HAL
archives-ouvertes.fr

Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle

Stéphanie Mauclair

▶ **To cite this version:**

Stéphanie Mauclair. Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle. Droit. Université d'Orléans, 2011. Français. <NNT : 2011ORLE0004>. <tel-00705891>

HAL Id: tel-00705891
https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00705891

Submitted on 8 Jun 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ D'ORLÉANS

ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIETÉ

CRJ POTHIER

Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle

THÈSE présentée par :

STEPHANIE MAUCLAIR

soutenue le : **10 novembre 2011**
pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université d'Orléans**

Discipline : Droit privé

JURY:

M. Tristan AZZI
(Directeur)
Professeur à l'Université Paris Descartes (Paris V)

Mme Mireille BACACHE-GIBEILI
(Rapporteur)
Professeur à l'Université Paris Descartes (Paris V)

Mme Olivera BOSKOVIC
Professeur à l'Université d'Orléans

M. Philippe BRUN
(Rapporteur)
Professeur à l'Université de Savoie

Mme Catherine THIBIERGE
Professeur à l'Université d'Orléans.
(Présidente du jury)

UNIVERSITÉ D'ORLÉANS

ÉCOLE DOCTORALE SCIENCES DE L'HOMME ET DE LA SOCIETÉ

CRJ POTHIER

Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle

THÈSE présentée par :

STEPHANIE MAUCLAIR

soutenue le : **10 novembre 2011**
pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université d'Orléans**

Discipline : Droit privé

JURY:

M. Tristan AZZI
(Directeur)
Professeur à l'Université Paris Descartes (Paris V)

Mme Mireille BACACHE-GIBEILI
(Rapporteur)
Professeur à l'Université Paris Descartes (Paris V)

Mme Olivera BOSKOVIC
Professeur à l'Université d'Orléans

M. Philippe BRUN
(Rapporteur)
Professeur à l'Université de Savoie

Mme Catherine THIBIERGE
Professeur à l'Université d'Orléans
(Présidente du Jury)

L'université n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans ce document. Ces opinions doivent être considérées comme propres à l'auteur.

Merci au Professeur Tristan AZZI de m'avoir accompagnée pendant ces années de recherche. Sa disponibilité et ses conseils me furent précieux.

Merci également à tous mes relecteurs et à tous ceux qui ont contribué à l'aboutissement de cette thèse, par leur soutien et leurs encouragements.

Je tiens enfin à remercier les Professeurs Mireille BACACHE-GIBEILI, Olivera BOSKOVIC, Philippe BRUN et Catherine THIBIERGE d'avoir accepté de constituer mon jury de soutenance.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

-A-

Act. Actualité
AJDA : Actualité juridique de droit administratif
al. : alinéa
APD : Archives de philosophie du droit
art. : article
Ass. Plén : Assemblée Plénière

-B-

Bull. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
Bull. Joly : Bulletin Joly

-C-

CA : Cour d'Appel
CE : Conseil d'Etat
CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme
CJCE : Cour de Justice des Communautés Européennes
CJUE : Cour de Justice de l'Union Européenne
C. civ. : Code civil
C. com : Code du commerce
C. conso : Code de la consommation
C. env. : Code de l'environnement
C. pen. : Code pénal
C. transp. : Code des transports
Cf. : Confère
Ch. : Chambre
Ch. réunies : Chambre Réunies
Civ. : Chambre civile de la Cour de cassation
Com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation
Com. com. élect. : Communication et commerce électronique
Crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation
Comm. : Commentaire
Concl. : Conclusions
Const. urb. : Construction urbanisme
Cont. conc. cons. : Contrats concurrence et consommation

-D-

D. : Dalloz
D. aff. : Dalloz Affaires
DC. : Dalloz critique (de 1941 à 1944)
Def. : Répertoire du notariat Defrénois
DH. : Dalloz (de 1924 à 1940)
dir. : sous la direction de
DMF. : Le droit maritime français
Doct. : Doctrine
Dr. fam. : Droit de la famille
Dr. soc. : Droit social
Dr. et pat. : Droit et patrimoine

-E-

éd : édition

-F-

fasc : fascicule

-G-

GAJA : Grands arrêts de la jurisprudence administrative
GAJC : Grands arrêts de la jurisprudence civile
GP. : Gazette du Palais

-I-

ibid : ibidem (cité à la référence précédente)
infra : au-dessous de
IR : Informations rapides

-J-

JCP : Juris-Classeur Périodiques (Semaine Juridique)
JDI. : Journal du droit international
JP. : Jurisprudence
JO : Journal officiel de la République Française

JOAN : Journal officiel de l'Assemblée nationale
JOUE : Journal officiel de l'Union européenne

-L-

LPA. : Les petites affiches
LP : Légipresse
LGDJ : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
loc. cit. : loco citato (à l'endroit cité)

-N-

n° : numéro

-O-

Obs. : Observations
op. cit. : opere citato (dans l'ouvrage cité)

-P-

p. : page
préc. : précité
PUF : Presses universitaires de France

-R-

RAE : Revue des affaires européennes
Rapp. : rapport
RCDIP. : Revue critique de droit international privé
RDC. : Revue de droit des contrats
RDI : Revue de droit international
RD banc. et fin. : Revue de droit bancaire et financier
RD san. et soc. : Revue de droit sanitaire et social
RD Im. : Revue de droit immobilier
RDP : Revue de droit public
Rec. : Recueil
RFDA : Revue française de droit administratif
RFAP : Revue française d'administration publique
RGDA : Revue générale du droit des assurances
RIDC : Revue internationale de droit comparé
RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJEP: Revue juridique de l'économie publique
RJT : Revue juridique Thémis
RRJ : Revue de recherche juridique – Droit prospectif
Resp. civ. Ass. : Responsabilité civile et assurances
RTD. civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD. com. : Revue trimestrielle de droit commercial
RTD. europ. : Revue trimestrielle de droit européen

-S-

s. : et suivant(e)s
S. : recueil Sirey
Spéc. : Spécialement
Supra : au-dessus de

-T-

t. : tome
T. com. Tribunal de commerce
TCF. DIP. : Travaux du comité français de droit international privé
TGI : Tribunal de grande instance
TI : Tribunal d'instance
TPS. : Travail et protection sociale

-V-

v. : Voir

SOMMAIRE

Première partie : L'articulation des normes de la responsabilité civile à l'aide d'un principe directeur

Titre 1 : Les principes exclus

Chapitre 1 : Le principe d'autorité, principe à vocation hiérarchique
Chapitre 2 : Le principe de temporalité, principe à vocation chronologique

Titre 2 : Le principe retenu

Chapitre 1 : L'appréhension du principe de subsidiarité
Chapitre 2 : L'articulation des normes par le principe de subsidiarité

Seconde partie : L'articulation des normes de la responsabilité civile à l'aide d'un principe correcteur

Titre 1 : La recherche théorique du principe correcteur

Chapitre 1 : Le passage d'un principe directeur à un principe correcteur
Chapitre 2 : Le fonctionnement du principe correcteur d'intérêt

Titre 2 : La mise en œuvre empirique du principe correcteur d'intérêt
Chapitre 1 : La résolution des concours structurels simples : l'aménagement du principe de subsidiarité
Chapitre 2 : La résolution des autres concours : le dépassement du principe de subsidiarité

INTRODUCTION

« Tout est plus simple qu'on ne peut l'imaginer et en même temps plus enchevêtré qu'on ne saurait le concevoir »[1]

1. Foisonnement des normes, source d'insécurité. « *Heureux ceux qui sauraient se contenter de la Loi qui leur a été donnée en dix articles, ou même – puisque déjà c'était trop pour leur faiblesse – du sommaire qui leur en a été proposé en deux commandements ! Mais c'est des lois humaines qu'il est question ici* »[2].

La multiplication des règles de droit en général[3] et dans la responsabilité civile en particulier n'est plus à démontrer. Le constat est unanime[4], cette matière n'apparaît plus à la doctrine que sous la forme du manteau d'Arlequin[5]. Il s'agit d'un droit éclaté où prolifèrent les législations spéciales. Deux éléments caractérisent cet éclatement : l'éparpillement des sources juridiques des régimes spéciaux et leur très grande diversité au fond[6]. Ainsi, certaines des règles de responsabilité civile ont fait l'objet d'une codification, dans le Code civil (art. 1382 et s.) ou dans d'autres codes

---

[1] J. W. von GOETHE, *Sentences en prose*, 1870.

[2] J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 2ème éd., 1995, p. 307.

[3] G. RIPERT, *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, qui expliquait le déclin du droit en raison notamment de la prolifération des lois ; R. SAVATIER, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977, chr. p. 43, spéc. p. 48, n° 3, qui entreprenait une critique des désordres de la législation de la fin des années 1970. Décrivant le siège de l'inflation législative, il relevait que « *la natalité des lois n'est nullement balancée par leur mortalité. Le législateur abolit beaucoup moins qu'il ne légifère* » ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, spéc. chap. 7, p. 307 s., intitulé « L'inflation des lois » ; F. TERRE, « La crise de la loi », *in La loi*, APD, T. XXV, Sirey 1980, p. 17, spéc. p. 23. L'auteur y explique la désacralisation et la déstabilisation de la loi par la multiplicité des lois, leur prolifération et « *le nombre sans cesse accru des lois inutiles, de lois périlleuses, de lois-gadgets* » ; G. BLANDIN, « Interrogations sur les lois nouvelles », *in La loi*, Bilan et perspectives, Economica, coll. Etudes juridiques, vol. 22, 2005, (dir.) C. Puigelier, p. 17. L'auteur dénonce les dangers de l'ampleur de la variété des lois nouvelles ; J. C. ZARKA, « A propos de l'inflation législative », *D.* 2005, point de vue, p. 660 s., spéc. p. 660, pour qui « *on assiste en France, depuis environ une dizaine d'années, à un accroissement sensible de la production législative* » qui « *aboutit bien souvent à l'adoption de lois dont la qualité est pour le moins contestable* ».

[4] Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2010/2011, n° 8054 ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Manuel Litec, 2ème éd., 2009, p. 7 s., n° 11 s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, le fait juridique*, Université, Sirey, 13ème éd., 2009, p. 96 s., n° 86 s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, *Les obligations*, Droit civil, Defrénois, 4ème éd. 2009, n°26 s. p. 12 s. ; A. TUNC, « Le droit en miettes », *in La responsabilité*, *APD*, T. VII, Sirey, 1977, p. 31 ; R. GASSIN, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, p. 91 s., spéc. p. 92, n° 3. L'auteur admet que « *tous les juristes s'accordent à reconnaître que les lois spéciales occupent une place capitale dans l'ordre juridique contemporain. Il apparaît que la spécialité devient ordinaire et que le principe est vidé de son contenu* ».

[5] Y. LAMBERT-FAIVRE, « Dommage corporel : de l'hétérogénéité des systèmes de réparation à l'unicité d'une méthodologie de l'indemnisation », *in Responsabilité et Assurance*, Mélanges R.-O. Dalcq, Larcier Bruxelles, 1994, p. 349.

[6] A. ANZIANI et L. BETEILLE (dir), *Rapport du groupe de travail sur la responsabilité civile de la Commission des lois du Sénat*, 15 juillet 2009, n° 558, p. 17.

(de l'assurance, de l'aviation, de l'environnement, du commerce, de la santé publique ou encore dans le code rural…). D'autres, non codifiées, sont issues de diverses lois (celle du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique, celle du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation ou celle du 29 juillet 1881 sur la liberté d'expression…). Parallèlement, certaines règles trouvent directement leur source dans des textes internationaux ou communautaires (la loi du 19 mai 1998 portant sur la responsabilité du fait des produits défectueux, issue d'une directive communautaire du 25 juillet 1985, et la Convention de Paris du 29 juillet 1960 portant sur les accidents nucléaires …).

Cet éparpillement des sources s'accompagne d'une grande diversité sur le fond des régimes de responsabilité. Qu'il s'agisse de leur champ d'application : à côté des régimes qui drainent un très fort contentieux – telle la loi sur les accidents de la circulation du 5 juillet 1985 –, certains régimes portent sur des domaines beaucoup plus restreints – comme la loi du 8 juillet 1941 établissant une servitude de survol au profit des téléphériques dont l'article 6 prévoit que « *le constructeur ou l'exploitant du téléphérique est responsable de plein droit des dommages causés aux personnes et aux biens par le passage des câbles et cabines ou par les objets qui s'en détachent* ». Ou qu'il s'agisse de leurs contenus : responsabilité pour faute, sans faute, avec une présomption de faute… Pourtant, « *cette très grande diversité des régimes ne saurait être réduite : elle est le reflet de la très grande diversité des situations créées par la vie en société* »[7]. Il nous faut donc composer avec elle et essayer de proposer des pistes constructives pour l'apprivoiser.

Pourquoi chercher à l'apprivoiser ? Tout simplement parce que cette diversité est inévitablement source d'insécurité juridique[8]. De nombreux problèmes pratiques se posent du fait de ce foisonnement de normes. On se demande ainsi quelle norme doit être choisie pour résoudre le litige, comment faire et justifier ce choix, ou encore qui doit choisir. L'articulation des normes de la responsabilité civile est ainsi au cœur du problème.

---

[7] A. ANZIANI et L. BETEILLE (dir), *Rapport du groupe de travail sur la responsabilité civile de la Commission des lois du Sénat*, précité, p. 19

[8] Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 8 n° 11 ; O. GOUT, « La diversité des systèmes d'indemnisation », *Lamy droit civil* 2004, p. 55 ; Ph. Le TOURNEAU, « Des métamorphoses contemporaines de la faute subjective », *in Les métamorphoses de la responsabilité*, Journées R. Savatier, PUF, 1997, p. 19 ; F. LEDUC, « L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux », *in La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle, Bilan prospectif*, Resp. civ. Ass. n° spécial, juin 2001, p. 50 ; du même auteur, « Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil, *LPA.* 6 juillet 2005, n° 133, p. 3 ; B. OPPETIT, « Les tendances régressives du droit contemporain », *in Mélanges dédiés à D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 317 ; F. POLLAUD-DULIAN, « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », *RTD. com.* 1997, p. 349 ; C. RADE, « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », *D.* 2003, p. 2247 ; G. VINEY, « Rapport de synthèse », *in La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle, Bilan prospectif,* précité, chr. p. 12 ; C. GRARE. *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préface de Y. Lequette, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 45, 2005.

Imaginons qu'une personne soit victime d'un dommage dans lequel un cyclomoteur est impliqué, sur quel fondement devra-t-elle agir ? Sur celui de la responsabilité du fait des accidents de la circulation ou sur celui de la responsabilité du fait des choses ? Et si d'aventure l'accident de la circulation est causé par un animal, et que le conducteur du véhicule est mineur au moment des faits, doit-on, outre les deux dispositions précédemment citées, agir sur le fondement de l'article 1382 du Code civil (responsabilité pour un fait personnel), sur celui de l'article 1385 du même code (responsabilité du fait des animaux) ou encore celui de l'article 1384, alinéa 4, du même code (responsabilité des parents du fait de leurs enfants) ? Ces questions ne sont pas anodines puisqu'elles conditionnent le procès en réparation exercé par la victime et révèlent la complexité de la matière. Complexité qui fait écho à la problématique de la sécurité juridique dont il convient au préalable de rappeler le sens si l'on veut ensuite en assurer la protection.

2. Objectifs de la sécurité juridique. Un des principaux impératifs qui régule le droit est justement la préservation de la sécurité juridique. La notion de sécurité juridique est difficile à cerner et les enjeux en découlant ne sont pas toujours clairement établis. Deux grandes problématiques la concernant existent. La première, sur laquelle nous ne nous arrêterons pas, concerne sa nature : la question se pose de savoir si le principe en dérivant a été consacré ou non comme un principe général du droit[9]. La seconde porte sur son contenu. Ce dernier peut être identifié à l'aide d'une définition de la sécurité juridique. Celle-ci représente, en effet, « *une sorte de havre de sûreté, de stabilité et de permanence des situations juridiques. Plus généralement, on peut tenter de définir la sécurité juridique comme une garantie ou une protection tendant à exclure, du champ juridique, le risque d'incertitude ou de changement brutal dans l'application* »[10]. Ainsi, la sécurité juridique traduit deux exigences. D'une part, une exigence sociale en ce qu'« *elle constitue un outil d'organisation sociale : il n'est point de société stable sans appareil normatif fixant à chacun, de manière sûre, les règles auxquelles il est soumis* »[11]. D'autre part, une exigence économique. En effet, « *l'impératif de sécurité juridique (…) intéresse au plus haut point la vie de l'entreprise. (…). Le flou qui, parfois, entoure ces paramètres juridiques [modalités d'exercice du pouvoir, protection des salariés], rendant difficile la compréhension de la règle posée, démultiplie le risque d'erreur, facteur d'annulation d'accords, d'engagement de responsabilité… et de redressements fiscaux ou sociaux (…)* »[12]. Grâce à cette définition, nous pouvons mettre en évidence les

[9] V. notamment, A. CRISTAU, « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, doct. p. 2814 ; P. CASSIA, « La sécurité juridique, un nouveau principe général du droit aux multiples facettes », *D.* 2006, chr. p. 1190 ; A. MET-DOMESTICI, « La sécurité juridique : consécration nouvelle d'une exigence ancienne. Précisions sur les enjeux de la reconnaissance par le Conseil d'Etat du principe de sécurité juridique », *RRJ* 2007-4, p. 1873.

[10] M. KDHIR, « Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ? », *LPA.* 16 août 1993, p. 9 s., spéc. p. 9.

[11] B. TEYSSIE, « L'impératif de sécurité juridique », *in Le monde du droit*, écrits rédigés en l'honneur de J. FOYER, Economica, 2008, p. 985 s ., spéc. p. 986.

[12] *Ibidem.*

conditions principales qui permettent de parvenir à la sécurité juridique. Il s'agit notamment de « *la stabilité et l'incontestabilité, la garantie, la protection, la permanence, l'assurance, la certitude et la confiance* »[13]. Ces différentes conditions pouvant être rassemblées au sein de deux objectifs primordiaux : la prévisibilité et la cohérence[14].

3. Prévisibilité et cohérence. Le premier objectif de prévisibilité « *ne peut être satisfait que dans la mesure où les justiciables sont en mesure de prévoir les solutions susceptibles d'être admises* ». « *L'individu, pourvu de cette faculté de déduire un événement futur à partir de l'analyse de la situation du présent, dispose d'un atout considérable : celui d'orienter son comportement en fonction des effets attendus avec la ferme conviction qu'ils surviendront (…). Lorsqu'elle se trouve garantie dans l'ordre juridique, la prévisibilité conforte la nature du droit puisque ce dernier se veut le triomphe de la stabilité sur le mouvement* »[15].

Le second objectif de cohérence est plus problématique à définir. Tout système juridique est par principe complet et tend par essence à l'homogénéité[16]. Dès lors, il semblerait inopportun, voire inutile, de s'intéresser à sa réorganisation puisqu'il postule sa cohérence interne. Pourtant, on ne peut nier qu'à tout instant, apparaissent dans ce système des controverses au sein de la doctrine, des divergences dans la jurisprudence, des lacunes dans la loi, voire parfois quelques contradictions entre les règles. On pourrait objecter que ce désordre n'est que temporaire ou qu'exceptionnel. Néanmoins, il est bien réel et parfois plus persistant qu'on ne le voudrait. En témoignent « *l'émiettement du droit* »[17], sa parcellisation, sa complexification ou son inflation[18]. On s'aperçoit alors que la cohérence du droit constitue bien un impératif primordial de l'organisation du système juridique qui reste à atteindre[19].

