre de soin, laboratoires pharmaceutiques) généralement solvables et profitant de l'activité en cause n'est certainement pas sans incidence sur la voie choisie.

Il est toutefois possible de se tourner vers un autre mode d'indemnisation de la victime.

2. Voie alternative de l'indemnisation de la victime

602. Recours à la solidarité nationale. Puisque les outils offerts par la responsabilité civile peinent à offrir un fondement satisfaisant, il est possible de recourir à la solidarité nationale,

1202V. Civ. 1re, 24 septembre 2009, D., 2010, p. 50, note P. BRUN, RCA, 2009, étude 15, par C. RADÉ, confirmé par Civ. 1re, 28 janvier 2010, D., 2010, p. 440.

1203V. *op. cit*., notes précédentes.

1204Sur cette notion, v. not. C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *La fiction de la causalité alternative,* D., 2010, chronique p. 1162 et s.

1205G. VINEY, chronique *op. cit*., p. 1253.

afin de ne pas laisser les victimes sans indemnisation. La loi du 4 mars 2002 a d'ors-et-déjà amorcé ce mouvement, en confiant à un fonds d'indemnisation le soin de réparer les dommages soufferts par des patients victimes d'infections nosocomiale ou iatrogène, ou d'accidents médicaux, lorsqu'aucune responsabilité ne trouve à s'appliquer (article L. 1142-1, II, du Code de la santé publique). Afin de ne pas trop peser sur l'ensemble de la société, une hiérarchie pourrait cependant être dressée entre les dommage, et l'on pourrait limiter l'indemnisation aux dommages corporels[1206].

603. Conclusion de section. Les règles de conflit proposées offrent, en pratique, satisfaction. D'une part, elles permettent, autant que le droit positif, l'indemnisation de la victime, sans alourdir, pour elle, la charge de la preuve, ou les délais d'indemnisation. La responsabilité solidaire des coauteurs identifiés d'un délit et la responsabilité collective des personnes ayant participé au fait collectif ayant causé le dommage produisent les même résultats, pour la victime, comme pour les coauteurs, que les solutions du droit positif. Adopter ces règles de conflit conduirait simplement à offrir à ces solutions un fondement juridique plus solide.

D'autre part, les cas dans lesquels les règles de conflit proposées ne permettent pas l'indemnisation de la victime, car aucune responsabilité ne saurait être reconnue, faute de réussir à prouver avec une certitude raisonnable la cause du dommage, ne nuisent pas à la victime si la solidarité nationale trouve à s'appliquer. La solidarité nationale se voit par ailleurs allégée de l'indemnisation des dommages causés par une personne indéterminée au sein d'un groupe déterminé. Il s'agit alors simplement de replacer dans le giron de la responsabilité ce qui doit s'y trouver et à l'inverse d'en finir avec une jurisprudence qui se contente d'un lien causal trop distendu.

Au stade de l'obligation à la dette, les règles de conflit proposées apportent donc une certaine cohérence au système. Pour que le bilan soit pleinement concluant, il convient de vérifier l'applicabilité des règles de conflit au stade de la contribution à la dette.

1206Ph. STOFFEL-MUNCK, note sous Civ. 1re, 24 septembre 2009, JCP, 2010, p. 456, n°5, préconisait d'ailleurs que la responsabilité *in solidum* soit limitée à ces cas où un médicament cause un dommage, où les défendeurs sont en faute, et où le dommage est corporel. Le critère de la nature du dommage pourrait donc constituer un filtre efficace à l'indemnisation. V. aussi J. BOURDOISEAU, *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations,* BDPR, LGDJ, 2010, p. 381à 396, proposant de recourir à un fonds de réparation des dommages corporels.

Section 2. Au stade de la contribution à la dette

604. Recours du *solvens*. Au stade de la contribution à la dette, la victime est hors de cause. Seul nous intéresse le *solvens*, celui qui a indemnisé la victime, dans ses rapports avec l'autre ou les autres auteurs du dommage. L'on avait ainsi identifié les règles de conflit gouvernant ce stade du concours. Le *solvens* dispose d'un recours de nature subrogatoire, c'est-à-dire qu'il peut exercer les actions qu'aurait eues à sa disposition la victime si elle avait eu à agir contre cet auteur du dommage[1207]. Par ailleurs, nous avions fait reposer le quantum du recours sur un partage à parts égales entre tous les coauteurs identifiés[1208]. Ces solutions seront mises en pratique, et confrontées au droit positif.

Cependant, la pratique révèle que, bien souvent, le *solvens* n'est pas l'un des coauteurs du dommage, mais un tiers (assureur, tiers payeurs), soit que ce dernier aura été appelé en garantie lors du procès, soit que la victime aura actionné sa propre assurance au lieu d'avoir recours à la procédure civile classique. Cette question ne saurait être ignorée et les règles de conflit édictées doivent être éprouvées face au recours du *solvens* coauteur du dommage, mais aussi du *solvens* tiers payeur.

Pour finir, le droit des assurances, comme le droit de la responsabilité civile, consacre quelques immunités, paralysant notamment le recours du *solvens* contre l'un des auteurs du dommage. Or, nous n'avions pas envisagé cette possibilité lors de l'édiction des règles de conflit au stade de la contribution à la dette, présumant l'existence systématique d'un recours du *solvens* contre les autres auteurs du dommage.

Trois points seront donc abordés lors de cette mise à l'épreuve des règles de conflit au stade de la contribution à la dette : l'existence du recours (§1), les conséquences de sa nature subrogatoire (§2) et le quantum du recours (§3).

§1. L'existence du recours du *solvens*

605. Paralysie du recours par les immunités. L'immunité peut se définir comme « un privilège faisant échapper une personne, en raison d'une qualité qui lui est propre, à un devoir ou une sujétion pesant sur les autres »[1209]. Les personnes bénéficiant d'une telle faveur ne peuvent être poursuivies ou condamnées à réparer un dommage qu'elles ont pourtant causé. Il est donc impossible pour le *solvens* de recourir contre elles.

1207V. supra, n°556.
1208V. supra, n°557 et s.
1209G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, travaux de l'association Henri Capitant, PUF, 2011.

L'application pure et simple des règles de conflit que nous avons créées conduirait à supprimer toutes les immunités et ainsi admettre systématiquement l'existence d'un recours pour le *solvens*. Une solution aussi radicale n'est peut-être pas la meilleure. Une étude des immunités retenues en droit positif est nécessaire, afin de déterminer s'il est opportun de toutes les supprimer, ou si certaines ne méritent pas, au contraire, d'être maintenues. L'appréciation des limites actuelles du recours du *solvens*, par les immunités (A), justifiera l'adaptation de la règle de conflit (B).

A. Limites du recours du *solvens* par les immunités en droit positif

606. Intensité. Le droit positif offre un large panel d'immunités[1210]. Leur effet est toujours de faire échapper une personne à la condamnation que le droit réserve aux autres, mais les justifications sont variées. Derrière cette parenté se cache une véritable diversité. L'immunité peut ainsi concerner la responsabilité en tant que telle, ou simplement le recours du *solvens*, et protéger tantôt le responsable, tantôt la victime. Nous passerons en revue ces immunités afin de déterminer la mesure de leur impact sur le recours du *solvens*, en distinguant les immunités de responsabilité (1) des immunités d'action (2).

1. Immunités de responsabilité

607. Absence de responsabilité. Les immunités de responsabilité empêchent toute poursuite des personnes concernées, car celles-ci ne peuvent voir engager leur responsabilité. Elles sont attribuées en raison des circonstances, mais aussi de la qualité de la personne. Ces immunités ne sont pas à confondre avec les cas où la responsabilité est canalisée vers un responsable unique, laissant les autres auteurs à l'abri de toute responsabilité[1211]. Les immunités étudiées peuvent être qualifiées de positives, car elles sont édictées en faveur des personnes concernées. Au contraire, la libération des coauteurs du responsable par canalisation n'a rien de positif, elle se fait non pas en faveur des personnes libérées, mais contre le responsable unique. La logique, différente, n'autorise donc pas l'amalgame.

Un intérêt supérieur justifie, en pratique, que la responsabilité ne soit pas retenue. Ainsi l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 utilise l'irresponsabilité pour garantir la liberté des

1210V. sur ce point, *Les immunités de responsabilité civile,* Sous la direction d'O. DESHAYES, PUF, 2009.

1211Le mot a cependant pu être employé, par exemple concernant les dommages causés par pollution par hydrocarbures. L'on sait que seul le propriétaire du navire doit être considéré comme responsable, à l'exclusion des autres intervenants, tels que l'affréteur, sauf faute grave de sa part, ce qui a pu être qualifié d'immunité : V. L. BLOCH, *Ma très « cher » Erika,* RCA, 2012, n°12, p. 3.

débats parlementaires et judiciaires[1212]. Dès lors que les diffamations, injures ou outrages ont été commandés par les besoins de la défense, et prononcés pendant l'audience, ils ne pourront normalement donner lieu à une action en responsabilité[1213].

Par ailleurs, la volonté de protéger la sécurité juridique a pendant un temps justifié l'immunité de l'expert. Remettre en cause son travail revenait, selon une jurisprudence désormais abandonnée, à remettre en cause le jugement pris en considération de son expertise[1214].

608. Impact sur le recours du *solvens*. Ces immunités de responsabilité ne concernent pas réellement les concours matériels car elles aboutissent à une absence de responsabilité, donc une mise hors de cause des personnes concernées. Quand bien même ces dernières seraient, matériellement, causes d'un dommage, elles sont protégées par l'immunité qui interdit que leur soient reprochés leurs actes. Il est normal, dans ces conditions, que les autres auteurs du dommage, non protégés par cette immunité, en assument seuls les conséquences. Aucun recours ne peut, logiquement, se concevoir sans responsabilité préalablement établie.

Les personnes concernées par l'immunité se placent hors du concours de responsabilités et ne concernent finalement plus notre étude. La règle de conflit ne s'applique donc pas aux auteurs de dommages protégés par l'immunité de responsabilité, contrairement à ceux qui bénéficient d'une immunité d'action.

2. Immunités d'action

1212 Art. 41 de la loi du 19 juillet 1881 : Ne donneront ouverture à aucune action les discours tenus dans le sein de l'Assemblée nationale ou du Sénat ainsi que les rapports ou toute autre pièce imprimée par ordre de l'une de ces deux assemblées.

Ne donnera lieu à aucune action le compte rendu des séances publiques des assemblées visées à l'alinéa ci-dessus fait de bonne foi dans les journaux.

Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage ni les propos tenus ou les écrits produits devant une commission d'enquête créée, en leur sein, par l'Assemblée nationale ou le Sénat, par la personne tenue d'y déposer, sauf s'ils sont étrangers à l'objet de l'enquête, ni le compte rendu fidèle des réunions publiques de cette commission fait de bonne foi.

Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, ni le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires, ni les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux.

Pourront néanmoins les juges, saisis de la cause et statuant sur le fond, prononcer la suppression des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires, et condamner qui il appartiendra à des dommages-intérêts.

Pourront toutefois les faits diffamatoires étrangers à la cause donner ouverture, soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties, lorsque ces actions leur auront été réservées par les tribunaux, et, dans tous les cas, à l'action civile des tiers.

1213V. par ex. J.-Y. DUPEUX, B. ADER, *La liberté d'expression de l'avocat*, Légipresse, 2012, p. 547 ; J.-M. BRIGANT, *Pas d'immunité judiciaire pour l'avocat en dehors du prétoire,* JCP, 2012, p. 1207 ; L. COSTES, *Propos diffamatoires couverts par l'immunité judiciaire de la loi de 1881*, Revue Lamy droit de l'immatériel, 2011, p. 45.

1214Pour un aperçu de l'évolution jurisprudentielle, A. ROBERT, *La responsabilité civile de l'expert judiciaire,* D., 2013, chronique p. 855.

609. Maintien de la responsabilité, paralysie du recours. Ce que nous appelons immunité d'action laisse persister la responsabilité, dans son principe, tout en en paralysant les effets du fait de l'interdiction d'exercer un recours contre les personnes en bénéficiant.

Ainsi, l'employeur ne peut-il pas voir sa responsabilité engagée selon le droit commun pour accident du travail ou maladie professionnelle, sauf faute intentionnelle ou inexcusable de sa part, ces dommages étant normalement réparés par la sécurité sociale (art. L. 451-1 et L. 452-5 du Code de la sécurité sociale). Loin de poser en principe l'irresponsabilité de l'employeur ou de ses préposés, le Code de la sécurité sociale ne fait que paralyser les actions que pourrait intenter, contre eux, la victime. L'immunité ne cède que devant la preuve d'une faute de l'employeur. La faute intentionnelle réintroduit la possibilité d'une action contre ce dernier, sur le fondement du droit commun (art. L. 452-5 du Code de la sécurité sociale) tandis que la faute inexcusable a pour effet de permettre à la victime d'obtenir une réparation complète de son préjudice en obtenant de ce dernier un complément d'indemnisation par rapport au forfait alloué par la sécurité sociale (art. L. 452-1 du Code de la sécurité sociale). La responsabilité est maintenue, simplement l'action est paralysée dans certains cas.

De même, l'immunité du préposé ne consacre pas son irresponsabilité[1215]. L'arrêt Costedoat du 25 février 2000 énonce que « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant »[1216]. Le préposé échappe aux feux de la rampe judiciaire puisque les victimes ne peuvent agir contre lui dès lors qu'il n'a pas dépassé les limites de sa mission, mais reste responsable. Pour preuve, les juges maintiennent l'exigence d'un fait générateur de responsabilité imputable au préposé pour que soit retenue la responsabilité du commettant[1217] et ils admettent que l'assureur du commettant agisse contre l'assureur du préposé[1218]. Pour conclure « le préposé demeure responsable, mais il n'est pas civilement responsable »[1219]. Pour ces raisons, il est possible à l'employeur d'agir contre son salarié, l'immunité ne valant qu'entre le préposé et la victime[1220]. Il ne perd cette immunité envers la victime que dans deux situations. Tout d'abord,

1215Sur ce thème, v. C. BENOIT-RENAUDIN, *La responsabilité du préposé,* BDPR, T.520, LGDJ, 2010.

1216Ass. Plén., 25 février 2000, Bull. Civ., ass. Plén., n°2.

1217D. BARKOUCHE, *Le fait du préposé de nature à engager la responsabilité du commettant,* RCA, 2013, dossier 13.

1218Civ. 1re, 12 juillet 2007, Bull. civ., I, n°270, JCP, 2007, II, 10162, note S. HOQUET BERG, D., 2007, p. 2980, note PORCHY-SIMON.

1219P. JOURDAIN, L'immunité civile du préposé, RCA, 2013, dossier 14, n°16 ; contra, C. BENOIT-RENAUDIN, *op. cit.*, n°230, considérant que la jurisprudence Costedoat va plus loin qu'une immunité de recours à l'encontre du préposé en empêchant non seulement le recours en contribution à la dette, mais aussi qu'il soit même tenu de la dette.

1220Civ. 2e, 20 décembre 2007, RCA, 2008, comm. 50, obs. H. GROUTEL.

lorsqu'il se place en dehors de la sphère d'autorité protectrice du commettant, c'est-à-dire lorsqu'il agit hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation, à des fins étrangères à ses attributions[1221]. Il est dans ce cas responsable seul. Ensuite, lorsqu'il excède les limites de sa mission, sans commettre un abus de fonction, en commettant une infraction par exemple[1222]. Il est dans ce cas responsable avec le commettant.

Dans un autre ordre d'idée, le recours est parfois interdit lorsqu'il s'opère contre une personne tellement proche de la victime qu'il en résulte une diminution de l'indemnisation due à celle-ci. Le Code des assurances refuse ainsi à l'assureur *solvens* le recours contre les proches de l'assuré. L'article L. 121-12 du Code des assurances dresse la liste des personnes contre lesquelles l'assureur ne peut recourir. Il s'agit des « enfants, descendants, ascendants, alliés en ligne directe, préposés, employés, ouvriers ou domestiques, et généralement toute personne vivant habituellement au foyer de l'assuré, sauf le cas de malveillance commise par une de ces personnes ». Les juges ont appliqué cette solution au *solvens* en matière d'accident de la circulation, et l'empêchent d'agir contre un proche de la victime, coauteur de l'accident de la circulation, dès lors que cela aurait « pour effet de priver directement ou indirectement la victime de la réparation intégrale de son préjudice »[1223]. Pour l'instant, les parents d'un mineur victime d'accident de la circulation[1224], le conjoint[1225] et les héritiers de la victime[1226] sont concernés par cette jurisprudence. La Cour de cassation n'a pas étendu ces solutions, que cela soit au sein du contentieux concernant les accidents de la circulation, ou plus largement concernant d'autres branches de la responsabilité civile.

610. Justifications diverses. Il n'est pas évident de percevoir de la cohérence dans ces solutions, tant les logiques les animant sont diverses.

Pour ce qui est de l'immunité de l'employeur, elle est justifiée par le régime spécial d'indemnisation régissant les accidents du travail et maladies professionnelles. Ce régime, purement objectif, laisse place de manière marginale à la responsabilité par le biais de la faute intentionnelle ou de la faute inexcusable de l'employeur. Victime et employeur sont donc bénéficiaires de ce système. D'une part, la victime est assurée de recevoir une indemnisation rapide, même si forfaitaire, de son dommage. D'autre part, l'employeur supporte le risque

1221Ass. Plén., 18 mai 1988, Bull. Ass. Plén.,n°5, D., 1988, jp. 513, note C. LARROUMET.

1222Ass. Plén., 14 décembre 2001, Bull. Ass. Plén., n°17, D., 2002, 1230, note J. JULIEN, confirmé par Crim., 28 juin 2005, RCA, 2005, n°276.

1223Civ. 2e, 20 avril 1988, Bull. civ., II, n°87, D., 1988, p. 580, note Y. LAMBERT-FAIVRE, RTD civ., 1988, p. 790, obs. P. JOURDAIN.

1224Civ. 2e, 20 avril 1988, *op. cit.*

1225Civ. 2e, 28 juin 1989, Bull. civ., II, n°138 et 140, RTD civ., 1989, p. 767, obs. P. JOURDAIN.

1226Civ. 2e, 13 janvier 1988, Bull. civ., II, n°13, D., 1988, p. 293, note H. GROUTEL.

professionnel, de manière objective et uniformisée, par le biais des cotisations sociales[1227], et personnellement, en cas de faute seulement. Le système opère un juste équilibre entre indemnisation et responsabilité, dans l'intérêt des personnes concernées.

Les autres immunités sont tournées vers une seule des parties. L'immunité du préposé ne protège que ce dernier, en faisant supporter au seul commettant les conséquences de son activité. Le préposé n'aurait pas à assumer les dommages causés par ses actes alors qu'il agit pour le compte et sous l'autorité du commettant. La responsabilité du commettant aurait ainsi pour but, non pas de « sanctionner un comportement personnel, mais à la fois de désigner la personne chargée de prendre, pour le compte de l'entreprise, l'assurance destinée à protéger les tiers et d'inciter l'entreprise elle-même à une action de prévention »[1228]. Au delà de cet argument, l'on peut aussi avancer que les actes du préposé doivent être analysés à la lumière de sa situation de subordination. L'on ne saurait donc reprocher au préposé les mêmes comportements que ceux que l'on reproche à une personne agissant de manière totalement libre[1229]. Le préposé est en effet obligé de « respecter certaines contraintes d'organisation de son travail (horaires et lieu de travail, notamment) et se conformer à une certaine discipline d'entreprise ou de service »[1230]. La victime ne profite pas directement de cette immunité, car elle a pour effet de réduire considérablement les cas où elle disposera de deux répondants, le commettant et le préposé étant responsables alternativement, sauf le cas où le préposé agit en dépassant le cadre de sa mission, mais sans abuser de ses fonctions.

Les immunités bénéficiant aux proches de la victime, posées par le Code des assurances ou par la jurisprudence en matière d'accident de la circulation reposent sur un argument pragmatique de protection de la victime[1231]. En effet, il est évident que si l'un des auteurs du dommage est proche de la victime, demander à ce proche de verser des dommages-intérêts risquerait, à terme, de nuire à la victime. Il n'y aurait pas de sens à allouer une indemnisation à la victime que devrait verser une personne de son foyer (conjoint, ascendant ou descendant habitant avec elle), car du fait de la communauté de vie et de ressource entre auteur et victime, cette dernière supporterait la dette d'indemnisation[1232].

1227Art. L. 242-1 et s. du Code de la sécurité sociale, pour l'assiette du régime général.

1228G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n°791.

1229C. RADÉ, *Il faut sauver la jurisprudence Costedoat !*, RCA, 2002, chronique n°13.

1230P. JOURDAIN, *L'immunité civile du préposé,* RCA, 2013, dossier n°14, n°10.

1231V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n°422-1, évoquant une jurisprudence « empreinte de réalisme ».

1232V. Y. LAMBERT-FAIVRE, D., 1988, p. 581, note sous Civ. 2e, 20 avril 1988, *op. cit*., évoquant le respect de la solidarité familiale à propos de la jurisprudence en matière d'accident de la circulation.

Les immunités relevées sont donc soutenues par des arguments solides. Reste à apprécier l'opportunité de leur maintien, et la nécessité d'adapter les règles de conflit proposées.

B. Adaptation de la règle de conflit aux immunités

611. Modifications des règles de responsabilité? L'ambition des règles de conflit était de permettre la cohabitation harmonieuse entre toutes les règles de responsabilité que connaît le droit positif. Elles devaient suffire à redonner de la cohérence au système, sans passer par la réforme de la responsabilité. Réorganiser les rapports entre les règles existantes, sans les modifier, tel était l'objectif. Or, les immunités sont à la fois des règles de responsabilité et des règles de conflit visant à réguler les rapports entre les différents responsables. Agir à ce niveau nous obligerait donc à quelques modifications des règles de responsabilité, si nous voulions maintenir les règles de conflit que nous avons créées. Il faut cependant reconnaître que certaines de ces immunités sont marquées du sceau du bon sens, et ne devraient pas être supprimées. Nous proposons donc de les conserver.

612. Maintien des immunités familiales. Bien que ces immunités soient contestables, en ce qu'elles conduisent à « une altération perverse des notions les plus simples et les plus claires : celles de responsable et de victime »[1233], elles ont pour objet de pallier les paradoxes nés du fonctionnement de la socialisation des risques. Le passage d'un système de responsabilité à un système d'indemnisation tend parfois à brouiller la frontière entre les deux et il n'est pas innocent que la jurisprudence ait adopté ces immunités familiales en matière d'accident de la circulation, *ie* face à un régime hybride, mêlant indemnisation et responsabilité. Faute d'opter pour une réorganisation complète du système de responsabilité et de socialisation des risques (nous entendons par là la sécurité sociale et l'assurance), nous nous rangeons aux côtés de la jurisprudence actuelle et de ses solutions pragmatiques consistant à paralyser les recours lorsque l'inverse aurait pour effet de priver la victime de l'indemnisation à laquelle elle peut prétendre. Le résultat produit conduit à ne pas reprendre d'une main ce que l'on avait donné de l'autre[1234]. Là où l'application stricte des règles de responsabilité conduit en pratique à nuire à la victime, ces mêmes règles de responsabilité doivent être paralysées. C'est une logique similaire qui conduit à maintenir l'immunité de l'employeur.

613. Maintien de l'immunité de l'employeur. Si la théorie du risque-profit pouvait justifier que l'entière dette d'indemnisation pèse sur l'employeur en cas de dommage subi par le salarié

1233Y. LAMBERT-FAIVRE, *De la dégradation juridique des concepts de responsable et de victime,* D., 1984, chronique p. 51.

1234L'expression est de P. JOURDAIN, RTD civ., 1988, p. 790.

dans le cadre du travail, la difficulté de rattacher ce dommage à une responsabilité, et les coûts, souvent prohibitifs, de l'indemnisation de ces dommages, a motivé la création de la sécurité sociale, afin de répartir le risque professionnel sur l'ensemble de la société. Il n'est pas question, dans ces lignes, de remettre en cause l'existence de cette institution, ni son fonctionnement. Dès lors, l'immunité de l'employeur doit être conservée, car elle est cohérente avec le système de la sécurité sociale, qui fait peser en premier lieu sur la société le risque professionnel. Que certaines situations réintègrent le giron de la responsabilité civile nous paraît satisfaisant, en ce que cela permet d'alléger la charge de la sécurité sociale, en imputant à l'employeur les dommages dont il peut être considéré comme directement responsable (lui, et pas seulement l'activité dont il profite). Il s'agit là simplement d'admettre que « l'existence de la sécurité sociale déforme les actions en responsabilité »[1235] et d'en tirer les conséquences quant aux règles de conflit au stade de la contribution à la dette.

614. Maintien de l'immunité du préposé. Alors que nous nous étions prononcés, plus tôt, contre l'immunité du préposé dans le cadre d'une réforme de la responsabilité[1236], qu'il nous soit permis de changer de position, à l'occasion de la formulation des règles de conflit. L'immunité du préposé avait été rejetée au regard de l'incohérence créée par rapport à la responsabilité des autres personnes dont on doit répondre, qui, elles, ne bénéficient pas d'une telle immunité. Cependant, si l'on adopte une vision plus large, incluant non pas seulement les règles de responsabilité civile, mais aussi les règles gouvernant l'assurance, l'immunité du préposé dans les cas où l'assurance du commettant couvre les dommages liés à l'activité dont il tire profit convainc plus. Il y aurait là un mouvement similaire à celui qui opère par canalisation de la responsabilité vers celui qui s'assure contre les risques d'une activité dangereuse. Il n'y aurait lieu d'engager la responsabilité du préposé que lorsque son comportement est, soit clairement déconnecté de la sphère d'autorité du commettant (abus de fonction), soit particulièrement grave, tout en conservant un lien avec ses fonctions (faute intentionnelle). L'immunité est, sous cet éclairage, justifiée.

615. Conclusion. La confrontation des règles de conflit au droit positif a montré la nécessité d'une adaptation de ces dernières. Alors que la règle de conflit se proposait d'admettre en toutes circonstances l'existence d'un recours du *solvens* contre les autres coauteurs du dommage, le droit positif montre que quelques exceptions peuvent utilement être retenues.

1235S. DAVID-CONSTANT, *Sécurité sociale et responsabilité civile*, Mélanges Savatier, Dalloz, 1965, p. 241.
1236V. supra, n°268.

Ainsi, le recours sera paralysé lorsqu'il aboutit, en pratique, à priver la victime d'une partie de son indemnisation, du fait de sa proximité avec l'un des auteurs. Dans ce cas, mieux vaut laisser à la solidarité nationale, ou à l'assureur, le poids de l'indemnisation[1237]. Le recours doit encore être paralysé à l'encontre de l'employeur, sauf sa faute intentionnelle ou inexcusable, et à l'encontre du préposé, là encore, sauf dépassement de mission et abus de fonction. Hors ces exceptions, le *solvens* bénéficie d'un recours, de nature subrogatoire, envers les autres auteurs du dommage[1238]. Les conséquences de cette nature subrogatoire du recours doivent désormais faire l'objet de la confrontation avec le droit positif.

§2. La nature subrogatoire du recours du *solvens*

616. Conséquences du recours subrogatoire. Le fait que le *solvens* dispose d'un recours de nature subrogatoire emporte quelques conséquences. Tout d'abord, quant au fondement de son action, le *solvens* dispose de tous les droits et actions dont disposerait la victime si elle agissait contre le ou les coauteurs du dommage. Cela signifie que si un concours intellectuel est à régler lors de l'action en responsabilité contre l'un des coauteurs, il devra être réglé de la même manière au stade de la contribution à la dette qu'au stade de l'obligation à la dette. Ensuite, le recours subrogatoire a une incidence sur la prescription de l'action du *solvens* et, plus globalement, sur le régime de l'action de ce dernier, qui doit être soumis au régime de l'action en responsabilité empruntée à la victime.

617. Points soumis à la mise en œuvre pratique. Parmi ces éléments, un ne sera pas confronté à la pratique actuelle du droit positif. Il s'agit du règlement du concours intellectuel, au stade de la contribution à la dette. Le règlement de ce type de concours fera l'objet de développements ultérieurs sur lesquels nous n'anticiperons pas[1239]. Nous nous concentrerons, dans les lignes qui suivent, sur le fondement de l'action du *solvens* et sur le régime auquel est soumise l'action du *solvens* subrogé dans les droits de la victime. En d'autres termes, il s'agira

1237D'autant plus que le recours est permis contre l'assureur du bénéficiaire de l'immunité. V. par ex. Ass. Plén., 3 juin 1983, D., 1983, p. 557, concl. CABANNES à propos du recours de la sécurité sociale contre l'assureur du responsable de l'accident de la circulation, conjoint de la victime bénéficiant d'une immunité; Civ. 1re, 8 décembre 1993, D., 1994, p. 235, note B. BEIGNIER, à propos du recours par l'assureur ayant indemnisé la victime contre l'assureur de responsabilité du préposé, pourtant bénéficiaire d'une immunité.

1238Précisons que l'assureur peut insérer au contrat d'assurance une clause de renonciation à recours, qui produit le même effet que les immunités, à savoir la paralysie du recours subrogatoire du *solvens*. La logique en est cependant fort différentes, puisqu'il s'agit là d'une faveur consentie, par l'assureur, à certaines personnes, par le biais du contrat. V. par ex. Civ. 1re, 24 janvier 1990, RGAT, 1990, p. 113, « l'assureur peut valablement renoncer, par convention avec l'assuré, au recours, fondé sur la subrogation aux droits dudit assuré, dont il dispose contre l'auteur responsable du dommage, alors même que la responsabilité encourue serait de nature délictuelle ou quasi-délictuelle ».

1239V. infra, n°694 et s.

d'appréhender les conséquences, pour le *solvens*, de se voir transmettre les droits et actions de la victime. À l'analyse, les règles proposées sont en faible décalage avec le droit positif (A) qui reconnaît de manière générale l'existence d'un recours subrogatoire au profit du *solvens*, et en tire les conséquences quant aux actions de ce dernier (B).

A. Faible décalage avec le droit positif

618. Mesure du décalage avec le droit positif. Si, d'une manière générale, le droit positif opte pour l'existence d'un recours subrogatoire du *solvens*, et en tire toutes les conséquences, l'on remarque que les juges admettent, par exception, l'existence d'un recours personnel. L'adoption de la règle de conflit proposée, basée uniquement sur l'existence d'un recours subrogatoire du *solvens*, conduit à maintenir sur ce point le droit positif (1) et à l'abandon de la jurisprudence acceptant de manière marginale l'existence d'un recours personnel (2).

1. Maintien du droit positif reconnaissant un recours subrogatoire au *solvens*

619. Consécration jurisprudentielle concernant le *solvens* coauteur. Le juge a opté pour la nature subrogatoire du recours du *solvens*, sur le fondement de l'article 1251, 3° du Code civil[1240]. La doctrine a pu critiquer la subrogation légale qui dans ce cas profite à une personne qui a, au moins pour partie, payé sa propre dette. La subrogation, pour ces auteurs, ne pouvait jouer qu'en cas de dette unique[1241]. Or, les coauteurs d'un dommage sont chacun débiteurs de l'obligation au tout, ci fait qu'il existe une créance unique et plusieurs dettes de réparation. Pourtant, la Cour de cassation admet que le paiement d'une dette personnelle n'empêche pas le recours à la subrogation de l'article 1251, 3° du Code civil[1242]. Cette disposition ne prévoit-elle pas, en effet, que la subrogation joue au profit de celui qui, en acquittant l'entière dette, a libéré les autres ? C'est bien le rôle qu'a joué le *solvens*, fut-ce en s'acquittant aussi d'une dette personnelle, car, ce faisant, il libère les autres auteurs du dommage puisque la victime ne peut demander plus que la réparation de son dommage[1243].

L'adoption de la règle de conflit proposée, sur ce point, n'aurait aucune incidence sur la jurisprudence actuelle. De même, le recours est de nature subrogatoire lorsque le *solvens* n'est

1240Civ., 21 décembre 1943, DC, 1944, p. 39 ; pour une illustration plus récente, Civ. 1re, 18 septembre 2002, Bull. civ., I, n°200, RDI, 2003, p. 96 ; obs. Ph. MALINVAUD.

1241V. not. Fr. CHABAS, *L'influence de la pluralité des causes sur le droit à réparation,* thèse Paris, 1965, n°86.

1242Civ. 1re, 7 juin 1978, D., 1979, p. 333, note J. MESTRE.

1243Sur le bien fondé de cette solution,v. not. J. BORÉ, *Le recours entre coobligés in solidum,* JCP, 1967, I, 2126.

pas un coauteur du dommage, mais un tiers ayant versé l'indemnisation à la victime, soit au titre d'un contrat d'assurance, soit au titre de la solidarité nationale.

620. Consécration légale concernant le *solvens* assureur ou tiers payeur. L'article L. 121-12 du Code des assurances fait le choix d'un recours subrogatoire au profit de l'assureur. Quand bien même ce dernier n'est pas tenu avec les autres coauteurs ni même pour eux, mais au contraire en raison de la garantie promise à l'assuré par le biais du contrat d'assurance, il dispose d'un recours reconnu par la loi[1244]. L'assureur est ainsi subrogé dans les droits de l'assuré contre les tiers ayant causé le dommage pour lequel l'assureur a dû verser une indemnisation.

Au-delà de la législation spéciale aux assurances, la loi du 5 juillet 1985 comporte quelques dispositions concernant le recours des tiers payeurs ayant réparé un dommage « résultant d'une atteinte à la personne, quelle que soit la nature de l'événement ayant occasionné le dommage » (art. 28 de la loi). Ces dispositions générales dépassent donc de loin le contentieux des accidents de la circulation. Elles prévoient un recours subrogatoire, légal, au bénéfice d'une liste limitative de tiers payeurs que sont les organismes de Sécurité sociale, les mutuelles, l'employeur public ou privé et les sociétés d'assurance (liste déduite de l'art. 29 de la loi, énumérant les prestations ouvrant droit à recours). Le recours est purement subrogatoire, le tiers payeur n'est pas « une victime par ricochet »[1245]. Pour cette raison, le recours est limité aux sommes à caractère indemnitaire qu'il aura versées à la victime. Les tiers payeurs ne sauraient en effet demander la répétition que des sommes utilisées pour réparer le dommage en lien avec un fait générateur de responsabilité, sommes qui s'imputent sur la dette de responsabilité de l'auteur du dommage. Faute d'un tel lien entre les sommes versées et le dommage, la subrogation ne peut jouer[1246].

Le recours accordé au *solvens* est donc, dans la plupart des cas, de nature subrogatoire, ce que nous approuvons. Par exception, cependant, le juge reconnaît au *solvens* un recours personnel.

2. Abandon de la jurisprudence reconnaissant un recours personnel au *solvens*

621. Triptyque. Il est trois cas dans lesquels les juges admettent l'existence d'un recours personnel du *solvens*. L'un concerne les recours exercés par différents prestataires en matière

1244La chose n'allait pas de soi, V. not. E. PASANISI, *Considérations sur une question discutée : la subrogation en matière d'assurance,* Études offertes à A. BESSON, LGDJ, 1976, p. 275.

1245Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances,* Précis Dalloz, 13e éd., 2011, n°623-1.

1246V. Y. LAMBERT-FAIVRE, L. LEVENEUR, *Droit des assurances, op. cit.,* n°623-2 et les nombreuses références citées.

de construction immobilière. Du fait de sa consistance et de sa constance, cette exception au recours subrogatoire sera étudiée en premier (a). Les autres sont plus anecdotiques. Il s'agit, d'une part, du recours personnel reconnu au *solvens* lorsque le créancier a renoncé à exercer des poursuites à l'encontre d'un des coauteurs de son dommage. Cette exception, toujours d'actualité, bien que très marginale, doit pourtant être étudiée (b). D'autre part, les juges ont un temps admis que le *solvens* indemnisant la victime d'un accident de la circulation ne bénéficiait que d'un recours personnel. Cette solution, bien qu'abandonnée aujourd'hui, mérite qu'on en dise quelques mots (c).

a. Le recours personnel du solvens constructeur

622. Distinction. Lorsqu'une personne ayant participé à la construction d'un immeuble (architecte, entrepreneur) a indemnisé le maître de l'ouvrage, elle dispose contre les autres responsables d'une action en responsabilité de nature délictuelle. Le recours est personnel, et non subrogatoire[1247]. Cette situation n'est pas à confondre avec celle où le constructeur dispose d'un recours personnel, de nature contractuelle, suite à l'indemnisation de la victime du fait de l'inexécution de l'un de ses contractants[1248]. Si, dans le second cas, l'existence d'un recours personnel est pleinement justifiée, et doit être maintenue, dans le premier cas, aucun recours personnel ne devrait être reconnu.

623. Abandon du recours personnel de nature délictuelle. Les juges refusent au constructeur *solvens* de se subroger dans les droits de la victime, et d'utiliser les articles 1792 et suivants du Code civil dans son action contre les autres personnes tenues du dommage avec lui[1249]. L'action de nature délictuelle qui lui est reconnue est donc considérée comme personnelle. La subrogation légale est, dans ce cas, écartée. Il s'agit d'une particularité face au droit commun reconnaissant majoritairement un recours de nature subrogatoire[1250]. Cette

1247V. Civ. 1re, 14 octobre 1958, Bull. civ., I, n°428, pour, semble-t-il, la première décision en ce sens. Elle est régulièrement confirmée depuis. V. par ex. Civ. 3e, 11 octobre 1989, Bull. civ., III, n°190 ; Civ. 3e, 11 janvier 1995, Bull. civ., III, n°15 ; Civ. 3e, 30 avril 2002, Bull. civ., III, n°86 ; Civ. 3e, 14 septembre 2005, RDI, 2005, p. 461, obs. Ph. MALINVAUD.

