



COUR DE CASSATION

ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE du 13 décembre 2019 à 14 heures

**AVIS DE M. JEAN-RICHARD DE LA TOUR,
PREMIER AVOCAT GENERAL**

Pourvoi n° A 17-19.963

**Société QBE Insurance Europe Limited
(ayant pour avocat la SCP Boulloche)**

C/

**1) Société Sucrerie de Bois Rouge
(ayant pour avocat la SCP O. Matuchansky, L. Poupot et G. Valdelièvre)**

**2) Société Compagnie Thermique de Bois rouge
(ayant pour avocat la SCP Jérôme Ortcheidt)**

Arrêt attaqué : CA Saint Denis de la Réunion - 05/04/2017

Plan

Introduction

1 - Les faits et la procédure

2 - Les moyens de cassation

1 - Le premier moyen

2 - Le second moyen

3 - Sur le second moyen

1 - La problématique

2 - La théorie de l'effet relatif des contrats

3 - La jurisprudence

a - *La jurisprudence antérieure à l'arrêt Boot shop*

b - *L'arrêt Boot shop*

c - *La jurisprudence postérieure à l'arrêt Boot shop*

4 - De lege ferenda

a - *L'avant projet Catala*

b - *L'avant-projet Terré*

c - *L'avant-projet de loi du ministère de la justice du 29 avril 2016.*

d - *Le projet de loi du 13 mars 2017*

5 - Ebauche d'une solution

a - *Eléments d'une solution*

b - *Application à l'espèce*

4 - Sur le premier moyen

§ § §

Introduction

Le tiers à un contrat qui subit un dommage du fait de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ce contrat peut-il obtenir réparation de ce dommage sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle¹ et, en conséquence, doit-il simplement apporter la preuve du manquement contractuel ou bien d'une faute, d'une négligence ou d'une imprudence commise par ce contractant ?

C'est à cette délicate question que votre Assemblée plénière va être appelée à répondre dans le cadre de ce pourvoi. Une réponse claire est attendue tant par la doctrine qui a publié de nombreux articles et commentaires sur la question, que par les cours et tribunaux confrontés quotidiennement à ces situations.

Cette question est posée par la deuxième branche du deuxième moyen du pourvoi qui vous est soumis et qui occupera la quasi totalité des développements du présent avis.

1 - Les faits et la procédure

La Sucrerie de Bois Rouge exploite une usine sucrière dans le nord de l'île de la Réunion. Elle est alimentée en énergie par la Compagnie Thermique de Bois Rouge qui exploite une centrale thermique.

Le 30 août 2009, un incendie s'est déclaré dans cette centrale qui a cessé de fonctionner et d'alimenter en énergie l'usine sucrière.

La Sucrerie de la Réunion qui exploite une usine sucrière dans le sud de l'île a porté assistance à la Sucrerie de Bois Rouge en vertu de conventions d'assistance conclues entre les deux sociétés.

La Sucrerie de la Réunion, estimant qu'elle avait subi un dommage du fait de cette assistance, a réclamé la garantie de son assureur de dommages, la société QBE Insurance limited (ci-après « QBE »).

Par arrêt définitif du 5 mars 2012, la cour d'appel de Saint Denis a condamné QBE à payer à la Sucrerie de la Réunion une somme de 1.078.423,38 euros.

QBE a alors engagé une action subrogatoire à l'encontre de la Sucrerie de Bois Rouge et de la Compagnie Thermique de Bois Rouge afin d'obtenir le remboursement de la somme qu'elle avait été condamnée à payer à la Sucrerie de la Réunion.

Par l'arrêt confirmatif attaqué, la cour d'appel de Saint Denis a débouté QBE, d'une part, de son action à l'encontre de la Sucrerie de Bois Rouge en considérant que les

¹ Les termes « extracontractuelle » et « délictuelle » seront indifféremment employés dans cet avis avec le même sens. En effet, avant la réforme du droit des contrats, le chapitre contenant les articles 1382 et suivants du code civil était intitulé « Des délits et des quasi-délits ». Le chapitre issu de l'ordonnance du 10 février 2016 et qui comprend les articles 1240 et suivants est intitulé « La responsabilité extracontractuelle en général ».

conventions d'assistance conclues entre les deux sucreries s'opposaient à cette demande et, d'autre part, de son action contre la Compagnie Thermique de Bois Rouge en considérant que cette dernière n'avait commis aucune faute, négligence ou imprudence et que QBE ne peut, en conséquence, utilement invoquer sa responsabilité délictuelle.

QBE a formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt. L'affaire a été attribuée à la chambre commerciale, financière et économique de la Cour qui, par arrêt du 9 avril 2019, a ordonné le renvoi de l'examen du pourvoi devant l'Assemblée plénière.

2 - Les moyens de cassation

QBE a formé un pourvoi contre l'arrêt attaqué et invoque deux moyens de cassation. Le premier moyen est relatif à l'action de QBE à l'encontre de la société Sucrerie de Bois Rouge. Le second concerne la demande formée à l'encontre de la société Compagnie Thermique de Bois Rouge.

1 - Le premier moyen

La première branche rappelle que 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 de la Réunion et Sucrerie 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.

Donc, en refusant à QBE, subrogée dans les droits de la société Sucrière de la Réunion, d'exercer un recours à l'encontre de la société Sucrerie de Bois Rouge au motif qu'elle ne pouvait avoir davantage de droits que son assuré et qu'en raison des conventions conclues entre elles, la société Sucrière de la Réunion ne pouvait exercer d'action contre la société Sucrerie de Bois Rouge, la cour d'appel aurait violé l'article 1134 du code civil (dans son ancienne rédaction, devenu 1103).

La deuxième branche soutient qu'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.

Or, en l'espèce, pour refuser à QBE, subrogée dans les droits de la société Sucrière de la Réunion, d'exercer un recours à l'encontre de la société Sucrerie de Bois Rouge, la cour d'appel a retenu que QBE ne pouvait avoir davantage de droits que son assuré et qu'en raison des conventions conclues entre elles, la société Sucrière de la Réunion ne pouvait exercer d'action contre la société Sucrerie de Bois Rouge.

En statuant ainsi, la cour d'appel aurait violé l'article 1134 du code civil (dans son ancienne rédaction, devenu 1103).

La troisième branche rappelle que le préjudice subi par la société Sucrière de la Réunion en raison de la défaillance de l'usine de la société Sucrerie de Bois Rouge 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 Sucrerie de Bois Rouge de remplir ses obligations contractuelles envers la société Sucrière de la Réunion concernant le travail à façon. A ce titre, la convention d'assistance ne pouvait être opposée au recours de

l'assureur ayant dédommagé son assuré contre la société Sucrerie de Bois Rouge à raison de l'inexécution contractuelle.

Donc, en déboutant QBE de l'intégralité de ses demandes contre la société Sucrerie de Bois Rouge au seul motif de l'existence de conventions d'assistance, la cour d'appel aurait entaché sa décision d'une insuffisance de motifs et violé l'article 455 du code de procédure civile.