Le principe du nécessaire respect de cette cohérence étant acquis, il reste à définir ce qu'il recouvre. Il se trouve que son contenu est difficile à cerner, car la cohérence du droit constitue une notion floue, rarement définie et susceptible de se prêter à des acceptions très diverses[20]. Afin de définir la cohérence, on pourrait la rattacher à une autre notion qui est celle de l'ordre. En effet, un système cohérent peut s'entendre d'un système ordonné. L'ordre se définit alors comme « *une*

---

[13] B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, p. 151 s., spéc. p. 151.

[14] M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Dalloz, 4ème éd., 1986, rééd 2001, n° 151, p. 185. Pour Villey, « *le progrès du droit est d'atteindre au maximum de cohérence : soit pour procurer la sécurité, la certitude des sentences, soit encore l'efficacité du contrôle social* ».

[15] P. MUZNY, « La prévisibilité normative : une notion absolument relative », *RRJ* 2006-1, p. 31 s., spéc. p. 31.

[16] V. J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 1ère éd., 2001, p. 25. Selon l'auteur, « *ce qui caractérise un système, c'est la cohérence des éléments qui le composent* ».

[17] A. TUNC, « Le droit en miettes », article précité.

[18] Cf. *supra* n° 1.

[19] A propos de la cohérence de la responsabilité civile extracontractuelle, v. C. GRARE, *op. cit.*

[20] F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, préface de J. Ghestin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 201, 1988, p. 242, n° 508.

disposition méthodique, un arrangement des choses classées d'après certains rapports, certaines convenances, certaines qualités juridiques »[21]. Dès lors, pour obtenir un système cohérent de normes, il est nécessaire qu'au terme du processus d'interprétation, les règles de droit, et par là même les actions auxquelles elles donnent naissance, s'ajustent parfaitement les unes aux autres. Or, cet ajustement n'est possible que si chacune des actions conserve son effectivité et son efficacité. Dans le premier cas, il s'agit de vérifier que l'exercice d'une action n'empêche pas l'autre action d'avoir un effet concret[22]. Dans le second cas, il faut s'assurer qu'en usant d'une des actions, on ne porte pas atteinte à l'effet que l'on attend de l'autre action[23].

Cohérence et prévisibilité seront donc les maîtres mots de cette étude dont il nous faut dès à présent cerner plus précisément le champ.

4. Champ de l'étude : la responsabilité civile extracontractuelle. Une première précision terminologique s'impose. L'emploi du terme responsabilité extracontractuelle en lieu et place de celui de responsabilité délictuelle a été opéré pour deux raisons. En premier lieu, on constate que les ouvrages récents utilisent volontiers cette dernière expression ce qui illustre l'actualité de cette terminologie[24]. En second lieu, le choix fait par la doctrine d'évoquer une responsabilité extracontractuelle n'est pas toujours anodin, le terme étant considéré comme plus englobant[25]. L'expression de responsabilité extracontractuelle permet d'inclure non seulement la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle fondée sur les articles 1382 et suivants du Code civil, mais également les régimes spéciaux de responsabilité qui transcendent la distinction traditionnelle entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle en réparant les préjudices causés aux victimes qu'elles soient tiers ou parties. Ainsi, le recours traditionnel au terme de responsabilité

---

[21] V. LASSERRE-KIESOW, « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D*. 2006, chr. p. 2279 s. L'auteur rappelle que l'ordre est essentiel dans la pensée juridique parce qu'il est garant de la sécurité juridique.

[22] « Effectivité », *Le Robert*, 2010. On entend par le terme effectif le fait d'avoir un effet concret, positif. L'effectivité étant la qualité qui en découle. Plus précisément, l'effectivité s'entend, en droit, « *du degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles* », « Effectivité », A.-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit,* LGDJ, 2ème éd., 1993.

[23] « Efficacité », *Le Robert*, 2010. L'efficacité s'entend de ce qui produit l'effet attendu. En droit, elle se définit plus spécifiquement comme : « *le mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent* ». « Efficacité », A.-J. ARNAUD, *op. cit.*

[24] V. notamment, M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Droit civil, Economica, t. V., 1ère éd., 2007, p. 2 n° 1 ; Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 15 s., n° 22 ; L. CLERC-RENAUD, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, sous la direction de Ph. Brun, Université de Savoie, 2006 ; J. TRAULLE, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle,* préface de P. Jourdain, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 477, 2007.

[25] Pour une approche assimilant les deux expressions v, notamment, le rapport du Sénat mentionnant que « *la responsabilité délictuelle est encore appelée responsabilité extracontractuelle* », A. ANZIANI et L. BETEILLE, *Rapport du groupe de travail sur la responsabilité civile de la Commission des lois du Sénat*, précité, p. 14. Pour une approche considérant l'expression de responsabilité extracontractuelle comme plus englobante : v., notamment, M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 2 n° 1 ; Ph. BRUN, *op. cit.*, loc. cit.

délictuelle ne rendrait plus aujourd'hui compte de la réalité du droit positif. C'est pourquoi nous avons choisi, nous aussi, d'adopter cette expression.

5. Définition de la responsabilité civile extracontractuelle par ses fonctions. Traditionnellement, la responsabilité civile extracontractuelle est définie comme l'obligation de réparer les préjudices que l'on cause à autrui[26]. Pourtant, cette définition trop sommaire ne rend pas réellement compte de tous les aspects du concept de responsabilité civile extracontractuelle puisqu'elle laisse penser que celle-ci n'aurait qu'une fonction réparatrice. Or, une seconde fonction, dite normative, doit lui être ajoutée : celle de dissuader les comportements dommageables[27]. Cette dernière fonction serait aujourd'hui en phase d'évolution avec l'apparition en droit français de techniques propres aux législations étrangères telles que les dommages et intérêts punitifs[28]. Pareillement, l'effet préventif de cette responsabilité dissuasive

---

[26] Ph. BRUN, *op.cit.*, p. 1 n° 1 ; M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 1 n° 1 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, *op. cit.*, n° 22 p. 9 ; Ph. MALINVAUDet D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Manuel, Litec, 11ème éd., 2010, p. 415, n° 523 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 67, n° 61

[27] A propos des fonctions de la responsabilité civile, v. notamment Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 9 s., n° 12 s. ; M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 1 s. n° 1 s. Plus précisément, à propos de ce rôle prophylactique de la responsabilité civile, v. A. TUNC, « Les problèmes contemporains de la responsabilité délictuelle », *RIDC* 1967, p. 757 ; du même auteur, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », *in Aspects nouveaux de la pensée juridique,* Mélanges offerts à M. Ancel, éd. A. Pédone, 1975, t. II, p. 407.

[28] V. Notamment, L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Paris, A. Rousseau, 1904 ; du même auteur, « Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du 20ème siècle », *in Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, Mélanges G. Ripert, LGDJ, 1950, t. II, p. 249 ; B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée,* préface de M. Picard, éd. L. Rodstein, 1947 ; M. CREMIEUX, « Réflexions sur la peine privée moderne », *Etudes P. Kayser*, PUAM., 1979 p. 201 ; S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée,* préface de G. Viney, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 250, 1995 ; A. JAULT, *La notion de peine privée,* préface de F. Chabas, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 442, 2005 ; C. GRARE, *op. cit.*, n° 297 ; B. MAZABRAUD, *La peine privée, aspects de droit interne et international,* Thèse Paris II, 2006 ; S. PIEDELIEVRE, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », *Resp. civ. Ass.*, H.S., Juin 2001, p. 68 ; *Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages,* colloque Paris V, organisé sous la direction de M. Béhar-Touchais, *LPA.* n° spécial, 20 nov. 2002 ; G. VINEY, « Quelques propositions de réforme de la responsabilité civile », *D.* 2009, chr., p. 2944 spéc. p. 2945 ; O. BOSKOVIC, « Les dommages et intérêts en droit international privé. Ne pas manquer une occasion de progrès », *JCP. G*. 2006, I 163.

Pour une application de cette théorie : Cass. 1ère civ., 1er décembre 2010, *Resp. civ. Ass*. 2011, comm. n° 100 ; dans la même revue, étude n° 5, par V. WESTER-OUISSE ; *JCP. G.*, 2011, chr. n°11, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *D.* 2011, p. 423, note F.-X. LICARI. Dans cet arrêt, la Cour de cassation admet qu'une décision étrangère qui accorde des dommages et intérêts punitifs peut obtenir l'exéquatur, car ces dommages punitifs ne sont pas contraires à l'ordre public. Pour autant, la porte ne semble ici qu'entrouverte par la Cour de cassation puisqu'en l'espèce elle refuse l'exéquatur en tenant compte du fait que le montant alloué au titre des dommages et intérêts est manifestement disproportionné au préjudice subi et au manquement aux obligations contractuelles.

Dans une approche prospective, on note que l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité prévoit la possibilité d'accorder des dommages et intérêts punitifs en cas de faute

serait aussi renouvelé par de nouveaux principes tels que le principe de précaution[29]. Ces différents rôles attribués à la responsabilité civile ont pour conséquence de venir accroître les normes chargées de les assurer, favorisant la complexification de la matière. En dehors des fonctions de la responsabilité civile, la définition de cette dernière peut aussi passer par la détermination de son champ d'application.

6. Champ d'application de la responsabilité civile extracontractuelle. On reconnaît classiquement l'existence de trois faits générateurs de dommages[30]. Le premier, le plus ancien, est le fait personnel posé par l'article 1382 du Code civil qui dispose que « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Les deux suivants, le fait des choses et le fait d'autrui, sont présents dans l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil qui prévoit que l'« *on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* »[31]. Plus récemment, et pour certains auteurs, il serait possible de

---

manifestement délibérée, et notamment en cas de faute lucrative. P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, rapport à M. Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, p. 162, article 1371.

[29] C. THIBIERGE, « Libres propos sur l'évolution de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », *RTD. civ.* 1999, p. 561 ; du même auteur, « Avenir de la responsabilité civile, responsabilité de l'avenir », *D.* 2004, chr., p. 577 ; C. RADE, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile, l'impasse », *D.* 1999, chr., p. 313 ; du même auteur, « Le principe de précaution ; Une nouvelle éthique de la responsabilité ? », *RRJ* 2000, p. 75 ; M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préface de C. Thibierge, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 444, 2005 ; C. GRARE, *op. cit. ;* P. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution* ; rapport au Premier ministre, La documentation française, éd. O. Jacob, 2000 ; *Le principe de précaution*, colloque CRDP Paris I, *LPA.* 30 novembre 2000 ; G. MARTIN, « Précaution et évolution du droit », *D.* 1995, chr. p. 300 ; J.-P. DESIDERI, « La précaution en droit privé », *D.* 2000, chr. p. 238 ; A. GUEGAN, « L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile », *RJE.* 2000, p. 147 ; P. SARGOS, « Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relations médecin-patient », *JCP. G.* 2000, I. 226 ; D. MAZEAUD, « Responsabilité civile et précaution », *in la responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle*, Resp. civ. A.ss., H.S., juin 2001, p. 14.
Le principe de précaution a été consacré par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement dans son article 5. Ce principe impose aux autorités publiques, « *lorsque la réalisation d'un dommage bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement* » de veiller « *à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures probatoires proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* ».

[30] Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 179 s. n° 280 s. ; M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 115 s. n° 103 s. ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, n° 553, p. 439 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 109, n° 96 ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, Cours, droit privé, 9ème éd., 2010, p. 194, n° 233,. Pour une autre présentation : Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, *op. cit.*, n° 47 s. p. 27 s. Les auteurs constatent l'existence de deux faits générateurs, la faute et le risque, puis ils évoquent la présence de responsabilités complexes : responsabilité du fait d'autrui, responsabilité du fait des choses et responsabilité du fait des actes collectifs.

[31] Cf. *infra* n° 49, 69 s. et n° 100.

reconnaître l'existence d'un quatrième fait générateur : le trouble de voisinage. M. Philippe Brun constate ainsi que « *loin d'en faire un droit d'exception, la jurisprudence l'a au contraire fondé sur un principe général, qu'elle n'hésite pas à viser en lui-même, et qui semble bien avoir aujourd'hui pris sa place, parmi les normes de portée générale régissant la responsabilité extracontractuelle* »[32]. Autonome par rapport aux autres faits générateurs de responsabilité, il paraît souvent difficile à classer tant ses liens semblent forts avec la responsabilité du fait des choses[33]. Pour autant, son originalité ne saurait être déniée, de sorte qu'il sera étudié ici comme un quatrième fait générateur.

Si la responsabilité civile extracontractuelle peut se définir à l'aide de ses fonctions ou de ses faits générateurs, il reste un point à éclaircir : celui de savoir comment identifier, parmi l'ensemble des normes existantes, une norme de responsabilité civile.

7. Critère d'identification d'une norme de responsabilité civile. Ce critère d'identification pourrait trouver sa source dans la fonction primaire de la responsabilité : la réparation. A l'origine, les règles de la responsabilité civile ont été instituées afin d'identifier le responsable du dommage redevable de la réparation. Ainsi, le critère retenu est celui de l'existence d'un responsable désigné en application des règles de la responsabilité civile. Le responsable, personne physique ou morale, est reconnu comme tel du fait de son aptitude à répondre du dommage. *A contrario*, tous les tiers payeurs qui ne sont tenus à indemnité qu'en vertu de la solidarité nationale et de la volonté d'assurer aux victimes de certains préjudices une indemnisation automatique, sans rechercher de responsabilité, ne sont pas des responsables. Dès lors, sont exclues des règles de la responsabilité civile, les régimes d'indemnisation des préjudices établis en vue de la réalisation de certains risques sociaux et garantis par des fonds d'indemnisation. Parmi eux, on trouve le Fonds de Garantie des Assurances Obligatoires (FGAO) qui indemnise notamment les accidents de chasse ou de la circulation, l'Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales (ONIAM), ou encore le Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante (FIVA). « *Dans toutes ces hypothèses, l'organisme payeur est déterminé sur la base de considérations étrangères à la situation dommageable. Le droit ne désigne pas un responsable, mais un simple débiteur d'indemnisation* »[34].

---

[32] Ph. BRUN, *op. cit.* p. 318, n° 489.

[33] Cf. *infra* n° 169.

[34] P. JOURDAIN, « Du critère de la responsabilité civile », *Etudes offertes à G. Viney*, LGDJ 2008, p. 553, spéc. p. 556. Dans le même sens, F. LEDUC, « L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux », art. précité, spéc. p. 51. L'auteur indique que, si la responsabilité civile suppose la désignation d'un responsable, c'est-à-dire quelqu'un dont l'activité peut être reliée par un lien de cause à effet à la situation dommageable, les dispositions qui mettent en place un mécanisme d'indemnisation se contentent de désigner un « *payeur (…) totalement étranger à la situation dommageable* ».

Si ce premier critère permet d'exclure des règles de la responsabilité civile les régimes d'indemnisation, d'autres critères viennent encore en affiner le champ de compétence. Parmi eux, M. Patrice Jourdain propose le critère du lien de rattachement du dommage au responsable[35]. Pour parvenir à ce choix, l'auteur commence par écarter les deux autres critères couramment employés : celui de l'illicéité et celui de la causalité. Il retient que le premier est trop étroit dans la mesure où certains régimes consacrent une responsabilité pour des activités même licites. Il cite, à titre d'exemple, l'article 1362, alinéa 1er, du projet Catala qui prévoit la responsabilité de l'exploitant d'une activité anormalement dangereuse, licite ou non[36]. Quant au critère de causalité, il est lui aussi problématique. Il est également jugé trop étroit, lorsqu'il s'agit de tenir compte de responsabilités indirectes où le responsable est désigné non pas pour son propre fait, mais du fait des choses ou du fait d'autrui et trop large puisque la causalité est aussi exigée dans le cadre des régimes d'indemnisation.

Partant de ces constats, M. Jourdain propose d'utiliser le critère du lien de rattachement. Ce dernier désigne la relation nécessaire entre l'activité du responsable et le dommage. Ainsi, le responsable, sans être forcément la cause du dommage, doit par son comportement, par l'activité qu'il déploie ou par l'autorité et les pouvoirs qu'il exerce, être pour quelque chose dans sa survenance. « *Précisons. S'il en est l'auteur, le régime de la réparation sera incontestablement un régime de responsabilité civile. Sinon, si le dommage a été causé par le fait d'une personne ou d'une chose, on sera encore en présence d'une responsabilité civile si le débiteur est désigné en raison des relations qu'il entretient avec l'auteur direct ou avec la chose cause du dommage, c'est-à-dire avec le fait générateur* »[37]. Que penser alors des régimes qui écartent les causes traditionnelles d'exonération comme la force majeure ?[38] Ces régimes sortent-ils du domaine de la responsabilité civile ? On pourrait penser que oui, dans la mesure où si la force majeure est démontrée cela tend à prouver que celui dont on recherche la responsabilité n'est en fait pour rien dans la réalisation du dommage. Or, dans un régime qui rejette la force majeure comme cause d'exonération, on pourrait conclure qu'il n'y aurait aucun lien de rattachement entre le débiteur de la réparation et le dommage. Donc, il ne pourrait s'agir d'un régime de responsabilité[39]. Toutefois, l'auteur considère que dans ces régimes, le débiteur n'est pas étranger au processus dommageable, quand bien même il y aurait force majeure ; peu importe que le dommage puisse ne pas avoir sa cause principale dans le fait du responsable s'il peut cependant être rattaché au responsable. « *Ce qui compte, c'est que, d'une façon ou d'une*

---

[35] P. JOURDAIN, art. précité, p. 557 s.

[36] P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, rapport à M. Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, p. 179.

[37] P. JOURDAIN, art. précité, p. 558.

[38] On songe par exemple au régime de responsabilité des exploitants d'aéronefs (L. 141-2 du Code de l'aviation civile ou de téléphériques (loi du 8 juillet 1941).

[39] P. JOURDAIN, art. précité, p. 559.

autre, le responsable ait été à la source (même non causale) du fait dommageable par son comportement, sa situation ou ses pouvoirs »[40]. Des régimes, tels que celui de l'exploitant de l'aéronef, sont bien des régimes de responsabilité civile, cet exploitant étant au moins l'initiateur de l'activité dommageable. Pareillement, M. Jourdain constate que la loi Badinter sur les accidents de la circulation a bien institué un régime de responsabilité civile. Selon l'auteur « *qu'il s'agisse du conducteur ou du gardien, l'un et l'autre sont à l'origine des risques de la circulation routière et, même si leur véhicule n'est pas la cause des dommages, ils ont au moins contribué, par l'implication de celui-ci dans l'accident, à la réalisation des risques* »[41]. Il en conclut alors qu'il s'agit d'un régime hybride d'indemnisation, par l'esprit de la loi, et de responsabilité, par la technique juridique employée[42].

Finalement, en définissant la responsabilité civile par ses fonctions, son contenu et ses critères, on ne peut que confirmer le nombre important de régimes qui entrent dans son giron. Il paraît alors nécessaire d'essayer à ce stade d'opérer une première distinction entre ces régimes afin de mieux cerner le contenu de la responsabilité civile extracontractuelle. A cette fin, il est possible de s'interroger sur la nature des normes et notamment sur une opposition bien connue des juristes entre droit commun et droit spécial.

