

alinéa 1<sup>er</sup>, de ladite loi, la cour d'appel a décidé à bon droit que les consorts X... ne pouvaient être admis à se prévaloir de l'article 1382 dudit Code »<sup>22</sup>. Cette loi du 29 juillet 1881, sur la liberté de la presse, est de nature pénale et définit les infractions pouvant être commises par publication. Lorsqu'un propos est critique mais ne constitue aucun des délits prévus, il arrivait tout de même que la personne visée se plaigne d'un préjudice moral afin de faire sanctionner celui qui avait malmené son amour propre. Comment un tel préjudice pouvait-il exister en l'absence d'une injure, ou d'un propos diffamatoire atteignant l'honneur ou la considération ? Seule la louange en venait à échapper au droit. La Haute juridiction refusa donc que la sensible loi de 1881 soit perturbée, voire absorbée<sup>23</sup>, par la responsabilité civile suivant en cela les interrogations du Doyen Carbonnier<sup>24</sup> qui se demandait « si les lois sur la liberté de la presse n'avaient pas entendu instituer, pour toutes les manifestations de la pensée, un système juridique clos, se suffisant à lui-même, arbitrant une fois pour toutes tous les intérêts en présence, y compris les intérêts civils – et enlevant, du même coup, à l'article 1382 du Code civil une portion de sa compétence diffuse ».

Chassée du champ de la loi de 1881, la responsabilité civile ne perd pas, pour autant, toute occasion de jouer un rôle punitif. Car la peine privée n'a jamais disparu ; les auteurs en donnent de multiples illustrations, concluant que malgré les évolutions du Droit : « la peine privée n'est donc pas morte, pas même moribonde »<sup>25</sup>.

Alors qu'elle fut longtemps stoppée par l'interdiction faite à la victime de s'enrichir sans cause, l'idée d'instituer des dommages et intérêts punitifs progresse aujourd'hui, soutenue par un courant doctrinal important<sup>26</sup>. Connus des droits américains, anglais et québécois, les dommages et intérêts punitifs ne sont plus repoussés par la

France depuis que la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 1er décembre 2010<sup>27</sup> a posé que, désormais, le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs, n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public.

Cette peine privée, existant de manière larvée en droit français et qui pourrait avoir vocation à être mieux reconnue, frappe les auteurs de fautes lucratives, c'est-à-dire les fautes qui, non seulement causent un préjudice à autrui, mais, également, apportent un profit économique à leur auteur, comme on en rencontre en matière d'atteinte à l'image ou à l'honneur par voie de presse, d'atteintes à la propriété intellectuelle ou encore en droit de la consommation et de la concurrence. En ce sens l'avant-projet Catala<sup>28</sup> propose la reconnaissance des dommages et intérêts punitifs en limitant leur octroi à la présence d'une faute manifestement délibérée, notamment, lucrative ; en permettant au juge d'en faire bénéficier pour une part le Trésor public ; et en prévoyant qu'ils ne sont pas assurables. Cet avant-projet, prévoit également que la décision du juge en la matière devra être spécialement motivée. On peut tout de même s'interroger sur la conformité de ce dispositif avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui exige, en présence d'une sanction ayant le caractère d'une punition, le respect du principe de la légalité criminelle et la mise en œuvre d'une procédure équitable répondant aux canons de l'article 6 de la Convention.

Ce risque d'incompatibilité avec les principes européens de Strasbourg ne semble pas dissuasif.

La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, introduit, en effet, dans le Code de la propriété intellectuelle, un article L. 521-7 invitant le juge, pour fixer des dommages et intérêts, à prendre en compte les conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, le préjudice moral subi

<sup>22</sup> Ass. plén. 12 juill. 2000, *Bull. AP*, n° 8. Sur les dernières fluctuations de cette jurisprudence : E. Dreyer, « Droit de la presse et des médias », *JCP G* 2011, 1227, n° 10. Pour une approbation de cette jurisprudence, v. notre article : « Les tribulations de l'article 1382 du Code civil au pays de la liberté d'expression », in *Mélanges Ph. le Tourneau*, Dalloz 2007, p. 275 ; pour une critique, G. Viney, « Le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de la liberté d'expression », in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 1165.

<sup>23</sup> H. Mazeaud, « L'absorption des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *DH* 1935, chron. 5.

<sup>24</sup> J. Carbonnier, « Le silence et la gloire », *D.* 1951, chron. 119.

<sup>25</sup> L. Hugueney, « Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle », in *Mélanges G. Ripert*, LGDJ, 1950, t. 2, p. 249, spéc. p. 256.

<sup>26</sup> V. S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, 1995

et Ph le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2012, n° 45.

<sup>27</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 10 décembre 2012, *Bull. civ. I*, n° 248 : « Mais attendu que si le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs, n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur ».

<sup>28</sup> P Catala, « Rapport sur l'avant projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription », *La documentation française*, 2005, p. 168. Et le commentaire de S. Carval, « Vers l'introduction en droit français de dommages et intérêts punitifs ? », *RDC* 2006, p. 822. V. égal. *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, dir. F. Terré, Dalloz, 2011.

par le titulaire du droit ainsi que « *les bénéfices réalisés par le contrefacteur* », flirtant ainsi, sans le dire, avec les dommages et intérêts punitifs.

Plus largement et plus ouvertement, la proposition de loi n° 657 du 9 juillet 2010 sur la réforme de la responsabilité civile, a prévu, également, leur introduction en droit français de manière limitée. Il est ici envisagé que les sommes octroyées ne puissent excéder le double du montant des dommages et intérêts compensatoires et que cette somme soit ventilée, dans la proportion définie par le juge, entre la victime et un fonds d'indemnisation dont l'objet est de réparer des dommages similaires à ceux subis en l'espèce, ou à défaut au Trésor public.

Un rapport d'information du Sénat prend bien soin de souligner que l'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français ne saurait être générale, puisque cela conduirait à faire « disparaître la distinction entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile qui constitue le cœur du droit français. Elle réinstaurerait, à titre général la notion de peine privée qui n'a eu de cesse d'être combattue par le droit français depuis l'Ancien Régime »<sup>29</sup>. Ce genre de précaution rédactionnelle est loin d'être toujours suivi d'effet : la création d'une brèche dans une distinction, aussi essentielle fût-elle, allant le plus souvent en s'élargissant sous des prétextes tout aussi importants. Le droit pénal en offre des exemples en venant à confondre peine et réparation.

#### **B. Le souci réparateur de la responsabilité pénale**

La responsabilité pénale ne devrait pas, selon certains, être simplement stigmatisante mais restaurative. Autrement dit, la fonction rétributive devrait, pour certaines infractions au moins, s'effacer devant le souci de rapprocher l'auteur de sa victime afin que soit restauré le lien social abîmé par l'infraction.

Ces mécanismes institués par la pratique des parquets ont été consacrés par la loi en tant que procédures alternatives aux poursuites puisqu'ils se situent en amont du déclenchement de l'action

publique. L'un est une réponse pénale symbolique à la commission d'une infraction ; prévu par l'article 41-1 du Code de procédure pénale, il ne peut être mis en œuvre par le parquet que « *s'il lui apparaît qu'une telle mesure est susceptible d'assurer la réparation du dommage causé à la victime, de mettre fin au trouble résultant de l'infraction ou de contribuer au reclassement de l'auteur des faits* ». L'autre résulte de l'article 41-2 du même code, relatif à la composition pénale ; il constitue une réponse pénale plus marquée également confiée au procureur de la République. Celui-ci propose, à l'auteur des faits qui a avoué, l'une des mesures énumérées par le texte. Le procureur doit aussi proposer à l'auteur, lorsque la victime est identifiée, et sauf si l'agent justifie de la réparation du préjudice commis, de réparer les dommages causés par l'infraction. Ces procédés, très utilisés en pratique, intègrent pleinement la dimension réparatrice qui exprime le repentir de l'auteur, sa conscience du dommage causé, et, ce faisant, favorise l'apaisement social. On en revient, donc, à cette idée ancienne que la réalisation de la réparation est une mesure à caractère punitif.

Allant plus loin, le législateur prend en compte l'indemnisation de la victime lorsque l'action publique a été déclenchée et que l'auteur a été reconnu coupable. Ainsi, la responsabilité pénale bien qu'établie peut ne pas être suivie du prononcé d'une peine « *lorsqu'il apparaît que le reclassement du coupable est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé* »<sup>30</sup>. La dispense de peine repose donc en partie sur la réparation du dommage.

Un pas de plus – un pas de trop – est franchi avec l'avènement de la sanction-réparation<sup>31</sup> qui peut être prononcée en matière délictuelle<sup>32</sup> et de contravention de cinquième classe<sup>33</sup>. « *La sanction-réparation consiste dans l'obligation pour le condamné de procéder, dans le délai et selon les modalités fixées par la juridiction, à l'indemnisation du préjudice de la victime* »<sup>34</sup>. On ne pouvait

<sup>29</sup> Sénat, rapport d'information n° 558 (2008-2009) de MM. A. Anziani et L. Béteille, *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires*.

<sup>30</sup> Art. 132-59 du Code pénal ; et l'article 132-60 prévoit l'ajournement de peine lorsque les trois conditions sont en voie d'être réunies.

<sup>31</sup> Sur le concept de sanction-réparation, lire les réflexions particulièrement profondes de MM. F. Ost et M. Van de Kerchove, « Le présent, horizon paradoxal des sanctions réparatrices ? » in *Mélanges G. Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 477.

D'autres dispositions prennent en compte l'indemnisation de la victime ; par exemple, la réduction supplémentaire de peine qui peut être accordée au condamné manifestant des efforts sérieux de réadaptation sociale, tel s'efforcer d'indemniser la victime.

<sup>32</sup> Art. 131-3, 8<sup>e</sup> du code pénal.

<sup>33</sup> Art. 131-12, 3<sup>e</sup> du code pénal.

<sup>34</sup> Art. 131-8-1 al. 2 du code pénal.

procéder à meilleure confusion des genres ; cédant aux sirènes de la victimologie, le droit pénal se met à loucher. Comme l'écrit le Professeur Conte : « le législateur a donc franchi le pas consistant à admettre que l'unique réponse d'une juridiction de jugement à la commission d'une infraction puisse être l'obligation d'en effacer les conséquences, si bien que le coupable d'une faute pénale n'est pas traité autrement que l'auteur d'une simple faute civile : à l'époque même où d'aucuns prétendent nécessaire de doter la responsabilité civile d'un rôle punitif, le droit pénal accentue encore davantage sa fonction réparatrice, le tout illustrant à la perfection combien la

clarté des idées est le signe dominant de ce temps »<sup>35</sup>. Cet « hybride disgracieux » laisse en suspens la question de savoir quel sera ici le sort de l'action en réparation que la victime porte devant le juge pénal ou le juge civil<sup>36</sup>.

La distinction des responsabilités civile et pénale n'est pas parfaite et ne le sera sans doute jamais.

Mais si l'origine leur a donné une racine commune, les évolutions actuelles se perdent en les confondant à nouveau par manque de réflexion, à la fois, sur leur fonction réciproque et sur leur dénominateur commun : qu'est-ce que la responsabilité juridique ?

<sup>35</sup> Ph. Conte, « La loi sur la prévention de la délinquance (loi n° 2007-297 du 5 mars 2007) : présentation des dispositions de droit pénal », *Dr. pén.* 2007, étude 7.

<sup>36</sup> S. Fournier, « La peine de sanction-réparation : un hybride disgracieux (ou le danger du mélange des genres) » in *Mélanges J.-H. Robert*, LexisNexis, 2012, p 285.

# *Petit quatre du Grand A : responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*

**La distinction des responsabilités  
délictuelle et contractuelle**

**Comment tenter de faire baisser  
la fièvre du patient autrement  
qu'en le tuant**

**Philippe Brun**

Professeur à l'Université de Savoie  
Directeur du CDPPOC (EA 4143)

**L**a distinction des responsabilités délictuelle et contractuelle est sans doute l'une des plus controversées de ces « *summa divisio* » qui traversent notre droit. Et à sa seule évocation, on est saisi d'une impression d'éternel recommencement. La sempiternelle joute de deux « camps » irrémédiablement opposés. D'un côté ceux qui se passeraiient bien de cette encombrante et intempestive distinction, considérant que ce qui rapproche les deux ordres de responsabilité est plus important que ce qui les distingue, stigmatisant aussi une ligne de frontière « discriminante » et dommageable pour les victimes; de l'autre, les partisans d'une nette dissociation des deux responsabilités au nom de la distinction du délit et du contrat, avec ferveur et pour certains une radicalité les conduisant à en nier formellement l'un des termes, l'inexécution contractuelle leur semblant irréductible à l'idée de responsabilité.

Si cette récurrente et somme toute assez ancienne dispute devait connaître un jour un épilogue et avoir un vainqueur, on parierait sans doute plutôt pour le triomphe du premier parti, celui d'une remise en cause – plus ou moins radicale – de la distinction, parti qui semble pouvoir se recommander d'être « dans le sens de l'histoire ». Donnons-lui en acte, sauf à observer que cette considération ne suffit certainement pas à clore la discussion. Sans prétendre arbitrer une fois pour toutes entre ces approches opposées, et sans guère espérer pouvoir renouveler l'analyse sur ce terrain on ne peut plus labouré, on se hasardera à quelques remarques en forme d'impressions générales, tirées, s'il faut tenter d'ordonner ce propos cursif, de ce que si la distinction des responsabilités délictuelle et contractuelle n'est – peut-être – plus aujourd'hui dans le sens de l'histoire (I), l'histoire lui a pourtant donné un sens qu'il n'est pas interdit

de garder à l'esprit quand on aborde le débat sur l'opportunité de son maintien (II).

**I.** Les distinctions n'ont pas bonne presse, l'heure est à la simplification du droit. Celle entre les ordres délictuel et contractuel ne fait pas exception. En défendre le principe et les vertus expose inévitablement aujourd'hui à un procès en anachronisme.

Là gît d'emblée nous semble-t-il une des difficultés du débat : c'est une chose d'avancer que la « *summa divisio* » tend à perdre ce caractère, et en droit positif et en droit prospectif, c'en est une autre de discuter les mérites d'une telle évolution, et ceux de l'éventuel abandon pur et simple de la distinction. Force est bien pourtant de remarquer que ces deux aspects sont loin d'être toujours clairement distingués, ce qui permet à certains des détracteurs de la distinction de se borner, en lieu d'acte d'accusation, à en dénoncer le caractère « *désuet* » : le constat du déclin suffit à justifier – ou presque – le souhait de voir jeter par-dessus bord une de ces encombrantes « *divisions du droit* ». Jointe à cette difficulté celle qu'il y a parfois à saisir clairement dans le discours doctrinal le degré de dénonciation de la distinction, rares étant les auteurs qui en récusent expressément le principe, la plupart s'en tenant à en stigmatiser les inconvénients. Il est vrai au demeurant que le débat roule plus souvent sur un aspect pouvant sembler périphérique, la question de savoir s'il faut ou non laisser au demandeur à l'action en responsabilité, le choix entre la voie délictuelle et la voie contractuelle, ce qui formellement, ne préjuge pas de ce que l'on peut penser de la distinction elle-même. Cela étant, il nous semble que les réserves émises sur celle-là masquent bien souvent des doutes sur la pertinence de celle-ci, ce qui du reste est assez logique : on ne peut être convaincu des mérites du principe de non-option qu'autant qu'on tient la distinction pour fondée, et dans ce cas, on admettra aisément que ledit principe est le corollaire indispensable de la distinction elle-même (à moins d'admettre des frontières sans douaniers. Même depuis Schengen, l'image est

audacieuse !) ; à l'inverse, il y a tout lieu de voir dans l'interdiction de l'option une bizarrie voire une incongruité si l'on tient les deux responsabilités pour deux faces quasi-fongibles d'une même entité. Il reste que ces différents niveaux du débat tendent à en obscurcir la substance et ne contribuent pas en tout cas à faire émerger une critique systématique et étayée de la distinction.

Autrement dit, si le constat du recul de la distinction *de lege lata* est peu contestable (A), encore faut-il en mesurer la portée (B).

**A.** Le phénomène de « *repli* » ou d'érision de la distinction est bien connu<sup>1</sup> pour qu'il n'y ait pas à s'y attarder outre mesure, si ce n'est pour en évaluer la portée. Peut-être n'est-il pas inutile toutefois, avant d'en rappeler sommairement les principales illustrations (et le cas échéant contre-illustrations) de faire le départ entre celles qui procèdent véritablement d'une remise en cause plus ou moins radicale de la distinction et de son principe adjoint (l'interdiction de l'option), et ceux des exemples jurisprudentiels parfois convoqués en ce sens, qui relèvent davantage, croyons-nous, d'une exploitation doctrinale « orientée ».

On ne saurait en particulier, tenir nécessairement pour des hypothèses de « *cumul* », attentatoires à l'intégrité de la distinction, celles dans lesquelles est admise l'application des règles de la responsabilité délictuelle entre contractants : dès lors que l'existence d'un contrat n'est pas la seule condition de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, et qu'il y faut au moins la condition supplémentaire que le dommage invoqué ait bien été causé par l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat, c'est fausser la perspective que d'interpréter ainsi toutes les applications de la responsabilité délictuelle entre contractants<sup>2</sup>.

On peut également, dans un ordre d'idées voisin, voir plutôt comme un signe de vitalité de la distinction que comme une marque de son déclin<sup>3</sup>, le fait pour la jurisprudence, de procéder à des « *réajustements* » entre les deux sphères, s'agissant par exemple des limites temporelles de l'obligation contractuelle de sécurité du transporteur de personnes<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> V. pour une synthèse, P. Jourdain, « La distinction des responsabilités délictuelle et contractuelle en droit positif français », in *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, Travaux du GRERCA, éd. IRJS 2012, pp. 67 s.

<sup>2</sup> Comp. J.-S. Borghetti, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.* 2010, pp. 1 s., *passim*, spéc. n° 37.

<sup>3</sup> Comp. D. Mazeaud, « À partir d'un petit cas tragique d'autre Rhin : retour sur le désordre de la distinction des ordres de responsabilités », *Mélanges G. Viney*, LGDJ 2008, pp. 711 s., spéc. n° 10.

<sup>4</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 1989, *D.* 1991. p. 1, note Ph. Malaurie ; *RTD civ.* 1989. p. 548, obs. P. Jourdain.

Cela étant, s'il est des perspectives trompeuses, d'autres manifestations tangibles d'une remise en cause de l'intégrité de cette frontière traditionnelle peuvent être citées. Elles sont le fait de la jurisprudence mais aussi du législateur lui-même, et l'un des deux avant-projets de réforme du droit français de la responsabilité civile apparaît plutôt enclin à en « arrondir les angles ».

Les solutions jurisprudentielles manifestant un recul de la distinction dans ses termes traditionnels sont d'inégale importance. Il n'y a guère à s'arrêter sur celles bien connues, et plus toujours en vigueur du reste – ce qui montre bien qu'en guise de recul, c'est plutôt de flux et de reflux qu'il s'agit – ayant admis des dérogations à la règle de l'interdiction de l'option : celle par exemple qui concerne le recours du maître de l'ouvrage condamné pour troubles de voisinage contre le constructeur qui est délictuelle s'il choisit d'indemniser le demandeur avant d'exercer son action récursoire, et contractuelle s'il appelle en garantie le constructeur<sup>5</sup>. Ces « entorses » au principe, manifestement dictées par des motifs circonstanciels et limités<sup>6</sup> le remettent sans doute moins en cause qu'elles ne le renforcent en lui rendant un hommage indirect.

Beaucoup plus considérable est sans doute la fameuse jurisprudence ayant mis fin au principe dit de relativité de la faute contractuelle. En admettant à la suite de la première Chambre civile 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, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation<sup>7</sup> a porté à la distinction des deux ordres de responsabilités un coup particulièrement rude<sup>8</sup>. Passant par pertes et profits l'effet relatif du contrat, la Haute juridiction a du même coup, qu'on le veuille ou non, consacré un principe d'unité des fautes délictuelle et contractuelle, autrement dit une fongibilité des faits générateurs propre à faire vaciller l'édifice ici

sous examen, le tout pour un « bénéfice » qu'on persiste à ne pas percevoir davantage que sa justification théorique...

On ne manque pas non plus, pour illustrer l'érosion de la frontière entre les deux responsabilités, de citer les régimes spéciaux qui la transcendent, tels celui institué par la loi du 5 juillet 1985 au profit des victimes d'accidents de la circulation « *qu'elles soient ou non transportées en vertu d'un contrat* », et celui mis à la charge des producteurs par la loi du 19 mai 1998 (portant transposition de la directive du 25 juillet 1985) à raison des défauts de sécurité de leurs produits.

C'est enfin le droit prospectif qui peut être pris à témoin de cette évolution. Du moins en est-il ainsi<sup>9</sup> de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, dit « *projet Catala* », dont on peut dire nous semble-t-il qu'il prend le parti d'un certain rapprochement entre les deux responsabilités<sup>10</sup>, sans toutefois opter, contrairement à ce que l'on en dit parfois, pour une unification.

Tel est l'inventaire que l'on peut brièvement dresser, des coups de boutoir plus ou moins violents infligés à la distinction des deux ordres de responsabilités. Faut-il y voir « *le chant du cygne* »<sup>11</sup> de la distinction ? Ces évolutions ne nous semblent pas de nature à convaincre qu'un mouvement « *d'abolition* » est véritablement à l'œuvre, qu'il faudrait encourager.

**B.** Les évolutions qui viennent d'être évoquées marquent certes des inflexions dans le sens d'une relativisation de la distinction, mais il ne faut pas en exagérer la portée. Que le principe de non-option doive être interprété avec mesure et puisse être assorti, le cas échéant, de dérogations, il faut non seulement l'admettre, mais c'est sans doute même à ce prix qu'il peut être pleinement justifié, en en réservant la mise en œuvre aux hypothèses où il remplit réellement son office, c'est-à-dire lorsqu'il évite que le cheval de Troie du délit ne vienne bouleverser les prévisions contractuelles.

<sup>5</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 21 juill. 1999, *Bull. civ. III*, n° 182.

<sup>6</sup> Au-delà de l'exemple cité, souvent inspirées par la faveur pour les victimes de dommages corporels, telle la fameuse stipulation pour autrui au profit des proches de la victime directe que la jurisprudence avait inventée, avant de préférer recourir à d'autres subterfuges : Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, *Bull. civ. I*, n° 219.

<sup>7</sup> Ass. plén. 6 oct. 2006, *Bull. AP* n° 9.

<sup>8</sup> Comp. cep. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 déc. 2011, *D*, 2012, p. 659, note D. Mazeaud.

<sup>9</sup> L'autre avant-projet de réforme de la responsabilité civile, dit « *projet Terre* », est

quant à lui très nettement dans la ligne de l'actuel code civil.

<sup>10</sup> Outre le rapprochement opéré du point de vue du régime de la responsabilité (dispositions communes aux deux responsabilités, dérogations à l'interdiction de l'option, etc.), il y a rapprochement d'abord au sens propre du terme, puisqu'il est question des dommages et intérêts contractuels non pas dans la partie relative au contrat, comme dans le code civil en vigueur, mais dans une partie consacrée à la responsabilité civile en général.

<sup>11</sup> Selon l'expression de D. Mazeaud, art. préc., p. 730.

Quant aux législations qui se démarquent de la distinction pour offrir un régime de réparation homogène aux victimes exposées à des dangers susceptibles de mettre en cause leur intégrité corporelle, on ne voit à la fois rien à y redire et pas davantage d'arguments pour instruire le procès de la distinction des deux ordres de responsabilités. Qu'une distinction mérite d'être dépassée en certains cas pour satisfaire un intérêt supérieur ou simplement parce que l'équité ou la prévisibilité du droit le commande n'a rien que de très banal, et on ne sache pas qu'il y ait matière à condamner une distinction sur ce seul motif<sup>12</sup>.

En réalité, on aura remarqué que ces « tensions » autour de la distinction dans le droit positif et prospectif actuels se manifestent quasi-exclusivement sur l'enjeu de la réparation des atteintes à la personne. Si l'on convient qu'il y a lieu de traiter ce genre de questions de manière spécifique, soit en prévoyant des régimes mixtes embrassant les deux branches de l'option, soit en laissant à la victime le choix entre les deux régimes pour la réparation des atteintes à son intégrité physique, ainsi que le prévoit l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (article 1341 alinéa 2), il doit pouvoir être remédié à l'essentiel des difficultés que l'on rencontre dans la mise en œuvre de la distinction des responsabilités délictuelle et contractuelle.

Reste il est vrai cette « dérelativisation » de la faute contractuelle à laquelle a consenti la Cour de cassation. Il y a, il nous semble, une double objection qui peut être opposée à cette jurisprudence. Outre celle qui a été exprimée par une grande majorité des auteurs<sup>13</sup>, sur la confusion conceptuelle dont elle procède, qui le dispute du reste à la nocivité de ses effets (comment justifier par principe, qu'un tiers, *penitus extranei* soit systématiquement favorisé par rapport au contractant?), on peut lui reprocher son incohérence. Elle permet en effet au tiers de se prévaloir des obligations du contrat et de sa violation, comme le créancier contractuel, sans pouvoir en revanche, au motif qu'il est un tiers se voir imposer la

moindre limitation stipulée. La seule solution admissible n'est-elle pas, si l'on veut permettre au tiers de se prévaloir du fait de l'inexécution contractuelle, de le contraindre à supporter en contrepartie toutes les limites et conditions stipulées, comme le prévoit l'article 1342 de l'avant-projet Catala<sup>14</sup> ?