1248Par ex. Civ. 1re, 9 avril 2002, Bull. civ., I, n°112, JCP, 2003, I, 184, obs. L. MAYAUX : « l'entrepreneur principal peut exercer l'action directe, non en tant que tiers subrogé, mais en sa qualité de victime. Et cette qualité procède du simple fait que le cocontractant n'a pas exécuté son obligation. On ne peut qu'approuver cette solution. ».

1249Cette question fera l'objet de développements ultérieurs, car il s'agit de la résolution, au stade de la contribution à la dette, d'un concours intellectuel de responsabilités. La question est de savoir si le *solvens* doit-il utiliser le droit commun ou le droit spéciale de la responsabilité, auquel était cantonné la victime. V. infra.

1250V. P. JOURDAIN, *Le particularisme des recours dans la responsabilité des constructeurs,* RTD civ., 1990, p. 498. V. aussi J. HUET, *L'obligation in solidum et le jeu de la solidarité dans la responsabilité des constructeurs,* RDI, 1983, p. 11.

jurisprudence conduit à présenter le *solvens* comme une victime qui demande, en son nom propre, réparation d'un préjudice. Or, le seul préjudice dont peut se plaindre le *solvens* consiste à avoir indemnisé la victime. Pourtant, le *solvens* ayant été reconnu responsable, au moins en partie, du dommage causé au maître de l'ouvrage, n'a fait qu'exécuter une obligation trouvant sa source dans la loi. L'on peut éprouver « quelques réticences à admettre qu'un responsable puisse valablement se prévaloir de sa propre responsabilité envers autrui pour engager *à son égard* celle d'autre corresponsables d'un même dommage »[1251]. Selon nous, le *solvens* ne peut se prévaloir d'aucun préjudice personnel causé par une faute délictuelle. Soit ses propres agissements ont contribué à causer le dommage subi par le maître de l'ouvrage, auquel cas il est responsable, soit ce n'est pas le cas et il doit être mis hors de cause. Rappelons en effet que les juges retiennent l'obligation *in solidum* lorsque l'entier dommage est causé par les fautes conjuguées de plusieurs acteurs à l'acte de construction[1252], sans qu'il soit possible de les dissocier[1253]. Cette indivisibilité du dommage et du lien causal conduit à considérer chaque intervenant comme une cause de l'entier dommage, donc un débiteur de l'entière réparation. Il ne saurait, dans ce cas, y avoir de responsabilité délictuelle des intervenants entre eux, sauf à pouvoir invoquer un préjudice réel. Ce cas de figure peut, cependant, se présenter lorsque le constructeur justifie d'un préjudice propre, fondant une action en responsabilité qui lui est personnelle.

624. Maintien du recours personnel de nature contractuelle. Le recours personnel ne se justifie que dans le cas où le *solvens* est lié contractuellement aux autres responsables du dommage subi par la victime. Dans ce cas, le *solvens* ayant indemnisé la victime subit un préjudice personnel, celui d'avoir payé l'indemnisation alors que le dommage réparé est dû, au moins en partie, à l'inexécution d'un contrat qu'il a conclu avec un autre intervenant sur la construction de l'immeuble. Le *solvens* est lui-même victime dans ce cas de figure. À préjudice personnel, action personnelle, les règles de responsabilité l'imposent. Les juges le rappellent d'ailleurs régulièrement[1254].

1251P. JOURDAIN, *Le particularisme des recours entre constructeurs,* RTD icv., 1990, p. 498.

1252V. par ex. Civ., 3e , 25 mars 1980, Bull. civ. III, n° 69 ; 6 oct. 1993, Bull. civ. III, n° 120.

1253Dès lors que l'on peut attribuer chacun des différents désordres à l'un des intervenants, il n'y a pas lieu à condamnation *in solidum*. V. par ex. : Com. 6 oct. 1992, Bull. civ. IV, n° 296.

1254V. pour un ex. récent : Civ. 3e, 8 février 2012, RDI, 2012, p. 229, obs. Ph. MALINVAUD, RTD civ., 2012, p. 326, obs. P. JOURDAIN, affirmant avec force que « le recours d'un constructeur contre un autre constructeur ou son assureur n'est pas fondé sur la garantie décennale, mais est de nature contractuelle si ces constructeurs sont contractuellement liés (...) ».

Si le recours personnel du constructeur à l'encontre de ses cocontractants mérite d'être maintenu, il n'en va pas de même du recours personnel du *solvens* en cas de renonciation de la victime.

b. Le recours personnel du solvens en cas de renonciation de la victime

625. Présentation. Les juges, pourtant longtemps hostiles à la reconnaissance d'un recours personnel du *solvens*[1255], l'ont accepté lorsque la victime a renoncé à poursuivre l'un des auteurs du dommage[1256]. Il est logique, dans ce cas, de ne pas reconnaître de recours subrogatoire au *solvens*. La victime ayant renoncé à poursuivre l'un des responsables de son dommage ne peut transmettre aucune action contre ce dernier. La subrogation ne peut donc jouer. Il n'est pas pour autant logique de considérer que le *solvens* dispose d'un recours personnel. En effet, ce dernier, en payant l'entière indemnisation, n'a fait qu'acquitter une dette qui lui était propre, au regard de sa responsabilité. Or, nous avons déjà démontré que le recours entre coauteurs d'un dommage ne peut être personnel, faute de pouvoir se fonder sur un mandat, un enrichissement sans cause, ou encore sur la gestion d'affaire[1257]. Le seul fondement permettant de justifier ce recours personnel est l'équité, qui veut que la transaction entre la victime et l'un des responsables ne parvienne pas à décharger totalement l'un des coauteurs, au détriment des autres[1258]. La renonciation opérée par la victime en faveur de l'un seulement des coauteurs ne produit qu'un effet limité, car elle protège le bénéficiaire de l'action de la victime, sans nuire aux autres coobligés.

626. Recherche d'un fondement. Ne vaudrait-il pas mieux recourir à un autre raisonnement, afin d'obtenir un résultat identique, fondé cependant sur un argumentaire plus solide ? Il nous semble que l'on pourrait, ici, convoquer l'article 1165 du Code civil. Cette disposition du Code civil, siège de l'effet relatif des contrats, prévoit que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties, et ne peuvent ni nuire ni profiter aux tiers[1259]. Or, la transaction opérant renonciation de la victime à son action contre l'un des responsables, ne produisant d'effets qu'envers ce dernier, a pour effet final de nuire aux tiers coauteurs du dommage qui devront supporter la dette d'indemnisation qu'aurait du prendre en charge le coauteur exempté par la

1255Civ. 2e, 6 janvier 1966, Bull. civ., II, n°5.

1256Civ. 1re, 7 juin 1977, D., 1978, p. 289, note C. LARROUMET, JCP, 1978, II, 19003 note N. DEJEAN de la BATIE, RTD civ., 1978, p. 364, obs. G. DURRY.

1257V. supra, n°555 et dans le même sens, G. DURRY, obs. à la RTD civ., 1978, *op. cit.*

1258G. DURRY, *ibid.* et Fr. CHABAS, RTD civ., 1967, p. 310, en faveur même du seul recours personnel.

1259Sur ce point, v. not. X. LAGARDE, *La transaction et les tiers : tentative de clarification d'une question complexe*, RDC, 2005, p. 413.

victime. L'on peut estimer, avec M. Durry, que la transaction devrait « rester sans effet sur la situation de l'un des coauteurs »[1260]. Si la victime a choisi de régler ainsi son litige avec l'un des coauteurs, à elle de supporter ce geste généreux. Dès lors, si la transaction a lieu avant toute condamnation de l'un des auteurs du dommage, ceux qui sont finalement poursuivis par la victime doivent bénéficier d'un partage de responsabilité, tenant compte de la part que la victime a renoncé à recouvrer. Si, au contraire, la transaction a lieu après l'obligation au tout d'un des coauteurs, elle doit être sans effet. Le raisonnement est le suivant : l'obligation au tout fait naître, de plein droit, la subrogation au profit du *solvens* dans les droits de la victime. Il s'agit d'une fiction permettant au *solvens* d'obtenir le partage de responsabilité que les juges lui refusent avec l'obligation au tout. Il n'en reste pas moins que la victime, désintéressée, ne peut plus disposer d'un droit d'action qui a été transmis automatiquement à la personne l'ayant indemnisée[1261].

Ce n'est pourtant pas cette voie que les juges ont décidé d'emprunter[1262].

627. Précision. Il convient, pour finir, d'apporter une précision en distinguant la transaction et la renonciation[1263].

La transaction, en tant qu'acte juridique mettant fin à un litige naît ou à naître, est un contrat. L'article 2044 du Code civil l'exprime clairement. Il s'agit donc d'un accord de volonté ayant pour objet le règlement d'un litige autrement que par le recours au procès civil ou un autre mode de règlement des litiges (médiation, arbitrage). Le régime juridique proposé précédemment peut donc s'appliquer, fondé notamment sur l'article 2051 du Code civil : la transaction antérieure à la condamnation d'un des auteurs du dommage fait échec à l'obligation solidaire tandis que la transaction postérieure ne peut produire d'effets. Dans le premier cas, la victime supporte la part du coauteur avec lequel elle a transigé, dans le second cas, c'est le coauteur bénéficiaire de la transaction impossible qui assume cette part de la dette de responsabilité.

1260G. DURRY, *Ibid.,* dans le même sens, N. DEJEAN de la BATIE, estimant que « l'obligation in solidum ne devrait pas survivre à la renonciation consentie à l'un d'eux ».

1261En ce sens, G. DURRY, *Ibid.* qui retient l'inopposabilité de la transaction passée après la condamnation au tout, ce qui est un paradoxe si la victime ne disposait plus de la faculté de passer un tel acte, la subrogation ayant eu lieu de plein droit. C'est la raison pour laquelle il nous parait plus juste de parler d'impossibilité, pour la transaction, de produire quelque effet.

1262Civ. 3e, 31 octobre 2001, Bull. civ., III, n°115, retenant que « la transaction faite par un coobligé ne pouvant être opposée par les autres intéressés pour se soustraire à leur propre obligation », chacun des auteurs d'un même dommage doit être obligé à le réparer en entier. Cependant, la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait estimé, sur le fondement des art. 1251 al. 3 et 2051 du Code civil que la transaction entre la victime et l'un des coobligés ne faisait pas échec à l'action en responsabilité du subrogé.

1263Sur ce point, V. not. N. CAYROL, *Les actes ayant pour objet l'action en justice,* Economica, 2001, n°277

La renonciation, au contraire, n'est pas un contrat mais un acte unilatéral. Plus précisément, il s'agit d'un acte abdicatif, un acte de renoncement[1264]. Le créancier renoncerait unilatéralement à ces droits[1265]. Or, il a été soutenu qu'il est impossible de renoncer à une créance, puisqu'elle résulte d'un lien de droit que le créancier ne saurait supprimer à lui seul. Autrement dit, le créancier peut, certes, renoncer à sa créance, mais il ne peut supprimer par sa renonciation la dette, sans l'accord du débiteur. Seule la remise de dette, qui résulte d'un accord de volontés entre créancier et débiteur, aurait ce pouvoir[1266]. Il serait donc impropre de parler de renonciation, si d'aventure celle-ci ne prenait pas la forme d'un accord de volonté (transaction ou remise de dette). Pourtant, l'on peut admettre que le créancier renonce à son droit de créance sans que l'obligation entière ne s'éteigne. La jurisprudence rendue en matière de cautionnement peut donner un éclairage intéressant à cette question. Ainsi, les juges estiment que « la renonciation par le créancier au droit à agir en paiement contre le débiteur principal n'emporte pas extinction de l'obligation principale ni du recours de la caution contre ce débiteur »[1267]. Dans cette affaire, le créancier a bien renoncé à sa créance, sans éteindre pour autant l'obligation. Un auteur propose une analyse fine de cette renonciation. Selon lui, « si l'obligation résulte de la superposition d'une norme et d'un droit subjectif, on peut concevoir que le créancier, qui ne dispose d'aucun pouvoir unilatéral sur la norme, puisse en revanche disposer de ses droits »[1268]. Appliquée à notre propos, cette théorie conduit à admettre que la victime puisse renoncer, par un acte unilatéral, à sa créance envers un des auteurs de son dommage, sans que ne soient supprimées les dettes de chaque responsable. Mais alors, le *solvens* peut-il se prévaloir de la dette subsistante et de la subrogation, alors même que la victime dans les droits de laquelle il est subrogé a renoncé à agir ? Appliquer strictement les règles propres à la subrogation conduit à refuser, dans ce cas, le recours au *solvens* qui est subrogé dans les droits de la victime. En effet, la victime est irrecevable à agir dans la mesure où elle a renoncé au droit qui fonde son action.

Il serait souhaitable, dans ce cas, d'étendre à tous les *solvens* la disposition du Code des assurances prévoyant la décharge de l'assureur lorsque ce dernier perd, du fait de l'assuré, son recours subrogatoire contre le responsable[1269].

1264En ce sens, V. not. P. RAYNAUD, *La renonciation à un droit,* RTD civ., 1936, p. 763.

1265S. LESSONA, *Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil,* RTD civ., 1912, p. 361 et s.

1266P. RAYNAUD, *op. cit.,* n°17 à 19.

1267Com., 22 mai 2007, RTD civ., 2008, p. 333, note P. CROCQ.

1268G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé,* Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2012, n°681.

1269Art. L. 121-12, alinéa 2 du Code des assurances ; Civ. 1re, 3 novembre 1993, RCA, 1994, n°28.

c. Le recours personnel du *solvens* en cas d'accident de la circulation

628. Présentation critique. Les juges ont, un temps, admis le *solvens* à agir contre les coauteurs de l'accident de la circulation par une action personnelle, fondée sur le droit commun. Lui était refusée la possibilité d'être subrogé dans les droits de la victime, et de bénéficier des dispositions de la loi du 5 juillet 1985[1270]. L'autonomie de la loi est en effet cantonnée aux rapports entre la victime et le ou les responsables. Entre coauteurs, le droit commun retrouve à s'appliquer[1271]. S'agissant d'un droit spécial de protection de la victime, il est normal qu'au stade de l'obligation à la dette il évince le droit commun concurrent[1272]. Au stade de la contribution à la dette, cependant, et nous aurons l'occasion d'y revenir, l'éviction du droit commun est moins légitime[1273]. Appréciée au crible de la nature du recours du *solvens*, cette jurisprudence ne saurait convaincre. Tout d'abord, fonder le recours sur le droit commun produit quelques effets pervers, notamment lorsque l'autre conducteur impliqué dans l'accident n'a commis aucune faute, et que le dommage est du à la faute exclusive de la victime, faute qui ne peut lui être opposée[1274]. D'autre part, même si l'on admet que le *solvens* subisse un préjudice du fait d'avoir indemnisé en totalité la victime (ce qui est discutable, car il n'a fait, alors, qu'acquitter sa dette en vertu de la règle de responsabilité)[1275], l'on cherche en vain le lien causal reliant la faute de l'autre conducteur (ou le fait de la voiture dont il est gardien) à ce préjudice douteux. Le fait du véhicule impliqué a causé l'accident et le dommage à la victime, pas le soit-disant préjudice personnel de l'autre conducteur ayant dû indemnisé la victime. Ce préjudice, si tant est qu'il existe, ne trouve sa cause que dans la règle spéciale de responsabilité.

629. Abandon bienvenu. La Cour de cassation a fini par abandonner cette position, pour ne reconnaître au *solvens* qu'un recours subrogatoire[1276]. Cependant, ce recours a ceci de particulier qu'il ne peut être fondé que sur le droit commun. Or, c'est une possibilité qui n'est pas offerte à la victime, qui ne peut exercer son action en responsabilité contre le conducteur du véhicule impliqué, que sur le fondement de la règle spéciale. Cette solution « conduit

1270V. not. Civ. 2e, 20 juillet 1987, D., 1987, p. 469, obs. H. GROUTEL ; Civ. 2e, 20 avril 1988, RTD civ., 1988, p. 787 ; obs. P. JOURDAIN, Civ. 2e, 14 décembre 1988, D., 1989, p. 385, note J.-L. AUBERT.

1271Pour une présentation claire, v. not. H. GROUTEL, *La pluralité d'auteurs dans un accident de la circulation,* D., 1987, chron. p. 86.

1272V. supra, n°74.

1273V. infra., n°694 et s.

1274En ce sens, H. GROUTEL, D., 1987, p. 470.

1275En ce sens, P. JOURDAIN, RTD civ., 1996, p. 411.

1276Civ. 2e, 13 juillet 2000, RTD civ., 2000, p. 855, obs. P. JOURDAIN ; Civ. 2e, 9 octobre 2003, Bull. civ. III, n°294 ; Cass. 2e civ., 13 janv. 2011, no 09-71196, Sté Axa Winterthur et a. c/ F. et a.

étrangement à admettre la subrogation du *solvens* dans un droit que la victime n'a pas, celui de se prévaloir du droit commun »[1277]. Nous ne jugerons pas, ici, cette bizarrerie qui résulte en réalité du règlement, au stade de la contribution à la dette, d'un concours intellectuel. Saluons simplement ce pas des juges vers une solution plus orthodoxe.

630. Bilan. Pour conclure sur ce point, il est faux de considérer que le *solvens* dispose d'autre chose que d'un recours subrogatoire lorsqu'il a été, par le juge, condamné au tout, sans pouvoir invoquer pour diminuer sa dette l'action d'autres personnes ayant pris part à la réalisation du dommage. Même lorsque la victime a transigé avec l'un des responsables, aucun recours personnel ne devrait être reconnu au *solvens*.
Le recours ne saurait donc être d'une autre nature que subrogatoire. Reste à en tirer les conséquences.

B. Conséquences de la nature subrogatoire du recours

631. Identité de règles par rapport à l'action en responsabilité. La logique du caractère subrogatoire du recours impose un décalque des règles applicables à l'action en responsabilité sur le recours. Puisque le recours subrogatoire suppose l'existence d'une action en responsabilité à la disposition de la victime, que le *solvens* va utiliser à son compte, il est normal que l'action de celui-ci épouse les conditions d'existence de celle-là. En effet, l'action subrogatoire se substitue à l'action en responsabilité que pouvait intenter la victime. Le *solvens* ayant indemnisé la victime prend la place de celle-ci dans ses relations avec le responsable. Le régime est donc induit par la nature de l'action. Il s'agit d'une action en responsabilité et, qui plus est, celle dont la victime disposerait, si elle agissait contre l'auteur de son dommage. Plusieurs conséquences en découlent.
632. Quant à la prescription. Que l'action en responsabilité soit soumise à un délai de prescription spécial[1278] ou au droit commun, le recours subrogatoire y est pareillement soumis. La question se pose, cependant, du point de computation de ce délai, et des événements pouvant avoir une incidence sur celui-ci. Le subrogé prenant la place de la victime, il est normal que tout ce qui produit quelque effet sur l'action dont dispose la victime, produise les mêmes effets sur l'action dont dispose le subrogé. Une action de la victime contre le responsable doit avoir pour effet d'interrompre la prescription à l'égard de la victime ainsi qu'à

1277G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n°423-2.
1278V. par ex. Civ. 3e, 3 nov. 1988, RGAT, 1989, p.57, prescription décennale du constructeur.

l'égard du subrogé. À l'inverse, si l'action transmise par la victime est prescrite, le subrogé ne doit plus disposer d'aucune action. Le droit positif est en ce sens[1279]. Cependant, rappelons que la reconnaissance d'une véritable solidarité entre les coauteurs conduit à considérer que tout acte interruptif de prescription exercé à l'encontre d'un des coauteur profite aux autres, ce qui n'est pas le cas actuellement[1280]. Cette conception de la solidarité entre coauteur limite considérablement les cas dans lesquels l'action du subrogé sera prescrite.

633. Quant à l'objet du recours. Le subrogé peut exercer son recours contre le ou les coauteurs du dommage dans la mesure des sommes versées par lui, au titre de l'indemnisation de la victime. Il se peut que la somme en question soit inférieure à la valeur du dommage réparable. Ainsi, les sommes allouées à la victime par l'assureur peuvent être inférieures aux dommage-et-intérêts auxquels peut prétendre la victime, pour des raisons propres au contrat d'assurance (franchise, par exemple). Inversement, les sommes allouées par le tiers payeur peuvent être supérieures aux dommages-et-intérêts, car elles peuvent comprendre des prestations de prévoyance, non soumises à recours subrogatoire[1281]. Les sommes à caractère forfaitaire, versées par exemple par l'assureur en raison d'une assurance de personnes, n'ont pas un caractère indemnitaire et ne sont pas soumises au recours, comme l'édicte l'article L. 131-2 du Code des assurances[1282].

634. Quant à l'assiette du recours. Puisque le subrogé prend la place de la victime, la somme que celle-ci pourrait demander au responsable constitue un cadre indépassable[1283]. Le subrogé ne saurait avoir plus de droits que le subrogeant[1284]. Il n'est pas question de permettre au subrogé d'invoquer un quelconque préjudice personnel à l'encontre de l'auteur du dommage. Il faut en effet conserver à l'esprit que le *solvens* a indemnisé la victime soit au titre de sa propre responsabilité, soit au titre du contrat d'assurance, soit enfin au titre de la

1279Le subrogé bénéficie de l'interruption de prescription acquise par le créancier originaire : Cass. 1re civ., 18 juin 1996, Bull. civ. 1996, I, n° 265. Le subrogé reçoit, en revanche, la créance en l'état, et s'expose au risque de prescription : Cass. 2e civ., 4 févr. 2010, n° 08-17.115, SA AXA Corporate Solutions c/ SA Sté Schenker. Le juge n'admet pas que le subrogé invoque le fait que la prescription n'a pu courir contre lui tant qu'il n'était pas appelé par le subrogeant : Cass. 2e civ. 22 oct. 1975, Bull. civ. 1975, II, n° 268.

1280V. supra, n°579 et s.

1281V. not. Crim., 22 mars 1990, RCA, 1990, n°187 et chron. 12, *Subrogation du tiers payeurs = caractère indemnitaire des prestations : l'équation reconnue ;* P. JOURDAIN, *La non imputation sur le préjudice des prestations versées par les caisses de retraites et de prévoyance : consécration jurisprudentielle,* RTD civ., 1990, p. 544.

1282Art. L. 131-2 C. ass. : Dans l'assurance de personnes, l'assureur, après paiement de la somme assurée, ne peut être subrogé aux droits du contractant ou du bénéficiaire contre des tiers à raison du sinistre.

1283Précisons que, si d'aventure la victime a renoncé à demander l'indemnisation au responsable, elle ne peut se prévaloir de son assurance, et l'assureur est par la même déchargé : Civ. 1re, 3 novembre 1993, RCA, 1994, n °28, et art. L. 121-12 C. ass.

1284V. par ex. Civ. 1re, 4 juin 1996, RCA, 1996, n°336 (opposabilité de l'autorité de la chose jugée) et Com. 4 juin 1996, RCA, 1996, n°333 (opposabilité de la compensation).

solidarité nationale[1285]. Il y a toujours, pour le *solvens*, une légitimité au versement effectué au profit de la victime. Ce qui n'est pas forcément légitime, en revanche, c'est que le poids définitif de l'entière dette d'indemnisation pèse sur lui, raison pour laquelle il peut recourir contre les autres personnes devant assumer cette dette.
La question est maintenant de savoir comment s'effectue le partage entre le *solvens* et celui ou ceux contre le(s)quel(s)s il recoure.

§3. Le quantum du recours du *solvens*

635. Modalité du partage. Il est entendu que le *solvens* n'exerce son recours, contre chaque auteur du dommage, que pour sa part et portion. Celui qui a payé le tout doit donc diviser ses poursuites contre les autres obligés à la dette[1286]. Il s'agit d'une application pure et simple de l'article 1214 du Code civil. Cette solution, retenue en droit positif, ne diffère pas de ce que nous proposons. En ce qui concerne les modalités du partage de responsabilité, cependant, le décalage entre les règles proposées et le droit positif est consommé. La solution choisie par nous d'un partage à parts égales conduit à abandonner une jurisprudence contestable faisant de la faute le critère de la répartition de la dette d'indemnisation entre les coauteurs (A).
Il est par ailleurs une question que les règles de conflit proposées ne nous ont pas, jusqu'ici, permis d'aborder, celle du recours particulier du *solvens* assureur ou tiers payeur, lorsqu'il entre en concours avec le recours de la victime. Les enjeux du partage sont alors sensiblement différents, puisqu'il s'agit d'une relation triangulaire entre la victime, l'auteur du dommage et l'assureur ou le tiers payeur (B).

A. L'abandon de la jurisprudence en matière de partage de la dette d'indemnisation entre les coauteurs d'un dommage

636. Diversités des modes de partage. La Cour de cassation, comme le remarque certains auteurs, cache derrière une expression neutre une véritable diversité de mode de partage de la dette d'indemnisation[1287]. Elle avance souvent, en effet, que le recours s'exerce contre le coauteur « dans la mesure de sa part de responsabilité »[1288]. L'expression conduit parfois les

1285Il faut noter, à ce propos, que l'assiette du recours peut être diminuée par rapport à la créance d'indemnisation à laquelle pourrait prétendre la victime auprès du responsable. Ainsi, l'art. 31 de la loi du 5 juillet 1985 exclu de l'assiette du recours des tiers payeurs les sommes correspondant à l'indemnisation d'un préjudice à caractère personnel.
1286V. par ex. Civ. 2e 20 juin 2002, RCA, 2002, com. n°291.
1287G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n°424-1.
1288V. par ex. Civ. 1re, 14 décembre 1982, Gaz. Pal., 1983, 2, p. 276, obs. Fr. CHABAS.

juges à un partage en fonction de la gravité des fautes[1289] ou en fonction du rôle causal des différents faits générateur[1290]. Le partage est donc souvent inégal et conduit parfois à décharger totalement l'un des coauteurs. Ainsi, le responsable sans faute peut recourir contre le coauteur, responsable pour faute, pour la totalité de la dette[1291]. Le partage à parts viriles n'est retenu que par exception, dans l'hypothèse où l'on ignore précisément les circonstances de réalisation du dommage[1292] ou lorsque le recours oppose plusieurs responsables de plein droit[1293]. Même dans ces cas, la Cour de cassation refuse que les juges cèdent à la facilité, de sorte que le partage à parts viriles doit être le résultat d'une véritable analyse de la part que chaque coauteur a joué dans la production du dommage[1294].

637. Critiques. Nous avons déjà eu l'occasion de critiquer, empiriquement, ce mode de partage. L'un (le partage en raison de la gravité des fautes) parce qu'il conduit à donner une prééminence injustifiée à la responsabilité pour faute[1295], l'autre (le partage en fonction du rôle causal) parce qu'il est difficilement praticable[1296]. L'on peut ajouter à cela que la pratique de l'assurance et des divers systèmes d'indemnisation retire à ces modes de partage « à peu près tout effet normatif sur les conduite individuelles et ne leur permet même pas de réaliser un déplacement réel des charges de l'indemnisation »[1297]. Bien souvent, la dette d'indemnisation sera indolore pour ceux que le juge considère comme les débiteurs définitifs, car leur assureur versera, de facto, l'indemnisation.

Inappropriée par rapport à la vocation réparatrice de la responsabilité civile, la répartition en fonction de la gravité des fautes ne produit pas, en pratique, le résultat normatif que lui attribueraient les juges. Étant entendu que la répartition en fonction du rôle causal de chaque fait générateur, bien que plus satisfaisant pour l'esprit, n'est guère praticable, reste à abandonner ces solutions au profit de la répartition à parts viriles.

Ce mode de répartition offre l'avantage d'être cohérent avec le droit de la responsabilité, qui ne pose pas de hiérarchie entre les différentes responsabilités. Responsable pour faute et responsable sans faute, voire de plein droit, assument en effet dans la même mesure

1289Par ex. Civ. 3e, 5 décembre 1984, Bull. civ., III, n°206.
1290Par ex. Civ. 3e, 13 juin 1990, JCP, 1990, IV, p. 303.
1291V. Ch. mixte, 26 mars 1971, JCP, 1971, II, 16762, note R. LINDON. Le fautif ne peut, lui, recourir contre le non fautif : Civ. 2e, 10 novembre 1965, Bull. civ., II, n°687 ; Civ. 2e, 5 juin 1991, Bull. civ., II, n°175.
1292Par ex. Civ. 2e, 1 mars 2001, Bull. civ., II, n°31.
1293Par ex. Civ. 2e, 11 février 1981, D., 1981, IR p. 378.
1294Par ex. Civ. 2e, 11 février 1981, D., 1982, p. 255, note E. AGOSTINI.
1295V. supra, n°559 et D. COCHET, *Droit des obligations, la contribution à la dette des coobligés in solidum,* LPA, 2004, n°118, p. 3.
1296V. supra, n°560.
1297G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n°424-2.

l'indemnisation du dommage au stade de l'obligation à la dette. La répartition à parts égales offrirait aussi l'avantage de lisser le droit des recours entre coauteurs, en retenant un mode de répartition unique. Enfin, l'équité n'est pas oubliée avec cette solution. Les différents auteurs ont bien contribué à causer le dommage tel qu'il s'est finalement produit pour la victime, il est normal qu'ils en assument tous, pareillement, les conséquences.
Il n'est pas certain, cependant, que cette logique doive être maintenue en cas de partage de la dette d'indemnisation entre l'auteur du dommage et le *solvens* tiers payeur.

B. La question du partage de la dette d'indemnisation entre l'auteur du dommage et le *solvens* tiers payeur

638. Problématique. Lorsque le dommage est réparé en partie par un organisme payeur, la victime dispose d'un recours contre le ou les auteurs du dommage, pour le reliquat d'indemnisation, alors que l'organisme payeur dispose lui aussi d'un recours, de nature subrogatoire, auprès des mêmes responsables, afin d'obtenir la répétition de tout ou partie des sommes allouées à la victime. Il en résulte un concours particulier qui oppose la victime et l'organisme payeur. La question est de savoir qui du *solvens* tiers payeur ou de la victime doit bénéficier en priorité de ce recours. Donner la priorité au *solvens* risquerait de réduire l'indemnisation de la victime, pour le cas où l'auteur ne pourrait payer la totalité de sa part. Inversement, donner la priorité à la victime conduirait à faire peser définitivement sur le *solvens* tiers payeur une part de la dette qui aurait du revenir à l'auteur du dommage.
639. Réponse du droit positif. La loi reconnaît à la victime un droit de préférence lorsqu'elle entre en concours avec le tiers payeur dans son recours contre le responsable. L'article 31, alinéa 2 de la loi du 5 juillet 1985[1298], modifié par une loi du 21 décembre 2006[1299], et l'article L. 376-1, alinéa 4 du Code de la sécurité sociale[1300] adoptent sur ce point une rédaction quasiment identique. La victime, indemnisée partiellement par l'organisme payeur, dispose d'un droit de préférence sur ce dernier dans son recours contre le responsable. Ainsi,

1298« Conformément à l'article 1252 du code civil, la subrogation ne peut nuire à la victime subrogeante, créancière de l'indemnisation, lorsqu'elle n'a été indemnisée qu'en partie ; en ce cas, elle peut exercer ses droits contre le responsable, pour ce qui lui reste dû, par préférence au tiers payeur dont elle n'a reçu qu'une indemnisation partielle ».

1299Pour un commentaire de cette loi, v. not. H. GROUTEL, *Le recours des tiers payeurs : une réforme bâclée,* RCA, 2007, étude 1 ; P. JOURDAIN, *La réforme du recours des tiers payeurs : la victime favorisée,* D., 2007, p. 454 ; Ph. CASSON, *Le recours des tiers payeurs : une réforme en demi-teinte,* JCP, 2007, I, 144.

1300« Conformément à l'article 1252 du code civil, la subrogation ne peut nuire à la victime subrogeante, créancière de l'indemnisation, lorsqu'elle n'a été prise en charge que partiellement par les prestations sociales ; en ce cas, l'assuré social peut exercer ses droits contre le responsable, par préférence à la caisse subrogée. »

l'insolvabilité partielle ou l'insuffisance d'assurance du responsable ne nuira pas à la victime. Cette solution est inspirée de l'article 1252 du Code civil, auquel se réfèrent expressément les deux articles précités, qui veut que la subrogation ne nuise pas à la victime subrogeante. Avant même que la loi n'aille en ce sens, l'idée d'un droit de préférence en faveur de la victime avait parcourue la doctrine[1301] et la jurisprudence[1302].

640. Appréciation. Reposant sur une règle d'équité, le principe même du droit de préférence ne souffre pas de critique. Il y a en effet une raison morale à protéger la victime au détriment de l'assureur ou du tiers payeur, ne justifiant pas d'un préjudice propre. Un argument de cohérence du droit peut aussi être avancé, étant donné que le contrat d'assurance comme les règles propres à l'indemnisation du dommage corporel par le tiers payeur, constituent une garantie en sa faveur, qu'il serait peu logique de lui retirer par le biais de la subrogation. Autrement dit, « la subrogation ne doit pas remettre en cause ce qui fait l'utilité du contrat d'assurance compte tenu de sa nature même qui est la couverture d'un risque »[1303]. La remarque mérite d'être nuancée concernant l'indemnisation versée par les autres organismes payeurs, qui ne repose pas sur un contrat, mais, comme le fait justement remarquer un auteur, « est l'expression d'un effort de solidarité nationale obligatoire »[1304]. Dès lors, il apparaît plus juste de limiter le recours de l'assureur, étant donné que ce dernier verse une indemnisation en fonction des primes d'assurance consenties par l'assuré, au titre d'un acte de prévoyance qui est le contrat d'assurance, que de limiter le recours du tiers payeurs offrant une garantie à la victime au prix d'un effort obligatoire pesant *in fine* sur l'ensemble de la société. Cela dit, au delà de cette différence entre solidarité nationale et assurance, l'on peut avancer que l'une et l'autre tendent à donner à la victime une garantie contre les risques sociaux[1305].

Il n'en reste pas moins qu'en pratique cette préférence de la victime conduit à fausser le partage de responsabilité en défaveur de l'assureur ou du tiers payeur. Les juges ne

1301V. not. J. LABIN, *Concours des actions de l'assuré et de l'assureur subrogé contre le tiers responsable,* RGAT, 1986, p. 264 ; N. LAURENT, *Ombres et lumière sur la règle nemo contra se... en droit des assurances,* RGDA, 2003, p. 23.Y. LAMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel,* 5e éd., 2004, n°454-2 (les éditions ultérieures approuvent la réforme opérée en 2006).

1302Civ. 1re, 4 juin 2002, Bull. civ., II, n°157 : « dans le concours de l'assureur subrogé et de l'assuré subrogeant, ce dernier prime le premier jusqu'à concurrence de la réparation du préjudice garanti ». Avant, Civ., 5 mars 1945, D., 1946, 1, note A. BESSON. *Contra*, Civ. 2e, 14 janvier 1999, RCA, 1999, chron. 7 H. GROUTEL.

1303N. LAURENT, *Ombres et lumière sur la règle nemo contra se... en droit des assurances,* RGDA, 2003, p. 23, spé. N°22.

1304P. JOURDAIN, *La réforme des recours des tiers payeurs : des victimes favorisées,* D., 2007, p. 454, spé. p. 458.

1305En ce sens, approuvant la réforme dans son principe, Ph. CASSON, *Le recours des tiers payeurs : une réforme en demi teinte,* JCP, 2007, I, 144, spé. n°17 et 18.

différencient pas selon que l'indemnité partielle perçue par la victime provienne d'une insolvabilité partielle du responsable ou d'un partage de responsabilité opérée en raison, par exemple d'une faute de sa part ayant contribué à la production de son dommage. Dans ce dernier cas, et selon la jurisprudence, la victime peut tout de même obtenir une réparation intégrale de son dommage en cumulant l'indemnisation reçue du tiers payeur et celle versée par le responsable[1306]. C'est aller au-delà de ce que la loi prévoit, l'article 1252 du Code civil tendant simplement à ce que la subrogation ne nuise pas à la victime. Or, pour le cas où l'indemnisation de celle-ci est réduite du fait d'une faute de sa part, la subrogation ne saurait lui nuire en maintenant cette limite d'indemnisation. Toute la question est de savoir s'il est opportun de faire peser sur le tiers payeur une somme qui, en réalité, dépasse l'indemnisation à laquelle a droit la victime dans les droits de laquelle il est subrogé. Sur ce point, nous rejoignons les auteurs estimant qu'il s'agit d'une interprétation malheureuse de la loi[1307]. Non seulement cette solution est contraire aux règles de la subrogation légale, qui place normalement le subrogeant dans la position exacte du subrogé, l'un ne pouvant avoir plus de droit que l'autre. Encore, cette jurisprudence méconnaît les règles de responsabilité conduisant à opposer à la victime sa propre faute, lorsqu'elle est à l'origine du dommage, ou encore à ne réparer qu'une perte de chance[1308].

L'alternative aurait été de refuser à la victime de bénéficier des prestations sociales lorsque celles-ci sont plus favorables que l'indemnisation allouée par les règles de responsabilité. La fonction normative de la responsabilité, de ce fait, aurait été sauvegardée. L'équité et la faveur pour la réparation du préjudice corporel de la victime ont cependant dirigé les juges vers la solution inverse. Face à cela, la question est de savoir si l'on maintient les règles de conflit proposées en considérant la victime ayant, par sa faute, contribué à causer son dommage, comme un coauteur de celui-ci, auquel doit être opposé le partage de responsabilité[1309].

1306Par ex. Civ. 2e, 24 septembre 2009, JCP, S, 2009, 1542, note J. BOURDOISEAU ; Crim. 20 novembre 2012, RCA, 2013, comm. 56 par H. GROUTEL ; Civ 2e, 13 janvier 2012, D., 2012, p. 1051, note J. BOURDOISEAU.

1307V. P. JOURDAIN, *Le droit de préférence de la victime,* RCA, 2009, étude 3, spé. n°3 à 6 ; S. PORCHY-SIMON, *Le recours des tiers payeurs à l'épreuve de la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation,* D., 2010, chron. p. 593 et s, spé. p. 594, l'auteur évoquant une « interprétation audacieuse du droit de préférence » ; J. BOURDOISEAU, au JCP, S, 2009, p. 1542. *Contra*, H. GROUTEL, RCA, 2010, comm. 71 à propos de Civ. 2e, 14 janvier 2010.