8. Dialectique traditionnelle du droit commun et du droit spécial. Il ne s'agit pas ici de tout dire sur cette question puisque la différenciation entre le droit commun et le droit spécial est au cœur de notre recherche et trouvera dès lors plus sa place dans le corps de l'ouvrage. Cependant, certains éléments généraux peuvent déjà être évoqués, car ils serviront de base à une réflexion plus spécifique au droit de la responsabilité civile extracontractuelle.

9. Origines de la dialectique : bref aperçu. La distinction entre le droit commun et le droit spécial paraît remonter à Aristote[43]. Le *jus commune* romain désigne avant tout le *jus gentium*, un droit commun à tous les hommes parce que fondé sur la raison commune : le droit naturel[44]. C'est ce même sens que l'on retrouve

---

[40] P. JOURDAIN, art. précité, p. 560.

[41] P. JOURDAIN, art. précité, p. 561. Dans le même sens : J. HUET, « Pourquoi fallait-il en France une loi sur l'indemnisation des dommages consécutifs aux accidents de la circulation », *in Responsabilité et assurance*, Mélanges R.-O. Dalcq, Larcier Bruxelles, 1994, p. 293, spéc. p. 308.

[42] Comp. F. LEDUC, art. précité, loc. cit. L'auteur admet que la distinction présentée entre régimes d'indemnisation et régimes de responsabilité connaît ses limites dans la mesure où certaines dispositions peuvent être analysées comme formulant un régime mixte, entre la responsabilité et la garantie.

[43] M. VILLEY, « Deux conceptions du droit naturel dans l'Antiquité », *Rev. hist. Dr.* 1953, p. 485.

[44] M. VILLEY, art. précité, loc. cit. ; P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, 8ème éd., 1929, rééd. 2003, p. 2-3, qui souligne qu'au sens le plus précis, le *jus gentium* est le droit qui s'applique dans l'Etat romain, à la fois aux citoyens et aux étrangers, mais qu'on y voit aussi, dans un sens plus vague, le droit qui, se trouvant à l'identique chez tous les hommes, serait commun à ceux-ci, le *jus gentium* étant alors désigné par certains comme le *jus naturale* ou le *jus commune.*

au Moyen Age, en France, où le droit commun renvoie le plus souvent au droit romain. On vise aussi par ce terme des adages et des principes généraux qui, dans bien des cas, n'ont rien de spécifiquement romain. Le droit commun représente ainsi l'expression de la raison écrite, c'est-à-dire d'un ensemble de règles valable pour l'ensemble du Royaume[45]. Ce droit s'oppose alors aux statuts et coutumes particuliers à certaines villes ou à certaines provinces. Après le XVIe siècle – plus particulièrement à partir de Dumoulin[46] –, la notion devient un instrument d'unification politique. Le droit commun est coutumier[47]. L'objectif est d'extraire des coutumes un droit commun de la France. La coutume de Paris est, par exemple, un des modèles de cette entreprise unificatrice[48]. Le droit commun désigne finalement le droit propre à un territoire donné.

Le Code civil effectue en 1804 la transaction unificatrice entre les coutumes et le droit commun et emporte ainsi un glissement de la notion de droit commun[49]. Le référentiel choisi n'est plus le territoire, mais une matière, considérée comme servant de « *matrice* »[50] à toutes les autres divisions du droit. La notion de droit commun quitte « *le territoire géographique pour se réfugier dans le territoire idéel* »[51]. C'est le droit civil qui est alors reconnu comme le droit commun[52].

---

[45] P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, Albin Michel, 1985, p. 139 s. ; M.-F. RENOUX-ZAGAME, « La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés », *Rev. d'hist. des facultés de droit et de la science juridique*, 1990, p. 133 ; du même auteur « Le droit commun européen entre histoire et raison », *in L'Europe et le droit*, Droits, n° 14, 1991, p. 27 ; P. PETOT, « Le droit commun en France selon les coutumiers », *Rev. historique de droit français et étranger,* 1961, p. 414 ; J.-L. THIREAU, « Droit commun », *in dictionnaire de la culture juridique,* D. Alland, S. Rials (dir.), Paris, PUF, 2003, p. 446 ; B. PARADISSI, « Notes critiques sur le problème du droit commun », *Rev. historique de droit français et étranger*, 1980, p. 423 ; J.-L. HALPERIN, « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *RIDC* 2000, p. 717 ; J. GAUDEMET, « Du *ius commune* au droit communautaire », *in Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz, 2000, p. 1011.

[46] Dumoulin entend trouver dans les différentes coutumes des principes communs et souhaite qu'une concorde se réalise entre les différentes coutumes dont il fustige la diversité (*Oratio de concordia et unione consuetudinim FranciRTae*, Discours sur la concorde et l'union des coutumes en France).

[47] P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, *op. cit.,* p. 139 ; M.-F. RENOUX-ZAGAME, « La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés », art. précité loc. cit. ; du même auteur « Le droit commun européen entre histoire et raison », art. précité, loc. cit. ; P. PETOT, art. précité, loc. cit. ; J.-L. THIREAU, « Droit commun », art. précité, loc. cit. ; B. PARADISSI, art. précité, loc. cit. ; J.-L. HALPERIN, art. précité, loc. cit. ; J. GAUDEMET, art. précité, loc. cit. .

[48] Bourjon fait notamment de la Coutume de Paris le droit commun de la France, il publie en 1747 *Le droit commun de la France et la Coutume de Paris*. V. P. OURLIAC et J.-L. GAZZANIGA, *op. cit.,* p. 161 ; J.-L. THIREAU, « Droit commun », art. précité, loc. cit. ; G. LEYTE, « Le droit commun de la France. Observations sur l'apport des arrêtistes », *in Naissance du droit français,* Droits, n° 38, 2003, p. 53.

[49] J.-P. CHAZAL, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *in Etudes de droit de la consommation, Liber amicorum* Jean Calais-Auloy, Paris, Dalloz, 2004, p. 279 s., spéc p. 284.

[50] J.-P. CHAZAL, art. précité, spec. p. 284.

[51] J.-P. CHAZAL, art. précité, spec. p. 285.

[52] Pour une assimilation du droit civil au droit commun, v. par exemple J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, t. 4, Paris, PUF, 22ème éd., 2000, n° 3, p. 18 ; F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Précis, Dalloz, 8ème éd., 2009, p. 92, n° 104 ; Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale*, Defrénois, 3ème éd., 2009, p. 53, n°64 ; J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes*

Pour autant, la dualité du terme n'est pas morte. D'abord remise en cause en 1804, l'idée d'un droit commun territorial revient au goût du jour avec la perspective de l'harmonisation européenne[53]. L'idée d'un *jus commune* renaît, permettant de redécouvrir la fonction politique du droit commun « *puissant ciment social* »[54].

10. Rapports entre droit commun et droit spécial. Une fois mises en évidence les origines de la notion de droit commun, il nous faut, pour mieux comprendre celle-ci, nécessairement envisager ses rapports avec le droit spécial, les deux formant un tout. Or, il apparaît que l'opposition entre droit commun et droit spécial constitue la base de nombreuses réflexions doctrinales[55]. On en retire alors plusieurs enseignements.

Le droit commun connaît des acceptions diverses. En voici quelques-unes tirées de la doctrine. Le droit commun serait « *une méthode qui crée ses instruments en même temps qu'elle les met en œuvre* »[56] ; « *par droit commun, il conviendrait d'entendre les dispositions qui s'appliquent de façon générale, chaque fois qu'une règle particulière n'y déroge pas* »[57] ; le droit commun serait le droit auquel on se réfère pour trancher le litige en l'absence de règle spéciale[58] ; le droit commun réunirait « *toute disposition*

---

fondamentaux du droit civil, Paris, Sirey, 13ème éd., 2010, n° 49, p. 37 ; J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 1ère éd., 2001, p. 191 ; B. SAINTOURENS, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, sous la direction de J. Derrupé, Bordeaux I, 1986, n° 34, p. 71 et n° 135 s. p. 191 s.

Cette assimilation n'est pas sans limites puisqu'en définitive tout dépend en réalité du référentiel choisi. On le verra la notion de droit commun étant relative, un texte peu, même s'il est hors du Code civil, être considéré comme du droit commun par rapport à un autre texte. Ainsi, on peut considérer le droit commercial comme du droit commun par rapport au droit bancaire (…).

[53] J.-P. CHAZAL, art. précité, p. 287 ; M. F. RENOUX-ZAGAME, « Le droit commun européen entre histoire et raison », art. précité, p. 27 s. ; J.-L. THIREAU, « Droit commun », art. précité p. 445 ; J. GAUDEMET, art. précité, n° 1133, p. 1011 s. V. Pour une perspective plus large : M. DELMAS-MARTY, « Réinventer le droit commun », *D.* 1995, chr., p. 1.

[54] C. GOLDIE-GENICON, C*ontribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préface de Y. Lequette, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 509, 2009, p. 5 n° 2. Pour une critique du rapprochement entre *jus commune* et droit communautaire v. B. OPPETIT, « Droit commun et droit européen », *in L'internationalisation du droit,* Mélanges en l'honneur d'Y. Loussouarn, Paris, Dalloz, 1994, p. 311 s., spéc. p. 313. L'auteur estime que l'esprit qui les anime et les méthodes que chaque droit emploie diffèrent.

[55] V. notamment dans une perspective généraliste : R. GASSIN, art. précité, loc. cit. ; J.-P. CHAZAL, art. précité, loc. cit. ; F. POLLAUD-DULLIAN, « Du droit commun au droit spécial – et retour », *in Aspects actuels du droit des affaires*, mélanges en l'honneur d'Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 925 ; F. GRUA, « Les divisions du droit, *RTD. civ.* 1993, p. 59 ; B. SAINTOURENS, *op. cit.* Et, pour une approche spécialiste, M. POUMAREDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, sous la direction de C. Saint-Alary-Houin, Toulouse I, 2003 ; L. CLERC-RENAUD, *op. cit.* ; C. GOLDIE-GENICON, *op. cit.*

[56] M. F. RENOUX-ZAGAME, « La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés », art. précité, p. 144.

[57] F. POLLAUD-DULLIAN, art. précité, p. 934.

[58] J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Sirey, 13ème éd., 2010, n° 49, p. 21.

dont l'objet ou le domaine d'application est soit indéfini soit défini, mais servant de texte de référence à des dispositions à objets plus restreints »[59]. En comparant ces conceptions du droit commun, qu'il semble possible de multiplier à l'infini, on remarque que certains traits ressortent. Le droit commun se définit par son contenu très vaste, c'est par là qu'il se confond avec le droit général, mais aussi par ses fonctions, à la fois théoriques, comme référent, et pratiques, pour pallier les carences du droit spécial. Par opposition, le droit spécial est alors celui qui, attaché à une matière déterminée, s'appuie sur les notions contenues dans le droit commun pour être applicable.

Les deux notions de droit commun et de droit spécial sont alors bien souvent mises en miroir avec celles de lois générales et de lois spéciales. On entend, traditionnellement, par lois spéciales, celles qui donnent une règle particulière à une série de cas déterminés. Par opposition, les lois générales déterminent les règles applicables à tous les cas qui composent un genre donné de rapports juridiques. Il existe ainsi un lien de filiation entre la loi générale et la loi spéciale, que cette dernière prolonge la première ou qu'elle s'en sépare. C'est donc en mettant la loi spéciale en tension avec la loi plus générale qu'il est possible de comprendre ce que recouvre chacune de ces deux notions.

Au moment de s'interroger plus spécifiquement sur le contenu du droit commun et du droit spécial, c'est de nouveau la très grande relativité de la distinction qui ressort. On remarque ainsi qu'un droit peut faire figure de droit commun, droit référentiel au regard d'un autre droit alors désigné comme spécial, mais peut aussi être considéré comme du droit spécial par rapport à un droit plus général encore. Il existerait, par exemple, un droit commun et un droit spécial des sociétés. Le premier concernant les règles organisant la naissance et la vie des sociétés en général, le second concernant plus spécifiquement les règles propres à chacune des formes de sociétés (EURL, SA, SARL…)[60]. Or, le droit civil pourrait être considéré lui-même comme le droit commun du droit des sociétés. « *En fonction de la question posée, le droit commun peut se trouver dans les règles d'un droit spécial par rapport à un droit encore plus spécial qui en dérive* »[61].

On retrouve alors cette distinction en droit de la responsabilité civile extracontractuelle.

11. Du droit commun au droit spécial en droit de la responsabilité civile. Les concepts de régimes de droit commun et de régimes spéciaux ont longtemps été ignorés de la responsabilité civile. Historiquement, le système de responsabilité est très fragmentaire[62]. Le droit romain s'appuie, en effet, sur une liste de délits spéciaux qui donnent généralement lieu à des actions à caractère à la fois répressif et

---

[59] B. SAINTOURENS, *op. cit.*, p. 17.

[60] Pour une présentation en ce sens : A Constantin, *Droit des sociétés, droit commun et droit spécial des sociétés*, Mémento Dalloz droit privé, 2010.

[61] F. POLLAUD-DULLIAN, art. précité, p. 935.

[62] J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis droit privé, Dalloz, 2ème éd., 2010, p. 917 s., n° 610 s.

compensatoire, sans qu'il soit question d'exprimer un principe général de responsabilité visant toute espèce de dommage causé à autrui. Parmi ces délits, on distingue entre ceux qui constituent des atteintes aux personnes nommés *iniuria* et ceux qui sont relatifs aux atteintes aux biens. Dans la loi des XII tables, trois faits surtout se trouvent visés comme faisant partie de l'*iniuria* : le *membrum ruptum* ou membre amputé c'est-à-dire toute blessure, à quelque partie du corps qu'elle ait été causée ; l'*os fractum* ou os brisés ; l'*iniuria* ou violence légère. Deux faits rentrent dans les atteintes aux biens : le *damnum* correspondant aux dommages causés aux biens sans que le coupable en retire le moindre profit ; le *furtum* ou vol. Des distinctions plus précises sont alors effectuées. Au sein du *damnum*, existe l'action *de arboribus succissis* lorsque l'on coupe les arbres d'autrui, l'action *aedium incensarum*, en cas d'incendie d'édifices, et l'action *de pastu*, contre celui qui mène pâturer des bestiaux sur le terrain d'autrui. A côté de ces délits, que l'on peut rapprocher aujourd'hui de la responsabilité du fait personnel, apparaît la première idée, encore fruste, de ce qui deviendra la responsabilité du fait des tiers ou des animaux. Pour les délits commis par les personnes en puissance, fils de famille ou esclave, sont prévues les actions noxales et, pour les dommages causés par les animaux, l'action de paupérie. Par la suite avec la loi Aquilia (IIIe siècle avant J.-C.), une tentative est faite de généraliser les actions en en étendant le champ d'application. Mais, l'aboutissement de cette généralisation n'aura lieu qu'avec la rédaction du Code civil et de son article 1382. Les rapports du Tribunat, les discours du Corps législatif y voient « *une des premières maximes de la société* », un « *grand principe d'ordre public* »[63]. Pour autant, en France comme ailleurs, on parle encore très peu de régimes spéciaux et de régimes de droit commun.

12. Des concepts universels. A l'instar de certains régimes juridiques voisins, le droit français de la responsabilité civile s'est peu à peu ouvert aux concepts de régimes spéciaux et de régimes de droit commun. Mlle Geneviève Viney distingue ainsi deux systèmes de responsabilité : les systèmes monistes consacrant un principe général de responsabilité civile et les systèmes pluralistes n'admettant que des délits spéciaux. Elle remarque que les systèmes de responsabilité sont aujourd'hui partagés entre deux traditions : celle de la *Common Law* et celle des pays de droit écrit[64]. La *Common Law* fonctionne à l'aide d'un système pluraliste. Elle connaît une liste limitative de *Torts* nommés et distincts (*trepass*, *battery*, *assault*, *nuisance*, *deceit*, *defamation*, *etc.*) qui sont régis par un corps de règles spécifiques. Les pays de droit écrit sont, au contraire, plus enclins à admettre l'existence de régimes généraux de responsabilité. Toutefois, il faut nuancer cette répartition trop stricte des deux systèmes de responsabilité. En effet, une évolution de ces deux systèmes, dans

[63] J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, p. 948, n° 638.
[64] G. VINEY, « Responsabilité », *in Vocabulaire fondamental du droit*, APD 1990, t. 35, p. 275.

un sens opposé à ce qu'on avait l'habitude de voir, est notable[65]. Ceux de *Common law* tendant vers l'unification et ceux de droit écrit, vers la diversification.

Dans les pays de Common Law, le droit anglais reconnaît le délit de *tort negligence* dont le domaine, particulièrement large, pourrait être le symbole d'une progression vers la généralisation[66].

Entre pays de droit écrit, des différences existent. Le droit allemand de la responsabilité civile se présente, en matière extracontractuelle, comme un catalogue de délits. Ainsi, le premier alinéa de l'article § 823 du BGB offre une première liste des atteintes pouvant donner lieu à une responsabilité pour faute. Ce sont celles qui portent sur la vie, le corps, la santé, la liberté, la propriété ou un droit opposable à tous. Cette liste est complétée par la jurisprudence qui a, entre autres, ajouté les atteintes aux droits généraux de la personnalité (l'intimité, l'honneur, *etc.*). A coté de ces cas de responsabilité pour faute, se trouvent des responsabilités pour faute présumée (responsabilité du fait des préposés, des personnes soumises à surveillance ou des animaux domestiques) et pour risque (responsabilité pour le fait de la circulation routière, pour les produits défectueux)[67]. Ainsi, n'existe-t-il pas en droit allemand de clause générale de responsabilité comparable à l'article 1382 du Code civil[68].

Le droit suisse, quant à lui, est sous-tendu par les deux concepts de régimes de droit commun et de régimes spéciaux. S'agissant des régimes de droit commun, le droit actuel connaît depuis 1881, le régime de « *la clause générale de responsabilité pour faute* » (article 41, alinéa 1 du code des obligations). Récemment, MM. Pierre Widmer et Pierre Wesner ont proposé de poursuivre cette généralisation dans l'objectif d'unifier le droit de la responsabilité[69]. Leur projet consiste à compléter et à

---

[65] J. LIMPENS, R. M. KRUITHOF et A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, « *Liability for one's own Act* », chapitre 2, *in Torts* , A Tunc (dir.), vol. XI, *International encyclopedia of comparative law*, 1979, p. 5 spéc. p. 11 : « *We are witnessing a strange phenomenon, although one commin enough in the history of legal institution – that of two systems of law moving in opposite direction : the CIVIL LAW systems showing signs of diversification and the COMMON LAW systems showing signs of unification* ».

[66] B.-S. MARKESINIS et S.-F. DEAKIN, *Tort law*, Clarendon press, Oxford, 3ème éd., 2008, p. 65 : « *The conceptual structure of negligence is highly flexible and capable of general application* », (« *la structure du tort de negligence est très flexible et capable d'une application générale* ») ; J. LIMPENS, R. M. KRUITHOF et A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, art. précité, loc. cit; Ph. REMY, « Réflexions préliminaires sur le chapitre *Des délits* » *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (dir) F. Terré, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 15 s., spec. p. 27 s.

[67] A. ANZIANI et L. BETEILLE (dir.), *Rapport du groupe de travail sur la responsabilité civile de la Commission des lois du Sénat*, 15 juillet 2009, n° 558, p. 27 s. ; R. SERICK, « La responsabilité civile en droit allemand », *RIDC* 1955, p. 550 s.