2 - Le second moyen

La première branche affirme que 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 de Bois Rouge était engagée du seul fait de la cessation de fourniture d'énergie à la Sucrerie de Bois Rouge, du 30 août au 28 septembre 2009.

Donc, en décidant que la faute, la négligence ou l'imprudence de la Compagnie Thermique de Bois Rouge à l'origine de sa défaillance contractuelle n'était pas établie et qu'en conséquence, QBE ne pouvait utilement invoquer la responsabilité délictuelle de cette dernière, la cour d'appel aurait violé l'article 1147 du code civil (devenu l'article 1231-1).

La seconde branche, subsidiaire, rappelle que 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, QBE, subrogée dans les droits de son assurée, la Sucrière de la Réunion, a invoqué l'exécution défectueuse de ses obligations par la Compagnie Thermique de Bois Rouge qui a manqué à son obligation de fournir à la Sucrerie de Bois Rouge l'énergie dont elle avait besoin pour faire tourner ses usines, cette inexécution entraînant un préjudice conséquent pour la Sucrière de la Réunion.

Donc, en estimant que la QBE ne pouvait utilement invoquer la responsabilité délictuelle de la Compagnie Thermique de Bois Rouge dès lors qu'aucune négligence ou imprudence de cette société à l'origine de sa défaillance contractuelle n'était établie, la cour d'appel aurait violé l'article 1382 du code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016.

3 - Sur le second moyen

1 - La problématique

Le second moyen du pourvoi pose la question suivante :

Le tiers à un contrat qui agit sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle à l'encontre d'un contractant qui a commis un manquement contractuel, peut-il, pour obtenir réparation du préjudice qu'il a subi, se prévaloir de ce seul manquement contractuel ou doit-il, au contraire, caractériser une faute envisagée en elle-même, indépendamment de tout point de vue contractuel ?

En l'espèce, la Compagnie Thermique de Bois Rouge a cessé de fournir de l'électricité à la Sucrerie de Bois Rouge et a ainsi manqué à son obligation contractuelle. Cela a entraîné des frais pour la Sucrière de la Réunion. L'assureur de celle-ci, subrogée dans ses droits, réclame à la Compagnie Thermique de Bois Rouge le remboursement de ces frais. Pour cela, peut-elle se borner à invoquer le défaut de fourniture d'énergie (manquement contractuel) ou doit-elle établir que la Compagnie a commis une faute extracontractuelle² lui ayant causé un préjudice ?

Cette question fait l'objet depuis de nombreuses années de réponses divergentes au sein de la Cour en raison de la confrontation de la règle de l'effet relatif des contrats et des règles de la responsabilité civile extracontractuelle.

2 - La théorie de l'effet relatif des contrats

C'est l'ancien article 1165 du code civil, devenu l'article 1199, qui énonce la règle de l'effet relatif des contrats exprimé par l'adage *Res inter alios acta*³. Il est libellé comme suit :

Ancien article 1165 :

« 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. »

Article 1199 (entré en vigueur à compter du 1^{er} octobre 2016) : *« 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. »

Ces dispositions posent le principe de l'effet relatif des conventions. Le contrat n'a d'effet qu'à l'égard des parties contractantes. Il ne profite ni ne nuit aux tiers. Il ne peut les rendre ni créanciers ni débiteurs. Il ne crée de lien d'obligation qu'entre les parties contractantes.

L'application de la théorie de l'effet relatif des contrats dans toute sa pureté a été critiquée par la doctrine dès la première partie du XX^{ème} siècle⁴.

Pour ces auteurs, dire que, par l'effet relatif des conventions, les tiers ne peuvent devenir créanciers ou débiteurs en raison du fait qu'ils n'ont pas été parties à un contrat n'implique pas que ce contrat ne puisse avoir, à leur égard, aucune répercussion.

² Pour la commodité de la lecture, la « faute extracontractuelle » est la faute, l'imprudence ou la négligence visées aux articles 1240 et 1241 du code civil, c'est à dire les délits et quasi-délits des articles 1382 et 1383 anciens.

³ *Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest.*

⁴ R. Savatier, Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats, R.T.D. Civ., 1934, p. 525.

Cette doctrine a donc élaboré la théorie du « contrat-fait » et dégagé le principe de l'opposabilité du contrat : le contrat et la situation juridique qu'il a fait naître sont opposables aux tiers en tant que faits.

Cette théorie a été consacrée par la Cour de cassation dans les termes suivants : « *s'ils ne peuvent être constitués ni débiteurs ni créanciers, les tiers à un contrat peuvent invoquer à leur profit, comme un fait juridique, la situation créée par ce contrat* ». ⁵

L'ordonnance du 10 février 2016 a consacré cette théorie en introduisant dans le code civil l'article 1200 qui précise que les tiers peuvent se prévaloir de la situation juridique créée par le contrat notamment pour apporter la preuve d'un fait.

C'est la raison pour laquelle il est traditionnellement admis que les tiers qui ont subi un préjudice du fait de l'inexécution d'un contrat peuvent en demander réparation à l'auteur de cette inexécution sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle si cette inexécution contractuelle constitue également une faute extracontractuelle. ⁶

A l'égard des parties, le contractant qui manque à ses obligations engage sa responsabilité contractuelle. A l'égard d'un tiers, qui n'est pas partie au contrat, il peut engager sa responsabilité extracontractuelle. Le contrat, en tant que situation de fait, peut être invoqué par les tiers pour caractériser le fait générateur de la responsabilité extracontractuelle.

Le principe selon lequel un tiers à un contrat peut agir en responsabilité civile extracontractuelle contre un contractant a été énoncé pour la première fois par la Cour en 1931 dans les termes suivants :

« Attendu que si dans les rapports des parties entre elles, les dispositions des articles 1382 et 1383 du code civil ne peuvent en principe être 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

Cependant un débat s'est peu à peu instauré en jurisprudence pour savoir si le tiers victime doit apporter la preuve d'une faute extracontractuelle envisagée indépendamment du contrat ou s'il peut se borner à apporter la preuve d'un manquement contractuel duquel on déduira l'existence de la faute extracontractuelle.

La jurisprudence des chambres de la Cour a divergé jusqu'à un arrêt de l'Assemblée plénière du 6 octobre 2006 dit arrêt *Boot shop* ⁸. Postérieurement à cet arrêt, les chambres de la Cour ont, à nouveau, pris des positions divergentes.

3 - La jurisprudence

⁵ Com., 22 octobre 1991, pourvoi n° 89-20.490, Bulletin n° 302

⁶ Ph. Brun. Responsabilité civile extracontractuelle. 5^{ème} édition. LexisNexis, n° 328 et Soc., 21 mars 1972, pourvoi n° 71-10.896, Bull. V, n° 241, p. 220

⁷ 1^{ère} Civ., 22 juillet 1931, DH 1931, p. 506.

