



ASSEMBLEE PLENIERE DU 13 JANVIER 2020

RAPPORT DE Mme ANNE-CATHERINE MONGE, CONSEILLER

Pourvoi n° A17-19.963

Décision attaquée : 05 avril 2017, Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion

la société QBE Insurance Europe Limited

C/

la société Sucrierie de Bois rouge

1 - Rappel des faits et de la procédure

La société Industrielle sucrière de Bourbon devenue la société Sucrierie de Bois rouge (la société de Bois rouge) et la société Sucrière de la Réunion (la société Sucrière) sont deux sociétés de l'île de la Réunion qui ont pour objet la fabrication et la commercialisation du sucre de canne.

Elles ont conclu, le 21 novembre 1995, un protocole d'accord aux fins de concentrer le traitement industriel de la production cannière de l'île sur deux usines, celle de Bois rouge implantée au nord-est appartenant à la société de Bois rouge, celle du Gol implantée au sud-ouest appartenant à la société Sucrière. En exécution de ce protocole, chaque usine était amenée à brasser des cannes en fonction de la proximité des centres de collecte approvisionnés par les producteurs, et donc des cannes dépendant de son bassin cannier et de celui de l'autre. A cet effet, elles ont conclu, le 31 janvier 1996 une convention de travail à façon déterminant la quantité de sucre à livrer au commettant et la tarification du façonnage.

Antérieurement, le 8 novembre 1995, avait été conclue une convention d'assistance mutuelle en période de campagne sucrière entre les deux usines de Bois rouge et du Gol «*en cas d'arrêt accidentel prolongé de l'une des usines*».

Dans la nuit du 30 au 31 août 2009, un incendie s'est déclaré dans une usine électrique de la centrale thermique exploitée par la société Compagnie thermique de Bois rouge (la Compagnie thermique) qui alimentait en énergie l'usine de Bois rouge, entraînant la fermeture de cette usine pendant quatre semaines. L'usine du Gol a alors assuré une partie du traitement de la canne qui aurait dû être assurée par l'usine de Bois rouge.

Se plaignant d'une perte d'exploitation, la société Sucrière a demandé son indemnisation à son assureur, la société QBE Insurance Europe Ltd (la société QBE), qui a été condamné, selon un arrêt infirmatif rendu le 5 mars 2012 par la cour d'appel de Saint-Denis, à honorer sa garantie en lui versant une indemnité de 1 078 423,38 euros. Le pourvoi contre cette décision d'appel été déclaré non admis par la Cour de cassation, le 13 juin 2013 (pourvoi n°12-20.171).

Se prévalant de l'action subrogatoire ouverte à l'assureur, la société QBE a attiré la société de Bois rouge et la Compagnie thermique devant le tribunal mixte de commerce en remboursement de l'indemnité payée à son assurée.

Par jugement du 13 avril 2015, la société QBE a été déboutée de sa demande. Le tribunal retenait, d'une part, que subrogée dans les droits de son assurée, la société QBE ne pouvait en avoir davantage et qu'en raison de la convention d'assistance conclue entre elles, la société Sucrière ne pouvait agir contre la société de Bois rouge, et, d'autre part, que la Compagnie thermique revêtant la qualité de fournisseur concerné par la garantie, elle n'avait pas celle de tiers au sens de l'article L. 121-12 du code des assurances.

Sur appel de la société QBE, la cour d'appel de Saint-Denis a, par arrêt du 5 avril 2017, confirmé le jugement en toutes ses dispositions. Concernant l'action subrogatoire dirigée contre la société de Bois rouge, la cour d'appel retenait qu'eu égard à l'accord intervenu entre les deux sociétés sucrières, la société QBE ne pouvait utilement invoquer une faute contractuelle imputable à la société de Bois rouge dont la responsabilité n'était pas engagée. S'agissant de l'action dirigée contre la Compagnie thermique, elle relevait que cette dernière ne figurait pas parmi les assurés désignés dans le contrat d'assurance et que la clause selon laquelle l'assureur garantissait les pertes d'exploitation résultant de l'interruption totale ou partielle de l'activité consécutive à un sinistre survenu dans les locaux ou les installations d'un fournisseur, dont la Compagnie thermique, n'avait pas pour effet de conférer à cette dernière la qualité d'assurée. Elle en déduisait que l'action récursoire de l'assureur était possible. Elle relevait encore que tierce au contrat unissant la société de Bois rouge à la Compagnie thermique, la société Sucrière pouvait invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui avait causé un dommage, et ce sans que puissent lui être opposées les clauses limitatives de responsabilité ou compromissaires du contrat, et qu'elle était victime par ricochet de l'arrêt total de fourniture de vapeur à l'usine de Bois rouge. Elle retenait, cependant, que la faute, la négligence ou l'imprudence de la Compagnie thermique, à l'origine de sa défaillance contractuelle, n'étant pas établie, la société QBE ne pouvait utilement invoquer la responsabilité délictuelle de cette dernière.

Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi déposé le 16 juin 2017 par la société QBE.

Un mémoire ampliatif, déposé le 16 octobre 2017 et signifié à la société de Bois rouge le même jour et à la Compagnie thermique le 20 octobre suivant, développe deux moyens articulés respectivement en trois branches pour le premier et deux branches pour le second.

La société de Bois rouge y a répondu par un mémoire en défense déposé le 18 décembre 2017 et la Compagnie thermique par un mémoire en défense déposé le 19 janvier 2018.

La société QBE a déposé un mémoire en réplique le 17 juillet 2018 et la société de Bois rouge des observations complémentaires le 5 mars 2019.

Chacune des parties forme une demande sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Par arrêt du 9 avril 2019, la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, saisie du pourvoi, a renvoyé son examen à l'assemblée plénière de la Cour.

2 - Analyse succincte des moyens

Premier moyen :

La société QBE reproche à la cour d'appel de l'avoir déboutée de son recours en paiement dirigé à l'encontre de la société de Bois rouge.

> première branche tirée de la **violation de l'article 1134 du code civil, devenu 1103 du même code** : la renonciation à un droit ne se présume pas et doit résulter d'actes clairs et précis impliquant sans équivoque la volonté de renoncer ; en l'espèce, il ne résulte d'aucun des documents, conventions ou accords passés entre les sociétés Sucrière et de Bois Rouge une renonciation de la première à agir contre la seconde en raison du préjudice pouvant résulter de l'exécution de la convention d'assistance ; en refusant à la compagnie QBE, subrogée dans les droits de la société Sucrière, d'exercer un recours à l'encontre de la société de Bois Rouge au motif qu'elle ne pouvait avoir davantage de droits que son assurée et qu'en raison des conventions conclues entre elles, la société Sucrière ne pouvait exercer d'action contre la société de Bois Rouge, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil (dans son ancienne rédaction, devenu 1103 du même code).

> deuxième branche, également tirée de la **violation de l'article 1134 du code civil, devenu 1103 du même code** : une convention d'assistance, quel que soit son fondement juridique, n'interdit pas à l'assistant d'exercer un recours contre l'assisté pour le préjudice causé par l'assistance ; en l'espèce, pour refuser à la compagnie QBE, subrogée dans les droits de la société Sucrière, d'exercer un recours à l'encontre de la société de Bois rouge, la cour d'appel a retenu que la société QBE ne pouvait avoir davantage de droits que son assurée et qu'en raison des conventions conclues entre elles, la société Sucrière ne pouvait exercer d'action contre la société de Bois rouge ; en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil (dans son ancienne rédaction, devenu 1103 du même code).

> troisième branche tirée de la **violation de l'article 455 du code de procédure civile** : en toute hypothèse, le préjudice subi par la société Sucrière de la Réunion en raison de la défaillance de l'usine de la société de Bois ne résidait pas uniquement dans l'obligation dans laquelle s'était trouvée la première de prêter assistance à la seconde, mais également dans l'impossibilité dans laquelle s'était trouvée la société de Bois rouge de remplir ses obligations contractuelles envers la société Sucrière concernant le travail à façon ; à ce titre, la convention d'assistance ne pouvait être opposée au recours de l'assureur ayant dédommagé son assurée contre la société de Bois rouge à raison de l'inexécution contractuelle ; en déboutant la société QBE de l'intégralité de ses demandes contre la société de Bois rouge au seul motif de l'existence de conventions d'assistance, la cour d'appel a entaché sa décision d'une insuffisance de motifs et violé l'article 455 du code de procédure civile.

Second moyen :

La société QBE reproche à la cour d'appel de l'avoir déboutée de ses demandes dirigées contre la Compagnie thermique.

> première branche tirée de la **violation de l'article 1147 du code civil (remplacé par l'article 1231-1 du même code)** : le fournisseur d'énergie est tenu d'une obligation de résultat dont la défaillance suffit à caractériser l'inexécution contractuelle et à engager sa responsabilité vis-à-vis de son cocontractant ; en l'espèce,

la responsabilité contractuelle de la Compagnie thermique était engagée du seul fait de la cessation de fourniture d'énergie à la société de Bois rouge, du 30 août au 28 septembre 2009 ; en décidant que la faute, la négligence ou l'imprudence de la compagnie thermique à l'origine de sa défaillance contractuelle n'était pas établie et qu'en conséquence, la société QBE ne pouvait utilement invoquer la responsabilité délictuelle de cette dernière, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil (devenu l'article 1231-1).

> seconde branche tirée de la **violation de l'article 1382 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016** : subsidiairement, les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage, sans avoir à apporter d'autre preuve ; en l'espèce, la société QBE, subrogée dans les droits de son assurée, la société Sucrière, a invoqué l'exécution défectueuse de ses obligations par la société Compagnie thermique qui a manqué à son obligation de fournir à la société de Bois rouge l'énergie dont elle avait besoin pour faire tourner ses usines, cette inexécution entraînant un préjudice conséquent pour la société Sucrière ; en estimant que la société QBE ne pouvait utilement invoquer la responsabilité délictuelle de la Compagnie thermique dès lors qu'aucune négligence ou imprudence de la Compagnie thermique à l'origine de sa défaillance contractuelle n'était établie, la cour d'appel a violé l'article 1382 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Action en indemnisation du tiers à un contrat qui se prévaut d'un manquement contractuel

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

Premier moyen portant sur l'action dirigée contre la société de Bois rouge :

Le moyen, pris en sa **première branche**, invoque le principe selon lequel la renonciation à un droit ne se présume pas, pris en sa **deuxième branche**, soutient qu'une convention d'assistance ne prive pas la partie sollicitée du droit de réclamer à son cocontractant réparation du préjudice par elle subi à l'occasion de la mise en oeuvre de cette convention et, pris en sa **troisième branche**, fait grief à l'arrêt de n'avoir pas considéré le préjudice subi par la société Sucrière en raison de l'impossibilité dans laquelle la société du Bois rouge s'était trouvée de remplir à son égard son obligation de travail à façon.

En l'espèce, la cour d'appel, après avoir constaté que les deux sociétés sucrières s'étaient, par le protocole d'accord du 21 novembre 1995 et la convention de travail à façon du 31 janvier 1996, réciproquement obligées à traiter une partie de la canne à sucre de l'autre, que le protocole d'accord stipulait « *qu'en cas de difficulté technique dans l'une ou l'autre usine les parties pourr(aie)nt convenir d'une répartition différente des cannes à brasser. Dans ce cas les façonnages fer(aie)nt l'objet de conditions tarifaires à négocier entre les parties* » et qu'il avait vocation à s'appliquer entre les parties dès la campagne sucrière de 1996 et relevé que les deux sociétés étaient également liées par une convention intitulée « *convention d'assistance mutuelle*

en période de campagne sucrière » en date du 8 novembre 1995, organisant l'assistance mutuelle des deux seules usines de l'île pendant la campagne sucrière «*en cas d'arrêt accidentel prolongé de l'une des usines*», qui avait aussi vocation à s'appliquer dès la campagne sucrière de 1996 et prévoyait expressément qu'elle serait reconduite à chaque campagne sucrière par tacite reconduction sauf dénonciation par l'une des parties, a retenu que le protocole d'accord et la convention d'assistance procédaient de la même démarche de collaboration, la convention d'entraide ayant vocation à s'appliquer pour l'ensemble des cannes et en cas de difficulté d'une des usines, notamment technique.

Puis, ayant relaté qu'à la suite de l'incendie ayant affecté la Centrale thermique, la société de Bois rouge n'avait plus été en mesure, en raison d'une absence d'alimentation en énergie, difficulté technique affectant l'usine, de recevoir la canne à sucre de son bassin mais également des bassins dépendant de la société Sucrière, elle a précisé que cette dernière avait accepté sans protestation de recevoir les cannes provenant des bassins qui lui appartenaient mais également des bassins appartenant à la société de Bois rouge et qu'une organisation concertée avait été mise en oeuvre. Elle a encore relevé que le rapport d'expertise faisait état de flux financiers entre les deux sociétés sucrières et notamment de la facturation par la société Sucrière à la société de Bois rouge d'un surcoût en transport de cannes.