1308Les juges identifient la perte de chance à un partage de responsabilité, et à une indemnisation partielle de la victime, alors que la perte de chance, en tant que telle est toujours indemnisée intégralement. Il n'y a donc pas d'indemnisation partielle dans ce cas. V. P. JOURDAIN, RTD civ., 2010, p. 122.

1309Sur la question, v. not. L. JOSSERAND, *La responsabilité envers soi-même,* DH., 1934, p. 73 ; C. LAPOYADE-DESCHAMPS, *La responsabilité de la victime,* thèse Bordeaux, 1977 ; A. DUBIGEON, *Le concours des qualités juridique sur la tête d'une même personne dans les rapports d'obligation,* thèse Nantes, 2005, n°1312 à 404 *;* C. CASSAGNABERE*, La responsabilité envers soi-même,* thèse Rennes, 2011.

641. Modification de la règle de conflit proposée ? Il ne nous paraît pas opportun de modifier la règle de conflit proposée qui consiste, au stade de la contribution à la dette, à faire supporter également à tous les coauteurs le dommage causé à la victime. Si cette dernière a contribué à causer son propre dommage, elle doit en subir les conséquences et ne doit pas parvenir à contourner les règles de responsabilité par le biais du droit de l'indemnisation. La limitation du recours du tiers payeur ne doit donc, pour conclure, être opérée qu'en cas d'insolvabilité partielle du responsable contre lequel le recours s'effectue. En dehors de ces cas, la victime ne mérite plus la protection du droit. La protection sociale, à notre sens, ne doit venir garantir à la victime une juste indemnisation de son dommage que dans la mesure où elle n'a pas contribué à le causer[1310].

Pour conclure, la préférence accordée à la victime doit lui bénéficier uniquement pour le cas où elle a reçu une indemnité partielle, non pas du fait des règles de responsabilité mais du fait de la solvabilité du ou des responsables. Pour le cas, en revanche, où l'indemnisation est partielle parce que la victime a contribué à causer son dommage, l'on doit raisonner comme pour le cas où le dommage est causé par plusieurs personnes, et traiter la victime en coauteur.

642. Conclusion de section. Contrairement aux règles de conflit régulant le stade de l'obligation à la dette, celles proposées au stade de la contribution à la dette s'éloignent un peu plus du droit positif. Il est en effet nécessaire, pour des soucis de cohérence, d'abandonner les recours personnels reconnus au *solvens*, alors qu'il ne justifie pas d'un préjudice propre. De même, l'ensemble des règles gouvernant le partage entre les coauteurs doit être harmonisé, et donc modifié en faveur d'un partage à parts égales. Inversement, quelques exceptions aux règles de conflit doivent être consenties en raison des immunités, justifiées, dont bénéficient un certain nombre de responsables. En effet, certains intérêts contradictoires apparaissent au stade de la contribution à la dette, et l'enchevêtrement des règles de responsabilité et des règles propres à l'assurance ou aux régimes d'indemnisation rendent nécessaires quelques sacrifices à la rigueur des règles de conflit proposées.

643. Conclusion de chapitre. De cette confrontation des règles de conflit au droit positif, deux conclusions sont à retirer.

1310En ce sens, J. BOURDOISEAU, *Recours des tiers payeurs : entre confirmation et revirement,* D., 2012, p. 1051, spé. n°11 et 12 ; Contre, H. GROUTEL, RCA, 2010, comm. 71, *op. cit.*

La première est qu'il est rare que les solutions du droit positif soient contraires aux règles de conflit proposées. Il s'agit, dans la plupart des cas, de conforter des solutions déjà en germe, de marquer des lignes de force présentes actuellement en droit de la responsabilité. Quand bien même quelques solutions actuelles devraient, selon nous, être abandonnées, il ne s'agit que de supprimer, à la marge, quelques incohérences.

La seconde conclusion, qui découle de la première, est qu'il est possible de redonner sa cohérence au droit de la responsabilité sans modifier en profondeur les règles qui le composent. Concernant les concours matériels, du moins, la cohabitation harmonieuse des règles de responsabilité est possible.

Cependant, nous avons pu constater, en filigrane, les perturbations introduites par le droit de l'assurance et la solidarité nationale. Ces modes de réparation, tantôt concurrents, tantôt complémentaires de la responsabilité, entretiennent des liens étroits entre eux, avec lesquels il faut composer. Nous avons parfois consenti à quelques aménagements des règles de conflit, afin de tenter de préserver l'équilibre entre les différents systèmes de réparation du dommage. La cohérence d'un système, en effet, ne se mesure pas seulement au bon fonctionnement des éléments qui le composent, mais aussi aux bons rapports qu'il entretient avec les systèmes voisins. Les règles de conflit permettant de réguler les concours de responsabilités ne peuvent donc pas être construites en huis clos et ce serait une erreur d'ignorer leur incidence sur les systèmes d'indemnisation, pour se concentrer uniquement sur le système de responsabilité.

Globalement positif, le bilan de la confrontation des règles de conflit proposées aux solutions actuelles n'est pourtant pas achevé. Après les concours matériels, c'est aux concours intellectuels qu'il convient de s'intéresser, pour clore ce processus d'évaluation des règles de conflit proposées.

Chapitre 2. Mise à l'épreuve des règles de conflits des concours intellectuels

644. Rappel des enjeux. Le concours intellectuel ne met en présence que deux personnes, la victime et le responsable. En cela, il se rapproche du schéma classique de la responsabilité. Cependant, il révèle la confrontation de plusieurs règles, applicables à une seule personne. L'enjeu n'est plus alors de savoir qui va devoir assumer la dette d'indemnisation, puisqu'une seule personne est l'auteur du dommage subi par la victime. Toute la difficulté réside dans la détermination de la règle applicable à cet auteur unique. Si les règles en concurrence produisent le même effet, le choix de l'une ou l'autre est sans réelle incidence. En revanche, si les règles en concurrence sont antinomiques et produisent des effets différents, ou sont actionnées selon des modalités différentes, victime et auteur peuvent avoir intérêt à choisir parmi les règles applicables celle qui leur convient le mieux. Au-delà de l'enjeu, personnel, pour les parties, il existe un enjeu pour le droit dont la cohérence réclame que soit appliquée, à chaque espèce, la bonne règle de droit. Les règles de conflit proposées sont tournées vers ce double objectif qui est de fournir, subjectivement pour les parties et objectivement pour la cohérence du droit, une méthode désignant la ou les bonnes règles applicables à ce type de concours.

645. Rappel des règles proposées. Puisque rien n'impose de faire *a priori* un choix parmi les règles potentiellement applicables, la liberté de choix de la victime doit être le principe. Ce principe souffre deux exceptions. La première, lorsque les règles concurrentes entretiennent un rapport d'espèce à genre; la seconde, lorsque les règles en concours, sans entretenir un rapport d'espèce à genre, produisent des résultats différents. Dans ces cas, la règle spéciale prime la règle générale, et la règle la plus proche du dommage l'emporte sur l'autre. Conscient des potentielles difficultés d'utilisation de ces critères, nous proposions de revenir au principe lorsque ces derniers étaient impraticables[1311]. Tout comme nous l'avons fait concernant les concours matériels, il s'agit dans les développements qui suivent, de vérifier la pertinence des règles de conflit proposées, en les confrontant au droit positif.

646. Plan. La mise à l'épreuve des règles de conflit adaptées aux concours intellectuels aura lieu en deux temps. Tout d'abord, nous vérifierons la pertinence des exceptions au principe du

1311Pour l'ensemble des règles proposées pour régler les concours intellectuels de responsabilités, v. supra, n °464 et s.

libre choix offert à la victime, pour ensuite nous intéresser au principe. Cet ordre peut surprendre, il est pourtant le plus indiqué, dans l'intérêt de la démonstration. Il est plus facile de cerner les cas de concours soumis au principe une fois qu'ont été énumérés ceux qui relèvent de l'exception. En effet, les catégories de concours soumises au règlement exceptionnel aboutissant au choix de l'une des règles en présence sont clairement identifiables, alors que les concours soumis au principe de liberté de la victime sont en réalité l'ensemble disparate des concours restants. Aussi nous attacherons-nous donc à l'étude des règles de conflit exceptionnelles visant à élire l'une des règles concurrentes (section 1) avant d'étudier la règle de conflit de principe visant à l'application libre des règles en concours (section 2).

Section 1. Mise à l'épreuve des règles de conflit exceptionnelles visant à élire l'une des règles en concours

647. Règlement des concours de qualifications. Le concours ne peut se régler que par l'élection d'une des règles en conflit lorsqu'une antinomie entre deux règles rend impossible l'application alternative des règles concurrentes, sous peine de menacer la cohérence du système. L'antinomie peut naître de la confrontation entre une règle générale et une règle spéciale dérogatoire, ou même en dehors de tout rapport d'espèce à genre. Le mode de règlement proposé vise à garantir la cohérence du système de responsabilité, tout en ne lésant pas le droit à indemnisation de la victime. L'atteinte de ce double objectif constituera le premier critère d'évaluation des règles de conflit. Le domaine de ces règles de conflit et leurs résultats seront par ailleurs confrontés à la pratique actuelle des tribunaux, afin d'apprécier le décalage éventuellement produit entre nos propositions et le droit positif. Il s'agit du second critère d'évaluation des règles de conflit. Nous étudierons, pour ce faire, le règlement des deux types de concours dérogeant au principe du libre choix: le concours entre une règle générale et une règle spéciale dérogatoire (§1) et le concours entre deux règles antinomiques sans rapport d'espèce à genre (§2).

§1. Le règlement du concours opposant une règle générale et une règle spéciale dérogatoire

648. Logique infaillible. Dès lors qu'une règle dont le champ d'application est compris dans le champ d'application d'une autre, plus vaste et donc plus générale, déroge à cette dernière, il est normal de lui accorder la priorité. Sans cela, la règle spéciale dérogatoire risquerait fort de rester lettre morte et les situations qu'elle se proposait de régir seraient réglées par le droit

commun. La cohabitation harmonieuse de règles entretenant un rapport d'espèce à genre ne peut passer que par l'éviction de la règle générale concurrente. Cette réponse au concours qui semble s'imposer avec force a reçu les grâces de la jurisprudence, qui l'utilise fréquemment, ce en quoi nous ne pouvons que l'approuver (A). Cependant, il n'est pas suffisant d'affirmer le principe de l'éviction de la règle générale lorsqu'elle entre en concours avec la règle spéciale. Encore faut-il préciser la mesure de cette éviction (B). Il est par ailleurs des cas où la règle de conflit n'est pas utilisée, alors qu'elle trouverait pourtant avantageusement à l'être. Il faudra présenter ces terrains nouveaux de la règle de conflit (C).

A. La primauté justifiée de la règle spéciale

649. Critères de la primauté. La règle de conflit visant à faire primer la règle spéciale ne peut être mise en œuvre que dans le cas où les règles en concours entretiennent réellement un rapport d'espèce à genre, *ie*, que le champ d'application de l'une est compris dans le champ d'application de l'autre, et que la règle spéciale déroge à la règle générale. De nombreuses solutions du droit positif sont rendues en vertu de ce principe, dont nous livrerons ici quelques exemples.

650. Illustrations par la pratique du droit positif. Sans prétendre dresser ici un panorama exhaustif de cette tendance jurisprudentielle, illustrons simplement grâce à quelques exemples choisis la primauté donnée à certaines règles spéciales dérogatoires.

Ainsi, en droit des affaires, l'action spéciale en responsabilité pour insuffisance d'actif prime sur le droit commun des société, qui prime lui-même sur l'article 1382 du Code civil[1312]. L'action spécifique contre le dirigeant de la société soumis à une procédure collective, prévue par l'article L. 651-2 du Code de commerce nécessite la preuve d'une faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif. Il s'agit donc d'une action en responsabilité, susceptible d'entrer en concours avec le droit civil commun des articles 1382 et 1383 du Code civil, mais aussi avec le droit commun des sociétés[1313]. Les juges considèrent de longue date que ce droit très spécial déroge au droit commun des sociétés, ainsi qu'aux articles 1382 et 1383 du Code civil, et pour cette raison prime sur eux[1314]. Sans cela, la règle spéciale «n'aurait pas tardé à

1312V. not. A. BALLOT-LENA, *La responsabilité civile en droit des affaires, des régimes spéciaux vers un droit commun,* BDPR, T. 493, LGDJ, 2008, n°430 à 439.

1313V. par ex. art. L. 225-251 C. com. pour les SA, art. L. 223-22 C. com. pour les SARL.

1314Com. 28 février 1995, D., 1995, p. 390, note F. DERRIDA ; Com., 26 mai 1999, Bull. Joly, 1999, p. 962, § 225, note M. MENJUCQ ; Com, 19 février 2002, Droit sociétés 2002, comm. n°117, note D. VIDAL; à l'inverse, le droit commun redevient applicable lorsque le droit des procédure collective ne l'est plus, et notamment lorsque n'est pas constatée l'insuffisance d'actif : Com., 19 février 2008, Gaz. Pal., 29 avril 2008 n° 120, p. 42, obs. T. MONTERAN ; déjà en ce sens, Com., 27 juin 2006, Droit des sociétés 2006, comm.

tomber en désuétude»[1315], car elle limite la réparation du dommage par rapport au droit commun.

Encore, et il s'agit d'un exemple déjà évoqué dans les développements précédents, la loi sur la presse de 1881, ainsi que les 9 et 9-1 du Code civil priment sur l'article 1382 du Code civil[1316]. Dès lors qu'un texte spécial sanctionne les atteintes en cause (diffamation, injure par voie de presse, atteinte à la réputation, à la présomption d'innocence, à la vie privée), l'article 1382 du Code civil n'est pas applicable.

L'on ne multipliera pas les exemples tirés de la jurisprudence démontrant que le droit positif adopte régulièrement ce mode de règlement du concours de responsabilités consistant à écarter le droit général au profit d'une disposition spéciale.

Plus intéressante est la question de la mesure de la primauté de la règle spéciale.

B. La mesure de la primauté de la règle spéciale

651. Problématique. La règle générale ne doit s'effacer en faveur de la règle spéciale que dans la mesure où celles-ci entrent en concours. Si l'on utilise l'image des cercles concentriques pour décrire les relations entre une règle spéciale et une règle générale, l'une étant englobée par l'autre, l'on doit considérer que la règle générale n'est exclue que du cercle couvert par la règle spéciale. Or, ce cercle est plus ou moins étendu selon que l'on considère qu'il recouvre les cas où la règle spéciale conduit effectivement à engager la responsabilité de l'auteur du dommage, ou les cas où la règle spéciale est questionnée pour donner une solution au litige. Il s'agit là de distinguer le domaine d'application de la règle spéciale et la réunion effective des conditions d'engagement de la responsabilité selon cette règle. Autrement dit, la règle générale doit-elle être évincée dès lors que la responsabilité de l'auteur du dommage est engagée sur le fondement de la règle spéciale, et retrouver à s'appliquer lorsque la loi spéciale conclut, au contraire, à une absence de responsabilité, ou la règle général doit-elle s'effacer dès lors que la règle spéciale est applicable, quel que soit le résultat obtenu? Dans le premier cas, la règle générale aurait un rôle subsidiaire et viendrait compléter la règle spéciale, alors que dans le second cas, la règle générale serait complètement exclue au sein du domaine

n °75, note Y. CHAPUT.

1315J.-S. SORTAIS, *Les contours de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif,* Mélanges P. BEZARD, *Le juge et le droit de l'économie,* Montchrestien, 2002, p. 321, spé. p. 323.

1316Ass. Plén., 12 juillet 2000, D., 2001, p. 659, note B. EDELMAN ; Civ. 2e, 25 janvier 2007, RTD civ., 2007, p. 354, note P. JOURDAIN, concernant la primauté de la loi de 1881 ; Civ. 2e, 8 mars 2001, Bull. civ., II, n °46, JCP, 2000, II, 122, obs. G. VINEY, concernant la primauté de l'article 9-1 du Code civil ; Civ. 1re, 7 février 2006, Bull. civ., I, n°59, concernant la primauté de l'article 9 du Code civil.

d'application de la règle spéciale. Les choix du droit positif ne sont pas aisés à décrypter. Tantôt le droit commun trouve à s'appliquer subsidiairement lorsque le droit spécial, applicable aussi, ne permet pas l'indemnisation de la victime. Tantôt le droit commun est totalement évincé en cas d'applicabilité de la règle spéciale, quelle que soit la solution rendue par les juges ensuite quant à l'indemnisation. Cette dualité doit être expliquée (1) puis appréciée (2).

1. Dualité des choix du droit positif

652. Antinomie et autonomie. Un auteur remarquait, à propos des concours entre une règle spéciale et une règle générale, que ces deux critères étaient utilisés par la jurisprudence pour évincer le droit commun[1317]. Il se trouve que l'éviction du droit commun n'a pas la même force dans les deux cas. Lorsque la règle est simplement spéciale, *ie* dérogatoire, les juges ont tendance à admettre l'application subsidiaire du droit commun (a). Lorsque les règles spéciales forment un corpus autonome de la responsabilité en plus d'être dérogatoire, l'exclusion du droit commun est plus absolue (b). Si l'on parvient sans peine à comprendre et justifier certaines de ces solutions de droit positif, d'autres sont au contraire moins convaincantes et révèlent une mauvaise application de la règle de conflit. Il en va ainsi du concours opposant la garantie légale du constructeur et la responsabilité contractuelle de droit commun. L'application de la règle de conflit telle que nous la concevons amène à modifier sensiblement la jurisprudence actuelle (c).

a. Application subsidiaire de la règle générale en concours avec une règle spéciale dérogatoire

653. Complémentarité. Lorsque la règle spéciale est simplement dérogatoire par rapport au droit commun, ce dernier trouve à s'appliquer de manière subsidiaire. Le droit positif offre quelques exemples, opportuns, de cette complémentarité du droit commun.

654. Les limites au non-cumul en droit des affaires. Si le droit commun est évincé lorsque l'insuffisance d'actif est constatée, et qu'elle est due à une faute de gestion du dirigeant, ce qui compose le domaine d'application de l'article L. 651-2 du Code de commerce, il retrouve sa compétence non seulement lorsque l'insuffisance d'actif n'est pas caractérisée[1318], mais aussi

1317F. LEDUC, *Les concours entre les régimes spéciaux et le droit commun,* actes du colloque de Chambéry dues 24 et 25 novembre 2011, *Les concours de responsabilité:entre dialogue et conflits,* RCA, 2012, dossier 10.

1318Com., 27 juin 2006, Gaz. Pal., 2006, n°4, p. 40, note T. MONTERAN.

lorsque la faute reprochée au dirigeant est détachable de ses fonctions[1319]. Dès lors, deux limites apparaissent à la primauté de la règle spéciale. La première consiste à admettre l'application du droit commun lorsque les conditions de succès de l'action spéciale ne sont pas réunies[1320]. La seconde consiste à recourir au droit commun lorsque la faute dont il est question n'est pas celle visée par le droit spécial, mais une faute détachable des fonctions, qui s'est produite avant[1321] ou après[1322] la procédure collective. Cependant, les juges imposent dans ce cas la preuve d'un préjudice distinct de celui souffert par les autres créanciers, ce qui fait douter de l'existence d'un concours, qui suppose un dommage unique[1323]. L'on voit tout de même que le droit commun conserve une vocation subsidiaire à s'appliquer, malgré le droit des procédures collectives. Un auteur résume l'ensemble de cette jurisprudence : la Cour de cassation aurait inauguré cette jurisprudence du non-cumul « dans le souci de ne pas rendre inutile le texte spécial, plus protecteur pour les dirigeants », et « ramené le principe à l'essentiel, en acceptant le retour dans le jeu du droit commun lorsque la faute en cause du dirigeant a été commise après l'ouverture de la procédure »[1324]. L'éviction de la règle générale se limite donc au domaine d'application de la règle spéciale, définie strictement.

655. Les limites à la primauté de l'article 1386 du Code civil. La jurisprudence relative à l'article 1386 du Code civil est représentative de la primauté limitée d'une règle spéciale à son domaine d'application entendu strictement. Dès lors que la victime agit contre le propriétaire, pour un dommage dû à la ruine du bâtiment, ou à un défaut d'entretien, seul l'article 1386 du Code civil est applicable[1325]. Par contre, si le dommage n'est pas dû à l'une de ces causes et que le propriétaire est aussi le gardien de l'immeuble, la victime peut agir contre lui en vertu de la responsabilité générale du fait des choses[1326]. De même, si une autre personne a causé le dommage, le droit commun est applicable, quand bien même la responsabilité du propriétaire peut être engagée sur le fondement de l'article 1386 du Code civil[1327]. La primauté de la règle

1319V. par ex. Com. 7 mars 2006, Rev. Des sociétés 2006, p. 644, note J.-F. BARBIERI, et les références citées par lui.

1320Lorsqu'il n'y a pas insuffisance d'actif (Com., 27 juin 2006, préc.) ou lorsque l'associé poursuivi ne peut être qualifié de dirigeant (Com., 19 février 2008, Gaz. Pal., 29 avril 2008 n° 120, p. 42, note T. MONTERAN).

1321« la recevabilité d'une action en responsabilité personnelle engagée par un créancier à l'encontre du dirigeant d'une société mise en procédure collective, pour des faits antérieurs au jugement d'ouverture, est subordonnée à l'allégation d'un préjudice personnel distinct de celui des autres créanciers résultant d'une faute du dirigeant séparable de ses fonctions », formule retenue par l'arrêt du 7 mars 2006, préc.

1322V. par ex. Com. 14 mars 2000, Bull. civ. IV, n° 59.

1323En ce sens, V. J. TRAULLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil,* BDPR, T. 477, LGDJ, 2007, n°105.

1324Les deux citations, A. LIENHARD, obs. Sous Com., 7 mars 2006, D., 2006, p. 858.

1325V. par ex. Civ. 2e, 23 janvier 2003, RCA, 2003, comm. 93.

1326Civ. 2e, 16 mars 1994, Bull. civ., II, n°94.

1327Civ., 2e 23 mars 2000, Bull. civ., II, n°54 ; Civ. 2e, 12 décembre 2002, Bull. civ., II, n°288.

spéciale est donc limitée à l'hypothèse visée, c'est-à-dire au cas de la responsabilité du propriétaire pour le dommage causé par la ruine du bâtiment ou le vice de construction[1328].
Lorsque, contrairement aux exemples précédents, la règle spéciale marque son autonomie par rapport à la responsabilité, en plus de déroger au droit commun, elle prime de manière plus absolue.

b. Exclusion absolue de la règle générale en concours avec une règle spécial autonome

656. Autonomie. Lorsque la règle spéciale est si dérogatoire qu'elle semble pouvoir se passer des règles classiques de la responsabilité, elle peut être considérée comme autonome. Le régime spécial peut alors fonctionner en huis clos et supporte plus difficilement l'application concurrente, ou même complémentaire, du droit commun, qui risque de nuire à l'équilibre particulier résultant de dérogations profondes aux règles communes de la responsabilité civile. Le bon fonctionnement du régime spécial et la réalisation de ses objectifs particuliers justifie alors une éviction absolue du droit commun en certaines matières, dont le droit positif livre deux exemples particulièrement explicites avec les accidents de la circulations et le droit à la liberté d'expression.

657. L'exclusion absolue du droit commun en matière d'accident de la circulation. La loi du 5 juillet 1985 est considérée par les juges comme autonome. Ainsi, nul besoin, pour retenir la responsabilité du conducteur du véhicule impliqué dans l'accident de la circulation, d'avoir recours à des concepts propres aux régimes généraux de responsabilité, tel que le lien causal entre le fait du véhicule et le dommage[1329], ou encore la faute du conducteur[1330]. L'exclusivité du régime spécial en découle, les juges affirmant que « l'indemnisation d'une victime d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur ne peut être fondée que sur les dispositions de la loi du 5 juillet 1985 à l'exclusion de celles des articles 1382 et suivants du Code civil »[1331]. Ce n'est qu'en dehors des cas prévus par cette loi que le droit commun retrouve son empire. Par exemple, lorsque le dommage n'est pas dû à un

1328Il n'en a pas toujours été ainsi, les juges refusant, pendant un temps, d'appliquer l'article 1384 al. 1er du Code civil au dommage causé par la ruine du bâtiment, v. par ex. Civ. 2e, 17 décembre 1997, Bull. civ., II, n °323 .

1329Civ. 2e, 13 février 1986 et 11 avril 1986, Bull. civ., II, n°186 et n°45, retenant la responsabilité alors que le lien causal, au sens de l'article 1384 al. 1er du Code civil n'était pas caractérisé, mais seulement l'implication du véhicule.

1330Civ. 2e, 7 novembre 1985, JCP, 1986, II, 20598, l'absence de faute est indifférente.

1331V. supra, et Civ. 2e, 4 février 1987, D., 1987, p. 187, note H. GROUTEL, concernant l'éviction de l'article 1382 du Code civil.

accident mais à une infraction[1332], ou encore lorsqu'il est dû à un piéton[1333] ou un cycliste[1334], ou causé par un tramway circulant sur une voie propre[1335]. Il n'est cependant jamais applicable à l'encontre du conducteur du véhicule impliqué dans l'accident. La lecture des articles 2 à 6 de la loi ne fait, en effet, référence qu'au gardien ou au conducteur du véhicule comme défendeur à l'action de la victime. Il sont donc les seuls responsables concernés par cette loi. La différence avec les régimes précédemment étudiés est nette. Le dirigeant social et le propriétaire du bâtiment en ruine pouvaient, de leur côté, être soumis au droit commun lorsque le droit spécial ne s'appliquait plus. Le conducteur, pour sa part, échappe totalement au droit commun en cas d'accident de la circulation. L'explication est à trouver dans l'autonomie de la loi, d'où découle une dérogation profonde au droit commun de la responsabilité. Il n'y aurait pas de sens à admettre la responsabilité du conducteur ou gardien du fait de l'implication du véhicule dans l'accident si, par ailleurs, le droit commun et les conditions classiques d'engagement de la responsabilité, plus exigeants envers la victime (faute ou lien causal entre le fait de la chose et le dommage), pouvaient lui être appliquées.

658. L'exclusion absolue du droit commun en matière de liberté d'expression. Le droit de la presse offre un autre exemple d'exclusion particulièrement virulente du droit commun. La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse a vocation à protéger la liberté d'expression et ne réprime que les abus de droit en la matière. Pour cette raison, seules quelques infraction sont réprimées selon une procédure particulière (injure, diffamation, provocation à la haine raciale, fausse nouvelle), tandis que les articles 9 et 9-1 du Code civil réparent les atteintes à la vie privée et à la présomption d'innocence. Le système mis en place est dérogatoire du droit commun qui réprime toutes fautes. La liberté d'expression conduit à déplacer largement le curseur de la faute civile. Pour cette raison, l'article 1382 du Code civil n'est pas applicable lorsque sont caractérisées les conditions d'application de la règle spéciale[1336], quand bien même les actes concernés ne peuvent être poursuivis du fait de l'écoulement du délai de prescription[1337], ou lorsque seul l'élément matériel de l'infraction est constitué[1338]. Alors que certains arrêts refusent la compétence du droit commun lorsque les faits en question sont

1332Par ex. Crim., 29 mars 2006, Bull. crim., n°92.
1333Par ex. Civ. 2e, 27 février 1991, Bull. civ., II, n°62.
1334Par ex., Civ. 2e, 18 mars 1998, RCA, 1998, com. n°191.
1335Par ex. Civ 2e, 18 octobre 1995, Bull. civ., II, n°239.
1336Ass. Plén., 12 juillet 2000, Bull. Plén. n°8, RTD civ., 2000, p. 845, D., 2004, somm. p. 463, obs. P. JOURDAIN, concernant la loi de 1881 sur la liberté de la presse; Civ., 2e, 8 mars 2001, Bull. civ., I, n°46, concernant l'article 9-1 du Code civil.
1337Civ. 2e, 20 novembre 2003, Bull. civ., II, n°176.
1338Civ. 1re, 9 octobre 2003, Bull. civ., III, n °293.

prévus et réprimés par la loi de 1881[1339], d'autres vont plus loin, et évincent l'article 1382 du Code civil dans tous les cas d'abus de la liberté d'expression envers les personnes[1340]. Si certains auteurs regrettent cette éviction de l'article 1382 du Code civil, qu'ils considèrent comme excessive dès lors qu'elle s'opère non seulement au sein du domaine d'application de la loi spéciale, mais aussi en dehors[1341], nous approuvons la logique des juges à ce propos. La liberté d'expression justifie d'une protection spécifique, limitée à quelques infractions. Les juges l'ont d'ailleurs réaffirmé récemment, estimant que « la liberté d'expression est un droit dont l'exercice ne revêt un caractère abusif que dans les cas spécialement déterminés par la loi »[1342]. Il y aurait quelque incohérence à admettre la responsabilité sur le fondement du droit commun là où le droit spécial entend au contraire donner une grande liberté à l'auteur des propos transmis par voie de presse. L'éviction du droit commun est , selon nous, justifiée[1343].
Il est, cependant, un cas où le juge refuse l'immixtion du droit commun, alors même que la règle spéciale n'est pas autonome. Il convient, pour clore ces développements consacrés à la mesure de l'éviction du droit commun, de s'attarder sur le concours entre les garanties légales du constructeur et la responsabilité contractuelle commune.

c. Le cas particulier du concours entre les garanties légales du constructeur et la responsabilité contractuelle de droit commun

659. Exclusion justifiée du droit commun en matière de construction. Le législateur a mis en place un régime particulier de responsabilité, applicable aux constructeurs, aux articles 1792 et suivants du Code civil. Il n'est pas à démontrer que les trois garanties dérogent au

1339V. par ex. Civ. 1re, 7 février 2006, Bull. civ., I, n°574; Civ. 1re,30 octobre 2008, Bull. civ., I, n°244, appliquant l'article 1382 du Code civil; de même qu'un arrêt récent du 27 février 2013, n°11-27751, retenant que la victime « poursuivait, non pas la réparation d'une allégation portant atteinte à son honneur ou à sa réputation, mais l'indemnisation de l'atteinte qui avait été portée à son imagez à la suite de mesures d'exécution abusives et de la publicité qui les avait accompagnées (...) une telle action n'était pas soumise aux dispositions de la loi du 29 juillet 1881 ».

1340Civ. 1re, 27 septembre 2005, RTD civ., 2006, p. 126; Civ. 1re, 30 mai 2006, Bull. civ., I, n°275; Civ. 2e, 25 janvier 2007, Bull. civ., II, n°19, RTD civ., 2007, p. 354.

1341E. DREYER, *Disparition de la responsabilité en matière de presse,* D., 2006, chron. p. 1337; G. VINEY, *Le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de liberté d'expression, in Les droits et le droit,* Mélanges dédiés à Bernard BOULOC, Dalloz, 2006, p. 1167; G. LECUYER, *Liberté d'expression et responsabilité,* Nouvelle bibliothèque de thèse, T. 56, Dalloz, 2006; J. TRAULLÉ, *L'éviction de l'article 1382 du Code civile en matière extracontractuelle,* BDPR, T. 477*,* LGDJ, 2006, n°442 et s.

1342Civ., 1re 10 avril 2013, n°12-10177, RLDC, 2013, n°105, p. 49, note E. POULINQUEN; RLCD, 2013, n °106, p. 22, note J.-Ph. BUGNICOURT; N. VERLY, *La Cour de cassation réaffirme l'exclusion de l'article 1382 du Code civil du procès de presse,* Légipresse, 2013, n°307, p. 425.

1343V déjà en ce sens, J. CARBONNIER, *Le silence et la gloire,* D., 1951, chron., p. 119, l'auteur relevant que « ce serait aussi une question que de savoir si les lois sur la liberté de la presse (en dernier lieu, la loi du 29 juillet 1881) n'avaient pas entendu instituer, pour toutes les manifestations de la pensée, un système juridique clos, se suffisant à lui-même arbitrant une fois pour toute les intérêts en présence, y compris les intérêts civils- et enlevant, du même coup, à l'art. 1382 une portion de sa compétence diffuse ».

droit commun de la responsabilité : les dommages couverts sont spécifiquement énumérés, les délais pour agir sont spéciaux. Face au caractère spécial des garanties, il est logique de refuser au maître de l'ouvrage le recours au droit commun, lorsque les dommages dont il se plaint sont couverts par celles-ci. Les juges ont d'ailleurs, à raison, affirmé que « les dommages qui relèvent d'une garantie légale ne peuvent donner lieu, contre les personnes tenues de cette garantie, à une action en réparation sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun »[1344]. Conformément au critère de l'antinomie, le régime spécial doit primer sur la responsabilité contractuelle de droit commun, au sein de son domaine d'application. En revanche, le régime spécial n'est pas autonome de la responsabilité civile. L'article 1792 du Code civil utilise d'ailleurs le vocable « responsable ». Il s'agit d'une responsabilité de plein droit, pour certains dommages causés à l'ouvrage par l'acte de construction au sens large. Le constructeur conserve, par ailleurs, la possibilité de s'exonérer par la preuve d'une cause étrangère, marque de l'exigence d'un lien causal entre les dommages et l'acte de construction, au sens large. Dès lors, en l'absence d'autonomie du régime spécial, le droit commun doit conserver une vocation subsidiaire à s'appliquer.

660. Exclusion excessive du droit commun en matière de construction. Il est admis que le droit commun trouve à s'appliquer concernant les dommages non couverts par la garantie, que l'on se trouve totalement hors du domaine de celle-ci[1345], ou que les dommages visés soient bien des dommages causés à l'ouvrage, mais ne remplissant pas les conditions de gravité posés par les textes spéciaux[1346]. Or, ces actions fondées sur le droit commun n'obéissent pas totalement au régime général de responsabilité contractuelle, notamment quant au délai pour agir. Les juges retiennent, en effet, le délai spécial de dix ans, à compter de la réception de l'ouvrage, imprimant ainsi au droit commun une des conditions du régime spécial[1347]. Cette tendance jurisprudentielle a été validée par le législateur qui, à l'occasion de la réforme de la prescription, a inscrit cette règle à l'article 1792-4-3 du Code civil[1348]. Désormais, aucune

1344Civ. 3e, 13 avril 1988, Bull. civ., III, n°67, confirmé notamment par Civ. 3e, 23 mai 2007, Bull. civ., III, n°80.

1345Par ex., pour ce qui est des dommages apparus avant la réception : Civ. 3e, 4 avril 2001, RDI, 2001, p. 258, ou de dommages n'étant pas dus à un vice ou un défaut, comme la violation d'un devoir de conseil. V. F. LLORENS, *Le devoir de conseil des constructeurs,* RDI, 1986, p. 1 et s.

1346Il s'agit des dommages intermédiaires, soumis en principe à la responsabilité de droit commun, Civ. 3e, 19 février 2002, RDI, 2002, p. 241.

1347Civ. 3e, 16 oct. 2002 , Bull. civ. III, n° 205 ; Civ. 3e, 24 mai 2006, Bull. civ., III, n°132.

1348L. n°2008-561 du 17 juin 2008, V. not. Ph. MALINVAUD, *Prescription et responsabilité des constructeurs après la réforme du 17 juin 2008*, RDI, 2008, p. 368.

action en responsabilité, exercée à l'encontre du constructeur, ne peut être intentée au-delà des dix ans suivant la réception des travaux. La solution actuelle n'est guère satisfaisante.

Tout d'abord, est appliqué uniformément le délai décennal, sans avoir égard à la gravité des dommages, qui est pourtant un des critères du régime spécial. Or, il n'est pas cohérent que l'influence du droit spécial sur le droit commun se limite au délai pour agir, car il en résulte quelques paradoxes, notamment le fait que certains dommages, de moindre gravité et non couverts par les garanties, pourront être réparés dans un délai plus long que les dommages soumis par exemple à la garantie de bon achèvement, ou la garantie biennale[1349].

Ensuite, si l'objectif était de préserver le régime spécial, il n'est pas logique de permettre ainsi au droit commun de réparer des dommages intermédiaires, c'est-à-dire atteignant l'ouvrage, mais sans pour autant relever de l'une des garanties. Le domaine de la règle spéciale n'est pas respecté.

Il vaudrait mieux, comme l'ont d'ailleurs suggéré certains auteurs, distinguer clairement ce qui relève des garanties, à savoir les dommages causés à l'ouvrage, de ce qui n'en relève pas[1350]. Seuls les dommages atteignant l'ouvrage et relevant des garanties devraient être réparés par les droit spécial. Le droit commun ne devrait, pour sa part, trouver à s'appliquer que concernant les dommages non soufferts par l'ouvrage, mais par exemple causés aux personnes ou aux autres biens de l'acquéreur ou du maître d'ouvrage. Ces actions fondées sur le droit commun ne devraient, alors, plus souffrir de l'influence du droit spécial. Ainsi, la règle de conflit proposée serait pleinement et justement appliquée, et chaque règle, spéciale comme générale, retrouverait son domaine d'application, sans que l'une ne soit matinée du régime de l'autre.

La variabilité de la mesure de l'éviction du droit commun mérite d'être, globalement, approuvée. C'est en ce sens que se fait notre appréciation de ce mode de règlement du concours.

2. Appréciation

661. Double objectif atteint. La variabilité de la mesure de la primauté de la règle spéciale, en droit positif, reçoit notre approbation. Elle remplit un double objectif.

Du point de vue de la règle spéciale, telle qu'elle est concurrencée par la ou les règles générale(s), sa primauté permet de garantir son utilité. Qu'elle soit plus favorable au

1349En ce sens, not. E. GAVIN-MILLAN-OOSTERLYNCK, *Pour une durée décennale de la responsabilité du constructeur,* RDI, 2006, p. 259.