On est loin des conditions d'une abolition pure et simple de la distinction que certains appellent de leurs vœux<sup>15</sup>. Non seulement son érosion est beaucoup moins évidente qu'on ne veut bien le dire, mais en outre, la seule véritable entorse qui y ait été apportée avec la dérelativisation de la faute contractuelle peine à trouver la moindre justification. Le sens de l'histoire n'est-il pas dans le maintien de la distinction ?

**II.** Disons-le clairement. Le procès fait à la distinction des responsabilités délictuelle et contractuelle nous paraît être pour une large part un mauvais procès. Les arguments invoqués au soutien de son abandon (ou pour tendre vers l'unification des deux ordres) ne convainquent guère (A) et ne sauraient faire oublier la justification profonde de ce dualisme des responsabilités (B).

**A.** Si on laisse de côté le pseudo argument tiré de ce qu'une partie du chemin est déjà réalisée dans le sens de l'unification des deux responsabilités<sup>16</sup>, ceux avancés en ce sens sont de deux ordres. D'une part l'unification serait le sens de l'histoire au plan international, de nombreux droits étrangers l'ignorant ou l'ayant abandonnée. D'autre part, la distinction conduirait à des complications inutiles.

Sur le premier point, on peut effectivement concéder que le droit français est sans doute un de ceux qui marquent l'attachement le plus strict à la distinction des deux ordres de responsabilités, et au principe dit de non-option. De là à dire que notre distinction des deux ordres de responsabilités et le principe de non-option qui en est le corollaire relèvent d'un « particularisme » français dont on gagnerait à se défaire dans la perspective

<sup>12</sup> Au reste, on peut aussi considérer que ces solutions conduisent à déplacer le centre de gravité de la distinction plutôt qu'elles ne la remettent en cause. Ce que l'on peut en retenir avant tout, compte tenu du sens et de la raison d'être du principe de non-option (protéger la sphère contractuelle des « interférences » du droit extracontractuel de la responsabilité) c'est l'exclusion qu'elles opèrent du champ de la responsabilité contractuelle.

<sup>13</sup> V. notamment sur le débat suscité par cette jurisprudence, *RDC* 2007, pp. 537 s.

<sup>14</sup> Curieusement, on a parfois reproché à cette disposition d'admettre le jeu de la responsabilité contractuelle entre un débiteur contractuel et un tiers, alors que la théorie des groupes de contrats, qui revient au même résultat, et qui est en partie appliquée en jurisprudence, n'a jamais paru soulever d'objection de principe.

<sup>15</sup> V. Wester-Ouisse, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale », *RTD civ.* 2010, pp. 419 s.

<sup>16</sup> V. notamment, V. Wester-Ouisse, art. préc. n° 5.

d'une harmonisation européenne de la matière<sup>17</sup>, il y a un pas que l'on ne saurait franchir à moins d'abandonner toute considération pour la réalité.

De ce point de vue, les enseignements du droit comparé sont somme toute assez différents de ce que l'on en dit parfois. Admettons que certains systèmes juridiques très éloignés du nôtre ignorent soit l'interdiction de l'option, soit jusqu'à la distinction elle-même<sup>18</sup>, mais cela ne suffit certainement pas à clore le débat et rend en tout cas la comparaison assez vaine. Prenons au contraire les systèmes juridiques plus ou moins voisins du système français, on y retrouve pour la plupart<sup>19</sup> non seulement la distinction mais aussi, plus ou moins fermement chevillé à celle-ci, un principe de non-option. Bien plus, ceux des droits étrangers qui avaient pris leur distance avec ce principe (notamment le Québec et la Belgique), ou envisagé de l'abandonner (la Suisse) sont revenus à la solution classique.

Cette constatation ne nous paraît pas davantage que les précédentes de nature à clore le débat (comme toujours le droit comparé peut être tiré commodément à hue et à dia), mais bien plutôt à considérer que, ailleurs comme chez nous, la question ne se pose pas tant du maintien de la distinction elle-même que de la manière de l'aménager de telle sorte qu'elle puisse remplir son office sans produire autre mesure, de complexité du droit ni d'intempestives discriminations.

C'est l'autre objection élevée bien souvent contre la distinction : elle est un facteur de complications. C'est là un point assez incontestable, qui doit, nous semble-t-il, être pris au sérieux; sauf à observer tout de même que c'est, plus précisément,

la délimitation des deux ordres de responsabilités qui fait difficulté, et que, à moins d'être adepte du meurtre du patient pour faire baisser la température, on doit pouvoir envisager de réfléchir à la délimitation des deux ordres de manière à la rendre plus facilement praticable, au besoin en écartant par ailleurs le principe de non-option là où il peut être évincé sans inconvénients<sup>20</sup>. Toutes choses impliquant certes de délicats « arbitrages » et une politique juridique d'ensemble cohérente<sup>21</sup>, mais sans que l'entreprise paraisse insurmontable<sup>22</sup>.

Certains suggéreront peut-être que le jeu n'en vaut pas la chandelle, et que les différences de régime sont aujourd'hui suffisamment minimes pour que l'on tire le droit positif dans le sens de l'unification<sup>23</sup>. Encore faut-il s'entendre sur ce point. On touche ici au cœur du débat, à la question de la justification théorique de la distinction, qu'il faut savoir aborder sans faux-fuyants.

**B.** « Si l'on songe que l'homme peut être obligé aussi bien pour avoir apposé sa signature au bas d'un papier que pour n'avoir pas, au volant de sa voiture, appuyé sur le frein, on se dit que les sources des obligations sont fort dissemblables, et qu'une mise en ordre est utile ». Sans reprendre avec le renfort de cette formule de Carbone<sup>24</sup>, le débat sur la nature des dommages et intérêts contractuels, et sans même se laisser convaincre par ce que l'on pourrait appeler « la théorie pure de l'inexécution contractuelle »<sup>25</sup>, reconnaissons à tout le moins à ses promoteurs de nous avoir opportunément rafraîchi la mémoire sur l'irréductible part de spécificité des dommages et intérêts contractuels. Que la force obligatoire du contrat

<sup>17</sup> V. Wester-Ouisse, art. préc., selon qui l'abandon de cette distinction, parmi les « archaïsmes » et « inutilités » du droit français, permettrait aux juristes français de présenter aux partenaires de réflexion européens, un droit de la responsabilité « épuré », qui laisserait espérer que l'on puisse convaincre d'un autre côté ces mêmes partenaires de l'intérêt d'adopter notre système de responsabilité objective. Comp. J.-S. Borgnetti, art. préc., qui estime quant à lui que c'est l'abandon de notre principe de responsabilité du fait des choses qui s'impose dans une telle perspective, et qui permettrait d'assouplir (abolir ?) le principe de non-option. À la grande braderie du droit français, on ne s'entend pas sur les articles à liquider en priorité...

<sup>18</sup> V. l'inventaire dressé par Mme Viney, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 2008, n° 217.

<sup>19</sup> L'Italie est souvent citée en sens contraire, mais n'a pas pourtant abandonné, que l'on sache, le principe même de la distinction.

<sup>20</sup> On songe ici en particulier à la question des atteintes à la personne, pour laquelle il peut sembler plus cohérent d'admettre l'option que de décrire une « décontractualisation » générale de l'obligation de sécurité, en s'arc-boutant sur une conception du contrat à la fois réductrice et datée à notre sens. Dans ces situations, ce qui nous apparaît comme les enjeux essentiels de la distinction des deux ordres de responsabilité et du principe de non option, c'est-à-dire, le sort des clauses de non-responsabilité et la réparation du dommage prévisible, ne sont pas né-

cessairement en cause. Le premier est sans objet ici car les clauses de non responsabilité relatives à la réparation du dommage corporel sont nulles. Le second pourrait être écarté de *lege ferenda*, en disant que la limitation au dommage prévisible ne se justifie pas en matière de dommage corporel.

<sup>21</sup> Il faudrait notamment pour la jurisprudence, choisir entre une conception plutôt extensive du domaine de la responsabilité contractuelle (groupes de contrats) et l'extension immorale du domaine d'une responsabilité délictuelle fondée sur l'inexécution contractuelle (dérélativisation de la faute contractuelle).

<sup>22</sup> La délimitation opérée par la jurisprudence française n'est certes pas exempte de critique, mais on peut lui faire crédit de ne pas définir de manière trop extensive le champ de la responsabilité contractuelle, la mise en œuvre de celle-ci supposant non seulement l'existence d'un contrat entre le demandeur et le défendeur, mais également un dommage qui puisse être imputé à la mauvaise exécution du contrat, en sorte que les dommages qui ne sont causés qu'à l'occasion de l'exécution du contrat ne relèvent pas en principe des articles 1147 et suivants du code civil. *Contra*, J.-S. Borgnetti, art. préc. *passim*, not. n° 44 et 54.

<sup>23</sup> V. semble-t-il en ce sens, G. Viney, op. cit. n° 234 et s.

<sup>24</sup> *Droit civil, Les biens, Les obligations*, PUF coll. « Quadrige », 2004, n° 926.

<sup>25</sup> Ph. le Tourneau, *La responsabilité civile*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd. 1982, n° 160 s.; Ph. Rémy, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, pp. 323 s.

trouve sa source non dans la volonté des parties mais, comme l'obligation de réparer en matière extracontractuelle, dans celle du législateur ne change rien à l'affaire<sup>26</sup>. Toute la raison d'être des règles spécifiques de la responsabilité contractuelle se trouve dans ce constat d'évidence, porté par la fameuse formule précitée de Carbonnier : si la responsabilité contractuelle est difficilement réductible à de l'exécution par équivalent, c'est illusion néanmoins que d'imaginer une novation parfaite entre l'obligation d'exécuter la convention et celle, le cas échéant, de verser des dommages et intérêts. Le codificateur ne s'y était pas trompé, en réservant des dispositions spéciales aux dommages et intérêts contractuels<sup>27</sup>.

On veut bien admettre que certaines différences de régimes sont aujourd'hui moins nettes (la prescription notamment) et que l'opportunité d'autres pourraient être discutées. Restent au moins nous semble-t-il deux spécificités importantes : d'une part la validité de principe des clauses élusives de responsabilité en matière contractuelle, que l'abandon du principe d'interdiction de l'option reviendrait à annuller, et d'autre part la règle de l'article 1150 du Code civil limitant la réparation en matière contractuelle au seul dommage prévisible. Là encore, une telle

règle ne prend sens qu'en matière contractuelle<sup>28</sup>.

Aussi bien de deux choses l'une : ou l'on tient ces spécificités pour marginales ou dépassées, et l'on peut plaider pour la fusion pure et simple des responsabilités délictuelle et contractuelle ; ou bien l'on prend ces particularismes au sérieux, et l'on doit se résoudre à admettre que la distinction des deux responsabilités n'est pas qu'une encombrante construction<sup>29</sup>, et que si l'on veut éviter que les règles de la responsabilité extracontractuelle<sup>30</sup> ne viennent déjouer les prévisions contractuelles (en quoi nous incluons sans états d'âmes pour ce qui nous concerne, les obligations « légales » que l'Ordre juridique vient à ajouter aux obligations consenties par les parties), il faut maintenir le principe de non-option, quitte à l'assortir de dérogations, et quitte à infléchir la délimitation des deux ordres de responsabilité<sup>31</sup>.

Telle est bien la conclusion qui s'évince de ces quelques observations. Au-delà des difficultés qu'elle suscite, la distinction des responsabilités délictuelle et contractuelle s'impose comme une de nos divisions du droit qui, à défaut d'être aisée à manier, se révèle indispensable. Le meurtre du patient n'est pas la seule manière de faire tomber la fièvre...

<sup>26</sup> Comp. G. Viney, *op. cit.*, n° 234.

<sup>27</sup> Code civil, articles 1146 et suivants. Ces dispositions n'ont bien sûr vocation à s'appliquer qu'à la réparation des dommages occasionnés par l'exécution défectueuse du contrat, et nul ne songe à les mettre en œuvre pour la réparation de dommages dont l'exécution du contrat n'aurait été que l'occasion, la responsabilité contractuelle étant en principe inapplicable en un tel cas. *Contra*, J.-S. Borghetti, art. préc., n° 44.

<sup>28</sup> *Contra*, V. Wester-Ouisse, art. préc., n° 30.

<sup>29</sup> Comp. V. Wester-Ouisse, art. préc. Cet auteur considère que l'on peut tout à la fois fondre les deux responsabilités en une seule et conserver ces spécificités.

Curieuse entreprise de camouflage où l'on maintient des différences (fondamentales) de régime sous une appellation unique...

<sup>30</sup> L'expression renvoie aussi bien aux règles dites délictuelles des articles 1382 et suivants qu'à celles prévues par des textes spéciaux, ou d'autres encore consacrées par la jurisprudence en marge de la distinction du contrat et du délit, telles certaines responsabilités professionnelles. L'existence de cette catégorie hybride nous paraît de peu d'importance pour la question qui nous intéresse ici. Comp. G. Viney, n° 243, qui voit dans ce phénomène l'émergence d'un troisième ordre de responsabilité qui fragiliserait la distinction.

<sup>31</sup> V. *supra*.

# *Petit cinq du Grand A : contrat-échange, contrat-organisation, contrat-coopération*

## **Entre le contrat-échange et le contrat-organisation : le contrat-coopération\***

**Suzanne Lequette**

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas

1 « Les contrats-échange ont pour objet une permutation au terme de laquelle le bien de A se trouve entre les mains de B et le bien de B entre les mains de A. Les contrats-organisation instituent une coopération entre A et B, lesquels mettent en commun des choses qui jusque-là leur étaient propres et les emploient à une activité conjointe. Le premier type de contrat établit entre les parties un jeu à somme nulle en ceci que l'un des contractants gagne nécessairement ce que l'autre perd, et les intérêts des parties y sont donc largement divergents, même s'ils peuvent ponctuellement converger. Le deuxième type de contrat, au contraire crée entre les parties les conditions d'un jeu de coopération où les deux parties peuvent gagner et perdre conjointement et leurs intérêts sont donc structurellement convergents même s'ils peuvent ponctuellement diverger »<sup>1</sup>.

2 M. Paul Didier propose, dans cet extrait, de distinguer deux catégories de contrats au regard de l'opération qu'ils organisent: les contrats-échange et les contrats-organisation. Tandis que les premiers renvoient aux contrats spéciaux échangistes envisagés par les rédacteurs du Code civil – la vente, l'échange, le bail, le contrat d'entreprise, etc. –, les seconds se rapportent aux actes qui donnent naissance à un regroupement de biens ou de personnes. On pense ici bien évidemment au contrat de société ou à la convention d'indivision... Mais en proposant un nouveau mode de classification des contrats, l'auteur fournit aussi une précieuse clef d'analyse du phénomène contractuel. La doctrine envisage habituellement le contrat à titre onéreux comme le cadre exclusif d'une rencontre d'intérêts contraires. Or, l'opposition du contrat-échange et du contrat-organisation révèle qu'il s'agit là d'une approche excessivement réductrice. Un

\* Cet article s'appuie sur une thèse de doctorat, S. Lequette, *Le contrat-coopération - Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, Economica, 2012.

<sup>1</sup> P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit - Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz-PUF-Juris-classeur, 1999, p. 636.

contrat peut être ordonné aussi bien à la poursuite d'un intérêt commun qu'à la rencontre d'intérêts divergents. Simplement, il n'a pas dans les deux cas la même configuration car il n'organise pas le même type d'opération.

Posée il y a dix ans dans son principe et reprise par de nombreux auteurs, cette distinction connaît aujourd'hui de nouveaux développements. C'est ainsi notamment que M. François Chénédé a récemment élaboré, à partir de celle-ci, une nouvelle grille de lecture du droit des obligations<sup>2</sup>. Qu'il s'agisse d'obligations contractuelles, extracontractuelles ou quasi-contractuelles, on retrouverait toujours, selon cet auteur, deux techniques juridiques différentes, l'une propre aux opérations de commutation, l'autre conçue pour les opérations de distribution. En vertu de la première, le droit organisera, par un transfert de valeurs entre deux patrimoines, la rencontre entre des intérêts contraires. La seconde réaliserait une mise en commun suivie d'une répartition assurant ainsi la poursuite d'un intérêt commun.

**3.** Cette classification bipartite ne permet plus, cependant, de rendre compte de l'ensemble de la réalité contractuelle. Il apparaît, en effet, que se développent entre le contrat-échange et le contrat-organisation des figures de type coopérationniste qui empruntent leurs traits aux deux modèles habituels. On songe ici tout d'abord aux *contrats dits d'intérêt commun*. Découverte à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle par la jurisprudence avec le mandat d'intérêt commun<sup>3</sup>, cette catégorie connaît une indéniable expansion à l'époque présente et rassemble notamment le contrat d'édition, les contrats de distribution, tels que le contrat de franchise ou le contrat de concession, la location-gérance ou encore le bail à construction. Bien que juridiquement différents, ces contrats ont en commun leur nature hybride qui les rend difficilement classables. Tout en reposant sur un rapport synallagmatique d'obligations, ils donnent naissance à une

« situation contractuelle spécifique, fondée sur la réduction de l'antagonisme entre les parties et la nécessité d'une coopération asservie à la poursuite d'un projet commun »<sup>4</sup>. On songe ensuite aux *contrats de coopération inter-entreprises* qui se développent sur la scène du commerce international et dont le contrat de *joint venture* et le contrat de *consortium* sont les principales incarnations. Ces figures présentent également une certaine ambivalence. Tout en s'unissant dans le cadre d'une entreprise commune, les parties procèdent à la conclusion de divers contrats-échange liés et agencés au sein d'un montage, en sorte que ni le modèle contractuel échangiste ni le modèle sociétaire ne sont en mesure de rendre compte de ces figures. Le premier, par l'antagonisme qui le sous-tend, constitue pour celles-ci un « vêtement mal ajusté », au point qu'on ne saurait le leur faire endosser sans risquer d'en « déchirer les coutures »<sup>5</sup>. Bruno Oppetit relevait, au reste, déjà que « les nouvelles figures que la pratique contractuelle internationale propose à la réflexion des juristes infirment sensiblement le schéma contractuel classique du droit civil, qui repose sur l'idée que le contrat traduit la conciliation des intérêts opposés de deux personnes »<sup>6</sup>. Pour autant, il ne saurait être question de les ramener au modèle sociétaire car l'intégration n'y est pas poussée aussi loin. C'est dire que ces figures présentent une nature hybride qui les porte à osciller entre les deux pôles contractuels habituels. Quelle place, dès lors, convient-il de résérer à cette réalité contractuelle de type intermédiaire ?

**4.** Pour répondre à cette interrogation, le discours des économistes peut fournir des éléments de réflexion utiles. Il en ressort que, entre les « deux formes organisationnelles que sont l'entreprise et le marché », se fait actuellement jour « toute une panoplie d'accords hybrides qui empruntent leurs caractéristiques à la fois au marché et à l'entreprise »<sup>7</sup>. « Hybrides, réseaux, contrats symbiotiques, communautés

2. F. Chénédé, *Les commutations en droit privé - Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, 2008 ; en ce sens également, J.-F. Hamelin, *Le contrat alliance*, thèse dactyl. Paris II, 2010.

3. Civ. 13 mai 1885, DP 1885, 1, p. 350.

4. R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux - Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 s., spéc. p. 229, n° 21.

5. M. Caffin-Moi, *Cession de droits sociaux et droit des contrats*, préf. D. Bureau, Economica, 2009, p. 255, n° 384.

6. B. Oppetit, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de *hardship* », *JDJ* 1974, p. 794 s., spéc. p. 798.

7. M. Mignot, « De la solidarité en général et du solidarisme en particulier ou le solidarisme contractuel a-t-il un rapport avec la solidarité ? », *RRJ* 2004, n° 4, p. 2153 s., spéc. p. 2173, n° 32.

d'organisations, alliances stratégiques, hydres à têtes multiples, menottes dorées, quasi entreprises, quasi-sociétés »<sup>8</sup> sont autant d'appellations que l'analyse économique donne à ces nouvelles figures. Difficilement saisissables, elles auraient cependant en commun de procéder du même phénomène : la *coopération*.

Pour bien comprendre l'émergence de cette nouvelle réalité, il n'est pas inutile de dire quelques mots des facteurs qui poussent les acteurs de la vie économique à emprunter cette voie intermédiaire. Les entreprises ont besoin d'avoir accès à certaines compétences spécifiques pour développer leurs activités. À cet effet, elles peuvent choisir d'acquérir ces « actifs spécifiques » sur le marché ou de les développer en leur sein. Mais la première de ces voies peut se révéler très coûteuse. Quant à la seconde, elle peut impliquer, outre des coûts importants, une lourdeur qui entrave l'adaptation de l'entreprise aux évolutions rapides des technologies et du marché. D'où la tendance contemporaine qu'ont les entreprises qui détiennent, chacune, des « compétences spécifiques » complémentaires à les mettre en relation et à coopérer afin d'assurer une meilleure utilisation de leurs ressources respectives<sup>9</sup>. Les relations économiques revêtent alors une dimension nouvelle. Il ne s'agit plus d'acquérir les biens ou services utiles à sa propre entreprise, ou d'intégrer à l'entreprise les compétences nécessaires au développement de ses productions, mais de mettre en commun certaines ressources, sans que soient altérées l'identité des entreprises, ni leur indépendance. Apparaît ainsi un *modèle économique hybride* qui n'est ni celui du marché ni celui de la firme. Il a son ressort non dans les idées d'échange ou d'intégration, mais dans celle de *coopération*.

Confrontés à ce phénomène, les économistes ont, après avoir essayé dans un premier temps de réduire les figures hybrides qui l'expriment à l'un des deux pôles habituels, considéré qu'il devenait indispensable d'identifier un *troisième pôle*. Comme l'observe un auteur, « l'argument juridique et économique le plus sophistiqué qu'on

connaisse actuellement consiste à soutenir que *les hybrides sont un troisième ordre économique entre les contrats et les sociétés* »<sup>10</sup>. C'est ainsi que Richardson, dans son article fondateur<sup>11</sup>, constate que la dichotomie marché-firme ne permet plus de saisir la complexité des relations interfirme et propose de remettre en cause cette classification en distinguant au sein des relations de marché, les pures transactions de marché, d'une part, les transactions de coopération, d'autre part. On disposerait en définitive de *trois mécanismes de coordination de l'activité économique* : l'organisation (la direction), le marché (le mécanisme du prix) et enfin la *coopération*.

Un tel constat ne saurait laisser les juristes indifférents. Alors que la distinction du contrat-échange et du contrat-organisation fait manifestement écho à l'opposition marché-firme, les contrats d'intérêt commun évoquent incontestablement les figures qui se glissent dans l'interstice de l'échange et de l'organisation. Dès lors, ne faut-il pas répondre aux sollicitations de la doctrine économique qui invite fortement les juristes à conceptualiser une *figure contractuelle de type intermédiaire et distinguer à mi-chemin du contrat-échange et du contrat-organisation, le contrat-coopération* ?

5. Cette entreprise de conceptualisation et d'approfondissement d'un modèle contractuel intermédiaire apparaît d'autant plus opportune qu'elle se présente comme une réponse au *besoin de renouvellement de la théorie générale du contrat*. Il est, en effet, depuis le bicentenaire du Code civil, activement débattu de la réforme de celle-ci. Plusieurs projets ont été proposés, qui ont en commun de maintenir le cap échangiste sans se préoccuper de la pluralité des réalités économiques que le contrat recouvre. N'est-ce pas là pourtant le principal défi qui est aujourd'hui lancé à la théorie générale ? Conçues à la lumière de l'échange, les règles classiques s'essoufflent en ce qu'elles ne peuvent, dans leur état actuel, appréhender d'autres réalités économiques. À preuve le développement en

<sup>8</sup> G. Teubner, « Nouvelles formes d'organisation et droit », *Revue française de gestion*, nov.-déc. 1993, p. 50.

<sup>9</sup> B. Garette, « Actifs spécifiques et coopération : une analyse des stratégies d'alliance », *Revue d'économie industrielle* 1989/4, n° 50, p. 15.

<sup>10</sup> G. Teubner, art. préc., *Revue française de gestion*, nov.-déc. 1993, p. 59 (nous soulignons).