Elle en a déduit qu'il y avait eu accord entre les parties, pour la mise en oeuvre tant du protocole du 21 novembre 1995, que de la convention d'entraide à la suite de l'arrêt complet de l'usine de Bois rouge, qu'une telle entraide entraînait une répartition différente des cannes à brasser prévue en cas de difficulté technique par le protocole d'accord, qu'elle s'exécutait à l'aune de la convention d'assistance mutuelle et que la société QBE, qui ne détenait pas plus de droits que son assurée, ne pouvait utilement, pour fonder son action subrogatoire, invoquer une faute contractuelle imputable à la société de Bois rouge, dont la responsabilité n'était pas engagée.

Dans son **mémoire ampliatif**, la **société QBE** rappelle que la renonciation à un droit ne se présume pas et doit résulter d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer (Ch. mixte, 26 avril 1974, pourvoi n° 72-10.770, Bull.Ch. mixte 1974, n°001). Elle estime que tel était le cas de la société Sucrière à l'égard de la société de Bois rouge, aucune des conventions conclues entre les deux sociétés n'évoquant une renonciation à un recours de l'une contre l'autre. Elle soutient, ensuite, qu'une convention d'assistance, quel que soit son fondement juridique, n'interdit pas le cours de l'assistant contre l'assisté et invoque, sur ce point, la jurisprudence de la Cour en matière de gestion d'affaire, de convention d'assistance bénévole ou encore d'assistance maritime. Elle explique, enfin, que le préjudice de la société Sucrière ne se limitait pas à celui lié à l'assistance que celle-ci avait dû prêter à la société de Bois rouge, mais incluait le préjudice dû à la cessation d'activité de l'usine de cette dernière et, partant, de l'inexécution de la prestation de travail à façon. Elle conclut que la cour d'appel, en lui opposant l'existence d'une convention d'assistance, n'a pas motivé le rejet de son recours subrogatoire par des motifs suffisants.

Dans son **mémoire en défense**, la **société de Bois rouge** fait valoir que l'interprétation des conventions et la recherche de la commune intention des parties relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond et qu'il ne peut être

question de renonciation à un droit que si ce droit existe. Elle estime qu'en l'occurrence, la cour d'appel a souverainement retenu que les parties avaient exclu tout recours entre elles qui serait allé à l'encontre des obligations d'entraide souscrites. Elle rappelle que le mécanisme de la subrogation interdit au subrogé d'invoquer plus de droits que ceux détenus par le subrogeant, ce qui est le cas d'un assureur subrogé dans les droits de son assuré. Elle en déduit que le moyen pris en ses deux premières branches est sans portée et que pris en sa troisième branche, il manque en fait.

Dans son **mémoire en défense**, la **Compagnie thermique** sollicite, à titre principal, sa mise hors de cause. A titre subsidiaire, elle soulève l'irrecevabilité du moyen pris en sa deuxième branche contraire ou incompatible, selon elle, avec la thèse développée par la société QBE devant la cour d'appel et, à tout le moins nouvelle, mélangée de fait et de droit, la société QBE ayant alors conclu à l'inapplicabilité de la convention d'assistance pour caducité. Elle soutient qu'au demeurant le moyen manque en fait, la cour d'appel n'ayant pas jugé que la société Sucrière avait renoncé à un droit à agir contre la société de Bois rouge ni dit que la mauvaise exécution de la convention d'assistance interdirait à la société Sucrière tout droit à agir mais retenu que la société de Bois rouge n'avait pas manqué à ses obligations contractuelles.

Dans son **mémoire en réplique**, la **société QBE** proteste de la recevabilité de son premier moyen pour n'avoir soulevé en cause d'appel la caducité de la convention d'assistance qu'à titre subsidiaire. Elle insiste sur le fait que la cour d'appel a considéré que la convention d'assistance faisait en elle-même obstacle à tout recours, ce qui est l'objet de sa critique.

Dans ses **observations complémentaires**, la **société de Bois rouge** conteste que la convention d'assistance conclue entre la société Sucrière et elle puisse être analysée en une convention d'assistance bénévole gratuite autorisant un recours de l'assistant contre l'assisté alors qu'il s'agit, selon elle, d'une convention d'entraide réciproque à titre onéreux, chaque partie ayant contracté une obligation de traiter les cannes à sucre de l'autre dans l'hypothèse de la réalisation d'un événement incertain.

La Cour aura à apprécier si le moyen est recevable et, dans l'affirmative, s'il ne tend qu'à remettre en cause le pouvoir souverain d'interprétation par la cour d'appel des conventions conclues entre les parties et d'appréciation de leur commune intention dans la mise en oeuvre de celles-ci ou si la cour d'appel a mal ou insuffisamment répondu à des conclusions qui auraient invoqué un droit de recours indemnitaire auquel la société Sucrière, dans les droits de laquelle se trouve la société QBE, n'aurait pas renoncé.

Second moyen portant sur l'action dirigée contre la Compagnie thermique:

Le moyen est essentiellement fondé sur la solution dégagée par l'arrêt, de rejet, de l'assemblée plénière de la Cour rendu le 6 octobre 2006 ([Ass. plén., 6 octobre 2006, pourvoi n° 05-13.255, Bull. 2006, Ass. plén, n° 9](#))¹ dont l'attendu de principe est le suivant

¹ arrêt dit arrêt Boot shop du nom de la société locataire-gérante ou encore Myr'Ho de celui de la société preneuse à bail

:*“Mais attendu que le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage”*.

1) Contexte, sens et portée de cet arrêt

L'arrêt du 6 octobre 2006 a principalement répondu à la question de savoir si le tiers à un contrat pouvait agir en réparation sur un fondement délictuel à l'encontre d'un des cocontractants en invoquant une faute contractuelle sans établir l'existence d'une faute délictuelle ou quasi-délictuelle distincte de cette faute contractuelle.

Les circonstances de fait du litige n'étaient pas indifférentes puisque le tiers, locataire-gérant d'un fonds de commerce exploité dans des locaux pris à bail, était le principal intéressé à la bonne exécution par le bailleur de son obligation contractuelle d'entretien de l'immeuble dont dépendaient ces locaux commerciaux.

Et l'arrêt s'inscrivait dans un contexte juridique très particulier car il visait à unifier au sein même de la Cour une jurisprudence dont le conseiller rapporteur dans son rapport et le premier avocat général dans son avis ont détaillé les divergences.

Dans son rapport, **le conseiller rapporteur** a, d'abord, rappelé le principe de l'effet relatif des contrats consacré à l'article 1165 du code civil² et les différentes approches qu'il avait connues tenant compte de ce que, né de la volonté de deux parties, le contrat n'était, cependant, pas un acte isolé et, dans un ordre juridique où il prenait sa place, créait une situation de fait qui ne pouvait être ignorée par les tiers de sorte qu'il y avait lieu de distinguer l'effet obligatoire du contrat, strictement limité aux parties contractantes, et la situation juridique née du contrat, opposable aux tiers, lesquels non seulement ne pouvaient passer outre cette réalité mais même disposaient du droit de s'en prévaloir. Il ajoutait que l'ouverture du contrat à la société avait connu un nouvel essor avec l'évolution du droit de la responsabilité et l'émergence à côté de la notion de faute de celle de risque et il soulignait l'évolution parallèle du droit de l'indemnisation au travers, en particulier, du droit des assurances.

S'agissant du fondement de l'action en réparation du tiers à un contrat, il retraçait les cas d'extension par la jurisprudence des règles de la responsabilité contractuelle au profit de tiers, notamment par le biais de la technique de la stipulation pour autrui implicitement contenue dans un contrat de transport au profit de proches d'une victime d'un accident ferroviaire³, ou en raison de la transmission d'une garantie accessoire à

² dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 : *“Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121.”*

Depuis le 1^{er} octobre 2016, l'article 1165 du code civil a été remplacé par l'article 1199 du même code qui dispose :

“Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties.

Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV.”

³ Cass. civ., 6 décembre 1932, DP 1933, 1, p. 137, note Josserand

la chose au sous-acquéreur de celle-ci⁴, ou encore par application de la théorie des groupes de contrats en matière de construction⁵ avant que la Cour ne modifie sa position en ce dernier domaine⁶ et n'opte clairement, réunie en assemblée plénière, pour le fondement délictuel de l'action en réparation du tiers, fondement qu'elle n'avait, au demeurant, jamais tout à fait abandonné par ailleurs.

Il rappelait, à cet égard, la formulation souvent reprise selon laquelle *“si dans les rapports des parties entre elles, les dispositions des articles 1382 et 1383 du code civil ne peuvent en principe être invoquées pour le règlement de la faute commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un engagement contractuel, elles reprennent leur empire au regard des tiers étrangers au contrat”*⁷, l'idée sous-jacente étant que les tiers au contrat peuvent agir en réparation de leur dommage sur un fondement délictuel ou quasi-délictuel sans porter atteinte ni au principe d'effet relatif des contrats ni à celui dit du non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle qui interdit au cocontractant déplorant une inexécution contractuelle de se situer sur le terrain délictuel.

Il s'interrogeait alors sur le fait générateur de responsabilité et observait que la doctrine était divisée sur ce point en deux courants, le premier attaché à la relativité de la faute contractuelle et l'autonomie de la faute délictuelle, le second favorable à la possibilité d'assimiler une faute contractuelle à une faute délictuelle qu'un tiers serait fondé à invoquer dès lors qu'elle se trouve en lien de causalité avec le préjudice qu'il allègue. Il soulignait que cette division se retrouvait dans les décisions de la Cour.

Il citait ainsi des arrêts de la première chambre civile et de la troisième chambre civile retenant, dans les années 1960 et 1970, qu'était recevable à agir le tiers qui démontrait que le cocontractant contre lequel il agissait avait commis une faute délictuelle *“envisagée en elle-même indépendamment de tout point de vue contractuel”*, en d'autres termes une faute détachable du contrat⁸, ainsi que des arrêts de la chambre commerciale qui, dans les années 1990 et 2000, exigeait du tiers la démonstration de l'existence d'*“une faute quasidélictuelle par violation d'une obligation générale de prudence*

⁴ 1re Civ., 28 novembre 1967, Bull. I n°348

⁵ [Ass. plén., 7 février 1986, pourvoi n° 83-14.631, Bull. 1986 AP n° 2](#), à propos de l'action d'un maître de l'ouvrage dirigée contre un fabricant de briques affectées d'un vice de fabrication

⁶ arrêt dit Besse, [Ass. plén., 12 juillet 1991, pourvoi n° 90-13.602, Bull. 1991, AP n° 5](#), à propos de l'action d'un maître de l'ouvrage dirigée contre un sous-traitant

⁷ 1re Civ., 22 juillet 1931, DH 1931, p. 506

⁸ [1re Civ., 9 octobre 1962, Bull. 1962, I, n° 405](#); [1re Civ., 7 novembre 1962, Bull. 1962, I, n° 465](#); [3e Civ., 15 octobre 1970, pourvoi n° 69-11.328, Bull. 1970, III, n° 515](#); [3e Civ., 18 avril 1972, pourvoi n° 70-13.826, Bull. 1972, III, n°233](#); [1re Civ., 23 mai 1978, pourvoi n° 76-11.663, Bull. 1978, I, n° 201](#)

et diligence”⁹ ou celle de manquement “au devoir général de ne pas nuire à autrui” sanctionné par l’article 1382 du code civil.¹⁰

Il opposait à ces décisions celle rendue, en 1998, par la première chambre civile qui retenait que “les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l’exécution défectueuse de celui-ci lorsqu’elle leur a causé un dommage”¹¹, ajoutant même dans un arrêt deux ans plus tard “sans avoir à rapporter d’autre preuve”¹², avant de juger, l’année suivante, en 2001, à propos d’un centre de transfusion sanguine, tenu d’une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les produits sanguins qu’il cède, que “le manquement à cette obligation peut être invoqué aussi bien par la victime immédiate que par le tiers victime d’un dommage par ricochet”¹³ et il relevait que la deuxième chambre civile avait, en 2003, à propos de l’indemnisation d’une victime par ricochet d’un accident mortel, statué dans le même sens.¹⁴

Il indiquait que la troisième chambre civile avait, dès 1999, retenu “que le mandataire est personnellement responsable envers les tiers des délits ou quasi-délits qu’il peut commettre à leur préjudice dans l’accomplissement de sa mission”¹⁵, écartant la nécessité de la démonstration de l’existence d’une faute extérieure au mandat, position que la première chambre civile a également adoptée dans un arrêt de 2004¹⁶

Il soulignait que la chambre commerciale, elle-même, dans un arrêt non publié rendu en 2002¹⁷, avait retenu que “les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l’exécution défectueuse de celui-ci lorsqu’elle leur a causé un dommage” et, dans un arrêt publié, en 2003¹⁸, admis que “l’effet relatif des contrats n’interdi(se) pas aux tiers d’invoquer la situation de fait créée par les conventions auxquelles ils n’ont pas été parties, si cette situation de fait leur cause un préjudice de nature à fonder une action en responsabilité délictuelle”, sans davantage exiger que soit rapportée la preuve d’une faute extérieure au contrat.