1350G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n°767.

responsable (droit de la presse) ou à la victime (accident de la circulation) que le droit commun, son efficience serait réduite à néant si l'une des parties pouvait recourir, le cas échéant, au droit commun qui protège mieux ses intérêts.

Du point de vue du système de responsabilité, la cohérence est garantie. Règle spéciale comme règle générale trouvent à s'appliquer harmonieusement, sans que l'une ne nuise à l'autre. Faire dépendre la mesure de la primauté de la règle spéciale du degré de spécialité qu'elle entretient avec le droit commun est justifié. La règle générale ne doit être écartée que dans la mesure de la dérogation que la règle spéciale apporte. C'est ainsi que la loi du 5 juillet 1985 écarte pleinement le droit commun de la responsabilité car elle se démarque nettement des conditions d'engagement classiques de la responsabilité, alors que le droit des procédures collectives permet une application résiduelle du droit commun, puisque le droit spécial repose en réalité sur des concepts communs (simplement, la faute du droit des procédures collectives a ceci de particulier qu'elle doit être à l'origine de l'insuffisance d'actif).

Pour conclure, l'antinomie, ou la dérogation, est à la fois le critère de l'emploi de la règle de conflit conduisant à la primauté de la règle spéciale et celui de l'ampleur de l'éviction de la règle générale.

Le droit positif n'est donc pas à modifier lorsqu'il utilise ainsi le critère de la spécialité pour écarter la règle générale. La règle de conflit proposée trouverait cependant à s'appliquer dans d'autres cas.

C. Les terrains nouveaux de la règle de conflit assurant la primauté de la règle spéciale

662. Application de l'équation spécialité égale primauté. La règle de conflit visant à assurer la primauté de la règle spéciale dérogatoire ne doit souffrir aucune exception. En effet, aucun argument logique ne permet de justifier qu'une antinomie puisse persister au sein du système, sans introduire d'incohérence. Nous proposons donc de remédier à quelques errements du droit positif en la matière. La règle de conflit trouverait ainsi à s'appliquer aux cas où le législateur a pourtant prévu la possibilité d'une option entre la règle spéciale et la règle générale.

663. Diptyque. En deux domaines le législateur a pu préciser que la règle spéciale n'était pas d'application exclusive. Ainsi, la responsabilité du fait des produits défectueux autorise la victime à agir sur d'autres fondements (1), de même que le droit de la consommation (2). La compétence du droit commun ne s'explique pas de manière convaincante et doit être refusée.

1. Primauté de la règle spéciale de responsabilité du fait des produits défectueux

664. Présentation. Il n'est pas nécessaire de démontrer à nouveau le caractère spécial de la responsabilité du fait des produits défectueux par rapport à la responsabilité générale du fait des choses. Ce régime, qui transcende la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, se démarque clairement du régime posé par l'une et l'autre branche de la responsabilité en matière de fait de la chose. Pourtant, l'article 1386-18 du Code civil, en une transposition fidèle de la directive du 25 juillet 1985[1351], autorise la victime à agir sur d'autres fondements. Ainsi formulée, l'autorisation semble concerner à la fois le concours matériel et le concours intellectuel avec d'autres régimes de responsabilité. Nous avons eu l'occasion de nous prononcer à propos de la résolution du concours matériel et avons estimé qu'il serait opportun de canaliser la responsabilité sur le producteur en cas de défaut de sécurité du produit. Nous proposons désormais de faire primer la règle spéciale en cas de concours intellectuel entre la responsabilité du fait des produits défectueux et d'autres régimes de responsabilité.

Le producteur d'un produit défectueux ne doit donc pas relever d'un autre régime de responsabilité, dès lors qu'il remplit les conditions du régime spécial. La responsabilité délictuelle du fait des choses, comme la responsabilité contractuelle du vendeur, doivent donc être écartées[1352].

665. Prolongement de la solution du droit positif. Le droit positif a commencé à se diriger dans cette direction, sous l'impulsion de la jurisprudence de la CJCE. Ainsi, l'obligation de sécurité du vendeur, créée par le juge français en attente de la transposition de la directive[1353], est supplantée par la responsabilité du fait des produits défectueux[1354]. Il faut aller plus loin et considérer que, lorsque sont réunies les conditions d'application du texte spécial, aucun autre régime de responsabilité, plus général, n'est applicable. La responsabilité générale du fait des choses ne peut donc pas être invoquée. Rien ne justifie le retour du droit commun, qui ne

1351Directive CE, n°85/374 du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaire et administratives des États membres en matière du fait des produits défectueux.

1352M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle,* Economica, 2012, n°714 et s., spé. n°736 et s. concernant les conditions de survie du droit commun.

1353Les arrêts étaient, pour certains, rendus « à la lumière » de la directive non encore transposée : Civ. 1re, 9 juillet 1996 ; RTD civ., 1997, p. 146, et ont fini par reprendre la formule exacte de la directive concernant la définition du défaut de sécurité : Civ. 1re, 3 mars 1998, RTD civ., 1998, p. 683.

1354CJCE, 25 avril 2002, aff. C-183/00, RTD civ., 2002, p. 523, obs. P. JOURDAIN,

ferait en réalité que nuire à la règle spéciale et limiter l'harmonisation des droits de États membres[1355].

Une dernière question doit être réglée, celle de la mesure de l'exclusion du droit commun.

666. Mesure de l'exclusion du droit commun. Le droit commun peut-il s'appliquer lorsque le droit spécial n'est pas, ou plus compétent ? La réponse est évidente lorsque le dommage ne relève pas du régime spécial. Dans ce cas, le droit commun seul est applicable. C'est le cas, par exemple, pour ce qui est de la responsabilité en cas de dommage causé par une chose à usage professionnel, écartée du champ d'application de la règle spéciale[1356]. En revanche, lorsque la règle spéciale n'est plus compétente, par exemple si le délai de prescription est écoulé, doit-on permettre à la victime d'invoquer le droit commun ?

Deux arguments militent en faveur d'une réponse positive. D'une part, la lettre même de l'article 1386-18 du Code civil, qui autorise le recours au droit commun ou spécial de la responsabilité peut être ainsi compris. Cet article dispose que « le producteur reste responsable des conséquences de sa faute et de celle des personnes dont il répond ». La solution proposée serait cohérente avec une interprétation stricte de l'article 1386-18 du Code civil, laissant le droit commun s'appliquer en dehors des cas où la règle spéciale peut l'être. Loin de poser une véritable option, cet article pourrait être conservé dans le Code civil et lu à la lumière de la règle de conflit proposée, comme rappelant simplement la subsidiarité du droit commun face au droit spécial. D'autre part, le critère de l'autonomie, qui justifierait un exclusivisme total de la règle spéciale, ne s'applique pas à la responsabilité du fait des produits défectueux. Ce régime n'est en effet pas autonome du droit commun de la responsabilité, quand bien même il est dérogatoire. Le régime repose sur le triptyque classique du droit de la responsabilité, imposant la réunion d'un fait générateur, d'un dommage, et d'un lien de causalité, il suffit de lire les articles 1386-1 et suivants du Code civil pour s'en convaincre.

Le droit commun peut donc, dans ce cas, retrouver une vocation subsidiaire à s'appliquer. Précisons cependant que la règle de conflit justifiant la primauté de la règle spéciale ne peut permettre d'évincer que les règles générales en concurrence. Pour ce qui est du concours entre règles antinomiques, mais n'entretenant pas de rapport d'espèce à genre (l'on pense par exemple aux rapports entre la responsabilité du fait des produits défectueux et la

1355V. par ex. C. LARROUMET, *Les transpositions française et espagnole de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux devant la CJCE,* D., 2002, p. 2426, spé. n°12.

1356CJCE, 4 juin 2009, aff. C-285/08, D., 2009, p. 1731,note J.-S. BORGHETTI; RTD civ., 2009, p. 738, obs. P. JOURDAIN.

responsabilité pour faute, ou la responsabilité du constructeur) une autre règle doit être utilisée[1357].

Si la règle de conflit, appliquée à la responsabilité du fait des produits défectueux, conduit à poursuivre un mouvement déjà amorcé en droit positif, son application au droit de la consommation serait, en revanche, plus novateur.

2. Primauté de la règle spéciale en matière de consommation

667. Présentation. Les articles L. 211-4 et suivants du Code de la consommation mettent en place un dispositif spécial destiné au consommateur de biens meubles corporels[1358]. La garantie légale de conformité opère une synthèse des obligations de droit commun du vendeur (la délivrance conforme et garantie des vices cachés[1359]), tout en imposant au consommateur insatisfait une gradation des remèdes au défaut dont il se plaint. L'article L. 211-9 du Code de la consommation propose en effet à l'acheteur de choisir entre la réparation et le remplacement du bien. Ce n'est qu'en cas d'impossibilité de réparation ou de remplacement que l'acheteur peut opter entre la restitution réciproque du bien et du prix de vente, et conserver la chose moyennant une baisse du prix (art. L. 211-10 du Code de la consommation). Il est par ailleurs possible à l'acheteur d'obtenir des dommages-intérêts (art. L. 211-11 du Code de la consommation). Cette législation est spéciale, puisqu'applicable uniquement entre un consommateur et un vendeur professionnel, et dérogatoire, puisque différant sensiblement des dispositions du Code civil en matière de vente[1360].

Le Code civil, en effet, permet la résolution de la vente et d'éventuels dommages-intérêts en cas de défaut de conformité (art. 1604 du Code civil) et une option entre la restitution réciproque de la chose et du prix ou la conservation de la chose moyennant une baisse du prix de vente, plus d'éventuels dommages-et intérêts en cas de vice caché (art. 1644 et suivants du

1357V. infra., n°670 et s.

1358Le régime spéciale est issu de la transposition d'une directive européenne par l'ordonnance n°2005-136 du 17 février 2005. Sur ce point, v. not., G. PAISANT, *La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente des biens de consommation,* CCC, 2005, chronique 8, p. 7, commentaire de la loi au D., 2005, chronique p. 1557.

1359Relevant, pour l'un de l'article 1605 du Code civil, pour l'autre des articles 1641 et suivants du même Code. Depuis un arrêt de la 1re chambre civile de la Cour de cassation du 27 octobre 1993, le défaut de conformité et le vice caché sont clairement distingués, l'un étant un décalage entre la chose délivrée et la chose prévue au contrat, l'autre étant un défaut rendant la chose impropre à sa destination normale.

1360Il convient de préciser que les défauts de la chose relevant du Code de la consommation ne sont pas tout à fait superposables avec ceux relevant du Code civil, le droit spécial ne prévoyant pas, notamment, l'absence totale de délivrance ni la délivrance partielle. Sur ce point, v. not., O. SALVAT, *La garantie spéciale de conformité et l'obligation de délivrance conforme : quel choix d'action pour l'acheteur ?*, CCC, 2006, étude 18.

Code civil). Les sanctions diffèrent, de même que les délais pour agir. Le droit commun de la responsabilité contractuelle, utilisée en l'absence de délivrance conforme se prescrit par cinq ans à compter de la découverte du défaut (en application du droit commun de la prescription de l'article 2224 du Code civil) alors que l'action en garantie des vices cachés se prescrit par deux ans à compter de la découverte du vice (art. 1648 du Code civil). Le droit de la consommation retient quant à lui un délai unique de deux ans, à compter de la délivrance du bien (art. L. 211-12 du Code civil).

Les dispositions du Code de la consommation entretiennent donc bien un rapport d'espèce à genre avec celles du Code civil, tout en étant dérogatoires. Or, le Code de la consommation autorise expressément l'acheteur à recourir à la garantie des vices cachés de droit commun ainsi qu'à toute autre action en responsabilité, contractuelle ou délictuelle (art. L. 211-13 du Code de la consommation). La règle de conflit proposée suppose de revenir sur cette autorisation.

668. Exclusion du droit commun. Le droit spécial est, dans bien des cas, moins avantageux pour le consommateur que le droit commun, du fait de l'encadrement strict de l'option accordée à l'acheteur, qui dispose finalement d'une faible liberté quant au choix du remède face au défaut du bien, et du délai de prescription dont le point de computation, fixé au jour de la délivrance et non de la découverte du défaut. C'est la raison pour laquelle l'option entre le droit consumériste et le droit commun est perçue comme une protection de l'acheteur[1361]. Il est vrai que le droit spécial n'offre pas une meilleure protection que le droit commun, bien au contraire. Au-delà de ce paradoxe, l'on constate que ce mode de règlement du concours entre le droit commun et le droit spécial crée une « imprévisibilité de la règle applicable »[1362], et nécessite « une connaissance pointue des avantages et inconvénients de chaque système »[1363]. La création d'un régime spécial en parallèle du droit commun n'est pas non plus pour uniformiser le droit en la matière[1364]. Voilà de quoi regretter une transposition dans le Code de la consommation plutôt qu'au sein du Code civil[1365]. Si un alignement des remèdes civils et

1361En ce sens, not. L. GAUDIN, *Regards dubitatifs sur l'effectivité des remèdes offerts au consommateur en cas de défaut de conformité de la chose vendue,* D., 2005, chronique p. 631, spé. n°10.

1362Y.-M. SERINET, *La directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans les ventes de biens de consommation : transposer n'est pas oser,* RDC, 2005, p. 955, spé. n°19.

1363L. GAUDIN, *op cit.*

1364V. not. Le débat publié à la RCD, 2005, p. 921 et s. *Défauts, qualités et vices du nouveau régime de garantie dans la vente de biens de consommation : de l'uniformisation européenne à la diversification nationale.*

1365Sur la question, v. not. G. VINEY, *Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ?* JCP, 2002, I, 158, *Retour sur la transposition de la directive du 25 mai 1999,* D., 2002, chronique p. 3162 ; P. JOURDAIN, *Transposition de la directive sur la vente du 25 mai 1999 : ne pas*

consuméristes serait à même d'opérer une simplification du droit en la matière, l'utilisation de la règle de conflit proposée permettrait de faire face à l'insécurité juridique que créée l'option entre droit spécial et droit commun. Le droit spécial serait alors seul applicable en cas de contrat conclu entre un professionnel et un consommateur. Toutefois, cette exclusivité de la règle spéciale serait limitée. Le critère de l'antinomie commande en effet de ne pas permettre au droit commun de concurrencer le droit spécial au sein de son domaine d'application. La règle spéciale ne créant pas, cependant, un régime assez dérogatoire pour être totalement autonome de la responsabilité civile de droit commun, les règles du Code civil pourraient s'appliquer lorsque le droit spécial ne le peut pas, de manière subsidiaire.

Ainsi, la solution d'un litige gagne en prévisibilité et le consommateur dispose du droit commun lorsque, par exemple, le délai de prescription du droit spécial est écoulé. Un tel règlement du concours redonne un peu de cohérence au droit de la vente et permet de respecter une des vocations du droit consumériste en protégeant le consommateur.

Cette situation n'est pas à confondre avec celle par laquelle le droit spécial prévoit une sanction différente de la responsabilité civile.

669. Distinction avec le droit spécial prévoyant une déchéance ou une perte du droit à intérêt du contractant. Le droit de la consommation prévoit parfois une sanction particulière au manquement à l'obligation pré-contractuelle d'information à la charge du contractant professionnel, la déchéance de son droit aux intérêts. Le Code de la consommation contient une telle règle en ce qui concerne le prêteur (art. L. 311-48 du Code de la consommation pour le crédit, et art. L. 312-33 du même Code spécifiquement pour le crédit immobilier) tandis que diverses dispositions spéciales prévoient cette sanction à l'encontre du débiteur d'une obligation d'information envers la caution (art. L. 313-22 du Code monétaire et financier, art. L. 313-9 et L. 341-1 du Code de la consommation).

Pour peu que l'on analyse cette sanction comme un forfait de dommages-et-intérêts, limitant la responsabilité à la déchéance des intérêts[1366], le droit commun doit être évincé, au profit de la règle spéciale, empêchant tout recours à la responsabilité civile pour obtenir une indemnisation. Il s'agit de la voie finalement choisie par les juges, qui refusent le cumul des

manquer une occasion de progrès, D., 2003, p. 4.

1366 V. not. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ, RTD com., 1993, p. 146, obs. À propos de Com., 20 octobre 1992, les auteurs considèrent qu'il s'agit d'une « sanction à caractère forfaitaire-à la manière d'une clause pénale- exclusive de dommages-et-intérêts selon les règles ordinaires de la responsabilité civile » ; Y. PICOD, *Réflexions sur la sanction de l'obligation d'information bénéficiant aux cautions d'entreprise,* D., 2002, chronique p. 1971, l'auteur estimant que la déchéance de l'article L. 313-22 du CMF est à la fois une peine privée (perte d'un droit) et une compensation forfaitaire du préjudice.

actions en cette matière, réserve faite des cas où le débiteur d'information a commis un dol ou une faute lourde[1367]. La justification d'une telle position reposerait sur la conception que les juges adoptent de la déchéance du droit aux intérêts, analysée comme une limitation de responsabilité. En d'autres termes, ces règles, spéciales et dérogatoires, évincent le droit commun de la responsabilité civile.

Or, il est possible d'adopter un autre point de vue qui consiste à considérer cette déchéance non pas comme une limitation de responsabilité, mais comme une peine privée[1368]. Plusieurs arguments vont en ce sens. Tout d'abord, le vocable choisi par le législateur n'évoque pas la responsabilité du débiteur d'information, mais la sanction du manquement à une obligation posée par la loi (l'article L. 311-48 du Code de la consommation est justement intégré au sein d'une section intitulée « sanction »)[1369]. Ensuite, la déchéance est mise en œuvre automatiquement, sans que le débiteur de l'information n'ait à justifier d'un quelconque préjudice, ce qui induit l'absence de vocation indemnitaire de la sanction[1370]. Enfin, la déchéance peut être vue, de manière générale, comme une sanction civile, détachée de la responsabilité civile[1371].

Suivant cette analyse de la déchéance, à laquelle nous souscrivons, il n'y a pas de rapport d'espèce à genre entre les règles spéciales prévoyant la déchéance du droit aux intérêts, et la responsabilité civile. Au-delà, même, il existe une différence de nature entre les règles qui devrait impliquer une absence de concours, l'une sanctionnant l'attitude fautive du débiteur d'information, l'autre se proposant de réparer le préjudice subi par le débiteur. Le débiteur d'information devrait donc, logiquement, pouvoir cumuler les deux corps de règles et se voir attribuer des dommages-et-intérêts chaque fois qu'il prouve l'existence d'une faute (le manquement à l'obligation d'information) et un lien de causalité avec un préjudice qu'il subit (par exemple concernant la caution non informée de la situation du débiteur principal, la perte

1367À propos de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier, Com. 25 avril 2001, Bull. civ., IV, n°75, confirmé par Civ. 1re, 6 novembre 2001, Bull. civ., I, n°264 et 10 décembre 2002, RDC, 2003, p. 179, obs. D. HOUTCIEFF.

1368V. not. C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* BDPR, T. 509, LGDJ, 2009, n°441.

1369M. BRANDAC, P. CROCQ, RTD civ., 2001, p. 924, obs. sous Com., 25 avril 2001.

1370F. PAULLAUD-DULIAN, *De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires,* RTD com., 1997, p. 349 et s.

1371M. SALLÉ De La MARNIERRE, *La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique),* RTD civ., 1933, p. 1037, n°26, l'auteur retenant la définition suivante : « la déchéance est l'extinction d'un droit prononcé à titre de peine par la loi ou le contrat contre le titulaire fautif de ce droit ». Dans le même sens, F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits,* thèse Panthéon- Assas, 2008, pour qui la déchéance assure une fonction de peine privée (n°626 et s.), et doit pouvoir être cumulée avec la responsabilité civile, puisque la déchéance est indépendante du préjudice causé à la victime (n°941 et s.).

de chance d'obtenir des garanties visant à assurer l'efficacité de son recours après paiement)[1372].

L'exclusion exceptionnelle d'une des règles en présence n'intervient pas uniquement en présence d'une opposition entre une règle spéciale et une règle générale. Il est des cas où il est inopportun de permettre à la victime d'invoquer cumulativement plusieurs fondements, ou même de choisir parmi les fondements applicables. Il s'agit du concours opposant des règles antinomiques sans rapport d'espèce à genre.

§2. Le règlement du concours opposant des règles antinomiques sans rapport d'espèce à genre

670. Retour sur la règle de conflit. Face à un concours opposant des règles n'entretenant pas un rapport d'espèce à genre, mais se caractérisant par une antinomie de résultat, le critère de proximité doit servir à élire la règle applicable. Ces cas de concours intellectuels sont rares, mais ont souvent donné lieu à des hésitations jurisprudentielles, dont certaines ne sont pas encore totalement réglées. La règle de conflit proposée a donc parfois une simple valeur explicative de la jurisprudence actuelle, lorsqu'elle permet de conforter la solution retenue. C'est le cas en ce qui concerne le concours entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle (A). D'autres fois, l'utilisation de la règle de conflit permet de proposer une solution plus satisfaisante que celle ayant cours en droit positif, ce qui est le cas pour le concours entre la responsabilité du fait des accidents de la circulation et la législation concernant les accidents du travail (B). Encore, la règle proposée permet de donner une solution à un concours que le juge peine actuellement à régler, comme c'est le cas concernant le concours entre la délivrance conforme et la garantie des vices cachés en matière de vente (C).

A. Le concours opposant la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle

671. Antinomie sans rapport d'espèce à genre. La responsabilité contractuelle n'est pas un genre de responsabilité délictuelle. Les domaines d'application des deux régimes peuvent, certes, se chevaucher, mais l'un n'est pas contenu dans l'autre. Par ailleurs, les différences entre les deux responsabilités sont marquées. Le fait générateur, d'une part, est différent. Là

1372Contra, v. V. BRÉMONT, *L'atteinte portée par le droit commun de la responsabilité aux équilibres propres au contrat de cautionnement,* RTD com., 1999, p. 339 et s., sép. p. 342 à 350, l'auteur étant hostile au cumul de l'action spéciale en déchéance des intérêts et de l'action en responsabilité civile, les deux actions sanctionnant selon lui un fait identique.

où la responsabilité délictuelle sanctionne la violation d'un devoir général, imposé par la loi ou le juge, la responsabilité contractuelle régit l'inexécution d'une obligation contractuelle. La responsabilité délictuelle a donc un domaine d'application très vaste, car elle concerne toutes personnes placées dans la situation visée par la règle de droit. La responsabilité contractuelle est limitée au rapport entre les contractants. En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, les remèdes sont nombreux car, à la réparation en nature ou par équivalent, s'ajoutent des sanctions touchant le contrat, tel que la réfaction, la résolution[1373]. D'autre part, même si le principe est, pour les deux branches de la responsabilité civile, la réparation intégrale du dommage, le dommage imprévisible n'est pas pris en compte en matière contractuelle (article 1150 du Code civil). Il est, pour finir, possible d'aménager, par avance, la responsabilité contractuelle, à l'aide de clauses élusives ou limitatives de responsabilité. Malgré ces différences, l'on ne peut nier aux deux responsabilité une certaine parenté, confortée par la jurisprudence retenant que toute faute contractuelle causant un dommage à un tiers doit être considérée comme une faute délictuelle[1374]. Cependant, au vu de la relation particulière nouée entre les contractants, il n'est pas opportun d'appliquer la responsabilité délictuelle à leur litige, quand bien même celle-ci serait à même, grâce à la définition large de la faute et du fait d'une chose notamment, de couvrir la plupart des dommages causés à l'une des parties dans le cadre de l'exécution d'un contrat.

672. Bref retour sur le droit positif. Nul part dans la loi il n'est inscrit que la responsabilité délictuelle ne peut être utilisée dans le cadre d'une relation contractuelle. Le principe de non-cumul des deux ordres de responsabilité, qui fonde désormais la summa divisio du droit de la responsabilité, trouve son inspiration dans la doctrine[1375]. Les juges de la Cour de cassation, sensibles à cette doctrine, ont affirmé de longue date le principe selon lequel les articles 1382 et 1383 du Code civil ne sauraient être invoqués par des victimes se prévalant d'un dommage

1373V. sur ce point, P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat, Essai de classification,* thèse Paris I, 2000.

1374Ass. Plén. , 6 octobre 2006, D., 2006, p. 2825, note G.VINEY; JCP, 2006, II, 10181.

1375Le concours ne peut exister, en effet, que si l'on considère que les deux responsabilités ont la même nature, ce que la doctrine n'accepte pas de manière unanime. Certains critiquent l'existence même d'une responsabilité contractuelle, n'y voyant qu'une exécution par équivalent du contrat (D. TALLON, *L'inexécution du contrat, pour une autre présentation,* RTD civ., 1994, p. 223; Ph. REMY, *Critique du système français de responsabilité civile,* Revue droit et culture, 1996, p. 31; Ph. REMY, *La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept,* RTD civ., 1997, 323). Il a pu être aussi soutenu que le contrat ne donne pas naissance à une responsabilité, mais à une garantie (C. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie,* Librairie A. Maresq Ainé,1884). Ce n'est que si l'on considère que l'inexécution du contrat fait naître une obligation de réparer, similaire à celle que fait naître la responsabilité délictuelle que l'on peut considérer qu'il y a concours, et donc nécessité d'une règle de non-cumul, afin de préserver les prévisions des contractants.

que leur aurait causé leur cocontractant, dans le cadre du contrat[1376]. L'existence d'un contrat et d'une inexécution contractuelle conditionnent donc le recours aux règles particulières de la responsabilité contractuelle. Le champ d'application de la responsabilité délictuelle se conçoit en creux par rapport à celui de la responsabilité contractuelle, qui exige la réunion positive de certains éléments; la responsabilité délictuelle est appliquée lorsque la responsabilité contractuelle ne peut l'être.

673. Valeur explicative du critère de proximité. Le critère de proximité permet partiellement d'expliquer la jurisprudence actuelle.

En terme temporel tout d'abord, la responsabilité contractuelle ne s'applique qu'une fois que le contrat est formé et cesse lorsque le contrat s'achève. La période pré-contractuelle est soumise à la responsabilité délictuelle, de même que la période post-contractuelle. Cependant, en amont et en aval du contrat, la responsabilité contractuelle peut être compétente. La période de négociation précédant la conclusion du contrat définitif peut en effet se manifester par des accords de volonté, des avant-contrats, naturellement soumis à la responsabilité contractuelle. Après la fin du contrat, il arrive que certaines obligations lui subsistent, telles que les obligations de non-concurrence. La responsabilité contractuelle perdure alors, de même que ces reliquats du contrat. Pour finir, le droit fait preuve d'une certaine mémoire de la relation contractuelle, la Cour de cassation reste sensible au contrat qui a pu lier par le passé les parties, et applique parfois la responsabilité contractuelle alors que le contrat est arrivé à son terme[1377].

En terme matériel, ensuite, certains auteurs ont pu critiquer l'inflation du contenu obligationnel du contrat, par des obligations qui ne seraient que le décalque d'un devoir général de prudence et de diligence, soumis normalement à la responsabilité délictuelle[1378]. Cependant, ces devoirs généraux, une fois introduits dans le contrat, prennent une coloration particulière[1379]. L'on ne doit pas donner la même attention à toutes les personnes qui nous entourent qu'à celle que l'on s'est engagé à conduire à un endroit précis, par le biais, par exemple, d'un contrat de transport. Que l'obligation soit introduite par une véritable

1376Civ., 11 janvier 1922, D., 1922, I, p. 16; Cass. Req., 14 décembre 1926, D., 1927, p. 105; Civ. 1re, 1er décembre 1965, Bull. Civ., I, n°689: « lorsque sont réunies, les conditions qui donnent à la responsabilité une nature contractuelle, la victime ne peut se prévaloir, quand même elle y aurait intérêt, des règles de la responsabilité délictuelle ».

1377Civ. 3e, 14 décembre 2005, Bull. civ, III, n°245; RCA, 2006, com. 92, RTD civ., 2006, p. 561, obs. P. JOURDAIN, pour le cas où le locataire était resté dans les lieux après la fin du bail.

1378V. supra., n°35 et s.

1379En ce sens, P. ANCEL, *Le concours de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle,* RCA, 2012, dossier n°8, spé. n°8.

négociation entre les parties, ou par la loi, ou encore par le juge, peu importe en réalité. L'important est que cette obligation entretienne une proximité suffisante avec le contrat et la relation unissant les parties, pour être qualifiée de contractuelle. Finalement, et cela rejoint le dernier point, dès lors que le dommage survient pendant ou à l'occasion de l'exécution du contrat, entre les parties, l'on peut considérer qu'il faut appliquer la responsabilité contractuelle.

Concernant les personnes, pour finir, les contractants sont bien évidemment soumis dans leur relation, à la responsabilité contractuelle. Les tiers ayant subi un dommage du fait de l'exécution du contrat, à l'inverse, sont indemnisés sur le fondement de la responsabilité délictuelle[1380]. L'article 1165 du Code civil, posant le principe de l'effet relatif des contrats justifie pleinement cette décision. Le contrat est un lien entre deux personnes ou plus, celles qui ne seraient pas ainsi liées seraient des tiers, à qui le contrat ne saurait ni nuire, ni profiter.

Mais cette solution, fort logique lorsque la victime est un tiers absolu au contrat, ne l'est plus lorsque le tiers est relié au contractant dont on recherche la responsabilité. C'est le cas en matière d'ensemble de contrats. Les contractants extrêmes ne sont pas liés entre eux par un contrat, mais l'opération économique globale dont ils font partie rend quelque peu artificiel l'emploi de la responsabilité délictuelle dans leurs rapports, en cas de dommage causé à l'occasion de l'exécution de cette opération globale. Le dommage causé au contractant extrême trouve sa cause dans le premier contrat de l'ensemble, de sorte que plusieurs éléments désignent la responsabilité contractuelle (dommage causé par un contractant, à un autre contractant, lié par le contrat intermédiaire à l'opération globale). Les juges ont reconnu l'existence d'actions directes[1381] au profit de contractants extrêmes dans les chaînes de contrat, portant sur un même objet, dont la propriété est transmise par les différents contrats. Dans un premier temps, ils admirent l'action en garantie des vices cachés du sous-acquéreur à l'encontre de son cocontractant, mais aussi de tout vendeur intermédiaire[1382]. C'est ensuite toutes[1383] actions en responsabilité contractuelle qui purent être exercées à l'encontre d'un contractant extrême de la chaîne. C'est enfin le maître de l'ouvrage qui pu intenter une action en responsabilité à l'encontre du vendeur du matériau incorporé dans l'immeuble construit, et

1380Ass. Plén. , 6 octobre 2006, D., 2006, p. 2825, note G.VINEY; JCP, 2006, II, 10181.

1381Sur la notion, voir, M. COZIAN, *L'action directe,* LGDJ, BDPR, 1969; C. JAMIN, *La notion d'action directe,* LGDJ, BDPR, t. 215.

1382Civ. 1re, 2 novembre 1884, D., 1885, p. 357.

1383Civ. 1re, 19 mars 1983, Bull, civ., I, n°92.

qui serait défectueux[1384]. Mais l'arrêt Besse[1385] devait mettre un frein au développement de ces actions directes. L'Assemblée Plénière de la Cour de cassation déclarait dans cet arrêt que le sous-traitant, n'étant pas lié au maître de l'ouvrage par un contrat, ne pouvait lui opposer les moyens de défense tirés du contrat premier liant le maître d'ouvrage à l'entrepreneur principal. Désormais, l'action du maître de l'ouvrage à l'encontre du sous-traitant est de nature délictuelle[1386]. Cependant, les autres actions directes ne sont pas remises en cause, telle celle dont bénéficie le sous-acquéreur à l'encontre des vendeurs successifs[1387], ou celle du maître de l'ouvrage à l'encontre du fournisseur de matériaux incorporés dans l'immeuble[1388]. La question des actions directes bénéficie même d'une relative actualité depuis l'arrêt Besse, qui n'a pas épuisé, loin de là, le contentieux[1389].

La différence est donc faite entre les contrats translatifs de propriété et les autres. Les premiers imposent une action directe de nature contractuelle entre les différents contractants de la chaîne, alors que les seconds ne permettent qu'une action en responsabilité délictuelle. L'ensemble de contrats n'est plus le fondement de cette action directe, mais bien l'accessoire, qui permet de transmettre, en même temps que la propriété du bien, les actions en responsabilité qui s'y attachent[1390]. Or, quelques incohérences se glissent dans le système dessiné par la Cour de cassation. Tout d'abord, il est étrange de considérer qu'une action soit l'accessoire d'une chose[1391]. Ensuite, à suivre la théorie de l'accessoire, seule la personne possédant la chose devrait pouvoir exercer l'action, alors que le juge permet à celui qui s'est dessaisi de la chose de conserver son action[1392]. Enfin, il est parfois difficile de qualifier le contrat, entre vente et contrat d'entreprise, comme le démontre la situation du fabricant d'éléments préfabriqués, tantôt vendeur, tantôt entrepreneur[1393]. Or, cette qualification peut être lourde de conséquences pour le contractant, alors que les deux situations sont quasiment

1384Civ. 1re, 29 mai 1984, D., 1985, p. 213, note A. BENABENT; Ass. Plén., 7 février 1986, JCP, 1986, II, 20616; *contra*, Civ., 3e, 19 juin 1984, D., 1985, p. 213, note *op. cit.*

1385Ass. Plén., 12 juillet 1991, JCP, 1991, II, 21743, note G. VINEY, D., 1991, p. 549, note G. GHESTIN, p. 257, chron. C. JAMIN.

1386V. par exemple, Civ. 3e, 10 janvier 2001, RCA, 2001, com. 85, 2 arrêts.

1387Civ. 1 re, 21 janvier 2003, D., 2003, p. 2993, note D. BAZIN-BEUST.

1388Civ. 3e, 26 mai 1992, Bull. civ., III, n°175.

1389D. MAINGUY, *L'actualité des actions directes dans les chaines de contrats,* Mélanges Béguin, Litec, 2005, p. 449; C. LISANTI-KALCZYNSKI, *L'action directe dans les contrats? Plus de dix ans après l'arrêt Besse,* JCP, 2003, I, 102, l'auteur annonçant un possible abandon de cette notion, dont il est difficile de cerner le domaine d'application, comme le fondement.

1390J. GHESTIN, note, D., 1991, p. 549.

1391C. LISANTI-KALCZYNSKI, *L'action directe dans les contrats? Plus de dix ans après l'arrêt Besse, op. cit.*

1392Civ. 3e, 3 juillet 1996, Bull., civ., III, n°167.

1393M. CARCENAC, *La condition juridique du fabricant d'éléments préfabriqués,* RGDA, 1997, p. 655.

identiques. En effet, qu'il agisse en tant que fabricant vendeur ou fabricant entrepreneur répondant à des exigences spécifiques du maître d'ouvrage, il transmet la propriété d'un bien, qui peut se révéler défectueux, et s'intègre souvent dans un ouvrage plus vaste, dans une opération économique plus large. Il n'est pas sûr que l'entrepreneur soit un tiers absolu à cette opération globale alors que le vendeur en est partie prenante.

Ce raisonnement concernant le tiers victime est tout à fait transposable au cas où le tiers est cette fois responsable de l'inexécution du contrat. Le sous-contractant peut ne pas bien s'exécuter, entraînant par un effet domino une mauvaise exécution du contrat principal. Dans ce cas, la responsabilité est, selon les arrêts précités, délictuelle.

674. Amélioration de la solution actuelle par l'utilisation du critère de proximité. Le critère de proximité pourrait mettre un peu d'ordre dans cette jurisprudence à deux vitesses, qui conduit à reconnaître tantôt une responsabilité délictuelle, tantôt une responsabilité contractuelle, en fonction de la nature du contrat. Tout contractant, au sein d'un ensemble de contrats, devrait être soumis à la responsabilité contractuelle, en raison de son lien fort avec le contrat premier, ou principal. Il peut être objecté, cependant, que ces destinataires finaux du contrat premier peuvent se voir opposer des clauses qu'ils n'ont pas négociées, ni même acceptées, telles les clauses limitatives de responsabilité. C'est la raison pour laquelle certains auteurs se positionnent en faveur d'un droit exceptionnel d'option entre les deux ordres de responsabilité[1394]. Nous souscrivons à cet entre-deux, qui correspond d'ailleurs à la limite du critère de proximité sur lequel repose la règle de conflit proposée. Le cas du tiers, pourtant destinataire du contrat premier, ou à tout le moins intéressé par sa bonne exécution, éprouve les limites du critère de proximité. Ce tiers qui n'en est pas vraiment un peut être soumis à l'une ou l'autre des responsabilités en concours, sans que la logique ne soit heurtée, puisque sa situation même se trouve entre les deux domaines des responsabilités en concurrence.

675. Conclusion. L'utilisation du critère de proximité permet à la fois de conforter la jurisprudence actuelle en matière de concours entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle, et de mettre fin à des solutions incohérentes en cas d'ensemble de contrats. Le bilan de l'utilisation de la règle de conflit est donc, sur ce point, positif.

Le critère permettrait, par ailleurs, d'améliorer la jurisprudence en cas de concours entre un accident du travail et un accident de la circulation.

1394P. ANCEL, *Le concours de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle,* RCA, 2012, dossier n°8, spé. n°13. *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, sous la direction de P. CATALA, La documentation française, 2006, article 1342.

B. Le concours opposant la responsabilité du fait des accidents de la circulation et l'indemnisation des accidents du travail

676. Antinomie marquée, sans rapport d'espèce à genre. Il n'est pas rare que l'accident de la circulation puisse être qualifié, à la fois, d'accident du travail. Le salarié, en effet, peut être victime d'un tel accident, ou en être le responsable, sur son temps de travail[1395]. Or, la législation sur les accidents du travail n'offre qu'une indemnisation limitée, car forfaitaire, là où la législation sur les accidents de la circulation permet une indemnisation intégrale du dommage. En cas de double qualification, il est donc intéressant pour la victime de préférer se placer sur le terrain de la loi du 5 juillet 1985. Or, les deux législations étant également spéciales, l'une opérant une hybridation entre indemnisation et responsabilité, l'autre créant un pur régime d'indemnisation, n'entretiennent pas, du fait de cette différence de nature, un rapport d'espèce à genre. Le critère de spécialité ne donc peut permettre de régler ce concours. Pourtant, il y aurait une certaine incohérence à admettre une libre option à la victime, en raison de la différence de résultat obtenu par l'application des textes concurrents. Il conviendrait donc de faire primer l'un des textes sur l'autre, en cas de concours.