[68] Ph. REMY, article précité, p. 30 s.

[69] P. WIDMER et P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif*, Publications de l'office fédérale de la justice, Berne, 2008 ; des mêmes auteurs, *L'avant-projet de loi fédérale de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile*, 2000,
http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht/vn-ve-f.pdf.
Le 21 janvier 2009, le Conseil fédéral a renoncé à ce projet de réforme. Dans un communiqué du 21 janvier 2009, le Conseil avance que « *la consultation a mis en évidence l'impossibilité de trouver un consensus sur la plupart des nouvelles règles proposées. De plus, l'avant-projet est déjà obsolète sur certains*

concrétiser la norme d'imputation de la responsabilité civile posée par l'article 41, alinéa 1 de l'avant-projet. Dans un alinéa 2, ils complètent cet article en énumérant trois chefs d'imputation généraux rattachés à des faits illicites : une responsabilité pour faute (article 48 de l'avant-projet), une responsabilité pour les auxiliaires (article 49 de l'avant-projet) et une responsabilité pour risque (article 50 de l'avant-projet). L'innovation du projet réside donc dans la reconnaissance de deux nouvelles clauses générales de responsabilité faisant abstraction de la faute. Selon les auteurs, « *la consécration dans le droit commun de nouvelles clauses générales devait satisfaire à deux postulats majeurs* » :

- « *éviter à l'avenir la prolifération de dispositions spéciales et par voie de conséquence, de tendre à l'unification du système* »
- « *améliorer les droits de la personne lésée* »[70].

Bien que ce projet n'ait pas abouti, l'idée d'une plus grande généralisation demeure.

S'agissant des régimes spéciaux, de nombreux, codifiés[71] ou non[72], sont présents en droit suisse. Ces dispositions sont spéciales, soit parce qu'elles dérogent à une condition générale, en instituant des cas de responsabilité pour fait licite, soit parce qu'elles se rattachent à un état de fait particulier (fait d'un animal détenu ou détention d'un ouvrage). Concernant les rapports entre les régimes généraux et les régimes spéciaux, les auteurs de l'avant-projet souhaitent réaffirmer et renforcer la vocation générale que les premiers ont en principe déjà dans le droit en vigueur, et en tirer ensuite toutes les conséquences au niveau de la législation spéciale. Cela signifie notamment que les lois spéciales pourraient, à l'avenir, se borner à définir l'état de fait auquel doit se rattacher une responsabilité particulière ; elles n'auraient, au surplus, plus à régler certaines modalités de la responsabilité que dans la mesure où des dérogations aux règles générales se seraient imposées de façon impérative, pour des raisons liées à la spécificité de la situation envisagée[73].

---

points. Le Conseil fédéral ne pense pas que l'institution d'une commission d'experts permettrait d'obtenir un meilleur résultat. La réforme et l'unification de ce domaine du droit sont surtout, estime-t-il, un souhait émanant des milieux universitaires. Le fait que les principes du droit de la responsabilité civile sont souvent non pas fixés dans la loi, mais établi par la jurisprudence ne gêne pas les praticiens. Sur le plan politique, ce ne sont pas les questions de systématique, mais les solutions apportées aux problèmes concrets de la société qui viennent au premier plan. En sont témoins les dispositions plus strictes en matière de responsabilité civile adoptées ces dernières années dansle domaine de la biotechnologie et du génie génétique »,
http://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2009/ref_2009-01-21.html.

[70] P. WIDMER et P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif*, *op. cit.*, spéc n° 1.2.2.1.4.

[71] Articles 333 ou 679 du Code civil ainsi que les articles 55, 56 ou 58 du Code des obligations.

[72] On trouve de nombreuses lois spéciales, comme la loi sur les installations électriques du 24 juin 1902, la loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire datant de 1983, la loi sur les topographies etla loi sur le droit d'auteur datant toutes deux de 1992, *etc*.

[73] P. WIDMER et P. WESSNER, *Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif*, *op. cit.*, spéc n° 1.2.2.1.4.

En droit français de la responsabilité civile, l'utilisation des concepts de régime de droit commun et de régime de droit spécial fut, jusqu'à une époque récente, assez rare. Le régime énoncé par les articles 1382 et 1383 du Code civil fut d'abord consacré comme l'unique régime de droit commun alors que tous les autres n'étaient que des régimes spéciaux[74]. Le législateur, lui-même, ne mentionnait ces termes qu'occasionnellement[75]. Le désintérêt pour ces concepts trouvait sa raison d'être dans le petit nombre de régimes spéciaux alors existant. Or, face au mouvement de spécialisation, accru depuis quelques années, le besoin s'est fait sentir de redonner une unité à la responsabilité civile en coordonnant ces nombreux régimes. C'est par l'emploi de ces concepts que cette unité est alors recherchée. On doit le retour plus marqué de ce vocable aux tribunaux et à la doctrine. Les premiers utilisent les qualificatifs de "commun"[76], de "général"[77] et de "spécial"[78] pour démêler les concours de normes auxquels ils se heurtent. La seconde s'approprie aussi ces termes qu'il s'agisse de repérer les oppositions[79], d'apprécier les rapports entre les régimes[80], de proposer des combinaisons de normes[81] ou d'éradiquer les cumuls[82]. L'objectif est alors de rationaliser les solutions jurisprudentielles et de trouver la bonne voie à suivre dans le labyrinthe des normes de la responsabilité civile.

13. Du régime de droit commun au régime général et du régime spécial au régime particulier. La tendance est aujourd'hui à la démultiplication des concepts. Pour désigner le droit commun, des expressions diverses telles que « régime général », « régime de principe », ou encore « principe général » sont parfois

---

[74] Cass. req., 10 février 1925, *DP* 1925, I. p. 97, note L. JOSSERAND.

[75] On note quelques renvois au droit commun dans la législation. L'article 1384, alinéa 8, du Code civil dispose que les fautes des instituteurs doivent « *être prouvées conformément au droit commun* ». L'article 72 du Code minier prévoit lui aussi un renvoi au droit commun, comme l'article 13 de la loi du 30 octobre 1968 relative à la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire.

[76] V. par exemple, Paris, 17 avril 1992, *Bull. Joly*, 1992, p. 953, note J.-J. DAIGRE. Dans cet arrêt, les juges du fond voient dans l'article 1382 du Code civil le « *droit commun* » ; Riom, 20 mars 1997, *Juris-Data* n° 040744 : selon les juges, l'article 1384, alinéa 1er, *in fine*, du Code civil est le « *droit commun* ».

[77] Paris, 12 mai 2000, *D.* 2000, J., p. 796, note D.D. BOCCARA : les juges du fond qualifient l'article 1382 du Code civil de « *régime général de la responsabilité civile* » ; Cass. 2ème civ., 30 novembre 1988, *Resp. civ. Ass.* 1989, comm. n° 42, chr. n° 5, obs. H. GROUTEL : les juges qualifient l'article 1384, alinéa 1er, *in fine* du Code civil de « disposition générale ».

[78] TGI. Paris, 8 avril 1998, *Juris-Data*, n° 041757 : les juges visent les dispositions spécifiques de la loi du 29 juillet 1881 ; Cass. 2ème civ., 18 novembre 1976, *Bull. II*, n° 312 : les juges qualifient de « *spéciale*s » les règles de l'article L. 141-1 du Code de l'aviation civile.

[79] V. A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Université Jean Moulin, Lyon III, 1975, n° 169 s., p. 345 s.

[80] F. LEDUC, « Les rapports entre les différentes responsabilités du fait d'autrui », *Resp. civ. Ass.*, HS., 2000, p. 19.

[81] R. RODIERE, « Etudes sur la dualité des régimes de responsabilité – Deuxième partie – la combinaison des responsabilités », *JCP*. 1950, I. 868.

[82] J. BORE, « Le cumul de la responsabilité du fait personnel et de la responsabilité du fait des choses », *JCP. G.* 1965, I. 1961 ; M. HAGOPIAN, « Du cumul des présomptions de responsabilité », *GP.* 1941, doct. I., p. 9, spec. p. 10.

employées. Quant au régime de droit spécial, on lui préfère parfois le terme de régime particulier, ou régime spécifique. Le plus souvent, les différentes locutions peuvent être tenues pour des synonymes. Toutefois, il faut marquer, dès à présent, quelques infimes distinctions qui pourront être affinées par la suite. Si le qualificatif de général suffit à comprendre la relation d'un régime avec un autre régime que l'on pourrait dénommer régime spécial, on peut considérer que qualifier un régime, tel que celui de l'article 1382 du Code civil, de droit commun au lieu de se contenter du terme de droit général, à une fonction symbolique. Si le qualificatif de commun n'ajoute que peu à la compréhension de la règle de droit, il tend malgré tout à lui conférer une valeur universelle, en ce qu'elle s'applique à tous, dans toutes les hypothèses[83]. Corrélativement, un régime spécial peut être désigné comme un régime particulier sans que le terme ait une réelle importance. Mais, il peut aussi s'agir de marquer une distinction entre les régimes spéciaux en identifiant des strates de spécialités. Le régime particulier sera alors une espèce du genre plus large que constitue le régime spécial.

Quel que soit le vocable retenu, il s'avère que pris seul, un régime n'est pas un régime de droit général, pas plus qu'il ne peut être un régime spécial.

En somme, pour éviter toute confusion, il s'agit de s'entendre dès le départ sur les termes que l'on souhaite employer. Pour notre part, à ce stade de l'étude, nous retiendrons que les termes de régime général et de régime de droit commun sont synonymes, sauf lorsqu'il s'agira de traduire la valeur symbolique d'un régime de responsabilité, et que la notion de régimes particuliers implique un degré de spécialité supérieur à celle de régimes spéciaux.

14. De la multiplication des régimes spéciaux à la fragilité des concepts. Alors que les concepts de régime général et de régime spécial sont normalement au service de la structuration de la responsabilité civile dans un souci de cohérence et d'unité, on s'aperçoit que la démultiplication des régimes spéciaux nuit à ces objectifs.

Le mouvement naturel du droit est celui de la spécialisation[84]. Il s'agit là du reflet de la complexification croissante de l'organisation économique et sociale, du goût pour le changement et l'immédiateté. C'est ainsi que le droit s'est considérablement étoffé, reconnaissant à chaque dommage particulier son régime, à chaque catégorie professionnelle son droit. Bien que le rattachement au droit commun subsiste, le droit spécial devient plus difficile à saisir et à mettre en œuvre. Il est véritablement le droit des spécialistes ou plutôt du spécialiste de la matière. Chaque branche s'étoffe de quantité de règles et d'interprétations qui lui sont propres. « *L'explication de la règle par le droit commun devient plus délicate et plus*

[83] B. SAINTOURENS, *op. cit.*, n° 16, p. 47 s.
[84] V. notamment F. POLLAUD-DULLIAN, art. précité, p. 927 s.

contestée, la coexistence des règles devient source d'incertitude et de conflits »[85], donc d'insécurité. On parle alors d'« *une tendance régressive* »[86] du droit contemporain.

Pourtant, en même temps que l'on décrie la trop grande spécialisation du droit, c'est au droit commun que l'on reproche d'être trop malléable. On dénonce son « *excessive généralité* »[87]. D'une part, la généralité et l'abstraction de ces régimes n'ont pas permis de prévoir « *des instruments qui (…) permettent aux tribunaux de limiter le champ des responsabilités et de nuancer la protection des victimes en fonction notamment de la nature du dommage invoqué* »[88]. D'autre part, si leur malléabilité leur permet de s'adapter à toutes situations, c'est parfois au prix de leur déformation[89] « *si bien qu'il existe un contraste parfois saisissant entre l'application qui en est faite et leurs énoncés inscrits au frontispice du droit de la responsabilité civile en des termes généraux et abstraits par le législateur et la jurisprudence* »[90]. C'est alors aux régimes spéciaux que tous les mérites seraient attribués, eux qui épousent parfaitement les plis de la réalité.

Finalement, deux visions s'opposent sans qu'il soit réellement possible de trancher. Si l'on peut, indéniablement, trouver du progrès dans la consécration de nombreux régimes spéciaux, on ne peut aussi que louer l'apparition de régimes généraux tels que celui du fait des choses. Sans doute le droit commun rend-il difficile toute prévision et le droit spécial peut-il être perçu comme destructeur de l'unité et de la cohérence, pourtant, la coexistence de ces deux régimes est bien souvent nécessaire. Prenant le parti qu'il n'est pas possible d'échapper à ces deux phénomènes, il ne sera pas question ici de remettre en cause leur légitimité, mais plutôt de s'attacher aux conséquences de cette accumulation de régimes dans le droit de la responsabilité civile et d'essayer d'y remédier.

15. Retour sur l'insécurité en matière de responsabilité civile extracontractuelle. C'est de la coexistence de toutes ces règles de droit commun et de droit spécial que naît l'insécurité juridique. Ce foisonnement des normes implique une hésitation croissante quant à l'identification du fondement sur lequel il convient d'examiner la recevabilité de la demande de la victime[91]. Autrement dit, lorsqu'à

---

[85] F. POLLAUD-DULLIAN, art. précité, p. 929.

[86] B. OPPETIT, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », art. précité, spéc. p. 320.

[87] Ph. REMY, « Critique du système français de responsabilité civile », *in Les métamorphoses de la responsabilité,* Droit et Cultures, 1996- 1, p. 31, spéc. p. 34

[88] G. VINEY, « Pour ou contre un "principe général" de responsabilité civile pour faute ? », *in Le droit privé à la fin du XXème siècle*, Etudes offertes à P. Catala, Litec, 2001, p. 555, spéc. n° 11, p. 562.

[89] H. DUPEYROUS, « Sur la généralité de la loi », *in Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 137, spéc. p. 159.

[90] M. POUMAREDE, *op. cit.*, n° 15, p. 21.

[91] F. LEDUC, « Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil », art. précité, p. 3 ; Ph. BRUN, « Rapport introductif », *in La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle. Bilan prospectif,* Resp. civ. Ass., n ° spécial, juin 2001, chron 1 ; Ph. Le TOURNEAU, art. précité ; F. POLLAUD-DULLIAN, « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », art. précité, spéc. p. 349 ; C. RADE, « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », art. précité, loc. cit.

l'occasion d'un même litige il est possible de faire appel à plusieurs dispositions pour le résoudre, comment déterminer celle qui doit être utilisée ?

16. Rapports existant entre les normes. Pour trouver la norme pouvant résoudre les litiges, il faut commencer par apprécier les relations entre les normes. Or, on constate l'existence de trois rapports possibles entre les normes : un rapport de concurrence donnant lieu à un concours de normes, un rapport de concertation entrainant une conciliation entre les normes et pour finir un rapport d'opposition provoquant un conflit de normes.

Dans le premier cas, les deux normes, bien que poursuivant une finalité commune, peuvent conduire à des solutions divergentes selon la mise en œuvre de leurs conditions. La rencontre de ces normes conduira à une situation de concours. En ce sens, l'article 1382 du Code civil et l'article 1384, alinéa 1er, sont en concours en ce qu'ils tendent tous deux à une même fin, celle de réparer le préjudice subi. Pourtant, les deux ne s'appuient pas sur les mêmes conditions pour être mis en œuvre, il est possible que le recours au premier article empêche la victime qui ne peut prouver la faute d'obtenir réparation, alors qu'elle l'obtiendrait en usant de l'article 1384, alinéa 1er.

Dans le deuxième cas, l'une des deux normes ne peut être utilisée sans l'appui de l'autre, de sorte qu'il est nécessaire de les concilier pour atteindre le résultat voulu. La rencontre de ces deux normes entrainera à une situation de conciliation. Dans cette circonstance, il n'existe aucune contradiction entre les normes : l'une des règles n'est que le prolongement de l'autre, soit qu'elle se contente d'en reproduire la substance, soit qu'elle en précise le régime[92]. Ainsi, les articles 1605 et suivants du Code civil, qui fixent les modalités de la délivrance de la chose vendue, selon qu'il s'agit d'un meuble ou d'un immeuble, viennent compléter les dispositions générales sur la vente (articles 1582 s. du même code). C'est pourquoi il convient d'appliquer ces deux normes de concert. Semblablement, l'article 1138 du Code civil énonce une règle générale pour déterminer à quel moment la propriété est transférée de l'aliénateur à l'acquéreur dans les contrats qui ont pour objet le transfert de propriété. Cette règle générale est reprise par l'article 1583 du Code civil qui énonce une règle spéciale en matière de contrat de vente[93].

Dans le troisième et dernier cas, les deux normes conduisent à des solutions différentes du fait même de leurs finalités divergentes. La rencontre de ces normes

---

[92] *Ibid*

[93] V. aussi, la question de l'articulation entre l'article 4.1 du règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, qualifié de règle générale, qui désigne « *la loi du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit* » et l'article 8 de même règlement, qui prévoit un dispositif particulier, en matière de contrefaçon, en attribuant compétence à « *la loi du pays pour lequel la protection est revendiquée* ». M. Tristan Azzi, considère que « *plutôt que de voir dans la seconde une dérogation à la première, on peut considérer que l'une et l'autre sont complémentaires (…). Dès lors, la localisation du délit au lieu de réalisation du dommage que décrit la première disposition devrait aussi s'appliquer aux situations qui relèvent du champ d'application de la seconde, c'est-à-dire aux contrefaçons* ». T. AZZI, note sous Cass. 1ère civ., 30 janvier 2007, *RCDIP.* oct. déc., 2007, n° 4, p. 769, spéc., p. 777.

provoquera à une situation de conflit. Lorsque l'on évoque un conflit entre deux lois, il s'agit de mettre en avant leur apparente incompatibilité de finalité. L'une défendant, par exemple, la liberté d'expression (loi du 29 juillet 1881) tandis que l'autre vient défendre la présomption d'innocence (article 9-1 du Code civil). L'articulation de ces deux lois devrait donc nécessairement conduire au rejet de la finalité que l'une des deux poursuit. Ainsi, en obligeant les journalistes à respecter le principe de la présomption d'innocence, la seconde loi vient restreindre leur liberté d'expression.

17. Limitation de l'étude au seul cas du concours. Bien que ces trois rapports existent, seul le concours fera l'objet d'une étude approfondie dans le corps de l'ouvrage, et ce, pour deux raisons. Dans les hypothèses que nous souhaitons envisager, les deux normes de responsabilité civile ont la même finalité à savoir la réparation. Il n'est donc pas ici question d'une opposition. Le conflit est donc exclu. La conciliation issue du rapport de concertation entre les normes n'appelle elle que très peu de développements dans la mesure où il est logique d'admettre que lorsque deux normes se trouvent dans un rapport de concertation, il faut les appliquer simultanément au litige. Ne demeure alors que le concours, qu'il nous faut dès maintenant définir avec soin.

18. Signification précise du terme concours. Dans le vocabulaire juridique publié sous la direction de Gérard Cornu, on ne dénombre pas moins de six sens qui peuvent être attribués au terme concours[94] :

- Le concours serait « *la participation à un acte juridique de toutes les personnes dont le consentement est requis* ».
- Le concours désignerait « *la participation, d'une personne à un acte juridique passé par un autre en vue de l'autoriser* ».
- Le concours permettrait d'identifier « *la situation de concurrence existant entre des personnes investies, sans ordre de préférence, de droits de même nature sur une même masse de bien* ».
- On parle de concours à propos de « *procédés de recrutement de la fonction publique tendant à la désignation, par un jury, à la suite d'épreuves appropriées, du ou des candidats aptes à être nommés par l'autorité compétente* ».
- Le concours correspondrait à « *une aide, assistance, participation, contribution* ».
- Enfin, dans certaines expressions, le concours serait assimilable à « *la coexistence, la coïncidence, la concurrence appelée à se résoudre, selon les cas, en cumul ou non-cumul* ».