⁹ [Com., 2 avril 1996, pourvoi n° 93-20.225, Bull 1996, IV, n° 101](#) ; [Com., 17 juin 1997, pourvoi n° 95-14.535, Bull. 1997, IV, n° 18](#)

¹⁰ [Com., 8 octobre 2002, pourvoi n° 98-22.858](#) ; [Com., 5 avril 2005, pourvoi n° 03-19.370, Bull. 2005, IV, n° 81](#)

¹¹ [1re Civ., 15 décembre 1998, pourvoi n° 96-21.905, 96-22.440, Bull. 1998, I, n° 368](#)

¹² [1re Civ., 18 juillet 2000, pourvoi n° 99-12.135, Bull. 2000, I, n° 221](#)

¹³ [1re Civ., 13 février 2001, pourvoi n° 99-13.589, Bull. 2001, I, n° 35](#)

¹⁴ [2e Civ., 23 octobre 2003, pourvoi n° 01-15.391, Bull. 2003, II, n° 330](#)

¹⁵ [3e Civ., 6 janvier 1999, pourvoi n° 96-18.690, Bull. 1999 III n° 3](#)

¹⁶ [1re Civ., 18 mai 2004, pourvoi n° 01-13.844, Bull., 2004, I, n° 141](#) (à rapprocher de l’arrêt rendu par la même chambre [1re Civ., 13 octobre 1992, pourvoi n° 91-10.619, Bull. 1992, I, n° 250](#))

¹⁷ [Com., 5 mars 2002, pourvoi n° 98-21.022](#)

¹⁸ [Com., 1 juillet 2003, pourvoi n° 99-17.183, Bull. 2003, IV, n° 115](#)

Enfin il se demandait si l'assemblée plénière ne s'était pas ralliée à la thèse de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle à l'occasion de l'arrêt dit Perruche¹⁹ rendu, le 17 novembre 2000, au double visa de l'article 1165 du code civil et 1382 du même code, qui jugeait que *“dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues”*, position confirmée à l'occasion de trois arrêts rendus l'année suivante, le même jour.²⁰

Dans son avis écrit, le **premier avocat général**, à l'issue de son analyse de la jurisprudence et des différentes opinions exprimées par la doctrine, concluait que, dans leur ensemble, elles se polarisaient trop sur la question de la faute, négligeant celle tout aussi essentielle du lien de causalité. Il insistait sur le fait que *“toute la question (revenait) à se demander si le tiers rapport(ait) une preuve suffisante que le préjudice qu'il allègu(ait) lui a(vait) été personnellement et directement causé par le manquement contractuel, constitutif, à son égard, d'une faute délictuelle”* et il proposait une formule se distinguant à la fois de celle utilisée par la première chambre civile depuis l'an 2000 et de celle encore employée, peu de temps auparavant, par la chambre commerciale pour prendre mieux en compte la faute délictuelle et le lien de causalité, libellée comme suit : *“Un tiers à un contrat peut, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, invoquer son exécution défectueuse dès lors qu'il démontre qu'elle est constitutive, à son égard, d'une faute en lien de causalité avec le dommage qu'il a subi”*.

L'arrêt dit Boot shop du 6 octobre 2006, par son libellé dépourvu de réserve, a une **portée incontestablement large** : il ne distingue pas entre les tiers (tiers intéressé au contrat, tout tiers absolument étranger au contrat), ni entre les dommages subis (matériels, corporels), ni entre les obligations contractuelles susceptibles d'être méconnues (obligations de résultat, de moyens, de sécurité), étant observé que les obligations litigieuses du bailleur relevaient des obligations de moyens. Il prend expressément partie pour la nature délictuelle de la responsabilité susceptible d'être encourue à l'égard d'un tiers (le choix ne fut pas fait - le rapporteur ne l'envisageait d'ailleurs pas - d'étendre la responsabilité contractuelle à des tiers précisément définis ni d'ouvrir la voie à une action directe du locataire-gérant à l'encontre du bailleur au travers d'une chaîne de contrats non translatifs de propriété). Il invoque un “manquement contractuel” dont l'acceptation est *a priori* plus étendue que celle d'une “faute contractuelle”.

Dans le **rapport annuel 2006** de la Cour, l'auteur de l'article faisait part de sa conviction de ce que l'arrêt Boot shop mettait fin aux incertitudes nées des controverses doctrinales et des divergences jurisprudentielles et tirait trois enseignements de l'arrêt rendu : en premier lieu, l'obligation pour le juge de rechercher si les conditions de la responsabilité délictuelle étaient réunies en s'assurant, au cas par cas, de la démonstration d'un fait générateur de responsabilité (une faute ou plus largement un manquement à une obligation de résultat), de la réalité du dommage allégué et du lien de causalité entre le manquement contractuel et le dommage causé aux tiers, en

¹⁹ [Ass. plén., 17 novembre 2000, pourvoi n° 99-13.701, Bull. 2000, AP n° 9](#)

²⁰ [Ass. plén., 13 juillet 2001, pourvoi n° 97-17.359, Bull. 2001, AP, n° 10](#)

deuxième lieu, la nécessité pour lui de s'interroger sur la portée de l'obligation contractée transgressée (au profit exclusif du cocontractant, propre à bénéficier à un tiers intéressé ou, s'agissant d'une obligation dont l'objet dépassait les limites du contrat, telle que l'obligation de sécurité de résultat, de nature à concerner tout tiers ayant subi un préjudice), en dernier lieu, la préservation du principe de l'effet relatif des contrats.

2) Accueil de la doctrine

La doctrine, que ce soit sous l'angle général du droit des obligations, sous celui plus aigu des contrats spéciaux ou au travers de l'étude du régime de la responsabilité civile, s'est toujours intéressée à la question du recours ouvert au tiers poursuivant la réparation d'un dommage qu'il relie à l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un contrat. Il ne peut être question de restituer la richesse de tous les débats doctrinaux et ne seront ici évoqués que quelques commentaires immédiatement postérieurs à l'arrêt *Boot shop*.

Si elle a accueilli, comme on le verra, cet arrêt de façon contrastée, la doctrine en a, en revanche, donné, dans sa très grande majorité, une interprétation commune en considérant que la Cour avait tranché en faveur de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle, dès lors qu'elle n'avait opéré aucune distinction²¹. Un auteur, cependant, a soutenu l'idée que la Cour, en s'abstenant de reprendre la motivation de la première chambre civile, selon laquelle *“les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage, sans avoir à apporter d'autre preuve”* avait fait preuve de pragmatisme en se bornant à rappeler *“simplement qu'une faute contractuelle peut être une faute délictuelle sans pour autant être détachable du contrat”*²², non que toute faute contractuelle peut être constitutive d'une faute délictuelle. Un autre a suggéré qu'en *“fondant la responsabilité du débiteur vis-à-vis du tiers sur l'article 1382”*²³ et en oblitérant la dispense de preuve supplémentaire que soulignait la première chambre, l'assemblée plénière n'a peut-être pas encore exclu que le tiers doive établir quel a été le comportement du débiteur et démontrer en quoi il a commis un écart de conduite au regard de ce qu'on pouvait légitimement attendre de lui, ce qui s'apprécie par rapport à l'intensité de son engagement au contrat et il en a déduit que cette proposition interdisait *“à un tiers de pouvoir ipso facto assimiler un impayé et une faute”*.²⁴

Quelle qu'en ait été l'interprétation, les universitaires et les praticiens se sont pour la plupart montrés très critiques à l'égard de l'arrêt *Boot shop*. Leurs réactions reflétant les thèses qu'ils défendent, les uns - les plus nombreux - ont déploré la

²¹ RDI 2006.504, obs. Ph. Malinvaud ; Revue Lamy Droit civil, n° 34, 1^{er} janv. 2007, Ph. Brun ; La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n°1, 4 janv. 2007, 1000, obs. F. Auque ; Les petites affiches 22 janv. 2007, n° 16, p. 16, obs. C. Lacroix ; AJDI 2007.295, obs. N. Damas ; RTD Civ. 2007 p.115, obs. J. Mestre et B. Fages

²² L. Bloch, Responsabilité civile et assurances n° 11, Novembre 2006, étude 17

²³ devenu, depuis le 1^{er} octobre 2016, l'article 1240 du code civil : *“Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.”*

²⁴ La Semaine Juridique Edition Générale, n° 8-9, 21 févr. 2007, doct. 115 Ph. Stoffel-Munck

confusion opérée entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle et l'atteinte portée au principe de relativité des contrats dès lors qu'un tiers était autorisé à se prévaloir d'un manquement à une obligation contractuelle qui n'avait pas été souscrite en sa faveur et susceptible d'obtenir l'exécution par équivalent d'un contrat auquel il n'était pas partie. D'autres, minoritaires, se sont félicités de ce que les tierces victimes puissent voir leur action en réparation facilitée pour n'être pas tenues de faire la difficile démonstration d'une faute délictuelle *"envisagée en elle-même"*, dissociée de la faute contractuelle, insistant plutôt sur le problème de la causalité, le fait même que le tiers ait subi un dommage en conséquence du manquement contractuel leur paraissant bien impliquer une violation du devoir de ne pas nuire à autrui²⁵. D'autres encore ont admis l'assimilation faute contractuelle/faute délictuelle mais en regrettant qu'elle ne fût pas accompagnée de la soumission de la responsabilité engagée à un régime juridique qui ne porte pas atteinte au contenu du contrat.

Mme Viney semble être de ce dernier avis. Dans son commentaire de l'arrêt au Recueil Dalloz²⁶, après avoir rappelé la diversité des situations dans lesquelles, au quotidien, se posait la question de l'indemnisation d'un tiers à un contrat invoquant l'inobservation d'une obligation contractuelle lui ayant été préjudiciable, elle estime que la position de la Cour, s'agissant de la nature du manquement contractuel susceptible d'ouvrir au tiers une action en responsabilité contre le débiteur, est *"tout compte fait"* opportune. *"En effet, dès lors qu'un manquement contractuel est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, les éléments de la responsabilité se trouvent réunis, le manquement contractuel étant en soi un fait illicite. Admettre la responsabilité n'a donc, dans ce cas, rien de choquant en droit ni en équité", "distinguer entre « obligations strictement contractuelles » et « devoirs de portée générale greffés sur le contrat » n'a rien d'évident", "quant à la distinction entre les obligations stipulées dans l'intérêt exclusif du créancier et celles qui prennent en compte l'intérêt des tiers ou de certains d'entre eux, elle est tout aussi imprécise et évanescence"*. En revanche, ce qui lui semble beaucoup plus contestable, *"c'est de soumettre cette responsabilité au régime délictuel, au risque de déstabiliser le contrat"* et elle conclut que le tiers qui se prévaut uniquement d'un manquement contractuel pour obtenir réparation devrait être, à l'instar du cocontractant lésé *"soumis à toutes les limites et conditions qui s'imposent au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage"*, le *"respect du contrat"* étant *"à ce prix"*.

M. Jourdain, dans son article à la Revue trimestrielle de droit civil consacré à l'arrêt²⁷, exprime sa certitude selon laquelle la Cour a *"entendu consacrer le principe d'identité des fautes contractuelle et délictuelle, bien qu'elle ne reprenne pas dans son intégralité le motif de principe de la première chambre civile"* et en veut pour preuve le fait qu'en l'espèce *"les fautes reprochées (défauts d'entretien) s'analysaient en la violation d'obligations purement contractuelles qui ne profitent normalement qu'au preneur, le bailleur n'ayant pas de devoir d'entretien des lieux loués à l'égard des tiers"*. Il regrette cette assimilation alors que, selon lui, seule *"la violation des devoirs généraux de conduite sociale dédiés à la protection de tous"* peut correspondre à la faute au sens de l'article 1382 du code civil et permettre que la faute contractuelle se double d'une faute délictuelle. Mais il déplore plus encore

²⁵ Flour, Aubert, Savaux, Droit civil Les obligations, tome 3, 2011, n° 183

²⁶ Recueil Dalloz 2006, p. 2825

²⁷ RTD Civ. 2007, p. 123

les “conséquences illogiques et inopportunes de la solution consacrée”, “si l’opposabilité du contrat par les tiers est permise, une élémentaire exigence de cohérence imposerait d’autoriser parallèlement le débiteur à opposer aux tiers le contrat avec ses stipulations et ses règles, en lui permettant d’invoquer d’éventuelles restrictions conventionnelles ou légales de responsabilité ou encore une clause attributive de compétence, une courte prescription, etc”. Et, invoquant un souci de cohérence, il “invite à poser une alternative : soit l’on retient une conception assez stricte de la relativité des conventions, et l’on refuse aux tiers le droit de mettre en oeuvre une responsabilité contractuelle ; mais il importe de respecter la relativité de la faute contractuelle et d’exiger de la victime qu’elle prouve que le manquement contractuel constitue aussi une faute délictuelle ; soit, plus audacieusement, si l’on accepte de restreindre la portée de la relativité contractuelle, l’on autorisera les tiers à invoquer un manquement contractuel mais seulement dans le cadre de la responsabilité contractuelle”.