<sup>11</sup> G. Richardson, « The organization of industry », *The economic journal* n° 82, 1972, p. 883 s.

jurisprudence des devoirs de coopération, de renégociation ou encore les manifestations de plus en plus fréquentes de l'unilatéralisme au sein du contrat, autant d'effets qui s'épanouissent au sein des figures contractuelles de type coopérationniste et que le droit des contrats traditionnel peine à expliquer. Or, comme M. Rémy Libchaber l'a fort justement souligné, le paradoxe tient actuellement à ce que l'on prend pour une transformation du droit ce qui est d'abord l'effet d'une *diversification* des contrats<sup>12</sup>. C'est dire que le renouvellement de la théorie générale exige plus une diversification des règles que leur transformation. M. Paul Didier avait d'ailleurs lancé une invitation aux juristes en ce sens, leur suggérant d'élaborer « une théorie générale des organisations comparable à notre théorie générale des contrats commutatifs »<sup>13</sup>. Mais la réalité juridique que le contrat-organisation embrasse, s'éloigne beaucoup des contrats classiques du Code civil au point que les figures juridiques organisationnelles ont plutôt tendance à s'en émanciper et à évoluer dans une sphère juridique autonome. Comme cela a été relevé, la figure « tire trop vers l'institution pour servir d'incarnation au renouvellement contemporain du droit des contrats »<sup>14</sup>. Au contraire, les contrats de type coopérationniste, par la parenté qu'ils entretiennent avec les contrats-échange, peuvent utilement « servir d'incarnation » à ce renouvellement. Nul n'oserait, en effet, prétexter, pour refuser de s'engager dans une telle entreprise, que les contrats de franchise, d'édition, de métayage, de bail à construction ne sont pas de véritables contrats. En bref, l'approfondissement de la figure du contrat-coopération est probablement mieux que celle du contrat-organisation, de nature à enrichir les concepts traditionnels sans les dénaturer.

**6.** Aussi voudrions-nous ici tenter de donner consistance à une hypothèse : entre le contrat-échange et le contrat-organisation, émergerait une troisième figure : le « contrat-coopération ».

Après avoir tenté d'en tracer les contours (I), nous nous interrogerons sur l'intérêt d'une telle qualification, en essayant de définir un régime juridique qui lui soit propre (II).

## I. L'existence du contrat-coopération

Pour bâtir la nature juridique d'un concept, Jean Carbonnier avait préconisé de suivre une méthode : « partir des faits, mais pour s'élever à la construction juridique »<sup>15</sup>. On empruntera cette démarche. Après avoir défini la réalité économique que recouvre le contrat-coopération, on tentera d'en bâtir la structure juridique. Pour cela, on prendra appui sur la distinction traditionnelle du contrat-échange et du contrat-organisation que l'on s'emploiera à préciser de manière à faire saillir la singularité économique (A) et juridique du contrat-coopération (B).

### A. Le contrat-coopération, une réalité économique

7. Pour être en mesure d'identifier le contrat-coopération, il est indispensable de commencer par affiner la distinction du contrat-échange et du contrat-organisation. Envisagée exclusivement au sein des contrats à titre onéreux, cette distinction apparaît comme reposant sur l'opposition de deux modèles contractuels, chacun se situant aux antipodes de l'autre parce que répondant à des fonctions de type opposé – le contrat-permutation et le contrat-concentration.

Le contrat-permutation se rapporte au modèle traditionnel du contrat à titre onéreux, tel que l'ont conçu les rédacteurs du Code civil, et dont nul ne conteste la fonction d'échange. À s'en tenir au contrat synallagmatique, sa définition montre en effet clairement qu'il organise un transfert réciproque de valeurs, par le truchement d'une permutation de biens ou de services. Afin d'approfondir l'analyse de cette fonction, M. Paul Didier montre que l'échange économique est un *jeu à somme nulle au cours duquel chacun gagne ce que l'autre perd*<sup>16</sup>. Novateur, ce mode d'analyse

<sup>12</sup> R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux - Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 s., spéc. n° 23.

<sup>13</sup> P. Didier et B. Saint-Alary, *Rép. Dalloz droit des sociétés*, 1985, V<sup>e</sup> « Société », n° 19.

<sup>14</sup> R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », art. préc., n° 21.

<sup>15</sup> J. Carbonnier, « Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association, Introduction », reproduit in *Jean Carbonnier (1908-2003) - Écrits*, PUF, 2008, p. 47.

<sup>16</sup> P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », art. préc., spéc. p. 637.

présente un intérêt majeur en ce qu'il révèle que le contrat ne se contente pas de réaliser l'addition de deux transferts de valeurs mais opère une *permutation qui requiert la conciliation d'intérêts contraires*.

Faisant écho au contrat-permutation, le contrat-organisation que nous avons rebaptisé contrat-concentration pour insister sur sa finalité économique, se rapporte pour l'essentiel au contrat de société. En vertu de celui-ci, les associés conviennent d'affecter des biens ou services à une entreprise commune de manière à réaliser des bénéfices tout en acceptant de contribuer aux pertes. C'est dire que le contrat de société organise une opération de type non pas échange-giste mais synergique : il s'agit non d'échanger des valeurs mais de les mettre en commun afin d'en créer de nouvelles et de se les partager. Plus précisément, l'opération sociétaire, si elle organise, à l'instar du contrat à titre onéreux, la rencontre d'intérêts économiques, se présente comme étant aux antipodes de la permutation classique : tandis que celle-ci opère par le truchement d'un jeu à somme nulle, la conciliation d'intérêts contraires, le contrat de société réalise *un jeu de concentration de manière à conjuguer des intérêts économiques identiques*. Entendons-nous bien. Il ne s'agit pas d'affirmer que les associés auront droit à une part équivalente dans les bénéfices mais de signifier que chaque associé poursuit un intérêt économique qui, tout en lui étant propre, est d'une nature semblable à celle des intérêts des autres associés. Cela résulte, au reste, des caractères mêmes de l'opération sociétaire : les associés poursuivent la réalisation collective d'un effet de synergie dans le cadre d'une même entreprise et ont ainsi une égale vocation à tirer un avantage d'une même nature d'un même objet. De sorte qu'ils sont naturellement conduits à participer ensemble aux risques de l'entreprise, subissant en cela un sort identique : ils sont condamnés à gagner ou perdre ensemble.

**8. N'organisant ni un jeu à somme nulle ni un jeu de concentration où tout le monde gagne ou perd ensemble, le contrat-coopération participe d'un modèle économique intermédiaire original : il opère la mise en relation d'actifs complémentaires**

*taires dans le cadre d'un projet commun et coordonne, ce faisant, les intérêts convergents mais différents des partenaires.*

Pour expliciter cette formule, on peut prendre appui sur le contrat d'édition. À reprendre la définition qu'en donne l'article L. 132-1 du code de la propriété intellectuelle, « *l'auteur cède à un éditeur le droit de fabriquer ou de faire fabriquer en nombre des exemplaires de l'œuvre à charge pour lui d'en assurer la publication et la diffusion* ». Au premier abord, on a tendance à identifier le contrat d'édition au contrat synallagmatique classique : l'auteur cède son droit de reproduction, en contrepartie de quoi l'éditeur exploite et rémunère l'auteur. Mais comme nous l'avons vu, le contrat synallagmatique est conçu pour opérer une permutation et concilier des intérêts contraires. Or, précisément, il n'en va pas ainsi dans le contrat d'édition. Les intérêts des parties n'y sont pas opposés mais convergents. L'auteur cède à l'éditeur son droit de reproduction afin que l'éditeur diffuse l'œuvre mais surtout dans la perspective qu'il lui reverse une rémunération proportionnelle aux produits d'exploitation. C'est dire qu'il est directement intéressé à la bonne exploitation de l'œuvre. L'éditeur s'engage à fournir les investissements et le travail nécessaires à l'édition de l'œuvre dans le but, non de recevoir le droit de reproduction mais d'en tirer lui-même directement profit. Son objectif – son intérêt – est de réaliser un chiffre d'affaires qui lui permette non seulement d'amortir les charges d'exploitation mais plus encore de réaliser des bénéfices. Il apparaît ainsi que les parties s'engagent non tant dans la perspective de recevoir l'une de l'autre, un bien, un service ou une somme d'argent que dans celle d'apporter chacune leur contribution à une même entreprise de sorte qu'il en résulte un effet de synergie dans leur intérêt commun. À cet effet, ils unissent leurs actifs complémentaires : l'œuvre d'un côté, le savoir-faire quant à son édition et à sa diffusion de l'autre.

Mais si le contrat d'édition organise une opération de type synergique, il ne remplit pas pour autant une fonction de concentration. D'une part, les parties ne procèdent pas à proprement parler à une mise en commun mais à une simple mise en relation de leurs actifs. L'auteur

cède son droit de reproduction à des conditions et pour une durée déterminée, le temps que l'éditeur puisse l'exploiter. D'autre part, la figure ne réunit pas des intérêts identiques. Seul, en effet, l'éditeur est entrepreneur car seul il supporte les charges d'exploitation commerciale et encourt ainsi les risques de l'entreprise, l'auteur recevant une part du prix de chaque vente réalisée sans participer aux bénéfices ou aux pertes de l'exploitation. Il apparaît ainsi que l'auteur et l'éditeur poursuivent des intérêts qui, bien que convergents, n'en demeurent pas moins différents. De sorte que le contrat d'édition remplit une fonction économique qui se situe à mi-chemin entre la permutation et la concentration.

**9.** Pour mieux mettre en évidence cette originalité, on peut prendre appui sur les deux figures dont le législateur a pris soin d'entourer le contrat d'édition : *le contrat à compte d'auteur* et *le contrat de compte à demi*. Tout en ayant en commun avec le contrat d'édition d'organiser la publication et la diffusion d'une œuvre, elles s'en distinguent par la technique qu'elles utilisent. Le contrat à compte d'auteur, répond à la qualification de louage d'ouvrage (CPI, art. L. 132-2). L'éditeur s'engage à diffuser l'œuvre, en contrepartie de quoi l'auteur s'engage à le rémunérer. Il réalise une simple permutation et concilie des intérêts contraires. Le contrat de compte à demi est, quant à lui, qualifié de société en participation (CPI, art. L. 132-3). L'auteur et l'éditeur s'engagent à réaliser chacun un apport – l'un apporte son droit de reproduction, l'autre son savoir-faire – dans la perspective de se partager les bénéfices et les pertes de l'exploitation. Il est en cela un outil juridique de concentration et réunit des intérêts identiques. Il apparaît ainsi qu'une même opération, l'édition, peut se réaliser selon trois modèles économiques distincts. Selon le modèle de la permutation, avec le contrat à compte d'auteur ; selon le modèle de la concentration, avec le contrat de compte à demi ; enfin, selon le modèle de la coopération, avec le contrat d'édition. C'est la preuve que le contrat d'édition est l'expression d'un troisième modèle économique original qui dépasse les termes de la classification bipartite. Il ne s'agit ni

de permutation, ni de concentration, mais de coopération.

**10.** Et loin d'être réservé au seul contrat d'édition, le constat peut être transposé aux autres contrats d'intérêt commun mais aussi au contrat de *joint venture* ou bien encore au contrat de *consortium*. Bien que différentes, l'ensemble de ces figures ont en commun d'opérer une mise en relation d'actifs complémentaires dans le cadre d'un projet commun de manière à coordonner les intérêts convergents mais différents des parties.

### **B. Le contrat-coopération, une structure juridique**

**11.** À cette réalité économique fait écho une structure juridique hybride originale. Afin de le mettre en évidence, il importe là encore d'apporter quelques précisions sur la structure du contrat-permutation et du contrat-concentration. Il apparaît en effet que la structure du contrat, c'est-à-dire la manière dont il lie les obligations varie, selon le type de fonction économique qu'il remplit, c'est-à-dire selon la manière dont il coordonne les intérêts des parties.

À considérer le contrat synallagmatique à titre onéreux, il est admis que chaque obligation trouve sa cause dans l'obligation corrélatrice, en sorte qu'elles ne peuvent exister indépendamment l'une de l'autre. Aussi le modèle échangiste dépasse la somme des obligations réciproques et donne naissance à *une entité indivisible et cohérente* : *un rapport d'obligations interdépendantes*. En posant que les obligations se servent mutuellement de cause, on ne fait qu'expliquer que le contrat tisse un lien juridiquement obligatoire entre des intérêts contraires : non seulement, chaque partie obtient dans son patrimoine le pouvoir d'exiger un transfert de valeurs mais elle ne l'obtient qu'à la condition que puisse être exigé un transfert de valeurs en retour. C'est dire que *le contrat synallagmatique forme une structure contractuelle qui épouse les formes exactes de la permutation et plus encore de la conciliation d'intérêts contraires qu'elle opère*.

Parce qu'il répond à une fonction différente de celle du contrat-permutation, le contrat-concentration s'en distingue structurellement.

Afin de le percevoir, il est nécessaire d'en appeler de nouveau à la cause. À l'évidence, l'associé ne s'engage pas à réaliser son apport dans la perspective de recevoir l'apport d'un autre associé mais plutôt dans celle d'obtenir une part des profits réalisés par la société. À cet effet, chacun des associés accède à une part sociale qui le rend titulaire d'une quote-part du capital social. *La cause de son engagement réside ainsi dans le droit qui lui donne vocation à recevoir une partie des bénéfices réalisés par la société.* Ainsi comprise, la cause n'est que le reflet de la logique économique qui sous-tend l'opération sociétaire. Dans la mesure où le droit qui donne vocation aux bénéfices fait l'objet d'une cotitularité entre les associés, la cause est l'expression juridique des intérêts identiques que poursuivent les associés. Titulaires chacun d'une quote-part qui leur donne vocation à participer pour partie aux pertes et aux bénéfices, les associés sont obligés de gagner ou de perdre ensemble, c'est-à-dire de subir un sort identique. C'est dire que la cause dans le contrat-concentration est aux antipodes de la cause échangiste, ce qui n'est pas sans emporter des conséquences importantes s'agissant de la structure du contrat de société. Il apparaît en effet que les obligations ne se servent pas mutuellement de cause mais se conjuguent au regard d'une cause juridiquement identique. D'où la différence de structure : les obligations naissent unies entre elles non par un lien d'interdépendance mais par un *lien de type conjonctif*, lequel n'est là encore que le reflet juridique de l'union des intérêts identiques que réalise le contrat de société. Les associés s'engagent auprès de la collectivité des associés dont ils font eux-mêmes partie à condition de pouvoir exiger en retour de celle-ci une part des bénéfices qu'elle réalise.

En définitive, la dichotomie contrat-échange/contrat-organisation, lorsqu'elle est envisagée dans le cadre du contrat à titre onéreux, prend un relief particulier et s'incarne dans deux structures contractuelles, chacune spécifiquement conçue pour remplir une fonction qui lui est propre. La première – le contrat-

permutation – forme un rapport d'obligations interdépendantes conçu pour concilier les intérêts contraires des parties. La seconde – le contrat-concentration – crée un rapport d'obligations conjonctif de manière à réunir les intérêts identiques des associés.

**12.** Le contrat-coopération se situe, de ce point de vue, à la croisée des deux modèles. Si le contrat-coopération forme à l'instar du contrat-permutation un rapport d'obligations interdépendantes, le lien qui unit les obligations revêt une intensité particulière qui le fait tendre pour une part, structurellement, vers le contrat-concentration. Les obligations y sont, en effet, unies par un *lien de complémentarité ordonnancée*. Qu'entend-on par là ? On veut marquer qu'une partie s'engage, en vertu d'une *obligation instrumentale*, à fournir des moyens à l'autre partie, laquelle, en vertu d'une *obligation finale* s'engage à les exploiter dans leur intérêt partagé<sup>17</sup>. Par exemple, dans le contrat d'édition, l'auteur en vertu d'une obligation instrumentale, cède son droit de reproduction à l'éditeur lequel s'engage, en vertu d'une obligation finale à l'exploiter dans l'intérêt partagé des parties. Ainsi encore dans le contrat de franchise, le franchisseur s'engage, en vertu d'une obligation instrumentale à communiquer son savoir faire au franchisé, lequel en vertu d'une obligation finale s'engage à l'exploiter dans l'intérêt partagé des parties. En bref, une obligation instrumentale à laquelle fait suite une obligation finale, tel est le contenu du contrat-coopération.

**13.** Et ce schéma peut être transposé aux autres contrats d'intérêt commun. C'est ainsi que l'on peut songer à construire à la marge des figures échangistes des matrices coopérationnistes. On pourra ainsi parler de mandat-coopération, dont la meilleure illustration est le contrat d'agence commerciale. On parlera encore de bail-coopération, avec le métayage, le bail à construction, la location gérance. On parlera enfin de vente-coopération, avec des contrats tels que la concession commerciale ou la cession

<sup>17</sup> M.-É. Ancel, *La prestation caractéristique*, préf. L. Aynès, Economica, 2002, n° 343.

de droits d'auteur. Dans tous ces contrats, on retrouve l'enchaînement d'une prestation instrumentale et d'une prestation finale exploitée dans l'intérêt partagé des parties. Mais le schéma peut également être transposé à ces figures complexes que sont le contrat de *joint venture* et le contrat de *consortium*. Simplement, il n'est plus question de l'enchaînement d'obligations instrumentale et finale mais de l'enchaînement de contrats instrumentaux et finaux.

**14.** C'est dire que la notion de contrat-coopération répond à une réalité économique et juridique. Il ne fait, dès lors, plus aucun doute qu'à mi-chemin entre le contrat-permutation et le contrat-concentration, le contrat-coopération existe. Reste à démontrer que la construction théorique élaborée commande l'application d'un corps de règles cohérent, ce qui serait de nature à lui donner son plein intérêt.

## II. Le régime du contrat-coopération

**15.** À l'heure de la réforme du droit des contrats, la théorie générale, nous l'avons évoqué, aspire moins à un bouleversement qu'à une diversification. Aux côtés des règles traditionnelles conçues pour encadrer les opérations d'échange, il est nécessaire de bâtir d'autres corps de règles ayant vocation à encadrer de nouvelles réalités économiques. C'est en ce sens que M. Paul Didier a pu poser dans ses « Brèves notes sur le contrat-organisation », les premiers fondements d'une théorie générale des opérations sociétaires<sup>18</sup>. Pour n'évoquer que quelques exemples particulièrement significatifs, l'auteur montre ainsi comment la conclusion du contrat-organisation procède, non de « l'échange (traditionnel) des consentements », mais d'« un concours des consentements »<sup>19</sup>, les associés se contentant d'adhérer au projet de statut de l'acte constitutif. De même, il apparaît que le contrat-organisation produit sa force obligatoire d'une manière différente de celle du modèle échangiste traditionnel. Tandis que celui-ci exige que l'ensemble des obligations soient figées lors de la

conclusion sans que personne « en dehors d'elles ne p[uisse] leur imposer de nouvelles obligations ni modifier celles qu'elles se sont fixées »<sup>20</sup>, le contrat-organisation suppose la mise en place d'organes chargés de mettre en œuvre l'entreprise commune au nom de la collectivité des associés sous le contrôle du juge. En bref, parce que le contrat de société ne repose pas sur la même logique structurelle que le contrat-échange traditionnel, il obéit à des règles qui s'éloignent parfois considérablement des principes cardinaux de la théorie générale classique. Or, un même constat peut être dressé s'agissant du contrat-coopération si ce n'est qu'en raison de sa plus grande proximité avec le contrat-échange, les différences sont moins saillantes : à la structure de type intermédiaire du contrat-coopération, fait écho un corps de règles dont la singularité est précisément de s'insinuer entre les deux modèles.

**16.** L'identification de ces règles passe par la mise en relief des traits propres à chacune de ces opérations. Ainsi qu'on l'a vu, l'échange a imprimé au contrat classique ses caractères. Afin de concilier les intérêts contraires des contractants, il se contente de cristalliser les termes de l'échange en donnant naissance à des obligations. Simple technique juridique, il opère le plus souvent en un trait de temps et n'a d'autre substance que les obligations qu'il engendre. Il en va différemment du contrat-coopération. Celui-ci, parce qu'il organise la mise en relation d'actifs complémentaires dans le cadre d'un projet commun, ne saurait se réduire à une simple technique créatrice de droits et d'obligations. Il doit non seulement les créer, mais les porter dans le cadre de la relation contractuelle nouée dans l'intérêt commun des parties. Ainsi davantage qu'un simple « artifice juridique », le contrat-coopération se présente comme un « organisme vivant » qui accompagne les parties le temps pour elles de pouvoir unir utilement leurs efforts dans le cadre d'un projet commun et d'atteindre leurs objectifs. À cela s'ajoute la coloration personnelle du contrat-coopération. Unis par leur intérêt

<sup>18</sup> P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », art. préc.

<sup>19</sup> P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », art. préc., p. 641.

<sup>20</sup> P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », art. préc., p. 638.

commun, les contractants y sont, davantage que des parties, des partenaires animés d'un *animus cooperandi* qui œuvrent à la réalisation d'un projet commun. En bref, le contrat-copération repose non sur un simple rapport de réciprocité mais sur un *rapport d'adéquation moyens-fin*, dont la mise en œuvre suppose nécessairement l'écoulement d'une certaine *durée* ainsi que l'existence d'un rapport de *confiance* entre les partenaires, ce qui n'est pas sans emporter des conséquences sur le régime de la figure.

Afin de le mettre en évidence plus en détail, on traitera successivement de sa *formation* (A), de ses *effets* (B), puis de son *extinction* (C).

#### **A. La formation du contrat-coopération**

**17.** La formation du contrat-coopération obéit dans l'ensemble aux règles de la théorie traditionnelle du contrat. On vérifie ainsi, d'une part, que les volontés se sont valablement rencontrées, d'autre part, qu'elles ont, ce faisant, posé le socle de l'opération économique. Cependant, le fait que l'accord des volontés porte sur une opération de coopération et lie les intérêts convergents mais différents des partenaires donne à ce double contrôle une physionomie particulière.

À considérer tout d'abord la procédure contractuelle, il apparaît que le contrat-coopération procède le plus souvent non de la rencontre alchimique d'une offre et d'une acceptation mais d'un processus au cours duquel les parties vont nouer une relation de coopération imprégnée tout à la fois de confiance et d'égalité. Soucieux d'encadrer ce processus, le droit des contrats impose aux futurs partenaires de faire montrer d'une bonne foi renforcée au cours de la période précontractuelle. Celle-ci emporte alors, outre un encadrement plus strict des négociations, une protection accrue du consentement des parties. À la croisée de ce double impératif, se manifeste notamment la reconnaissance d'une obligation précontractuelle d'information, dès lors qu'il existe une « asymétrie d'information », qui porte non seulement sur la prestation fournie mais encore sur les perspectives de réalisation du marché. L'article L. 330-3 du code de commerce, issu de la loi Doubin et l'article L. 326-6 du code rural en fournissent une excellente illustration

respectivement pour les contrats de distribution et pour le contrat d'intégration agricole.

À considérer ensuite le contenu du contrat-coopération, le contrôle des obligations essentielles qui doit s'opérer par le truchement de l'objet et de la cause présente une certaine spécificité en raison de l'agencement original des obligations. Il s'agit, en effet, non seulement de contrôler l'objet des obligations essentielles, mais encore de mettre en rapport les obligations avec la finalité du contrat. Il faut, en d'autres termes, caractériser la logique essentielle de l'opération de coopération en recherchant si l'ajustement des prestations est en mesure de permettre la réalisation du projet commun. C'est ainsi que le contrôle de l'existence de la cause porte, non seulement sur la réalité des prestations fournies par les parties, mais encore sur la réalité du marché et les perspectives d'une exploitation rentable. Il s'agit, en effet, moins de contrôler qu'une partie reçoit en vertu du contrat une contrepartie que de vérifier que les moyens fournis permettent une exploitation utile d'une entreprise. Alors que, dans un contrat de vente, la possibilité de revente du bien demeure un motif extérieur au champ contractuel, qui n'est pas comme tel pris en considération, la cause-coopération intègre une dimension supplémentaire, la poursuite d'un projet commercial commun et les perspectives d'exploitation de ce projet, ce qui suppose de vérifier la réalité du marché.

#### **B. Les effets du contrat-coopération**

**18.** Si l'originalité structurelle emporte des spécificités dès la formation du contrat-coopération, nul doute que c'est au stade de ses effets qu'elle est la plus ostensible. Il apparaît en effet que la manière dont le contrat lie les obligations a un impact direct sur la façon dont il produit sa force juridique obligatoire. C'est ainsi que le contrat-permutation, pour lier les intérêts contraires, se contente de former un simple réseau d'obligations. Quant au contrat-concentration, il forme outre un rapport d'obligations, un véritable ordre normatif collectif auquel les associés acceptent de se soumettre. Qu'en est-il du contrat-coopération ? Rappelons qu'il tisse entre les obligations un lien de complémentarité

ordonnancée, ce qui n'est pas sans lui conférer une certaine portée normative. Sans aller jusqu'à donner naissance à un ordre normatif collectif comme il en va du contrat-concentration, le contrat-coopération va sur le fondement de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil, former une *norme juridique de coopération* venant prolonger les obligations essentielles afin d'en favoriser l'ajustement utile. En vertu de cette norme, les partenaires sont tenus d'agir positivement de manière à favoriser la mise en relation des actifs complémentaires dans leurs intérêts respectifs. L'existence de cette norme emporte une modification importante des paradigmes d'analyse et agit aussi bien sur l'exécution des obligations contractuelles que sur l'exercice des prérogatives contractuelles.