677. Règlement en droit positif. Le droit positif résulte d'une interprétation de l'article L. 451-1 du Code de la sécurité sociale qui, dans son ancienne rédaction, interdisait à la victime le recours au droit commun pour obtenir réparation d'un accident du travail. Toute la question est de savoir ce que recouvre ce droit commun auquel il est fait référence, étant précisé que la loi du 5 juillet 1985 est plus volontiers considérée comme un droit spécial, parce que dérogatoire par rapport aux régimes de responsabilité classique. Le texte légal, ainsi formulé, ne suffit donc pas à régler le concours. Le juge, saisi de la question, assimila au droit commun la loi du 5 juillet 1985, et l'écarta dans les rapports entre salarié et employeur[1396], ainsi que dans les rapports entre le tiers responsable et l'employeur[1397].

Cependant, la solution était largement critiquable, en ce qu'elle introduisait une différence de traitement difficilement justifiable entre les victimes d'accidents de la circulation. La loi autorisant une indemnisation complémentaire en cas d'accident de trajet (art. L. 455-1 du Code de la sécurité sociale), ou en cas de faute intentionnelle de l'employeur (art. L. 452-5 du Code de la sécurité sociale), certains accidents de la circulation étaient soumis à la loi du 5

1395V. not. G. VINEY, *De l'application de la loi du 5 juillet 1985 à l'accident de la circulation qui est en même temps un accident du travail,* D., 1989, chronique p. 231.

1396Soc., 18 avril 1991, Bull. civ., V, n°211, JCP, 1991, II, 21714, note Y. SAINT-JOURS, RTD civ., 1991, p. 760, obs. P. JOURDAIN.

1397Ass. plén., 31 octobre 1991, Bull. Ass. plén., n°6, JCP, 1992, II, 21800, note Y. SAINT-JOURS, RTD civ., 1992, p. 129, obs. P. JOURDAIN.

juillet 1985 alors que d'autres lui échappaient, sans que la situation de la victime, identique, ne l'explique. Le législateur intervint alors, en 1993, pour autoriser, dans tous les cas, le recours complémentaire à la loi de 1985, pour les accidents survenus « sur une voie ouverte à la circulation publique » et impliquant « un véhicule terrestre à moteur conduit par l'employeur, un préposé ou une personne appartenant à la même entreprise que la victime »[1398]. Le concours est réglé en appliquant prioritairement la législation concernant les accidents du travail et un recours subsidiaire à la loi régissant les accidents de la circulation[1399]. Face au concours antinomique, le droit positif opte pour un cumul hiérarchisé des deux législations, ce qui n'est pas la solution obtenue par l'utilisation de la règle de conflit proposée.

678. Décalage avec la règle de conflit proposée. La règle de conflit reposant sur le critère de proximité aboutit à reconnaître une option à la victime d'un accident de la circulation susceptible d'être qualifié d'accident du travail. Il est, en effet, dans ce cas, impossible de rattacher l'accident à l'une ou l'autre des législations en concours, grâce à un tel critère. L'accident est à la fois un accident du travail et un accident de la circulation, il n'est pas l'un plus que l'autre[1400]. Dès lors, lorsque le critère de proximité est inutilisable, la règle de conflit prévoit une option à la discrétion de la victime. La solution diffère donc de celle appliquée en droit positif. Le résultat de l'application de la règle proposée conduirait en pratique à faire primer la loi du 5 juillet 1985, plus favorable à la victime que la législation du travail, et donc à faire peser sur l'assureur du conducteur la dette d'indemnisation, que celui-ci soit l'employeur ou le salarié. Entre l'indemnisation totale par l'assurance obligatoire pour les

1398Article L. 455-1-1 du Code de la sécurité sociale, dans sa rédaction actuelle, issue d'une loi n°93-121 du 27 janvier 1993, modifié par une loi n°94-43 du 18 janvier 1994.

1399Il convient de préciser que cette application hiérarchisée des deux textes ne vaut qu'en cas de double qualification, d'accident du travail et d'accident de la circulation, ce qui n'est pas toujours le cas, les deux textes ne retenant pas tout à fait la même définition de l'accident de la circulation. Ainsi, les accidents survenus sur des voies non ouvertes au public sont considérés comme des accidents de la circulation par la loi du 5 juillet 1985, mais pas par le droit social, ce qui crée quelques inégalités de traitements, persistants, entre les victimes. V. not. Civ., 2e, 3 juin 2010, RCA, 2013, com. 213, repère 8, obs. H. GROUTEL. La question a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel ayant rendu sa décision le 23 septembre 2011 (DC211-167 QPC), considérant l'article L. 455-1-1 du CSS conforme à la Constitution. V. sur ce point, RGDA, 2012, p. 64 note J. LANDEL, Autre précision, l'application de la loi du 5 juillet 1985 n'empêche pas la victime de recourir contre l'employeur sur le fondement du droit social, en cas de faute inexcusable de ce dernier. Les deux régimes spéciaux s'imbriquent donc dans ce cas, Civ. 2e, 12 juillet 2012, RCA, 2012, n°9, com. 225 note H. GROUTEL.

1400Un auteur proposait, soit de laisser le libre choix à la victime de la loi qui lui est la plus favorable, soit de privilégier la règle qui correspond au risque qui s'est réalisé. En cas d'accident de la circulation, la loi de 1985 est donc plus compétente, quand bien même l'accident a lieu à l'occasion du travail : J. MOULY, *Les concours de régimes spéciaux,* RCA, 2012, dossier n°9, Actes du colloques de Chambéry, *Les concours de responsabilité, entre dialogues et conflits,* spé. n°21 à 23.

accidents de la circulation ou par la sécurité sociale, il n'y a pas de différence pour le responsable, qui, de toute façon, paye à l'un des organismes des cotisations et à l'autre des primes. D'autre part, la victime agissant sur un fondement unique, qu'elle choisit, économise ainsi une procédure complexe qui lui impose deux démarches différentes.

679. Conclusion. L'utilisation de la règle de conflit, en la matière, peu perturbatrice, apporterait une certaine simplification du droit. L'on reviendrait, par la force des choses, au principe de liberté à la discrétion de la victime quant à la règle applicable au litige. Le risque de voir des affaires similaires jugées différemment étant, en fait, moins perturbateur que la solution qui a aujourd'hui cours devant les tribunaux, et qui impose à la victime une procédure complexe.

Le critère de proximité trouverait par ailleurs à s'appliquer pour réguler le concours opposant la garantie des vices cachés à l'action en responsabilité pour délivrance non conforme.

C. Le concours opposant la responsabilité pour délivrance non conforme et la garantie des vices cachés dans la vente

680. Précision quant aux situations concernées. Le concours entre garantie des vices cachés et défaut de délivrance conforme se caractérise par un mouvement de balancier. Alors que la doctrine a longtemps considéré que « la garantie des vices se différencie aisément de l'action en résolution pour inexécution des obligations »[1401], et organisait sans problème les rapports entre les deux actions[1402], l'œuvre du juge devait être celle par laquelle la confusion arrive. Les actions furent pendant un temps confondues, les juges acceptant indifféremment l'un ou l'autre fondement dès lors que l'acheteur avait à se plaindre d'un défaut de la chose achetée[1403].

1401M. PLANIOL, G. RIPERT, T*raité pratique de droit civil français, T. X, Contrats civils, par* J. HAMEL, F. GIVORD, A. TUNC, 2e éd*.,* 1956, p. 136, n°126.

1402M. PLANIOL, G. RIPERT, *op. cit.,* la responsabilité pour inexécution des obligations est ouverte lorsque le vendeur ne livre pas la chose promise dans l'état où il s'était engagé à la fournir; il y aura au contraire action dans le bref délai de l'article 1648 chaque fois que la chose est atteinte d'un vice qui la rend impropre à son usage; l'option serait possible entre les deux actions si le vice se cumule avec une baisse de qualité, par contre, l'action en garantie des vices cachés est la seule compétente lorsque le vendeur n'a commis aucun manquement à ses engagements.

1403Ce courant jurisprudentiel initié par la première chambre civile fut entériné, ne fut-ce qu'implicitement, par l'Assemblée Plénière, 7 février 1986, 2 arrêts, D., 1986, p. 293, note A. BENABENT; JCP, 1986, II, 20616, note. Ph. MALINVAUD. Dans les deux espèces il s'agissait de savoir quelle action est offerte au maitre de l'ouvrage contre les fabricants de matériaux ayant contracté avec l'entrepreneur. La Cour de cassation précise qu'il s'agit d'une action en responsabilité contractuelle. Plus précisément, elle retient la responsabilité contractuelle de droit commun alors que les défauts invoqués par le maitre de l'ouvrage sont sans aucun doute des vices cachés. Il s'agissait pour le premier arrêt de briques « non conformes au contrat, en raison de leur mauvaise fabrication », et pour le second arrêt, d'un défaut du produit utilisé pour assurer l'isolation thermique des canalisation, qui « était la seul et unique origine des désordres, le rendant impropre à sa destination ». Or, la mauvaise fabrication, comme le caractère de la chose la rendant impropre à sa destination sont traditionnellement les critères du vice caché, et relèvent non pas de la responsabilité de droit

Par quelques arrêts, rendus en 1993, la première chambre civile mit fin à la plupart des concours, en distinguant clairement, à nouveau, les deux notions[1404]. À partir de ces arrêts, les défauts qui rendent impropres la chose à sa destination normale sont des vices cachés, au sens de l'article 1641 du Code civil, et sont soumis exclusivement à cet article. L'action en responsabilité contractuelle du droit commun n'est donc plus utilisée que pour sanctionner le manquement du vendeur à son obligation de délivrance conforme, entendue comme la conformité de la chose aux spécifications contractuelles. Dès lors, plus de concours possible entre ces actions basées sur deux concepts, si différents. Soit la chose souffre d'un vice qui atteint sa structure et empêche son usage normal, et alors l'on se situe dans le cadre des articles 1641 et suivants du Code civil. Soit la chose ne correspond pas, dans ses caractéristiques, à ce qui était prévu au contrat, et il y a manquement à l'obligation de délivrance conforme.

Tout concours n'a pas pour autant disparu.

En effet, lorsque sont prévues, dans les spécifications contractuelles, les caractéristiques de la chose qui, si elle ne sont pas présentes, vont en affecter l'usage (normal, ou même spécifique), le concours persiste. Dans le cas où ces caractéristiques sont entrées dans les prévisions des parties car inscrites au contrat, elles devraient selon le critère posé relever autant de la responsabilité contractuelle, puisque la chose ne correspond pas à ce qui était prévu, que de la garantie, car la chose est atteinte dans sa fonctionnalité. Ces caractéristiques nécessaires à l'usage de la chose, et prévues dans le contrat, réintroduisent le risque de concours d'actions. Le critère dégagé par le juge n'est pas d'un grand secours lorsqu'il s'agit de savoir quelle action régit le dommage qui consiste à la fois en un vice caché et un défaut de conformité selon les nouvelles définitions. Dans ce cas, le défaut de la chose est susceptible de recevoir les deux qualifications. Or, le critère de spécialité est impuissant à désigner l'action que l'acheteur peut intenter, les deux régimes n'entretenant pas un rapport d'espèce à genre, du fait de la redéfinition claire des notions de vice caché et de défaut de conformité. Pourtant, la différence de sanction est réelle. Il existe donc une antinomie entre des règles n'entretenant pas un rapport d'espèce à genre, qui nécessite le recours à la règle de conflit reposant sur le critère de proximité.

---

commun, mais des articles 1641 et suivants du Code civil. Voir aussi, pour une critique de ce recul de la distinction des notions, O. TOURNAFOND, *Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente,* D., 1989, chron., p. 237, n°16 à 19.

1404Civ., 5 mai 1993, D., 1994, p. 507; puis confirmation par 5 arrêts, Civ. 1re, 16 juin, 13 octobre, 27 octobre et 8 décembre 1993, D., 1994, jp. p. 210, chron. p. 115, note A. BENABENT.

681. Utilisation du critère de proximité. Le critère de proximité est utilisable en la matière. Il s'agira, face à un défaut susceptible d'une double qualification, de faire primer l'une sur l'autre. Le concours existant lorsque les parties ont intégré dans leur contrat des considérations concernant l'usage de la chose, il conviendra dans ce cas de déterminer avec quelle qualification le défaut dont se plaint l'acheteur entretient la plus grande proximité. Il nous semble que, pour ce qui est des défaut affectant l'usage ou la destination de la chose, il conviendrait de toujours faire primer la qualification de vice caché. En effet, dans ces cas, c'est par un certain artifice que le vice peut à la fois être qualifié de défaut de conformité. Un même défaut pourrait alors être qualifié uniquement de vice, ou de vice et de défaut de conformité selon le contenu du contrat. Pour les contractants les plus avisés, c'est aussi une possibilité d'influer sur la qualification juridique. Or, si les parties disposent d'une certaine liberté en matière de qualification contractuelle[1405], il n'est pas opportun de leur permettre de déjouer par ce biais les règles applicables à la garantie des vices cachés, auquel le législateur a souhaité appliquer un régime relativement strict, notamment quant au délai pour agir.

Quand bien même l'usage de la chose est entré dans les prévisions contractuelles, tout défaut affectant cet usage doit être qualifié de vice caché. Le défaut dont est atteint la chose vendue est principalement un vice, et par incidence, par le hasard de la rédaction du contrat, un défaut de conformité.

Une telle conception serait à même de redonner de la cohérence au droit de la vente, les solutions jurisprudentielles actuelles conduisant « à des résultats déconcertants »[1406]. Les juges estiment, en effet, que l'action en garantie ne sanctionne que les défauts affectant l'usage normal de la chose, alors que ceux affectant l'usage spécifiquement prévu dans le contrat par les parties relèvent de la responsabilité de droit commun[1407]. Dès lors, non seulement un même défaut peut être tantôt qualifié de vice, tantôt de défaut de conformité en fonction de la diligence des parties, mais encore les usages normaux étant ceux qui sont attendus par tout contractant, et donc à ce titre rarement spécifiés dans le contrat, sont soumis au délai le plus bref alors qu'ils sont en réalité primordiaux[1408].

1405Fr. TERRÉ, *Volonté et qualification,* APD, 1957, p. 99 et s., spé. p. 102.

1406G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* spé. n°763-6.

1407V. par ex. Com., 14 octobre 2008, D., 2008, p. 412, note C. OGIER, concernant une étagère ayant rouillé alors que les conditions générales de vente prévoyaient l'utilisation d'un revêtement spécial, empêchant cette corrosion. Bien que le défaut soit clairement qualifiable de vice caché, parce que la corrosion affecte la solidité de l'étagère, et donc son usage normal, l'intégration de cet élément dans le contrat en fait un défaut de conformité pour les juges.

1408G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *ibid.*

682. Conclusion de section. La règle de conflit proposée conduisant à faire primer la règle spéciale dérogatoire sur la règle générale est d'ors-et-déjà utilisée en droit positif. La confrontation de la pratique actuelle des tribunaux avec la règle proposée a d'ailleurs permis d'affiner cette dernière : la règle spéciale prime dans la mesure de la dérogation qu'elle apporte au droit commun. Autrement dit, les règles fortement dérogatoires, autonomes du droit commun de la responsabilité, évincent totalement le droit commun, tandis que les règles faiblement dérogatoires, non autonomes, permettent une application subsidiaire du droit commun en dehors de leur champ d'application.

L'adoption de la règle de conflit proposée engendrerait peu de modifications du droit positif. Quelques règles spéciales seraient nouvellement considérées comme exclusives, par soucis de cohérence. Par ailleurs, l'on inviterait simplement le juge à invoquer la règle de conflit lorsqu'il motive sa décision, afin de rendre plus lisible cette dernière.

Pour ce qui est des règles antinomiques, sans rapport d'espèce à genre, dont le concours doit être résolu par la primauté d'une des règles, les décalages entre le droit positif et la règle proposée sont plus ou moins profonds. Il est par ailleurs constatée l'impossibilité de départager certaines règles en concours, de sorte que l'on est contraint, dans ces cas, de retourner au principe, qui reste l'application libre de l'une des règles en concours.

Section 2. Mise à l'épreuve de la règle de conflit de principe, visant à l'application libre des règles en concours

683. Rappels. En dehors des cas où le concours oppose une règle spéciale dérogatoire et une règle générale, ou deux règles produisant des antinomies de résultat, il n'y a pas de raison de faire primer l'une des règles en concours. La victime portant son litige devant les tribunaux a donc le choix d'agir sur l'un ou l'autre des fondements possibles, ou même de les invoquer tous, quitte à hiérarchiser ces fondements.

684. Plan. L'exposé des solutions obtenues par l'utilisation de la règle de conflit se fera, ici encore, par le biais d'une confrontation avec le droit positif, afin de mesurer l'impact qu'aurait l'adoption de la règle proposée. Nous distinguerons ainsi les concours pour lesquels le juge prône d'ors-et-déjà la liberté du plaideur dans le fondement de son action (§1) des concours pour lesquels, au contraire, cette liberté serait une nouveauté (§2).

§1. Bref aperçu des concours pour lesquels la liberté du plaideur est maintenue

685. Option et cumul des responsabilités délictuelles de droit commun. La responsabilité pour faute (articles 1382 et 1383 du Code civil), la responsabilité du fait des choses (article 1384 alinéa 1er du Code civil) et les différentes responsabilités du fait d'autrui réglementées par le Code civil peuvent être invoquées alternativement ou cumulativement, dès lors que les conditions d'application de l'un ou l'autre de ces régimes sont réunies. Aussi, il est tout à fait possible que, pour causer un dommage, une personne soit à la fois gardienne d'une chose et fautive[1409], ou encore gardienne d'une personne et fautive[1410], ou enfin gardienne d'une chose et d'une personne[1411]. Puisque l'existence d'une faute n'a aucune incidence sur l'application du régime de responsabilité du fait des choses, ou du fait d'autrui, ces derniers peuvent tout à fait se cumuler, si toutes les conditions sont réunies, sans que l'application de l'un ou l'autre des régimes ne prévale et n'écarte l'autre. Dans ces conditions, le plaideur est autorisé à invoquer les différentes responsabilités possibles, laissant au juge le soin d'opter pour l'un des régimes en cause[1412]. Les juges l'affirment d'ailleurs clairement, en retenant que « la responsabilité du fait personnel et celle du fait des choses ont leur propre domaine, qu'elles peuvent dès lors être invoquées cumulativement »[1413].

Ce cumul existe donc au stade de l'action en justice, mais ne peut perdurer au stade de l'indemnisation, car une même personne ne peut être condamnée à indemniser la victime d'un seul dommage sur plusieurs fondements à la fois. Un seul suffit à permettre l'indemnisation totale de la victime.

Ces solutions sont acquises depuis plusieurs décennies en jurisprudence et ne sont guère sujettes à débat[1414].

Plus intéressants sont les cas où actuellement les juges refusent l'option ou le cumul à la victime, alors qu'aucune règle ni même aucun argument logique ne s'opposent à une telle régulation.

1409V. par ex. Civ.2e, 2 avril 1997, Bull. civ., II, n°110.

1410Même si la faute de surveillance ou d'éducation n'est plus requise pour les parents, ni pour le commettant, il est concevable qu'elle soit encore commise en pratique, et que la victime choisisse de l'invoquer, certainement plus comme un argument subsidiaire à sa demande.

1411Pour un exemple de cumul de la responsabilité parentale et du fait d'une chose, le père étant resté gardien de la chose utilisée par son enfant, Civ. 15 juin 1948, D., 1948, p. 485, note G. RIPERT ; JCP, 1949, II, 4649, note R. SAVATIER ; Civ. 18 octobre 1956, Gaz. Pal., 1956, 2, p. 365 ; Civ. 17 février 1965, D., 1965, somm., p. 122.

1412V. notamment, pour un panorama jurisprudentiel, J. BORE, *Le cumul de la responsabilité du fait personnel et de la responsabilité du fait des choses,* JCP, 1965, I, 1961.

1413Civ. 2e, 17 oct. 1963, Bull. civ., 1963, II, n° 642 ; Civ. 2e, 17 juin 1970, Bull. civ., 1970, II, n° 210.

1414En ce sens, L. CLERC-RENAUD, *Les concours de responsabilités civiles délictuelles,* RCA, 2012, dossier n°9, actes du colloque de Chambéry, *Les concours de responsabilités, entre dialogues et conflits,* spé. n°6.

§2. Les concours nouvellement régulés par la liberté du plaideur

686. Exclusion injustifiée d'une des règles en concours en droit positif. En droit positif, il n'est pas rare que l'une des règles en concours soit évincée alors qu'elle ne s'oppose pas à une règle spéciale et ne révèle pas une antinomie de résultat, les deux règles conduisant à réparer dans la même mesure le dommage, dès lors que les conditions de la responsabilité sont réunies. La règle de conflit proposée conduit, dans ces cas, à admettre le libre exercice des actions en concurrence. Nous proposons donc de revenir sur certaines de ces solutions jurisprudentielles refusant l'option ou l'invocation cumulative des règles en concours.

687. Justification des exemples choisis. Nous avons choisi d'évoquer les concours intellectuels entre les différentes responsabilités du fait d'autrui (A) ainsi que les concours entre la responsabilité du fait des troubles anormaux de voisinage et les autres régimes de responsabilité (B). Par contre, celui entre la responsabilité du fait des choses et la responsabilité du préposé ainsi que celui opposant la responsabilité du fait des produits défectueux et les garanties des constructeurs ne seront pas étudiés, étant de faux concours. En effet, l'article 1386-6 du Code civil interdit de qualifier de producteur les personnes soumises aux garanties légales du constructeur. Dès lors que les deux qualifications sont incompatibles, le concours ne peut exister. La logique est la même concernant la responsabilité du préposé et la responsabilité du fait des choses, bien que cette fois, la solution émane du juge et non pas du législateur. Le préposé agissant dans les limites de ses fonctions et de sa mission, agit pour le compte du commettant, et ne peut dans ce cas être gardien d'une chose utilisée dans ce cadre[1415]. Face à cette incompatibilité entre les deux qualification, le concours de responsabilités ne peut exister.

Nous nous limiterons donc, dans les lignes qui suivent, aux concours entre les responsabilités du fait d'autrui, et aux concours entre les troubles anormaux du voisinage et les autres régimes de responsabilité.

A. Les concours entre les différentes responsabilités du fait d'autrui

688. Non-option actuelle. Nous n'évoquerons pas longuement, ici, les concours entre les cas particuliers de responsabilité du fait d'autrui et les deux branches du principe général issu de l'article 1384 alinéa 1 du Code civil, car ces concours sont réglés par la préférence pour la règle spéciale. Il est logique dans ces cas qu'une des règles prime sur l'autre. Pour les cas où,

1415V. par ex. Civ., 27 février 1929, S., 1929, 1, p. 297, note HUGUENEY ; M.A. PEANO, *L'incompatibilité entre les qualités de préposé et de gardien,* D., 1991, chronique p. 51.

au contraire, les règles en concours n'entretiennent pas un rapport d'espèce à genre, par exemple lorsque le dommage est causé par un mineur en apprentissage ou préposé chez un de ses parents, les juges refusent encore l'option à la victime. Il faut cependant reconnaître que ces décisions sont rares. Mais elles sont nettes et affirment le caractère alternatif et non cumulatif des responsabilités du fait d'autrui[1416]. Or, rien n'empêche de reconnaître une telle option à la victime.

689. Justification de l'option. L'on peut avancer l'argument tiré de la règle de conflit proposée, qui vise à la cohérence du système de responsabilité. Ainsi, lorsque les règles ne sont antinomiques qu'au regard des conditions de la responsabilité et non de résultat obtenu, et qu'elles n'entretiennent pas de rapport d'espèce à genre, le concours intellectuel ne menace pas la cohérence du système. Une personne cumule simplement plusieurs qualités, ou le fait générateur du dommage est susceptible de plusieurs qualifications, démontrant simplement la richesse du droit en la matière. La logique n'impose pas à la victime d'agir sur l'un ou l'autre des fondements, par préférence.

Des considérations monétaires n'imposent pas plus un règlement par l'exclusivité d'une des règles, car le responsable, dans ces cas, est couvert par une assurance professionnelle et une assurance responsabilité à titre personnel dans le cadre privé, familial. Quelle que soit la responsabilité en cause, l'assurance a vocation à couvrir les dommages causés[1417].

Sans plus nous attarder sur ce concours, nous conclurons simplement à la nécessité de modifier, sur ce point, le droit positif.

Concernant le concours entre la responsabilité du fait des troubles anormaux de voisinage et les autres régimes de responsabilité civile, le règlement proposé ne s'oppose pas aussi nettement à la jurisprudence actuelle, qui reste fluctuante.

B. Les concours entre la responsabilité du fait des troubles anormaux du voisinage et les autres régimes de responsabilité

690. Ambiguïtés actuelles. La responsabilité du fait des troubles anormaux de voisinage relève, depuis plusieurs années, de conditions indépendantes des autres régimes de

1416Concernant le concours intellectuel entre le commettant et l'artisan, voir Civ. 2e, 8 décembre 1961, Bull. civ., II, n°852. V. aussi, concernant les concours matériels, Civ. 2e, 18 mars 1981, Bull. civ., II, n°69 et Crim., 2 octobre 1985, Bull. crim., n°294. V. not. M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle,* Economica, 2012, n°344.

1417En ce sens, F. LEDUC, *Les rapports entre les différentes responsabilités du fait d'autrui,* RCA, 2000, hors-série, p. 18, spé. n°13. En faveur de l'option libre, G.VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n°813-2.

responsabilité[1418]. La question du concours est donc d'autant plus présente. Les juges semblent admettre l'option entre la responsabilité du fait des troubles de voisinage et la faute[1419], mais sont plus réticents concernant le concours avec la responsabilité du fait des choses[1420]. Cependant, l'option est prohibée en cas de concours avec l'article 1384 al. 2, la responsabilité pour communication d'incendie étant exclusive dans ce cas[1421].

691. Autorisation de l'option. Nous avions démontré que la responsabilité du fait des troubles de voisinage est une responsabilité générale qui ne connait qu'une disposition particulière, celle contenue dans la loi du 6 juillet 1989 applicable aux baux d'habitation. Il résulte de cette constatation que cette responsabilité ne saurait jamais être évincée par une autre règle du fait d'un prétendu rapport d'espèce à genre[1422], sauf à entrer en concours avec ladite règle spéciale. Si, par ailleurs, les règles en concours ne révèlent pas d'antinomie de résultat, aucun argument logique ne parvient à justifier le refus de l'option. Plusieurs auteurs sont d'ailleurs, au moins pour partie, en ce sens[1423].

692. Conclusion. Concernant l'application libre des règles en cas de concours intellectuels de responsabilités, l'application de la règle de conflit induit peu de perturbations du droit positif. Pour ce qui est des quelques nouveautés, elles ne feraient qu'apporter une plus grande cohérence au droit de la responsabilité, et contribuer à une meilleure cohabitation entre les différents régimes. Globalement satisfaisantes, les règles de conflit créées pour réguler les concours intellectuels doivent, pour finir, être mises à l'épreuve au stade de la contribution à la dette.

693. Conclusion de chapitre. Le bilan de l'utilisation des règles de conflit adaptées au règlement des concours intellectuels est satisfaisant. Non seulement les règles proposées sont utilisables en pratique, mais elles permettent un véritable retour à la cohérence pour les quelques concours qui n'étaient pas ainsi résolus en droit positif. Il est cependant possible de

1418V. par ex. Civ. 3e, 30 juin 2004, Bull. civ., III, n°140, pour un visa du principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage.

1419V. par ex. Civ. 3e, 11 février 1998, D., 1999, p. 529, note S. BEAUGENDRE.

1420V. par ex. Civ. 2e, 19 juin 2003, RCA, 2003, com. n°224 estimant que les dommages causés par un glissement de terrain ne peuvent être réparés que sur le fondement de la responsabilité générale du fait des choses ; et Civ. 2e, 20 juin 1990, Bull. civ., II, n°141, estimant que l'article 1384 al. 1 est étranger à la réparation des troubles de voisinage.

1421V. par ex. Civ. 3e, 15 novembre 1978, Bull. civ., n°345.

1422Contra, S. BEAUGENDRE, note *op. cit*., estimant que la responsabilité du fait des troubles du voisinage est une responsabilité spéciale du fait des choses.

1423Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle,* Litec, 2009, n°615 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* n°860, réservant tout de même le cas de la communication d'incendie, régime exclusif selon eux, n°859.

constater un renversement quantitatif du principe et de l'exception, les concours réglés par l'exclusivité d'une des règles en présence étant, au final, relativement nombreux.

694. Retour au stade de la contribution à la dette. La mise en pratique des règles de conflit des concours matériels a révélé l'existence de concours intellectuels au stade de la contribution à la dette entre les coauteurs. Il n'est pas rare, en effet, que la victime ait à sa disposition plusieurs fondements pour agir contre l'un des coauteurs de son dommage. Ce concours intellectuel peut se retrouver, au stade de la contribution à la dette, lorsque le *solvens* subrogé dans les droits de la victime souhaite agir contre l'un des coauteurs. Si, d'emblée, la logique voudrait que ce concours soit pareillement réglé au stade de l'obligation et au stade de la contribution à la dette, l'on a pu soulever, ponctuellement, quelques difficultés. Nous les avions repoussées pour nous concentrer uniquement sur le règlement du concours matériels, il convient désormais de s'y intéresser.

695. Rappel du problème. Nous avions conclu à la nature subrogatoire du recours du *solvens* au stade de la contribution à la dette en cas de concours matériel de responsabilités. Or, cela implique que le *solvens* ne puisse demander plus que ce à quoi pouvait prétendre la victime, sur la base des fondements offerts à cette dernière. Si d'aventure la victime était placée face à un concours intellectuel de responsabilités, résolu non pas par une libre option entre les fondements concurrents, mais par l'exclusivité exceptionnelle d'une des règles applicables, le *solvens* devrait donc se conformer à ce règlement du concours. Or, la règle exclusive, spéciale ou totalement autonome, a parfois été édictée pour protéger la victime. L'on peut alors se demander dans quelle mesure il est légitime d'ouvrir au *solvens* le recours à la règle spéciale alors qu'il ne prend la place de la victime que par le biais d'une fiction juridique.

696. Solution au problème. Nous proposons de maintenir la logique du recours subrogatoire, quitte à ce que le *solvens* bénéficie d'une règle non édictée pour lui. La solution est commandée par un soucis de logique. Dès lors qu'il n'est pas tenable de considérer que le *solvens* dispose d'un recours personnel, ce recours est nécessairement de nature subrogatoire, nature qui impose au *solvens* d'être placé dans les mêmes conditions que la victime.

697. Retour sur les recours en cas d'accident de la circulation. Le *solvens*, en cas d'accident de la circulation, s'est vu reconnaître un recours de nature subrogatoire, mais uniquement fondé sur le droit commun[1424]. Or, s'il est véritablement subrogé dans les droits de

1424Civ. 2e, 13 juillet 2000, RTD civ., 2000, p. 855, obs. P. JOURDAIN ; Civ. 2e, 9 octobre 2003, Bull. civ. III, n°294 ; Cass. 2e civ., 13 janv. 2011, no 09-71196, Sté Axa Winterthur et a. c/ F. et a. V. aussi Civ., 6 mars

la victime, ce recours au droit commun ne devrait pas lui être reconnu, la législation sur les accidents de la circulation étant non seulement spéciale mais aussi autonome de la responsabilité civile de droit commun, a vocation à évincer les autres règles de responsabilité. Le *solvens*, qu'il soit coobligé sur le fondement du droit commun ou sur celui du droit de la circulation doit respecter la règle de conflit qui s'impose à la victime, et agir sur le fondement de la loi spéciale si d'aventure elle prime les autres fondements possibles.

Par ailleurs, nous proposions qu'au stade de l'obligation à la dette, en cas de concours matériels de responsabilités, la responsabilité du fait des accidents de la circulation opère par canalisation de la responsabilité sur la tête du ou des conducteur(s) impliqué(s). Dès lors, pour résoudre totalement un concours mettant en scène, à l'occasion d'un accident de la circulation, des responsabilités multiples, il faut considérer, selon les règles proposées, que la victime peut agir contre les seuls conducteurs impliqués, à l'exclusion de toute autre personne. Au stade de la contribution à la dette, le conducteur *solvens* dispose d'un recours subrogatoire contre les autres conducteurs, fondé uniquement sur la loi du 5 juillet 1985.

698. Conclusion de titre. L'on peut s'estimer globalement satisfait de la mise à l'épreuve des règles de conflit proposées. Le passage de la théorie à la pratique a simplement nécessité quelques précisions ou réflexions supplémentaires. Aucun des concours que nous avons identifié ne reste sans réponse, même s'il faut avouer que certains révèlent les limites des critères proposés, et sont réglés par le libre choix de la victime, faute pour nous d'avoir identifié une méthode fiable pour désigner laquelle des règles applicables devait recevoir préférence. L'on ne doit pas cependant donner trop d'importance à cette petite ombre au tableau, qui ne saurait disqualifier le résultat global. Il faut peut-être juste accepter que l'enchevêtrement actuelle des règles de responsabilité et d'indemnisation ne facilite pas la construction d'un système de règles de conflit garantissant leur cohabitation harmonieuse. Or, comme nous avions conclu à l'inopportunité d'une réforme d'ampleur dans le but de limiter, voire de supprimer les concours de responsabilités, sans doute faut-il se résoudre à composer avec le droit existant, et se contenter des résultats globalement positifs que nous avons obtenus.

2003, RCA, 2003, com. n°200 concernant le recours « récursoire » d'un coobligé fautif contre le conducteur ayant contribué à causer le dommage de la victime indemnisé par ce dernier, fondé uniquement sur l'article 1382 du Code civil.

699. Conclusion de partie.

Ainsi s'achève la dernière étape de notre réflexion à propos des concours de responsabilités. Il a été démontré qu'il est possible de créer un système de règlement des concours, sans passer par une réforme du droit positif. Le droit de la responsabilité conserve ainsi sa richesse, tout en gagnant en cohérence grâce aux règles de conflit proposées. L'intervention du législateur n'est pas une condition d'efficacité de ces règles de conflit qui peuvent d'ors-et-déjà être utilisées par les juges, les plaideurs et leurs conseils (certaines le sont d'ailleurs déjà). Cependant, elles pourraient faire l'objet d'une loi, afin de faciliter la motivation des décisions de justice. Le règlement des concours de responsabilités y gagnerait encore en clarté et en prévisibilité. Cependant, la lecture des différents projets de réforme de la responsabilité révèle l'absence de règles de conflit visant à organiser les rapports entre les différentes règles de responsabilité. Il nous est donc permis de penser, à regrets, que les concours de responsabilités seront, pour quelques temps encore, source d'insécurité juridique.

Conclusion

700. Propositions. À l'issue de ces développements, plusieurs propositions peuvent être formulées. Certaines font suite à des constats d'échecs, d'autres sont des propositions positives, à l'adresse du juge qui, confronté à un concours de responsabilités, pourra les utiliser utilement pour résoudre le conflit et ainsi donner une réponse au litige qui se présente à lui.

-Malgré la pertinence de l'affirmation selon laquelle les concours de responsabilités trouvent leur source dans les règles de responsabilités à proprement parler, est rejetée la méthode consistant à réformer la responsabilité pour diminuer, voire supprimer les concours.
-La technique visant à limiter les rapports entre les différentes règles de responsabilité en adoptant un régime de délits civils spéciaux, en limitant le préjudice réparable à celui spécialement visé par la règle de droit et en recourant à la notion d'illicéité, laisse survivre des concours tout en limitant fortement l'étendue de la responsabilité. À contre-courant de l'évolution contemporaine du droit de la responsabilité, cette technique ne donne pas de solution satisfaisante au problème des concours de responsabilités, elle est donc à abandonnée.
-La technique consistant au contraire à supprimer les règles spéciales pour reconstruire un droit de la responsabilité concentré sur des dispositions communes, moins nombreuses, est pareillement à abandonner. Bien qu'il soit possible de construire des régimes généraux de responsabilité, ainsi que quelques dispositions fondamentales communes, les concours de responsabilités persistent et la suppression de certaines dispositions spéciales serait inopportune.
-La voie proposée consiste donc à maintenir le droit positif et à créer des règles de conflit susceptibles de réguler les concours de responsabilités.

-Est rejetée l'idée de construire une règle de conflit unique sur le fondement du critère de la justice, ou de l'équité, notion trop subjective menant à des solutions imprévisibles.

-Est rejetée la règle de conflit unique fondée sur le critère de la cohérence du système de responsabilité civile visant à ne réguler que les concours antinomiques, marques d'une perte de cohérence du système. Le critère de l'antinomie n'a en effet de sens que pour les concours

intellectuels de responsabilités. Par ailleurs, les outils pour résoudre ces antinomies sont inadaptés aux concours de responsabilités.
-Est établie une typologie des concours de responsabilités, reposant sur la *suma divisio* entre les concours matériels et les concours intellectuels.