M. Billiau insiste, dans son commentaire à la Semaine juridique²⁸, sur l’évolution de la notion de faute délictuelle, dépourvue aujourd’hui de tout élément subjectif et de connotation morale, au profit de la seule constatation de ce que le dommage est en relation causale avec un simple fait (action ou abstention), et y voit la justification de la formule retenue par la Cour qui emploie les termes de “*manquement contractuel*” et non ceux de “*faute contractuelle*” et il conclut qu’il n’y a “*pas à s’interroger sur la question de savoir si le manquement, i.e l’inexécution du contrat, est ou non fautif, ce dont il résulte que la qualification de moyen ou de résultat (avec ou sans nuances) de l’obligation inexécutée est sans incidence sur l’engagement de la responsabilité délictuelle du contractant*”. Il s’interroge cependant sur ce qu’il y aura lieu de décider “*lorsque les contractants ont pris le soin de définir avec précision les conditions auxquelles ils subordonnent l’engagement de leurs responsabilités réciproques. Par exemple, ils stipulent que la responsabilité sera conditionnée par une mise en demeure préalable d’exécuter. Or, avant l’accomplissement de cette formalité, l’inaction du débiteur contractuel est à l’origine d’un dommage causé à un tiers. Il n’y a donc pas, à proprement parler, de manquement contractuel. Il devrait donc a priori s’en déduire que le débiteur contractuel n’engagerait pas sa responsabilité contractuelle et, de ce fait, n’engagerait pas plus sa responsabilité délictuelle vis-à-vis du tiers sur le fondement d’un manquement inexistant*”.

Les commentateurs sont presque unanimes à dénoncer les conséquences de la généralité des termes utilisés par la Cour qui consistent à offrir aux tiers le bénéfice d’une situation plus favorable que celle réservée aux cocontractants puisque ne pourraient pas leur être opposées les clauses restrictives ou limitatives voire exclusives de responsabilité, non plus que les clauses d’attribution de compétence ou encore d’arbitrage, contenues dans un contrat auquel ils ne sont pas partie ni l’acquisition d’une courte prescription, rendant difficiles les prévisions des conséquences financières (et donc leur garantie par un assureur) d’une mauvaise exécution ou d’une inexécution contractuelle.

3. Jurisprudence postérieure des différentes chambres civiles de la Cour :

Postérieurement à l’arrêt *Boot shop*, les trois premières chambres civiles et la chambre commerciale de la Cour ont eu, maintes fois, l’occasion de se trouver confrontées à la problématique soumise à l’assemblée plénière.

²⁸ La Semaine Juridique Edition Générale n° 46, 15 Novembre 2006, II 10181

La plupart de leurs arrêts ont repris la formulation telle qu'adoptée par l'assemblée plénière et ce dès 2007 jusqu'à une époque récente.²⁹

Certains arrêts, sans reprendre exactement cette formulation, ont néanmoins fait application du principe qui avait été dégagé, en ne dissociant pas l'éventuel manquement contractuel de la faute délictuelle.

Voir ainsi les arrêts suivants :

- [2e Civ., 10 mai 2007, pourvoi n° 06-13.269, Bull. 2007, II, n° 126](#) :

“Mais attendu que l'arrêt retient qu'il est acquis que des tiers à un contrat peuvent, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, invoquer l'exécution défectueuse de ce contrat lorsqu'elle leur a occasionné un dommage ; (...)

Qu'en l'état de ces seules constatations et énonciations, découlant de son appréciation souveraine de la valeur et de la portée des éléments de preuve soumis aux débats, la cour d'appel a pu déduire qu'en différant de façon purement dilatoire le versement de l'indemnité pourtant acquise à son assurée, l'assureur avait commis une faute qui était à l'origine du préjudice subi par la région Aquitaine”.

- [Com., 6 septembre 2011, pourvoi n° 10-11.975, Bull. 2011, IV, n° 126](#) :

“Mais attendu qu'un tiers peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, la rupture brutale d'une relation commerciale dès lors que ce manquement lui a causé un préjudice”.

- [3e Civ., 12 septembre 2012, pourvoi n° 11-13.120](#) :

“Vu l'article 1382 du code civil ;

Attendu que pour débouter la société Toit montagne savoyard de sa demande formée contre Mme X..., l'arrêt retient que la société ne justifie pas que l'architecte ait contracté une obligation envers elle, et que, alors que le maître d'œuvre était chargé d'obtenir des devis, l'entreprise ne soutient pas avoir remis son devis à la demande de Mme X..., ni même avoir été contactée par elle ;

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si le maître d'œuvre, qui s'était vu confier une mission d'assistance du maître d'ouvrage pour la mise au point des marchés de travaux, n'avait pas commis un manquement à ses obligations contractuelles en

²⁹ [1re Civ., 15 mai 2007, pourvoi n° 05-16.926, Bull. 2007, I, n° 193](#) ; [1re Civ., 17 octobre 2012, pourvoi n° 11-25.252](#) ; [1re Civ., 10 juillet 2014, pourvoi n° 12-28.116](#) ; [1re Civ., 24 mai 2017, pourvoi n° 16-14.371](#) ; [1re Civ., 9 juin 2017, pourvoi n° 16-14.096](#) ; [1re Civ., 5 avril 2018, pourvoi n° 16-19.407, 16-24.582](#)

[2e Civ., 7 février 2008, pourvoi n° 06-13.755](#) ; [2e Civ., 21 mai 2015, pourvoi n° 14-15.991](#) ; [2e Civ., 10 septembre 2015, pourvoi n° 14-22.707](#)

[3e Civ., 4 juillet 2007, pourvoi n° 06-15.776, Bull. 2007, III, n° 122](#) ; [3e Civ., 13 juillet 2010, pourvoi n° 09-67.516, Bull. 2010, III, n° 146](#) ; [3e Civ., 6 juin 2012, pourvoi n° 11-14.997, 11-14.318](#) ; [3e Civ., 18 février 2014, pourvoi n° 12-29.268](#) ; [3e Civ., 27 octobre 2016, pourvoi n° 15-22.920](#)

[Com., 6 mars 2007, pourvoi n° 04-13.689, Bull. 2007, IV, n° 84](#) ; [Com., 18 décembre 2007, pourvoi n° 05-19.397](#) ; [Com., 21 octobre 2008, pourvoi n° 07-18.48](#) ; [Com., 31 mars 2009, pourvoi n° 07-17.665](#) ; [Com., 23 septembre 2014, pourvoi n° 13-14.241](#) ; [Com., 20 octobre 2015, pourvoi n° 14-20.540](#) ; [Com., 29 novembre 2016, pourvoi n° 15-13.919](#) ; [Com., 29 novembre 2016, pourvoi n° 15-13.919](#) ; [Com., 14 novembre 2018, pourvoi n° 17-16.153](#)

s'abstenant de vérifier la concordance entre les sommes mentionnées dans le devis pour chaque poste de travaux et le montant total du devis et si ce manquement n'était pas de nature à entraîner sa responsabilité délictuelle à l'égard de la société Toit montagne savoyard, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision de ce chef".

- [Com., 11 décembre 2012, pourvoi n° 11-25.493, Bull. 2012, IV, n° 228](#) :

"Attendu, en deuxième lieu, qu'après avoir relevé, s'appuyant sur les conclusions de l'expert, que les dysfonctionnements de l'installation étaient en partie imputables aux défauts de boîtiers fabriqués par la société Nomadic, l'arrêt retient que le manquement contractuel de cette dernière était de nature à engager sa responsabilité délictuelle envers la société P3C Cob'express, tiers lésé par ce manquement ; qu'ayant ainsi fait ressortir le manquement de la société Nomadic et son lien de causalité avec le préjudice subi par la société P3C Cob'express, la cour d'appel a légalement justifié sa décision".

- [2e Civ., 6 février 2014, pourvoi n° 13-10.540, 13-10.745, Bull. civ. 2014, II, n° 35](#) :

"Mais attendu que l'arrêt retient que les consorts E... agissent en qualité de cautions de la société La Txalupa ; qu'ils recherchent la responsabilité délictuelle de l'assureur sur le fondement de l'article 1382 du code civil en invoquant une inexécution fautive du contrat d'assurance garantissant la société La Txalupa comme étant à l'origine de leur propre dommage ; qu'il convient en conséquence de faire application des dispositions de l'article 2270-1 ancien du code civil, issu de la loi du 5 juillet 1985, en vigueur à l'époque des faits, que la prescription décennale a commencé à courir le 24 août 2004, date du refus de garantie opposé à la société La Txalupa par l'assureur ;

Que de ces constatations et énonciations, la cour d'appel a exactement déduit que l'action intentée par les consorts E..., tiers au contrat d'assurance, n'était pas soumise à la prescription biennale de l'article L. 114-1 du code des assurances et, par conséquent, n'était pas prescrite ; (...)

Qu'en l'état de ces seules énonciations et constatations, la cour d'appel a pu déduire, sans avoir à procéder à d'autres recherches, que le manquement contractuel de l'assureur était directement à l'origine du préjudice subi par les cautions en ce que, après désintéressement des créanciers, une certaine somme dont elle a souverainement évalué le montant, était restée à leur charge".

- [Com., 21 juin 2017, pourvoi n° 15-20.101](#) :

"Mais attendu, d'une part, que dans ses conclusions d'appel, M. Y..., rappelant qu'un tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un préjudice personnel, soutenait que la société Rent A Car ne lui avait pas fourni les éléments d'information lui permettant d'apprécier la viabilité économique du contrat de franchise et réclamait en conséquence diverses indemnités en réparation des préjudices qu'il prétendait avoir subis ; que l'arrêt retient, d'un côté, que les chiffres d'affaires réalisés en 2000, 2001 et 2002 confirment la viabilité économique de l'entreprise et, de l'autre, que les pièces de la procédure collective de la société Acara, son bilan économique et social établi le 27 mai 2005 et la procédure de sanction engagée à l'encontre de M. Y... révèlent un retournement du marché induisant une chute d'activité à l'origine des difficultés ; qu'en l'état de ces motifs faisant ressortir l'absence de préjudice résultant des manquements invoqués, la cour d'appel a légalement justifié sa décision".

- [1re Civ., 20 septembre 2017, pourvoi n° 16-20.456](#) :

“Vu l'article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, et l'article 1382, devenu 1240 du code civil ;

Attendu que l'effet relatif des contrats n'interdit pas au tiers à une convention de se prévaloir du manquement contractuel commis par une partie, dès lors que ce manquement est directement à l'origine d'un préjudice subi par lui”.

- [1re Civ., 20 décembre 2017, pourvoi n° 16-12.129](#) :

“Attendu, d'autre part, qu'un manquement contractuel peut causer un dommage délictuel à un tiers au contrat”.

- [1re Civ., 19 septembre 2018, pourvoi n° 16-20.164, en cours de publication](#) :

“Vu l'article 1382, devenu 1240 du code civil ;

Attendu que, pour rejeter les demandes de la mutuelle, l'arrêt retient qu'il ne saurait être déduit de ce que la société GLS l'assurances est un courtier professionnel qu'elle serait de ce seul fait tenue à l'égard de quelqu'un qui n'est pas son mandant, en l'espèce une société d'assurances, à une obligation de vérifier les conditions nécessaires pour adhérer aux produits proposés par celle-ci ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si, en proposant à son client, pour assurer ses membres, d'adhérer à une garantie de remboursement de frais de santé complémentaire qui ne pouvait bénéficier qu'à des salariés, le courtier n'avait pas commis un manquement contractuel dont la mutuelle, tiers au contrat, pouvait se prévaloir sur le fondement de la responsabilité délictuelle, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé”.

- [Com., 26 septembre 2018, pourvoi n° 17-20.028](#) :

“qu'en l'état de ces motifs, justifiant légalement sa décision, et dont il résulte que le refus, par la société Prodim, d'exécuter la garantie à première demande stipulée au profit de la société Ardissa, avait causé à la société Prodim immobilier un préjudice constitué par la perte des honoraires qui lui étaient garantis, la cour d'appel a retenu à bon droit la responsabilité délictuelle de la première envers la troisième”.