Elle crée tout d'abord des devoirs permettant d'élaborer un contenu fidèle aux objectifs et aux intérêts des parties au fur et à mesure de l'exécution du projet de coopération. On citera ici le devoir de coopération qui permet aux partenaires de favoriser l'ajustement des prestations complémentaires dans leur intérêt commun, et qui se traduit notamment, du côté du prestataire instrumental, par un devoir d'assistance et, du côté du prestataire final, par un devoir de rendre compte. On citera encore le devoir d'adaptation qui leur impose d'actualiser le contenu du contrat au fur et à mesure de la réalisation du projet de coopération. On songe, à cet égard, bien évidemment à l'arrêt *Huard* qui impose au fournisseur, c'est-à-dire au prestataire instrumental, d'adapter la prestation qu'il fournit de manière à donner au distributeur, c'est-à-dire au prestataire final, les moyens de pratiquer des prix concurrentiels en vue du succès de son exploitation commerciale<sup>21</sup>.

Ensuite, la norme de coopération agit sur l'exercice des prérogatives contractuelles. Ces prérogatives qui permettent à l'une des parties d'agir unilatéralement sur le contenu du contrat, par exemple sur la détermination du prix, trouvent un terrain d'élection dans le contrat-coopération. Elles visent, en effet, à satisfaire non l'intérêt égoïste du titulaire du pouvoir mais les intérêts convergents des partenaires. Les prérogatives contractuelles se muent ainsi en de

véritables pouvoirs contractuels finalisés, ordonnés à la réalisation de l'opération économique que le contrat prend en charge. C'est dire que, parce qu'il poursuit la réalisation d'un projet commun, le contrat-coopération peut s'accommoder, mieux que le contrat-permutation, d'un certain unilatéralisme.

### C. La fin du contrat-coopération

19. Pour comprendre enfin la spécificité du contrat-coopération au stade de son extinction, il faut montrer que celui-ci, parce qu'il réalise une mise en relations d'actifs complémentaires dans le cadre d'un projet commun, présente une double spécificité.

En premier lieu, son exécution s'échelonne nécessairement dans le temps. Mais cet échelonnement s'opère selon des modalités très différentes de celles des contrats-permutation successifs. Il s'agit, en effet, non d'une réitération d'un même échange, ce qu'on a pu appeler de manière fort suggestive un « bégaiement de l'échange », mais de séquences différentes qui se succèdent selon un ordre imposé par l'économie de l'opération. Alors que le processus du contrat-permutation successif peut s'arrêter à n'importe quel moment sans risquer de causer un déséquilibre dans l'opération économique qu'il réalise, il n'en va pas de même pour le contrat-coopération. Sans l'enchaînement des différentes séquences, lequel implique une certaine durée, l'opération est vouée à l'échec. D'où ce qui pourrait apparaître, en la matière, comme une règle d'or : le contrat-coopération doit pouvoir développer ses effets le temps nécessaire à ce que les objectifs poursuivis puissent être atteints. C'est ainsi notamment que lorsqu'une des parties vient de réaliser des investissements importants l'autre partie ne saurait rompre le contrat avant qu'elle puisse en retirer les profits corrélatifs attendus. C'est sans doute à propos de l'extinction du contrat-coopération que le droit positif français a le moins pris conscience de la spécificité que devrait lui imprimer l'originalité de l'opération qu'il réalise. On y retrouve, en effet, les outils classiques qui permettent d'encadrer la rupture des contrats de longue durée : l'exigence d'un

<sup>21</sup> Com. 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *Bull. civ.* IV, n° 338.

préavis, la sanction de l'abus dans l'exercice du droit de résiliation ou du droit de non-renouvellement. Mais ceux-ci, transposés tels quels, ne proposent qu'une réponse insuffisante au problème de l'extinction du contrat-coopération. Il conviendrait notamment de poser que la partie qui prend l'initiative de la rupture avant que le contrat ait produit ses séquences instrumentale et finale dans l'intérêt commun, doit démontrer qu'elle a de justes motifs pour y procéder. À défaut, la victime de cette rupture devrait être indemnisée du préjudice qui lui est ainsi causé. Et, en cas d'inexécution, il faudrait aménager le régime de l'exception d'inexécution et de la résolution pour inexécution afin de les adapter à la structure synergique du contrat-coopération.

En second lieu, il faudrait tenir compte de ce que ce contrat vise à réunir des actifs de manière à créer des richesses nouvelles dans l'intérêt partagé des parties, en sorte qu'à son extinction se pose la question de la répartition de cette richesse nouvelle. Celle-ci revêt, au reste, une acuité toute particulière lorsque les parties ont œuvré à la prospection d'une clientèle commune. La partie qui se voit privée de l'exploitation de cette clientèle, en raison de l'extinction du contrat, devrait, à notre sens, bénéficier d'une indemnité, ce à quoi se refuse la jurisprudence française au nom d'un juridisme étroit. Il conviendrait, pour répondre de manière adéquate à cette question, de s'inspirer du modèle de l'agence

commerciale. En revanche, une fois la liquidation opérée, le devoir de coopération s'éteint, en sorte qu'on ne saurait imposer à l'une des parties d'aider son ex-partenaire à retrouver une position. Le versement d'une éventuelle indemnité solde les comptes et le contrat-coopération se prolonge tout au plus par l'existence d'obligations post-contractuelles de non-concurrence et de confidentialité.

## Conclusion

**20.** Pour conclure, la théorie générale du contrat parce qu'elle a été conçue à la lumière de l'échange est insuffisante à apprêhender les mutations contemporaines de la réalité contractuelle. Aussi est-il indispensable de lui donner une portée nouvelle. À cet égard, une partie de la doctrine propose aujourd'hui de refondre le modèle classique du contrat. On aura reconnu ici le courant solidariste qui envisage de faire du contrat le lieu d'une coopération fraternelle et solidaire. Mais comme l'a fort justement souligné M. Rémy Libchaber, la question n'est pas tant celle de la mutation de la théorie générale du contrat que celle de sa diversification. Aussi bien, plutôt que de chercher à reconstruire le contrat sous la bannière d'une exigence morale de coopération, il importe de bâtir aux côtés du contrat échangiste un second modèle contractuel qui réponde à une réalité économique nouvelle : la coopération.

# *Petit six du Grand A :* *obligation de moyens* *et obligation de résultat*

## **La distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat : esquisse d'un art**

**Mustapha Mekki**

Professeur à l'Université Paris 13 – Sorbonne Paris Cité  
Directeur de l'IRDA

**1 Forces et faiblesses de la distinction** – Parmi les dichotomies du droit français, l'une des plus célèbres est probablement la distinction entre les obligations de moyens et les obligations de résultat. À l'ère du réalisme juridique et de la casuistique<sup>1</sup> et à l'instar de tous les instruments de la dogmatique juridique, l'opposition entre obligation de moyens et obligation de résultat est régulièrement remise en cause. Dans une démarche pragmatique, l'objectif de cette étude n'est pas de dresser un tableau exhaustif de la distinction mais de réaliser une esquisse ce qui revient, selon l'expression de Vincent Van Gogh, « à planter des graines pour faire pousser des tableaux ». Esquisse d'un art donc, celui de la distinction, dont

l'analyse révèle une démarche aux multiples faiblesses dotée pourtant d'une incroyable force de résistance.

**2. La notion de distinction** – L'art de la classification est l'art du « juriste dogmatique »<sup>2</sup>. Par la mise en place de catégories juridiques, le juriste va « insérer les réalités qu'il traite dans l'organisation du système juridique »<sup>3</sup>. « Distinguer » recouvre deux principaux sens<sup>4</sup>. Tout d'abord, cela consiste à établir des catégories juridiques permettant une mise en ordre des règles de droit. « Distinguer », c'est ensuite hiérarchiser<sup>5</sup>. En somme, les classifications sont un gage de scientifcité<sup>6</sup>. Elles permettent de rationaliser le droit et

<sup>1</sup> F. Colonna d'Istria, « Contre le réalisme : les apports de l'esthétique au savoir juridique », *RTD civ.* 2012, p. 1 s.

<sup>2</sup> Sur le juriste dogmatique, v. J. Carrié, *Sociologie juridique*, 1<sup>re</sup> éd., 1978, rééd. PUF, Quadrige, 1994, p. 17.

<sup>3</sup> J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 3<sup>e</sup> édition, 1999, n° 189, p. 203.

<sup>4</sup> M.-L. Izorche, « Réflexions sur la distinction », in *Mélanges C. Mouly*, t. 1, Litec, 1998, p. 53 s. ; Th. Tauran, « Les distinctions en droit civil », *LPA* 7 avr.

2000 n° 70, p. 5 s.

<sup>5</sup> Sur ces deux sens, v. M.-L. Izorche, « Réflexions... », op. cit., spé. n° 1 s.

<sup>6</sup> F. Géry, *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, 1921, t. 3, spé. n° 213 : « Qu'issue de la réalité, la catégorie juridique s'en détache par une abstraction nécessaire et constitue en vertu des définitions et des qualifications qu'elle implique, le centre de toute la technique fondamentale du droit ».

de le rendre plus cohérent. Elles facilitent également le transfert du savoir auprès des étudiants et aident à sa mise en œuvre par les praticiens. La dogmatique juridique, à l'instar de l'esthétique pour l'art, facilite la compréhension du droit par une mise en forme des concepts<sup>7</sup>. Encore faut-il que ces catégories soient dégagées, de manière inductive, de l'observation de la réalité<sup>8</sup>. C'est dans cet esprit que René Demogue propose en 1925 sa célèbre distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat<sup>9</sup>.

**3. Le paradoxe de la pensée de R. Demogue** – Cet effort de systématisation est d'autant plus paradoxal chez René Demogue qui s'est très tôt présenté comme un fervent défenseur du réalisme juridique et un puissant pourfendeur des dogmaticiens<sup>10</sup>. Il fut en quelque sorte un précurseur, en France, de la « nouvelle vague » des juristes. Selon sa célèbre formule, « Le droit n'est pas fait pour les besoins de l'esprit, mais pour des réalités sociales »<sup>11</sup>. Cette tendance « dogmatricide », de l'avis d'une partie de la doctrine de l'époque, lui a valu une attaque violente de certains de ses collègues<sup>12</sup>. La théorie des obligations de moyens et de résultat semble aux antipodes de sa pensée et faire partie de ces « théories duellistiques », selon son propre néologisme, qu'il fustigeait dans son ouvrage sur *les notions fondamentales du droit privé*<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> F. Colonna d'Istria, « Contre le réalisme... », *op. cit.*, spéc. n° 11, p. 11 : « l'esthétique peut aussi être ramenée dans le champ de la raison et destinée à produire un discours cohérent sur l'art en créant un espace théorique qui pourrait accueillir les œuvres. Autrement dit, elle rendrait compte rationnellement de données irrationnelles, de données issues des sens et de l'imaginaire. Elle élaborerait les principaux concepts permettant une compréhension artistique des œuvres : l'imitation, la représentation, la forme, les traits distinctifs des courants artistiques, les catégories inhérentes à une forme d'art (comédie, drame, tragédie, farce, par exemple) ».

<sup>8</sup> J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, spéc. n° 195 s., p. 209 s.

<sup>9</sup> R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 5, Rousseau, 1925, n° 1237

<sup>10</sup> R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Paris, Coll. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1911, Avertissement, p. VII : « Pendant une partie du XIX<sup>e</sup> siècle, à une décoration raide et lourde a correspondu tout un esprit juridique d'une netteté et d'une force remarquable, mais excluant avec une rigueur peu commune, ce qui ne rentrait pas directement dans ses cadres. De nos jours, un art nouveau s'est fait une place dont l'idéal est de produire un charme fait de la souplesse de ses formes, de son empunt aux réalités journalières à peine stylisées, d'une adaptation aux besoins pratiques ».

<sup>11</sup> R. Demogue, « La notion de sujet de droit », *RTD civ.* 1909, p. 630 s., spéc. p. 630. Il ajoute en 1911 dans *Les notions fondamentales du droit privé*, *op. cit.*, p. 193 : « La simplicité qui est un besoin de notre esprit ne paraît pas la loi du monde extérieur. C'est un procédé pour acquérir la connaissance, un mode nécessaire de connaissance, une méthode d'enseignement, un moyen d'investigation, car l'hypothèse est la base de la découverte. Rien ne dit, au contraire, que ce soit la loi des choses ». Séduction qui a même produit ses effets Outre-Atlantique, v. D. Kennedy et M.-C. Belleau, « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine »,

**4. Classification des obligations selon leur objet** – René Demogue propose, par cette appréhension « dualiste » des obligations contractuelles, de les classer en fonction de leur objet. L'auteur tente par ce biais de réconcilier les articles 1137 et 1147 du Code civil qui semblent se contredire<sup>14</sup>. De cette façon, René Demogue démontre qu'il y a une unité entre les responsabilité contractuelle et délictuelle reposant toutes les deux sur l'existence d'une faute qui, tantôt doit être prouvée en établissant une négligence ou une imprudence, tantôt découle du simple fait que le résultat n'est pas atteint. Au regard de ce qui aura été promis par le débiteur et de ce que le créancier pouvait raisonnablement attendre du contrat, l'obligation serait tantôt de moyens, tantôt de résultat<sup>15</sup>. Tenu d'une obligation de moyens, le débiteur s'est engagé à faire « son possible », à mettre en œuvre tous les moyens, toute sa diligence à l'exécution de ses obligations. La nature juridique de l'obligation rejaillit alors sur son régime<sup>16</sup>. Cette nature conditionne l'objet de la preuve – faut-il établir une faute contractuelle ou non ? – et les causes d'exonération qui s'y rapportent<sup>17</sup>. La terminologie de René Demogue n'a peut-être pas séduit l'ensemble de la doctrine, lui préférant la distinction entre « obligations déterminées et obligations générales de prudence et de diligence »<sup>18</sup> ou « obligations de résultat et obli-

<sup>12</sup> RIEJ 2006, n° 56, p. 163 s.

<sup>13</sup> V. not. F. Géry, *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1911, p. 122 s. : « Le système de désintégration, de dissolution à outrance, pratiqué presque exclusivement par notre auteur [...] et aboutissant à ces tableaux kaléidoscopiques, qui font son œuvre si profondément originale, risque de désarticuler la vie sociale, de la priver de toute armature ferme, capable d'en contenir les élans ou d'en diriger les tendances ».

<sup>14</sup> R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, *op. cit.*, p. 194 : « Le monde marchant vers le progrès, susceptible de perfectionnement indéfini, la solidarité, la fraternité dégagée de plus en plus, nous paraissent exagérées tout autant que les théories duellistiques (si je puis forger ce néologisme) qui voient partout une lutte entre deux principes opposés : individualisme et socialisme, autorité et liberté, progrès et réaction, État et individu. Vrais comme approximations, méthodes d'enseignement, ces duels, si on les examine de près, sont des batailles entre des masses dont certaines parties se rattachent ou s'opposent aussi bien à l'un qu'à l'autre des belligérants ».

<sup>15</sup> Sur cette contradiction et les efforts doctrinaux pour y remédier, v. G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2006, n° 521, p. 505 s..

<sup>16</sup> Question de droit contrôlée par la Cour de cassation, v. Civ. 1<sup>e</sup>, 12 févr. 1975, *Bull. civ.* I, n° 63.

<sup>17</sup> J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, n° 3.

<sup>18</sup> V. J. Bellissent, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et de résultat. À propos de l'évolution des ordres de responsabilité*, préf. R. Cabriillac, LGDJ, 2001 ; J. Frossard, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préf. R. Nerson, LGDJ, 1965.

<sup>19</sup> H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6<sup>e</sup> éd., t. 1, par A. Tunc, n° 103-10.

gations de diligence »<sup>19</sup>, mais l'idée d'une distinction entre deux catégories d'obligations selon leur objet a convaincu une grande partie des auteurs de l'époque<sup>20</sup>. La distinction rassure. Elle a le mérite de la simplicité. Elle est un outil de transmission du savoir et une grille de lecture séduisante du droit positif.

**5. En toile de fond: le concept de responsabilité contractuelle** – Le débat sur le concept de responsabilité contractuelle se trouve en toile de fond de la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat. La distinction constitue un des principaux instruments à partir desquels la doctrine, relayée par la jurisprudence, va construire un droit de la responsabilité contractuelle pourtant inexistant au sein du Code civil, contribuant ainsi à créer ce fameux « concept » de responsabilité contractuelle, aujourd'hui tant décrié<sup>21</sup>.

**6. Un accueil doctrinal mitigé** – Cette distinction n'a pas fait que des adeptes<sup>22</sup>. On lui a reproché d'être déformante, appauvrissante, incomplète, inexacte<sup>23</sup>, incompréhensible<sup>24</sup>, vulgaire et arbitraire<sup>25</sup>. La distinction symboliseraient davantage le « maquis Corse que le jardin à la française »<sup>26</sup>. Cette distinction a le défaut de ses qualités car elle fige dans une catégorie binaire une réalité qui est en mouvement perpétuel. Cependant, la distinction continue de fasciner ne serait-ce que par sa force de résistance. Qu'on y adhère ou qu'on la critique, la distinction conserve une place de choix au sein des principaux manuels qui utilisent encore cette distinction comme pilier du droit de la responsabilité contractuelle<sup>27</sup>.

**7. Comprendre les questions** – Peut-on alors, face au monument que constitue la distinc-

tion entre obligations de moyens et de résultat, qui a fait couler beaucoup d'encre et ce parmi les plus belles plumes qu'a connu et que connaît l'Université française, ajouter une énième étude de la distinction ? Serait-il opportun de prédire un avenir à une distinction qui interroge depuis sa naissance et à laquelle on avait prédit une mort rapide et certaine ? Dans ce contexte, il est plus prudent d'aborder la distinction non pas sous la forme d'affirmations mais sous la forme de questions. Pourquoi une telle distinction n'est-elle pas arrivée à la fin de sa vie ? Cette œuvre, sortie de l'esprit ingénieux de René Demogue, n'est-elle pas devenue un art futile ? Au contraire, sa force de résistance au temps et aux critiques ne devrait-elle pas inviter les juristes à en défendre le maintien ? Si malgré ses imperfections, elle continue d'occuper les esprits des plus grands juristes, n'est-ce pas qu'elle est encore utile ? Le lecteur se fera son idée de l'opportunité qu'il y a à maintenir ou non cette distinction. Il est, en effet, inutile d'espérer trouver à l'issue de cette réflexion une réponse miracle car là n'est pas le plus important.

**8. Comprendre les questions permet à chaque juriste, étudiants, praticiens et chercheurs, de se faire sa propre opinion. La distinction est-elle devenue futile (I) ou conserve-t-elle une certaine utilité (II) ?**

## I. Une distinction futile ?

**9. Au premier abord, la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat semble avoir fait son temps<sup>28</sup>. Elle serait devenue futile. D'une part, elle repose sur un ensemble de critères qui manquent de rigueur et font naître**

<sup>19</sup> A. Tunc, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *JCP* 1945, I, 499.

<sup>20</sup> H. Mazeaud, « Essai d'une classification des obligations », *RTD civ.* 1936, p. 1 s. ; C. Thomas, « La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat », *Rev. crit. de légis. et de jurispr.* 1937, p. 636 s. ; P. Durand, *Des conventions d'irresponsabilité*, Paris, Godde, 1931, n° 54 s. ; J. Bécoue, *La protection de la victime et de ses proches dans le cadre contractuel*, 1943, p. 149 s. ; A. Tunc, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *op. et loc. cit.*

<sup>21</sup> D. Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223 ; « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », in *Mélanges G. Cornu*, 1995, p. 429 ; Ph. Rémy, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept ? », *RTD civ.* 1997, p. 323.

<sup>22</sup> Ph. Rémy, « La responsabilité contractuelle... », *op. cit.*, spéc. n° 28 s. V. déjà P. Esmein, « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la délictuelle », *RTD civ.* 1933, p. 633 ; du même auteur, « Remarque sur de nouvelles classifications des obligations », in *Études H. Capitant*, Dalloz, 1939,

p. 235 s. ; « L'obligation et la responsabilité contractuelle », in *Le droit privé au milieu du XX<sup>e</sup> siècle* », in *Études G. Ripert*, t. 2, LGDJ, 1950, p. 101 s.

<sup>23</sup> G. Marton, « Obligations de résultat et obligations de moyens », *RTD civ.* 1935, p. 499.

<sup>24</sup> H. Capitant, « Les effets des obligations », *RTD civ.* 1932, p. 724.

<sup>25</sup> P. Esmein, « Remarques sur de nouvelles classifications des obligations », in *Mélanges H. Capitant*, Dalloz, 1939, p. 235.

<sup>26</sup> Ph. le Tourneau, *J-C. civ.*, articles 1136 à 1145, fasc. 20, spéc. n° 44.

<sup>27</sup> A. Bénabent, *Droit des obligations*, Domat, Montchrestien, 13<sup>e</sup> éd., 2012, n° 406 s., p. 295 s. ; Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2012-2013, n° 3208 s., p. 1022 s. ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations. L'acte juridique*, Sirey, 15<sup>e</sup> éd., 2012, n° 43 s., p. 31 s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 5<sup>e</sup> éd., Défroïs, 2011, n° 939 s., p. 499 s. ; Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, 10<sup>e</sup> édition, 2009, n° 577 s., p. 582 s.

<sup>28</sup> En ce sens, v. not. J. Bellissent, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, LGDJ, 2001, *passim*.

une jurisprudence casuistique. La distinction est devenue incohérente, principalement en raison d'une série de critères eux-mêmes incohérents (A). D'autre part, elle constitue un obstacle à la réalisation des objectifs d'indemnisation poursuivis par le droit de la responsabilité civile. La distinction est devenue en ce sens embarrassante (B).

#### **A. Des critères peu cohérents**

**10.** Le succès d'une distinction repose essentiellement sur la rigueur de ses critères. Or, il faut avouer que les critères dégagés par la doctrine et parfois relayés par la jurisprudence (1) manquent de pertinence (2).

##### **1. La diversité des critères**

**11. Critères à dominante subjective et critères à dominante objective** – Les critères permettant de déterminer l'intensité de l'obligation contractuelle sont nombreux. En raison de la très grande variété des situations, la doctrine a fait œuvre de dogmatique juridique et a tenté de proposer une classification ordonnée des critères<sup>29</sup>. Une dichotomie classique a été proposée distinguant, d'un côté, les critères à dominante subjective et, de l'autre, les critères à dominante objective<sup>30</sup>.

**12. Les critères à dominante subjective : de l'auteur à la victime** – Dans la première catégorie, certains tels que René Demogue parlaient de l'auteur de l'inexécution. La compétence et le statut de l'auteur conditionnaient l'objet de sa prestation qui rejaillissait sur son intensité. À cette fin, il opérait une distinction entre les professionnels, autrement dit les professions libérales, dont l'indépendance dans l'exercice de leur art justifiait l'existence d'une simple obligation de moyens, et ceux qui exerçaient un « métier » et étaient tenus d'une obligation de résultat<sup>31</sup>. On retrouve en quelque sorte, en toile de fond, l'opposition entre l'art et la technique ou plutôt entre la science et la technique et toute la relativité que recouvre une

telle distinction<sup>32</sup>. Dans la catégorie des auteurs prônant des critères subjectifs peut également être cité Boris Starck qui, en revanche, se place du côté de la victime pour déterminer l'intensité de l'obligation. En fonction de la nature du dommage causé, l'obligation est de résultat ou de moyens. Par exemple, en présence d'un dommage corporel ou matériel, l'obligation ne peut être que de résultat alors qu'en présence d'un dommage économique ou moral, l'obligation est nécessairement de moyens<sup>33</sup>. Moins qu'un critère, il s'agit à vrai dire d'une instrumentalisation de la distinction à des fins de politique juridique. L'auteur a fait le choix d'indemniser plus facilement les dommages corporels et matériels. Pour ce faire, il impose sans véritable démonstration l'obligation de résultat à cette seule fin indemnitaire.

**13. Les critères à dominante objective : le contenu de l'obligation** – La deuxième catégorie se rapporte à un ensemble de critères à dominante objective qui se rapportent plus au contenu de l'obligation qu'à la qualité des parties. Sans être réellement un critère, la nature de l'objet de l'obligation peut parfois suffire à déterminer l'intensité de l'obligation. Les obligations qui ne sont pas susceptibles de degrés telles que l'obligation de donner ou l'obligation de ne pas faire sont nécessairement des obligations de résultat. Ainsi en est-il également de l'obligation de livraison qui est l'exemple-type de l'obligation de *praestere*<sup>34</sup>. À vrai dire, ce sont surtout les obligations de faire qui posent problème. Les concernant, il existe deux catégories de critères proposés par la doctrine et parfois utilisés par la jurisprudence. Le premier d'entre eux est le critère de l'aléa. En présence d'une activité aléatoire, le résultat ne peut être garanti par les parties, sauf clauses contraires. L'obligation est alors de moyens. C'est de cette manière qu'on explique que l'obligation de soins du médecin a longtemps été qualifiée d'obligation de moyens en raison de l'aléa thérapeutique, avant que le législateur ne prenne le relais. Reste que la

<sup>29</sup> Pour une présentation de l'ensemble des critères, v. J. Bellissent, th. préc., n° 23 s.

<sup>30</sup> En ce sens, Ph. le Tourneau, *J-Cl. civ.*, op. cit., n° 44 s.

<sup>31</sup> R. Demogue, *Traité des obligations*, op. cit., n° 1237.