Les idées de coïncidence, de rencontre et de coexistence paraissent néanmoins communes à toutes ses définitions : « *Quand il y a concours, il a toujours, semble-t-il, convergence de plusieurs droits de même nature, ou de règles de droit ayant la même finalité,*

[94] « Concours », *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, 8ème éd., 2007.

sur un même objet »[95]. Cette convergence d'objet peut alors entraîner, en cas de concours entre les normes, une contradiction. Les deux normes sont toutes deux applicables au même litige, mais leurs conditions, voire leurs résultats, divergent.

19. Deux situations de concours rencontrées. Une fois défini le sens du mot concours, il faut préciser les différentes situations concurrentielles envisagées.

Afin de clarifier le propos, deux adjectifs ont été choisis pour qualifier les concours identifiés à ce stade de l'étude : structurel et conjoncturel. Par le terme structurel, on désigne ce qui est relatif à l'ensemble des éléments qui composent un système. Par le terme conjoncturel, on entend l'ensemble des éléments qui résultent d'un faisceau de circonstances.

Ainsi, le concours sera dit structurel lorsque l'on constate que les deux normes en cause sont en concours du fait même de leur composition interne. La situation de concours va alors naître au moment de la création de la norme la plus récente. Dans ce cas, il semble possible de connaître à l'avance les dispositions qui pourraient entrer en concours. C'est ainsi que l'on admet qu'un concours existe nécessairement entre les dispositions de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil portant sur la responsabilité du fait des choses et celles de l'article 1386 du même code à propos de la responsabilité du fait des bâtiments. Toutes deux applicables aux faits de la chose, elles pourraient permettre de trancher le même litige.

A contrario, le concours sera dit conjoncturel lorsqu'il est impossible d'en définir les termes à l'avance. Ici, les deux normes se retrouvent en concours du fait d'un événement qui leur est extérieur. En définitive, ce sont les faits de l'espèce qui créent la situation de concours. Tel est le cas, dans notre exemple précédent où un mineur conduisant un cyclomoteur cause un dommage après avoir été surpris par un animal[96]. Dans cette situation, il est impossible, avant l'accident, de prévoir qu'un concours pourrait survenir entre la loi Badinter, l'article 1382 du Code civil (responsabilité du fait personnel), l'article 1385 du même code (responsabilité du fait des animaux) et les articles 1384, alinéa 1er et alinéa 4 du même code (responsabilité des parents du fait de leurs enfants).

20. Difficultés posées par les concours de normes (Intérêt du sujet). Dans l'hypothèse précédemment énoncée d'une personne victime d'un dommage qui implique un cyclomoteur et dont l'une des causes est un animal[97], un concours de normes est présent. Les dispositions précitées, l'article 1382, l'article 1384, alinéa 1er et alinéa 4, l'article 1385 et la loi de 1985 sont dans une situation de concurrence. Toutes tendent au même but — la recherche de la réparation de la victime —, mais selon des voies différentes. L'article 1382 nécessite, par exemple, la preuve d'une faute, là où la loi de 1985 n'exige que la preuve de l'implication du véhicule dans le dommage. Face

[95] F. BUSSY-DUNAUD, *op. cit.*, p. 78 s.
[96] Cf. *supra* n° 1.
[97] *Ibid.*

à cette hétérogénéité de fondements applicables, plusieurs questions se posent. Appartient-il à la victime de choisir entre ces différents fondements ou, au contraire, faut-il lui imposer l'usage d'une des normes en concours ? Inévitablement, il nous faudra aussi réfléchir à l'opportunité de ces choix. L'enjeu du débat n'est pas anodin. Il n'est pas impossible que, selon la disposition retenue, la victime se trouve entièrement, partiellement, voire aucunement, indemnisée. Or, si on lui impose de s'appuyer sur une disposition, il se peut que ce ne soit pas celle qui lui soit la plus favorable. A l'inverse, si on lui laisse le choix de l'action à engager, elle se tournera inévitablement vers celle qui lui offre le meilleur résultat. Or, s'agit-il aussi du résultat attendu par le législateur ? Corrélativement, le responsable sera tenu de façon plus ou moins importante et pourra même parfois bénéficier d'une certaine immunité. Pour mieux l'illustrer, raisonnons à partir du concours entre l'article 1386 du Code civil et l'article 1384, alinéa 1er. L'article 1386 s'applique au cas de la responsabilité du fait des bâtiments dans les termes suivants : « *Le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien ou par le vice de la construction* ». Tandis que l'article 1384, alinéa 1er, prévoit un régime de responsabilité du fait des choses dont la mise en œuvre ne nécessite, outre le fait de la chose, que la preuve de ce que le défendeur à l'action est bien le gardien de la chose ayant causé le dommage. Ainsi, dans l'hypothèse où on laisse le choix à la victime de l'action, il semblerait plus profitable pour elle de se diriger vers celle dont les conditions sont plus simples à prouver, c'est-à-dire ici l'article 1384, alinéa 1er, la preuve de ce que la ruine est due à un défaut d'entretien ou un vice de construction n'étant pas toujours aisée. On pourrait, en revanche, considérer que l'action prévue par l'article 1386 est seule applicable, de sorte que si la victime n'arrive pas à apporter la preuve demandée, le propriétaire se trouvera exonéré de toute responsabilité. Ce dernier évitera donc d'avoir à répondre d'un éventuel fait des choses dont il aurait la garde. Le choix laissé entre les deux normes ou l'exclusion de l'une d'entre elles est décisif pour la victime comme pour le responsable.

A ces questions pratiques, s'ajoute la problématique liée à la complexification des « choix » offerts à la victime. La nécessité d'y remédier apparaît alors d'abord sur un plan qualitatif. On a ainsi pu relever que « *la coexistence dans le même système juridique de normes en contradiction les unes avec les autres est rationnellement insupportable* »[98]. Elle apparaît ensuite sur un plan quantitatif, car les contradictions

[98] J. MOREAU, « De l'abrogation implicite en droit public français », *JCP. A*. 2005, p. 1557, spéc. n° 1339; Les risques du désordre étant ainsi rappelés par Domat : « *que par une suite de ce défaut d'ordre, plusieurs règles sont obscures, parce qu'elles sont éloignées des principes d'où elles dépendent : que d'autres étant séparées des exceptions nécessaires pour borner leur sens trop vague et trop étendu, peuvent être facilement détournées aux cas exceptés : que quelques-unes semblent contraires entre elles, soit qu'en effet il y ait quelque contrariété, ou que n'étant pas assez nettement et pleinement exprimées, il en paraisse à ceux qui ne sont pas assez habiles pour les concilier* », J. DOMAT, Préface aux lois civiles dans leur ordre naturel, Paris, Delalain, 1777 ; P. FORIER « Les lacunes du droit », *in Le problème des lacunes en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, Etudes publiées par Ch. Perelman, Bruylant 1968, p. 9. Selon

vont en s'accroissant du fait de la prolifération incessante des législations spéciales précédemment observée[99]. A l'image des Parques, il nous faut, dès à présent, composer avec l'écheveau des normes, démêler les fils de l'articulation, trancher entre les solutions, pour guider l'action des justiciables[100].

Comme pour enrayer la propagation d'un virus, la meilleure méthode paraît être celle de la prévention. Néanmoins, celle-ci n'étant pas toujours efficace, il est parfois nécessaire de rechercher des remèdes propices à sa guérison.

21. Prévenir le concours. Le moyen le plus approprié pour prévenir les concours d'actions consiste, tout simplement, à faire disparaître la pluralité d'actions qui leur donne naissance[101]. Ce travail effectué en amont ne peut être réalisé que par le législateur, qui peut seul modifier les règles légales auxquelles obéissent les normes en concours. Deux voies paraissent alors envisageables pour réorganiser ces normes. La première consiste à fondre les actions en concours en une seule et la seconde conduit à supprimer une ou plusieurs des actions en concours.

22. Fusion des actions en concours. Lorsque deux actions sont susceptibles d'apporter une réponse à une même situation, il paraît possible d'en autoriser la fusion en une seule action dont le champ d'application plus large contiendrait les deux actions en concours. Deux effets de la fusion sont envisageables. Dans le premier, de la fusion de deux actions spéciales au moins va naître une action plus générale, on parlera de fusion création. Dans le second, une action spéciale sera absorbée par une action plus générale, on parlera de fusion absorption.

La méthode de fusion création rappelle celle qui est préconisée par l'Union européenne pour promouvoir un développement harmonisé des actions économiques dans l'ensemble de l'Union. Le Traité de Rome donnait pour mission au Conseil des Communautés européennes « *le rapprochement des législations nationales dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché commun* » (article 3b). Ainsi, la directive communautaire du 25 juillet 1985 « *relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux* »[102] tend à résoudre les difficultés nées des

---

l'auteur, « *Un système en droit est cohérent lorsqu'il ne contient pas de contradictions, c'est à dire lorsque l'on n'y trouve pas à la fois une norme A et une norme non A* ».

[99] A. SIRI, « Des adages *lex posterior derogat priori* et *specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français », *RRJ* 2009-4, p. 1781, spéc. p. 1788.

[100] Les Parques sont des filandières, chargées de dérouler et de trancher le fil du destin des hommes, mais aussi de conduire à la lumière et de faire sortir du Tartare les héros qui avaient osé y pénétrer. C'est ainsi qu'elles servirent de guides à Bacchus, à Hercule, à Thésée, à Ulysse et à Orphée. E. HAMILTON, *La mythologie*, Marabout université, 1989, p. 41.

[101] Parmi les moyens que l'on pourrait envisager pour y parvenir, le rapport du groupe de travail sur la responsabilité civile de la Commission des lois du Sénat propose de : « *Supprimer les doublons du régime général existant dans les régimes spéciaux et les remplacer par des renvois, afin d'éviter les risques d'interprétations divergentes des règles communes* », rapport précité, recommandation n° 1.

[102] *JOCE*, 7 août 1985, n° L 210/29.

disparités des législations nationales, qui sont susceptibles de « *fausser la concurrence, d'affecter la libre circulation des marchandises au sein du marché commun et d'entraîner des différences dans le niveau de protection du consommateur contre les dommages causés à sa santé et à ses biens par un produit défectueux* »[103]. Pour y parvenir, cette directive crée, en s'inspirant des actions déjà existantes dans les différents Etats membres, un régime spécifique de responsabilité du fait des produits défectueux. Il est alors prévu que les Etats membres doivent mettre en vigueur les dispositions nécessaires pour s'y conformer dans un délai de trois ans à compter de sa notification (article 19). « *La préoccupation qui sous-tend l'élaboration des directives est donc similaire à celle que suscite le concours d'actions : dans les deux cas, la divergence des règles en présence engendre une différence de traitement, selon qu'une même situation est appréhendée par l'une ou l'autre de ces règles, considérée comme injustifiée* »[104].

Quant à la fusion absorption, il peut s'agir de reconnaître que l'importante similitude d'un régime de droit spécial par rapport à un régime de droit général peut conduire à son absorption par ce dernier. En ce qui concerne la responsabilité du fait des animaux, on s'aperçoit qu'elle est soumise, du fait de la jurisprudence, à un régime quasi identique au régime de responsabilité du fait des choses de l'article 1384, alinéa 1er. D'ailleurs, ce dernier a été élaboré à l'aide de la jurisprudence dégagée sur le fondement de l'article 1385 du Code civil[105]. Entre les deux régimes des solutions similaires sont retenues qui portent, entre autres, sur la définition des notions de gardien, de transfert de la garde[106] ou de fait actif de la chose, qui s'entend aussi largement dans l'article 1385 que pour l'article 1384, alinéa 1er[107]. Il est alors permis de se demander s'il est vraiment utile de conserver ce régime de responsabilité du fait des animaux qui n'apporte rien de plus que le régime de responsabilité du fait des choses[108]. Le législateur pourrait ici consacrer son absorption par le régime général. Cette solution est préconisée dans le rapport Catala qui effectue un renvoi de l'article 1354-4 (responsabilité du fait des animaux) aux articles 1354 à 1354-3 en indiquant seulement que ces derniers sont applicables aux

---

[103] *Ibid*

[104] F. BUSSY-DUNAUD, *op. cit.,* p. 301, n° 647.

[105] V. Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 253 s., n° 395 s. ; M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 214, n° 192, l'auteur constate notamment que l'abandon de la présomption de faute au profit d'une responsabilité de plein droit a d'abord été consacré pour les dommages causés par le fait des animaux (Cass. civ., 27 octobre 1885, *Bull*. n° 188 ; *DP* 1886, I, p. 297 s. et Cass. civ., 11 mars 1902, *DP* 1902, I, p. 216 s.) ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 363, n° 296. ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.,* p. 495 n° 629 ; G. DURRY, observations sous Cass. civ., 5 mai 1976, *RTD. civ.* 1977, p. 131. L'auteur remarque que l'article 1385 du Code civil n'apparaît plus désormais que comme un « *doublet* » de l'article 1384, alinéa 1er, « *doublet* » que l'on pourrait, sans inconvénient, supprimer.

[106] Cass. crim., 17 septembre 2002, *Bull. crim.*, n° 165.

[107] Cass. 2ème civ., 9 décembre 1992, *Bull. II*, n° 302. Dans cet arrêt, le fait de l'animal résultait de l'attitude menaçante d'un chien à l'origine de l'accident ; Cass. 2ème civ., 21 juillet 1992, *Bull. II*, n° 220. En l'espèce, le fait de l'animal était caractérisé par la transmission par un troupeau d'une maladie.

[108] Cf. *supra* note 104.

faits des animaux sans plus de précision[109]. Elle est aussi prévue dans la proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile présentée par M. Laurent Béteille[110]. En effet, l'article 1386-4 de cette proposition dispose qu'« *on est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses ou des animaux que l'on a sous sa garde* ».

23. Opportunité de la fusion d'actions. Cette méthode semble facilement réalisable, mais est-elle pour autant efficace ? En apparence, l'harmonisation des règles et leur fusion en une seule action est une méthode satisfaisante dans la mesure où l'on évite le concours d'actions. Pourtant, l'importance quantitative de cette méthode apparaît, en pratique, très réduite. Trois raisons l'expliquent. D'abord, la fusion d'actions n'est pas toujours praticable. C'est le cas lorsque chacune des normes prenant appui sur des notions légales autonomes, il est impossible de les harmoniser sans que la présupposition à laquelle chacune s'attache soit sacrifiée. Ainsi, la fusion entre un régime de responsabilité du fait des choses et un régime de responsabilité du fait personnel sera de ce fait impossible, même si par certains points ces deux régimes se recoupent. Ensuite, cette fusion ne doit pas conduire à faire perdre à l'une des actions les spécificités pour lesquelles elle a été consacrée. On ne saurait harmoniser toutes les règles de droit spécial dans le sens des règles de droit général, l'originalité des premières étant la raison pour laquelle elles ont été instituées. Il est évident que si le législateur a créé une action particulière pour protéger les victimes d'un accident de la circulation ce n'est justement pas pour leur voir appliquer les mêmes règles que le régime général auquel il appartient. Enfin, la fusion de deux règles de droit en concours en une seule et même action n'empêchera pas que cette dernière entre en concours avec une troisième action déjà existante. Ainsi, la fusion de deux règles particulières en une règle spéciale ne permettra pas d'éviter qu'elle vienne en concours avec une règle générale.

24. Suppression d'une des actions en concours. Selon une méthode plus radicale que la précédente, le législateur peut aussi décider de supprimer purement et simplement une des actions concurrentes. S'il paraît difficilement envisageable de supprimer une des actions de droit commun sans une refonte complète de notre législation, il est, en revanche, possible d'alléger le contentieux en supprimant quelques-unes des règles particulières dont la pertinence serait remise en question.

---

[109] P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, précité, exposé des motifs par G. VINEY, p. 156.

[110] L. BETEILLE (dir.), *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile* présentée le 9 juillet 2010, n° 657, p. 10. *Contra,* F. TERRE (dir.*), Pour une réforme du droit de la responsabilité civile,* Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011. Les auteurs de cette proposition ont choisi de maintenir le cas particulier de responsabilité du fait des animaux en en précisant le régime. L'article 21 dispose ainsi que « *Le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé* ». V. sur ce point, J.-S. BORGHETTI, « Des principaux délits spéciaux », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile,* précité,p. 163, spéc. p. 176.

Pour supprimer une action encore faut-il en démontrer l'inadaptation, l'obsolescence. Or, peu d'actions remplissent cette condition, et ce, pour deux raisons. D'une part, les actions sont le plus souvent adoptées pour répondre à un besoin durable de la Société. On a, par exemple, créé une disposition pour les accidents de la circulation, pour les abordages maritimes ou pour les accidents du travail. Ces situations dommageables ne semblent pas vouées à disparaître de sitôt. Seule la création d'une action plus générale les englobant et retenant les spécificités de chacune pourrait conduire à leur obsolescence. Mais, là encore, cette solution ne paraît pas envisageable à ce jour. D'autre part, quand bien même ces actions perdraient de leur efficacité, elles pourraient toujours être modernisées par le juge. Ce dernier pouvant les adapter aux évolutions de la société. Il décidera pour cela de passer d'une responsabilité pour faute à une présomption de faute, puis à une présomption de responsabilité. En faisant œuvre de modernisation, le juge pourrait même faire apparaître de nouvelles actions. La jurisprudence a, par exemple, déduit de l'article 1384, alinéa 1er, initialement conçu comme un texte d'annonce, deux régimes de responsabilité du fait d'autrui[111].

Finalement, du fait même de son faible rayonnement, cette méthode, si elle doit parfois être employée, ne pourra pas, à elle seule, remédier aux problèmes liés aux concours d'actions entre les normes.

On s'aperçoit dès lors que le travail effectué en amont par le législateur, qui consiste à neutraliser le concours d'actions à la source, s'il est nécessaire n'est pas pour autant suffisant. Il nous faut donc aussi prévoir des moyens pour résoudre les concours qu'il n'aurait pas pu empêcher. C'est ici qu'intervient l'articulation des normes.

25. Guérir le concours : l'articulation des normes. Le terme « articulation » est originellement un terme médical qui désigne dès 1478 la jonction permettant de relier des os et de leur donner une mobilité de l'un par rapport à l'autre. Bien plus tard, ce terme sera employé pour signifier « *la manière dont un système complexe et organisé fonctionne*[112] ». Il s'agit, concrètement, d'établir les relations de plusieurs éléments les uns par rapport aux autres, en assurant pour chacun leur usage. Plusieurs types de relations peuvent alors être identifiées entre ces éléments : « *collaboration ; déduction ; hiérarchisation ; succession ; juxtaposition ; exclusion* »[113] (…). Appliquée au concours de normes, l'articulation conduira à clarifier les champs d'application respectifs des régimes généraux et des régimes spéciaux de responsabilité, à agencer les normes les unes avec les autres afin d'identifier celle

[111] Cf. *infra* n° 69.

[112] « Articulation », A. REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010.