D'autres arrêts sont plus ambigus quant à la portée exacte qu'il faut leur attribuer.

C'est le cas de l'arrêt suivant rendu par la première chambre civile :

[1re Civ., 28 septembre 2016, pourvoi n° 15-17.033, 15-17.516, Bull. 2016, I, n° 180](#):

“Mais attendu que l'article L. 211-16 du code du tourisme instaure une responsabilité légale de plein droit au seul profit de l'acheteur du voyage, de sorte que les ayants droit de celui-ci ne peuvent agir contre l'agence de voyages, pour leur préjudice personnel, que sur le fondement de la responsabilité délictuelle consécutive à un manquement contractuel, exigeant la preuve d'une faute du voyageur ; que, par ce motif de pur droit substitué, dans les conditions de l'article 1015 du code de procédure civile, à ceux critiqués par le moyen, la décision de la cour d'appel, qui a examiné l'existence d'un manquement de l'agence de voyages à son obligation de conseil ayant contribué au décès de A... Z..., se trouve légalement justifiée”.

S'il apparaît certain que la première chambre civile a, en l'espèce, entendu exclure la possibilité pour les proches du cocontractant, victimes par ricochet suite au

décès de celui-ci durant le voyage, de se prévaloir de la responsabilité légale de plein droit instaurée par l'article L. 211-6 du code du tourisme (dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2017-1717 du 20 décembre 2017) en matière de vente de voyage à forfait, il est permis de s'interroger sur ce que recouvre pour elle le "*manquement contractuel*" (les tiers au contrat de voyage invoquaient une obligation de sécurité de résultat qui aurait pesé sur l'agence de voyages) qui pourrait engager la responsabilité délictuelle du voyageur à l'égard de ces tiers, dès lors qu'elle indique expressément l'exigence de la preuve d'une faute. S'agit-il seulement pour elle de distinguer la responsabilité sans faute de l'agence de voyages à l'égard de ses clients, acheteurs du voyage, de son éventuelle responsabilité délictuelle pour manquement contractuel à l'égard des tiers ou y a-t-il de sa part l'exigence de la démonstration de ce que ce manquement soit constitutif d'une faute délictuelle ?

En ce dernier cas son arrêt serait à rapprocher d'autres arrêts qui se sont écartés du principe dégagé par l'arrêt *Boot shop* en exigeant clairement du tiers prétendument lésé en raison d'un manquement contractuel, la démonstration d'une faute délictuelle ou quasi délictuelle commise à son égard.

Il s'agit des arrêts suivants, abondamment commentés par la doctrine ³⁰ qui y a vu la manifestation, sinon d'un complet désaccord avec la solution adoptée par l'arrêt *Boot shop*, à tout le moins d'une évidente résistance à un mécanisme trop favorable aux tiers et la volonté de réintroduire dans la recherche de responsabilité du débiteur contractuel la caractérisation d'une faute extracontractuelle :

- [3e Civ., 22 octobre 2008, pourvoi n° 07-15.692, 07-15.583, Bull. 2008, III, n° 160](#) :

"Vu l'article 1382 du code civil ;

Attendu que pour condamner M. C...³¹ à ne garantir les époux D... qu'à concurrence de la moitié des condamnations prononcées contre eux, l'arrêt retient que les époux D... ont eux-mêmes concouru à leur propre dommage en ne révélant pas à leur acquéreur l'existence de la procédure antérieure et la cause possible des fissures récurrentes, et en ne lui donnant pas les informations pertinentes, les privant par leur propre faute du bénéfice de la clause de non garantie et qu'en raison des fautes respectives ainsi commises, le recours en garantie formé par les époux D... contre M. C... serait limité à la moitié des condamnations prononcées contre les époux D... ;

Qu'en statuant ainsi, sans rechercher si le manquement contractuel qu'elle relevait constituait une faute quasi délictuelle à l'égard de M. C..., la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision de ce chef".

- [1re Civ., 15 décembre 2011, pourvoi n° 10-17.691](#) :

³⁰ Recueil Dalloz 2017 p.1036, obs. D. Mazeaud ; RTD Civ. 2017 p.65, obs. H. Barbier ; AJ Contrat 2017, p.377, obs. F. Chénéde ; Recueil Dalloz 2017 p.1225, obs. D. Houtcieff ; Revue des contrats 15 sept. 2017, n° 3, p. 425, obs J-S Borghetti ; RTD Civ. 2017 p.666, obs. P. Jourdain

³¹ M. C... était un expert judiciaire qui, après avoir préconisé certains travaux et avoir été chargé d'en contrôler la bonne fin, en a préconisé d'autres, plus économiques, qui ont finalement été réalisés

“Vu l'article 1382 du code civil ;

Attendu que, pour condamner l'agent immobilier, in solidum avec les vendeurs, à verser à la banque la somme de 33 022,80 euros correspondant aux intérêts conventionnels stipulés aux contrats de prêt résolus, outre l'indemnité contractuelle due en cas de remboursement anticipé, la cour d'appel se borne à énoncer que l'agent immobilier n'avait pas satisfait à son obligation d'information et de conseil, ce qui engageait sa responsabilité tant envers les vendeurs qu'envers les acquéreurs, de sorte qu'il devait être condamné envers ces derniers et envers la banque ;

Qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser en quoi le manquement contractuel qu'elle relevait constituait une faute quasi délictuelle à l'égard de la banque, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé”.

- [Com., 18 janvier 2017, pourvoi n° 14-18.832, 14-16.442](#) :

“Mais attendu que, saisie d'une demande de la société fondée sur la responsabilité délictuelle des cédants en raison d'un manquement aux engagements souscrits par eux envers les cessionnaires dans l'acte de cession et du dommage qui en était résulté pour elle, sans qu'il soit établi ni même allégué que ce manquement contractuel constituait une faute quasi-délictuelle à son égard, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que la société n'était pas fondée à se prévaloir d'une violation des stipulations contractuelles de l'acte de cession ; que le moyen n'est pas fondé”.

- [3e Civ., 18 mai 2017, pourvoi n° 16-11.203, Bull. 2017, III, n° 64 \(P+B+R+I \)](#) :

“Vu l'article 1382, devenu 1240, du code civil ;

(...)

Attendu que, pour déclarer la société Dalkia France responsable de la condensation anormale dans le lot n° 7, rejeter ses appels en garantie et la condamner à paiement, l'arrêt retient qu'il résulte de la convention du 5 avril 2004 que la société Faure ingénierie et la société Dalkia France se sont engagées solidairement à l'égard de la société Sorevie Gam à livrer un ouvrage conforme aux prévisions contractuelles et exempt de vices, qu'en manquant à cette obligation, la société Dalkia France a commis une faute à l'origine de la condensation anormale et que cette faute engage sa responsabilité délictuelle à l'égard de la SCI Hydraxium et de la société Axiom Kinésithérapie ;

Qu'en statuant ainsi, par des motifs qui, tirés du seul manquement à une obligation contractuelle de résultat de livrer un ouvrage conforme et exempt de vices, sont impropres à caractériser une faute délictuelle, la cour d'appel a violé le texte susvisé”.

Ce dernier arrêt mérite qu'on s'y arrête, non seulement en raison de la publicité étendue qu'a décidé de lui donner la chambre, mais également en raison du commentaire figurant au rapport annuel de la Cour qui exprime sans réserve le refus de la chambre “d'étendre à la notion d'obligation de résultat la solution retenue par l'assemblée plénière dans son arrêt du 6 octobre 2006”, ajoutant que “si la faute délictuelle est assimilée à la faute contractuelle, encore faut-il établir sa matérialité et son lien de causalité avec le dommage invoqué”, assurant être “en harmonie avec la jurisprudence” dont l'examen “révèle que la faute tout comme le lien de causalité avec le dommage subi par le tiers au contrat doivent être caractérisés” et évoquant un rapprochement avec l'arrêt susvisé de la première chambre civile du 28 septembre 2016, l'un et l'autre arrêt veillant “à cantonner le domaine d'application de l'obligation de résultat ou des présomptions légales de responsabilité”.

On retiendra encore trois autres arrêts rendus, postérieurement, par la troisième chambre civile.

Le premier, en date du 22 mars 2018 ([3e Civ., 22 mars 2018, pourvoi n° 17-11.449](#)) qui approuve le tribunal saisi d'une action en responsabilité dirigée par un copropriétaire contre le syndic, d'avoir "*exactement retenu que le mandataire répondait, sur le fondement de l'article 1992 du code civil, des fautes commises dans sa gestion et qu'un tiers au contrat pouvait invoquer un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui causait un dommage*" - reprenant ainsi, partiellement, la formulation de l'arrêt Boot shop - mais, qui ayant constaté que les pièces produites par les parties ne permettaient pas de caractériser le manquement contractuel du syndic, a "*souverainement déduit que la responsabilité du syndic n'était pas engagée*".

Le deuxième, du 12 avril 2018 ([3e Civ., 12 avril 2018, pourvoi n° 16-24.521](#)), qui casse, au visa de l'article 1382 devenu 1240 du code civil, un arrêt d'appel pour n'avoir pas recherché "*comme il le lui était demandé, si la faute contractuelle commise par (le maître d'oeuvre chargé de diriger et surveiller un marché de travaux) au titre de l'absence de protection contre le feu n'avait pas causé un préjudice (au copropriétaire, tiers au contrat de maîtrise d'oeuvre) en rendant son appartement inhabitable*", sans faire référence à la formulation de l'arrêt Boot shop ni même utiliser les termes de "manquement contractuel".

Le troisième, rendu le 29 novembre 2018 ([3e Civ., 29 novembre 2018, pourvoi n° 17-27.766, en cours de publication](#)) qui a retenu que "*l'action en responsabilité délictuelle formée par un tiers à l'encontre d'un membre du conseil syndical et fondée sur un manquement contractuel s'exerce dans les limites prévues par le second alinéa de l'article 1992 du code civil*" mais n'a pas désapprouvé la cour d'appel qui avait "*pu retenir qu'une négligence dans la surveillance des comptes du syndic ne constituait pas en soi (...) une faute suffisamment grave pour engager la responsabilité du président ou du membre du conseil syndical*", ne rattachant pas entièrement sa décision à l'arrêt Boot shop.

On peut encore y ajouter un arrêt, tout récent, rendu par la chambre commerciale ([Com., 25 septembre 2019, pourvoi n° 18-15.655](#), en cours de publication, mais pas sur le moyen qui nous intéresse) qui a jugé, au visa de l'article 1382 devenu 1240 du code civil, que "*la caution peut demander au créancier réparation du préjudice personnel et distinct qu'elle impute à une faute de celui-ci commise dans ses rapports avec le débiteur principal*" sans aucune référence à l'arrêt Boot shop et avec utilisation du seul terme de "faute".

Il n'est pas sérieusement discutable que ces différences de formulation d'une chambre à l'autre dépassent une simple question de rédaction et révèlent des différences d'opinion sur le fait générateur que peut utilement invoquer le tiers au contrat à l'effet d'obtenir la réparation du dommage que lui a causé une inexécution contractuelle.

Certains auteurs se sont demandé si ces arrêts ne tendaient pas à anticiper sur la réforme législative du droit de la responsabilité dont un article de l'avant-projet sur l'action en réparation du tiers sera examiné plus loin.

Mais avant d'étudier ce que prépare le législateur, il est apparu utile de se pencher sur l'approche des juridictions de l'ordre administratif et d'évoquer les solutions proposées par d'autres droits européens.

4. La position des juridictions de l'ordre administratif

Le recours au contrat y compris par un service public administratif étant de plus en plus fréquent et le contrat de droit public, plus encore que le contrat de droit privé, étant susceptible d'avoir des effets sur des tiers, les juridictions de l'ordre administratif ont été amenées à se prononcer sur les actions engagées par des tiers se plaignant, notamment, de l'inexécution d'un contrat.

Très attachées au principe de l'effet relatif des contrats qu'elles ont transposé aux contrats administratifs, elles ont néanmoins admis que le contrat était un fait social opposable aux tiers et par les tiers et accepté les exceptions que sont la technique de la stipulation pour autrui ou celle de l'action oblique.

Elles distinguent, par ailleurs, au sein des stipulations contractuelles, les clauses propres aux relations entre les parties au contrat administratif et les clauses dites réglementaires qui, portant sur l'organisation et le fonctionnement du service public, ont un effet direct sur les tiers à qui elles ouvrent des droits ou imposent des sujétions et qui peuvent être contestées devant le juge de l'excès de pouvoir³² ou fonder une action en responsabilité quasi-délictuelle en réparation d'un dommage.