⁸ Ass. plén., 6 octobre 2006, pourvoi n° 05-13.255, Bull. 2006, Ass. plén, n° 9

a - *La jurisprudence antérieure à l'arrêt Boot shop*

Le courant jurisprudentiel tendant à permettre à un tiers au contrat de rechercher la responsabilité extracontractuelle d'un contractant en se fondant sur un manquement contractuel a été d'emblée critiqué en doctrine en ce qu'il permettait au tiers d'obtenir une indemnisation sans que puissent lui être opposées les clauses limitatives de responsabilité ou de compétence. Par ailleurs, le contractant se trouvait tenu à des obligations non prévues au contrat alors que l'action du tiers est fondée sur le manquement contractuel.

Pour échapper à ces critiques, une jurisprudence s'est développée qui considérait que le maître de l'ouvrage disposait d'une action en responsabilité contractuelle contre le sous-traitant, prestataire de service, lorsque ce dernier n'avait pas ou avait mal exécuté son obligation, ce qui a entraîné un préjudice au maître de l'ouvrage.⁹

Cette jurisprudence a été abandonnée par l'arrêt Besse rendu par l'Assemblée plénière du 12 juillet 1991 et qui a rappelé la règle de l'effet relatif des contrats et l'obligation, pour le maître de l'ouvrage, de ne rechercher la responsabilité du sous-traitant, prestataire de service, que sur le seul fondement délictuel.¹⁰

Dans un premier temps, la jurisprudence a admis qu'un contractant qui commet une faute personnelle dans l'exécution de son contrat et qui cause ainsi un préjudice à un tiers, peut voir sa responsabilité extracontractuelle engagée si une faute extracontractuelle lui est imputable - c'est à dire s'il a manqué à son devoir général de ne pas nuire à autrui -, envisagée en elle-même et en dehors de tout point de vue contractuel.¹¹

Certains arrêts ont admis que la faute contractuelle pouvait également être qualifiée de faute extracontractuelle¹² ou que la violation d'une obligation contractuelle constituait à l'égard d'un tiers étranger au contrat, une faute extracontractuelle engageant la responsabilité de son auteur.¹³

A la fin des années 1990, deux courants jurisprudentiels sont apparus au sein de la Cour, l'un assimilant la faute contractuelle à la faute extracontractuelle et l'autre distinguant les deux fautes et exigeant leur coexistence.

⁹ 1^{ère} Civ., 8 mars 1988, pourvoi n° 86-18.182, Bulletin n° 69 ; 3^{ème} Civ., 31 octobre 1989, pourvoi n° 88-13.340, Bulletin n° 208

¹⁰ Ass. plén., 12 juillet 1991, pourvoi n° 90-13.602, Bull. 1991, Ass. plén., n° 5 ; 3^{ème} Civ., 11 décembre 1991, pourvoi n° 89-12.751, Bulletin n° 319 ; 1^{ère} Civ., 7 juillet 1992, pourvoi n° 91-10.162, Bulletin n° 221.

¹¹ 1^{ère} Civ., 9 octobre 1962, Bulletin n° 405 ; 1^{ère} Civ., 7 novembre 1962, Bulletin n° 465 ; 3^{ème} Civ. 15 octobre 1970, Bulletin n° 515 ; 3^{ème} Civ. 18 avril 1972, Bulletin n° 233 ; 1^{ère} Civ, 23 mai 1978, Bulletin n° 201 ; 3^{ème} Civ., 27 septembre 1984, Bulletin n° 153

¹² Soc. 21 mars 1972, précité ; Com., 16 janvier 1973, Bulletin n° 28.

¹³ Com., 12 mars 1991, pourvoi n° 89-10.982 et 3^{ème} Civ., 5 février 1992, Bulletin n° 42

Le premier, initié par la première chambre civile, tendait à assimiler la faute contractuelle et la faute extracontractuelle.

Dans un arrêt du 15 décembre 1998¹⁴, cette chambre a jugé que « *les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage* » même lorsque la demande est formée sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle.

Puis, elle a employé la formule « *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 rapporter d'autre preuve* ». ¹⁵

Dans un autre arrêt, elle a jugé que la faute commise dans l'exécution du contrat est susceptible d'engager la responsabilité extracontractuelle de son auteur à l'égard des tiers à ce contrat. ¹⁶

Selon cette jurisprudence, si le tiers établit que son préjudice a été causé par la faute contractuelle, il n'a pas besoin d'établir, en plus, une faute extracontractuelle indépendante de la faute contractuelle.

D'autres chambres de la Cour, dont la chambre commerciale dont on verra ultérieurement qu'elle avait une jurisprudence inverse, ont rendu des arrêts dans le sens de la jurisprudence de la première chambre. Ainsi, dans un arrêt du 5 mars 2002¹⁷, la chambre commerciale a cassé un arrêt d'une cour d'appel qui avait rejeté la demande d'indemnisation d'un tiers à un contrat dirigée contre un contractant au motif que ce tiers n'invoquait aucune faute extracontractuelle envisagée en elle-même indépendamment de tout point de vue contractuel. La chambre commerciale censure en ces termes :

« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage, la cour d'appel a violé les [articles 1165 et 1382 du code civil] ».

Les deuxième et troisième chambres civiles ont adopté des positions voisines. ¹⁸

Enfin, cette théorie jurisprudentielle a été reprise par l'Assemblée plénière dans l'arrêt Perruche¹⁹ dans les termes suivant :

« 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

¹⁴ 1^{ère} Civ., 15 décembre 1998, pourvoi n° 96-21.905, 96-22.440, Bulletin n° 368

¹⁵ 1^{ère} Civ., 18 juillet 2000, pourvoi n° 99-12.135, Bulletin n° 221 ; 1^{ère} Civ., 13 février 2001, pourvoi n° 99-13.589, Bulletin n° 35.

¹⁶ 1^{ère} Civ., 18 mai 2004, pourvoi n° 01-13.844, Bulletin n° 141.

¹⁷ Com., 5 mars 2002, pourvoi n° 98-21.022.

¹⁸ 2^{ème} Civ., 23 octobre 2003, Bulletin n° 330 ; 3^{ème} Civ., 6 janvier 1999, Bulletin n° 3.

¹⁹ Ass. plén., 17 novembre 2000, pourvoi n° 99-13.701, Bull. Ass. plén. n° 9

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 ».

Cette jurisprudence a été confirmée par les trois arrêts d'Assemblée plénière du 13 juillet 2001.²⁰

Le second courant jurisprudentiel était soutenu par la chambre commerciale. Pour cette chambre, le manquement contractuel ne génère de responsabilité envers les tiers que s'il se double d'un manquement à une obligation générale de prudence ou de diligence. Dans cette conception, toute faute contractuelle n'est pas une faute extracontractuelle. On doit considérer que le dommage aurait été causé au tiers même en dehors de tout contrat.