<sup>32</sup> En ce sens, v. B. Dubouisson, « Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle », in *La théorie générale des obligations*, éditions formation

permanente, dir. P. Wéry, CUP, 1998, p. 103 s., spéc. p. 109.

<sup>33</sup> B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Rodstein, Paris, 1947, préf. M. Picard, spéc. p. 401.

<sup>34</sup> Digeste, 19, 1, 11, 2 (Ulpien) : « premièrement, le vendeur doit faire à l'acheteur la délivrance de la chose ».

frontière entre l'aléa et le risque normal propre à tout contrat conçu comme un pari sur l'avenir est ténue, fragilisant ainsi le critère proposé<sup>35</sup>. À vrai dire, la référence à l'aléa n'est pertinente qu'à la condition de ne pas être le seul critère de distinction<sup>36</sup>. Ainsi ce critère a été affiné et a laissé sa place à celui de participation active du créancier<sup>37</sup>. Si le contrat suppose par nature ou par ses termes une participation active du créancier, il ne fait naître qu'une simple obligation de moyens. Le débiteur n'ayant pas la maîtrise totale de l'exécution de la prestation, il ne peut garantir un résultat, sauf clause contraire. Ainsi du transport en télésiège ou d'une activité de parapente ou de nombreuses activités sportives à vrai dire<sup>38</sup>. Le critère est parfois malmené par la jurisprudence comme en témoigne cet arrêt retenant une obligation de sécurité de résultat à propos d'une activité de bobsleigh<sup>39</sup> ! Le rôle actif du créancier semble aujourd'hui avoir les faveurs de la jurisprudence même si celle-ci n'hésite pas parfois à solliciter d'autres critères. Entre l'aléa et la participation active du créancier se glisse enfin l'acceptation des risques, forme d'aléa subjectif qui se confond parfois avec le rôle actif du créancier<sup>40</sup>. Finalement, s'agit-il réellement de critères au sens propre du terme ? N'a-t-on pas plutôt affaire à un faisceau d'indices ? Il faut alors apprécier la pertinence des critères proposés.

## 2. La pertinence des critères

**14. Faisceau d'indices et recherche de la volonté des parties** – Ni les critères subjectifs ni les critères objectifs ne sont totalement pertinents. Pour les premiers, le critère attaché à la qualité de l'auteur de l'inexécution, proposé par R. Demogue, est insuffisant. Réduire l'ensemble des prestations à ces deux activités est inadapté à la diversité des

activités professionnelles. Au surplus, à l'intérieur même de la catégorie des « professions », les difficultés rencontrées par ces professionnels sont très variables<sup>41</sup>. D'ailleurs, la jurisprudence ne consacre pas officiellement un critère mais combine, selon les cas, les différentes propositions doctrinaires<sup>42</sup>. La qualité de l'auteur, la nature du dommage causé, la nature de l'obligation, l'aléa dans l'exécution du contrat et la participation active du créancier constituent en réalité un faisceau d'indices constituant un petit guide-âne à la disposition du juge<sup>43</sup>. Mais pour établir quoi ? Pour rechercher ce qui a été voulu par les parties lorsque leur volonté n'a pas été clairement et formellement exprimée dans l'acte<sup>44</sup>. À vrai dire, le meilleur critère subjectif demeure, dans la limite des règles d'ordre public, celui de la volonté<sup>45</sup>, même si le juge doit souvent interpréter les conventions comme l'illustre le cas des lettres d'intention aux obligations à degré variable<sup>46</sup>. À ce faisceau d'indices, il faut également ajouter les règles supplémentaires, qui constituent des modèles traduisant la préférence du législateur et devant aussi guider l'interprétation du juge<sup>47</sup>. Incidemment, on revient alors à la volonté des parties telle que l'avait proposé J. Frossard<sup>48</sup> : « Chaque fois qu'une personne promet d'exécuter une prestation déterminée, aux contours juridiques et matériels précis, elle supporte une obligation de résultat. Au contraire, si le débiteur, sans garantir le but à atteindre, se réserve une liberté plus ou moins grande d'action, sa prestation est indéterminée et il n'est soumis qu'aux règles relatives aux obligations de moyens ».

**15. Les critères de distinction proposés par la doctrine et utilisés par les juges semblaient affaiblir cette distinction qui devenait moins cohérente.**

<sup>35</sup> En ce sens, v. not. J. Frossard, th. préc., spé. n° 240 s.

<sup>36</sup> En ce sens, J. Béquué, *La protection de la victime et de ses proches dans le cadre contractuel*, thèse Montpellier, 1943, spé. p. 155.

<sup>37</sup> En ce sens, v. not. J. Frossard, th. préc., spé. n° 245 s.

<sup>38</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 nov. 1992, D. 1994, p. 45, note Ph. Brun (obligation de moyens dans un télésiège) – Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mars 1998, Bull. civ. I, n° 110 (obligation de moyens au départ et à l'arrivée dans un télésiège contre une obligation de résultat pendant le trajet).

<sup>39</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mars 1993, Bull. civ. I, n° 119.

<sup>40</sup> J. Honorat, *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, LGDJ, 1969.

<sup>41</sup> G. Viney, « La responsabilité des prestataires de conseils », *JCP G* 1975, I, 18179.

<sup>42</sup> En ce sens, v. not. V. Malabat, « De la distinction des obligations de moyens et de résultat », in *Mélanges C. Lapoyade-Deschamps*, PU Bordeaux, 2003, p. 439 s.

<sup>43</sup> Comp. G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions...*, op. cit., spé. n° 545 s., p. 529 s., qui proposent la combinaison hiérarchique des critères suivants : la volonté des parties, l'objet de l'obligation et l'équité.

<sup>44</sup> Dans les contrats comportant des garanties de performance ou de résultat, l'obligation est nécessairement de résultat, v. Ph. le Tourneau, « L'évolution des rapports contractuels dans les transferts de technologie », in *Mélanges P. Azard*, Cujas, 1980, p. 153 s. Au contraire, les parties peuvent ne pas s'engager à atteindre le résultat en limitant leur obligation au respect des « règles de l'art », v. en ce sens, D. Veaux, « Responsabilité de l'entreprise de conseil », CCC 1992, chron. n° 1.

<sup>45</sup> Sur ce point, v. J. Ghoshin, *La formation du contrat*, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., n° 36 s. V. déjà E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse Dijon, 1912, spé. p. 27 s.

<sup>46</sup> Pour une vue d'ensemble, v. D. Mazeaud, « Variations sur une garantie épisolaire et indemnitaire, la lettre d'intention », in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 341 s.

<sup>47</sup> Sur cette idée de modèle, v. C. Pérès, *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, Bibl. dr. priv., t. 421, 2004, spé. n° 525 s., p. 509 s.

<sup>48</sup> J. Frossard, th. préc., spé. n° 292, p. 167.

La pertinence de la distinction renaît de ses cendres dès lors qu'on admet que le critère principal demeure la volonté des parties, révélée au moyen d'un faisceau d'indices. Cette incohérence atténuée, un nouvel obstacle doit être franchi : la distinction entre obligations de moyens et de résultat est souvent considérée comme embarrassante.

### B. Une distinction embarrassante

**16.** À plusieurs reprises, le droit positif offre l'image d'une distinction qui embarrasse, source d'inconvénients pour un législateur et un juge qui ne peuvent atteindre les objectifs qu'ils se sont fixés. Ce faisant, ces derniers mettent en œuvre une stratégie juridique leur permettant de tempérer les effets pervers de la distinction. Cette stratégie peut prendre deux formes : éviter la distinction en la contournant ou affronter la distinction en la pulvérissant. Le droit positif offre à l'analyse une mise en œuvre originale de ces deux stratégies : un art de l'évitement, tout d'abord (1); un art de la dispersion, ensuite (2).

#### 1. L'art de l'évitement

**17. Obligation de sécurité et finalité indemnitaire** – La dichotomie obligations de moyens/obligations de résultat paraît à plusieurs titres inadaptée. Inadaptée aux objectifs poursuivis, tout d'abord, car la multiplication des obligations de moyens complique l'action des éventuelles victimes. En effet, les obligations de moyens supposent la preuve d'une faute de la part du créancier. Cette faute peut ne pas être établie et priver ainsi la victime de toute indemnisation. Il est vrai que la fonction morale et normative de la responsabilité en sort renforcée. Cependant, il est un domaine où cette prolifération des obligations de moyens produit un effet pervers : celui des dommages corporels et/ou moraux. Autrement dit, en matière contractuelle, la prolifération des obligations de sécurité de moyens contredit l'objectif indemnitaire à l'origine de cette création jurisprudentielle. En effet, l'obligation de sécurité ne pou-

vait être lors de sa création qu'une obligation déterminée et était limitée aux seuls contrats de transport<sup>49</sup>. Elle intervient aujourd'hui au sein de tous les contrats<sup>50</sup>. Or, ce que l'obligation de sécurité a gagné en densité, elle l'a perdu en intensité<sup>51</sup>. La plupart des obligations de sécurité sont aujourd'hui des obligations de moyens et la politique indemnitaire qui sous-tendait la création jurisprudentielle de l'obligation de sécurité ne peut plus être réalisée.

**18. « Obligations » d'information et « obligations » de restitution** – La dichotomie s'avère également inadaptée à certaines obligations. Ainsi en est-il par exemple de l'obligation d'information. Certains auteurs tentent de transposer la distinction obligations de moyens et obligations de résultat. Certains se focaliseront sur le résultat et en concluront qu'elle ne peut être qu'une obligation de moyens<sup>52</sup>. D'autres insisteront sur l'inégalité entre les parties, à laquelle remédie l'information, pour justifier l'existence d'une obligation de résultat<sup>53</sup>. D'autres encore combineront les deux, considérant qu'elle est une obligation de moyens pour ce qui est de l'objet de l'information et de son résultat, mais elle est une obligation de résultat en ce qui concerne le fait d'informer<sup>54</sup>. À vrai dire, cette distinction entre la transmission matérielle de l'information et le caractère exact et pertinent de l'information ne convainc pas car elle ne révèle pas l'intensité de l'obligation mais la nature de l'inexécution. S'il s'agit d'une absence totale d'exécution, la responsabilité est automatiquement engagée car la défaillance réside dans le fait même de n'avoir rien fait. En revanche, lorsque l'obligation a été mal exécutée, la faute doit être établie et tout semble correspondre à une obligation de moyens. La solution réside en réalité dans le fait que l'obligation d'information n'est pas à proprement parler une obligation née du contrat. En dehors des contrats de conseil où l'information est l'objet de la prestation<sup>55</sup>, l'obligation d'information imposée par la loi ou le juge est une obli-

<sup>49</sup> V. Civ. 21 nov. 1911, *D*, 1913, 1, p. 249, note L. Sarrut.

<sup>50</sup> Sur la dispersion des obligations de sécurité, v. G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions... op. cit.*, n° 550 s., p. 542 s.

<sup>51</sup> M. Mekki, « La densification normative du contrat », in *La densification normative*, dir. C. Thibierge, à paraître, Bruxelles, 2013, p. 599 s.

<sup>52</sup> J. Alisse, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, thèse Paris, 1975, spéc. n° 263, p. 233 ; Y. Boyer, *L'obligation de renseignement dans*

*la formation du contrat*, thèse Aix-Marseille, 1978, n° 254 s.

<sup>53</sup> G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions... op. cit.*, n° 549, p. 540.

<sup>54</sup> M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, préf. J. Ghoshin, LGDJ, 1992, spéc. n° 494 s.

<sup>55</sup> C'est d'ailleurs à leur égard que l'obligation de moyens est une qualification retenue par la Cour de cassation. V. par ex. Com. 30 janv. 1974, *Bull. civ. IV*, n° 41 – Civ. 1<sup>e</sup>, 21 déc. 1964, *JCP G* 1965, II, 14005.

gation périphérique au service de l'obligation principale. Elle devrait demeurer en dehors de la grille de lecture que constitue la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat. L'information doit éclairer la volonté du cocontractant. Elle n'est pas une prestation, elle est un attribut du consentement libre et éclairé<sup>56</sup>. En sa qualité d'attribut de la volonté, elle n'est ni de moyens ni de résultat. Dans le même esprit, les obligations de restitution peuvent difficilement être intégrées à la distinction entre obligations de moyens et de résultat. Dans les contrats de restitution, il existe une obligation de conservation et une obligation de restitution. Ainsi en est-il du contrat de dépôt, du prêt à usage, du gage ou de la chose confiée à un entrepreneur ou à un mandataire. En cas de détérioration de la chose, par application de l'article 1137 du Code civil, il appartient en principe au créancier de prouver que la chose a été détériorée par la faute du « dépositaire ». Cependant, la jurisprudence pose une présomption de faute dans la conservation, sorte d'obligation de moyens renforcée, lorsque la chose est restituée endommagée<sup>57</sup>. La distinction ne convainc pas car une telle présomption en cas de simple restitution d'une chose endommagée contourne la règle posée à l'article 1137 du Code civil<sup>58</sup>. À vrai dire, encore une fois, il serait probablement plus opportun de ne pas soumettre les obligations de restitution à cette dichotomie. Et si la restitution n'était pas analysée comme une obligation, mais comme un effet des contrats précaires ou de restitution ? N'est-ce pas d'ailleurs en ce sens que M. Planiol lui dénialait tout caractère conventionnel<sup>59</sup> ?

## 19. Au-delà des obligations contractuelles: les effets obligatoires du contrat –

Enfin et d'une manière plus générale, le contrat ne crée pas uniquement des obligations. Pascal Ancel<sup>60</sup> a ainsi démontré que le contrat produit d'autres effets que la création d'obligations<sup>61</sup>, même si la création d'obligations reste « l'effet spécifique du contrat »<sup>62</sup>. De manière plus générale, les effets normatifs du contrat vont au-delà de ses seuls effets obligationnels. La distinction entre obligation de moyens et de résultat part ainsi du postulat que les effets du contrat se réduisent à la création d'obligations et impose ainsi une vision réductrice du contrat.

### 20. Les stratégies d'évitement: de *lege lata*

***lata*** – La distinction dérange donc et oblige alors le législateur et le juge à multiplier les stratagèmes, avec le soutien d'une partie de la doctrine, pour éviter de se soumettre à la distinction. *De lege lata*, le plus simple consiste à réduire la sphère du contrat pour réduire le champ d'application de la responsabilité contractuelle. Cela est flagrant dans les contrats de transport. Ainsi depuis deux arrêts rendus par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 1<sup>er</sup> juillet 1969<sup>63</sup> et le 7 mars 1989<sup>64</sup>, tous les accidents de quai sont soumis à la responsabilité extracontractuelle et l'obligation de sécurité de résultat s'applique uniquement « à partir du moment où le voyageur commence à monter dans le véhicule et jusqu'au moment où il achève d'en descendre ». De même, dans les restaurants le contrat ne porte, en principe, que sur l'alimentation et les boissons<sup>65</sup>. Dans le même ordre d'idées, l'entrée dans un magasin ouvert au public ne fait naître en cas de dommage qu'une responsabilité extracontractuelle. Les dommages causés au client d'un coiffeur blessé par les éclats

<sup>56</sup> Elle est d'ailleurs souvent qualifiée d'obligation précontractuelle d'information.

<sup>57</sup> Sur la force d'attraction de l'obligation de conservation, v. not. M.-L. Moranguet-Demeester, « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD* civ. 1993, p. 757 s., spéç. n° 36 s.

<sup>58</sup> Sur cette jurisprudence, v. not. S. Bernheim-Desvaux, *La responsabilité contractuelle du détenteur d'une chose corporelle appartenant à autrui*, préf. G. Viney, PUAM, 2003, spéç. n° 131 s.

<sup>59</sup> M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 8<sup>e</sup> éd., 1920, n° 996.

<sup>60</sup> P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD* civ. 1999, p. 771 s. Présentant une théorie assez similaire, v. H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges F. Terré, L'avenir du droit*, Dalloz-PUF-Jurisclasseur, 1999, p. 643 s., spéç. p. 646.

<sup>61</sup> Comp. R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mélanges J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 s., spéç. n° 25, p. 233, qui conclut : « Le contrat est-il vraiment autre chose que les obligations qu'il crée ? Le malaise que cette proposition suggère est à présent suffisamment éclairé : il n'est pas sûr que la notion de contrat soit un invariant, qui traverse les époques sans subir de changements. Et si le contrat se transforme, il est inéluctable que le droit s'adapte

à ses modifications ».

<sup>62</sup> R. Libchaber, « Réflexions sur les effets du contrat », in *Mélanges J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 211 s., spéç. p. 215.

<sup>63</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juill. 1969, D. 1969, p. 641, note G. M. C.

<sup>64</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 1989, *Bull. civ.* I, n° 118.

<sup>65</sup> En ce sens, Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mars 1977, D. 1977, IR 437, obs. C. Larroumet – CA Paris (17<sup>e</sup> ch., sect. A), 8 nov. 2004, *Gaz. Pal.* 31 mai 2005, n° 151, p. 12, qui juge qu'une personne qui utilise le téléphone et se blesse dans un restaurant sans obtenir d'autres prestations ne peut engager qu'une action en responsabilité délictuelle – Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 2004, n° 02-13.741 ; RCA nov. 2004, comm. 320, obs. H. Groutel : « [la cour d'appel] en a exactement déduit que la société était gardienne du sol sur qu'elle utilisait en vertu d'une autorisation d'occupation du domaine public, et donc de l'attache que celle-ci avait installée, peu importait qu'elle appartint ou non à la commune et qu'elle ne fut plus utilisée ». V. également *de manière implicite*, Civ. 2<sup>re</sup>, 16 avr. 1964, *Bull. civ.* II, n° 295, *Addé* CA Poitiers, 16 déc. 1970, *JCP G* 1972, II, 17127, note Méméteau, à propos d'une intoxication alimentaire.

de la porte de verre sont réparés sur un fondement délictuel<sup>66</sup> au même titre que les dommages causés à un client d'une boucherie qui tombe dans le magasin<sup>67</sup>.

**21. Stratégie d'évitement: de lege ferenda** – Nombreux sont les auteurs à défendre la mise en place d'un régime spécifique en cas de dommages corporels. Est ainsi proposée la mise en place d'une option à la disposition de la victime lui permettant d'échapper à une obligation de moyens plus contraignante que les conditions de la responsabilité extracontractuelle. Les projets de réforme usent de cette stratégie d'évitement. Ainsi de l'avant-projet Catala qui propose en cas de dommage corporel de conférer à la victime une option. Selon le projet d'article 1341 alinéa 2 du Code civil « [...] lorsque cette *inexécution provoque un dommage corporel*, le co-contractant peut, pour obtenir réparation de ce dommage, opter en faveur des règles qui lui sont plus favorables ». La proposition Béteille reprend mot pour mot l'article 1341 et propose un article 1386-17 alinéa 2 rédigé de la sorte: « [...] lorsque cette *inexécution provoque un dommage corporel*, le créancier ou le débiteur peut également obtenir réparation de ce dommage dans les conditions [...] » de la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle. Cet art de l'évitement est plus radical encore dans le projet « Terré » qui préconise d'éviter purement et simplement le dommage corporel du contrat dans son article 3, sans que cela soit pour autant un avantage certain pour la victime.

**22.** Cet embarras de la distinction n'est pas dirimant à condition d'exclure les « fausses » obligations contractuelles telles que les « obligations » précontractuelles d'information et les « obligations » de restitution, par exemple, et à condition de permettre aux victimes d'un dommage corporel d'opter pour la responsabilité de leur choix afin que la distinction ne prive pas d'effet la politique indemnitaire menée par le législateur ou le juge.

<sup>66</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 4 juill. 1990, *Bull. civ.* II, n° 165.

<sup>67</sup> Civ. 1<sup>e</sup>, 29 mai 1996, *RCA* nov. 1996, comm. n° 344, obs. H. Groutel.

<sup>68</sup> V. not. l'article 1927 du Code civil en vertu duquel le dépôsitaire gratuit ne répond que de ses fautes lourdes. Même chose pour le mandat gratuit de l'article 1992 du Code civil. La responsabilité du salarié ne peut être engagée à l'égard de l'employeur qu'en cas de faute lourde, Soc. 19 mai 1958, *Bull. civ.* IV, n° 612.

Il reste un dernier obstacle à franchir source d'embarras: la dispersion des obligations.

## 2. L'art de la dispersion

**23.** L'art de la dispersion se traduit principalement de deux manières. Il y a une inflation d'obligations intermédiaires et une enflure de la notion d'obligation de moyens.

## 24. Inflation d'obligations intermédiaires

Le subtile nuit souvent à l'utile, ainsi pourrait être résumée cette tendance à multiplier les obligations à degré variable. En effet, la jurisprudence, ne pouvant faire entrer la réalité des faits dans cette catégorie binaire, a créé une sorte de dégradé de couleurs. Par ordre hiérarchique, il existe des obligations de moyens atténuées car elles n'engagent la responsabilité de l'auteur du dommage qu'à la condition d'établir une faute d'une certaine gravité, faute lourde, faute inexcusable ou faute intentionnelle<sup>68</sup>. Vient, ensuite, l'obligation de moyens pure et simple qui suppose la preuve d'une faute. Au-dessus, on retrouve l'obligation de résultat allégée qui emporte présomption simple de faute<sup>69</sup> mais suppose toujours la preuve d'un préjudice et d'un lien de causalité<sup>70</sup>. Suit alors l'obligation de résultat pour laquelle la faute n'a pas à être prouvée, ce qui peut être analysé soit comme une présomption mixte de faute soit comme une responsabilité sans faute; seule la cause étrangère présentant les caractères de la force majeure peut exonérer totalement son auteur. Enfin, au sommet se trouve l'obligation de résultat renforcée pour laquelle aucune cause d'exonération totale n'est envisageable<sup>71</sup>. Dans ce contexte, le faisceau d'indices évoqué plus haut vole en éclats et confirme l'importance de la volonté des parties. En effet, si de nombreuses obligations de moyens allégées ont été créées, c'est parfois pour répondre à des situations singulières telles que les contrats conclus par des bénévoles. En dehors de ces cas singuliers, ce sont souvent les parties qui sont à l'origine de telles obligations.

<sup>69</sup> V. dans les contrats de restitution, S. Bernheim-Desvaux, th. préc., *passim*. V. par ex. art. 1732 C. civ. concernant le locataire. Pour les contrats de transport, v. A. Sériaux, *La faute du transporteur*, Economica, 2<sup>e</sup> éd., 1981, n° 37 s.

<sup>70</sup> Cette preuve du lien de causalité à la charge de la victime a été récemment rappelée à propos du garagiste réparateur, v. Civ. 1<sup>e</sup>, 4 mai 2012, n° 11-13.598 ; *LED* 1<sup>e</sup> juin 2012, n° 6, p. 5, obs. M. Latina.

<sup>71</sup> V. not. C. Larroumet, *Les obligations*, *Le contrat*, t. 3, 3<sup>e</sup> éd., Economica, n° 614.

La même conclusion s'impose pour les obligations de résultat renforcées souvent le fruit d'un aménagement conventionnel. Restent uniquement les obligations de résultat allégées qui constituent pour beaucoup d'entre elles un choix politique : mettre à la charge de certains professionnels, pour la plupart des petits commerçants (garagistes, teinturiers...) une obligation qui ne soit pas trop lourde tout en ne rendant pas trop difficile une action en responsabilité engagée par une potentielle victime. Finalement, l'intensité de l'obligation devient ici pour les contractants, pour le législateur et pour le juge un moyen de répartir les risques générés par le contrat.

Il devient manifestement difficile de défendre la pertinence d'une distinction binaire devant la prolifération des obligations intermédiaires.

## 25. Enflure de l'obligation de moyens –

L'art de la dispersion se manifeste, enfin, par une enflure de l'obligation de moyens. En effet, le juge, ne souhaitant pas remettre en cause la dichotomie et souhaitant dans la mesure du possible conserver aux « critères » de distinction une certaine cohérence, tout en étant conforme à la politique indemnitaire qui domine le droit de la responsabilité, aura tendance à qualifier l'obligation de moyens, tout en se livrant à une appréciation très compréhensive de la faute. La responsabilité du médecin avait déjà montré la voie en consignant parfois ce qu'il est convenu d'appeler une « faute virtuelle », même si elle est officiellement condamnée<sup>72</sup>. Le raisonnement est le suivant : s'agissant d'une obligation de moyens, il appartient en principe à la victime d'établir la preuve d'une faute. Cependant, dans l'hypothèse où le dommage a été causé suite à la réalisation d'un acte bénin ne faisant appel à aucune technique particulière et partant sans difficulté, c'est qu'il y a nécessairement eu une faute commise par le médecin. Cette présomption emporte sans le dire une véritable présomption de faute<sup>73</sup>. Cette interprétation pourrait également être faite d'un arrêt rendu à propos d'une assistante maternelle, sala-

riée, qui gardait un très jeune enfant<sup>74</sup>. Ce dernier s'étant blessé dans une aire de jeu, la responsabilité de l'assistante maternelle a été engagée et retenue par la Cour de cassation qui a jugé que le seul fait que l'enfant se soit blessé établissait la faute de surveillance de l'assistante. La Cour de cassation ne remet pas ici en cause l'obligation de sécurité de moyens traditionnellement mise à la charge des assistantes maternelles<sup>75</sup> mais elle retient une conception très compréhensive de la faute du seul fait du dommage, illustration supplémentaire de ce qui peut être qualifiée de faute virtuelle : « *la cour d'appel a retenu que le défaut de surveillance constante, à laquelle Mme D. était tenue, se déduisait du seul fait de la chute de l'enfant alors âgé de quatre ans, lequel ne pouvait avoir conscience des risques auxquels il s'exposait en jouant sur ce toboggan* ». Dans d'autres circonstances, sans pouvoir véritablement parler de faute virtuelle, la Cour de cassation se livre à une appréciation particulièrement large de la faute ajoutant selon les arrêts des qualificatifs ou adverbes qui en attestent. Ainsi d'un arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation à propos d'un préjudice physique grave causé lors d'une activité de karting à une jeune femme. La Cour de cassation, tout en ne pouvant pas échapper à la qualification d'obligation de moyens en raison du rôle actif de la conductrice, n'en a pas moins retenu la responsabilité de l'exploitant en soulignant formellement qu'il était tenu d'une obligation de sécurité de moyens à laquelle se rattachait cependant une obligation permanente de surveillance fondant en l'occurrence la responsabilité de l'exploitant : « *l'organisateur était tenu d'une obligation de sécurité de moyens qu'il devait mettre en œuvre par une surveillance permanente du comportement des utilisateurs* »<sup>76</sup>. Dans le même esprit, par un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 25 octobre 2001, il a été jugé qu'un exploitant de planeurs était certes tenu d'une obligation de moyens à l'égard de ses clients aux commandes des avions, mais que cette obligation de moyens

<sup>72</sup> Ch. mixte 20 déc. 1968, *D.* 1969, p. 37, 2<sup>e</sup> esp., Zaroukian.