Saisi cinq ans après l'arrêt *Boot shop* d'une action en responsabilité quasi-délictuelle dirigée contre la ville de Paris, et dûment averti par son commissaire du gouvernement de l'existence de cette décision de la Cour, le Conseil d'Etat a, le 11 juillet 2011³³, rendu un arrêt énonçant que *“les tiers à un contrat administratif, hormis les clauses réglementaires, ne peuvent en principe se prévaloir des stipulations de ce contrat”* et en déduisant que *“que la qualité de tiers au contrat (...) de Mme A... faisait obstacle à ce que cette dernière se prévale d'une inexécution du contrat dans le cadre d'une action en responsabilité quasi-délictuelle”*.

Commentant cet arrêt, Mme Viney³⁴ a constaté l'existence de divergences entre la Cour et le Conseil d'Etat, non sur le principe même de la responsabilité du débiteur

³² [CE, 10 juillet 1996, n°138536](#), publié au recueil Lebon

³³ [CE, 11 juillet 2011, n° 339409](#), publié au recueil Lebon

³⁴ Recueil Dalloz 2012 p.653, obs. G. Viney

contractuel à l'égard des tiers, mais sur les conditions de cette responsabilité. Elle relève que si le Conseil d'Etat a écarté la responsabilité de la Ville de Paris, *“ce n'est pas au motif que le tiers ne pourrait par principe se prévaloir du contrat auquel il n'est pas partie, mais parce que la haute juridiction administrative estime qu'en l'occurrence il n'y a pas de lien de causalité direct entre la conclusion du contrat de 1997 et le dommage invoqué”*. Elle en déduit que le Conseil d'Etat *“serait prêt à admettre que le tiers puisse invoquer, à l'appui de son action en responsabilité, une faute indépendante de ce manquement, ce qui ressemble fort à la position adoptée, avant le 6 octobre 2006, par les décisions judiciaires qui exigeaient alors, pour engager la responsabilité du débiteur, personne privée, « une faute envisagée en elle-même indépendamment de tout point de vue contractuel », formule que pourtant le Conseil d'Etat ne reprend pas à son compte”*. S'agissant de la causalité, condition générale de la responsabilité, elle observe que le juge administratif fait apparemment preuve d'une plus grande exigence que le juge civil en s'inspirant principalement de la théorie de la *“causalité adéquate”* alors que le juge judiciaire penche en faveur de celle de *“l'équivalence des conditions”*.

Plus récemment, le 7 décembre 2015, le Conseil d'Etat a fait évoluer sa jurisprudence en matière de travaux publics en jugeant qu' *“il appartient, en principe, au maître d'ouvrage qui entend obtenir la réparation des conséquences dommageables d'un vice imputable à la conception ou à l'exécution d'un ouvrage de diriger son action contre le ou les constructeurs avec lesquels il a conclu un contrat de louage d'ouvrage ; qu'il lui est toutefois loisible, dans le cas où la responsabilité du ou des cocontractants ne pourrait pas être utilement recherchée, de mettre en cause, sur le terrain quasi-délictuel, la responsabilité des participants à une opération de construction avec lesquels il n'a pas conclu de contrat de louage d'ouvrage, mais qui sont intervenus sur le fondement d'un contrat conclu avec l'un des constructeurs ; que s'il peut, à ce titre, invoquer, notamment, la violation des règles de l'art ou la méconnaissance de dispositions législatives et réglementaires, il ne saurait, toutefois, se prévaloir de fautes résultant de la seule inexécution, par les personnes intéressées, de leurs propres obligations contractuelles ; qu'en outre, alors même qu'il entend se placer sur le terrain quasi délictuel, le maître d'ouvrage ne saurait rechercher la responsabilité de participants à l'opération de construction pour des désordres apparus après la réception de l'ouvrage et qui ne sont pas de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination”* ³⁵

Ainsi, si le Conseil d'Etat ouvre une action subsidiaire au maître de l'ouvrage qui ne peut utilement rechercher la responsabilité de ses cocontractants de demander réparation de son dommage à un constructeur avec lequel il n'est pas contractuellement lié (un sous-traitant), les fautes contractuelles qu'il peut invoquer sont limitées à la violation des règles de l'art ou la méconnaissance des dispositions législatives et réglementaires, sans s'étendre à la méconnaissance de ce qu'on pourrait désigner sous l'appellation d'obligations spécifiquement contractuelles. On voit là une différence très nette avec la solution de l'arrêt Boot shop.

Notons encore que le Conseil d'Etat a reconnu, en 2014, la possibilité pour des tiers de contester la validité d'un contrat administratif dans le cadre d'un recours de

³⁵ [CE, 7 décembre 2015, n° 380419](#), publié au Recueil Lebon

plein contentieux ³⁶ : “*indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles*”.

Il a confirmé cette position à l'occasion d'arrêts plus récents en retenant que “*un tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par une décision refusant de faire droit à sa demande de mettre fin à l'exécution du contrat, est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat*”, ajoutant “*que les tiers ne peuvent utilement soulever, à l'appui de leurs conclusions tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat, que des moyens tirés de ce que la personne publique contractante était tenue de mettre fin à son exécution du fait de dispositions législatives applicables aux contrats en cours, de ce que le contrat est entaché d'irrégularités qui sont de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office ou encore de ce que la poursuite de l'exécution du contrat est manifestement contraire à l'intérêt général ; qu'à cet égard, les requérants peuvent se prévaloir d'inexécutions d'obligations contractuelles qui, par leur gravité, compromettent manifestement l'intérêt général ; qu'en revanche, ils ne peuvent se prévaloir d'aucune autre irrégularité, notamment pas celles tenant aux conditions et formes dans lesquelles la décision de refus a été prise ; qu'en outre, les moyens soulevés doivent, sauf lorsqu'ils le sont par le représentant de l'Etat dans le département ou par les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales compte-tenu des intérêts dont ils ont la charge, être en rapport direct avec l'intérêt lésé dont le tiers requérant se prévaut*”. ³⁷

Il a ainsi réitéré sa volonté de restreindre les cas d'inexécutions d'obligations contractuelles dont pouvait utilement faire état un tiers au soutien de son action en invoquant la nécessité de ce que ces inexécutions compromettent manifestement, par leur gravité, l'intérêt général.

5. Solutions d'autres droits européens :

La réparation du préjudice d'un tiers à un contrat n'est pas approchée de la même façon par les différents droits européens et donc par les juridictions chargées de leur mise en oeuvre. ³⁸

³⁶ [CE, 4 avril 2014, n° 358994](#), publié au Recueil Lebon

³⁷ [CE, 30 juin 2017, n° 398445](#), publié au Recueil Lebon ; [CE, 30 novembre 2018, n° 416628](#), publié au Recueil Lebon

³⁸ Les quelques indications qui suivent sont puisées, d'une part, dans les éléments obligamment transmis par les correspondants du Réseau pilote des présidents de cours suprême de l'Union

C'est ainsi que si le **droit luxembourgeois**, très proche du droit français, a donné lieu à une jurisprudence comparable à celle de l'arrêt *Boot shop* qui admet l'assimilation de principe du manquement contractuel à une faute délictuelle, les décisions de justice de droit allemand, de droit tchèque, de droit belge, de droit néerlandais ou encore de droit anglais s'en différencient très nettement.

En **droit allemand**, notamment, la jurisprudence réserve une place particulière à certains tiers qui bénéficient d'une protection du contrat alors qu'ils n'y sont pas partie. Cette création prétorienne est désignée sous l'appellation "contrat avec effet protecteur pour les tiers" ou, plus exactement, "rapport d'obligation avec effet protecteur pour le tiers", la notion de rapport d'obligation étant plus large que celle de contrat et incluant la phase précontractuelle. Elle vise à pallier deux faiblesses du régime de responsabilité délictuelle en Allemagne : l'absence de protection générale du patrimoine qui interdit, sauf exceptions, la réparation du dommage purement économique et le fait que le commettant puisse s'exonérer de sa responsabilité du fait de son préposé en faisant preuve de sa diligence dans le choix et la surveillance de celui-ci. Le contrat n'entraîne un effet protecteur pour un tiers que si quatre conditions sont réunies : la proximité du tiers au contrat et à la prestation qu'il contient, l'intérêt du créancier contractuel à la protection du tiers soumis à un risque équivalent au sien, la connaissance par le débiteur contractuel de la proximité du tiers et de l'intérêt du créancier et le besoin de protection du tiers qui doit ne pas disposer d'action contre une autre personne (ce caractère de subsidiarité interdit, par exemple, au tiers de prétendre à la protection du contrat initial dans une chaîne de contrats dont il a conclu le dernier maillon puisqu'il peut agir contre son propre cocontractant). En **droit tchèque**, existe un mécanisme similaire qui permet aux tiers à un contrat d'agir en responsabilité contractuelle lorsqu'ils justifient de la réunion des conditions ouvrant droit à la protection de ce contrat.

Le **droit belge** connaît de ce qu'il désigne sous l'appellation "*coexistence des responsabilités*" et distingue la "*coexistence active*" de la "*coexistence passive*", dernière notion qui seule nous intéresse ici et renvoie à l'hypothèse dans laquelle un tiers subit un préjudice à la suite de la violation par une partie à un contrat de ses obligations contractuelles. Dans cette hypothèse, le tiers lésé ne peut se borner à démontrer qu'un contrat a été violé et qu'il en résulte pour lui un préjudice pour engager la responsabilité extracontractuelle de la partie défaillante, il doit établir que le manquement contractuel "*constitue, simultanément et indépendamment du contrat, une violation de l'obligation générale de prudence s'imposant à tous*", sa réclamation devant avoir une "*source juridiquement différente du contrat*". Dans l'appréciation de l'existence de la violation du devoir général de prudence, le critère de l'intérêt que le tiers lésé

européenne, d'autre part, dans les éléments aimablement mis à la disposition du rapporteur par les professeurs des universités du Luxembourg, d'Allemagne, de Belgique et d'Angleterre ayant participé à un séminaire de travail organisé, le 3 juin 2019, par la Société de législation comparée sous la direction du professeur Deshayes et de Mme la conseillère référendaire de Cabarrus, consacré à "La responsabilité des contractants à l'égard des tiers"

pouvait avoir à la bonne exécution de la convention est déterminant ainsi que celui de la connaissance qu'en avait ou aurait dû en avoir le cocontractant astreint à ce devoir de prudence. On songe, par exemple, ici au cas du groupe de contrats dont la bonne exécution est attendue de tous les contractants ou encore aux cas dans lesquels l'objet même du contrat implique un devoir général de prudence et de diligence car la sécurité de tous peut être en jeu (exemple de l'ascensoriste chargé de l'entretien d'un ascenseur qui ne peut méconnaître l'exigence de sécurité des usagers).

En **droit néerlandais**, en application d'une jurisprudence constante depuis 2004, le tiers qui a un intérêt à la bonne exécution d'un contrat peut, s'il subit un préjudice résultant de l'inexécution de ce contrat, engager la responsabilité délictuelle du contractant. Selon les critères d'appréciation dégagés par la Cour suprême néerlandaise, une mise en balance des intérêts doit être faite tenant compte du contrat, des intérêts des tiers et du comportement du contractant dont la responsabilité est recherchée. S'agissant du contrat, le juge doit examiner la qualité des parties et la nature et l'objet du contrat en cause. S'agissant des intérêts des tiers, il doit répondre aux questions suivantes : de quelle manière le manquement contractuel affecte-t-il le tiers ? celui-ci pouvait-il raisonnablement escompter une préservation de ses intérêts ? quelle est la nature et l'étendue du dommage subi ? le tiers aurait-il dû contracter une assurance en prévision de ce risque ? la réparation proposée au tiers est-elle raisonnable ? S'agissant du comportement du contractant dont la responsabilité est recherchée, la juridiction doit tenir compte du point de savoir s'il avait connaissance de l'impact du contrat sur le tiers et quel aurait été le coût pour le contractant de rechercher la préservation des intérêts du tiers.

En **droit anglais**, le principe de "*privity of contracts*" est l'équivalent du principe relatif des contrats. Il interdit, par principe, au tiers d'agir en responsabilité contre un contractant sur un fondement contractuel. Toutefois, en raison de l'impossibilité, en *common law*, pour le tiers d'agir dans le cadre d'une "*tort claim*" (notamment pour "*tort of negligence*" (violation d'un devoir de diligence et de soin raisonnable) à l'effet d'obtenir l'indemnisation de "pertes purement économiques" ("*pure economic loss*"), deux techniques ont été développées lui permettant d'agir sur un fondement contractuel : la technique des "*collateral warranties*" et celle des "*third party rights*".