Dans un arrêt du 2 avril 1996²¹, la chambre commerciale avait jugé que le fait d'une partie au contrat peut, à l'égard d'un tiers à celui-ci, constituer une faute quasi délictuelle par violation d'une obligation générale de prudence et diligence, bien qu'il pût aussi être un manquement de cette partie à ses obligations contractuelles.

Puis, dans un arrêt du 17 juin 1997, elle a jugé que, si la faute contractuelle d'un mandataire à l'égard de son mandant peut être qualifiée de faute quasi délictuelle à l'égard d'un tiers, c'est à la condition qu'elle constitue aussi la violation d'une obligation générale de prudence et diligence.

La chambre commerciale a ensuite employé la formule suivante : « *un tiers à un contrat ne peut obtenir, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, réparation d'un des cocontractants que s'il démontre que celui-ci lui a causé un dommage en manquant à son égard au devoir général de ne pas nuire à autrui, sanctionné par l'article 1382 du code civil* ». ²²

b - *L'arrêt Boot shop*

Pour mettre fin aux divergences de jurisprudence entre les chambres de la Cour, le premier président a décidé de l'examen du pourvoi n° 05-13.255 par l'Assemblée plénière de la Cour.

En l'espèce, des bailleurs avaient donné à bail un local commercial à une société qui avait confié la gérance de son fonds de commerce à une seconde société. La société gérante se plaignait que le défaut d'entretien de l'immeuble lui causait un préjudice. La société gérante a donc assigné les bailleurs en responsabilité alors qu'elle n'avait aucun lien contractuel avec eux. Cependant, ce qui était reproché aux bailleurs était un manquement à leur obligation contractuelle de permettre une jouissance normale de l'immeuble donné à bail.

La cour d'appel avait accueilli la demande.

²⁰ Ass. plén., 13 juillet 2001, pourvois n° 97-17.359, 97-19.282 et 98-19.190, Bull. Ass. plén., n° 10

²¹ Com., 2 avril 1996, pourvoi n° 93-20.225, Bulletin n° 101

²² Com., 8 octobre 2002, pourvoi n° 98-22.858 ; Com., 5 avril 2005, pourvoi n° 03-19.370, Bulletin n° 81

Le moyen se fondait sur la jurisprudence de la chambre commerciale.

L'Assemblée plénière a rejeté le pourvoi dans les termes suivants :

« 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 ; qu'ayant relevé, [...] que les accès à l'immeuble loué n'étaient pas entretenus, que le portail d'entrée était condamné, que le monte-charge ne fonctionnait pas et qu'il en résultait une impossibilité d'utiliser normalement les locaux loués, la cour d'appel, qui a ainsi caractérisé le dommage causé par les manquements des bailleurs au locataire-gérant du fonds de commerce exploité dans les locaux loués, a légalement justifié sa décision » ;

Certains auteurs ont analysé cet arrêt comme consacrant le principe d'identité des fautes contractuelles et extracontractuelles.²³

D'autres ont vu dans cet arrêt la simple affirmation de ce qu'une faute contractuelle peut aussi être une faute extracontractuelle.²⁴

Selon le commentaire paru au Rapport annuel de la Cour²⁵, cet arrêt venait mettre fin aux incertitudes sur l'identité ou la dualité des fautes contractuelles ou extracontractuelles. Il consacrait le fondement délictuel de l'action du tiers. De plus cet arrêt aurait permis de prendre en considération la portée à l'égard des tiers de l'obligation transgressée.

Le commentaire ajoutait :

« Il est, en effet, des obligations souscrites au profit du seul contractant dont le tiers n'a pas vocation à bénéficier et tel est le cas de l'obligation de non concurrence qui ne profite en principe qu'au créancier de cette obligation. Mais cette même obligation peut, dans certains cas particuliers, concerner un tiers qui devient ainsi « tiers intéressé » et tel était le cas dans l'espèce soumise à l'Assemblée plénière [...] Enfin, il est des obligations qui, en raison de leur objet, dépassent le seul enjeu contractuel et qui, en tant que telles, sont susceptibles d'intéresser tous les tiers des lors qu'ils ont eu à souffrir de leur transgression. Tel est le cas d'une obligation de sécurité de résultat. Il en résulte que la portée de l'obligation transgressée conditionnera l'existence du fait générateur de responsabilité à l'égard des tiers. »

Toutefois, force est de constater que l'arrêt ne procédait pas aux distinctions énoncées dans son commentaire.

La doctrine, pour sa part, s'est divisée sur la solution adoptée par l'Assemblée plénière.

²³ P. Jourdain, La Cour de cassation consacre en Assemblée plénière le principe d'identité des fautes contractuelle et délictuelle, RTD civ. 2007, p. 123 ; G. Viney, La responsabilité du débiteur à l'égard du tiers auquel il a causé un dommage en manquant à son obligation contractuelle, D. 2006, p. 2825

²⁴ L. Bloch, Relative relativité de la faute contractuelle ou absolue généralité de la faute délictuelle, Resp. civ. et ass. n° 11, Novembre 2006, étude 17.

²⁵ Rapport annuel 2006, p. 398.

Une partie des auteurs a approuvé l'arrêt Boot shop et a considéré que la faute génératrice de responsabilité est constituée par le seul manquement contractuel. En effet, le fait même que le tiers ait subi un dommage en conséquence d'un manquement contractuel implique une violation du devoir de ne pas nuire à autrui au sens de l'article 1382 du code civil. Exiger du tiers victime la preuve spéciale de la violation d'un devoir général revient à ajouter aux conditions de la responsabilité délictuelle du fait personnel.²⁶

La majeure partie de la doctrine s'est montrée plutôt hostile à la solution retenue.

Certains auteurs ont souligné le danger qu'il y a à gommer la distinction entre faute contractuelle et faute extracontractuelle ou plutôt de confondre inexécution contractuelle et faute extracontractuelle²⁷ alors que les deux sont nettement distinctes. La faute contractuelle est le fait de ne pas exécuter une obligation née du contrat. Or tout manquement à une obligation ne caractérise pas la violation du devoir général de ne pas nuire à autrui, c'est à dire un devoir général de conduite sociale dédié à la protection de tous, fondement de la responsabilité extracontractuelle.²⁸ Par ailleurs, du fait de cette jurisprudence, le débiteur contractuel voit son domaine de responsabilité très amplifié et devra faire face à des réparations inattendues et d'un montant parfois important.²⁹

Une partie importante de la doctrine a souligné que cette jurisprudence portait atteinte au principe de l'effet relatif des contrats et créait une véritable exception au principe de la relativité contractuelle. En effet, autoriser le tiers à invoquer une simple faute contractuelle revient à lui permettre de réclamer à son profit le bénéfice d'un contrat auquel il n'est pas partie.