<sup>73</sup> Civ. 1<sup>e</sup>, 28 juin 1960, *JCP* 1960, II, 11787, note R. Savatier – 12 nov. 1968, *Bull. civ.* I, n° 271 – 25 mai 1983, *JCP* 1984, II, 20281, note A. Dorsner-Dolivet.

<sup>74</sup> Civ. 1<sup>e</sup>, 25 févr. 2010, n° 09-12.609 ; *JurisData* n° 2010-000889.

<sup>75</sup> Civ. 1<sup>e</sup>, 18 nov. 1997, *Bull. civ.* I, n° 318 ; *RTD civ.* 1998, p. 116 s., obs. P. Jourdin : « *la personne, qu'elle soit rémunérée ou non, qui se voit confier des enfants en bas âge, n'est tenue que d'une obligation de moyens quant à leur santé* ».

<sup>76</sup> Civ. 1<sup>e</sup>, 1<sup>e</sup> déc. 1999, n° 97-21.690 ; *D.* 2000, p. 287, note C. Mouly.

devait être appréciée de manière plus rigoureuse lorsqu'il s'agit d'activités dangereuses, ce qui permettait en l'espèce de retenir l'existence d'une faute: « *Attendu que le moniteur de sports est tenu, en ce qui concerne la sécurité des participants, à une obligation de moyens, cependant appréciée avec plus de rigueur lorsqu'il s'agit d'un sports dangereux* »<sup>77</sup>.

**26.** L'ensemble de ces exemples est un argument supplémentaire au crédit de ceux qui considèrent la distinction comme futile. Elle serait embarrassante et obligerait les juges à de nombreuses acrobaties. Il serait cependant erroné de prendre ces quelques exemples pathologiques en modèle. La plupart du temps, et le droit ne se réduit pas au contentieux, la distinction entre obligation de moyens et de résultat ne pose pas de difficultés. Elle constitue un socle suffisamment solide pour conférer au droit de la responsabilité contractuelle une certaine cohérence, même si, parfois, elle suppose quelques adaptations. La distinction n'est pas futile, bien au contraire. Elle est très utile, ce qu'il convient de démontrer.

## II. Une distinction utile ?

**27.** La distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat est utile, principalement à un double point de vue: elle est utile à la fois sur un plan technique (A) et sur un plan pédagogique (B).

### A. L'intérêt technique de la distinction

**28.** La distinction entre obligation de moyens et de résultat, malgré les critiques, continue d'être une référence pour la doctrine et la jurisprudence. Même si séduction n'est pas raison, elle en confirme de manière pragmatique, dans les faits, son utilité (1). Il est vrai cependant que pour convaincre les plus pessimistes, la distinction pourrait faire l'objet de quelques adaptations (2).

#### 1. Une distinction séduisante

**29. L'extension de la distinction en droit interne** – Sans nier les faiblesses maintes fois

mises en lumière par la doctrine, la distinction entre obligation de moyens et de résultat ne se contente pas de se maintenir, elle s'étend. En droit français, certains projets de réforme du droit des contrats ne souhaitent pas s'en départir. Ainsi en est-il de l'avant-projet Catala qui utilise la distinction comme une épine dorsale du droit de la responsabilité contractuelle. L'article 1149 du projet de Code civil dispose ainsi que « *L'obligation est dite de résultat lorsque le débiteur est tenu, sauf cas de force majeure, de procurer au créancier la satisfaction promise, de telle sorte que, ce cas excepté, sa responsabilité est engagée du seul fait qu'il n'a pas réussi à atteindre le but fixé. L'obligation est dite de moyens lorsque le débiteur est seulement tenu d'apporter les soins et diligences normalement nécessaires pour atteindre un certain but, de telle sorte que sa responsabilité est subordonnée à la preuve qu'il a manqué de prudence ou de diligence* » . Peut-être aurait-il été pertinent de faire référence, non pas à des critères de distinction<sup>78</sup>, mais à un faisceau d'indices en donnant une liste non limitative, faisceau d'indices destiné à retrouver la volonté des parties qui reste le seul véritable critère de la distinction. Très inspirée de l'avant-projet Catala, la proposition Béteille est également en ce sens qui envisage un article 1386-14 rédigé de la sorte: « *Dans le cas où le débiteur s'oblige à procurer au créancier un résultat, l'inexécution est établie du seul fait que ce résultat n'est pas atteint. Dans tous les autres cas, il ne doit réparation que s'il n'a pas effectué les diligences nécessaires* » . La formule est appréciable car elle souligne bien les intentions de certains auteurs à l'origine du projet Catala, qui insistaient sur le fait que si l'obligation de résultat est une, l'obligation de moyens est multiple. L'obligation de moyens est une catégorie déterminée par défaut en quelque sorte. Il y aurait une catégorie fermée, l'obligation de résultat, et une catégorie ouverte, les obligations de moyens.

**30.** La distinction séduit bien au-delà des frontières. Le Luxembourg, la Belgique, l'Italie, les Pays-Bas et la Roumanie y ont adhéré. Outre-Atlantique, le Canada et les États-Unis se laissent

<sup>77</sup> Civ. 1<sup>e</sup>, 16 oct. 2001, *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 260 ; CCC 2002, comm. 21, obs. L. Leveneur ; *RTD civ.* 2002, p. 107, obs. P. Jourdain.

<sup>78</sup> En faveur du critère de l'aléa, v. J. Huet, « Des distinctions entre les obligations », *RDC* 2007, n<sup>o</sup> 1.

séduire<sup>79</sup>. Il est tout simplement question dans ces contrées lointaines de l'*obligation de best efforts* ou de *due diligence*. Les principes Unidroit ont retenu la distinction comme référence. L'article 5.1.4 dispose ainsi que « *1) le débiteur d'une obligation de résultat est tenu de fournir le résultat promis. 2) Le débiteur d'une obligation de moyens est tenu d'apporter à l'exécution de sa prestation la prudence et la diligence d'une personne raisonnable de même qualité placée dans la même situation* »<sup>80</sup>. On perçoit à cette lecture le caractère unitaire de l'*obligation de résultat* face à la variabilité des obligations de moyens. Les Principes Unidroit poursuivent en proposant à l'article 5.1.5, non pas des critères, mais un faisceau d'indices au moyen d'une liste non limitative : « *Pour déterminer si l'obligation est de moyens ou de résultat, on prend en considération notamment : a) la manière dont l'obligation est exprimée dans le contrat* », ce qui renvoie à la recherche de la volonté des parties par la lecture des clauses du contrat. Il est également possible de prendre en compte « *b) le prix et les autres éléments du contrat* ». Il est clair que plus le prix est bas moins l'on peut être exigeant car l'intensité de l'*obligation* est le résultat d'une répartition des risques entre les contractants. Il est fait référence au « *c) degré d'aléa normalement présent dans la poursuite du résultat recherché* » qui n'est pas un critère mais un indice parmi d'autres. Enfin, il peut être pris en considération « *d) l'influence que peut exercer l'autre partie sur l'exécution de l'obligation* » ce qui se traduit en droit français par la notion de rôle actif du cocontractant.

Prenant acte de l'emprise que continue d'avoir la distinction dans de nombreux systèmes juridiques, il convient de réfléchir à une rénovation de la distinction.

## 2. Une distinction à rénover

**31. Recherche de la volonté et faisceau d'indices** – Sans prétendre résoudre le mystère de la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat, quelques directives pourraient permettre de renforcer la cohérence et donc la pertinence de cette dichotomie. Il convient, tout

d'abord, d'admettre que l'*obligation de moyens* est multiple, en raison de l'*appréciation variable* selon les circonstances, les termes de l'*acte* et la *qualité* des parties, alors que l'*obligation de résultat* est unique. La première serait une catégorie ouverte susceptible d'accueillir des situations variables, alors que la seconde serait une catégorie fermée, ce que confirment la proposition Béteille inspirée de l'avant-projet Catala et la démarche suivie par les Principes Unidroit et les Principes du droit européen des contrats. Il faut ainsi accepter qu'entre l'*obligation de moyens* et l'*obligation de résultat* existe un dégradé de couleurs. À vrai dire, l'*étendue* des obligations contractuelles est plus facile à appréhender sous la forme d'un *continuum* d'obligations diverses et variées que comme une série de catégories. Reste que la distinction bipolaire entre moyens et résultat structure la pensée et facilite la compréhension de ce *continuum*. Pour conserver à la distinction toute sa pertinence, il convient également de limiter son application aux seules véritables obligations contractuelles. Ainsi l'*information* n'est pas réellement une obligation lorsqu'elle est précontractuelle. Il s'agit d'un attribut du consentement, d'un instrument destiné à garantir la manifestation d'une volonté libre et éclairée. Ainsi également ce qui est qualifié d'*obligation de restitution* constitue plus exactement un effet du contrat à distinguer de l'*obligation de conservation* et se prête mal à la distinction des obligations de moyens et de résultat. En outre, dans le cadre d'une politique indemnitaire spécialement des dommages corporels, il convient d'éviter la distinction en faisant sortir cette question de la sphère contractuelle, soit en accordant une option à la victime, soit en réduisant la sphère du contrat, soit en admettant de manière catégorique que les dommages corporels et moraux ne relèvent jamais du contrat réduisant celui-ci à une question d'*exécution*, ce qui n'est pas pour l'instant la tendance qui se dessine en droit positif. Une autre solution consisterait à multiplier les régimes spéciaux transcendant la distinction entre obligations de moyens et de résultat, notamment pour les dommages les plus graves. Au surplus, il convient d'admettre, pour éviter toute forme de

<sup>79</sup> M. Fontaine, *Droit des contrats internationaux, Analyse et rédaction de clauses*, Forum européen de la communication, 1990, spé. le chap. 3 sur les

clauses de *best effort*, de *due diligence* ou de *reasonable care*.

<sup>80</sup> Dans le même esprit, v. art. 6 : 103 des PEDC.

dogmatisme, qu'il n'existe pas de critères permettant aux parties, aux juges ou aux arbitres de déterminer l'intensité d'une obligation. L'objectif premier demeure la recherche de la volonté des parties : comment ont-elles voulu répartir les risques au sein du contrat ? Pour ce faire, les interprètes pourront faire usage d'un faisceau d'indices au sein duquel on retrouve, notamment, les propositions faites au sein des principes Unidroit.

Cette petite remise en ordre ne suffira probablement pas à résoudre l'ensemble des problèmes mais peut contribuer à renforcer la cohérence de la distinction. C'est d'ailleurs cette cohérence qui permet d'insister sur l'intérêt pédagogique de la distinction.

### B. L'intérêt pédagogique de la distinction

**32. *Summa divisio* des obligations contractuelles** – À l'instar des autres distinctions, celle qui oppose obligations de moyens et de résultat est avant tout un instrument de dogmatique juridique. Elle permet de systématiser un droit de la responsabilité dont on ne cesse de critiquer l'impressionnisme dominant. La distinction est une clef de compréhension du droit positif. Cette valeur pédagogique, explicative ou suggestive explique le soutien d'une grande partie de la doctrine contemporaine pourtant consciente de ses imperfections<sup>81</sup>. Comme le soulignent Madame G. Viney et Monsieur P. Jourdain, « le centre de gravité de la discussion s'est aujourd'hui déplacé : ce n'est plus l'existence même de la distinction qui est contestée, ce sont les modalités de son application »<sup>82</sup>.

**33. *Summa divisio* du droit de la responsabilité civile ?** – Doit-on aller plus loin et

considérer qu'elle pourrait devenir à l'avenir la nouvelle *summa divisio* de la responsabilité civile reléguant au second rang la distinction entre les deux ordres de responsabilité ? Certains auteurs le pensent et défendent l'idée que cette dichotomie pourrait également servir de grille de lecture du droit de la responsabilité extra-contractuelle<sup>83</sup>. Reste qu'on ne perçoit pas trop l'intérêt de raisonner en termes d'obligations, même délictuelles ou quasi-délictuelles, pour appréhender la sphère extra-contractuelle. Il existe certes une similitude entre les responsabilités subjectives, obligations de prudence et de diligence, et objectives, obligations déterminées, mais il paraît difficile de transposer la distinction entre obligation de moyens et de résultat. Cela est d'autant plus difficile si on adhère à l'idée que la distinction et la répartition des obligations entre ces deux catégories reposent essentiellement sur la recherche de la volonté des parties par laquelle a été opérée une répartition des risques au sein du contrat. Cette volonté joue un rôle très accessoire dans le domaine extra-contractuel.

**34. L'art de rendre visible** – Le droit est l'art du juste et du bon mais il est aussi l'art du beau. L'esthétique juridique inscrit dans la durée la technique juridique. Finalement, à l'aune de la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat se révèle la vraie nature du juriste. Il rend visible le réel à l'instar de l'art moderne, qui par définition ne se réduit pas au beau. L'art, selon le peintre Paul Klee, « ne reproduit pas le visible, il rend visible »<sup>84</sup>. La distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat est en ce sens une mise en forme du réel. Voilà réconciliés l'artiste et l'artisan que fut René Demogue.

<sup>81</sup> V. not. B. Bouloc, « Distinction des obligations de moyens et de résultat », in *Mélanges B. Gross*, PU Nancy, 2009, p. 39 ; V. Malabat, « De la distinction des obligations de moyens et de résultat », in *Mélanges Lapoyade-Deschamps*, PU Bordeaux, p. 439 s. ; F. Maury, « Réflexions sur la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat », *RRJ* 1998, p. 1243 s.

<sup>82</sup> G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 528,

p. 513.

<sup>83</sup> En ce sens, H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, t. 2, 8<sup>e</sup> éd., n° 21 ; J. Frossard, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, LGDJ, 1965, spéc. n° 60 s.

<sup>84</sup> Paul Klee, *Théorie de l'art moderne*, Denoël, Folio/Essais, rééd. 2010, p. 34.

# *Petit sept du Grand A :* *obligation réelle* *et obligation personnelle*

## **Obligation réelle et obligation personnelle**

**Christian Larroumet**

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

**1.** La doctrine française utilise assez peu la distinction entre l'obligation réelle et l'obligation personnelle, bien qu'elle n'en nie pas le principe. Au surplus, les auteurs préfèrent, d'une façon générale, parler de charge réelle plutôt que d'obligation réelle ou encore d'obligation *propter rem*. Ainsi en est-il en ce qui concerne les obligations mises à la charge du titulaire d'un droit réel sur le bien d'autrui, tels que l'usufruit ou la servitude ou encore l'obligation de payer qui pèse sur le tiers acquéreur d'un immeuble grevé d'hypothèque s'il entend échapper à la saisie du bien.

Il est vrai que le régime juridique de l'obligation réelle ou charge réelle est assez bien connu, ce qui explique probablement que beaucoup d'auteurs ne mettent pas en évidence ce qui le distingue de celui de l'obligation personnelle, que l'on envisage le plus souvent comme l'obligation sans autre précision, ce que démontre suffisamment l'expression de droit des obligations, qui ne concerne bien entendu que les obligations personnelles, quelle que soit leur source,

contractuelle ou extracontractuelle.

Cependant, la distinction, qui suppose évidemment la comparaison entre les deux sortes d'obligations n'est pas dépourvue de vertu en ce qu'elle permet de cerner ce qui les sépare pour mieux comprendre les différences de leurs régimes juridiques respectifs. Au-delà de cet intérêt, qui est essentiellement d'ordre pédagogique, il y a lieu de considérer que la notion d'obligation réelle a le mérite de permettre de comprendre tout ce qui sépare le droit de propriété des droits réels sur la chose d'autrui. C'est essentiellement à Ginossar, dans son ouvrage remarquable, paru en 1960<sup>1</sup>, que l'on doit, en droit moderne, la distinction entre la propriété et les droits réels sur la chose d'autrui. Pour Ginossar, la propriété n'est pas véritablement un droit réel, cette expression devant être réservée aux seuls droits réels sur la chose d'autrui, ce qui l'amène à considérer qu'il y a une classification tripartite, la propriété, les droits réels et les droits personnels, aussi appelés droits de créance.

<sup>19</sup> *Droit réel, propriété et créance*. Du même auteur, v. aussi « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD civ.* 1962.

**2.** Je préfère personnellement, ce qui n'est qu'une question de présentation, que l'on considère qu'il y a deux grandes catégories de droits patrimoniaux, d'une part, les droits sur les choses corporelles, telles que le droit de propriété et les droits réels sur la chose d'autrui et, d'autre part, les droits sur les choses incorporelles, qui sont non seulement les droits personnels ou de créance, mais encore les propriétés sur les choses incorporelles, c'est-à-dire les droits sur les créations de l'esprit, les inventions ou les clientèles. La propriété, sur les choses corporelles ou incorporelles, se passe d'obligation, qui serait la contrepartie du droit. Le propriétaire n'est pas nécessairement tenu d'une obligation réelle, quelle que soit la chose, corporelle ou incorporelle, sur laquelle porte son droit. En revanche, les droits de créance, comme les droits réels sur la chose d'autrui supposent nécessairement une obligation qui est la contrepartie du droit. Là où il y a un créancier, il y a nécessairement un débiteur, lequel est aussi créancier, si le rapport est synallagmatique, ce qui signifie que, le premier créancier est évidemment aussi débiteur. La où il y a un droit réel sur la chose d'autrui, autrui étant nécessairement le propriétaire, il y aussi nécessairement une obligation, qui est la contrepartie du droit, non seulement à la charge du titulaire du droit réel et au profit du propriétaire, mais encore à la charge de ce dernier au profit du titulaire du droit réel.

Telle est la notion d'obligation réelle. Elle est la contrepartie d'un droit réel ou d'un droit de propriété lorsque la propriété est grevée d'un droit réel, quelquefois qualifiée de charge réelle au profit d'une autre personne, telle qu'un usufruitier ou le bénéficiaire d'une servitude.

**3.** La doctrine majoritaire en France nie l'existence d'un véritable rapport de droit entre le propriétaire et celui qui est titulaire d'un droit réel sur le bien qui appartient au premier. Elle considère que ce qu'on qualifie de démembrément du droit de propriété est caractérisé par l'opposabilité du droit réel au propriétaire. Au demeurant, les termes de démembrément de la propriété correspondent à une telle conception, car l'opposabilité dont il est question est celle d'un droit, envisagé du côté de l'usufruitier ou du bénéficiaire de la servitude, et

d'une charge réelle, envisagée du côté du propriétaire. La charge est considérée comme une diminution ou un amoindrissement des prérogatives du propriétaire qui est opposable à ce dernier, c'est-à-dire qu'il est tenu de subir cette atteinte à la plénitude de son droit, qui peut lui être imposée par la loi ou bien à laquelle il a consenti si l'atteinte résulte d'un accord de volontés. En d'autres termes, la doctrine majoritaire nie l'existence d'un rapport de droit entre le titulaire d'un droit réel sur un bien et le propriétaire de ce bien. À la rigueur, si les auteurs admettent plus volontiers des obligations réelles du titulaire du droit envers le propriétaire, ils nient l'existence d'un rapport synallagmatique et, par conséquent, que des obligations réelles puissent peser sur le propriétaire au profit du titulaire du droit réel.

Depuis Ginossar, quelques auteurs minoritaires ont contesté une telle conception. Ils n'entendent point expliquer la relation entre le titulaire du droit réel et le propriétaire par une simple opposabilité du droit du premier au second. Il s'agit d'une relation juridique synallagmatique en vertu de laquelle chacun est tenu d'obligations envers l'autre. Ce qui est vrai c'est que les obligations qui pèsent sur le propriétaire, à la différence de plusieurs de celles qui sont mises à la charge du titulaire du droit réel, sont des obligations de ne pas faire, c'est-à-dire qui consistent en une abstention. Cependant, ce n'est pas une raison pour considérer qu'il ne s'agit que d'opposabilité.

**4.** L'usufruit illustre parfaitement bien l'existence d'un rapport d'obligation synallagmatique entre l'usufruitier et le nu-propriétaire. L'usufruitier ne peut exercer ses prérogatives sur le bien que d'une certaine façon dans l'intérêt du nu-propriétaire. Cela crée autant d'obligations et, par conséquent, de prérogatives au profit du nu-propriétaire, qui apparaît comme un créancier de l'usufruitier. Cette créance est inhérente à la nature de l'usufruit, car les droits de l'usufruitier n'ont pas le caractère absolu et la plénitude de ceux d'un propriétaire. Du côté du nu-propriétaire, l'usufruit lui enlève non seulement ses prérogatives sur la chose elle-même, mais encore sur son droit, lequel est réduit à une nue-propriété. Il change de nature. L'opposabilité de l'usufruit est impuissante à

justifier un tel amoindrissement de la propriété. Beaucoup plus qu'une simple opposabilité, conséquence de la contrainte sociale que les sujets de droit doivent subir dans leurs relations avec les autres, notamment en respectant les droits de ceux avec lesquels nous ne sommes liés par aucun rapport de droit, l'usufruit crée à la charge du propriétaire une obligation de ne rien faire pour ne pas empêcher le libre exercice de ses prérogatives par l'usufruitier. Parce que l'usufruit diminue la propriété, il la transforme en la paralysant. Il n'existe pas d'exemple d'opposabilité d'un droit qui vienne diminuer les prérogatives d'un sujet de droit sur son propre droit.

La même analyse peut être faite en ce qui concerne la servitude. Celle-ci suppose aussi un rapport de droit entre le propriétaire du fonds servant et celui du fonds dominant. Ainsi, il est difficile d'admettre sur le fondement de l'opposabilité du droit du propriétaire du fonds dominant à celui du fonds servant l'existence d'obligations, de faire et de ne pas faire, à la charge du second. De la même façon, le propriétaire du fonds dominant est tenu d'obligations envers celui du fonds servant, ne serait-ce pour que la simple raison que, les servitudes ayant normalement vocation à la perpétuité tant qu'elles sont exercées, elles ne sauraient paralyser les droits du débiteur de la servitude et enlever son utilité à son droit de propriété.

**5.** Cependant, il ne saurait résulter de l'affirmation de l'existence d'un rapport d'obligation entre le propriétaire et le titulaire d'un droit réel sur le bien appartenant au premier une personnalisation de ce rapport en ce que les obligations réciproques seraient des obligations personnelles telles qu'elles sont envisagées aux articles 1101 et suivants du Code civil. Ces articles ne traitent que des droits de créance portant sur des choses incorporelles, l'activité d'autrui, qu'ils résultent d'un acte ou bien d'un fait juridique. Certes, la différence entre le droit réel et le droit personnel est atténuée lorsqu'on admet l'existence d'un rapport d'obligation fondé sur un droit réel et une obligation réelle qui est la contrepartie de ce droit. Cependant, elle n'est pas effacée, bien au contraire.

Les obligations réelles qui résultent de l'existence d'un droit réel sur la chose d'autrui n'ont rien

à voir avec les obligations personnelles. En effet, il subsiste, entre l'obligation réelle et l'obligation personnelle, cette différence essentielle selon laquelle l'obligation réelle ne pèse sur une personne qu'en sa qualité soit de propriétaire, soit de titulaire d'un droit réel sur la chose d'autrui. En d'autres termes, c'est l'existence d'un droit réel qui légitime l'obligation réelle qui est la contrepartie de ce droit. C'est ce qui explique que le régime de l'obligation réelle ne saurait être le même que celui de l'obligation personnelle.

À trois points de vue le régime juridique de l'obligation réelle n'est pas le même que celui de l'obligation personnelle.