[113] J.-F. CESARO, « L'articulation de la norme interne et de la norme internationale », conférence du 6 mai 2011, dans le cadre du cycle de conférences sur le thème de *l'articulation des normes en droit du travail* organisé par le laboratoire de droit social de l'Université Panthéon-Assas. Cycle de conférences à paraître chez Economica en 2011.

d'entre elles qui résoudra le concours, mais aussi à établir les relations existantes entre ces régimes. Dans cette optique, il faudra toujours avoir à esprit l'exigence de sécurité juridique. Les solutions proposées devront donc tendre à assurer la prévisibilité ainsi que la cohérence.

En matière de concours d'actions, pour satisfaire à l'exigence de prévisibilité, il est indispensable de fournir aux justiciables des directives claires et précises leur permettant de connaître les actions dont l'exercice leur est ouvert. Corrélativement, il est nécessaire de parvenir à uniformiser les solutions applicables.

Quant à la cohérence, il convient de revenir plus précisément sur ses deux aspects pour saisir son effet sur la résolution des concours. D'une part, la cohérence doit aboutir à maintenir l'effectivité des normes. En d'autres termes, « *il ne faut pas vider une disposition légale de tout contenu effectif, car cela reviendrait à tenir cette disposition pour non écrite donc à l'abroger au mépris de la séparation des pouvoirs* »[114]. Deux exigences ressortent alors de cet impératif d'effectivité. La première tend à permettre la vérification de ce que l'action jugée comme la plus légitime par le législateur soit celle employée par le juge pour résoudre le litige. Lorsque deux actions en justice tendent aux mêmes fins, mais par des moyens différents, il ne faut pas que le demandeur puisse choisir celle des deux actions qui a les conditions les plus souples, alors même qu'il ne s'agit pas de l'action précisément établie par le législateur pour cette situation litigieuse. La deuxième incidence de l'effectivité conduit à vérifier que deux actions, tendant aux mêmes fins et qui reposent sur des notions légales distinctes, ne soient pas confondues du fait d'une mauvaise interprétation. M. Christian Atias constate que la conservation à chaque règle de droit d'une utilité constitue un principe primordial d'interprétation. C'est en vertu d'un tel principe qu'il est par exemple nécessaire de distinguer les domaines de l'erreur et du dol en admettant que le dol s'étende à des erreurs qui n'ont pas porté sur des qualités substantielles de la chose, objet du contrat[115]. Mise en œuvre sur la responsabilité civile extracontractuelle, cette exigence impliquera, notamment, que le juge définisse avec précision des notions comme la causalité ou l'implication qui induisent des rapports différents dans les régimes de responsabilité du fait des choses, en évitant ainsi toute confusion.

D'autre part, la cohérence s'entend du maintien de l'efficacité des normes. Kelsen estimait que « *l'efficacité d'une norme juridique (…) est une condition de sa validité (…), cette proposition signifiant (…) qu'une norme juridique (…) n'est plus considérée*

---

[114] H. BATTIFOL, « Question de l'interprétation juridique », *in L'interprétation dans le droit*, APD t. XVII, Sirey, 1972, p. 21. Dans le même sens : L. CHARBONNIER, conclusions à propos de Cass., 2ème civ., 15 novembre 1984, *D.* 1985, p. 20, M. Charbonnier observe que « *chargée d'interpréter la loi, elle [la Cour de cassation] ne saurait, dans l'exercice de cette mission, aboutir à la paralyser. Elle n'est pas en droit de donner à un texte un sens tel qu'il en neutraliserait un autre (…). Elle empièterait sur le domaine propre du législateur et, au grief d'illogisme… s'ajouterait alors un reproche d'illégalité* ».

[115] Ch. ATIAS, « Quelle positivité ? Quelle notion de droit ? », *in "Source" du droit*, APD, t. VIII, Sirey, 1982, p. 209.

comme valable lorsqu'elle cesse d'être efficace »[116]. Appliquée aux concours de normes, cette exigence doit nous amener à rechercher si la mise en œuvre d'une action peut porter atteinte à l'efficacité d'une action concurrente. Il apparaît alors que derrière la sauvegarde de l'efficacité de l'action c'est finalement, implicitement, l'intention du législateur qui doit être préservée. Il faut vérifier quels sont les intérêts qu'il entend protéger et s'assurer que les solutions sont conformes à ces derniers. Les questions auxquelles on doit répondre pour déterminer l'action applicable au concours suivront donc le schéma suivant : d'abord, identifier quels sont les objectifs poursuivis par le législateur, ensuite, déterminer quelle est l'action la plus efficace pour y parvenir. Cette dernière, une fois désignée, doit s'appliquer au litige. Cette tâche, si elle n'a pas été effectuée par le législateur, sera dévolue au juge.

L'articulation se fera alors par la découverte de mécanismes articulatoires.

26. Recherche de mécanismes articulatoires : l'objectif premier. Afin de parvenir à une application raisonnée des normes en concours, il est indispensable de recourir à des mécanismes articulatoires. Ainsi, « *à défaut de pouvoir assurer une cohérence originaire au système juridique, de tels mécanismes sont donc susceptibles de lui assurer une certaine cohérence dérivée ou restaurée* »[117]. Ces mécanismes seront ici appelés des principes d'articulation.

27. Signification du terme principe. La notion de principe recouvre de nombreux sens. Etymologiquement, le terme « principe » signifie celui qui prend la première place, la première part, le premier rang[118]. Le principe est un commencement. Juridiquement, le terme « principe » n'est pas clairement défini. S'il correspond à une figure familière du paysage scientifique, il n'en reste pas moins difficile à saisir[119]. Au sens le plus fréquent, le principe est comparé à la règle : « *le principe serait une règle particulièrement importante à laquelle on ne peut déroger que de manière exceptionnelle* »[120].

Le principe ne diffèrerait donc pas fondamentalement de la règle si ce n'est par une certaine solennité attachée à son expression. Pour M. Eric Maulin, un principe serait une règle générale qui, sauf exception, a un rang au moins législatif, mais le plus souvent constitutionnel[121]. L'auteur admet pourtant que cette réduction du principe à la règle n'est pas satisfaisante, le principe étant, selon lui, plus qu'une règle de droit. Il s'agirait, en effet, de valeurs sociales englobantes qu'il faut

---

[116] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Philosophie du droit, Dalloz, 1962, p. 286.

[117] F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Les voies du droit, PUF, 1988, p. 85 s.

[118] « Principe », A. REY, *op. cit.*

[119] V. sur ce point, les différentes contributions réunies dans *Les principes en droit*, (dir.) S. Caudal, Economica, Etudes juridiques, n° 30, 2008.

[120] E. MAULIN, « L'invention des principes », *in Les principes en droit*, *op. cit.*, p. 23 s. spéc. p. 23 ; E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, sous la direction de J.-P. Marguenaud, Limoges, 1995, p. 205 s. n° 334 s.

[121] E. MAULIN, art. précité, loc. cit.

justement distinguer des simples règles en ce qu'elles servent à les fonder[122]. En définitive, le principe, s'il peut être comparé à la règle de droit, ne doit pas être confondu avec elle.

Bien qu'intéressante, cette définition ne saurait suffire, dans la mesure où elle occulte une partie du sens du mot principe. M. Antoine Jeammaud relève ainsi que le terme « principe » peut être employé pour désigner cinq éléments différents :

- Le principe est utilisé pour identifier « *des choses, des entités, des objets idéels, demeurant extérieurs et traités comme supérieurs, en valeur, au droit positif* »[123]. Parmi ces principes, on trouve ceux du droit naturel, ou celui de l'autonomie de la volonté.

- Le principe peut aussi servir à désigner « *les lignes de force ou les tendances de l'évolution d'un segment du droit positif* »[124]. C'est ainsi qu'on parle des principes généraux du droit administratif ou des principes de la responsabilité civile.

- En troisième lieu, le terme peut être employé pour « *qualifier certains énoncés normatifs du discours législatif ou la substance normative qui constitue le signifié de ces dispositions* »[125]. On cherche, en accolant le terme principe à une autre notion, à mettre en avant sa valeur, son prestige. On parle, par exemple, du principe de non-rétroactivité de la loi ou du principe de la relativité des contrats.

- Dans un quatrième usage, le terme « principe » « *est et ne peut être que synonyme d'exigence, ou simplement de critère* »[126]. L'auteur prend pour illustration le principe de proportionnalité qui ne serait finalement qu'« *un moyen de désigner un élément de la règle signifiée par cette disposition* »[127]. Il constate que les juristes ne pourraient pas décrire la teneur de cette norme au moyen d'un énoncé clair et précis.

- Dans un dernier sens, le principe n'est en fait qu'« *une solution, une réponse à une question de droit. Il est banal de lire dans les présentations dogmatico doctrinales ou les commentaires de décisions de justice que tel arrêt a consacré "le principe selon lequel…". Il n'y a là qu'indice de pauvreté de la terminologie ou d'un fâcheux manque de rigueur dans l'expression* »[128].

En ce qui concerne le principe que nous recherchons, celui-ci ne correspond pas précisément à une des définitions proposées. D'abord, concernant les trois premières définitions, le terme est employé pour mettre en avant la valeur supérieure d'un énoncé. Or, ce n'est pas en ce sens que nous entendons l'utiliser. Ensuite, la dernière définition ne peut nous satisfaire, dans la mesure où nous avons délibérément choisi le terme « principe » pour désigner plus qu'une simple réponse à une question de droit. Enfin, s'il peut se rapprocher de la quatrième définition, en ce

---

[122] *Ibid*

[123] A. JEAMMAUD, art. précité, p. 53.

[124] *Ibid*

[125] A. JEAMMAUD, art. précité, p. 54.

[126] A. JEAMMAUD, art. précité, p. 56.

[127] *Ibid*

[128] A. JEAMMAUD, art. précité, p. 56. V. aussi, P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préface de J.-L. Sourioux, éd. Panthéon Assas, LGDJ, 1999, p. 1. L'auteur constate que « *les principes sont abondamment mis à contribution pour ne rien exprimer, remplissant une fonction rhétorique de solennisation du discours* ».

qu'il tend à donner un critère d'articulation, il ne saurait lui être assimilé. Contrairement à ce que constate l'auteur à propos de ces principes, nous souhaitons justement pouvoir décrire la teneur de la norme visée par notre principe « *au moyen d'un énoncé que pourrait reprendre le législateur soucieux de la consacrer formellement* »[129]. Notre volonté est donc de donner corps à un principe qui est plus que la simple description d'une tendance de l'ordre juridique[130], en d'autres termes un principe articulatoire plus normatif que descriptif[131]. Le principe normatif pouvant alors se définir comme celui qui « *ajoute quelque chose à l'ordre juridique* »[132], justifie un résultat « *qui ne découle pas logiquement des données* » et que « *sans le principe (…) on ne pourrait pas atteindre* »[133].

Si, en définitive, le flou demeure sur la définition du principe, il semble tout de même facile de s'entendre sur ses fonctions[134]. On s'accorde ainsi sur deux fonctions essentielles[135]. La première est normative. D'une part, le principe sert à pallier les lacunes du droit. C'est d'ailleurs généralement la fonction donnée aux principes généraux du droit découverts par le juge, même en l'absence de texte. D'autre part, le principe va guider l'interprétation des règles lorsque celles-ci sont peu claires ou polysémiques. La seconde fonction est structurelle. Le principe est employé pour assurer la mise en cohérence du droit, la structuration interne à une branche du droit ou à un système juridique ainsi que leur harmonisation. C'est justement pour servir cette seconde fonction que nous envisageons l'identification d'un principe d'articulation.

Reste un dernier point à éclaircir qui concerne le fonctionnement d'un principe, en général, et donc de notre principe d'articulation, en particulier. Pour pouvoir être employé, tout principe exige sa concrétisation, c'est-à-dire qu'il est nécessaire de dépasser l'abstraction de son énoncé pour déterminer avec exactitude son contenu et ses effets. Plus précisément, il nous faut établir le domaine d'application (les cas auxquels il s'applique et ceux auxquels il ne s'applique pas[136]), les conditions d'application ainsi que les règles que notre principe impose. La validité d'un principe s'observe alors à sa double capacité :

- Celle de rendre compte d'un phénomène juridique existant et observable

---

[129] *Ibid*

[130] A propos de la distinction « *principe-description* » et « *principe-règle* » : A. JEAMMAUD, « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* février 1999, p. 115, spéc. p. 116 s.

[131] A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 16ème éd., 1988, « Principe ». L'auteur retient trois types de principe :
-Le principe expliquant ce qui est, ou « *principe d'ontologie* »
-Le principe exprimant ce qu'impose la raison, ou « *principe de logique* »
-Le principe désignant ce qui doit être, ou « *principe normatif* ».

[132] G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, préface de D. Tallon, LGDJ, 1969, n° 7, p. 17

[133] *Ibid*. V. aussi, P. MORVAN, *op. cit.*, p. 40 s., n° 40 s., spéc. n° 44. L'auteur retient que « *le principe est normatif en ce qu'il exige l'obéissance, une conduite donnée* ».

[134] S. CAUDAL, « Rapport introductif », *in Les principes en droit*, *op. cit.*, p. 1 s. spéc. p. 9.

[135] S. CAUDAL, « Rapport introductif », *op. cit.*, p. 10.

[136] R. GUASTINI, art. précité, p. 113 s. spéc. p. 117.

- Celle d'expliquer ou de fonder par ses critères les solutions adaptées à ces phénomènes.

Ce n'est que dans ces conditions qu'un principe pourra véritablement être opératoire sur un plan pratique, c'est-à-dire être réceptionné par la doctrine, par le juge et par le législateur comme un principe d'articulation des normes.

28. Deux principes au service de notre dessein : un principe directeur et un principe correcteur. Littéralement, le terme directeur est emprunté au latin *director* : « *celui qui guide (…) qui donne une direction, un sens* »[137], quant au terme correcteur dérivé du latin *corrector*, il s'emploie pour désigner « *celui qui corrige réforme, censure (…) en relevant les fautes* »[138]. On aurait pu estimer que le terme d'exception, en lieu et place de l'expression « principe correcteur », aurait été plus approprié. On évoque ainsi régulièrement l'existence d'exceptions à côté des principes. De plus, selon M. Larnaude, « *bien souvent ce qu'on appelle exception n'est pas autre chose qu'un autre principe, un petit principe (…) moins important que le grand, mais susceptible lui aussi d'une application étendue* »[139]. Pourtant, faire le choix du vocable correcteur n'est pas anodin. En effet, pour notre part, il ne s'agit ni de mettre en avant une relation de règle à exception, ni de remarquer l'existence de petit ou de grand principe. Il est plutôt question de révéler la présence de deux principes étroitement liés dans le droit de la responsabilité civile extracontractuelle. « *Le premier dirige et oriente. Le second corrige et pondère* »[140].

Le principe directeur est alors celui qui montre la voie à suivre pour la résolution des concours. Concrètement, en présence d'un concours, il faut toujours commencer par se poser la question de l'application du principe directeur. Deux hypothèses sont envisageables. Soit, le principe directeur s'applique, auquel cas on résout le concours par l'usage de la norme désigné par ce principe ; soit le principe ne peut être employé et un autre principe doit alors jouer. C'est à ce moment qu'intervient le principe correcteur.

Les contours de l'articulation des normes se dessinent ici. On comprend déjà que le principe directeur n'aura pas nécessairement vocation à résoudre l'ensemble des concours de normes, ni même la majorité des concours, mais qu'il devra plutôt guider celui qui cherche à les résoudre vers la solution applicable. Le principe est ainsi dit directeur en ce qu'il constitue la première étape indispensable et inévitable du raisonnement suivi pour l'articulation des normes.

Principe directeur et principe correcteur forment dès lors un couple alternatif qui rend possible l'articulation des normes sans se faire concurrence. « *L'un des*

---

[137] « Directeur », A. REY, *op. cit.*.

[138] « Correcteur », A. REY, *op. cit.*

[139] LARNAUDE, « Le droit public. Sa conception. Sa méthode », *in Les méthodes juridiques*. Leçons faites au collège libre des sciences sociales, éd. Giard et Briére. Paris 1911, p. 33.

[140] E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, sous la direction de J.-P. Marguenaud, Limoges, 1995, p. 223, n° 360.

principes servirait à corriger les excès inhérents aux solutions juridiques que commanderait l'application aveugle du principe inverse »[141].

Or, dans la mesure où l'on reconnaît qu'« *en toute matière se rencontrent simultanément des principes qui commandent la règle ou la solution juridique et des principes destinés à corriger les excès ou les anomalies des solutions légales* »[142], il n'y a aucune raison qu'il n'en soit pas de même pour la responsabilité civile extracontractuelle. C'est pourquoi, en ayant toujours à l'esprit l'objectif de sécurité juridique, il conviendra de rechercher, dans un premier temps, le principe directeur de l'articulation des normes, celui qui orientera la résolution des concours (Partie 1) et, dans un second temps, le principe correcteur de l'articulation, celui qui pondèrera et améliorera la résolution (Partie 2).

[141] E. GARAUD, *op. cit.*, p. 217, n° 350.

[142] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, 4ème éd., 2003, p. 108, n° 86.

Partie 1. L'articulation des normes de la responsabilité civile à l'aide d'un principe directeur

Partie 1. L'articulation des normes de la responsabilité civile à l'aide d'un principe directeur

29. Principes traditionnels d'articulation des normes. « *Même si l'homme de la rue à qui l'on demande à laquelle de deux règles incompatibles on devrait donner la préférence répondrait probablement "à la plus juste", le droit a, en général, donné une réponse différente, en offrant à l'interprète quelques critères de choix qui ont pour but évident d'empêcher la formation de préférences personnelles. On sait que les critères dont on se sert le plus souvent sont : le chronologique, le hiérarchique et celui de spécialité* »[143].

De ces trois critères traditionnels, on peut tirer plusieurs principes permettant l'articulation des normes juridiques. Toutefois, certains, parmi ces principes, s'avèrent inadaptés pour résoudre les concours entre les normes de la responsabilité civile extracontractuelle de sorte qu'il faut les exclure (Titre 1) pour ne retenir qu'un seul principe directeur d'articulation (Titre 2).

[143] N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », *in Les antinomies en droit*, Travaux du centre national de recherches juridiques, (dir.) Ch. Perelman, E. Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 237, spéc. p. 241.

Titre 1. Les principes exclus

30. Présentation des principes d'autorité et de temporalité. L'existence de concours entre les normes oblige à l'élaboration de mécanismes permettant d'en faire prévaloir l'une à l'exclusion de l'autre ou tout simplement de réguler leurs relations afin d'obtenir la solution la meilleure possible selon le but recherché.

Traditionnellement, la doctrine propose deux principes à portée générale qui pourront répondre à cette attente : l'un repose sur le critère chronologique, nous le nommerons principe de temporalité et l'autre s'appuie sur le critère hiérarchique, il s'agira du principe d'autorité[144]. Ils ont pour particularité de pouvoir, *a priori*, s'adapter à n'importe quelle situation de concours, concernant toutes les normes du système juridique. Cette capacité d'adaptation est liée au fait qu'ils sont indifférents à la nature des normes en cause[145] ; peu importe que celles-ci soient de droit commun ou de droit spécial. Cette neutralité présente deux avantages : tout d'abord, les deux principes devraient bénéficier d'un large champ de compétence ; ensuite, ils devraient permettre d'éviter d'avoir à résoudre la question complexe de la qualification des normes de droit commun et de droit spécial.