La première, purement contractuelle, consiste en une clause, insérée dans un contrat principal, par laquelle un contractant ("*warrantor*", le garant) se réfère à un contrat distinct de "*collateral warranty*" ("contrat accessoire de garantie au bénéfice d'un tiers") par lequel il s'engage à exécuter les obligations contractuelles prévues au contrat principal au profit d'un tiers à ce contrat ("*beneficiary*"). La mise en place de cette technique qui crée ainsi un lien contractuel entre une partie et un tiers nécessite généralement la réalisation de cinq conditions :

- la rédaction d'une clause prévoyant que la responsabilité susceptible de résulter de la mise en oeuvre de la *collateral warranty* ne saurait avoir pour effet d'imposer au garant davantage d'obligations qu'il n'en aurait eu dans ses rapports avec son cocontractant au contrat principal ("*no greater liability clause*"),

- la prise en compte de la durée d'effet de la *collateral warranty* (6 ans pour un acte sous seing privé, 12 ans pour un acte notarié),
- la prévision d'une clause prévoyant un "droit de substitution" ("*step-in clause*") au cas où le garant serait défaillant,
- la détermination contractuelle du nombre de fois où la *collateral warranty* peut être transmise ("*assigned*") à une autre personne sans besoin d'accord préalable du garant,
- la prévision d'une clause de contribution au prorata à l'indemnisation ("*net contribution clause*") stipulant que, dans l'hypothèse où plusieurs personnes ont contribué à la réalisation du dommage, chacune n'est tenue d'indemniser qu'à proportion stricte de sa contribution au dommage. On rencontre ce mécanisme dans les chaînes de contrats en lien avec des opérations de construction et/ou de financement.

La seconde, encore peu usitée en droit de la construction mais plus courante au sein des groupes de sociétés, a été créée par la loi du 11 novembre 1999 sur les droits des tiers en matière contractuelle (*Contracts (Rights of third parties) Act 1999*) et elle se définit comme le droit contractuellement conféré à un tiers, désigné dans le contrat par son nom ou par référence à une catégorie précisément déterminée, d'exiger l'exécution de certaines stipulations contractuelles, sans mettre à sa charge des devoirs ou obligations. Il est cependant à noter qu'une clause contractuelle peut expressément exclure son application.

6. Les avant-projets de réforme du droit de la responsabilité civile :

Une réforme législative de la responsabilité civile est actuellement en cours d'élaboration. L'actuel avant-projet élaboré par la Chancellerie, dans le but affiché de mettre un terme à la jurisprudence *Boot shop*, a été précédé d'autres avant-projets dont il s'est inspiré et qui méritent d'être rappelés.

Un premier **avant-projet dit "Catala"** du nom du professeur de droit chargé, en 2003, avec d'autres universitaires français d'élaborer un texte portant réforme du droit des obligations et de la prescription, déposé en septembre 2005, prévoyait en son article 1342 :

"Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci peut en demander réparation au débiteur sur le fondement des articles 1362 à 1366. Il est alors soumis à toutes les limites et conditions qui s'imposent au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage. Il peut également obtenir réparation sur le fondement de la responsabilité extra-contractuelle, mais à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés aux articles 1352 à 1362."

Il était justifié dans l'exposé des motifs par l'un de ses auteurs, Mme Viney³⁹, de la façon suivante :

³⁹ pages 144 et 145 du rapport de présentation de "l'avant-projet Catala"

“L’article 1342 prévoit, quant à lui, l’hypothèse dans laquelle l’inexécution d’une obligation contractuelle est à l’origine d’un dommage subi par un tiers. Actuellement, la jurisprudence tend à reconnaître très largement dans ce cas la responsabilité du débiteur, mais, quant à la nature de cette responsabilité, elle reste particulièrement hésitante. La plupart des arrêts la qualifient de “délictuelle” ou “extra-contractuelle”, n’hésitant pas à affirmer que le seul manquement au contrat suffit à établir une faute délictuelle ou un fait de la chose dès lors qu’il a causé un dommage à un tiers. Toutefois, lorsque la propriété d’une chose a été transmise par une chaîne de contrats, l’acquéreur est alors doté d’une “action directe nécessairement contractuelle” contre tous les maillons antérieurs de la chaîne de distribution. En outre, dans quelques espèces, la Cour de cassation a jugé que l’obligation contractuelle de sécurité profite, non seulement au créancier, mais également aux tiers, sans préciser pour autant si l’action du tiers victime est soumise alors au régime contractuel ou au régime extra-contractuel. Ces solutions trahissent donc l’incertitude des juges qui n’a d’égale d’ailleurs que celle de la doctrine, les auteurs se montrant très embarrassés pour proposer des solutions cohérentes. C’est pourquoi il a paru indispensable de lever ces incertitudes.

C’est pourquoi il a paru indispensable de lever ces incertitudes.

Pour le faire, les membres du groupe sont partis de deux constatations

Tout d’abord, la tendance à admettre largement la responsabilité du débiteur vis à vis des tiers auxquels il a directement causé un dommage par sa défaillance contractuelle correspond à une aspiration qui semble juste et qui d’ailleurs est étayée, sur le plan théorique, par l’admission du principe “d’opposabilité du contrat”. C’est pourquoi il a été décidé de consacrer cette responsabilité par une disposition explicite (à l’article 1342 alinéa 1^{er}).

En revanche, il est clair que la soumission de cette responsabilité au régime extracontractuel risque à la fois de déjouer les prévisions des parties en écartant l’application des clauses du contrat qui ne sont pas compatibles avec ce régime (notamment celles qui écartent ou allègent les obligations ou les responsabilités ou qui désignent la juridiction compétente ou la loi applicable) et de conférer ainsi aux tiers qui invoquent le contrat pour fonder cette responsabilité une position plus avantageuse que celle dont peut se prévaloir le créancier lui-même. Or cela semble particulièrement anormal.

C’est donc l’application du régime extra-contractuel qui fait difficulté. Or cette application, que l’on justifie généralement en invoquant le fameux principe de l’“effet relatif du contrat”, n’est en réalité nullement imposée par l’article 1165 du code civil. Des très nombreux et importants travaux consacrés à ce principe, il ressort en effet que sa portée se limite à deux conséquences essentielles. Au moment de la conclusion du contrat, il interdit aux parties de lier les tiers et, au moment de l’exécution, il leur réserve le droit d’exiger celle-ci. En revanche, il ne commande nullement le choix du régime de responsabilité à appliquer en cas d’inexécution.

Pour définir celui-ci, ce sont par conséquent les considérations pratiques qui doivent l’emporter. Or celles-ci commandent d’imposer l’application du régime contractuel dès lors que le fondement de l’action réside uniquement dans un manquement au contrat. C’est en effet la seule façon de soumettre les tiers à toutes les limites et conditions que le contrat impose au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage.

En revanche, si le tiers peut établir à la charge du débiteur, outre la défaillance contractuelle, un fait générateur de responsabilité extra-contractuelle, il n’y a alors aucune raison de le priver de l’action destinée à faire reconnaître cette responsabilité.”

Et, à la faveur d’une note en bas de page⁴⁰, il était encore indiqué :
 “Ce texte est le résultat de longues réflexions...”

⁴⁰ page 153 du rapport de présentation de “l’avant-projet Catala”

Suite à la communication des travaux du groupe 10 sur les effets du contrat à l'égard des tiers, la solution la plus équilibrée a semblé être d'ouvrir par principe aux tiers une action en réparation leur permettant de se prévaloir de l'inexécution du contrat lorsqu'elle leur a causé un préjudice (ce qui est actuellement admis par la Cour de cassation sous l'angle de l'assimilation des fautes), mais en soumettant alors le tiers à toutes les contraintes nées du contrat (clauses limitatives ou exclusives de responsabilité, clauses de compétence, limite de la prévisibilité du dommage...). Cette solution répondrait à l'argument le plus souvent invoqué contre l'assimilation des fautes (qui, actuellement, permet au tiers à la fois de se fonder sur le contrat, et d'en éluder tous les inconvénients). Elle conduirait également à faire disparaître toutes les controverses et distinctions liées aux chaînes et aux groupes de contrats, ainsi que d'absorber la situation des victimes par ricochet. Cependant, le groupe maintient la possibilité pour le tiers qui souhaite échapper aux contraintes d'un contrat auquel il n'a pas été partie de se fonder sur la responsabilité extracontractuelle, mais il doit alors prouver toutes les conditions nécessaires à la mise en jeu de cette responsabilité."

Consultée sur "l'avant-projet Catala", la Cour de cassation a constaté le caractère "*particulièrement innovant*" de l'article 1342, "*puisqu'il soumet en principe aux règles de la responsabilité contractuelle et non plus délictuelle la réparation du dommage subi par un tiers au contrat du fait de l'inexécution de la convention, tout en ménageant une option, par dérogation à la règle du non-cumul, lorsque l'inexécution contractuelle se double d'un fait générateur de responsabilité extracontractuelle*" et observé que le "*système proposé, nuancé et équilibré, est doublement justifié. Le tiers ne doit pas, en règle générale, pouvoir éluder la loi du contrat et obtenir une indemnisation supérieure à celle à laquelle peut prétendre le créancier de l'obligation contractuelle. Ceci étant, l'exclusion de la responsabilité extracontractuelle à l'égard de ce tiers n'a plus de justification lorsque parallèlement à l'inexécution de la convention, les conditions d'une telle responsabilité sont remplies en présence d'un fait générateur spécifique.*" Elle a, en revanche, relevé que "*le dispositif de l'article 1342 pose un sérieux problème de coordination avec les propositions formulées en droit des contrats pour nuancer l'effet relatif du contrat en cas de conventions interdépendantes*" et a exprimé l'avis "*de faire prévaloir le système préconisé à l'article 1342, système qui serait donc étendu aux contrats interdépendants*"⁴¹.

Les membres de la doctrine, quant à eux, se sont divisés entre ceux plutôt favorables et ceux clairement défavorables aux propositions de l'avant-projet, mais aucun n'a été indifférent à son audace. Certains ont salué la tentative de conciliation de l'indemnisation des tiers victimes d'une inexécution contractuelle et du respect des prévisions contractuelles⁴², nuancant l'atteinte portée au principe dit de non-cumul en observant que le tiers ne disposerait pas d'un véritable choix, l'action contractuelle s'imposant sauf pour lui à démontrer l'existence d'une faute extracontractuelle⁴³ et se

⁴¹ Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription 15 juin 2007, points 60 et 61

⁴² Recueil Dalloz 2007, p. 165, obs. Faure-Abbad

⁴³ Mélanges en l'honneur de Philippe Letourneau, éd. Dalloz 2007, p. 745, *Contrats, responsabilité et tiers... (du nouveau à l'horizon)* D. Mazeaud

demandant si “*en fait d'hérésie*” laquelle était la plus dommageable, “*de celle qui consiste à faire exception au principe dit du non-cumul en conservant leurs cohérences respectives aux deux ordres de responsabilités, ou de celle qui revient à les confondre purement et simplement dans une fongibilité des faits générateurs*”⁴⁴. D'autres ont reproché à l'article 1342 susvisé une union des contraires au prix d'un dépassement de la règle de l'opposabilité du contrat aux tiers et par les tiers⁴⁵, souligné l'existence d'une “*entreprise de défense du contrat et de protection du débiteur contractuel qu'il faut protéger contre l'intrusion de la responsabilité extracontractuelle et l'inopposabilité, au tiers victime, des clauses limitatives ou exonératoires*”⁴⁶, dénoncé l'atteinte portée à la règle du non-cumul des deux régimes de responsabilité et la difficile combinaison avec les règles de l'avant-projet portant sur les contrats interdépendants⁴⁷. D'autres encore ont regretté les dispositions de l'alinéa 1^{er} de l'article 1342 qui “*heurte la raison, dont le droit ne peut s'abstraire*” mais se sont réjouis de l'alinéa 2 “*qui consacre judicieusement le principe de la relativité de la défaillance contractuelle en affirmant que le tiers à un contrat peut obtenir réparation sur le fondement de la responsabilité extra-contractuelle, en prouvant l'un des faits générateurs de celle-ci*”⁴⁸.

Placés sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques et avec l'appui du ministère de la justice, les travaux d'un groupe de travail, dirigé par le **professeur François Terré**, ont donné lieu à trois publications successives proposant respectivement de réformer le droit des contrats⁴⁹, la responsabilité civile⁵⁰ et, enfin, le régime général des obligations⁵¹.