-Les règles de conflit applicables aux concours matériels sont les suivantes:
-Lorsque les auteurs du dommage sont identifiés et que l'on dispose d'une certitude quant aux causes du dommage, est retenue la responsabilité solidaire de tous les auteurs. La victime peut, par principe, choisir d'agir contre l'un des responsable, pour le tout, ou agir contre tous les responsables identifiées, laissant au juge le soin d'opérer le partage de la dette de responsabilité entre eux, à parts égales. Par exception, l'un des responsables supporte seul le poids de la dette de réparation, lorsque ce dernier est désigné par une règle de responsabilité opérant par canalisation.
-Lorsque l'on ne sait, parmi les personnes impliquées, laquelle a causé le dommage, est retenue la responsabilité collective de toutes les personnes impliquées dès lors que l'unité de temps et/ou de lieu rend indivisible l'action. La solidarité nationale ne devra plus prendre en charge les dommages ainsi causés, qui relèveront exclusivement de la responsabilité civile. En revanche, le recours à la solidarité nationale est envisagé pour le cas où il existe une incertitude quant à la cause du dommage, du fait des agissements de plusieurs personnes sans que l'on puisse caractériser l'existence d'un véritable fait collectif.
-Au stade de la contribution à la dette, le *solvens* dispose d'un recours de nature subrogatoire contre le ou les autres auteurs du dommage, qui lui permet de demander le remboursement d'une partie de l'indemnisation versée à la victime. La nature subrogatoire du recours impose au *solvens* d'agir sur le ou les fondement(s) offert(s) à la victime.
-Le recours subrogatoire n'est paralysé que pour les cas d'immunités familiale, du préposé et de l'employeur. Or ces cas, le *solvens* dispose toujours d'un recours subrogatoire.

-Les règles de conflit applicables aux concours intellectuels sont les suivantes:
-Le principe est la liberté de choix de la victime, en cas de concours intellectuels.
-Par exception, l'une des règles prime sur l'autre.
En cas de concours entre une règle spéciale et une règle générale, la règle spéciale dérogatoire prime sur la règle générale. La mesure de l'éviction de la règle générale tient à la dérogation

qu'apporte le droit spécial au droit général. Si la règle spéciale est simplement dérogatoire, le droit commun conserve une vocation subsidiaire à s'appliquer. Si la règle spéciale est autonome, le droit commun est totalement évincé.

En cas de concours entre deux règles n'entretenant pas de rapport d'espèce à genre, mais produisant une antinomie de résultat, la primauté est donnée à la règle la plus proche de la situation dommageable. Pour les cas où le critère de proximité n'est pas applicable, il est proposé un retour à la règle de principe.

Bibliographie

Traités, manuels et ouvrages généraux

AUBERT, J.-L., **SAVAUX**, E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil,* Sirey, 14è éd., 2012.

AUDIT, B., avec le concours de L. D'AVOUT, *Droit international privé,* Économica, 6è éd., 2010.

BACACHE-GIBEILI, M., *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle,* Economica, 2012.

BELLESCIZE (de), D., *Droit de la communication,* 2e éd., Thémis droit, PUF, 2005.

BENABENT, A., *Les contrats civils et commerciaux,* Domat droit privé, Montchrestien, 9è éd., 2011.

BERGEL, J.-L., *Théorie générale du droit,* Dalloz, 2012.

BIGOT, C., *Connaître la loi sur la presse,* Victoires édictions, 2004.

BOUBLI, B., *La responsabilité et l'assurance des architectes, entrepreneurs et autres constructeurs,* Édition du J. N. A., 1991.

BRUN, Ph., *Responsabilité civile extracontractuelle,* 2e éd., Litec, 2009.

BUFFELAN-LANORE, Y. et **LARRIBAU-TERNEYRE**, V., *Droit civil, Les obligations,* Dalloz, 2012.

CABRILLAC, R., *Introduction au droit,* Dalloz, Droit privé, 10e éd., 2013.

CALAIS-AULOY, J., et STEINMETZ, F., *Droit de la consommation,* Précis Dalloz, 8e éd., 2010.

CARBONNIER, J., *Droit civil, introduction,* PUF, Thémis, 27è éd., 2002.

CORNU, G., *Introduction au droit,* Domat droit privé, Montchrestien, 13è éd., 2007.

CORNU, G., *Vocabulaire juridique,* 9e éd., PUF, 2011.

DEJEAN de la BATIE, N., dans AUBRY et RAU, *Droit civil français,* T. VI-2, *Responsabilité délictuelle,* 8e ed., 1989.

De POULPIQUET, *Responsabilité des notaires, civile, disciplinaire, pénale,* Dalloz, 2e éd., 2009/2010, p. 111.

DREYER, E., *Responsabilités civile et pénale des médias,* 3e éd., Lexisnexis, 2011.

FLOUR, J., **AUBERT**, J.-L., **SAVAUX**, E., *Les obligations, T.2, Le fait juridique,* 12è éd., Dalloz, 2007.

GHESTIN, J., **BILLIAU**, M., **LOISEAU**, G., *Le régime des créances et des dettes,* Traité de droit civil, LGDJ, 2012.

GHESTIN, J., **GOUBEAUX**, G., **FABRE-MAGNAN**, M., *Introduction générale, Traité de droit civil,* LGDJ, 4è éd., 1994.

GUINCHARD, S., **FERRAND**, F., et **CHAINAIS**, S., *Procédure civile,* 31e éd., Précis droit privé, Dalloz, 2012.

HERON, J., *Droit judiciaire privé,* Domat droit privé, Montchrestien, 3e éd., par T. Le BARS, 2006.

HUET, J., et **DREYER**, E., *Droit de la communication numérique,* Lextenso édictions, LGDJ, 2011.

KIRBY-LEGIER, C., et **CHARRET-DEL**, M., *Droit anglais et droit américain,* Armand Colin, 2011.

LAMBERT-FAIVRE, Y., et **LEVENEUR**, L., *Droit des assurances,* Précis Dalloz, 13è éd., 2011.

LAMBERT-FAIVRE, Y., et **PORCHY-SIMON**, S., *Droit du dommage corporel, 7*è éd*.,* Précis droit privé, Dalloz, 2012.

LEGEAIS, R., *Les grands systèmes de droit contemporains, approche comparative,* Litec, 2e éd., 2008.

LE TOURNEAU, Ph., *Droit de la responsabilité et des contrats,* Dalloz action, 2013-2014.

MALINVAUD, Ph., *Introduction à l'étude de droit,* Manuel, LexisNexis, 14è éd., 2013.

MAZEAUD, H., L., J., et **CHABAS**, Fr., *Leçons de droit civil, T.II, Obligations, théorie générale,* Montchrestien, 9è éd., 1998.

MAZEAUD et **TUNC**, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. 1, 6e éd., Montchrestien, 1965.

Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, T. 2, 6e éd., Montchrestien, 1970.

PICOD, Y., et **DAVO**, H., *Droit de la consommation,* 2e éd., Sirey, 2010.

PIEDELIEVRE, S., *Droit de la consommation,* Économica, 2008.

PLANIOL, M., et **RIPERT**, G., *Traité de droit civil français,* T.X, *Contrats civils*, par **HAMEL**, J., **GIVORD**, F., **TUNC**, A., 2e, éd., 1956.

POTHIER, *Traité des obligations,* Orléans, 1961.

RAYMOND, G., *Droit de la consommation,* LITEC, 2008.

RIPERT, G. et **BOULANGER**, J., Traité élémentaire de droit civil, T. 2, LGDJ, 1957.

ROLAND, H., et **BOYER**, L., *Adages du droit français,* 4è éd., 1999.

SAVATIER, R., *Traité de la responsabilité civile,* T. 2, LGDJ, 1951.

TERRÉ, Fr., Introduction générale au droit, Précis dalloz, 9è éd., 2012.

TERRÉ, Fr., **SIMLER**, Ph., **LEQUETTE**, Y., *Les obligations,* 11e éd., Dalloz, 2013.

TERRÉ, Fr., **LEQUETTE**, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 2, Les obligations, contrats spéciaux, sûretés*, Dalloz, 2008.

VINEY, G., *Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil,* 3e éd., LGDJ, 2008.

VINEY, G. et **JOURDAIN**, P., *Les conditions de la responsabilité,* Traité de droit civil, LGDJ, 4e éd., 2013.

VINEY, G., et **JOURDAIN**, P., *Les effets de la responsabilité,* 3e éd., LGDJ, 2011.

Ouvrages spéciaux

ACCAD, L., et **CAUSSIN-ZANTE,** M., *Les nouvelles obligations juridiques du médecin,* Éditions Eska, 2001.

ALLAND, D., et **RIALS**, S., (sous la direction de), *Dictionnaire de culture juridique,* PUF, 2003.

ANNAUD, A.-J., *Les juristes face à la société du XIXè siècle à nos jours,* PUF, 1975.

ARENDT, H., *La crise de la culture, huit exercices de pensée politique,* Gallimard, 2000.

ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Flammarion, 2004.

BECK, U., *La société du risque,* Flammarion, 2001.

BOBBIO, N., *Essai de théorie du droit,* LGDJ, Bruylant, 1998.

BRUSCHI, M., *La prescription en droit de la responsabilité civile,* Économica, Série études et recherches, 1997.

CARBONNIER, J., *Sociologie juridique,* Armand Colin, 1972.

Droit et passion sous la Vème République, Flammarion, 1966.

CASSON, Ph., et **PIERRE**, Ph., (sous al direction de), *La réforme de la prescription extinctive, le chaos enfin régulé?*, Actes du colloque organisé à L'université de Rennes, les 15 et 16 mai 2009, Dalloz, 2010.

CATALA, P., (sous la direction de) *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription,* La documentation française, 2006.

Collectif, *Les métamorphoses de la responsabilité, 6è journée René Savatier, Poitiers 15 et 16 mai 1997,* PUF, 1997.

Collectif, *La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire,* sous la direction de F. LEDUC, Économica, 1997.

Collectif, *Le Code civil, 1804-2004, le livre du bicentenaire,* Dalloz, 2004.

Collectif, *La création du droit par le juge,* APD, T. 50, 2007.

Collectif, *Les limites de la réparation du préjudice,* Travaux menés sous la direction de François Ewald*,* Dalloz, 2009.

Collectif, *Les immunités de responsabilité civile,* sous la direction d'O. DESHAYES, PUF, 2009.

CONSEIL D'ETAT, *Responsabilité et socialisation du risque,* Rapport public, La documentation française, 2005.

CASSON, Ph., *Les fonds de garantie. Accident de la circulation et de chasse, infractions pénales, actes de terrorisme et contamination par le VIH,* LGDJ, 1999.

COUR de CASSATION, *La protection de la personne,* Rapport annuel pour l'année 2000, La documentation française, 2001.

COUR de CASSATION, *L'innovation technologique,* Rapport annuel pour l'année 2005, La documentation française, 2006.

COUR de CASSATION, *Le risque,* Rapport annuel pour l'année 2012, La documentation française, 2013.

DELMAS, M., *Pour un droit commun,* Seuil, 1994.

DURKHEIM, E., *De la division du travail social,* PUF, Paris, 1893.

EWALD, F., *Naissance du Code civil,* Flammarion, 2004.

FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil,* T13, Paris, 1828.

GENY, F., *Science et technique en droit privé positif,* Sirey, 1927.

GIDDENS, A., *Les conséquences de la modernité,* L'harmattan, 1994.

HUET, J., *Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés,* Litec, 1987.

HUME, D., *Traité de la nature humaine, Tome III, La morale,* Flammarion, 1999.

KELSEN, H., *Théorie pure du droit,* Bruylant, LGDJ, 1999, traduction par Ch. Eisenmann.

LE BRETON, *Sociologie du risque,* PUF, 2012.

LECLERC, P., *La sécurité sociale, son histoire à travers les textes,* Association pour l'histoire de la sécurité sociale, 1996.

LECUYER, G., *Liberté d'expression et responsabilité, Étude* de droit privé, Dalloz, 2006.

LEDUC, F., (sous la direction de), *La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire,* Economica, 1997.

MARGUENAUD, J.-P., *L'animal en droit privé,* PUF, 1992.

MORVAN, P., *Le principe de droit privé,* LGDJ, 1999.

OST, F., et **VAN DE KERCHOVE**, M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit,* FUSL, Bruxelles, 2002.

PERELMAN, CH., (études publiées par) *Les antinomies en droit,* Bruylant, Bruxelles, 1965.

Le problème des lacunes du droit, Bruxelles, Bruylant, 1968.

PORTALIS, J., *Examen des diverses observations proposées contre le projet de Code civil, in Discours, travaux et rapports inédits sur le Code civil,* publié par le Vicomte F. Portalis, Paris, 1844.

Le discours préliminaire, in Le discours et le Code, Portalis deux siècles après le Code Napoléon, Litec, 2004.

RAWLS, J., *Théorie de la justice,* Édition du seuil, 1987.

SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet du Code civil pour l'Empire allemand*, 3e éd., LGDJ, 1914.

TERRÉ, FR., (sous la direction de) *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile,* Dalloz, 2011.

VALAT, B., *Histoire de la sécurité sociale, (1945-1967),* L'État, l'institution et la santé, Économica, 2001.

VINEY, G., *L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation,* LGDJ, 1992.

WEBER, M., *Le savant et le droit,* Plon, 1959.

WU, C., *La pollution du fait du transport maritime des hydrocarbures, Responsabilité et indemnisation des dommages,* Pédone, 1994.

Monographies et thèses

AFCHAIN, M.-A., *La responsabilité de la société (administrative, civile et pénale),* thèse Tours, 2006.

ALBIGES, C., *De l'équité en droit privé,* BDPR, T. 329, LGDJ, 2000.

ALISSE, J., *L'obligation de renseignements dans les contrats,* thèse, Paris II, 1975.

ALIX, D., *Essai sur la coaction*, LGDJ, 1976.

BALLOT-LENA, A., *La responsabilité civile en droit des affaires, des régimes spéciaux vers un droit commun,* BDPR, T. 493, LGDJ, 2008.

BENOIT-RENAUDIN, C., *La responsabilité du préposé,* BDPR, T.520, LGDJ, 2010.

BISSON, B., *L'autorité dans la famille,* thèse Reims, 2004.

BOUCARD, H., *L'agréation de la livraison dans la vente, essai de théorie générale,* thèse Poitiers, LGDJ, 2005.

BOURDOISEAU, J., *L'influence perturbatrice du dommage corporel en droit des obligations,* BDPR, T. 513, LGDJ, 2010.

BOYER, Y., *L'obligation de renseignements de la formation du contrat,* thèse Aix-en Provence, 1977.

BUSSY-DUNAUD, F., *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties,* BDPR, T.201, LGDJ, 1988.

CADIET, L., *Le préjudice d'agrément,* thèse Poitiers, 1983.

CARVAL, S., *La responsabilité dans sa fonction de peine privée,* BDPR, T.250, LGDJ, 1995.

CASSAGNABERE, C., *La responsabilité envers soi-même,* thèse Rennes, 2011.

CAYROL, N., *Les actes ayant pour objet l'action en justice,* Economica, 2001.

CHABAS, Fr., *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation,* BDPR, T. 78, LGDJ, 1967.

CHENOT, F., *La protection contre les troubles de voisinage en droit privé,* thèse Poitiers, 1999.

CLAIRE RENAUD, L., *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuelle de la réparation,* thèse Chambéry, 2006.

COEFFARD, P., *Garantie des vices cachés et responsabilité contractuelle de droit commun,* Presses universitaires de Poitiers, LGDJ, 2005.

COUTANT-LAPALUS, *Le principe de réparation intégrale en droit privé,* PUAM, 2002.

De BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'État,* thèse dactylographiée, Pau, 1993.

DELIYANNIS, J., *La notion d'acte illicite, considérée en sa qualité d'élément de la faute délictuelle,* LGDJ, 1952.

DEPADT-SEBAG, V., *La justification du maintien de l'article 1386 du Code civil,* BDPR, T.344, LGDJ, 2000.

DONNIER, J.-B., *L'autorité en droit privé,* thèse Aix-Marseille, 1992.

DUBIGEON, A., *Le concours des qualités juridiques sur la tête d'une même personne dans les rapports d'obligation,* thèse Nantes, 2005.

EULER, N., *La notion de risque en droit public,* thèse Grenoble, 1994.

FABRE-MAGNAN, M., *De l'obligation d'information dans les contrats,* BDPR, T. 221, LGDJ, 1992.

FAURE-ABBAD, M., *Le fait générateur de responsabilité contractuelle,* LGDJ, thèse Poitiers, 2003.

FAVIER, J., *Les relations de cause à effet dans la responsabilité quasi-délictuelle,* thèse Paris, 1951.

FORTAT, N., *Autorité et responsabilité administrative,* thèse Tours, 2011.

GANNAGÉ, L., *La hiérarchie des normes et les méthodes de droit international privé, Étude de droit international privé de la famille,* BDPR, T. 353, LGDJ, 2001.

GOLDIE-GENICON, C., *Contribution à l'étude des rapports entre droit commun et droit spécial des contrats,* thèse Paris I, 2006.

GRAMMATIKAS, G., *Théorie générale de la renonciation en droit civil,* LGDJ, 1971.

GRAYOT, S., *Essai sur le rôle des juges civils et administratifs dans la prévention des dommages,* BDPR, T.509, LGDJ, 2009.

GROSSER, P., *Les remèdes à l'inexécution du contrat,Essai de classification,* thèse Paris I, 2000.

GULLI, J.-P., *La cause juridique de la demande en justice, essai d'une définition,* BDPR, T.44, LGDJ, 1962.

GUYENOT, J., *La responsabilité des personnes morales publiques et privées, considérations sur la nature et le fondement de la responsabilité du fait d'autrui,* LGDJ, 1959.

HONORAT, J., *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile,* BDPR, T. 98, LGDJ, 1969.

JEAMMAUD, A., *Des oppositions de normes en droit privé interne,* Thèse dactylographiée, Lyon, 1975.

JOLY, A., *Essai sur la distinction du préjudice direct et du préjudice indirect,* thèse Caen, 1939.

JOSSERAND, L., *De la responsabilité des choses inanimées,* thèse Lyon, 1897.

JULIEN, J., *La responsabilité du fait d'autrui, ruptures et continuités,* PUAM, 2001.

LAPOYADE-DESCHAMPS, C., *La responsabilité de la victime,* thèse Bordeaux, 1977.

LECUYER, G., *Liberté d'expression et responsabilité,* Nouvelle bibliothèque de thèse, T.56, Dalloz, 2006.

LEHOT, M., *Le renouvellement des sources internes du droit et le renouveau de la responsabilité civile,* Université du Maine, 2001.

LUXEMBOURG, F., *La déchéance des droits,* thèse Panthéon-Assas, 2008.

MAILLOT, J.-M., *La théorie administrative des principes généraux du droit, continuité et modernité,* Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, Vol. 26, 2003.

MALAURIE, Ph., *L'ordre public et le contrat,* thèse Paris, 1953.

MARTEAU, P., *La notion de causalité dans la responsabilité civile,* thèse Aix, 1913.

MATRINGE, E., *La réforme de la responsabilité civile en droit suisse : modèle pour le droit français ?*, thèse Strasbourg, 2010.

MAUCLAIR, S., *Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial de la responsabilité civile extra-contractuelle,* thèse Orléans, 2011.

MAZEAU, L., *La responsabilité civile des professionnels exploitant une activité à risque*, thèse Toulouse, 2010.

MIGNOT, M., *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé,* Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2002.

MOULY-GUILLEMAUD, C., *Retour sur l'article 1135 du Code civil, une nouvelle source du contenu contractuel,* BDPR, T. 460, LGDJ, 2006.

OUDOT, P., *Le risque de développement, contribution au maintien de la réparation,* thèse Dijon, 2001.

PERDRIX, L., *La garde d'autrui,* BDPR, T. 521, LGDJ, 2010.

PICOD, Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat,* BDPR, T. 208, LGDJ, 1989.

POUMAREDE, M., *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile,* thèse Toulouse, 2003.

PUECH, M., *L'illicite dans la responsabilité civile extracontractuelle,* LGDJ, 1971.

QUEZEL-AMBRUNAZ, C., *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile,* Nouvelle bibliothèque de thèse, Dalloz, 2008.

RABUT, A., *De la notion de faute en droit privé,* thèse Paris, 1946.

ROBINEAU, M., *Contribution à l'étude du système de responsabilité, les potentialités du droit des assurances,* Defrénois, T. 19, 2006.

SABARD, O., *La cause étrangère dans les droits privé et public de la responsabilité civile extracontractuelle,* Collection de thèse, Fondation Varenne, LGDJ, 2008.

SAINCTELETTE, C., *De la responsabilité et de la garantie,* 1884.

SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile,* A. Rousseau, 1897.

TRAULLE, J., *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle,* BDPR, LGDJ, T.477, 2007.

TRICOIRE, J.-PH., *Les concours d'action en matière immobilière,* BDPR, T. 512, LGDJ, 2009.

VINEY, G., *Le déclin de la responsabilité individuelle,* BDPR, T. 53, LGDJ, 1965.

VIRALLY, M., *La pensée juridique,* Les introuvables, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2010.

VOIDEY, N., *Le risque en droit civil,* PUAM, 2005.

Articles et chroniques

ABERKANE, H**.,** *Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminée,* RTD civ., 1958, p. 516.

ABRAVANEL-JOLLY, S., *Les fonds de garantie des accidents de circulation et de chasse rebaptisés fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages,* RCA, 2004, chronique n°4.

ALBERT, N., *Causalité administrative et causalité civile,* RLDC, juillet-août 2007, actes du colloque « Les distorsions du lien de causalité en droit de al responsabilité », n°spécial p. 27.

ALT-MAES, F., *Les deux faces de l'information médicale: vers un nouvel équilibre des relations médecin-malade après la loi du 4 mars 2002,* Gaz. Pal., 14-16 décembre 2003, p. 3.

AMOUROUX, H.-V., *Le véhicule et l'outil, l'applicabilité de la loi du 5 juillet 1985 aux matériels de travaux et de chantier,* Gaz. Pal., 1990, doctr. p. 121.

AMSELEK, P., *Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique,* RDP, 1978, p. 1.

Une fausse idée claire : la hiérarchie des normes juridiques, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Dalloz, 2007, p. 983, et RRJ, 2007-2, p. 557.

ANCEL, P., *Le concours de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle,* in *Actes du colloque de Chambéry, Les concours de responsabilités, entre dialogue et conflits,* RCA, 2012, dossier n°8.

ANTOINE, S., *Un animal est-il une chose?* Gaz. Pal., 1994, I., doctr. p. 594.
Le droit de l'animal, évolution et perspective, D. 1996, chronique p. 119.
ARHAB, F., *Les nouveaux territoires de la faute,* RCA, 2003, chronique n°16.
ATTIAS, C., *Définir les définitions ou définir le droit?*, RRJ 1987-4, p. 1079.
L'équilibre renaissant de la vente, D. 1993, chronique p. 1.
ATTIAS, C., et **LINOTTE**, D., *Le mythe de l'adaptation du droit au fait,* D. 1977, chronique p. 251.
AUVRET, P., *La concordance entre la loi de 1881 et la Convention européenne des droits de l'homme,* Gaz. Pal., 2003, doctr. 3701.
BACACHE, M., *Responsabilité médicale, évolution ou régression?* D. 2012, n°34, p. 2277.
BARBATO, J.-C., Élargissement *de la responsabilité de la puissance publique, 1. le renouveau de la garde des personnes en droit administratif,* RFDA, 2007, p. 780.
BARKOUCHE, D., *le fait du préposé de nature à engager la responsabilité du commettant,* RCA, 2013, dossier n°13.
BARROT, R., *Remarques sur la notion de cause et ses applications,* RGAT, 1989, p. 476.
BATIFOL, H., *Question de l'interprétation juridique,* APD, T. 17, 1972, p. 9.
BAUDIN, H., *La responsabilité en matière délictuelle, corréalité et solidarité,* JCP, 1943, I? 349.
BEIGNIER, B., *Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs, les principes généraux de la procédure civile,* Le droit privé français à la fin du XIXe siècle, Études offertes à Pierre Catala, Litec, 2001, p. 153.
BELLET, P., *Grandeur et servitude de la Cour de cassation,* RIDC, 1980, p. 293.
BENABENT, A., *Conformité et vices cachés dans la vente: l'éclaircie,* D. 1994, chronique p. 115.
Le chaos de la prescription extinctive, Études en l'honneur de J. Boyer, PU Toulouse, 1996, p. 123.
BERAUD, R., *Les mythes de la responsabilité civile,* JCP, 1964, I, 1837.
BERGEL, J.-L., *Typologie des définitions dans le Code civil,* RRJ, 1986-4, p. 31.
Importance, opposabilité et rôle des définitions dans les textes législatifs et règlementaires, RRJ, 1987-4, p. 1119.
BERTOL, D., *L'articulation entre la responsabilité parentale et la responsabilité des tiers, gardiens temporaires des mineurs,* LPA, 24 juin 2005, p. 14.

BILLET, P., *Prescription des obligations financières liées à la réparation es atteintes à l'environnement: les affres du temps,* JCP, A, 2008, act. 697.

BLAISE, H., *La responsabilité du salarié envers l'employeur,* RJS, 1996-2, p. 68.

BLIN-FRANCHOMME, P., *Le critère de la garde des personnes au regard du principe général de responsabilité du fait d'autrui,* LPA, 24 novembre 1997.

BLOCH, C., *Pour une autre présentation de la responsabilité du fait des produits de santé,* RCA, 2009, étude n°16.

Définition de la faute, in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, sous la direction de Fr. Terré, Dalloz, 2011, p. 104.

Ma très « cher » Erika, RCA, 2012, n°12, p. 3.

BOCHATAY, D., *L'équité dans la justice arbitrale, aspects philosophiques et de droit comparé,* Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé, Bruylant, 2008, p. 30.

BOULANGER, J., *Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile,* RTD civ., 1961, p. 417.

BOULANGER, J, *Principes généraux du droit et droit positif,* Le droit privé français au milieu du XIXe siècle, Mélanges Georges Ripert, LGDJ, 1950, T. 1, p. 51.

BOURDOISEAU, J., *Recours des tiers payeurs: entre confirmation et revirement,* D. 2012, p. 1051.

BOURTHOUMIEUX, J., *Dommages punitifs,* RGAT, 1996, p. 861.

BOUZAT, P., *L'obligation d'informer le consommateur,* RTD civ., 1973, p. 630.

BORÉ, J., *Le cumul de la responsabilité du fait personnel et de la responsabilité du fait des choses*, JCP, 1965, 1, 1961.

Le recours entre coobligés in solidum, JCP, 1967, I, 2126.

La responsabilité des parents pour le fait des choses ou des animaux dont leur enfant a la garde, JCP, 1968, I, 2180.

La causalité partielle ou les deux visages de l'obligation in solidum, JCP, 1970, I, 2369.

BORGHETTI, J.-S., *Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle,* in Études offertes à G. Viney, Liber amicorum, LGDJ, 2008, p. 145.

La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps, RTD civ., 2010, p. 1.

Qu'est-ce qu'un vaccin défectueux? D., 2012, p. 2853.

*contentieux de la vaccination contre l'hépatite B, le retour en force de la condition de participation du produit à la survenance du dommage,*D., 2013, p. 1717.

BREMONT, V., *L'atteinte portée par le droit commun de la responsabilité aux équilibres propres au contrat de cautionnement,* RTD com., 1999, p. 339.

BRIGANT, J.-M., *Pas d'immunité judiciaire pour l'avocat en dehors du prétoire,* JCP, 2012, p. 547.

BRUEL, A., *Le juge des enfants et la construction de l'autorité,* Informations sociales, n°105, 2002, p. 82.

BRUN, Ph., *La constitutionalisation de la responsabilité pour faute,* RCA, juin 2003, p. 37.

Causalité juridique et causalité scientifique, Actes du colloque sur les distorsions du lien de causalité en droit de la responsabilité, RLDC, juillet-août 2007, n°spécial, p. 15.

De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses, RTD civ., 2010, p. 487.

BULYGIN, E., *Système juridique et ordre juridique,* Mélanges Michel Troper, Économica, 2006, p. 223.

CALAIS-AULOY, J., *Ne mélangeons plus conformité et sécurité,* D. 1993, p. 130.

Le risque de développement: une exonération contestable, Mélanges M. Cabrillac, Litec, 1999, p. 81.

Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel, D. 2002, chronique p. 2458.

CAMPROUX, M.-P., *La loi du 5 juillet 1985 et son caractère exclusif,* D. 1994, chronique p. 109.

CANIVET, G., *Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile,* Liber amicorum, Études offerts à Geneviève Viney, LGDJ, 2008, p. 213.

CARBONNIER, J., *Le silence et la gloire,* D. 1951, chron., p. 119.

Application du bref délai de l'action rédhibitoire à l'action en nullité pour erreur sur la substance, RTD civ., 1961, p. 333.

CARCENAC, M., *La condition juridique du fabricant d'éléments préfabriqués,* RGDA, 1997, p. 655.

CARON, C., *La force majeure, talon d'Achille de la responsabilité des père et mère,* Gaz. Pal., 8-9 septembre 1998, p. 21.

CASAUX-LABRUNE, L., *Vice caché et défaut de conformité: propos non conformiste sur une distinction viciée,* D. 1999, chronique, p. 1.

CASSON, Ph., *Le recours des tiers payeurs: une réforme en demi-teinte,* JCP, 2007, I, 144.

CHABAS, FR., *Bilan de quelques années de jurisprudence en matière de rôle causal,* D. 1970, chronique p. 115.

CHAGNY, M., *L'introduction des dommages-et-intérêts punitifs en droit des contrats,* JCP, 2006, I, 149.

CHANTEPIE, G., *Chronique de droit du tourisme,* LPA, 27 juillet 2009, p. 10.

CHAZAL, J.-P., *Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux,* Mélanges Calais-Auloy, Dalloz, 2004, p. 279.

CLERC-RENAUD, L., *Les concours de responsabilités civiles délictuelles,* Actes du colloque de Chambéry, *Les concours de responsabilité: entre dialogue et conflits,* RCA, 2012, dossier 9, n°14.

La responsabilité du fait d'autrui dans les projets européens, Journées stéphanoises du 27 et 28 novembre 2009, *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation, Recueil des travaux du GRERCA*, IRJS éditions, 2012, p. 311 et s.

COCHET, D., *Droit des obligations, la contribution à la dette des coobligés in solidum,* LPA, 2004, n°118, p. 3.

COMBACAU, J., Le droit international, bric-à-brac ou système ?, APD, T. 31, 1986, p. 281.

CONTE, Ph., *Le législateur, le juge, la faute et l'implication (la fable édifiante de l'autonomie de la loi du 5 juillet 1985),* JCP, 1990, I, 3471.

CORGAS-BERNARD, C., *La pluralité de responsables en droit français et dans d'autres ordres juridiques nationaux, in Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation, Recueil des travaux du GRERCA,* IRJS éditions, 2012, p. 427 et s.

CORNU, G., *Les définitions dans la loi,* Mélanges dédiés à J. Vincent, Dalloz, 1981, p. 77.

COSTES, L., *Propos diffamatoires couverts par l'immunité judiciaire de la loi de 1881,* Revue Lamy droit de l'immatériel, 2001, p. 45.

DAIGRE, J.-J., *Une évolution jurisprudentielle bienvenue: le non-cumul de l'action en comblement de passif et des actions en responsabilité de droit commun,* Bull. Joly, 1995, p. 953.

DAVER, C., *De la relation de confiance à l'obligation d'information: de quelques réflexions sur la genèse d'une obligation,* Cah. dr. entr., 2001-1, p. 20.

DAVID-CONSTANT, C., *L'influence de la sécurité sociale sur la responsabilité civile,* Mélanges offerts à René Savatier, Dalloz, 1965, p. 235.

DAVO, H., *Clauses abusives; bref aperçu de la loi du 1er février 1995 transposant la directive 93/13,* REDC, 1995, p. 215.

De BECHILLON, *Réflexions critiques,* RRJ, 1994-1, p. 247.

De JUGLART, M., *L'obligation de renseignements dans les contrats,* RTD civ., 1951, p. 1.

DEREUX, G., *De la réparation due par l'auteur d'une seule des fautes dont le concours a causé le dommage*, RTD civ., 1944, p. 155.

DESHAYES, O., *Autorité de la chose jugée, office du juge et responsabilité civile,* RDC, octobre 2008, p. 1143.

Retour sur l'autorité de la chose jugée et la responsabilité civile, RDC, 2009, n°4, p. 1391.

DESSUET, P., *Le régime applicable aux* d*ommages intermédiaires,* RDI, 2001, p. 113.

DOLL, P.-J., *Les récentes applications jurisprudentielles de l'obligation pour le médecin de renseigner le malade et de recueillir son consentement éclairé,* Gaz. Pal., 1972, 2, p. 428.

DREIFUS-NETTER, F., *Feue la responsabilité civile contractuelle du médecin ?* D., 2002, chronique, p. 4.

DREYER, E., *Disparition de la responsabilité en matière de presse,* D., 2006, chron., p. 1337.

DROIN, N., *Réflexions sur le concept de « garde », nouveau fondement de la responsabilité sans faute de l'État?* JCP, 2010, p. 835.

DUPEUX, J.-Y., et **ADER**, B., *La liberté d'expression de l'avocat,* Légipresse, 2012, p. 547.

DUPEYROUX, O., *La jurisprudence, source abusive du droit,* Mélanges offerts à Jacques Maury, Dalloz, 1960, p. 349.

DUTOIT, B., et **MAJOROS**, F., *Le lacis des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles,* Rev. Crit. DIP, 1984, p. 565.

ESMEIN, P., *De l'influence de l'acceptation des risques par la victime éventuelle d'un accident,* RTD civ., 1938, p. 387.

La faute et sa place dans la responsabilité civile, RTD civ., 1949, p. 481.

peine ou réparation, Mélanges en l'honneur de Paul Roubier, T. II, Dalloz, 1961, p. 37.

Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité, D. 1964, chronique p. 205.

FARJAT, G., *Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts, prolégomènes pour une recherche,* RTD civ., 2002, p. 221.

FAUVARQUE-COSSON, B., *L'ordre public,* in Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, 1804-2004, Dalloz, 2004, p. 475.

FISHER, J., *Causalité, imputation, imputabilité: les liens de la responsabilité civile,* Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, *Libre droit,* Dalloz, 2008, p. 383.

FLOUR, Y., *Faute et responsabilité civile : déclin ou renaissance,* Droits, T. 5, Fin de la faute ?, 1987, p. 29.

FRANSCESCZKIS, P., *Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois,* Rev. Crit. DIP, 1966, 1, p. 1.

GAUDIN, L., *Regards dubitatifs sur l'effectivité des remèdes offerts au consommateur en cas de défaut de conformité de la chose vendue,* D., 2005, chron., p. 631.

GAVIN-MILLAN OOSTERLINCK, E., *La responsabilité délictuelle et les outils de son pilotage par la Cour de cassation,* RRJ, 2006-4, p. 22287.

Pour une durée décennale de la responsabilité du constructeur, RDI, 2006, p. 259.

GIRARD, M., *L'intégrisme causal, avatar de l'inégalité des armes?,* D. 2005, p. 2620.

GOUDAILLIER, J.-P., *Sens et contresens du mot autorité,* Informations sociales, n°105, 2002, p. 4.

GRANET, F., *Perturbations dans la hiérarchie des normes juridiques,* in Le droit privé français à la fin du XIX^{e} siècle, Études offertes à Pierre Catala, Litec, 2001, p. 41.

GRIDEL, J.-P., *Glose d'un article imaginaire inséré dans le Code civil en suite de l'arrêt Blieck: chacun répond, de plein droit, du dommage causé par celui dont il avait la mission de régler le mode de vie ou de contrôler l'activité,* Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à P. Drai, Dalloz, 2000, p. 609.

GROUTEL, H., *Le fondement de la réparation institué par la loi du 5 juillet 1985,* JCP, 1986, I, 3244.

L'implication du véhicule dans la loi du 5 juillet 1985, D. 1987, p. 1.

La pluralité d'auteurs dans un accident de la circulation, D. 1989, chronique p. 86.

Les démembrements du régime général de responsabilité délictuelle du fait des choses, in La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire, sous la direction de F. Leduc, Economica, 1997, p. 61.

Le recours des tiers payeurs: une réforme bâclée, RCA, 2007, étude 1.

GRYNBAUM, L., *la certitude sur le lien de causalité en matière de responsabilité est-elle un leurre dans le contexte d'incertitude de la médecine?* D. 2008, p. 1928.

GRZEGORCZYK, C., *Évaluation critique du paradigme systémique dans la science du droit,* APD, T. 31, 1986, p. 281.

Ordre juridique comme réalité, Droit, n°35, Ordre juridique/2, 2002, p. 103.

GUEDER, P., *La loi de 1881 sur la presse à l'aune de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme,* Gaz. Pal., 2003, doctr. 3692.

GUINCHARD, S., L'autorité de ce qui n'a pas été jugé à l'épreuve des nouveaux principes du procès civil et de la simple faculté pour le juge de changer le fondement juridique des demandes, Mélanges en l'honneur du doyen G. Weiderkehr, De code en code, Dalloz, 2009, p. 379.

HAIM, V., *De l'information du patient à l'indemnisation,* D. 1997, chronique p. 125.

HOQUET-BERG, S., *Les sanctions du défaut d'information en matière médicale,* Gaz. Pal., 9-10 septembre 1998, p.12.

Vers la suppression de l'acceptation des risques en matière sportive? RCA 2002, chronique n°15.

Le régime juridique de la recherche biomédicale réformé par la loi n°2004-806 du 9 août 2004 relative à la santé publique, RCA, 2004, étude 23.

Pas de responsabilité sans faute du chirurgien dentiste pour les dommages dus aux soins et non à un défaut de la prothèse dentaire, Rev. Générale du droit on line, 2013, n°4351.

HUET, J., *L'obligation in solidum et le jeu de la solidarité dans la responsabilité des constructeurs,* RDI, 1983, p. 11.

JAMIN, C., *Commentaire de la loi du 1er février 1995,* RTD civ., 1995, p. 437.

JAUFFRET-SPINOSI, C., *Les dommages-et-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers,* LPA, 20 novembre 2002, p. 8.