**6.** Les articles 2284 et 2285 du Code civil, qui ont remplacé, en reprenant exactement le texte, les articles 2092 et 2093 en vertu de la réforme des sûretés opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006, constituent l'une des bases essentielles du régime juridique des obligations personnelles. Selon l'article 2284, « *quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* ». Par conséquent, en cas d'inexécution par le débiteur, le créancier, s'il a un titre exécutoire après condamnation du créancier au paiement, est en droit de saisir n'importe quel bien qui se trouve dans le patrimoine de son débiteur pour parvenir à une exécution forcée. C'est ce qui résulte de l'article 2285, qui consacre le droit de gage général des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur, droit de gage général qui n'est que la conséquence du principe affirmé à l'article 2284. Certainement, on peut reprocher au législateur de 2006 de ne pas avoir modifié les termes employés dans cet article, parce qu'ils ne sont pas juridiquement corrects. En effet, à le prendre au pied de la lettre, on pourrait croire que l'article ne concerne que les engagements volontairement assumés, c'est-à-dire ceux qui résultent d'un acte juridique, unilatéral ou bilatéral. Il n'en est rien, car il concerne, bien entendu, toutes les obligations personnelles. Il suffit, pour s'en convaincre de se référer à l'article 1370 du Code civil qui traite des « *engagements qui se forment sans convention* ». La formule est absurde, car s'il n'y a pas de volonté, il ne saurait y avoir d'engagement, unilatéral ou

bilatéral. Cependant, on sait que le Code civil a assimilé, dans ces dispositions, l'engagement à l'obligation.

Cependant, l'essentiel, dans les articles 2284 et 2285, est que le débiteur d'une obligation personnelle en garantit l'exécution sur l'ensemble de son patrimoine. À cet égard la formule selon laquelle il s'agit de « *quiconque s'est obligé personnellement* » est suffisamment explicite. Le droit de gage général des créanciers est un des piliers du droit des obligations personnelles, c'est-à-dire des droits de créance.

Un tel droit de poursuite n'existe absolument pas en ce qui concerne les obligations réelles. En effet, le débiteur d'une obligation réelle n'est pas personnellement tenu au sens des articles 2284 et 2285. Parce que l'existence d'une telle obligation n'est justifiée que par la seule existence d'un droit réel sur la chose qui en est l'objet, propriété ou droit réel sur la chose d'autrui, l'obligation n'existe, en réalité, que par la chose et sur la chose. Dès lors, son exécution ne peut être poursuivie que sur la chose et il ne saurait être question qu'elle puisse donner lieu à un droit de gage général du créancier sur le patrimoine de son débiteur.

Parce qu'il n'y a pas de droit de gage général, il en résulte deux autres conséquences essentielles que l'on ne retrouve évidemment pas en ce qui concerne l'obligation personnelle.

**7.** Dès lors que l'exécution de l'obligation réelle ne peut être poursuivie que sur la chose qui fait l'objet du droit réel, lequel est la contrepartie de l'obligation réelle et la légitime, si le droit réel vient à disparaître ou changer de patrimoine, le débiteur originaire de l'obligation n'en sera plus tenu.

En premier lieu, on sait que le titulaire d'un droit réel peut y renoncer unilatéralement. Cette faculté de déguerpissement ou abandon a nécessairement pour effet de décharger le débiteur de son obligation réelle. La renonciation à l'usufruit entraîne l'extinction du droit et de l'obligation qui y est attachée. Il en va de même en ce qui concerne la servitude. Si le bénéficiaire, propriétaire du fonds dominant, renonce à son droit, son obligation réelle est éteinte. De la même façon lorsque le nu-propriétaire renonce à son droit, ses obligations disparaissent, car, s'il n'est plus pro-

priétaire de la chose, il ne peut être tenu d'obligations qui n'existaient que par la chose. La solution est identique en ce qui concerne la renonciation à son droit de propriété par le propriétaire du fonds servant.

En aucun cas de telles solutions ne pourraient être admises en ce qui concerne les obligations personnelles. Si un créancier entend renoncer unilatéralement à sa créance, ce qui est possible, il continuera à être tenu de la dette. Celle-ci ne pourrait disparaître qu'avec le consentement de celui qui est en droit d'en réclamer l'exécution. Comme la dette n'est pas attachée à un bien déterminé en raison du droit de gage général, l'exécution pourra être poursuivie sur n'importe quel bien dans le patrimoine du débiteur.

**8.** En second lieu, lorsqu'un droit réel est transmis d'un patrimoine à un autre par vente ou tout autre contrat translatif, l'obligation réelle qui est attachée à ce droit réel est transmise de plein droit à l'acquéreur, le débiteur initial de ladite obligation étant également libéré de plein droit sans qu'il soit besoin d'une quelconque manifestation de volonté de la part du créancier de l'obligation.

Ainsi, dans l'hypothèse du transfert de la propriété d'un bien grevé d'une servitude ou d'un usufruit, l'acquéreur, qu'il le veuille ou non, sera tenu envers l'usufruitier ou le propriétaire du fonds dominant, son auteur étant *ipso facto* libéré. De la même façon, la cession de l'usufruit ou de la propriété du fonds dominant fait passer l'obligation réelle du patrimoine de l'auteur dans celui de son ayant cause, l'auteur étant également libéré de l'obligation. En d'autres termes, l'obligation réelle est toujours transmise de plein droit à l'ayant cause particulier ou à titre particulier, comme elle l'est en ce qui concerne l'ayant cause universel ou à titre universel. La raison en est que lorsque le droit réel disparaît du patrimoine de l'auteur pour entrer dans celui de l'ayant cause, l'auteur ne peut plus être tenu de l'obligation réelle puisque l'obligation n'existe que par la chose et dans la chose et qu'elle ne grève pas le patrimoine de l'auteur d'un droit de gage général au profit de ses créanciers. La chose étant sortie du patrimoine de l'auteur, celui-ci doit être nécessairement libéré.

Rien de tel ne saurait être admis en ce qui

concerne l'obligation personnelle. Certes, en cas de transmission universelle ou à titre universel, l'ayant cause succède à toutes les obligations personnelles de son auteur en vertu du principe de la succession à la personne et de la continuation de l'auteur par l'ayant cause qui a pour conséquence la succession à tous les droits et à toutes les obligations, sauf, bien entendu, si ceux-ci ou celles-ci sont marquées par *l'intuitus personae*. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une cession d'un ou plusieurs biens considérés *ut singuli*, il n'existe pas de transmission de plein droit des obligations personnelles qui pèsent sur l'auteur en ce qui concerne le bien qui fait l'objet du droit transmis. Ainsi, l'acquéreur d'un bien n'est pas tenu de plein droit et systématiquement des obligations résultant des contrats conclus par son auteur et qui sont relatifs au bien qu'il a acquis ou encore celles qui résultent de la responsabilité de son auteur lorsque celle-ci est la conséquence de l'intervention dommageable du bien.

Le droit de gage général des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur autorise les créanciers d'une obligation personnelle à en poursuivre l'exécution contre le débiteur, l'obligation personnelle n'existant pas dans la chose elle-même. Toutefois, il faut tenir compte de ce que quelquefois, le législateur a admis une cession légale de contrat de l'auteur à l'ayant cause, ce qui a pour conséquence

que le second sera tenu des obligations personnelles résultant des contrats conclus par l'auteur, celui-ci n'étant pas nécessairement libéré.

En dehors de toute cession de contrat admise par la loi, on peut aussi admettre une vocation légale de l'ayant cause à être tenu des obligations personnelles de son auteur et relatives au bien transmis. Cette vocation est fondée sur l'intérêt de l'ayant cause, en particulier lorsqu'il est de son intérêt de bénéficier des créances relatives au bien transmis. En ce cas, il ne serait pas juste de ne lui transmettre que les créances sans transmettre les obligations qui résultent du même contrat, lorsqu'il s'agit d'un contrat synallagmatique, car ce serait rompre l'interdépendance entre les créances et les dettes qui résultent d'un tel contrat. On voit bien par là que cela n'a rien à voir avec la transmission automatique et de plein droit des obligations réelles. La vocation de l'ayant cause particulier aux droits personnels de l'auteur et, par conséquent, aux dettes résultant du même contrat suppose une recherche de la conformité de la transmission à son intérêt, ce qui suppose aussi que l'auteur n'ait pas intérêt à conserver les droits et donc aussi les obligations. Au demeurant, les parties à la cession pourront toujours soit écarter la transmission, soit, au contraire la prévoir expressément, ce qui est évidemment inconcevable en ce qui concerne les obligations réelles.

# *Réformer le droit des institutions représentatives du personnel ?*

La *RDA* est-elle source de droit...?

**A**près avoir traité dans ses précédents numéros des questions de la consécration de la famille homosexuelle et de la réforme de la composition du Conseil constitutionnel, la *RDA* consacre sa rubrique « offre de droit », dans ce septième numéro, à la question suivante : « faut-il réformer le droit des institutions représentatives du personnel ? »

Les auteurs adressent à la revue leur « offre de droit ». *Statu quo*, évolution ou révolution ? À leur guise !

# *Petit un du Grand B : libres propos*

## **Faut-il réformer les institutions représentatives du personnel ? Libres propos en guise d'introduction**

**Bernard Teyssié**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas  
Président honoraire de l'Université

### **I. Un entrelacs**

Stratification... Tel est le terme qui vient d'emblée à l'esprit de celui qui jette un regard sur le droit de la représentation du personnel dans l'entreprise. Au fil des ans, ont été créés : le comité d'entreprise, en 1945 ; les délégués du personnel, en 1946 ; le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et le comité de groupe, en 1982 ; le comité d'entreprise européen, en 1996... La pratique professionnelle (tout en protestant parfois vivement contre l'empilement des instances) n'hésite pas à compliquer le dispositif en organisant par voie conventionnelle des structures de représentation du personnel dont le législateur n'a pas prévu la présence : CHSCT central (lorsque l'entreprise est divisée en établissements distincts dotés de CHSCT « locaux »), comité mondial (dans les groupes de dimension internationale).

Aux instances formées de représentants élus

du personnel (au premier ou au second degré... voire au troisième), sont venus s'ajouter, en 1968, les délégués syndicaux (qui peuvent eux-mêmes être délégués syndicaux d'entreprise ou d'établissement avec, dans ce cas, addition d'un ou plusieurs délégués syndicaux centraux distincts, au-delà d'un certain nombre de salariés, des délégués syndicaux d'établissement) et, depuis 2008, des représentants de sections syndicales (« lot de consolation » offert aux syndicats non représentatifs dans l'entreprise). Singularité française, que peu ont en partage (du moins au même point), des instances élues de représentation du personnel, pour l'essentiel nourries du suffrage des salariés œuvrant dans le périmètre de leur circonscription électorale, cohabitent avec des structures destinées à assurer la présence des syndicats dans l'entreprise... mais qui, en pratique, tendent à se comporter en instances de représentation du personnel.

De cette addition naît la complexité : les circonscriptions dessinées en vue d'assurer l'élection ou la désignation des membres des instances créées ne coïncident pas toujours (même si la Cour de cassation s'attache, lorsque les textes et les circonstances s'y prêtent, à les rapprocher) ; les procédures d'élection ou de désignation s'ajoutent les unes aux autres et parfois s'enchevêtrent ; les situations ne manquent pas dans lesquelles des instances organisées, les compétences peinent à trouver un mode d'articulation harmonieux. Doubloons ou collisions sont légion ; des premiers les champs couverts par le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail offrent en permanence illustration, la présence du CHSCT n'excluant pas la compétence du comité d'entreprise dans le domaine de la santé et de la sécurité ; des secondes, les contentieux qui, au fil des ans, ont pu opposer délégués du personnel et délégués syndicaux sont l'un des révélateurs.

## II. Un handicap

De la complexité relevée, le coût ne saurait être tenu pour négligeable. Il résulte directement de l'organisation des élections, à la charge matérielle de l'employeur ; ce cap franchi, il naît des moyens que l'entreprise doit mettre à la disposition des représentants du personnel, qu'il s'agisse de la fourniture et de l'équipement d'un local, de l'octroi d'heures de délégation, de l'attribution (au comité d'entreprise) d'un budget de fonctionnement et des sommes destinées à assurer le financement d'activités sociales et culturelles. Aux coûts directs s'ajoutent les coûts indirects qu'engendrent les erreurs commises (dont le risque est d'autant plus fort que la complexité du corpus normatif est grande) et les lenteurs induites (lorsqu'à l'addition des instances fait écho l'addition des consultations). Dans la rubrique « erreurs », celles auxquelles est exposée l'entreprise au temps de l'élection des représentants du personnel sont parmi les plus redoutables : l'annulation du scrutin naguère organisé impose de remettre en route une lourde machinerie... sans être pour autant assuré qu'elle conduira à un scrutin exempt de toute cause de nullité. Dans la rubrique « lenteurs », celles qu'emporte la néces-

sité de consulter, à propos d'une même opération, plusieurs instances de représentation du personnel sont parmi les plus perceptibles ; elles prennent une ampleur singulière lorsque les instances dont la consultation est obligatoire sont en droit, chacune de leur côté, de recourir à un expert ; l'addition des délais peut alors prendre des proportions rarement compatibles avec la vitesse d'exécution qu'appellent les opérations économiques ou financières conduites par l'entreprise. Et que dire dans le cas où, après des mois d'efforts, la procédure conduite est annulée ?

Tant de complexité amoncelée, tant d'aléas multipliés, tant de coûts additionnés justifient qu'une réflexion soit conduite sur le dessin donné en France au droit de la représentation collective des salariés dans l'entreprise. Quels que soient les mérites – incontestables – du dialogue social pour assurer (ou tenter d'assurer) la participation (voire l'adhésion) de chacun à l'œuvre commune et, au-delà, maintenir une « paix sociale » sans laquelle il n'est pas d'entreprise durable, la pesée des avantages et des inconvénients en termes de coûts directs et indirects doit être soigneusement effectuée. Il est loin d'être démontré qu'en l'état actuel des textes (et, accessoirement, de la jurisprudence), les inconvénients ne l'emportent pas sur les avantages. En un temps où chacun (ou presque...) a pris conscience de la nécessité d'améliorer la compétitivité des entreprises françaises, la question de la refonte du droit de la représentation collective des salariés mérite d'être posée.

## III. Des suggestions

Des réformes concevables, la plus radicale serait de laisser aux partenaires sociaux (chef d'entreprise et syndicats), le soin de fixer eux-mêmes, par voie d'accord, l'architecture de la représentation du personnel dans l'entreprise. Sous réserve que soit établie une instance d'information et de consultation sur les questions majeures intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, toute liberté leur serait laissée de créer une ou plusieurs instances de représentation du personnel, de fixer les frontières de leurs circonscriptions, d'arrêter leur composition, leurs moyens et leurs missions. L'inspiration peut ici être

trouvée dans les dispositions des directives du 22 septembre 1994 et du 6 mai 2009 relatives au comité d'entreprise européen qui laissent un vaste champ au jeu du contrat, les prescriptions formulées à titre subsidiaire ne trouvant application qu'en l'absence d'accord (situation fort rare en pratique). La liberté accordée aux partenaires sociaux pourrait aller jusqu'à leur laisser la faculté de créer un conseil d'entreprise qui se substituerait non seulement à l'ensemble des instances actuelles de représentation des salariés mais aussi aux délégués syndicaux. La norme légale subsidiaire ne jouerait qu'à défaut d'accords, que la négociation conduite ait échoué ou qu'elle n'ait pas pu être engagée faute de syndicats aptes à la conduire.

À supposer que le législateur n'aille pas jusqu'à offrir pareil champ au contrat, mériteraient, au moins, d'être envisagées :

– la formulation de règles homogènes de détermination des circonscriptions servant de cadre à l'organisation des instances de représentation du personnel ;

– la simplification des règles relatives à l'électorat en réservant la qualité d'électeur aux seuls salariés unis à l'entreprise par un contrat de travail, excluant par là-même les salariés mis à sa disposition, source d'hésitations multiples ;

– la fusion du comité d'entreprise et du CHSCT, ce dernier devenant une commission spécialisée du premier ;

– la disparition automatique du comité de groupe dès lors qu'est mis en place un comité d'entreprise européen.

Des voies multiples peuvent être empruntées. Reste à avoir la volonté de les explorer. Ce qui est loin d'être acquis...

# Petit deux du Grand B : actualité d'une réforme... pour demain

## Actualité d'une réforme... pour demain

**Antoine Mazeaud**

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

### I. Réformer dans le sillage de la rénovation de la démocratie sociale ?

1. À la question, « faut-il réformer le droit des institutions représentatives du personnel ? », il en est une série d'autres, en guise de préalable : est-il opportun d'engager au présent une réforme ? Souhaitable, est-elle souhaitée ? Depuis la loi du 20 août 2008 notre droit a subi de profonds bouleversements, à la suite de la peu consensuelle *Position dite commune* adoptée côté syndical par la CGT et la CFDT. Cette loi, qui porte sur *la rénovation de la démocratie sociale*, modifie radicalement les critères de la représentativité syndicale en les fondant pour l'essentiel sur le résultat des élections professionnelles dans l'entreprise (en principe le premier tour des élections portant sur le comité d'entreprise). La mise en place de la réforme a suscité un abondant contentieux d'une grande complexité qui est remonté très rapidement à la Cour de cassation. Ainsi, la Chambre sociale a et continue à procéder à un remarquable travail de clarification, illustrant le constat selon lequel la Cour de cassation, sous le

couvert d'une interprétation des lois, en assure la dynamique par une création en continu. La loi prend corps au travers de cette injection jurisprudentielle. Le 20 août 2008 n'est que le point de départ d'un processus normatif qui s'étale dans le temps à partir des pathologies contentieuses. Par ailleurs, les piliers de la loi ont éprouvé leur solidité à l'épreuve de diverses QPC. Il ne serait sans doute pas inopportun, qu'une fois cette étape franchie, le législateur se saisisse à nouveau afin de consacrer ou d'infirmer l'œuvre jurisprudentielle, ne serait-ce que pour se conformer à la logique démocratique de la séparation des pouvoirs.

2. Voici donc un premier axe de « réforme ». Sans doute serait-il plus approprié de parler de processus d'ajustement, tenant compte d'éventuelles suggestions formulées par la Cour de cassation elle-même dans le fameux *Rapport annuel*. Mais dira-t-on quel est le rapport avec le thème à traiter « faut-il réformer le droit des institutions représentatives ? » La réponse est double : – d'abord, la démocratie sociale ne s'arrête pas

aux portes de l'entreprise, si bien que la plus grande légitimité donnée par la loi aux organisations syndicales qui résulte du score électoral *dans l'entreprise* oblige nécessairement à s'interroger sur la compétence respective des institutions représentatives élues et des délégués syndicaux désignés par leurs organisations syndicales représentatives ;

– ensuite, le processus électoral dans l'entreprise revêt désormais une double dimension : tout en assurant la mise en place des institutions représentatives, il devient un instrument de mesure de l'audience syndicale dans l'entreprise.

Une mise à jour de la loi de *rénovation de la démocratie sociale* pourrait ainsi s'inscrire dans un projet plus ambitieux incluant une mise à plat de nos institutions représentatives dans l'entreprise.

**3.** Et pourtant, cette suggestion pèche par naïveté. Toute réforme portant sur le droit du travail doit s'inscrire dans le respect du dialogue social tel qu'énoncé à l'article L. 1 du Code du travail. Or la loi de *rénovation de la démocratie* n'a pas fait que des heureux, en bousculant les organisations syndicales minoritaires qui risquent à terme de perdre leur représentativité tant dans l'entreprise que dans les branches ou à l'interprofessionnel. Ouvrir la boîte d'un ajustement de la loi du 20 août 2008 risque d'ouvrir des plaies qui ont du mal à cicatriser. Quant à revenir sur les grands principes de la loi, il n'en est plus question ; le glas de la représentativité d'emprunt a été définitivement sonné. Laissons donc à la Cour de cassation l'office qui est devenu le sien : parfaire la loi dans les limites de la loi. Avec regrets, car l'activité jurisprudentielle ne repose pas directement sur la concertation avec les partenaires sociaux. Mettons donc de côté une réforme accrochée à une réforme de la loi du 20 août 2008. Mais en ayant présent à l'esprit que cette loi, dont l'objet essentiel est de renforcer la légitimité du partenaire syndical dans les processus de négociation collective, donne aux institutions représentatives, principalement le comité d'entreprise, un relief sans précédent, puisque la représentativité syndicale est assise sur le scrutin dont l'objet ne se limite plus à la mise en place ou le renouvellement des institutions représentatives dans l'entreprise.

## II. Réformer : des opportunités en cours ?

**4.** Toute réforme part du postulat selon lequel le droit positif n'est pas ou n'est plus satisfaisant. À cet égard, il existe suffisamment de fenêtres propices à une réforme. On peut en citer au moins six.

a) Rechercher une saine articulation entre la négociation collective et la consultation des institutions représentatives dans l'entreprise, alors que notre système juridique tend tout à la fois à développer la négociation collective d'entreprise avec les délégués syndicaux et à accroître le champ de la consultation du comité d'entreprise.

b) Assurer une meilleure coordination entre les processus d'information du comité de groupe et les comités des diverses filiales en cas de restructurations, à partir d'une prise en compte des obligations de la société mère.

c) Mettre un terme à l'improductive mosaïque de représentation des salariés dans les PME.

d) Ne pas oublier que le comité d'entreprise est un marché dont il conviendrait d'assurer une meilleure transparence et rationalité dans les modes de financement et le cas échéant les appels d'offre.

e) Mieux définir les compétences respectives du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) en évitant les effets de doublon.

f) Revoir les attributions du comité d'entreprise en amont des plans de sauvegarde de l'emploi dans les grands licenciements économiques.

**5.** Les pistes sont ouvertes, et l'urgence est là pour certaines. Pour autant, toute réforme sociale d'envergure, qui ne peut passer que par la voie législative, suppose l'engagement d'un dialogue social, comme le prévoit l'article L. 1 précité du Code du travail (dont il est annoncé qu'il devrait être inscrit dans la Constitution). Deux conditions doivent donc être réunies : d'abord, que le gouvernement en place estime qu'il soit nécessaire de réformer ; ensuite qu'une concertation avec les partenaires sociaux ait quelque chance de s'engager. À quoi bon proposer une énième réforme, tout en ayant la certitude qu'elle n'a aucune chance de venir à l'ordre du jour du calendrier parlementaire ? Or, il n'est pas dans les priorités du gouvernement de s'atteler à l'ensemble de ces chantiers.

**6.** Les réformes attendues semblent en effet figées dans la feuille de route fixée lors du Sommet social des 9 et 10 juillet derniers. Certes, autour du thème retenu de la démocratie sociale, une négociation par les partenaires sociaux portant sur les instances représentatives du personnel était annoncée, assortie d'une clause de rendez-vous avec le gouvernement fixée à la mi-décembre 2012; n'a-t-il pas été question d'explorer des mesures afin d'assurer une meilleure représentation des femmes dans les institutions représentatives du personnel ? Selon le document d'orientation donné par le ministère du travail aux partenaires sociaux en vue de « *la négociation nationale interprofessionnelle pour une meilleure sécurisation de l'emploi* », il est proposé de mieux associer les salariés par l'intermédiaire de leurs représentants à « *l'anticipation des évolutions de l'activité, de l'emploi et des compétences* ». La proposition reste bien vague, même si elle s'inscrit dans un objectif de sécurité de l'emploi. La concertation en cours porte aussi, dans cette perspective, sur l'information et la consultation du comité d'entreprise en matière de crédit d'impôt. À lire les travaux en cours, la proposition la plus hardie porte plus sur une éventuelle réforme, non des institutions représentatives, mais du *droit des sociétés* en renforçant la présence des représentants des salariés au sein des conseils d'administration des grandes sociétés. Et pourtant, la montée en force des accords collectifs, plus précisément des accords collectifs d'entreprise, ne force-t-elle pas à s'interroger sur le rôle principal ou subsidiaire du comité d'entreprise en tant que simple organe de consultation ?

**7.** En somme, à la question « faut-il réformer le droit des institutions représentatives du personnel ? », la réponse est qu'il serait souhaitable d'en réformer certains aspects mais qu'il n'existe pas de *consensus* quant à son opportunité et son contenu. On le voit, la problématique diffère de celle portant sur la stagnation de la réforme du droit commun des contrats et de la responsabilité évoquée dans un éditorial de la *Revue des contrats* au terme duquel les auteurs soulignent avec pertinence que l'absence de réforme s'inscrit dans un mouvement plus général selon lequel « la dimension juridique ne fait plus

du tout partie de la culture politique »; on peut même ajouter, de la culture en général (comme illustration la portion congrue réservée au droit à France Culture). Il resterait l'urgence, plus précisément la pression de l'urgence moteur des lois contemporaines. Pas franchement. Au plan européen, aucune directive ne pousse à une réforme d'ampleur; ce même droit qui pourrait pourtant contraindre le législateur à revoir les règles de calcul des effectifs en vue de la mise en place des institutions représentatives, la Cour de cassation ayant posé une question préjudiciale à la CJUE. Quant au droit comparé, la tendance au niveau européen ne va pas dans le sens d'un droit convergent des institutions représentatives, tant diffèrent nos conceptions et nos systèmes socio-économiques.