La première proposait deux articles, dont le second, en particulier, était ouvertement destiné à contrecarrer la solution de l'arrêt Boot shop :

Article 124 :

⁴⁴ Revue Lamy droit civil 1^{er} janv. 2007, n° 34, *Feu la relativité de la faute contractuelle*, Ph. Brun

⁴⁵ Revue Lamy Droit civil, n° 25, 1^{er} mars 2006, *Le droit commun de la responsabilité civile en 2005*, Ph. Jacques

⁴⁶ Revue des contrats, n° 1, 1^{er} janvier 2007, p. 45, obs. E. Savaux

⁴⁷ Revue des contrats, n° 1, 1^{er} janvier 2007, p. 31, obs. J. Huet

⁴⁸ Recueil Dalloz 2007, p. 2180, obs. Ph. Le Tourneau

⁴⁹ Pour une réforme du droit des contrats, sous la direction de François Terré, Éditions Dalloz 2009

⁵⁰ Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, sous la direction de François Terré, Éditions Dalloz 2011

⁵¹ Pour une réforme du régime général des obligations, sous la direction de François Terré, Éditions Dalloz 2013

“Le contrat n’a d’effet qu’entre les parties.

Il n’a pas d’effet à l’égard des tiers qui ne peuvent ni en demander l’exécution ni se voir contraints de l’exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section.”

Article 125 :

“Les tiers doivent respecter la situation créée par le contrat et peuvent s’en prévaloir.

La seule existence d’un dommage subi par un tiers du fait de l’inexécution d’une obligation par un contractant n’engage pas la responsabilité délictuelle de celui-ci à l’égard du tiers.”

La deuxième complétait cette distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle, dans son chapitre consacré aux délits (civils) :

Article 3 :

“Sauf disposition particulière, les atteintes à l’intégrité physique et psychique de la personne sont réparées d’après les règles du présent chapitre alors même qu’elles seraient causées à l’occasion de l’exécution d’un contrat.”

Article 4 :

“L’inexécution du contrat ne donne lieu à dommages et intérêts qu’aux conditions et dans la mesure prévue par les articles [116 s. du projet Terré].”, soit selon les règles de la responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle.

Le **sénateur Béteille** a déposé en 2010 au Sénat une **proposition de loi** portant réforme de la responsabilité civile ⁵² très inspirée de “l’avant-projet Catala” qui n’a jamais été inscrite à l’ordre du jour de cette assemblée parlementaire. Cette proposition comprenait un article 1386-18 destiné à entrer dans le code civil libellé comme suit :

“Lorsque l’inexécution d’une obligation contractuelle est la cause directe d’un dommage subi par un tiers, celui-ci peut en demander réparation au débiteur sur le fondement des dispositions de la présente section. Il est alors soumis à toutes les limites et conditions qui s’imposent au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage.

Il peut également obtenir réparation sur le fondement des règles de la responsabilité délictuelle, en rapportant la preuve de l’un des faits générateurs mentionnés à la section II du présent chapitre”.

Le **ministère de la justice** a élaboré un premier avant-projet en 2012 qui n’a fait l’objet que de peu de commentaires, suivi, quatre années plus tard, d’un second.

Ce dernier **avant-projet, présenté le 29 avril 2016** pour être soumis à une consultation publique, incluait un **article 1234** rédigé comme suit :

“Lorsque l’inexécution d’une obligation contractuelle est la cause directe d’un dommage subi par un tiers, celui-ci ne peut en demander réparation au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l’un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II”.

⁵² n° 657

La doctrine a généralement approuvé que soit “cassée” la jurisprudence *Boot shop*⁵³, trop générale, qui avait “*brouillé tous les critères de distinction entre ce qui relève du contractuel et ce qui relève de l’extracontractuel*”, “*donnant l’impression qu’elle respectait le principe de l’effet relatif des contrats en faisant appel à la responsabilité extracontractuelle*” alors qu’*“elle le violait délibérément par l’assimilation des sources des deux responsabilités”*⁵⁴, mais elle a également déploré que tous les tiers soient soumis, sans distinction, au même régime et l’un de ses membres a appelé à compléter le texte par des dispositions élargissant l’action directe de nature contractuelle reconnue aux membres d’une chaîne de contrats translatrice de propriété à tous ceux qui, parties à un groupe de contrats, “*bénéficient en vertu d’un autre contrat d’une obligation identique quant à son objet à celle dont l’inexécution leur a causé le dommage*”.⁵⁵

Pour tenir compte de ces critiques, le ministère de la justice a remanié son **avant-projet** et l’a présenté, le **13 mars 2017**, à l’Académie des sciences morales et politiques, l’article 1234 étant désormais rédigé comme suit :

“Lorsque l’inexécution du contrat cause un dommage à un tiers, celui-ci ne peut demander réparation de ses conséquences au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l’un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II.

Toutefois, le tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d’un contrat peut également invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage. Les conditions et limites de la responsabilité qui s’appliquent dans les relations entre les contractants lui sont opposables. Toute clause qui limite la responsabilité contractuelle d’un contractant à l’égard des tiers est réputée non écrite.”

Dans sa présentation du projet de réforme de la responsabilité civile, Mme Hermite exposait : “*l’article 1234 propose de revenir sur la jurisprudence qui assimile la faute extracontractuelle et la faute contractuelle, pour permettre à un tiers à un contrat d’invoquer une inexécution purement contractuelle pour obtenir réparation du dommage que celle-ci a causé. La rigueur de la solution a été discutée, c’est pourquoi la Chancellerie a proposé d’y apporter un tempérament dans le projet publié le 13 mars 2017.*”⁵⁶

Commentant certains aspects du projet de réforme, M. Julien⁵⁷ confirmait : “*le texte se propose ici de briser la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière*” en “*réinstaurant un principe de distinction des fautes contractuelle et délictuelle*” mais il observe que “*la solution issue de la jurisprudence, prônant l’identité des fautes contractuelle et*

⁵³ Recueil Dalloz 2016, p. 1442, obs. J-S Borghetti

⁵⁴ La Semaine Juridique Edition Générale n° 47, 21 Novembre 2016, 1234, obs. Ch. Larroumet

⁵⁵ Recueil Dalloz 2016, p. 1454, obs. M. Bacache

⁵⁶ Revue Lamy droit civil n° 152, 1^{er} octobre 2017

⁵⁷ *ibidem*

délictuelle, est maintenue au profit de certains tiers. Certes, ceux-ci devront alors supporter les limitations issues du contrat.” Il s’interrogeait sur l’identification de ces tiers et le sens à donner à la formule “un intérêt légitime à la bonne exécution du contrat” en se demandant si l’option ne serait ouverte qu’à certains tiers ou, en réalité, à tous et se prenait à regretter, dans une certaine mesure, le tempérament adopté qui affaiblissait, selon lui, le message apporté.

L’ajout du deuxième alinéa a suscité des réserves chez d’autres auteurs qui ont évoqué les questions “vertigineuses”⁵⁸ que soulevait le texte dont ils dénonçaient la formulation floue, la notion d’“intérêt légitime” non définie pouvant donner lieu à un champ d’application très large⁵⁹ et conférant nécessairement au juge le pouvoir d’en déterminer les contours.⁶⁰

Si certains auteurs s’y sont montrés nettement hostiles⁶¹, il en a satisfait, en revanche, d’autres⁶² qui y ont vu une “proposition cohérente et équilibrée”, mettant fin à la solution décriée de l’arrêt Boot shop en permettant l’indemnisation du tiers victime d’une faute purement contractuelle qui se trouvait dans “une proximité certaine avec le contrat”⁶³. Ils ont estimé que cet ajout ne bénéficierait qu’à un cercle limité de tiers, “dans le cadre d’un ensemble de contrats”⁶⁴ et se sont félicités qu’ait été ainsi reprise la proposition de Mme Viney et répondu à la demande des praticiens du droit de la construction.⁶⁵

7. La motivation de l’arrêt attaqué

En l’espèce, la cour d’appel, après avoir énoncé que “le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage” et indiqué que l’action du tiers était ainsi “soumise à un régime propre et la clause limitative de responsabilité ou les

⁵⁸ Revue des contrats 1^{er} juin 2017, n° 02, p. 238, obs. O. Deshayes

⁵⁹ Gaz. Pal. 2017 2 mai 2017, n° 17, p. 12, obs. M. Mekki ; AJ Contrats 2017, p. 169, obs. N. Disseaux

⁶⁰ Revue des contrats, 7 décembre 2017, n°04, p. 122, obs. N. Blanc

⁶¹ Recueil Dalloz 2017, p. 770, obs. J-S Borghetti

⁶² Gaz. Pal. 20 juin 2017, n° 23, p. 16, obs. A-S Choné-Grimaldi

⁶³ La Semaine Juridique Edition Générale n° 46, 13 novembre 2017, p. 1182, obs. M. Leveneur-Azémar.

⁶⁴ Gaz. Pal. 16 mai 2017, n° 19, p. 48, obs. A. Caston

⁶⁵ RD Immob. 2017, p. 241, obs. Ph. Malinvaud

clauses compromissaires contenues au contrat ne peuvent lui être valablement opposées” en a déduit que la Compagnie thermique ne pouvait utilement se prévaloir de la clause d’arbitrage prévue au contrat la liant à la société de Bois rouge ni de la clause de renonciation à recours en cas de panne des deux chaudières prévues par l’annexe du protocole d’accord. Elle a relevé que la société Sucrière était “*une victime par ricochet de l’arrêt total de fourniture de vapeur de la Compagnie thermique à l’usine de Bois rouge*” mais retenu “*cependant la faute, la négligence ou l’imprudence de la Compagnie thermique, à l’origine de sa défaillance contractuelle, n’é(tai)t pas établie*”, les circonstances de l’incendie et leur cause étant demeurées indéterminées, et elle en a tiré la conclusion que la société QBE ne pouvait utilement invoquer la responsabilité délictuelle de la Compagnie thermique.

La cour d’appel s’est ainsi expressément réclamée de la solution dégagée par l’arrêt Boot shop tout en s’en éloignant, jugeant qu’était nécessaire que fût établie une faute, une négligence ou une imprudence à l’encontre de la contractante dont la responsabilité extracontractuelle était recherchée, le seul manquement de celle-ci à son obligation contractuelle de fourniture d’énergie ne suffisant pas.

La Cour aura à se demander si, ce faisant, elle encourt les griefs du moyen qui lui reproche, à titre principal, une violation des dispositions de l’article 1147 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l’ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 ⁶⁶ (**première branche**) et, à titre subsidiaire, une violation de l’article 1382 du code civil, également dans sa rédaction antérieure à l’ordonnance du 10 février 2016 (**seconde branche**).

Dans son **mémoire ampliatif**, la société QBE insiste sur le responsabilité de la Compagnie thermique engagée, selon elle, y compris à l’égard d’un tiers, dès lors qu’elle a failli à son obligation de résultat de fourniture d’énergie et ne démontre pas l’existence d’un cas de force majeure exonératoire de cette responsabilité (Ch. mixte., 4 février 1983, pourvoi n° 80-14.853, Bull. 1983, ch. mixte n° 2). Elle soutient n’être pas tenue d’établir l’existence d’une faute délictuelle distincte du manquement contractuel constaté dès lors qu’il a occasionné un dommage à son assurée et se prévaut de l’arrêt Boot shop. Elle fait valoir que, de surcroît, la responsabilité de la Compagnie thermique reposant sur une inexécution contractuelle due à son seul fait, elle ne repose pas sur une simple présomption de faute mais sur une faute contractuelle établie ayant causé un dommage à son assurée.

⁶⁶ “Le débiteur est condamné, s’il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l’inexécution de l’obligation, soit à raison du retard dans l’exécution, toutes les fois qu’il ne justifie pas que l’inexécution provient d’une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu’il n’y ait aucune mauvaise foi de sa part.”

Dans son **mémoire en défense, la société de Bois rouge**, demande sa mise hors de cause, le second moyen ne la concernant pas.

Dans son **mémoire en défense, la Compagnie thermique** soutient qu'il ne résulte pas de l'arrêt Boot shop que la faute contractuelle est nécessairement délictuelle à l'égard du tiers et se prévaut de différents arrêts de la Cour postérieurs en ce sens. Elle fait valoir que, comme l'obligation de livraison conforme, l'obligation de fournir de l'énergie est une obligation de résultat strictement contractuelle s'éloignant très largement de la faute extracontractuelle supposant un écart de conduite du responsable au regard d'obligations de portée plus générale. Elle en déduit que la critique articulée par la première branche manque en droit, sa responsabilité n'étant pas engagée à l'égard de la société Sucrière, tierce au contrat la liant à la société de Bois rouge, du seul fait de la cessation de fourniture d'énergie et que de la même façon, celle de la seconde branche est infondée, le tiers qui se prévaut d'un manquement contractuel devant bien rapporter la preuve d'une faute délictuelle à son égard.

La Cour sera amenée à se poser la question de savoir si, au regard des éléments sus-exposés, elle doit maintenir purement et simplement la position adoptée à l'occasion de l'arrêt Boot shop en reprenant la même formulation, l'abandonner ou la faire évoluer et, en ce cas, selon quels critères.