Le premier d'entre eux, le principe d'autorité conduit à adopter un classement hiérarchique des normes (Chapitre 1). Le second, le principe de temporalité, invite à prêter attention au domaine temporel dans lequel se situe le concours afin de proposer un classement chronologique des normes (Chapitre 2).

---

[144] V. notamment l'ensemble des travaux du Centre national de recherches juridiques, *in Les antinomies en droit*, sous la direction de Ch. Perelman,E. Bruylant, Bruxelles, 1965. Ainsi que Ch. LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, 33, 2001, p. 19 ; G. TIMSIT, « L'ordre juridique comme métaphore », *Droits*, 33, 2001, p. 3 ; P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD. civ.* 2001, p. 749 ; A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Université Jean Moulin, Lyon III, 1975 ; B. SAINTOURENS, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, sous la direction de J. Derruppé, Bordeaux I 1986 ; F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, préface de J. Ghestin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 201, 1988 ; H.-M. CRUCIS, *La combinaison des normes dans la jurisprudence administrative française. Contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir*, préface de R. Hostiou, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 161, 1991 ; L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Etude de droit international privé de la famille*, préface de Y. Lequette, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 353, 2001 ; M. POUMAREDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, sous la direction de C. Saint-Alary-Houin, Toulouse I, 2003.

[145] N. BOBBIO, art. précité, spéc. p. 241 à 244.

Chapitre 1. Le principe d'autorité, principe à vocation hiérarchique

31. Identification du principe d'autorité. Parmi les principes dégagés par la doctrine, il en est un qui est lié à la hiérarchie des normes : le principe d'autorité. A l'aide de ce principe, il semble possible de trouver une solution pour articuler les règles du droit de la responsabilité civile extracontractuelle. La question étant alors de savoir dans quelle mesure et selon quel outil ce principe pourra permettre d'y parvenir.

Afin d'y répondre, et parce qu'il est souvent difficile d'apprécier l'efficacité d'un mécanisme avant d'en avoir observé le sens, il apparaît nécessaire de commencer par définir avec précision le principe d'autorité (section 1) avant d'ordonnancer par la suite les normes de la responsabilité civile extracontractuelle grâce à son critère (section 2).

Section 1. La définition du principe d'autorité

32. De la notion d'autorité au principe d'autorité. De manière générale, il convient toujours de débuter l'étude d'un phénomène en s'interresssant à son sens avant d'en dégager l'ampleur. Ainsi, pour comprendre comment fonctionne, en pratique, un principe, il convient de saisir d'abord son sens théorique qui est en normalement le fondement.

C'est pourquoi, suivant cette démarche, il faudra, pour appréhender le fonctionnement du principe d'autorité (§2), partir de l'étude de la notion d'autorité (§1).

§1. La notion d'autorité

33. Utilisation usuelle et aménagement juridique de la notion d'autorité. Le principe d'autorité est une règle de l'ordonnancement du droit appuyée sur la notion d'autorité. Il semble donc intéressant de se nourrir des définitions usuelles du terme (A) pour mieux apprécier le sens juridique qui découle de cette notion (B).

A. Le sens usuel de la notion d'autorité

34. Double sens du terme autorité. Usuellement employé, le terme autorité n'en reste pas moins complexe à appréhender. Il connaît des sens différents selon les situations pour lesquelles il est utilisé. A l'appui de ce constat, Georges Fassio[146] évoque différentes définitions tirées du dictionnaire de l'Académie Française. La première, datant de l'année 1694, entend l'autorité comme « *la puissance légitime sur les inférieurs* ». Puis, l'auteur souligne que cette puissance, exercée légitimement, n'est pas sans exiger « *crédit* ». Les éditions suivantes définiront l'autorité comme « *la puissance légitime à laquelle on doit être soumis* », « *le pouvoir de commander* ». Le Robert donne, lui, deux sens principaux au terme autorité, dont tous les autres sont dérivés[147]. Il s'agit, d'une part, du « *droit de commander* » ou « *pouvoir d'imposer* » et, d'autre part, de « *la supériorité de mérite ou de séduction qui impose l'obéissance et le*

[146] G. FASSIO, *L'autorité, procès régulateur de l'organisation*, Université de Rennes I, Service de reproduction des thèses de l'université des sciences sociales de Grenoble, 1979, p. 14 s.

[147] On trouve parfois une troisième voie dans la notion d'autorité qui s'attache à l'autorité conférée par la force des traditions. Max Weber parle à ce titre d'autorité traditionaliste parce que fondée sur les coutumes locales reposant sur la validité de « l'éternel hier ». Citation tirée de l'ouvrage de Mme Revault-D'Allonnes qui évoque, de Max Weber, *Le savant et le politique*, La Découverte, 2003 : M. REVAULT-D'ALLONES, *Le pouvoir des commencements, essai sur l'autorité,* Seuil, 2006, p. 158 s.

respect sans contrainte »[148]. L'autorité est ainsi comprise traditionnellement comme un phénomène relationnel entre deux ou plusieurs éléments. L'un d'eux exerçant sur l'autre « *une puissance légitime* »[149].

Si les deux sens proposés se rejoignent par la volonté de désigner un phénomène relationnel légitime entre deux ou plusieurs éléments, c'est lorsque l'on veut apprécier où se trouve la source de cette légitimité que l'on ressent leur divergence. En effet, selon le premier sens retenu, l'autorité tire sa légitimité d'un phénomène extérieur[150]. Autrement dit, on se voit conférer une certaine autorité par une tierce personne dont seul compte le statut. L'autorité est ici « *statutaire et impersonnelle* »[151]. Selon le second sens, en revanche, l'autorité est issue d'une force intérieure. Elle désigne celui qui est investi de la confiance du groupe en raison de son seul mérite. L'autorité est « *charismatique et personnelle* »[152]. Toutefois, la reconnaissance par les tiers de cette autorité est indispensable. C'est elle qui lui confère sa véritable utilité. Cela rappelle d'ailleurs l'autorité qui s'attache à la coutume[153]. Sans l'adhésion du groupe à la règle, créée par la coutume, celle-ci n'aura aucune force.

En pratique, la notion d'autorité est, par exemple, au cœur du fonctionnement de l'entreprise. Elle désigne celui qui a le pouvoir de diriger. Plusieurs situations se rencontrent alors : le détenteur de l'autorité peut être hiérarchiquement supérieur soit en considération de l'origine de son pouvoir (il a, par exemple, été nommé par une autorité elle-même supérieure), soit en considération de son mérite (il a, par exemple, été élu par ses pairs en raison de ses capacités et de son pouvoir de séduction), soit, enfin, il rallie les deux formes d'autorité (il tire son pouvoir à la fois de l'autorité supérieure qui l'en a investi et de l'autorité fédératrice qui se dégage de

---

[148] « Autorité », *Le Robert*, 2010.

[149] G. MENDEL, *Une histoire de l'autorité, permanences et variations,* La Découverte/Poche, n° 146, 2003, p. 36 s. « *De la légitimité découle l'autorité … D'où la lancinante interrogation : où chercher cette source de légitimité qui donne ainsi son autorité à la loi* ? ».

[150] R. MUCCHIELLI, *Psychologie de la relation d'autorité,* Entreprise moderne d'édition, Librairies techniques, E.S.F., 1978, p. 38. « *Une autorité uniquement statutaire, tout en étant toujours justifiable rationnellement, est extérieure à la dimension humaine* ». Elle ne s'intéresse donc pas à la personne elle-même.

[151] R. MUCCHIELLI, *op. cit.*, p. 37 s. L'autorité « *statutaire et impersonnelle* » est aussi décrite comme « *une autorité rationnelle ou bureaucratique* ». M. Mucchielli cite ici Max Weber.

[152] R. MUCCHIELLI, *Ibid* « *L'autorité charismatique et personnelle* » relève, elle, de l'ordre de « l'irrationnel ». M. Mucchielli cite ici aussi Max Weber.

[153] La coutume se compose de deux éléments : un élément matériel, c'est-à-dire un usage ancien et une pratique répétée, et un élément intentionnel, défini comme la conviction juridique et le sentiment que la pratique suivie est obligatoire. On trouve le rappel de ces éléments constitutifs dans les manuels d'introduction au droit : R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Cours, droit privé, 9ème éd., 2011, n° 144 s. ;J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Paris, Sirey, 13ème éd., 2010, p. 111 s., n° 116 s. ; G. CORNU, *Introduction au droit,* Domat droit privé, Montchrestien, 13ème éd. 2007, p. 49 s., n° 76 s. ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4ème éd., 1994, n° 544 s. ; Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Manuel, Litec, 12ème éd., 2009, p. 151s., n° 180 s. ; F. TERRE, *Introduction générale au droit,* Précis, Dalloz, 8ème éd., 2009, p. 317 s., n° 385 s.

lui). Si l'on reconnaît finalement la dualité du terme d'autorité, on ne peut nier que ces deux sens se rejoignent pour désigner un pouvoir supérieur. C'est ce sens que l'on retrouve en droit.

B. Le sens juridique : de l'autorité à la hiérarchie

35. Approche kelsénienne de l'autorité. Transposée en droit, la notion d'autorité connaît là aussi un vif succès. Elle renvoie principalement à la conception positiviste du droit et plus particulièrement aux travaux de Kelsen[154]. « *La théorie kelsénienne a permis de considérer l'ordre juridique comme un processus, c'est-à-dire dans son mouvement, et plus précisément dans son double mouvement, qui est, de haut en bas, un mouvement qui dérive d'un pouvoir supérieur à un pouvoir inférieur, de bas en haut, un mouvement inverse qui dérive d'une norme inférieure vers une norme supérieure. Métaphoriquement, du sommet à la base, une cascade de pouvoirs, de la base au sommet, une escalade de normes* »[155]. Selon Kelsen, l'existence du droit dépend exclusivement de l'existence d'un pouvoir, d'une autorité ou d'une force capable d'imposer ou d'autoriser des comportements[156]. Pour le positiviste, *auctoritas non veritas facit legem :* c'est l'autorité qui fait la loi, non la vérité. Il se dégage de cette théorie la volonté de tenir compte de l'autorité attachée à la norme pour désigner sa place au sein d'une hiérarchie. La signification de l'autorité qui découle de l'approche kelsennienne est donc consubstantielle à la notion de hiérarchie. D'ailleurs, tout ordre autoritaire est, en général, hiérarchique[157].

36. Autorité fondée sur la hiérarchie. Qu'entend-on par hiérarchie ? Historiquement, le sens du mot hiérarchie est lié à la théologie. Il signifie, par extension, l'ordre et la subordination des rangs et des pouvoirs dans une société. Il implique deux rapports : un rapport de classe – infériorité ou supériorité en rang – qui induit un rapport d'autorité – la validité du rang inférieur étant subordonnée à ce que prévoit le rang qui lui est hiérarchiquement supérieur. Couramment, ce terme s'emploie pour évoquer une classification selon un ordre de valeur, de grandeur ou d'importance[158].

Plus précisément, que veut-on dire lorsque l'on parle d'une hiérarchie des normes juridiques ? Pour répondre à cette question, on peut de nouveau se référer à la théorie développée par Kelsen. Pour ce dernier, « *tout ordre, juridique moral ou*

---

[154] H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, Léviathan, PUF 1996.

[155] N. BOBBIO, « Kelsen et les sources du droit », *in "Sources du droit"*, APD, t. VIII, Sirey 1982, p. 135, spéc. p. 143.

[156] N. BOBBIO, art. précité, loc. cit.

[157] G. MENDEL, *op. cit.*, p. 27 ; L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX et G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Précis droit public, Dalloz, 13ème éd., 2010, p. 71, n° 95.

[158] A. REY, « Hiérarchie », *op. cit.*

juridique positif, représente un système de normes non pas coordonnées, mais hiérarchisées, c'est-à-dire une pyramide de normes, dont le niveau suprême est la Constitution fondée en validité par la norme fondamentale présupposée et dont le niveau le plus inférieur est celui des normes posant comme obligatoire un certain comportement individuel concret »[159]. Les deux rapports précédemment dégagés se retrouvent dans cette théorie. D'une part, la hiérarchie proposée opère un classement des normes en leur attribuant un rang[160] : au sommet de cette pyramide se trouve la mystérieuse norme fondamentale, puis il y a la Constitution, la loi, le règlement, etc.[161]. D'autre part, et c'est là l'élément essentiel, cette hiérarchie attribue un rang à chaque norme en fonction de sa validité. Ainsi, « *une norme est avec une autre norme dans un rapport de norme supérieure à norme inférieure, si la validité de celle-ci est fondée sur la validité de celle-là* »[162]. A son tour, la norme supérieure tire sa propre validité d'une norme plus élevée et ainsi, de proche en proche, jusqu'à une norme fondamentale, se dresse une échelle hiérarchique sur les degrés de laquelle prend place la totalité des normes composant l'ordre juridique donné[163]. L'autorité de la norme est alors fonction de l'autorité dont émane la règle, autorité qui fonde sa validité et son appartenance au système juridique[164].

37. Imperfection du modèle hiérarchique. De nombreuses critiques ont été faites à ce modèle des normes, qui sert pourtant encore aujourd'hui pour beaucoup de référence[165]. « *La représentation pyramidale (…) du célèbre Autrichien continue à orienter la plupart des réflexions sur l'ordonnancement juridique. Pour sa simplicité aussi bien que pour ses vertus didactiques, la représentation hiérarchisée et quasi mécaniste d'un ensemble de sources, agencées les unes par rapport aux autres, se présente toujours en*

---

159 H. KELSEN, *op. cit.*, p. 346.

160 M. VERPEAUX et CHALTIEL F., *Manuel de droit constitutionnel*, Droit fondamental, PUF, 2010, p. 293, « *La hiérarchie opère un classement. Celui-ci se fait par le degré d'autorité que possède chaque acte : il y a ainsi des normes supérieures qui dépendent des normes inférieures ou subordonnées* »; G. CORNU, *op. cit*, p. 179 s., n° 318 s. ; J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 77 s., n° 91 ; Ph. MALINVAUD, *op. cit.*, p. 51 s., n° 62 s.

161 Pour une présentation plus complète, J. GICQUEL et J.-E. GICQUEL, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Domat droit public, Montchrestien, 24ème éd., 2010, p. 710 ; B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel*, Sirey Université, Dalloz, 27ème éd., 2010, p. 578 s.

162 H. KELSEN, *op. cit.*, p. 345. P. PUIG, article précité, spéc. p. 751 : « *Il s'agit là d'un système dynamique dans lequel une norme n'est valable non pas parce qu'elle a un certain contenu, mais, parce qu'elle a été créée conformément à ce que prescrit une norme supérieure, jusqu'à la norme fondamentale supposée. Dans un tel système, les seuls contrôles de validité auxquels les normes sont susceptibles d'êtres soumises, portent sur le respect de leur procédure de création. Dès l'instant que les conditions de création de la norme ont été respectées, leur validité ne saurait en principe être contestée, alors même que leur contenu se révélerait contraire à celui prescrit par une norme supérieure. Il s'opère une distinction entre validité et conformité* ».

163 M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Les introuvables, éd. Panthéon Assas, LGDJ, 2010. p. 173.

164 D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Université Panthéon Assas, Paris II, 1992, p. 432.

165 Pour une approche renouvelée de la hiérarchie des normes, v. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, Bruxelles, 2002 ; M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994 ; du même auteur, *Le relatif et l'universel*, Seuil DL 2004.

modèle »[166]. Pourtant, il lui est reproché de ne s'intéresser qu'au problème de validité des normes les unes par rapport aux autres en se limitant aux normes de droit écrit. Or, si aujourd'hui ce modèle est en crise[167], c'est parce que l'on constate l'insuffisance d'une telle hiérarchie qui ne permet pas l'intégration de normes non écrites, telles que la jurisprudence ou la coutume, et son inadéquation à la floraison des normes que nous connaissons actuellement[168]. De plus, pour certains auteurs, en ne s'attachant qu'à l'origine des normes, une telle hiérarchie ne rend pas compte de la véritable force de la norme. En effet, celle-ci ne se trouve pas uniquement dans son origine, mais aussi dans « *la valeur des raisons sur lesquelles elle s'appuie* »[169]. Dès lors, « *le véritable principe d'une hiérarchie des normes juridiques doit être recherché ailleurs, dans la force juridique qu'elles représentent* »[170]. Cette vision de la hiérarchie permettrait ainsi d'inclure toutes les dispositions juridiques. Pour aller plus loin, il faudrait admettre qu'il existe, à côté d'une hiérarchie formelle, une hiérarchie matérielle des normes[171]. On rejoint ici la deuxième variante de l'autorité : l'autorité « *charismatique et*

---

166 R. LIBCHABER, N. MOLFESSIS, « La hiérarchie des normes ressuscitée par le Conseil d'état », *RTD. civ*. 1999, p. 231, spéc. p. 232. On retrouve ainsi dans tous les manuels d'introduction au droit, et ce depuis des années, une présentation hiérarchique des normes. Ainsi, pour Monsieur Terré, l'expression « *a été acclimatée par la doctrine, surtout depuis une dizaine d'années, voire davantage* », F. TERRE, *op. cit.*, p. 191 ; Cornu précise qu'« *elle s'impose à tous les interprètes* ». Avec elle, « *tous les actes émanant de l'autorité étatique s'ordonnent, d'un point de vue organique et formel, dans un ensemble hiérarchique cohérent que l'on appelle la pyramide des normes. Cette pyramide comprend plusieurs étages dont chacun correspond aux degrés d'une hiérarchie, de telle sorte que, dans cet ensemble, chaque élément doit respecter l'acte de degré supérieur (il lui est subordonné) et s'impose à son tour aux actes du degré inférieur* », G. CORNU, *op. cit.*, p. 141 s. Pour Monsieur Cabrillac, « *l'utilité d'une telle hiérarchie est déterminante, dans la mesure où une norme inférieure ne peut ni déroger à une norme supérieure, ni l'abroger* », R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Cours, droit privé, 9ème éd., 2011, n° 94 ;Enfin, Monsieur Malinvaud constate que « *le système français connaît un principe hiérarchique suivant lequel aucun texte ne peut aller à l'encontre d'un autre qui lui serait supérieur* », P. MALINVAUD, *op. cit.*, n° 62.

167 Mme Granet en évoque « *les perturbations* », F. GRANET, « Perturbations dans la hiérarchie des normes juridiques », *in Le droit privé français à la fin du XXème siècle*, Etudes offertes à P. Catala, Litec 2001, p. 41. Allant dans le même sens, Cornu constate les « *débats assourdissants* » qui entourent son application « *tourmentée* », G. CORNU, *op. cit.*, p. 181. Les plus pessimistes, préférant en voir la fin , v., M. MONIN, « La hiérarchie des normes n'existe pas », *D.* 1999, Dernière actualité, n° 30, p. 1.

168 R. LIBCHABER et N. MOLFESSIS, « La hiérarchie des normes ressuscitée par le Conseil d'Etat », *RTD. civ.* 1999, p. 231, spéc. p. 232 : « *Nul n'ignore plus que l'édifice se trouve soumis à des influences profondes qui affectent son évolution et laissent souvent l'esprit perplexe* » ; M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Les introuvables, éd. Panthéon Assas, LGDJ 2010, p. 173 s., « *Cette première représentation appelle de sérieuses réserves. Tout d'abord, et c'est capital, ne peuvent figurer sur cette échelle que les normes posées par un acte juridique (…). Le véritable principe d'une hiérarchie des normes juridiques doit, selon nous, être recherché ailleurs : dans la force juridique qu'elles présentent* (…) ».