Ainsi, pour un auteur, « *Le sacrifice du principe de l'effet relatif ne s'opère pas seulement sur un plan théorique. Il conduit à déjouer la prévisibilité contractuelle des parties en écartant l'application des clauses du contrat. Elle peut conférer aux tiers une position plus avantageuse que celle du cocontractant lésé lui-même : ainsi le tiers échappera-t-il en principe aux clauses limitatives de responsabilité prévues au contrat. Le tiers bénéficie du contrat sans en subir les charges, il est pour ainsi dire, à la fois « à l'intérieur » et « à l'extérieur » du contrat.* »³⁰ Il est donc contestable de permettre aux tiers de n'avoir pas à établir qu'une faute a été commise à leur égard, tout en les faisant bénéficier d'un régime de réparation très avantageux par rapport à celui qui s'applique entre parties à un contrat.

²⁶ J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil. Les obligations*, 3. Le rapport d'obligation, 7e éd., Sirey, 2011, n° 183 et G. Viney. *Op. Cit.*

²⁷ Voir Ph. Brun, *Op. cit.*

²⁸ Voir P. Jourdain, *Op. cit.*

²⁹ J. Mestre et B. Fages. « Le manquement contractuel et les tiers », *RTC Civ.* 2007, p. 115.

³⁰ C. Lacroix. « Le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que de manquement lui a causé un dommage », *LPA* 22 janvier 2007, n° 16, p. 16.

Ces inconvénients se manifestent encore plus lorsqu'on est en présence d'une obligation de résultat pour laquelle l'assimilation à une faute extracontractuelle apparaît comme encore plus dénuée de sens puisque ne pas fournir le résultat contractuellement convenu n'implique aucun manquement au devoir général de ne pas nuire à autrui.

c - La jurisprudence postérieure à l'arrêt Boot shop

Si la grande majorité des arrêts rendus par les chambres de la Cour ont appliqué la jurisprudence Boot shop³¹, un certain nombre d'arrêts s'en sont écartés.

Dans un arrêt de la 3^{ème} chambre civile du 22 octobre 2018³², il s'agissait d'une espèce dans laquelle l'acquéreur d'une maison ayant appartenu aux époux L. et dans laquelle étaient apparues des fissures provenant d'une défectuosité des fondations. Plusieurs années auparavant, un contentieux avait opposé les époux L. au constructeur de la maison à propos de malfaçons. M. G. avait été désigné comme expert judiciaire avec pour mission de préconiser des travaux et de contrôler leur bonne fin. Le tiers acquéreur ayant assigné les époux L. sur le fondement de la garantie des vices cachés, ceux-ci ont appelé en garantie M. G.

la 3^{ème} chambre civile a jugé ainsi:

« Attendu que pour condamner M. G. à ne garantir les époux L. qu'à concurrence de la moitié des condamnations prononcées contre eux, l'arrêt retient que les époux L. 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 L. contre M. G. serait limité à la moitié des condamnations prononcées contre les époux L. ;

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

La cour d'appel avait retenu que les époux L. avaient commis une faute envers l'expert et, en conséquence, contribué à leur propre préjudice en n'exécutant pas l'obligation contractuelle d'information vis-à-vis de l'acquéreur. La 3^{ème} chambre censure ce raisonnement en indiquant que ce manquement contractuel vis-à-vis des acquéreurs ne caractérise pas une faute extracontractuelle vis-à-vis de l'expert. En effet, la faute contractuelle à l'égard des acquéreurs est totalement indépendante de la faute extracontractuelle qui aurait été commise à l'égard de M. G., ce qui explique que cet arrêt ne reprend pas l'attendu de principe de l'arrêt Boot shop.

³¹ Le SDER a recensé 31 arrêts des chambres civiles entre 2007 et 2018 ayant repris in extenso l'attendu de principe de l'arrêt Boot shop ou un attendu qui en était proche.

³² 3^{ème} Civ., 22 octobre 2018, pourvois n° 07-15.692, 07-15.583, Bulletin n° 160

Dans un autre arrêt de la 3^{ème} chambre civile du 18 mai 2017³³, il s'agissait d'un dommage subi par un copropriétaire et son locataire à la suite de travaux réalisés pour le compte du syndicat des copropriétaires et du locataire d'un autre copropriétaire par diverses entreprises. Le copropriétaire et son locataire ayant subi le dommage ont assigné le syndicat des copropriétaires et l'autre copropriétaire, lequel a appelé en garantie les entreprises ayant réalisé les travaux.

La cour d'appel a relevé que les entreprises s'étaient engagées solidairement à livrer un ouvrage conformément aux prévisions contractuelles et exempt de vices. Donc en manquant à ces obligations, les entreprises avaient commis une faute engageant leur responsabilité extracontractuelle à l'égard du copropriétaire et son locataire ayant subi le dommage.

La Cour casse en ces termes :

« 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 [l'article 1382, devenu 1240, du code civil.] »

Par cet arrêt, la 3^{ème} chambre se démarque nettement de l'arrêt Boot shop en considérant qu'en présence d'une obligation contractuelle de résultat, le manquement à celle-ci ne peut fonder une action en responsabilité extracontractuelle contre le contractant qui a manqué à cette obligation.

Le rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2017, commente cet arrêt dans les termes suivants :

« Le professionnel soumis à une obligation de résultat ne peut échapper à la mise en oeuvre de sa responsabilité contractuelle que s'il rapporte la difficile preuve d'une cause étrangère. La victime d'un tel manquement est, pour sa part, dispensée d'établir la preuve d'une faute et du lien de causalité avec le dommage.

[...]

Par cet arrêt, la troisième chambre civile refuse donc d'étendre à la notion d'obligation de résultat la solution retenue par l'Assemblée plénière dans son arrêt du 6 octobre 2006 [...] 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. »

Il est certain que cet arrêt apporte une exception à l'« universalité » de la formule de l'arrêt Boot shop puisqu'une distinction est faite selon le type d'obligation contractuelle non respectée.

Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt du 15 décembre 2011³⁴ de la 1^{ère} chambre civile, non publié, une vente immobilière avait été annulée pour réticence dolosive des vendeurs et les contrats de prêt ont été résolus. L'agent immobilier qui était intervenu à la vente et avait, selon la cour d'appel, manqué à son obligation de

³³ 3e Civ., 18 mai 2017, pourvoi n° 16-11.203, Bulletin n° 64.

³⁴ 1^{ère} Civ., 15 décembre 2011, pourvoi n° 10-17.691.

conseil, a été condamné in solidum avec les vendeurs à indemniser la banque dont les contrats de prêt avait été résolus. La cour d'appel ne s'était fondée que sur le seul manquement au devoir de conseil et d'information.

La première chambre civile a cassé l'arrêt de la manière suivante :

« 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 [de l'article 1382 du code civil] »

Dans cet arrêt, la 1^{ère} chambre civile n'admet pas que le manquement de l'agent immobilier à son devoir d'information envers les acquéreurs ne peut pas fonder la responsabilité extracontractuelle de cet agent envers la banque qui a vu ses contrats de prêts résolus.