**8.** On pourrait donc s'arrêter là, et à la question « faut-il réformer le droit des institutions représentatives du personnel ? », la réponse pourrait être: il le faut, mais il est vain d'espérer. Un changement de majorité politique est généralement facteur de réforme sociale. Mais, la situation économique avec ses conséquences sur l'emploi exacerbé les contradictions. D'un côté, rapports divers sur la compétitivité et agences de notation poussent à un allègement des procédures, et de l'autre, il est plutôt question de camper sur les acquis ou de renforcer les champs d'intervention principalement du comité d'entreprise, voire même pour certains, du CHSCT en intégrant des données environnementales dans le champ de ses compétences.

Il n'est pourtant pas inutile de s'inscrire dans le moyen ou le long terme. Deux pistes au moins peuvent alors retenir l'attention. La première vise à mettre un terme à la mosaïque de représentation spécialement dans les PME. La seconde, qui s'inscrit mieux dans le temps présent, va dans le sens d'un renforcement du rôle des institutions représentatives dans le jeu des restructurations.

### III. Revoir la mosaïque de représentation au moins dans les PME ?

**9.** Sans entrer dans le détail, un point fort porte sur la mosaïque de représentation collective dans l'entreprise, largement propre au droit fran-

çais et particulièrement contre-productif dans les entreprises de cinquante à cent salariés. Des thèses en cours à Paris 2 portent précisément sur ce sujet qu'on ne voudrait par trop défloré. Mais en somme, de quoi s'agit-il ? D'abord, il convient de s'interroger sur les raisons d'être de cette mosaïque, délégués du personnel, comité d'entreprise ou d'établissement, comité central d'entreprise, comité de groupe, CHSCT, délégués syndicaux etc. Elle est généralement le fruit de l'histoire. La réforme consiste à rationaliser l'ensemble de ces institutions représentatives, par une fusion de toutes ou d'une partie lorsqu'elles perdent leur raison d'être dans les PME. Dans l'hypothèse des très petites entreprises (TPE), la perspective diffère quelque peu, dans la mesure où il n'existe pas d'instance représentative à l'intérieur de ces entreprises ; certains optent à leur profit en faveur d'instances territoriales de dialogue social. On peut émettre quelques doutes quant à l'effectivité d'une telle proposition dans le contexte des TPE, petites entreprises indépendantes les unes des autres, parfois concurrentes ou au contraire appartenant à des branches professionnelles sans rapports entre elles. Certes, à l'insucess des délégués de site, des expériences intéressantes sont observées dans l'artisanat. Mais la négociation de branche semble plus opérationnelle.

**10.** On en revient à la question préalable : est-il opportun d'entreprendre une telle réforme ? Elle est d'envergure, car elle suppose d'accepter une remise à plat de l'ensemble des institutions, notamment le CHSCT. Elle force à s'interroger sur le dualisme entre d'un côté un comité d'entreprise (qui est certes le lieu privilégié d'information et de consultation) et de l'autre les délégués syndicaux qui disposent en principe d'un monopole de négociation. Ni le contexte politique, ni le contexte syndical ne s'y prêtent, seules les organisations patronales étant éventuellement intéressées. À moins d'agiter le contexte économique avec ses retombées sociales. La mosaïque d'institutions représentatives serait contre-productive dans le contexte de la crise. On se rapproche, non sans risques, des analyses économiques du droit les plus pernicieuses, celles qui appréhendent les systèmes juridiques en termes d'attractivité. Si l'on met de côté ces chimères, il n'est pas incorrect de

s'interroger sur le bien-fondé de notre mode de représentation collective des salariés spécialement dans l'entreprise. Ainsi, la mosaïque des instances représentatives a-t-elle encore sa raison d'être qui puise son fondement dans la finalité des diverses institutions ? Ou bien n'est-elle là que pour donner un statut protecteur contre les licenciements au profit de militants peu tolérés ? Ce type de débat, pour utile qu'il soit, est trop connu pour espérer une réforme. Il en est un autre, plus actuel, tout aussi peu consensuel, qui porte sur la place des institutions représentatives dans le jeu des restructurations.

#### IV. Mieux associer les institutions représentatives au jeu des restructurations ?

**11.** En matière de restructurations impliquant des suppressions d'emploi, faut-il renforcer les attributions du comité d'entreprise, alors que le droit des licenciements économiques privilie une approche individuelle au travers du contentieux prud'homal ? Le débat a pris une tournure nouvelle à partir des affaires type Védeo mettant en cause des stratégies d'assèchement de filiales par des sociétés-mère ou dominantes. Il fut agité en son temps, lors des débats sur la loi de modernisation sociale Aubry, dont précisément un aspect portait sur une sorte de veto réservé au comité d'entreprise. Mais le risque de contrariété avec la *liberté d'entreprendre* pourrait justifier, comme à l'époque, la censure du Conseil constitutionnel. On en revient à une interrogation première : comment associer au mieux les représentants du personnel aux perspectives de restructuration et de mobilité dans l'entreprise ? Consultation renforcée du comité d'entreprise ou activation d'un processus de négociation dont la mission serait confiée aux délégués syndicaux ? En somme, faut-il en rester à l'unilatéralisme du pouvoir de direction tempéré par l'information-consultation des instances élues (comité d'entreprise, comité central d'entreprise, comités d'établissement et autres, sans oublier le rôle du CHSCT), laquelle s'inscrit dans la procéduralisation du droit du travail ; ou bien convient-il de construire un projet négocié fruit d'un complexe compromis ? Il y a, en sous-ordre, une autre problématique tenant évidemment au rôle

du juge judiciaire, renforcé dans la procéduralisation, effacé en présence d'une dynamique négociatrice. Pour autant, le dialogue social ne se décrète pas. Une loi en ce domaine est vaine, si – au départ – elle ne repose pas sur un certain consensus social, tant des employeurs (et au-delà des dirigeants de la société-mère dans les groupes) que de l'essentiel des organisations syndicales, sans oublier qu'elle ne peut avoir un certain crédit que s'il s'en dégage le sentiment pour les salariés d'une réelle avancée sociale. Il est douteux que dans le contexte de la compétition électorale autour de la représentativité syndicale, une négociation portant sur le principe même d'une restructuration ait des chances d'aboutir à la signature d'un accord majoritaire, à moins que le

projet ne soit accompagné d'un solide volet social, ce que l'on a appelé les accords de compétitivité-emploi, qui ne sont pas en odeur de sainteté, ou ce que l'on continue à appeler du mot magique de flexisécurité.

## V. Pour conclure

**12.** Pour conclure : la tendance actuelle en Europe (Espagne et ailleurs) va dans le sens de l'allègement des procédures dans le contexte de crise dont on ne saurait prédire l'issue. Alors, réformer, oui, sans tabou, mais en prenant acte des multiples contradictions qui traversent le jeu social.

Novembre 2012

# *Petit trois du Grand B : revoir un système à bout de souffle*

## **Revoir un système à bout de souffle**

**Françoise Favenne-Héry**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas

**L**e système de représentation du personnel en France fait l'objet de très vives critiques : inefficacité, double mécanisme de représentation qui conduit à des redites, sédimentation des textes, instrumentalisation des procédures d'information et de consultation, inapplication des lois dans les petites et moyennes entreprises... Le constat est connu ; les propositions se sont multipliées depuis bientôt trente ans. Le cri d'alarme est lancé et le regard se tourne spontanément vers ce qui semble être l'*eldorado* d'un régime de dialogue social bien compris : le *mitbestimmung* allemand.

À ce réquisitoire en règle s'ajoute la nécessité de prendre en compte un changement en profondeur du droit des relations professionnelles. Depuis la loi du 20 août 2008, en raison de l'adoption de nouveaux critères de représentativité des syndicats, les représentants du personnel, élus ou désignés, assoient leur légitimité sur le résultat des élections professionnelles. L'audience électorale a acquis un rôle central.

Ce bouleversement juridique se conjugue à une évolution substantielle de la réalité organisationnelle des entreprises. La collectivité du personnel est de plus en plus mobile, insaisissable,

fluctuante en raison des pratiques fréquentes de mise à disposition de personnel. Les modes d'organisation des entreprises sont très divers et comportent plusieurs strates : établissement, entreprise, unité économique et sociale, groupe... L'instabilité du personnel conjuguée à la diversification des types d'organisation conduisent à un chevauchement des territoires dans lesquels sont implantées les institutions représentatives du personnel et à une concurrence de leurs attributions. Le système de représentation est à bout de souffle.

**I. Le chevauchement des territoires** se donne à voir au sein des entreprises à établissements multiples comme dans le groupe. Les institutions représentatives du personnel sont implantées à différents niveaux de l'entreprise ou du groupe ce qui pose des problèmes d'articulation de compétences.

L'entreprise à établissements multiples en offre une illustration du fait d'une difficulté de répartition des pouvoirs entre comité central d'entreprise et comité d'établissement. Différentes questions se posent : faut-il multiplier les consultations et les

expertises établissement par établissement ? En présence d'un projet important intéressant plusieurs établissements, y a-t-il lieu de consulter les CHSCT des différents sites de manière cumulative et de reproduire les expertises à l'envi ? Ou faut-il mettre en place une saine articulation des différents niveaux en envisageant une différenciation des fonctions soit par attribution soit par répartition ?

Le groupe est aussi le lieu d'un chevauchement des attributions du comité d'entreprise, du comité de groupe, du comité d'entreprise européen. Quinze ans après la directive instaurant le comité d'entreprise européen, deux ans après la directive de révision du 6 mai 2009, les questions d'articulation des procédures d'information-consultation des instances nationales et communautaires continuent de susciter un contentieux important, notamment lors de la restructuration dans le groupe. Faut-il opter pour une antériorité ou une concomitance des consultations européenne et nationale ? Les tribunaux adoptent des positions contradictoires. La question ne peut être réglée que par le biais d'un accord collectif.

## **II. Ce chevauchement des territoires se double d'une concurrence des attributions.**

Le bilan est celui d'un modèle essoufflé. Entre CE, DP, DS, CHSCT le constat est connu : ont été observés une confusion des rôles et un risque de doublon... Les instances représentatives ont une quasi identité de domaine et engagent des actions qui se concurrencent. Le thème de la santé des salariés en est une bonne illustration. Il s'agit d'un sujet transversal dont toutes les instances représentatives ont à connaître. Comité d'hygiène de sécurité et des conditions de travail et comité d'entreprise ont une compétence partagée. De même les délégués du personnel ont pour mission de présenter toutes réclamations relatives à la

santé et la sécurité des salariés alors que par ailleurs, les délégués syndicaux ont qualité pour veiller à la santé et la sécurité des travailleurs. Ce cumul de compétences alourdit les procédures et les processus de décision dans les entreprises. Il pose des problèmes relatifs à l'ordre de saisine des instances et aboutit à une multiplication des expertises sur les mêmes sujets.

S'agissant des questions économiques et gestionnaires, il peut aussi être observé des modes d'action enchevêtrés : consultation du comité d'entreprise mais aussi négociation collective avec les délégués syndicaux, les syndicats disposant en ce domaine d'un véritable pouvoir de décision.

Il est dès lors temps de tirer les conséquences de cette confusion des rôles. L'heure est à une véritable mutation des instances représentatives du personnel. Soit dans une approche fonctionnelle, en opérant une véritable clarification des rôles des diverses instances... mais peut-on encore y croire ? Soit dans une approche organique, en tentant de rassembler plusieurs instances en une seule notamment dans les petites et moyennes entreprises : CE, DP, CHSCT pour les uns, CE, DP, DS pour les autres. Soit enfin, dans le cadre d'une approche organisationnelle, en tentant de distinguer les fonctions de proximité que pourraient assumer certaines instances telles que les délégués du personnel et le CHSCT et les fonctions de stratégie auprès des instances dirigeantes de l'entreprise, apanage du comité d'entreprise et des syndicats représentatifs.

Ces approches pourraient être d'ailleurs conjuguées et seraient le fruit, non d'une énième loi sur le sujet, mais, à partir d'un socle légal commun, de la négociation collective, seule susceptible d'adapter la représentation du personnel aux spécificités de chaque type d'entreprise. Encore un sujet sur la table de négociation des partenaires sociaux !

# Petit quatre du Grand B : pourquoi ? pour qui ? pour quoi faire ?

## Réformer les instances de représentation du personnel : pourquoi ? pour qui ? pour quoi faire ?

**Pierre-Yves Verkindt**

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris I)

**H**éritiers, dans leur forme actuelle, des idées du Conseil national de la Résistance, le comité d'entreprise et les délégués du personnel ont été rejoints ces dernières années par d'autres institutions représentatives du personnel appelées à agir sur le terrain national (Comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail créé par la loi du 23 décembre 1982 par fusion de l'ancien comité d'hygiène et de sécurité et de la commission d'amélioration des conditions de travail, Comité de groupe instauré par la loi du 28 octobre 1982) ou international (Comité d'entreprise européen, Comité de groupe européen ou encore Comité de la société européenne).

La multiplication des instances élues et leur coexistence avec une représentation syndicale donnent à beaucoup le sentiment d'avoir affaire à un « mille feuilles » (v. en dernier lieu, « Le mille feuilles des institutions représentatives du personnel », Colloque Droit social, 16 novembre

2012 et les communications du Professeur F. Favennec et de Monsieur Grignard) rendant les missions des différents organes de représentation peu lisibles pour les travailleurs et provoquant de sérieuses difficultés de frontière. C'est la raison pour laquelle depuis plusieurs années fleurissent les projets de réforme tendant à proposer une fusion plus ou moins complète des différentes instances (depuis le rapport de Virville en 2004 au dernier rapport du Cercle des DRH de janvier 2012 en passant par le rapport Attali en 2008, celui du Centre des jeunes dirigeants en 2009, de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris en 2010, de l'Institut Montaigne en 2011 ou encore dans une approche plus doctrinale à propos du CHSCT, B Teyssié, J.-F. Cesaro et A. Martinon, « Du CHSCT à la commission santé et sécurité du comité d'entreprise », *JCP S* 2011, 1291). Les seules différences majeures entre ces différentes propositions se situent d'une part dans l'intégration ou

non dans l'instance unique (quel que soit son nom) des délégués syndicaux, c'est-à-dire jusqu'à aujourd'hui de représentants désignés, et d'autre part dans le choix du périmètre de la fusion. Les partenaires sociaux eux-mêmes se sont emparés du sujet par une délibération sociale en 2009 puis un ensemble de rencontres ayant débouché sur un « relevé de discussions » en avril 2011. De toute évidence, la modernisation des instances de représentation du personnel est à l'ordre du jour comme en témoigne l'annonce faite lors de la Conférence sociale de juillet 2012.

Pour exprimer un avis sur l'opportunité d'une réforme de la représentation du personnel, il faut, me semble-t-il, procéder en trois temps. En premier lieu, il est nécessaire de se demander si la représentation est aujourd'hui correctement assurée. En deuxième lieu, il me paraît important de distinguer la représentation élue et la représentation désignée avant de s'interroger sur l'intérêt qu'il y aurait à substituer au mille feuilles évoqué plus haut une instance globale et unifiée. S'agissant des taux de couverture des entreprises, on ne dispose malheureusement pas de chiffres récents, le Ministère du travail signalant sur son site la suspension du travail de collecte statistique en raison de l'intervention de la loi du 20 août 2008 et de la consolidation en cours des résultats des élections. Mais selon les chiffres accessibles publiés pour l'année 2005, il apparaît que 72 % des entreprises d'au moins vingt salariés ont au moins un délégué du personnel ou une délégation unique du personnel (DUP), que parmi les entreprises d'au moins cinquante salariés, 81 % ont un comité d'entreprise ou une DUP, 72 % un CHSCT, 63 % un délégué syndical. Au total, 93 % des entreprises d'au moins cinquante salariés ont au moins un représentant élu ou désigné. Ces chiffres ne rendent pas compte évidemment de l'influence de la taille de l'entreprise : d'une façon générale, plus la taille de l'entreprise augmente plus la couverture s'améliore. Ils ne disent rien non plus du dynamisme des institutions ou de l'accueil réel que leur réservent les employeurs. Il est vraisemblable que l'on pourrait répartir les instances de représentation selon un large spectre qui irait de

l'instance « chambre d'enregistrement » à l'institution contestataire en passant par celle complètement instrumentalisée par les organes de l'entreprise au point qu'elle en finirait presque par se confondre avec un des services de la direction des ressources humaines ou des relations sociales. C'est là la raison principale qui me conduit à plaider pour le maintien d'une nette distinction entre la représentation élue et la représentation syndicale et pour l'autonomie de la seconde.

En effet, le syndicat (au sein de l'entreprise, le délégué syndical, la section syndicale et le cas échéant le représentant de la section syndicale) porte l'intérêt collectif professionnel lequel transcende, selon moi, l'intérêt de la collectivité de travail de l'entreprise elle-même. Au passage, les liens entre les entreprises ainsi que les logiques de territoire en matière d'emploi rendent particulièrement importante la présence d'une représentation disposant d'une vision sur l'« au-delà » de l'entreprise. Sur un plan plus politique, les syndicats sont des acteurs de la démocratie sociale tandis que les instances élues appartiennent au champ de la démocratie industrielle qui n'est qu'une composante de la démocratie sociale. Au surplus, ils ont acquis avec la loi du 20 août 2008 une légitimité électorale qui pouvait paraître leur faire défaut jusque là.

Reste donc la représentation élue ou plutôt les représentations élues dont on se demande si la complexité ne nuit pas à l'efficacité. La question est souvent posée sous l'angle de la fusion et de la promotion d'une instance unique, l'argument de la simplification nécessaire masquant mal parfois la volonté économique de réduire les coûts et l'objectif politique de cantonner les compétences. À vrai dire, si l'opération de fusion devait se faire à missions et moyens égaux (c'est-à-dire par addition des compétences et des moyens des différentes instances fusionnées) on voit mal en quoi une nouvelle institution massive serait plus « simple » que la coexistence actuelle. Certes, peut-être ferait-on l'économie de quelques réunions mais est-on bien certain que le problème se situe là ? Bien plus, est-on certain que la suppression de ces rencontres serait un atout pour l'entreprise ? Toute organisation n'a

t-elle pas besoin d'espaces de discussion et de dialogue ? Dès lors, soit l'on considère qu'il faut avancer vers la fusion en réduisant les compétences et les moyens de l'instance (auquel il faut le dire sans se cacher derrière le discours de la simplification), soit la fusion se fait à compétences additionnées (auquel cas je ne vois nul intérêt à la chose). En revanche, que les textes applicables (qui, malgré la recodification, restent tributaires d'une logique de « sédimentation »)

soient élagués et réécrits, que les pratiques d'expertise (du comité d'entreprise ou du CHSCT) soient réexaminées pour extirper les risques d'Instrumentalisation dilatoire, voilà qui me paraîtrait de saine politique et de nature à conforter le principe constitutionnel selon lequel « *Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises* » (point 8 du Préambule de la Constitution).

# Droits fois rien...

**Denis Mazeaud**, Directeur scientifique, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Il me faut ici le confesser, à l'instant même où j'écris ces lignes superficielles et légères, je suis dévoré par un vilain sentiment de jalousie. Oui, je suis jaloux de celle des mes collègues, l'exquise et savante Dominique Fenouillet, qui, en cet an de grâce 2013, a reçu pour mission d'enseigner aux jeunes assassiennes et assassiens le droit de la famille en troisième année de licence.

Quelle chance incroyable, en effet, d'enseigner une matière alors que celle-ci est promise à une mutation fondamentale *via* une loi en gestation au Parlement. Alors que, traditionnellement, l'exposé des conditions de formation du mariage ne peut sortir l'amphithéâtre de son habituelle torpeur que si le professeur entreprend un triple salto arrière en chantant l'Internationale en coréen (du nord, évidemment), cette année, pour la première fois, cette partie du cours va revêtir un intérêt sans précédent. En effet, alors qu'elle sera déjà votée, au moment où vos yeux embués de fatigue glisseront sur cette dernière page, qui mérite bien sa place depuis que je la noircis, la loi sur le mariage pour tous va provoquer un *big bang* de notre droit du mariage et au-delà du droit de la famille dans son ensemble. Alors que pendant des siècles et des siècles, en France, le mariage supposait pour sa formation un homme et une femme, chabada bada..., désormais, la différence de sexe n'est plus une condition *sine qua non* de sa formation. Deux hommes ou deux femmes, c'est égal, peuvent aujourd'hui convoler en justes noces. Je m'imagine volontiers si, au lieu du cours de contrats spéciaux j'avais eu à assurer, cette année, le cours de droit de la famille, partir nuit et jour à la tête de ma meute d'étudiants à l'assaut du Palais Bourbon, pour assister en direct à l'accouchement de la loi nouvelle et aux discussions endiablées qu'elle a suscitées. Ce n'est quand même pas tous les jours qu'on assiste à une révolution.

Les mémorables passes d'armes parlementaires auxquelles a donné lieu le vote de la loi sur le mariage pour tous, de même que les amendements ridicules et dérisoires que ce texte a suscités, sont aujourd'hui oubliés, et c'est heureux car il n'est pas certain que le Parlement et la démocratie sortent finalement grandis de cette parodie de débat et du temps perdu par les uns et les autres à se crêper le chignon, alors que des affaires urgentes les attendaient par ailleurs. Passons ! Le mariage pour tous, le mariage pour eux et pour elles, le mariage unisexe a désormais acquis droit de cité dans le Code civil ; le temps des vaines querelles est terminé, le souffle, que dis-je le souffle, la tempête du changement, a balayé notre droit de la famille et a introduit toujours plus d'égalité, d'égalitarisme répliqueront certains, dans le Code civil.

Reste que cette petite révolution culturelle va emporter des changements sociaux dont très peu sont ceux qui les ont entrevus, si ce n'est celui qui tient la plume. J'en évoquerai quatre absolument bouleversiants, si ce n'est abracadabrantésques, qui devraient faire vaciller notre civilisation, et je pèse mes mots. D'abord, c'en est fini, du moins pour le mariage masculin, du célèbre « Vive la mariée ! », ce qui constitue qu'on le veuille ou non une déperdition quasi tragique pour nos us et coutumes. Ensuite, la populaire cérémonie de la jarretelle est-elle aussi condamnée dans les mariages sans Elle, ce qui appauvrira sensiblement la convivialité des festivités organisées *post nuptiæ*. En outre, il faudra aussi mettre le mouchoir, toujours dans les mariages pour tous sans toutes, sur la robe de mariée dont les petits garçons et filles d'honneur portent la traîne, c'est trop triste... Enfin, les enfants artificiels de ces couples unisexes n'auront pas droit, en cas d'insomnie, au délicieux « Fais dodo, Colas mon p'tit frère, Fais dodo, t'auras du lolo. Maman est en haut, qui fait des gâteaux, Papa est en bas, qui fait du nougat ». Pour une loi qui avait pour ambition d'éliminer les discriminations, bravo, c'est vraiment très réussi !!! J'enrage, je désespoire... et je me sers une petite prune pour ne pas y penser.

## COMMENT PUBLIER UN ARTICLE DANS LA *RDA*?

Il peut être adressé au comité de rédaction un article d'une ou deux pages « autour du droit » (actualités de l'Université, vie à l'Université, fait divers en lien avec le droit, etc.). Les meilleures contributions feront l'objet d'une publication dans la *revue*.

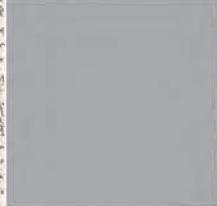
*Les auteurs doivent adresser leur manuscrit par courrier électronique à l'adresse suivante :  
revuededroitdassas@gmail.com*

L'équipe de la *RDA* tient à remercier le FSDIE, le Laboratoire de droit civil, Maître Arsène Kronshagen ainsi que la Direction de la communication de l'Université Panthéon-Assas.

La *revue* est disponible en ligne sur le site [www.u-paris2.fr](http://www.u-paris2.fr)

## Généalogie successorale Recherche d'héritiers

PARIS



AIX EN PROVENCE



BAYONNE



BEAUNE

CLERMONT FERRAND



LYON



NICE



RENNES



ROUEN



TOULOUSE



IRUN



VARSOVIE



# Relevons ensemble des défis inédits



Depuis toujours, le cabinet Freshfields est attaché aux valeurs du monde universitaire et s'investit auprès des étudiants en droit pour recruter ses futurs avocats.

Chaque année depuis plus de vingt ans, Freshfields s'associe au quotidien Les Echos pour récompenser le meilleur étudiant juriste d'affaires. Ouvert aux élèves de toutes les universités et écoles de droit en France, ce prix s'attache à établir un lien durable entre les praticiens du droit et les étudiants.

En tant que cabinet d'affaires international, Freshfields accompagne également de nombreux projets universitaires en Europe et dans le monde pour promouvoir la formation des juristes, qu'ils s'orientent vers la pratique ou vers la recherche.

Pour toute information sur Le Prix Freshfields du Meilleur Juriste d'Affaires 2013 contactez Alix du Halgouet : [alix.duhalgouet@freshfields.com](mailto:alix.duhalgouet@freshfields.com) – 01 44 56 44 14



 Freshfields

[freshfields.com](http://freshfields.com)

Journal of Health Politics, Policy and Law, Vol. 33, No. 4, December 2008  
DOI 10.1215/03616878-33-4 © 2008 by the Southern Political Science Association