JIOGUE, G., *L'article 1384 al. 1Er in medio du Code civil et la réparation des dommages causés par les membres indéterminés d'un groupe,* RRJ 2011-1, p. 355.

JOSSERAND, L., *La responsabilité envers soi-même,* DH, 1934, p. 73.

JOURDAIN, P., *Le particularisme des recours dans la responsabilité des constructeurs,* RTD civ., 1990, p. 498.

La non imputation sur le préjudice des prestations versées par les caisses de retraites et de prévoyance: consécration jurisprudentielle, RTD civ., 1990, p. 544.

L'obligation de sécurité, Gaz. Pal., 1993, 2, doctr., p. 1171.

Implication et causalité dans la loi du 5 juillet 1985, JCP 1994, I, 3794.

Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages, Gaz. Pal., 2 juillet 1994, p. 826.
Le fondement de l'obligation de sécurité, Gaz. Pal., 23 septembre 1997, p. 1196.
Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui?, RCA hors série novembre 2000, p. 5.
Transposition de la directive sur la vente du 25 mai 1999: ne pas manquer une occasion du progrès, D. 2003, p. 4.
La responsabilité pour autrui à la recherche de ses fondements, Études à la mémoire de C. Lapoyade-Deschamps, PU Bordeaux, 2003, p. 67.
Retour sur l'imputabilité, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Dalloz 2007, p. 511.
La réforme du recours des tiers payeurs: la victime favorisée, D., 2007, p. 454.
À propos de la faute en matière sportive, Le monde du droit, Écrits en l'honneur de Jean FOYER, Économica, 2008, p. 559.
Demande nouvelle et autorité de la chose jugée, RTD civ., 2009, p. 731.
Le droit de préférence de la victime, RCA, 2009, étude 3.
Quelle responsabilité pour le chirurgien qui implante une prothèse défectueuse? RTD civ. 2012, n°4, p. 737.
Vaccination contre l'hépatite B: le défaut présumé à partir des présomptions de causalité, RTD civ., 2013, p. 131.
L'immunité du préposé, RCA, 2013, dossier n°14.
JOSSELIN-GALL, M, *La responsabilité du fait d'autrui sur le fondement de l'article 1384 al. 1er,* JCP, 2000, I, 268.
JOSSERAND, *Le travail de refoulement de la responsabilité du fait des choses inanimées,* DH, 1930, chronique p. 5.
KALINOWSKI, G., *Philosophie et logique de l'interprétation en droit,* APD, 1972, T. 17, p. 39.
KAYSER, P., *La solidarité en cas de faute,* Rev. Crit., 1931, p. 197.
KHADIM, J., *L'indemnisation des dommages résultant d'un incendie ou d'une explosion d'un véhicule terrestre à moteur,* Gaz. Pal., 1994, 1, doctr. p. 148.
LABIN, J., *Concours des actions de l'assuré et de l'assureur subrogé contre le tiers responsable,* RAGT, 1986, p. 264.

LACHIEZE, C., *Code de la consommation et Code du tourisme, conflit ou concorde?*JCP, 2009, I, 145.

LAGARDE, X., *la transaction et les tiers: tentative de clarification d'une question complexe,* RDC, 2005, p. 413.

LAMBERT-FAIVRE, Y., *L'exigence de sécurité et la prospective juridique en matière de responsabilité médicale,* Revue française du dommage corporel, 1997, p. 7.

De la dégradation juridique des concepts de responsabilité et de victime, D. 1984, chronique p. 51.

L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de réparation à une créance d'indemnisation, RTD civ., 1987, p. 1.

Fondement et régime de l'obligation de sécurité, D. 1994, chronique p. 81.

L'éthique de la responsabilité, RTD civ., 1998, p. 1.

La réparation de l'accident médical: obligation de sécurité, oui; aléa thérapeutique, non, D. 2001, chronique, p. 570.

LAROUMET, C., *Les transpositions française et espagnole de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux devant la CJCE,* D., 2002, p. 2426.

LASSERRE-KIESOW, V., *La vérité en droit civil,* D. 2010, p. 907.

LAURENT, N., *Ombres et lumière sur la règle nemo contra se... en droit des assurances,* RGDA, 2003, p. 23.

LEBEN, Ch., *Troper et Kelsen,* Droits, T. 37, 2003, Michel Troper, p. 13.

LEBRETON, G., *La responsabilité parentale : abandon d'un système de responsabilité classique pour un système d'indemnisation,* RRJ, 2002-3, p. 1270.

Mise en garde contre l'irruption de la garde dans le droit de la responsabilité administrative, D. 2007, p. 2817.

LE COURVIOUR, K., *Responsabilité pour pollution majeure résultant du transport maritime d'hydrocarbures,* JCP, 2002, I., 189.

LEDUC, F., *La spécificité de la responsabilité contractuelle du fait des choses,* D. 1996, chronique p. 164.

Les contours de la notion d'accident de la circulation (à propos des accidents de chargement et de déchargement) RCA, 1997, chronique n°15.

La cause exclusive, RCA, 1999, chronique, n°17.

Les rapports entre les différentes responsabilités du fait d'autrui, RCA, novembre 2000, hors série *La responsabilité du fait d'autrui*, *Actualités et évolutions,* p. 18.
Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil, LPA, 6 juillet 2005, p. 3.
Causalité civile et imputation, Revue Lamy droit civil, 2007/40, suppl. 2631.
Les concours entre les régimes spéciaux et le droit commun, Actes du colloque de Chambéry, *Les concours de responsabilités: entre dialogue et conflits,* RCA, 2012, dossier 10.
LEGEAIS, R., *Un article à surprise ou le nouvel essai de généraliser la responsabilité du fait d'autrui,* D. 1965, p. 131.
LLORENS, F., *Le devoir de conseil des constructeurs,* RDI, 2002, p. 241.
Le MOIGNE, J.-L., *Les systèmes juridiques sont-ils passibles d'une représentation systémique?* RRJ, 1985-1, p. 155.
LESSONA, S., *Essai d'une théorie générale de la renonciation en droit civil,* RTD civ., 1912, p. 316.
Le TOURNEAU, Ph., *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile,* RTD civ., 1988, p. 505.
LEVENEUR, L., *Le forçage du contrat,* Droit et patrimoine, 1998, n°58, p. 69.
LIMPENS, J., *La faute et l'acte illicite en droit comparé,* Mélanges en l'honneur de J. Dabin, Bruylant et Sirey, 1963, T. 2, p. 723.
la théorie de la relativité aquilienne en droit comparé, Mélanges offerts à R. Savatier, Dalloz, 1965, p. 559.
LIET-VEAUX, G., *De la publication des lois, décrets et actes réglementaires,* RDA, 1971, p. 656.
LISANTI-KALCZYNSKI, C., *L'action directe dans les contrats? Plus de dix ans après l'arrêt Besse,* JCP, 2003, I, 102.
LOKIEC, P., *La décision médicale,* RTD civ., 2044, p. 641.
MAINGUY, D., *Propos dissidents sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation,* JCP, 2002, I, 183.
L'actualité des actions directes dans les chaines de contrats, Mélanges Béguin, Litec, 2005, p. 449.
MALAURIE, Ph., *La réforme de la prescription civile, commentaire de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008,* Defrénois 2008, p. 2029.

MALINVAUD, Ph., *La loi du 19 mai 1999 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux et le droit de la construction,* D. 1999, chronique p. 85.

Prescription et responsabilité des constructeurs après la réforme du 17 juin 2008, RDI, 2008, p. 368.

MARCHADIER, F., *La contribution de la CEDH à la recherche d'un équilibre entre le bailleur et le preneur d'un immeuble destiné à l'habitation,* D., 2012, p. 2007.

MARGUENAUD, J.-P., *La personnalité juridique des animaux,* D. 1998, chronique p. 205.

MARKESINIS, B.-S., *La perversion des notions de responsabilité civile délictuelle par la pratique de l'assurance*, RIDC, 1983, p. 301.

MARTEAU-PETIT, M., *La dualité des critères de mise en œuvre du principe de responsabilité du fait d'autrui,* RRJ, 2002-1, p. 255 et 2002-2, p. 817.

MARTIN, R., *A la recherche de la cause en procédure civile,* D. 1998, chronique p. 312.

MARTY, G., *La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile*, RTD civ., 1939, p. 685.

Illicéité et responsabilité, Études juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière, Dalloz, 1964, p. 339.

MAURY, *Observation sur la jurisprudence en tant que source du droit, Études* Ripert, 1950, T. 1, p. 28.

MAYER, D., *La garde en commun,* RTD civ., 1975, p. 197.

MAZEAUD, D., *Un principe général de responsabilité du fait des choses est-il réellement nécessaire? Point de vue du privatiste,* in La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire, sous la direction de F. Leduc, Economica, 1997.

Autorité du commettant et responsabilité: approche du droit civil, RLDC, 2008, suppl. n°51.

MEILLON, D., *Un nouveau fondement pour la responsabilité sans faute des personnes publiques: la garde,* RDP 2006, p. 1221.

MELLENEC, L., *A propos des barèmes médicaux pour une réforme d'un régime qui fonctionne à l'envers,* Gaz. Pal., 1994, 1, doctr., p. 442.

MESCHERIAKOFF, A.-S., *La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente,* AJDA, 1976, p. 596.

MESTRE, J., *Rapport de synthèse sur la question de l'intangibilité du contrat,* Droit et patrimoine, mars 1998, n°58, p. 78.

Des notions de consommateur en droit français, RTD civ., 1989, p. 62.

Du nécessaire altruisme du gérant d'affaire et de son droit à indemnisation, RTD civ., 1989, p. 540.

MEURISSE, R., *Le déclin de l'obligation in solidum,* D., 1962, p. 243.

MILLET, F., *L'acceptation des risques réhabilitée? Une application aux responsabilités du fait d'autrui,* D. 2005, chronique p. 2830.

MOLFESSIS, N., *Les sources constitutionnelles du droit des obligations,* Le renouvellement des sources du droit des obligations, LGDJ, 1996, p. 66.

La hiérarchie des normes ressuscitée par le Conseil d'État, RTD civ., 1999, p. 231.

La jurisprudence relative à la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés ou l'irrésistible enlisement de la Cour de cassation, Mélanges offerts à M. Gobert, Économica, 2004, p. 500.

MONIN, M., *La hiérarchie des normes n'existe pas,* D. 1999, dernière actualité, p. 1.

MOTULSKY, H., *Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée*, D. 1968, chronique p. 1.

Écrits, études et notes de procédure civile, D. 1973, p. 38.

MOULY, J., *Les concours de régimes spéciaux,* in *Les actes du colloque de Chambéry, Les concours de responsabilités, entre dialogue et conflits,*RCA, 2012, dossier n°9.

ORLLIE-PETIT, *La notion de consommateur en droit français,* CCC, 1988, n°44.

PAISANT, G., *La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente des biens de consommation,* CCC, 2005, chron. 8.

PAISANT, G. et **LEVENEUR**, L., *Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente des biens de consommation?* JCP, 2002, I, 135.

PAULLAND-DULLIAN, F., *De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires,* RTD com., 1997, p. 349.

PASANISI, E., *Considérations sur une question discutée: la subrogation en matière d'assurance,* Études offertes à A. BESSON, LGDJ, 1976, p. 275.

PEANO, M.-A., *L'incompatibilité entre les qualités de gardien et de préposé,* D. 1991, chronique p. 51.

PHILIPPE, D.-M., *La théorie de la relativité aquilienne,* Mélanges Dalcq, Larcier, 1994, p. 481.

PIATTI, M.-C., *Droit éthique et condition animale, réflexion sur la nature des choses,* LPA, 1997, p. 4.

PICOD, Y., *Réflexions sur la sanction de l'obligation d'information bénéficiant aux cautions d'entreprise,* D., 2002, chron., p. 1971.

PIERRE, Ph., *L'introduction des dommages-et-intérêts punitifs en droit des contrats,* RDC, 2010, p. 1107.

PLANIOL, *Du fondement de la responsabilité civile,* Rev. Crit., 1905, p. 80.

PLEZKA, K., et **GIZZBERT-STUNDNICKI**, T., *Le système du droit dans la dogmatique juridique,* APD, T. 31, 1986, p. 107.

PONSEILLE, A., *Le sort de la condition de cohabitation dans la responsabilité civile des père et mère du fait dommageable de leur enfant,* RTD civ., 2003, p. 645.

PORCHY-SIMON, S., *Le recours des tiers payeurs à l'épreuve de la politique jurisprudentielle de la Cour de cassation,* D., 2010, chron. p. 593.

POSTAGLIU, E., *Faits simultanés et responsabilité collective,* RTD civ., 1954, p. 438.

PUGET, H., et **SECHE**, J.-C., *La promulgation et la publication des actes législatifs en droit français,* RDA, 1959, p. 244.

PUIG, P., *Hiérarchie des normes, du système au principe,* RTD civ., 2001, p. 749.

QUEZEL-AMBRUNAZ, C., *La fiction de la causalité alternative,* D. 2010, chronique p. 1162.

RADE, C., *L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés,* JCP, 1997, I, 4009.

Il faut sauver la jurisprudence Costedoat!, RCA, 2002, chronique n°13.

La résurgence de la faute dans la responsabilité du fait d'autrui, RCA, 2004, étude n°15.

Brefs propos sur une réforme en demi-teinte, RDC, 2007, p. 77.

RAFFI, R., *Implication et causalité dans la loi du 5 juillet 1985,* D. 1994, p. 158.

RAYMOND, G, *Définir le consommateur,* CCC, 2004, n°7.

RAYNAUD, J.-L., *À propos du Code de la consommation,* Gaz. Pal., 1994, 1, doctr. 181.

RAYNAUD, P., *De la responsabilité civile à la sécurité sociale,* D. 1948, chronique, p. 91.

La renonciation à un droit, RTD civ., 1936, p. 763.

REMY, Ph., *Critique du système français de responsabilité,* Droits et cultures, 1996, p. 31.

La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept, RTD civ., 1997, p. 323.

RIEG, A., *L'interprétation par le juge des règles écrites, rapport français,* in Travaux de l'association Capitant, 1978, p. 70.

RINGEL, Fr., et **PUTMAN**, E., *L'animal animé par le droit,* RRJ, 1995, p. 45.

RIOT, C., *L'exercice subordonné de l'art médical,* D., 2006, chronique p. 111.

ROBERT, A., *La responsabilité civile de l'expert judiciaire,* D. 2013, chronique p. 855.

ROLLAND, R., *La double nature de la responsabilité délictuelle du fait d'autrui: garde ou surveillance d'autrui?* LPA, 19 septembre 2000, p. 4.

ROUTIER, R., *Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif, commentaire de l'article L. 650-1 du Code de commerce,* Gaz. Pal., 2005, doctr. 3012.

ROUBIER, P., *L'article 1386 du Code civil et sa portée en droit contemporain,* JCP, 1949, I, 768.

ROUSSEAU, Fr., *De quelques réflexions sur la responsabilité collective,* D., 2011, chronique, P. 1983.

SAINT-PAU, J.-C., *La responsabilité du fait d'autrui est-elle devenue personnelle et directe?*, RCA, 1998, p. 4.

Responsabilité et anormalité, Études à la mémoire de C. Lapoyade-Deschamps, PU, Bordeaux, 2003, p. 249.

SALLE de la MARNIERRE, M., *La déchéance comme mode d'extinction d'un droit (essai de terminologie juridique)*, RTD civ., 1933, p. 1037.

SALVAT, O., *la garantie spéciale de conformité et l'obligation de délivrance conforme: quel choix d'action pour l'acheteur?*CCC, 2006, étude 18.

SAMPER, V.-C., *Argumentaire pour l'application de la systémique au droit,* APD, 1999, T. 43, p. 327

SANIVELICI, R., *La responsabilité civile dans les Codes civils des pays socialistes européens,* RIDC, 1981, n°3, p. 821.

SARGOS, P., *L'obligation d'informer le patient,* LPA, 22 septembre 1999, p. 9.

SAVATIER, *La responsabilité générale du fait des choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité générale du fait des personnes dont on doit répondre?* DH, 1933, chronique p. 81.

SEIFFRET, E., *L'article 1386 du Code civil, suppression ou réhabilitation (à travers un quatrième temps dans la valse interprétative menée par le juge)?* RCA 2009, étude n°9.

SERINET, Y.-M., *La directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans les ventes de biens de consommation: transposer n'est pas oser,* RDC, 2005, p. 955.

SERLOOTEN, P., *Vers une responsabilité professionnelle ?* Mélanges offerts à Pierre Hébraud, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 805.

SINTEZ, C., *La notion de la perte de chance,* LPA, 31 octobre 2013, n°218, p. 9.

SLIM, H., *Un principe général de responsabilité du fait des choses est-il nécessaire? Point de vue comparatiste,* in La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire, sous la direction de F. Leduc, Economica, 1997.

SOHM-BOURGEOIS, A.-M., *La personnification de l'animal, une tentation à repousser,* D. 1990, chronique p. 33.

SORTAIS, J.-S., *Les contours de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif,* Mélanges P. Bezard, *Le juge et le droit de l'économie,* Montchrestien, 2002, p. 321.

STARCK, B., *La pluralité de causes de dommages et la responsabilité civile,* JCP, 1970, I, 2339.

TALLON, D., *L'inexécution du contrat, pour une autre présentation,* RTD civ., 1994, p. 223.

TAURAN, Th., *Que faut-il entendre par système juridique ?* RRJ, 2001-3, p. 1529.

TERRE, Fr., *La volonté et la loi,* APD, 1957, p. 99.

La crise de la loi, APD, 1980, T.25, p. 17.

THIBIERGE, C., *Le droit souple, réflexions sur les textures du droit,* RTD civ., 2003, p. 599.

TIMSIT, G., *L'ordre juridique comme métaphore,* Droits, n°33, Ordre juridique, 2002, p. 3.

TOURNAFOND, O., *Les prétendus concours d'action et le contrat de vente,* D. 1989, p. 237.

De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du Code civil, D. 2002, chronique p. 2883.

TROPER, M., *Le système juridique et l'État,* APD, T31, Le système juridique, 1986, p. 29.

La pyramide est toujours debout, RDP, 1978, p. 1523.

TUNC, A., *Les récents développements des droits anglais et américains sur la relation de causalité entre la faute et le dommage dont on doit réparation,* RIDC, 1953, p. 25.

VEAU, D., Sélection *des actions de l'acheteur,* CCC, octobre 1993, chronique 9.

VERLY, N., *La Cour de cassation réaffirme l'exclusion de l'article 1382 du Code civil du procès de presse,* Legipresse, 2013, n°307, p. 425.

VERNENGO, R.-J., *Le droit est-il un système?*APD, 1991, T. 36, p. 253.

VERON, P., *Revirement « transitoire » de la Cour de cassation, le chirurgien qui implante une prothèse défectueuse soumis à la responsabilité pour faute,* Rev. générale de droit médical, 2012, n°45, p. 201.

VIALLE, P., *Dommage direct dans la responsabilité administrative,* RDP, 1974-2, p. 1267.

VIGNEAU, V., *Trente ans de jurisprudence sur la notion de consommateur,* Gaz. Pal., 2002, doctr. 1279.

VIGNON-BARRAUT, A., *L'autorité, critère d'identification du responsable,* RLDC, 2008, suppl. N°51.

VINCENT, J., *L'extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive,* RTD civ., 1939, p. 601.

VINEY, G., *De l'application de la loi du 5 juillet 1985 à l'accident de la circulation qui est en même temps un accident du travail,* D., 1989, chron. p. 231.

Vers un élargissement des personnes dont on doit répondre: la porte ouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384 al. 1er, D. 1991, chronique, p. 157.

Existe-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui? RCA hors-série, novembre 2000, p. 31.

Pour ou contre un « principe général» de responsabilité pour faute? Études offertes à P. Catala, *Le droit privé français à la fin du XIXè siècle,* Litec, 2001, p. 555.

Quel domaine assigner à la loi de transposition de al directive européenne sur la vente? JCP, 2002, I, 158.

Interprétation par la CJCE de la directive du 25 juillet 1985, JCP, 2002, I, 177.

Vers une révision du régime légal d'indemnisation des victimes d'accident du travail et de maladies professionnelles, Mélanges X. Blanc-Jouvan, Société de législation comparée, 2005, p. 859.

Le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de liberté d'expression, in *Les droits et le droit,* Mélanges dédiés à B. BOULOC, Dalloz, 2006, p. 1167.

Les modifications apportées par la loi du 17 juin 2008 à la prescription extinctive des actions en responsabilité civile, RDC, 2009-2, p. 493.

VULLIERME, J.-L., *Description systémique du droit,* APD, 1988, T. 33, p. 155.

WALINE, M., *Le pouvoir normatif de la jurisprudence,* Études en l'honneur de George Scelle, LGDJ, 1950, p. 613.

WALTZ, B., *Regard critique sur le critère de désignation du responsable du fait d'autrui,* RCA, novembre 2012, étude n°9.

WIEDERKHER, G., *De la loi du 5 juillet 1985 et de son caractère autonome,* D. 1985, chronique p. 255.

WROBLEWSKI, J., *L'interprétation en droit, théorie et idéologie,* APD, 1972, T. 17, p. 51.

ZEIDENBERG, S., *A la recherche de la source de la responsabilité parentale,* RRJ, 2001-4, p. 1351.

Décisions citées

Un classement chronologique des principaux arrêts cités est ici présenté, la référence de chaque arrêt comprend les notes, observation, commentaires et autres conclusions utilisées dans la thèse.

1895

-Cass. 17 août 1895, D. 1896, 1, 81, note PLANIOL.

1896

-Cass. civ., 18 juin 1896, *Teffaine*, S. 1897, 1, p. 17, note ESMEIN, p. 433, concl. SARRUT, note SALEILLES.

1911

-Civ., 21 novembre 1911, GAJC, 11e éd., n°262, DP., 1913, 1, p. 249, note SARRUT, S. 1912, 1, 73, note LYON-CAEN.

1929

- Civ. 27 avril 1929, DP, 1929, 1, 129, note RIPERT.

1930

-Cass. ch. réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*, DP, 1930, 1, 57, concl. MATTER, note G. RIPERT; S. 1930, 1, 121, note ESMEIN.

1936

-Cass. civ., 3 mars 1936, *Franck*, DP, 1936, p. 81, note CAPITANT.

-Cass. Civ., 20 mai 1936, Gaz. Pal., 1936, conclusion MATTER, p. 41; DP 1936, I, p. 88, concl. MATTER, rapp. JOSSERAND; Sirey, 1937, 1, p. 321, note BRETON.

1937

-Civ., 27 juillet 1937, S., 1938, I, p. 321, note G. MARTY.

1939

-Civ., 4 décembre 1939, DP, 1941, p. 124.

1945

-Civ., 5 mars 1945, D. 1946, p. 1, note A. BESSON.

1947

-Civ., 24 juin 1947, RTD civ., 1947, p. 434, note H. et L. MAZEAUD.

1948

-Civ., 26 janvier 1948, D. 1948, jp. p. 485, note G. RIPERT, JCP, 1949, II, 4649, note R. SAVATIER.

1951

-Com., 19 juin 1951, deux arrêts, JCP, II, 6426, note E. BECQUE, D., 1951, p. 717, note G. RIPERT.

1956

- CE. Sect. 3 février 1956, Ministre de la justice c/ Thouzellier, Lebon p. 49, AJDA 1956, I, p. 96, chron. F. GAZIER

1957

Crim., 22 mai 1957, Bull. Crim., n°436.

-Civ., 5 juin 1957, D. 1957, p. 493, note R. SAVATIER; JCP, 1957, II, 10205, note P. ESMEIN; RTD civ., 1957, p. 695, obs. H et L. MAZEAUD.

1964

-Civ., 1re, 14 décembre 1964, RTD civ., 1965, p. 671, note G. CORNU.

1965

- Civ. 2e, 4 novembre 1965, D. 1966, p. 394, note A. PLANCQUEEL.

1966

-Civ. 11 février 1966, D. 1966, p. 228, note R. SHMELCK, R. RODIERE, RTD civ. 1966, p. 538.

1968

-Civ. 2è, 10 janvier 1968, RTD civ., 1968, p. 725, obs. G. DURRY.

-Civ. 1er, 12 juin 1968, RTD civ., 1969, p. 165, obs. P. HEBRAUD.

-Crim., 28 juillet 1969, Gaz. Pal., 1969, 2, p. 364, note J.-P. DOUCET.

-Civ. 2e, 20 novembre 1968, JCP, 1970, II, 16567, note DEJEAN de la BATIE.

1969

-Civ. 1er, 18 mars 1969, JCP, 1970, II, 16422, note A. RABUT.

-Civ. 2e, 6 novembre 1969, RTD civ., 1970, p. 413, obs. P. RAYNAUD.

-Civ. 1er, 17 novembre 1969, Bull. Civ., I, n°347, RTD civ., 1970, p. 580, obs. G. DURRY, JCP 1970, II, 16507, note R. SAVATIER.

-CE. Sect. 19 décembre 1969, Établissements Delannoy, Lebon p. 595, AJDA 1970, p. 99, chron. R. DENOIX DE SAINT-MARC et D. LABETOULLE.

1970

-Civ. 2e, 8 juillet 1970, Bull. Civ., II, n°242, RTD civ. 1971, p.381, obs. G. DURRY.

1971

-Ch. mixte, 26 mars 1971, JCP, 1971, II, 16762, note R. LINDON.

1972

-Civ. 2e, 15 novembre 1972, D., 1973, p. 533, note Fr. CHABAS.

-Civ. 2e, 20 décembre 1972, JCP 1973, II, 17541, note N. DEJEAN de la BATIE.

1975

-Cass. ch. Mixte, 24 mai 1975, *J. Vabre*, D., 1975, p. 147.

1976

-Civ., 2e, 9 mai 1976, 3 arrêts, JCP, 1978, II, 18773, note DEJEAN de la BATIE.

1977

-Civ. 1er, 7 juin 1977, D. 1978, p. 289, note C. LARROUMET, JCP, II, 19003, note N. DEJEAN de la BATIE, RTD civ., 1978, p. 364, obs. G. DURRY.

1978

-Com., 20 février 1978, Bull. Civ., IV, n°71.

-Civ. 1er, 7 juin 1978, D. 1979, p. 333, note J. MESTRE.

-Civ. 3e, 15 novembre 1978, Bull. Civ., III, n°345, RDI, 1979, p. 306, obs. G. BERGEL.

1980

-Civ. 2e, 15 décembre 1980, D. 1981, p. 455, note E. POISSON-DROCOURT.

1981

-Civ. 2e, 11 février 1981, D. 1982, p. 255, note E. AGOSTINI.

1982

-D.C., 22 octobre 1982, n°1982-144, Rec. Cons. Const., p. 21.

-Civ. 1er, 14 décembre 1982, Gaz. Pal., 1983, 2, p. 276, obs. Fr. CHABAS.

1983

-Ass. Plén., 3 juin 1983, D. 1983, p. 557, Concl. CABANNES.

-Ass. Plén. 17 juin 1983, JCP, 1983, II, 20120 concl. SADON, note Fr. CHABAS.

-D. C., 20 juillet 1983, n°83-162, Rec. Cons. Const., p. 49.

-Civ., 1re, 7 décembre 1983, Bull. Civ., I, n°291, RTD civ., 1984, p. 717, obs. J. MESTRE.

1984

-Ass. Plén., 9 mai 1984, Fullenwarth, Bull. Civ., n°4, D, 1984, p. 525, note CHABAS, concl. CABANNES, JCP, 1984, II, 20255, note DEJEAN de la BATIE, RTD civ, 1984, p. 508, obs. J. HUET.

-Ass. Plén., 9 mai 1984, Bull. Civ., n°2 et 3, (*Lemaire* et *Derguini*), D., 1984, p. 525, note Fr. CHABAS, RTD civ., 1984, p. 508, obs. J. HUET, JCP, 1984, II, 20256, note P. JOURDAIN.

-Civ. 1re, 29 mai 1984, D. 1985, p. 213, note A. BENABENT.

1985

-Civ. 2e, 7 novembre 1985, JCP, 1986, II, 20598, note Fr. CHABAS.

1986

-Ass. Plén., 7 février 1986, 2 arrêts, D., 1986, p. 293, note A. BENABENT, JCP, 1986, II, 20616, note Ph. MALINVAUD.

1987

-Civ. 2e, 4 février 1987, D., 1987, p. 187, note H. GROUTEL.

-Civ. 2e, 20 juillet 1987, D. 1987, p. 469, obs. G. DURRY.

1988

-Civ. 2e, 13 janvier 1988, Bull. civ., II, n°13, D. 1988, p. 293, note H. GROUTEL.

-Civ. 2e, 20 avril 1988, Bull. civ., II, n°87, D. 1988, p. 580, note Y. LAMBERT-FAIVRE, RTD civ., 1988, p. 790, obs. P. JOURDAIN.

- Ass. Plén., 19 mai 1988, Bull. Ass., n°5, D. 1988, p. 513, note C. LARROUMET.

-Civ. 2e, 30 novembre 1988, JCP 1989, II, 21319, note GIRAUDEL, RTD civ. 1989, 331, obs. P. JOURDAIN.

-Civ., 2e, 14 décembre 1988, D. 1989, p. 385, note J.-L. AUBERT.

1989

-D. C., 17 janvier 1989, n°88-249, Rec. Cons. Const., p. 18.

-Civ. 2e, 28 juin 1989, Bull. civ., II, n°138 et 140, RTD civ., 1989, p. 767, obs. P. JOURDAIN.

-CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Lebon p. 190, concl. P. FRYDMAN.

1990

-CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, Lebon, p. 251.

-CE. 19 octobre 1990, *Ingremeau*, Lebon p. 284, AJDA 1990, p. 869, chron. E. HONORAT et R. SCHWARTZ.

- Com., 4 décembre 1990, JCP, 1991, II, 21725, note G. VIRASSAMY.

1991

-Ass. Plén., 29 mars 1991, *Blieck*, JCP, 1991, II, 21673, note J. GHESTIN; D, 1991, p. 324, note C. LARROUMET, RTD civ., 1991, p. 541, note P. JOURDAIN.

-Soc., 18 avril 1991, Bull. civ., V, n°211, JCP, 1991, II, 21714, note Y. SAINT-JOURS, RTD civ., 1991, p. 760, obs. P. JOURDAIN.

-Civ. 1er, 25 juin 1991, D. 1991, p. 566, note Ph. Le TOURNEAU.

-Ass. Plén., 12 juillet 1991, JCP, 1991, II, 21743, note G. VINEY; D. 1991, p. 549, note J. GHESTIN, p. 257, note C. JAMIN.

-Ass. Plén., 31 octobre 1991, Bull. ass. Plén., n°6, JCP, 1992, II, 21800, note Y. SAINT-JOURS, Rtd civ., 1992, p. 129, obs. P. JOURDAIN.

1992

-Civ. 2e, 19 février 1992, JCP, 1993, II, 22170, note G. CASILES-HUGUES.

-CE, 28 février 1992, *SA Rothmans international* et *SA Philip Morris*, Lebon p. 81.

-Com., 20 octobre 1992, RTD com., p. 146, note M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

1993

-Civ. 1er, 17 février 1993, JCP 1994, II, 22226, note M-A. DORSNER-DOLIVET.

-Civ. 1er, 16 juin, 13 octobre, 27 octobre et 8 décembre 1993, D. 1994, p. 115 note A. BENABENT, jp. p. 210, commentaire C. ATTIAS.

-Civ. 1er, 8 décembre 1993, D. 1994, p. 235, note B. BEIGNIER.

1994

-Civ. 3è, 5 octobre 1994, Justice 1995/2, 291, note WIEDERKEHR.

-D.C., 27 juillet 1994, n°94-343/344, Rec. Cons. Const., p. 100.

1995

-Civ. 1er, 17 janvier 1995, D. 1995, jp. p. 350, note P. JOURDAIN, JCP, 1995, I, 33853, n°9, obs. G. VINEY.

-Com. 28 février 1995, D. 1995, jp. 390, note DERRIDA.

- Civ. 2e, 22 mai 1995, Bull. Civ., II, n°155, JCP 1995, II, 22550, note C. MOULY, RTD civ. 1995, 889, obs. G. VINEY.

1996

- Civ. 2e, 18 septembre 1996, Bull. Civ., II, n°217, D. 1998, 118, note REBOURG, D. 1997, chron. 327, G. BLANC

-Crim. 10 octobre 1996, D. 1997, 309, note M. HUYETTE; JCP 1997, II, 22833, note Fr. CHABAS; Dr. Fam. 1997, n°83, note MURAT.

-Soc., 4 décembre 1996, JCP, 1996, I, 4064, n°11, obs. L. CADIET, RTD civ., 1998, n°6, p. 221, obs. N. MOLFESSIS.

1997

-Civ. 1er, 7 janvier et 25 février 1997, JCP, 1997, 4016, p. 181, G. VINEY et P. JOURDAIN, *L'indemnisation des accidents médicaux, que peut faire la Cour de cassation (à propos de Civ. 1er, 7 janvier et 25 février 1997).*

-Civ. 2è, 18 février 1997, Bertrand, Bull. Civ., II, n°56, D. 1997, p. 265, note P. JOURDAIN, JCP, 1997, II, 22848, note G. VINEY, concl. KESSOUS, RCA, 1999, chron. 9, F. LEDUC.

-Civ. 2e, 19 février 1997, Bull. Civ. II, n°44, JCP, G, 1997, II, 22900, note Pierchon; D. 1997, p. 265, note P. JOURDAIN.

-Civ. 2e, 19 février 1997, Bull. Civ., II, n°56, D. 1997, p. 265, note P. JOURDAIN, chron. 279, C. RADÉ, *Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui, (apologie de l'arrêt Bertrand),* RCA, 1997, *La responsabilité des père et mère; changement de nature,* F. LEDUC.

-Crim. 26 mars 1997, Bull. Crim., n°124, 3 arrêts, JCP 1997, II, 22868, rapport F. DESPORTES, JCP 1998, II, 10015, note M. HUYETTE, D. 1998, som. com. p. 201, obs. D. MAZEAUD.

-CE. 5 décembre 1997, Garde des sceaux c/ Pelle, RFDA 1998, p. 575, note C. GUETTIER.

1998

-CA Bordeaux, 2 février 1998, Cts Fraticola c/ département de l'Aude, AJDA 1998, p. 232, chron. G. VIVENS.

-Civ. 3e, 11 février 1998, D., 1999, p. 529, note S. BEAUGENDRE.

-Civ. 3e, 25 février 1998, Bull. Civ., III, n°44, RTD civ. 1998, p. 383, obs. P. JOURDAIN.

-Civ. 2e, 1er avril 1998, RTD civ., 1998, obs. J. MESTRE.

-CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran*, Lebon, 368, D., 2000, p. 152, note E. AUBIN.

1999

-Civ. 2e, 14 janvier 1999, RCA, 1999, chron. 7, H. GROUTEL.

-Com., 26 mai 1999, Bull. joly, 1999, p. 962, §225, note M. MENJUCQ.

-Civ. 2e, 27 mai 1999, RCA, 1999, com. N°245, note H. GROUTEL.

-Civ. 2e, 24 juin 1999, RCA, 1999, com. N°285, note H. GROUTEL.

-CJCE, *Arblade*, aff. C-369-96 et C-376-96 du 23 novembre 1999, Rec. I-8453, Rev. Crit. DIP, 2000, p. 170, note M. FALLON.

-D.C., 9 novembre 1999, n°99-419, JCP, G, 2000, I, 180, obs. G. VINEY, D. 2000, p. 424, obs. S. GARNERI.

- Civ. 2e, 9 décembre 1999, Bull. civ., II, n°189 ; D. 2000, jp. p. 73, note A-M. GALLIOU-SCANVION.

2000

-Civ. 2e, 20 janvier 2000, Bull. Civ., II, n°15, JCP 2000, I, 241, n°14, obs. G. VINEY, RTD civ. 2000, 588, obs. P. JOURDAIN, RCA 2000, n°111, note VAILLIER.

-Civ. 2e, 27 janvier 2000, JCP 2000, I, 241, n°7, obs. G. VINEY, JCP 2000, II, 10363, note Ph. CONTE, RCA 2000, comm. N°109, RTD civ. 2000, p. 335, obs. P. JOURDAIN.

-Ass. Plén. 15 février 2000, JCP, 2000, II, 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU.

- Civ. 2e, 23 mars 2000, Bull. civ. II, n°54, RTD civ. 2000, 581, obs. P. JOURDAIN, D. 2001, 586, note GARCON, JCP 2000, II, 10379, note DAGORNE-LABBE.

-Civ. 1re, 18 avril 2000, Bull. Civ., I, n°113, D., 2000, p. 177.

-Ass. Plén., 2 juin 2000, *Fraisse*, Bull. Civ., n°4, D. 2001, chronique p. 1636, B. BEIGNIER et S. MOUTON, JCP, 2001, II, 10453, note FOUCAULD.

-Ass. Plén., 12 juillet 2000, Bull. Plén. n°8, RTD civ. 2000, p. 845, D. 2004, somm. p. 463, obs. P. JOURDAIN.

-Civ. 2e, 13 juillet 2000, RTD civ., 2000, p. 855, obs. P. JOURDAIN.

- Civ. 2e, 16 novembre 2000, JCP 2001, I, 340, n°18, obs. G. VINEY, RTD civ. 2001, 603, obs. P. JOURDAIN.

-Cass. Ass. Plén., 17 novembre 2000, Bull. civ., n°9; D. 2001, p. 332, note D. MAZEAUD et note P. JOURDAIN, JCP 2000, II, 10438, rapp. P. SARGOS, concl. SAINTE-ROSE, note F. CHABAS.

2001

-Civ. 3e, 28 février 2001, RDI. 1001, 170, obs. Ph. MALINVAUD.

-Civ. 2e, 8 mars 2001, Bull. civ., II, n°46, JCP, 2001, II, 122, obs. G. VINEY.