Cependant, contrairement à la 3^{ème} chambre civile dans l'arrêt du 18 mai 2017, la 1^{ère} chambre civile n'affirme pas que la faute contractuelle ne caractérise pas une faute extracontractuelle mais reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si cette faute contractuelle caractérisait, en l'espèce, une faute extracontractuelle. La cassation n'est prononcée que pour un manque de base légale et non pour violation de la loi comme dans l'arrêt de la 3^{ème} chambre civile.

4 - De lege ferenda

Les différents avant-projets de réforme du droit de la responsabilité civile se sont intéressés aux conditions de l'action en responsabilité d'un tiers fondée sur un manquement contractuel. Il s'agit des avant-projets Catala et Terré ainsi que les projets proposés en 2016 et 2017 par le ministère de la justice.

a - *L'avant projet Catala*

Le 22 septembre 2005, donc antérieurement à l'arrêt Boot shop, un groupe d'universitaires présidé par le professeur Pierre Catala a présenté au ministre de la justice un avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription.

Cet avant-projet prévoyait l'introduction dans le code civil d'un article 1342 ainsi libellé :

« 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 1363 à 1366 [règles de la responsabilité contractuelle]. 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 [règles de la responsabilité extra-contractuelle] ».

Dans l'exposé des motifs de la partie consacrée au régime de la responsabilité civile, le professeur Geneviève Viney écrivait³⁵:

« 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. [...] 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.

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 1er).

En revanche, il est clair que la soumission de cette responsabilité au régime extra-contractuel 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. [Ce principe] 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.*

³⁵ G. Viney, exposé des motifs de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, p. 144 et 145.

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.

Ce sont les solutions que propose de consacrer l'article 1342 alinéas 1 et 2 du projet présenté. »

Le groupe de travail de la Cour de cassation qui a examiné l'avant-projet Catala a estimé que la proposition était justifiée. En effet, selon le groupe, 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. Toutefois, lorsque parallèlement à l'inexécution de la convention, les conditions d'une responsabilité extracontractuelle sont remplies, le tiers doit pouvoir exercer cette action.

b - L'avant-projet Terré

Entre les mois de mars 2009 et novembre 2010, un groupe de travail, placé sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques, dirigé par le professeur François Terré et composé d'universitaires, de magistrats et des acteurs de la vie économique et sociale, a préparé puis publié un ouvrage intitulé « *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile* ». ³⁶

Auparavant avait été publié, toujours sous la direction du professeur Terré, un ouvrage intitulé « *Pour une réforme du droit des contrats* ». ³⁷ Dans cet ouvrage il était proposé de rédiger ainsi les dispositions relatives à l'effet relatif des contrats :

« Article 124 :

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. »

Dans un chapitre intitulé « *Les effets à l'égard des tiers* » inclus dans l'ouvrage « *Pour une réforme du droit des contrats* », le professeur Pauline Rémy-Corlay, parlant de l'alinéa 2 de l'article 125, indiquait :

« On pourrait discuter de l'opportunité de placer ici cet alinéa qui traite de la responsabilité délictuelle et non des effets du contrat. Il s'agissait avant tout de mettre un terme à la jurisprudence précitée de la Cour de cassation admettant que toute faute contractuelle constitue une faute délictuelle. La responsabilité délictuelle n'est

³⁶ Dalloz 2011

³⁷ Dalloz 2009

évidemment pas exclue de manière générale en raison de l'existence d'un contrat, mais les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité délictuelle doivent être réunies. En particulier, la violation d'un devoir général non issu d'un rapport contractuel, mais posé par la loi, permet à un tiers - si le lien de causalité et le dommage sont établis - d'engager la responsabilité civile de l'auteur de cette violation. »³⁸

Dans l'ouvrage intitulé « *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile* », il était proposé, dans le chapitre « Des délits », les deux articles suivants :

« 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] ».

L'avant-projet Terré contredisait donc frontalement la jurisprudence *Boot shop* puisqu'il interdisait aux tiers d'exercer une action en responsabilité extracontractuelle contre un contractant dont l'inexécution de son obligation contractuelle a causé un préjudice à ce tiers (article 125 de l'avant-projet « contrats »). Par ailleurs, l'inexécution contractuelle donne lieu à des dommages et intérêts dans le cadre de la responsabilité contractuelle (article 4 de l'avant-projet « responsabilité civile »).

c - L'avant-projet de loi du ministère de la justice du 29 avril 2016.

Le 29 avril 2016, le ministère de la justice a lancé une consultation publique sur un avant-projet de loi réformant la responsabilité civile.

Il était prévu des articles 1233 et 1234 rédigés ainsi :

« Article 1233

En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions propres à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle.

Toutefois, le dommage corporel est réparé sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'il serait causé à l'occasion de l'exécution du contrat.

Article 1234

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. »

Les faits générateurs visés à la section II du chapitre II sont la faute, le fait des choses, les troubles anormaux de voisinage et le fait d'autrui.

³⁸ P. Remy-Corlay, « Les effets à l'égard des tiers », in « Pour une réforme du droit des contrats », Dalloz 2009, p. 295.

En matière d'inexécution contractuelle, on ne voit guère que la faute qui pourrait être invoquée comme fait générateur.

La faute, aux termes de l'article 1242 du projet est « *la violation d'une règle de conduite imposée par la loi ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence.* »

Cet avant-projet se démarquait donc nettement de l'avant-projet Catala en cantonnant l'action du tiers envers le contractant aux règles de la responsabilité extracontractuelle. La responsabilité du contractant n'est engagée envers le tiers que s'il a commis une faute, c'est à dire qu'il a violé une règle de conduite imposée par la loi ou s'il a manqué à son devoir de prudence ou de diligence.

Si certains auteurs ont approuvé cette orientation du projet parce qu'il abandonnait la jurisprudence *Boot shop* et posait clairement une frontière entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle, d'autres ont regretté l'approche univoque de la notion de tiers alors que l'on sait que tous les tiers ne sont pas dans les mêmes rapports avec les contractants. Ainsi, il existe plusieurs catégories de tiers : les victimes par ricochet (les proches de la victime), les tiers investis d'un droit d'action directe en responsabilité contre le débiteur contractuel de leur propre débiteur contractuel, les ayant cause à titre particulier et les *penitus extranei*.³⁹

Il convient de préciser que l'article 1233 impose le régime de la responsabilité extracontractuelle pour la réparation du préjudice corporel même lorsque le responsable et la victime sont liés par un contrat.

d - Le projet de loi du 13 mars 2017

A la suite de la consultation publique lancée le 29 avril 2016, le ministre de la justice a présenté, le 13 mars 2017, un projet de réforme du droit de la responsabilité civile.

L'article 1234 est rédigé ainsi :

« Article 1234

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. »

Ce projet distingue donc entre les tiers qui ont « *un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat* » et qui ont le choix entre responsabilité extracontractuelle et responsabilité contractuelle et les autres qui ont l'obligation d'exercer une action en responsabilité extracontractuelle en prouvant la faute extracontractuelle du débiteur

³⁹ C. Larroumet, La responsabilité du débiteur contractuel envers les tiers, JCP éd. G., n° 47, 21 novembre 2016, p. 1234

contractuel. Les premiers, s'ils choisissent la voie contractuelle, se verront opposer toutes les conditions et limites de responsabilité prévues au contrat. Ces tiers « entrent » dans le contrat.