-Com. 25 avril 2001, RTD civ., 2001, obs. M. BRANDAC et P. CROCQ.

-Civ. 2e, 10 mai 2001, JCP, G, 2001, II, 10613, note J. MOULY, D., 2001, p. 2851, rapp. P. GUERDER et note O. TOURNAFOND, RTD civ., 2001, p. 602, obs. P. JOURDAIN, JCP, 2001, I, 124, obs. G. VINEY.

-Civ. 1er, 6 novembre 2001, Bull. civ., I, n°269, CCC, 2002, note RAYMOND.

-Civ. 1er, 4 décembre 2001, RCA, 2002, comm. N°126, obs. H. GROUTEL.

-Ass. Plén., 14 décembre 2001, Bull. Ass., n°17, D. 2002, 1230, note J. JULIEN.

2002

-Civ., 2e, 24 janvier 2002, RCA, 2002, com. 174, chronique n°11, S. HOCQUET-BERG.

-Com., 19 février 2002, Droit des sociétés, 2002, comm. n°117, note D. VIDAL.

-Civ. 1er, 9 avril 2002, Bull. civ., I, n°112, JCP, 2003, I, 184, obs. L. MAYAUX.

-CJCE, 25 avril 2002, RTD civ., 2002, p. 523, obs. P. JOURDAIN.

-Civ. 2e, 6 juin 2002, 3 arrêts, Bull. civ., II, n°120, et J-C. BIZOT, *La responsabilité civile des père et mère du fait de leur enfant mineur: de la faute au risque,* Rapport annuel de la Cour

de cassation, 2002, p. 157; D. 2002, p. 2750, note HUYETTE, JCP, 2003, II, 10068, note GOUTTENOIR et ROGER, RTD civ., 2002, p. 825, obs. P. JOURDAIN.

-Civ. 2e, 11 juillet 2002, RCA 2002, comm. 327, D. 2002, IR. 2454, RTD civ. 2002 p. 823, obs. P. JOURDAIN.

-Civ. 1er, 18 septembre 2002, Bull. civ., I, n°200, RDI, 2003, p. 96, obs. Ph. MALINVAUD.

-Civ. 1er, 26 septembre 2012, D. 2012, n°1119, note C. QUÉZEL-AMBRUNAZ.

-Civ., 1er, 10 décembre 2002, RDC, 2003, p. 179, obs. D. HOUTCIEFF.

-Civ. 2e, 12 décembre 2002, Bull. Civ., II, n°289, D. 2003, somm. 2541, obs. F. LAGARDE, JCP 2003, I, 154, n°49, obs. G. VINEY, RCA 2003, chron. 4, H. GROUTEL, RTD civ. 2003, p. 305, obs. P. JOURDAIN.

-Ass. Plén., 13 décembre 2002, D. 2002, p. 231, note P. JOURDAIN.

2003

-Civ. 1re, 21 janvier 2003, D. 2003, p. 2993, note D. BAZIN-BEUST.

-Civ. 2e, 13 mars 2003, Bull. Civ., III, n°65, RCA, 2003, com. n°65.

-Civ. 2e, 7 mai 2003, Bull. civ., II, n°583, D. 2003, note M. HUYETTE, p. 2256.

2004

-Civ. 2e, 4 mars 2004, Bull. civ., II, n°84, D. 2004, p. 1204, observation N. FRICERO.

2005

-Crim. 8 février 2005, Bull. crim. n°44, JCP 2005, II, 10049, note STEINLE-FEUERBACH.

- CE. 11 février 2005, GIE AXA Courtage, Lebon p. 45.

-Civ. 1re, 1er mars 2005, CCC, 2005, comm. N°142, obs. G. RAYMOND.

-Civ. 3e, 14 septembre 2005, RDI, 2005, p. 461, obs. Ph. MALINVAUD.

-Civ. 1er, 27 novembre 2005, RTD civ. 2006, p. 126, note P. JOURDAIN; Gaz. Pal, 16-17 décembre 2005, p. 5, note S. LASFARGEAS.

-Civ. 1re, 29 novembre 2005, Bull. Civ., I, n°245.

-Civ. 3e, 14 décembre 2005, Bull. civ., III, n°245, RCA, 2006, comm. 92, RTD civ., 2006, p. 561, obs. P. JOURDAIN.

2006

-CE. 1er février 2006, Garde des sceaux c/ MAIF, AJDA 2006, p. 586, chron. C. LANDAIS et F. LENICA, RFDA 2006, p. 614, note P. BON.

-Civ. 2e, 8 février 2006, RCA 2006, n°4, p. 14 comm. H. GROUTEL ; Gaz. Pal, 2006, 2613, note A. PAULIN.

-Com., 7 mars 2006, Revue des sociétés, 2006, p. 644, note J.-F. BARBIERI; D. 2006, p. 858, note A. LIENHARD.

-Civ. 3e, 14 mars 2006, CCC. 2006, n°126, note L. LEVENEUR.

- Ass. Plén., 14 avril 2006, D. 2006, p. 1577, note P. JOURDAIN.

-Civ. 1er, 16 mai 2006, Bull. Civ., I, n°249; LPA, 25 juillet 2006, p. 15, note M. BRUSSORIO.

-Com., 27 juin 2006, Droit des sociétés, 2006, comm. n°75, note Y. CHAPUT; Gaz. Pal., 2006, n°4, p. 40, note T. MONTERAN.

-Ass. Plén. 7 juillet 2006, Bull. Ass. plén., n°8, Gaz. Pal, 22 juillet 2006; BICC 15 octobre 2006; D. 2006, p. 2135, note WEILLER; Procédures, octobre 2006, repère 1 par H. CROZE et R. PERROT; RTD civ. 2006-4, p. 825, obs. R. PERROT; JCP 2007, II, 10070, note WIERDERKEHR.

-Ass. Plén., 6 octobre 2006, D., 2006, p. 2825, note G. VINEY, JCP, 2006, II, 10181.

-Civ. 2e, 19 octobre 2006, RTD civ. 2007 p. 130 obs. P. JOURDAIN, JCPG 2007, II, 10030 note M. MEKKI.

-Civ. 2e, 26 octobre 2006, Bull. Civ., II, n°299, D. 2006, 204, note LAYDU, JCP 2007, II, 10004, note J. MOULY, ibid., I, 115, n°5, obs. STOFFEL-MUNCK.

2007

-Civ. 2e, 25 janvier 2007, RTD civ., 2007, p. 354, note P. JOURDAIN.

-Com., 20 février 2007, Bull. civ. IV, n°49, Procédures 2007, n°6 p. 12, obs. R. PERROT.

-Com., 22 mai 2007, RTD civ., 2008, p. 333, note P. CROCQ.

-Civ. 1er, 12 juillet 2007, Bull. civ., I, n°270, JCP, 2007, II, 10162, note S. HOQUET-BERG, D. 2007, p. 2980, note S. PORCHY-SIMON.

-Civ. 2e, 20 décembre 2007, RCA, 2008, com. 50, obs. H. GROUTEL.

2008

-Com., 19 février 2008, Gaz. Pal., 29 avril 2008, n°120, p. 42, obs. T. MONTERAN.

-Civ., 1er, 22 mai 2008, Bull. civ., I, n°147, RCA, n°10, p. 7 et s., note C. RADE, *Vaccination anti-hépatite B et sclérose en plaque: première condamnation d'un laboratoire.*

-Civ. 1er, 28 mai 2008, D. 2008, 1629, obs. X. DELPECH, RTD civ. 2008, 551, obs. R. PERROT.

-CE, 16 juin 2008, n°285385, Min. Justice c/ Assoc. Montjoie et MAIF, LPA, 20 mars 2009, note F. LOPES, p. 9.

-Civ. 2e, 11 septembre 2008, Bull. Civ., II, n°192, JCP 2008, II, 10184 note J. MOULY, JCP 2009, I, 123, n°8, obs. STOFFEL-MUNCK.

-Com., 14 octobre 2008, D., 2008, p. 412, note C. OGIER.

2009

-Civ. 3e, 31 mars 2009, RCA, 2009, com. n°116.

- CAA Nancy, 28 mai 2009, Min. Justice c/ Groupama Alsace, n°08NC00383.

-CJCE, 4 juin 2009, D. 2009, p. 1731, note S. BORGHETTI; JCP, G, 2009, n°27, p. 35, note P. JOURDAIN; RDC, 2009, 1381, obs. G. VINEY.

-Civ. 1er, 24 septembre 2009, D. 2010, p. 50, note Ph. BRUN, RCA, 2009, étude 15 par C. RADÉ, JCP, 2010, p. 456, n°5, note Ph. STOFFEL-MUNCK.

-Civ. 2e, 24 septembre 2009, JCP, S, 2009, 1542, note J. BOURDOISEAU.

2010

-Civ. 2e, 14 janvier 2010, RCA, 2010, comm. 71, H. GROUTEL.

-Civ. 1er, 28 janvier 2010, n°08-20755 et 08-21692, RCA 2010, comm. 84, note C. RADE; JCP G, 2010, p. 878, note S. HOCQUET-BERG, *La perte d'une chance pour fixer la réparation à la mesure statistique du lien causal entre les fautes et le dommage.*

-Civ. 2e, 25 février 2010, Bull. Civ., II, n°492, D. 2010, n°22, étude 1403, note B. HAFTEL, *Autorité de la chose jugée et syndrome du chef de dispositif fantôme.*

-CE, 17 mars 2010, AJDA, 2010, p. 1209, conclusions de C. ROGER-LACAN, rapporteur public, *Action subrogatoire: combinaison des jurisprudences Thouzellier et Axa courtage.*

-Civ. 1er, 20 mai 2010, JCP E, 2010, n°37, p. 29 et s., note H. BOUCARD.

-Civ. 1re, 17 juin 2010, RCA, 2010, comm. n°259, note C. RADÉ, RTD civ., 2010, p. 1247, chronique G. VINEY.

-3e civ., 4 novembre 2010, RCA, 2011, n°2, p. 27, comm. 69, H. GROUTEL.

2011

-Civ. 1er, 6 octobre 2011, Gaz. Pal, 4-5 novembre 2011, p. 31, *Refus de soin opposé au malade et faute de surveillance du médecin,* note S. BRISSY.

2012

-Civ. 2e, 13 janvier 2012, D., 2012, p. 1051, note J. BOURDOISEAU.

-Civ. 3e, 8 février 2012, RDI, 2012, p. 229, obs. Ph. MALINVAUD, RTD civ., 2012, p. 326, obs. P. JOURDAIN.

-Civ. 2e, 12 juillet 2012, RCA, 2012, n°9, comm. 225, note H. GROUTEL.

-Crim. 6 novembre 2012, n°11-86857, D. 2012, p. 2658, obs. I. GALLMEISTER, RCA 2012, étude n°2, S. MORACCHINI-ZEIDENBERG.

-Crim., 20 novembre 2012, RCA, 2013, comm. 56 par H. GROUTEL.

2013

-Civ. 1er, 1er janvier 2013, n°12-14.020, D. 2013, n°244, obs. I. GALLMEISTER.

-Civ. 1er, 10 avril 2013, RLDC, 2013, n°105, p. 49, note E. POULINQUEN; RLDC 2013, n°106, p. 22, note J.-Ph. BUGNICOURT.

-Civ., 1re, 10 avril 2013, D., 2014 p. 131, note C. BIGOT.

Index

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Abrogation tacite, 436

Accident, 280

Accident de la circulation
-Concours entre la loi Badinter et la responsabilité générale du fait des choses, 74; 657
-Concours entre la loi Badinter et le régime de réparation des accidents du travail, 676 et s.
-Définition, 225
-Justification du maintien de la règle spéciale, 246
-Extension de l'exclusivité, 585

Accident du travail, 245; 676 et s.

Antinomie
-Concours antinomique, 429
-Concours non antinomique, 428
-Définition, 424
-De condition, 462
-De résultat, 460
-Et concours intellectuels, 466
-Et concours matériels, 467
-Utilisation, 458 et s.

Assurance, 319

Autorité,
-Définition, 257 et s.

-Et responsabilité, 259

Autorité de la chose jugée, 327 et s.

C

Canalisation de la responsabilité
-Justification de la canalisation de la responsabilité, 247
-Règle de conflit adaptées, 544; 581 et s.

Cause du litige, 326 et s.
-Conception large, 333
-Conception stricte, 334 et 338

Causalité
-Causalité alternative, 112
-Causalité collatérale, 100 et 101
-Causalité exclusive, 306
-Causalité linéaire, 103 et 104
-Équivalence des conditions, 99
-Et relativité aquilienne, 199
-Incertitude causale, 110 et s.; 546 et s.; 592 et s.
-Quantification causale, 304 et s.
-Source de concours, 96 et s.
-Théories causalistes basées sur un critère temporel, 298 et s.

Cohérence
-Définition, 420 et s.
-Et concours de responsabilité, 424

Concours de qualifications, 525 et s.

Concours de responsabilités

-Entre clauses générales, 29 et s.
-En matière contractuelle, 39 et s.
-Entre les deux ordres de responsabilité, 48; 671 et s.
-Typologie, 519 et s.

Communication
-Concours intellectuels entre la loi du 29 juillet 1881 et les règles du Code civil, 80 et 81; 658
-Concours entre le droit relatif à l'Internet et les autres règles, 82 et 83
-Concours matériels, 79
-Corpus juridique, 78

Consommateur
-Concours avec des règles du droit de la consommation, 62
-Règlement proposé des concours avec des règles u droit de la consommation, 667 et s.

Constructeur
-Concours entre le droit commun et les garanties légales du constructeur, 63 à 66; 659 et s.
-Responsabilité, 60

Contrainte, 257 et s.

Contrat
-Forçage du contrat, 35 et s.

Critère chronologique
-Définition, 434 et s.
-Utilité, 439 et s.

Critère hiérarchique
-Définition, 445 et s.
-Utilité, 448 et s.

Critère de spécialité
-Définition, 452 et s.
-Utilité, 454 et s.

D

Définitions légales, 121

Demande nouvelle en appel, 330

E

Équité, 53 et s.; 413 et s.

Exclusivité
-Définition, 219 et s.
-De la loi Badinter, 74; 585
-De la responsabilité du fait des produits défectueux, 224; 586
-Exclusivité préventive, 220
-Exclusivité palliative, 221
-Primauté de la règle spéciale dans la règle de conflit proposée, 649 et s.

G

Garde
-Notion, 255
-Utilisation en droit public,

H

Handicap
-Réparation du handicap de l'enfant à la naissance, 117

I

Illicéité, 175 et s.

Immunité
-De l'auteur direct du dommage dans les responsabilité du fait d'autrui, 268
-Immunité d'action, 609 et s.
-Immunité de l'employeur, 613
-Immunité de responsabilité, 607 et s.
-Immunité du préposé, 614
-Immunité familiale, 612

Imputation
-Imputation exclusive, 107
-Lien d'imputation, 105 et 106

Intérêt légitime, 198

J

Justice
-Définition, 412
-Et équité, 413

L

Lacune du droit, 52

O

Obligation de sécurité dans le contrat
-Concours crées par l'obligation de sécurité, 39 et s.
-Existence en droit positif, 36

Obligation d'information dans le contrat
-Concours crées par l'obligation d'information, 42 et s.
-Existence en droit positif, 36

P

Perte de chance, 47

Prescription, 311 et s.

Présomption, 116

Préposé
-Garde d'une chose, 217
-Immunité, 609, 614

Produit défectueux,
-Concours entre la responsabilité du fait défectueux et la garantie légale du constructeur, 66
-Concours entre la responsabilité du fait des produits défectueux et la responsabilité médicale, 67
-Concours avec les autres régimes de responsabilité, 75, 224
-Exclusivité proposée, 664 et s.

Produits de santé, 250

R

Recours du *solvens* tiers payeurs, 322; 620; 638 et s.

Recours entre coauteurs, 554 et s.
-Quantum du recours, 557 et s.; 635 et s.

-Recours personnel, 555; 621
-Recours subrogatoire, 556; 616 et s.; 697 et s.

Régime général de responsabilité
-En droit positif, 25 et 26, 140 et s., 231 et s.
-Éviction des régimes généraux de responsabilité, 234 et s.

Régime spécial de responsabilité
-En droit positif, 498 et s.

Règles de conflit adaptées, 532 et s.
-Aux concours intellectuels, 564 et s.
-Aux concours matériels, 534 et s.

Règle de conflit unique
-Formulation, 456
-Mise à l'épreuve, 457 et s.

Relativité aquilienne, 193 et s.

Réparation du dommage
-Justification des exceptions à la réparation intégrale, 319 et s.

Responsabilité collective
-Définition, 547 et s.
-Mise à l'épreuve, 593 et s.

Responsabilité du fait d'autrui (généralités)
-Concours entre responsabilités du fait d'autrui, 41; 131; 587 et s.; 688 et s.
-Création d'un véritable régime général de responsabilité du fait d'autrui, 253 et s., spé. 260

Responsabilité du fait des animaux, 248

Responsabilité du fait des bâtiments en ruine, 249; 654

Responsabilité du fait des choses
-Amélioration, 242 et s.
-Construction d'un nouveau régime de responsabilité du fait des choses, 277 et s.
-Suppression,169

Responsabilité du fait personnel
-Amélioration, 236 et s.
-Suppression, 168

Responsabilité *in solidum,* 540 et s.

Responsabilité médicale
-Concours avec d'autres responsabilités, 47, 67
-Incertitude causale en matière médicale, 115 et s.
-Régime spécial, 61

Responsabilité parentale
-Concours entre la responsabilité parentale et les autres régimes de responsabilité, 131
-Évolutions successives, 129 et 130

S

Solidarité entre coauteurs, 542; 579 et s.

Solidarité nationale, 320 et s.

Spécial
-Définition de ce qui est spécial, 55

Système, 423, 445 et s.

T

Théorie du risque
-Définition, 277 et s.
-Risque profit, 259

Torts (délits spéciaux des droits anglo-saxons), 160 et s.

Trouble anormal de voisinage
-Régime de responsabilité, 149
-Règlement proposé des concours avec les autres régimes de responsabilité, 690 et s.

V

Vente
-Concours entre les obligations nées de la vente, 40, 44 à 46
-Concours entre le droit commun de la vente et le droit de la consommation, 68
-Défaut de conformité et vice caché, définitions légales, 122
-Défaut de conformité et vice caché, concours, 123
-Défaut de conformité et vice caché, impasse de la résolution du concours en droit positif, 217
- Défaut de conformité et vice caché, proposition de règlement du concours, 680 et s.

Table des matières

Remerciements....3
Liste des abréviations utilisées....4
Introduction....8
Partie 1 La suppression des concours de responsabilités par la réforme de la responsabilité civile, la tentation abandonnée....30
Titre 1 Aux sources des concours de responsabilités....31
Chapitre 1. L'extension de la responsabilité....33
Section 1. Généralisation de la responsabilité....33
§1. Les manifestations de la généralisation de la responsabilité....33
A. La création de clauses générales de responsabilité....34
1. Régimes généraux....34
2. Concours de responsabilités....38
a. Concours entre clauses générales....38
b. Concours entre les clauses générales et les « régimes spéciaux »....40
B. L'insertion de devoirs généraux dans le contrat....41
1. Présentation des devoirs généraux insérés dans le contrat....41
2. Concours de responsabilités....44
a. Concours en responsabilité contractuelle créés par l'intégration de l'obligation de sécurité....44
b. Concours en responsabilité contractuelle créés par l'intégration des obligations d'information.....46
c. Concours entre les deux ordres de responsabilité....54
§2. L'idéologie justifiant la généralisation de la responsabilité....55
A. La poursuite de l'idéal de complétude du système de responsabilité....55
B. La recherche de l'équité....57
Section 2. Spécialisation de la responsabilité....59
§1. Les manifestations de la spécialisation de la responsabilité....59
A. Création de responsabilités professionnelles....60
1. Exemples choisis de régimes spéciaux professionnels....60
2. Concours de responsabilités....64
B. Création de responsabilités sectorielles....70

1. Responsabilités du fait des choses potentiellement dangereuses....70
a. Corpus juridique....70
b. Concours de responsabilités....71
2. Responsabilités du fait des communications....75
a. Présentation générale....75
b. Les véritables concours de responsabilités....76
b. Concours-collaboration entre plusieurs réglementations....79
§2. L'idéologie justifiant la spécialisation de la responsabilité....81
A. L'adaptation de la règle aux nécessités sociales....81
B. Le dépassement des règles classiques de la responsabilité....83
Chapitre 2. L'appréciation souple des éléments de la responsabilité....86
Section 1. L'appréciation souple de la causalité....86
§1. Concours en cas de pluralité de liens causals....88
A. Concours en cas de pluralité de liens de causalité directs....88
B. Concours en cas de pluralité de liens de causalité de degré différents....90
1. Concours et causalité linéaire....90
2. Concours et causalité aménagée....92
§2. Concours en cas d'incertitude quant au lien causal....96
A. Concours de responsabilités et incertitude causale quant au dommage causé en groupe....97
B. Les concours de responsabilités et incertitude causale en matière médicale....103
Section 2. L'appréciation libre des autres conditions d'engagement de la responsabilité 108
§1. La modification du sens des notions légales....109
A. Illustration avec les définition du défaut de conformité et du vice caché dans la vente....110
B. Appréciation critique de la méthode....112
§2. La modification des conditions techniques d'application de la règle....114
A. Illustration avec la modification des conditions d'application de la responsabilité parentale....114
1. Bref rappel de l'évolution des conditions d'engagement de la responsabilité parentale....115

2. Concours de responsabilités créés par cette évolution.....117
B. Appréciation de la méthode.....118
Titre 2 Les orientations possibles de la réforme de la responsabilité civile.....122
Chapitre 1. L'achèvement de la spécialisation de la responsabilité civile.....123
Section 1. L'utilisation de la spécialisation comme outil de limitation de la responsabilité 123
§1. La suppression des clauses générales de responsabilité.....124
A. Identification des clauses générales de responsabilité.....124
B. Appréciation du résultat obtenu par la suppression des clauses générales.....129
1. Appréciation quantitative de la limitation de la responsabilité 129
2. Appréciation qualitative de la limitation de la responsabilité.....131
§2. Les principes directeurs de la limitation de la responsabilité par l'édiction de règles spéciales.....135
A. Le système de délits spéciaux.....136
1. Présentation 136
2. Capacité à limiter la responsabilité.....137
3. Opportunité d'une utilisation en droit français.....138
B. La condition d'illicéité.....141
1. L'illicéité comme condition de la responsabilité civile.....142
2. Utilité comme outil de limitation de la responsabilité civile.....147
3. Intégration en droit français.....148
a. Intégration de la condition d'illicéité dans la responsabilité pour faute.....150
b. Intégration de la condition d'illicéité dans la responsabilité du fait des choses 151
c. Intégration de la condition d'illicéité dans la responsabilité du fait d'autrui 152
d. Intégration de la condition d'illicéité dans la responsabilité contractuelle. 153
C. La théorie de la relativité aquilienne.....154
1. Présentation.....154
2. Application en droit français.....156
§3. Formulation des propositions.....162

Section 2 . L'utilisation de la spécialisation comme outil de suppression des concours de responsabilités....164
§1. Bilan en demi-teinte de la spécialisation de la responsabilité 164
A. La disparition de certains concours de responsabilités....164
B. La persistance des concours malgré la limitation de la responsabilité 166
§2. Propositions complémentaires visant à mettre fin aux concours de responsabilités 168
A. Le cloisonnement de chaque régime de responsabilité 169
B. L'exclusivité de chaque régime de responsabilité 175
1. Une méthode connue du droit positif....175
2. Difficultés d'utilisation....178
3. Rejet d'une utilisation dans le cadre de la réforme proposée....182
Chapitre 2. Le renouveau du droit commun de la responsabilité civile....185
Section 1. Les régimes génériques de responsabilité....186
§1. Amélioration des régimes généraux existants....186
A. Amélioration de l'efficacité des régimes pleinement généraux....187
1. Amélioration de l'efficacité du principe général de responsabilité pour faute 187
a. Mesure de la concurrence subie par l'article 1382 du Code civil....187
b. Suppression de la concurrence subie par l'article 1382 du Code civil....189
ą. La suppression sans risque des régimes de responsabilité pour faute faiblement dérogatoires....190
ß. L'inopportunité de la suppression des régimes de responsabilité fortement dérogatoires....190
2. Amélioration de l'efficacité du principe général de responsabilité du fait des choses....193
a. Impossible suppression des régimes spéciaux fortement dérogatoires....193
b. Suppression des rares régimes non dérogatoires....197
B. Pleine généralisation des régimes semi-généraux....202
1. Recherche d'un critère unique d'engagement de la responsabilité du fait d'autrui....202
a. Faiblesse des sources d'inspirations externes....203

b. Émergence du principe général de responsabilité du fait d'autrui sur la base d'une relecture des cas particuliers existants en droit positif.....206
2. Construction d'un régime unique de responsabilité du fait d'autrui.....213
a. La nature de la responsabilité du répondant pour autrui.....214
b. La nature du fait susceptible de déclencher la responsabilité du répondant 215
c. Le sort de l'auteur du dommage.....218
C. Sort de l'article 1147 du Code civil, disposition hybride.....222
§2. Construction de nouveaux régimes généraux.....225
A. Fondement du nouveau régime général de responsabilité du fait des choses: inspiration des théories du risque.....226
B. Construction du nouveau régime général de responsabilité du fait des choses. 230
C. Évaluation du nouveau principe général.....233
1. Unification globalement bienvenue des régimes en matière de responsabilité du fait des choses.....233
2. Limitation sérieuse des concours de responsabilités.....235
Section 2. Les dispositions fondamentales communes.....237
§1. Opportunité d'une suppression des concours par la réforme de la causalité.....238
A. Le rejet des théories causales basées sur un critère temporel.....239
1. Exposé des théories.....239
2. Raisons du rejet.....241
B. L'adoption des théories basées sur la quantification causale.....242
1. Présentation critique des théories.....242
2. Opportunité de l'adoption d'une théorie basée sur la quantification causale. .245
§2. Tentative d'influence positive sur les concours par la réforme des autres dispositions fondamentales communes.....246
A. La suppression d'un enjeu du concours par l'unification des prescriptions.....247
1. L'alignement incomplet des prescriptions par la réforme de 2008.....248
2. L'inopportunité d'une poursuite de l'harmonisation des délais de prescription 249
B. La suppression d'un enjeux du concours par l'unification des règles de réparation du dommage.....252

1. L'inopportunité de réformer les droits spéciaux limitant la réparation du dommage....253
2. L'inopportunité de réformer les droits spéciaux recourant à la solidarité nationale....254
C. La limitation des effets néfastes du concours d'actions en responsabilités par l'utilisation des règles de procédure civile....256
1. L'influence de l'évolution de la notion de cause sur le concours d'actions en responsabilités....257
a. Présentation de l'évolution de la notion de cause....258
b. La possible limitation des effets néfastes du concours 263
2. Les insuffisances des solutions retenues par le droit positif 268
Partie 2 Le choix opéré: la régulation des concours de responsabilités par l'utilisation de règles de conflit....276
Titre 1La recherche de règles de conflit visant à réguler les concours de responsabilités.....278
Chapitre 1 La règle de conflit unique....279
Section 1 La réussite théorique de l'élaboration d'une règle de conflit unique....279
§1. La détermination du principe directeur de la règle de conflit....280
A. La justice, l'objectif rejeté de la règle de conflit unique....280
1. Définition de l'objectif de justice....281
2. Justification du rejet de l'objectif de justice....283
B. La cohérence, l'objectif retenu de la règle de conflit....288
1. Définition de l'objectif de cohérence....288
2. Adoption de l'objectif de cohérence 290
§2. Formulation de la règle de conflit unique....295
A. L'antinomie, critère d'utilisation de la règle de conflit....295
B. Les modalités du retour à la cohérence, critères de fonctionnement de la règle de conflit 297
1. Le critère chronologique....298
a. Sens du critère chronologique....298
b. Utilité du critère chronologique....300
2. Le critère hiérarchique....301
a. Du système hiérarchique au critère hiérarchique....301

b. Utilité du critère hiérarchique.....304
3. Le critère de spécialité.....306
a. Sens du critère.....306
b. Utilité du critère.....307
Section 2 L'échec pratique de l'utilisation de la règle de conflit unique.....309
§1. Mise en œuvre délicate du critère de l'antinomie.....309
A. Typologie des antinomies en droit de la responsabilité.....309
1. Les antinomies de résultat.....310
2. Antinomies de condition.....310
B. Les limites de l'antinomie.....311
§2. Difficultés de mise en œuvre des différents critères de résolution des concours antinomiques 313
A. Les concours de critères 313
1. Présentation des concours de critères.....313
2. Méthode d'articulation des critères concurrents.....314
B. L'inadaptation des critères aux concours de responsabilités.....316
1. Inadaptation du critère chronologique.....316
a. Difficile classement chronologique des règles de la responsabilité civile..316
b. Faible potentiel de résolution des concours du critère chronologique.....319
2. Inadaptation du critère hiérarchique.....320
a. Classement hiérarchique des règles de responsabilité civile: rares certitudes 320
b. Classement hiérarchique des règles de responsabilité civile: nombreux doutes.....322
c. Faible potentiel du critère hiérarchique.....327
3. Inadaptation partielle du critère de spécialité.....328
a. Identification des règles générales de responsabilité civile.....328
b. Identification des règles spéciales de responsabilité civile.....329
c. Potentiel de résolution du critère de spécialité.....337
Chapitre 2 Préférence pour des règles de conflit adaptées à chaque type de concours.....340
Section 1 Typologie des concours de responsabilités.....340
§1. Le critère principal retenu: pluralité ou unité de responsable(s).....341

A. Justification négative du critère retenu.....341
1. Difficultés de création d'une typologie des concours par l'utilisation d'un critère reposant sur le dommage.....341
2. Retour nécessaire aux règles de responsabilité pour l'utilisation d'un critère reposant sur les faits générateurs du dommage.....342
B. Justification positive du critère retenu.....343
§2. Les critères secondaires retenus.....344
A. Critères secondaires en matière de concours matériels.....345
1. Le critère temporel.....345
2. Le critère psychologique.....346
B. Critères secondaires en matière de concours intellectuels.....347
1. Concours de qualifications quant au statut du répondant.....347
2. Concours de qualifications quant aux faits générateurs de responsabilité.....348
Section 2 Règles de conflit adaptées.....349
§1. Règles de conflit adaptées aux concours matériels.....350
A. Règles de conflit au stade de l'obligation à la dette.....350
1. Pluralité d'auteurs identifiés et certitude quant aux causes du dommage.....351
a. Libre choix d'un responsable, pour l'indemnisation de tout le dommage…351
b. Libre choix de tous les responsables, pour l'indemnisation de tout le dommage.....356
c. Absence exceptionnelle de choix du responsable par la victime.....356
2. Pluralité d'auteurs identifiés et incertitude quant aux causes du dommage....357
a. Le concept de responsabilité collective.....358
b. Les conditions d'engagement de la responsabilité collective.....361
B. Règles de conflit au moment de la contribution à la dette.....362
1. Le fondement du recours entre coauteurs.....362
2. Le quantum du recours entre coauteurs.....365
a. La causalité, seule cause efficiente d'un partage inégal.....366
b. La préférence pour un partage, de principe, à parts égales.....368
§2. Règles de conflit adaptées aux concours intellectuels.....369
A. Règlement du concours intellectuel opposant une règle générale et une règle spéciale dérogatoire.....370

B. Règlement du concours intellectuel opposant des règles aux effets différents 370
Titre 2. Mise à l'épreuve des règles de conflit proposées....375
Chapitre 1. Mise à l'épreuve des règles de conflit des concours matériels....376
Section 1. Au stade de l'obligation à la dette....376
§1. Faible perturbation du droit positif en cas de certitude causale....376
A. Passage à une véritable solidarité entre coauteurs d'un dommage....377
B. Poursuite de l'exclusivité des régimes opérant par canalisation de la responsabilité....381
1. Maintien de l'exclusivité de certains régimes de responsabilité....382
2. Extension de l'exclusivité à d'autres régimes de responsabilité....383
C. Abandon du mode de règlement actuel du concours entre les différentes responsabilités du fait d'autrui....387
§2. Limitation du droit positif en cas d'incertitude causale....390
A. Situations soumises à la responsabilité collective....391
1. Critique des fondements retenus en droit positif....391
2. Pertinence de l'application de la responsabilité collective....393
B. Situations exclues de la responsabilité collective....394
1. Justification de l'exclusion....394
2. Voie alternative de l'indemnisation de la victime....395
Section 2. Au stade de la contribution à la dette....397
§1. L'existence du recours du solvens....397
A. Limites du recours du solvens par les immunités en droit positif....398
1. Immunités de responsabilité....398
2. Immunités d'action....399
B. Adaptation de la règle de conflit aux immunités....403
§2. La nature subrogatoire du recours du solvens....405
A. Faible décalage avec le droit positif 406
1. Maintien du droit positif reconnaissant un recours subrogatoire au solvens. .406
2. Abandon de la jurisprudence reconnaissant un recours personnel au solvens 407
a. Le recours personnel du solvens constructeur....408

b. Le recours personnel du solvens en cas de renonciation de la victime.....410
c. Le recours personnel du solvens en cas d'accident de la circulation.....413
B. Conséquences de la nature subrogatoire du recours.....414
§3. Le quantum du recours du solvens.....416
A. L'abandon de la jurisprudence en matière de partage de la dette d'indemnisation entre les coauteurs d'un dommage.....416
B. La question du partage de la dette d'indemnisation entre l'auteur du dommage et le solvens tiers payeur.....418
Chapitre 2. Mise à l'épreuve des règles de conflits des concours intellectuels.....423
Section 1. Mise à l'épreuve des règles de conflit exceptionnelles visant à élire l'une des règles en concours.....424
§1. Le règlement du concours opposant une règle générale et une règle spéciale dérogatoire.....424
A. La primauté justifiée de la règle spéciale.....425
B. La mesure de la primauté de la règle spéciale.....426
1. Dualité des choix du droit positif.....427
a. Application subsidiaire de la règle générale en concours avec une règle spéciale dérogatoire.....427
b. Exclusion absolue de la règle générale en concours avec une règle spécial autonome.....429
c. Le cas particulier du concours entre les garanties légales du constructeur et la responsabilité contractuelle de droit commun.....431
2. Appréciation.....433
C. Les terrains nouveaux de la règle de conflit assurant la primauté de la règle spéciale.....434
1. Primauté de la règle spéciale de responsabilité du fait des produits défectueux 435
2. Primauté de la règle spéciale en matière de consommation.....437
§2. Le règlement du concours opposant des règles antinomiques sans rapport d'espèce à genre.....441
A. Le concours opposant la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle.....441

B. Le concours opposant la responsabilité du fait des accidents de la circulation et l'indemnisation des accidents du travail.....446
C. Le concours opposant la responsabilité pour délivrance non conforme et la garantie des vices cachés dans la vente.....449
Section 2. Mise à l'épreuve de la règle de conflit de principe, visant à l'application libre des règles en concours.....452
§1. Bref aperçu des concours pour lesquels la liberté du plaideur est maintenue.....452
§2. Les concours nouvellement régulés par la liberté du plaideur.....453
A. Les concours entre les différentes responsabilités du fait d'autrui.....454
B. Les concours entre la responsabilité du fait des troubles anormaux du voisinage et les autres régimes de responsabilité.....455
Conclusion.....460
Bibliographie.....464
Index.....499

Hélène LAROCHE

Les concours de responsabilités civiles

Résumé

Il y a concours de responsabilités lorsque plusieurs règles de responsabilités s'appliquent à un même litige, de telle sorte qu'elles peuvent donner une réponse à la demande d'indemnisation de celui qui se prétend victime. La croissance exponentielle des règles de responsabilité, depuis le XIXè siècle, a fait progresser dans la même mesure le phénomène des concours de responsabilités. En effet, plus les règles sont nombreuses, plus le risque qu'elle se rencontrent, se chevauchent, est grand. De cette arborescence, parfois désordonnée, de règles de responsabilité, il résulte pour le plaideur et son conseil une insécurité juridique certaine. Le juge, rarement guidé par le législateur, peine parfois à résoudre certains concours et ne dispose pas de méthode fiable pour cela, rendant ses décisions sans la motivation nécessaire à la compréhension des règles qui gouvernent la résolution des concours, empêchant toute anticipation. Il est tentant, alors, de faire table rase de ces règles de responsabilité afin de reconstruire un système plus ordonné, mettant fin aux concours. Une voie tout à la fois plus raisonnable et plus efficace fut retenue, celle de l'édiction de règles de conflit à même de résoudre tous les concours de responsabilités. Le prix de la sécurité juridique est donc trouvé dans une méthode préservant la grande richesse du droit français de la responsabilité et organisant des rapports harmonieux entre les différentes normes.

Mots-clés: Responsabilités délictuelle et contractuelle, régimes généraux et spéciaux de responsabilité, concours, règles de conflit, organisation du système de responsabilité.

Résumé en anglais

Shared liability occurs when several liability regimes apply to the same litigation and may respond to a plaintiff's request for compensation. The exponential growth of liability rules since the 19th century has caused the phenomenon of shared liability to increase at the same rate. Indeed, the greater the number of rules, the greater the risk they overlap. Their structure, which can sometimes appear confusing, leads to legal uncertainty for both the litigant and his counsel. The judge, rarely helped by the legislator, may sometimes find it difficult ruling how liability should be shared as he does not have a reliable method to fall back on, thereby rendering sometimes unforeseeable and seemingly unjustifiable decisions. It is therefore tempting to do away with liability rules and rebuild a more organised system. So a more reasonable and efficient approach has been retained by decreeing conflict-of-law rules that can resolve any combination of liabilities. The price of legal certainty thus lies in a method preserving the heritage of French liability law, while ensuring that the different standards match.

Key words : tort, contractual liability, general and special liability regime, shared liability, conflit of law rules, organisation of liability system.