Une grande partie de la doctrine s'est inquiétée de l'imprécision de la notion « *d'intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat* » et de la multiplicité des situations qu'elle pourrait recouvrir : locataire gérant, sous-acquéreur, groupe de contrats, chaîne de contrats, etc..

Un auteur est allé jusqu'à considérer que cette notion peut s'appliquer à tous les tiers puisque si le contrat avait bien été exécuté, le dommage ne serait pas survenu.⁴⁰

5 - Ebauche d'une solution

a - *Eléments d'une solution*

Deux observations :

1 - A la lecture des très nombreux articles de doctrine parus sur le sujet, les difficultés à trouver une réponse unique à la question paraissent multiples. La doctrine se divise sur les solutions à apporter à la problématique. Aucune solution simple ne se dégage avec évidence.

Cela est dû, à mon sens, à la multiplicité des situations de fait : le tiers n'est pas une notion unique en la matière et sa position, ses relations avec les contractants sont plus ou moins étroites. La situation de l'un n'est pas identique à celle d'un autre et la solution adoptée pour l'un ne conviendra pas à l'autre.⁴¹

Dès lors, n'était-il pas un peu présomptueux pour la Cour de vouloir en 2006, régler la totalité des situations par la simple phrase : « *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* » et en admettant qu'un manquement contractuel constitue toujours une faute délictuelle?⁴² En admettant que toute inexécution contractuelle constitue une source de responsabilité extracontractuelle, la Cour de cassation « *a brouillé tous les critères de distinction entre ce qui relève du contractuel et ce qui relève de l'extracontractuel.* »⁴³

Une réponse unique qui s'appliquerait à toutes les situations est donc à bannir. Il conviendra donc de tenter de catégoriser les tiers et de prévoir des régimes de responsabilités distincts.

2 - La question de l'immixtion de la responsabilité extracontractuelle dans le contrat est au coeur des critiques de la jurisprudence *Boot shop*.

⁴⁰ J. Julien, Le projet de réforme de la responsabilité civile : les dispositions liminaires, *Revue Lamy Droit civil*, octobre 2017, supplément au n° 152

⁴¹ C. Larroumet, La responsabilité du débiteur contractuel envers les tiers, *JCP éd. G.*, n° 47, 21 novembre 2016, p. 1234

⁴² Voir P. Jourdain, *Op. cit.*

⁴³ C. Larroumet. *Op. Cit.*

Ainsi qu'il a été exposé, il convient de respecter l'effet relatif des contrats réaffirmé à l'article 1199 du code civil tout en prenant en compte le fait que la loi autorise désormais expressément les tiers à se prévaloir d'un contrat pour apporter la preuve d'un fait ainsi que l'énonce l'article 1200 du même code.

Il me semble qu'il existe une tension dans le fait de mettre en oeuvre un régime de responsabilité extracontractuelle en invoquant une simple faute contractuelle. Or, soit on est dans le contrat, soit en dehors. Si le comportement du contractant qui a causé le dommage est une faute, une négligence ou une imprudence au sens des articles 1240 et 1241 du code civil, il est inutile de mobiliser le contrat et les règles de responsabilité qui s'y attachent. Si, au contraire, le comportement du contractant ne caractérise ni la faute, ni la négligence, ni l'imprudence, il conviendra de déterminer si il a commis une faute contractuelle et, dans l'affirmative, le régime de la responsabilité contractuelle s'imposera.

Ainsi que l'ont écrit deux auteurs :

« Qu'on le veuille ou non, traiter des conditions de la responsabilité contractuelle, du sort de l'obligation de sécurité ou envisager le régime de l'action exercée par le tiers victime d'une inexécution contractuelle, c'est appréhender le droit des contrats. »⁴⁴

D'autres auteurs ont proposé de soumettre tous les tiers au régime de la responsabilité contractuelle dans la mesure où ils se plaignent de l'inexécution ou de la mauvaise exécution d'un contrat.⁴⁵

Au vu de ces observations, je propose que les tiers au contrat soient classés en trois grandes catégories :

La première catégorie comprendrait les « tiers inclus dans une chaîne ou un groupe de contrats ». Ils sont parties prenantes dans un groupe de contrats.

Cette catégorie recouvre les tiers inclus dans un groupe de contrats interdépendants. L'exemple le plus parlant est la relation maître d'ouvrage, entrepreneur et sous-traitant. Lorsque le sous-traitant exécute mal ou n'exécute pas sa prestation, le maître d'ouvrage, tiers au contrat liant l'entrepreneur et le sous-traitant, subit un dommage.

Dans cette hypothèse, la Cour avait autrefois admis que le maître d'ouvrage avait une action en responsabilité contractuelle contre le sous-traitant⁴⁶ avant d'abandonner cette jurisprudence dans un arrêt d'Assemblée plénière du 12 juillet 1991.⁴⁷

⁴⁴ Ph. Brun et Ph. Pierre. « Contrat et responsabilité au fil des réformes du droit des obligations ». In « Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre », LGDJ 2019. Ce que soulignent ces auteurs, c'est que le droit de la responsabilité contractuelle aurait dû être traitée dans la réforme du droit des contrats.

⁴⁵ Voir P. Jourdain, Op. cit.

⁴⁶ 1^{ère} Civ., 8 mars 1988, pourvoi n° 86-18.182, Bulletin n° 69 ; 3^{ème} Civ., 31 octobre 1989, pourvoi n° 88-13.340, Bulletin n° 208

⁴⁷ Ass. plén., 12 juillet 1991, pourvoi n° 90-13.602, Bull. 1991, Ass. plén., n° 5

Il conviendrait de revenir sur la jurisprudence Besse de 1991 qui ne se combine pas ou mal avec l'arrêt Boot shop. En effet, il résulte de la combinaison de ces deux jurisprudences que le maître d'ouvrage est tenu d'exercer une action en responsabilité extracontractuelle (arrêt du 12 juillet 1991) tout en n'ayant à établir que le manquement contractuel (arrêt Boot shop).

Le tiers, inclus et partie prenante dans le groupe de contrats, devrait, pour obtenir réparation de son préjudice, exercer une action en responsabilité contractuelle contre l'auteur du dommage avec qui il n'a pas directement contracté. Il n'aura qu'à établir le manquement contractuel. En contrepartie, la responsabilité de l'auteur du dommage n'est engagée que dans les limites de son contrat.

La deuxième catégorie comprend les « tiers intéressés ». Ce sont les tiers liés par un contrat dans lequel leur cocontractant est lui même lié par un autre contrat à l'auteur du dommage sans qu'il y ait de lien entre les deux contrats.

L'hypothèse visée dans cette catégorie est, par exemple, l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt Boot shop. Il y a d'une part, un bail qui lie un bailleur et un preneur et, d'autre part, un contrat de location gérance qui lie le preneur à un locataire gérant. Le bailleur cause un dommage au locataire gérant qui recherche sa responsabilité.

Une seconde hypothèse est celle de l'affaire à l'origine du pourvoi examiné. La Compagnie Thermique de Bois Rouge avait un contrat de fourniture d'énergie avec la Sucrerie de Bois Rouge. Cette dernière était liée à la Sucrière de la Réunion par une convention d'assistance mutuelle. La cessation de fourniture d'énergie par la Compagnie Thermique de Bois Rouge a nécessité l'assistance et entraîné des frais pour la Sucrière de la Réunion. Cette dernière - ou son assureur subrogé - recherche la responsabilité de la Compagnie Thermique de Bois Rouge.

Pour cette catégorie de tiers, il conviendrait d'appliquer le système proposé à l'article 1234, alinéa 2 du projet de loi du 13 mars 2017 : « *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.* »

Le tiers aurait donc le choix entre la responsabilité extracontractuelle et la responsabilité contractuelle s'il a un intérêt légitime à la bonne exécution du contrat.

Dans le premier cas, il devra prouver la faute, la négligence ou l'imprudence du contractant responsable ayant causé leur dommage. Dans le second cas, il devra établir que le seul manquement contractuel lui a causé un dommage en respectant les conditions et limites de la responsabilité prévues au contrat.

La troisième catégorie comprend tous les « autres tiers ». Ils sont totalement étrangers à la relation contractuelle. Ce sont les *penitus extranei*.

Ces tiers ne peuvent pas invoquer le manquement contractuel en tant que tel. Ils ne peuvent l'invoquer, sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle, que s'ils apportent la preuve d'une faute, négligence ou imprudence ayant causé leur dommage.

b - Application à l'espèce

La cour d'appel a rappelé les termes de la jurisprudence Boot shop en indiquant que l'action en responsabilité engagée contre la Compagnie Thermique de Bois Rouge avait un fondement extracontractuel et que les clauses contractuelles de limitation de responsabilité étaient, en conséquence, inopposables à QBE.

Puis, elle a considéré que l'arrêt de fourniture d'énergie ne constituait ni une faute, ni une négligence, ni une imprudence. La cour d'appel sous-entend que les notions de faute, d'imprudence ou de négligence se réfèrent aux articles 1382 et 1383 anciens ou 1240 et 1241 du code civil.

En conséquence, elle considère que les conditions de mise en oeuvre de la responsabilité extracontractuelle de la Compagnie Thermique de Bois Rouge ne sont pas remplies.

En statuant ainsi, la cour d'appel n'applique pas l'arrêt Boot shop dont elle rappelle pourtant le principe. Elle considère, conformément à Boot shop que le terrain de la responsabilité est le terrain extracontractuel. Mais ensuite, elle ne se borne pas à constater le simple manquement contractuel (arrêt de la fourniture d'énergie) mais recherche si ce manquement résulte d'une faute, d'une négligence ou d'une imprudence.

Si on applique la jurisprudence Boot shop, le simple fait de cesser de fournir de l'énergie caractérise le manquement contractuel. Il s'agit d'une obligation de résultat. La première branche du moyen serait fondée.

Il en serait de même pour la seconde branche puisque, en l'état d'un manquement contractuel caractérisé, le tiers agissant sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle n'a pas, en application de la jurisprudence Boot shop, à établir la faute, la négligence ou l'imprudence du contractant.

Cependant, si vous souhaitez revenir sur la jurisprudence Boot shop - ce que je vous invite à faire - il conviendrait de rejeter le second moyen.

En effet, si l'on admet que QBE, en qualité de subrogé dans les droits de la Sucrière de la Réunion, est un tiers de la deuxième catégorie, c'est à dire un « tiers intéressé » au contrat liant la Compagnie Thermique de Bois Rouge à la Sucrierie de Bois Rouge. QBE avait le choix de rechercher la responsabilité de la Compagnie Thermique de Bois Rouge sur le terrain extracontractuel ou sur le terrain contractuel. Ayant choisi le terrain extracontractuel, il lui appartenait d'établir une faute, une négligence ou une imprudence. Donc, il faut approuver la cour d'appel d'avoir jugé que le simple fait de ne pas fournir d'énergie - simple obligation de résultat - ne caractérise pas une faute, une négligence ou une imprudence.

Au surplus, la critique de la première branche met en lumière le mélange des concepts auquel aboutit la jurisprudence Boot shop.

Cette critique énonce : « *qu'en décidant que la faute, la négligence ou l'imprudence de la compagnie Thermique de Bois Rouge à l'origine de sa défaillance contractuelle n'était pas établie et qu'en conséquence, la société QBE Insurance ne pouvait utilement invoquer la responsabilité délictuelle de cette dernière, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil* »

Le moyen énonce donc que la cour d'appel aurait violé la disposition du code civil relative à la responsabilité contractuelle en considérant que les conditions de la

responsabilité extracontractuelle ne sont pas remplies. Or, en ayant expressément fondé son action contre la Compagnie Thermique de Bois Rouge sur les articles 1382 et 1383 anciens du code civil, QBE ne devrait pas pouvoir invoquer une violation de l'article 1147 ancien du même code.

Je conclus à l'abandon de la jurisprudence Boot shop et au rejet du second moyen.

4 - Sur le premier moyen

Les deux premières branches contestent l'appréciation de la cour d'appel qui a estimé que les conventions d'assistance entre les deux sociétés interdisaient tout recours entre elles. Les griefs, fondés sur l'article 1134 ancien du code civil invoquent donc une violation des termes d'une convention sans invoquer de dénaturation.

Or la cour d'appel a analysé avec minutie les conventions passées entre les deux sociétés et a conclu ainsi :

« Ces éléments permettent d'établir que la société sucrière de la Réunion et la société de Bois Rouge s'étaient entendues pour s'entraider à la suite de l'arrêt complet de l'usine de Bois Rouge, une telle entraide entraînant une répartition différente des cannes à brasser en cas de difficulté technique prévue par le protocole liant les parties et s'exécutant à l'aune de la convention d'assistance mutuelle en période de campagne sucrière entre les usines de Bois Rouge et du GOL en date du 08 novembre 1995.

Par conséquent et eu égard à l'accord intervenu entre les parties, sur la base des conventions liant les parties, la société QBE Insurance qui ne détient pas plus de droits que son assuré ne peut utilement pour fonder son action subrogatoire invoquer une faute contractuelle imputable à la société Bois Rouge, dont la responsabilité n'est pas engagée. »

La troisième branche semble manquer en fait. La cour d'appel n'a pas débouté QBE de ses demandes concernant le travail à façon en considération de la convention d'assistance mais en application de protocoles régissant cette activité.

Je conclus au rejet du premier moyen.

En conclusion, je propose de rejeter le pourvoi.