169 Ch. MOULY, « Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne ? », *RIDC*1985, n° 70, p. 895, spéc. p. 945.

170 M. VIRALLY, *op. cit.*, p. 174 s.

171 J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, 4ème éd., 2003, p. 94 s. M. Bergel présente ainsi, au sein d'une théorie générale de la loi, deux points de vue : un point de vue formel, qui fait appel à la hiérarchie traditionnelle et organique des lois, et, un point de vue matériel, qui s'intéresse au contenu et à la matière de la loi.

personnelle ». Appliquée aux normes, la hiérarchie qui découle de cette autorité se recentre sur la substance de la norme. On considère alors que la qualité de la règle énoncée est distincte de l'organe compétent pour l'énoncer[172]. Cette hiérarchie matérielle vient remédier aux insuffisances du principe institutionnel de la hiérarchie des normes. Pour ce faire, cette hiérarchie tend à révéler les valeurs jugées essentielles pour notre société contenues dans les normes en présence et les ordonne en fonction de l'importance des idéaux défendus. Dans cette hiérarchie, une norme qui défend le droit de grève ou le droit de propriété, essentiels aujourd'hui, sera considérée comme hiérarchiquement supérieure à une autre norme qui viendrait les limiter. Il se dégage alors deux formes de hiérarchie : une hiérarchie structurelle ou formelle que révèle une approche organique de l'autorité et une hiérarchie matérielle que fait ressortir une approche substantielle de l'autorité. Néanmoins, une telle hiérarchie matérielle des normes ne permet pas d'obtenir un principe neutre d'articulation. Au contraire, elle s'appuie sur la substance de la norme pour fonctionner. Il convient donc de laisser cette hiérarchie de côté pour peut-être y revenir plus tard si les principes neutres d'articulation se révèlent insuffisants[173]. Seul nous intéressera, pour l'instant, le principe d'autorité appuyé sur une hiérarchie structurelle des normes.

§2. Le fonctionnement du principe

38. Identification et limite du critère organique. La notion d'autorité, telle qu'elle vient d'être étudiée, permet de conférer une assise au principe d'autorité. Selon l'ordre de hiérarchisation qu'on pourrait rattacher aux écrits de Kelsen, le principe est tourné vers la source de la norme (autorité formelle). Dès lors, pour appliquer le principe d'autorité, il faut s'interroger sur celui qui a produit la norme.

Le critère de hiérarchisation employé est donc le critère organique (A). Toutefois, on s'aperçoit que ce critère, s'il paraît simple à utiliser, s'avère parfois difficile à mettre en place, certaines normes n'ayant pas toujours un rang facile à déterminer (B).

A. L'identification du critère de hiérarchisation : le critère organique

39. Prévalence de la norme hiérarchiquement supérieure. Le principe d'autorité formelle repose sur un critère organique selon lequel la supériorité hiérarchique d'une norme naît de l'autorité qui l'a créée. Pour réguler les rapports

---

[172] B. BEIGNIER, « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs. Les principes généraux du droit et la procédure civile », *in Le droit privé français à la fin du XX*ème *siècle*, *op. cit.*, p. 153.
[173] Cf. *infra* n° 279 s.

reliant les normes les unes avec les autres, ce critère va assigner à chacune des normes une place différenciée et inégalitaire[174] selon une règle traditionnelle de résolution des concours qui prévoit que la norme hiérarchiquement supérieure prévaut sur la norme inférieure[175]. En conséquence, le principe d'autorité conduit à réfuter la norme inférieure chaque fois qu'elle entre en concours avec une norme supérieure[176].

Si l'on transpose à l'ordre juridique français le schéma kelsénien, on constate que les normes sont classées selon leur source, en partant du sommet où se trouve la Norme fondamentale. Puis, l'on descend les différents étages où se succèdent dans l'ordre suivant[177] :

- La Constitution ;
- Les traités internationaux et les textes communautaires ;
- Les lois organiques (art. 46 de la Constitution de 1958) ;
- Les lois ordinaires votées par le Parlement (art. 34), les lois référendaires sur consultation du peuple (art. 11), les ordonnances du Gouvernement ratifiées par le Parlement (art. 38), les décisions du Président de la République à objet législatif (art. 16) ;

-Les décrets du Président de la République (art. 37) ;

-Les décrets autonomes du Premier Ministre (art. 37), les décisions du Président de la République à objet réglementaire (art. 16) ;

-Les décrets d'application pris par le Premier Ministre (art. 21) ;

-Les arrêtés interministériels ou ministériels ;

-Les arrêtés préfectoraux ;

-Les arrêtés municipaux.

Ainsi, suivant cette hiérarchie, la loi est toujours subordonnée à la Constitution, aussi bien dans les dispositions écrites que celle-ci contient que dans les principes non écrits qui ont été reconnus comme ayant valeur constitutionnelle. A ce titre, les juges, judiciaire et administratif, devront toujours faire prévaloir la disposition de valeur constitutionnelle de telle sorte que la loi ne pourrait, par exemple, contrevenir au droit de propriété qui a valeur constitutionnelle[178].

40. Neutralité et efficacité du critère organique. Ce critère procède à la coordination abstraite des normes concurrentes en se désintéressant de leur contenu ou de leur objectif. Mlle Léna Gannagé relève qu'une telle hiérarchie répond

---

[174] J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », *in Le droit en procès*, J. Chevallier, D. Loschak, Travaux du C.U.R.R.A.P., PUF, 1983, p. 7, spéc. p. 13.

[175] *Lex superior derogat inferiori.*

[176] F. TERRE, *Introduction générale au droit,* Précis, Dalloz, 8ème éd., 2009, p. 192, « *Un texte d'une catégorie inférieure est subordonné aux textes de la catégorie supérieure et ne peut y déroger* ».

[177] F. TERRE, *op. cit.*, p. 191 s. ; G. CORNU, *op. cit.*, p. 179 s., n° 318 s. ; J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 77 s., n° 91 ; Ph. MALINVAUD , *op. cit.* p. 51 s., n° 62 s.

[178] Cons. const., 16 janvier 1982, 132 -133 DC., *GDCC n° 31,* obs. L. FAVOREU et L. PHILIP. V. aussi, Cons. const., 27 juillet 2006, 2006-540 DC.

incontestablement à un « *besoin de certitude et d'ordre* ». « *Face à la prolifération des sources du droit, il – ce classement – permet d'éviter que l'agencement des normes juridiques ne relève de la seule impulsion du juge* »[179]. En conséquence, le principe d'autorité répond non seulement à la volonté d'instaurer un ordonnancement du système juridique clair et cohérent, mais il permet aussi de préserver la sécurité juridique pour les justiciables. Avec cet outil de résolution des concours, aucun aléa n'est, en théorie, envisageable : la solution du concours est connue de tous. Pourtant, on s'aperçoit que l'application du critère organique n'est pas toujours évidente.

B. L'application difficile du critère organique

41. Aménagement nécessaire du critère organique. La pyramide des normes, sur laquelle repose l'ordonnancement voulu par le critère hiérarchique, subit des altérations qui obligent à sa remise en cause constante. En effet, la hiérarchie s'est diversifiée, aussi bien dans la prise en compte des sources écrites ou formelles – entre la Constitution et les lois ordinaires s'intercalent désormais les lois organiques – que dans la reconnaissance de sources informelles, directes ou non, tels les principes généraux du droit ou la jurisprudence. Dès lors, afin de mettre en œuvre un principe d'autorité cohérent, il est nécessaire de composer avec tous les nouveaux éléments pouvant entrer dans cette hiérarchie et décider si telle ou telle autorités ou sources du droit peuvent en faire partie. A ce titre, on pourrait, par exemple, s'interroger sur la place de la jurisprudence[180]. Deux questions se posent. D'une part, pour admettre que la jurisprudence ait sa place dans la hiérarchie, il faudrait lui reconnaître le pouvoir de créer du droit[181]. Or, le juge n'a apparemment ni le moyen ni le pouvoir de produire du droit[182]. Il serait toutefois possible d'objecter que la responsabilité civile a été l'objet de nombreuses créations prétoriennes, tel le principe de responsabilité du fait des choses[183], aujourd'hui admises comme des règles de droit. Nous y reviendrons d'ailleurs plus précisément dans la suite de notre étude[184]. D'autre part, pour considérer que la jurisprudence intègre la hiérarchie des normes, il faudrait dépasser le concept traditionnel de cette hiérarchie et reconnaître un classement des normes indifférent à la possibilité d'une vérification de leur conformité à la norme supérieure. En effet, il n'existe pas d'organe interne compétent pour apprécier la

---

[179] L. GANNAGE, *op. cit.*, p. 7.

[180] J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *in Le droit privé français au milieu du XX^ème^ s.*, Mélanges G. Ripert, LGDJ, t. I, 1950, p. 28 ; J.-L. AUBERT, M. BANDRAC, A. BRETON, J. CARBONNIER, G. CORNU, M. GOBERT, F. TERRE, A. TUNC et F. ZENATI, « La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée », *RTD. civ.* 1992, p. 337 ; C. PUIGELIER, « La création du droit (libres propos sur la norme jurisprudentielle) », *RRJ* 2004-1, p. 17.

[181] Cf. *infra* n° 105 s.

[182] L'article 5 du Code civil prohibe à ce titre les arrêts de règlement.

[183] Cf. *infra* n° 105 s.

[184] *Ibid*

conformité de la jurisprudence, du moins celle de la Cour de cassation, à la loi[185]. Certes, le pourvoi en cassation, selon l'article 604 du Code de procédure civile, « *tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit* », mais ce contrôle est interne à l'organisation juridictionnelle et la Cour de cassation n'est pas elle-même contrôlée. On pourrait regretter cette absence de contrôle qui conduit parfois à des recours externes. La Cour européenne des droits de l'homme n'hésite d'ailleurs pas à condamner la France pour les erreurs perpétrées par la Cour de cassation[186]. Elle conduit aussi la Cour de cassation à opérer des revirements de jurisprudence[187]. On pourrait en dire autant de la Cour de justice de l'Union européenne. La question rebondit alors : le travail de ces deux cours n'est pas vérifié. Dans ces conditions, si l'on accepte une conception renouvelée de la hiérarchie incluant la jurisprudence comme une source du droit, la question de sa place hiérarchique se posera inévitablement. Partant du constat que le juge, en droit interne, ne peut pas aller à l'encontre de la loi, son rôle étant justement d'apprécier et d'interpréter la loi pour l'appliquer au litige et que le juge est considéré comme le « *serviteur des lois et le censeur des décrets* »[188], il faudrait situer la jurisprudence à un niveau infra législatif et supra décrétale. Mais, on le sait, ces questions sont loin d'être définitivement tranchées et mériteront d'être approfondies, par la suite, en s'intéressant au cas particulier de la responsabilité civile extracontractuelle[189].

En toute hypothèse, le principe sera viable à la condition que l'on puisse vérifier son aptitude à intervenir dans le champ juridique de la responsabilité civile. C'est cette viabilité qu'il nous faut maintenant apprécier.

---

185 V. à ce titre : S. GUINCHARD, « Le droit a-t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation ?) », *in L'avenir du droit,* mélanges F. Terré, Dalloz, PUF, Juris-classeur, 1999, p. 761.

186 V. CEDH, 31 janvier 1996, *affaire Fouquet c/France*, *Rec.* 1996-I, p. 19 ; *JCP. G.* 1997, I. 4000, n° 5, obs. F. SUDRE. Dans cette affaire, la France a été condamnée à payer 150 000 Fr. à un justiciable, victime d'une erreur de fait dans la lecture de son dossier, erreur qui avait conduit la Cour de cassation à rejeter son pourvoi. Il était, en effet, affirmé que le requérant avait reconnu dans ses écritures d'appel une part de responsabilité dans un accident, alors que la lecture de celles-ci révélait qu'il n'en avait reconnu aucune.

187 V. par exemple CEDH, 25 mars 1992, *affaire B. c/France*, *D.* 1993, p. 101, note J.-P. MARGUENAUD ; Cass. AP., 11 décembre 1992, *GAJC* n° 22-23, obs. F. TERRE et Y LEQUETTE, concernant le transsexualisme. Par une décision du 25 mars 1992 de la CEDH, la France fut condamnée pour violation du droit au respect de la vie privée posé par l'article 8 de la CEDH. En l'espèce, un homme, ayant subi diverses interventions chirurgicales pour devenir une femme, s'était vu débouté de sa demande de changements de sexe et de prénom à l'état civil. En appel comme devant la Cour de cassation, la décision des juges du fond fut confirmée. Il décida alors de déclencher le mécanisme du contrôle international de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme. La CEDH constate alors l'incompatibilité des exigences françaises avec le principe du respect de la vie privée. Ainsi, fallait-il soit améliorer les registres de L'INSEE pour qu'il n'y ait plus mention du sexe dans le numéro d'identification, soit autoriser le changement de prénom. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation alla même plus loin en autorisant la modification du sexe sur le registre de l'état civil.

188 R. CHAPUS, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966, chr., p. 99, spéc. p. 99.

189 Cf. *infra* n° 105 s.

Section 2. L'ordonnancement des normes de la responsabilité civile extracontractuelle selon le principe d'autorité

42. Règles et principes de la responsabilité civile. Le critère organique qui vient d'être dégagé permet de classer les normes en présence selon leur source. Pour cela, il faut, dans un premier temps, identifier l'origine de la norme et savoir quel est l'auteur qui l'a produite. Et, dans un second temps, il faut classer ces sources en recherchant celle qui est supérieure et qui doit, de ce fait, prévaloir.

En matière de responsabilité civile extracontractuelle, on constate qu'il est possible d'opérer une distinction entre les normes qui ont simplement valeur de « règles » (§1) et celles qui ont, en plus, valeur de principe (§2).

§1. Critère organique et règles de la responsabilité civile extracontractuelle

43. Valeur des normes de la responsabilité civile. Ordonner les règles de la responsabilité civile au sein de la hiérarchie des normes revient à s'interroger sur la personne qui les a créées, puisque c'est de celle-ci que dépendra leur valeur. Ainsi, on trouve, en matière de responsabilité civile extracontractuelle, des règles ayant une valeur législative (A) et des règles ayant valeur réglementaire ou décrétale (B).

A. L'ordonnancement des règles ayant valeur légale

44. Triple origine des normes de la responsabilité civile. Le plus souvent, les règles de la responsabilité civile trouvent leur source dans la loi (1). Néanmoins, il est intéressant de remarquer qu'avant de prendre valeur légale certaines d'entres elles furent d'abord l'objet d'une écriture communautaire (2), voire prétorienne (3).

1. Les règles légales d'origine législative

45. Constat : la valeur légale des normes de la responsabilité civile. On constate qu'un grand nombre de règles de la responsabilité civile extracontractuelle est contenu dans le Code civil à la partie législative. On y trouve des règles de responsabilité du fait personnel notamment aux articles 1382 et 1383, des règles de responsabilité du fait des choses comme aux articles 1384, alinéa 1er et 1386 ainsi que des règles de responsabilité du fait d'autrui (articles 1384, alinéa 1er ou article 1384, alinéa 5). Celles qui ne sont pas dans le Code civil se dispersent au sein d'autres

codifications, comme dans le Code rural[190], le Code de l'aviation civile[191], le Code de l'environnement[192], le Code des transports[193], ou celui de la santé publique[194], pour ne citer qu'eux. En outre, certaines règles de la responsabilité civile, non codifiées, font l'objet de lois diverses, comme celle de 1881 sur la liberté d'expression[195], celle du 8 juillet 1941 concernant la responsabilité du fait des téléphériques[196]. Cet état des lieux permet de confirmer, s'il était besoin, l'éparpillement des normes de la responsabilité civile et surtout, pour la question qui nous intéresse, de constater leur valeur commune. En effet, qu'elles soient codifiées ou non, toutes ces dispositions ont assurément valeur législative.

2. Les règles légales d'origine communautaire

46. Constat non démenti par l'origine communautaire de certaines normes. Certaines règles de la responsabilité civile ont d'abord été édictées par un acte communautaire. Il faut dans ces conditions s'interroger sur la place de la norme communautaire dans la hiérarchie. Il a d'abord été jugé, à l'appui de l'article 55 de la Constitution[197], que le traité, s'il a une valeur infra constitutionnelle, a, en revanche,

---

[190] V. par exemple, les anciens articles L. 226-1 s. du Code rural, remplacés par les articles L. 426-1 s. du Code de l'environnement, qui prévoient d'écarter l'application de l'article 1385 du Code civil quant aux dommages causés par le gibier en organisant une procédure d'indemnisation administrative ou judiciaire selon les animaux concernés.

[191] V. par exemple, l'article L. 141-2 du Code de l'aviation civile, qui dispose que « *l'exploitant d'un aéronef est responsable de plein droit des dommages causés par les évolutions de l'aéronef ou les objets qui s'en détacheraient aux personnes et aux biens situés à la surface* ».

[192] V. par exemple, l'article L. 218-1 du Code de l'environnement qui dispose que, « *tout propriétaire d'un navire transportant une cargaison d'hydrocarbures en vrac est responsable des dommages par pollution résultant d'une fuite ou de rejets d'hydrocarbures de ce navire (…)* ».

[193] V. Par exemple, l'article L. 5131-3 du Code des transports prévoit que, « *si l'abordage est causé par la faute de l'un des navires , la réparation des dommages incombe à celui qui l'a commise* ».

[194] V. par exemple, l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique qui dispose que, « *hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut de produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent Code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. Les établissements, services et organismes susmentionnés, sont responsables des dommages résultants d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve de la cause étrangère (…)* ».

[195] Articles 29 et s. de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. V. notamment l'article 34 qui réprime la diffamation dirigée contre la mémoire des morts lorsqu'elle s'accompagne d'une intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, époux ou légataires universels vivants.

[196] Cette loi, établissant une servitude de survol au profit des téléphériques, crée, dans son article 6, une responsabilité de plein droit pour tous les dommages causés par les téléphériques, cabines, câbles ou objets qui s'en détachent. V. notamment, Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action 2010/2011, n° 8302.

[197] L'article 55 de la Constitution proclame que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord, de son application par l'autre partie* ».

une valeur supra législative[198]. Puis, la question s'est posée du classement de la loi et du droit dérivé (directive et règlement). Le Conseil d'Etat, rappelant les engagements de l'Etat français envers l'Union Européenne, a décidé que « *le droit dérivé bénéficie de la même supériorité sur la loi ordinaire que le droit communautaire primaire* »[199]. Néanmoins, cette solution ne vaut qu'en dehors de toute transposition du droit dérivé dans l'ordre interne. En effet, la valeur des dispositions d'une directive transposée dépendra de l'acte qui les y a insérées[200]. Prenons comme exemple la directive du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux. Celle-ci a, en dehors de toute transposition, une valeur supra législative. Elle devrait donc faire obstacle à l'application du droit interne en vigueur. Cependant, une fois transposée sous la forme de la loi du 19 mai 1998, elle prend valeur législative.

On notera que même si ce procédé de transposition semble simple d'utilisation, il ne se fait pas toujours sans heurts. Pour la directive du 25 juillet 1985, la France ne s'est résignée à son intégration dans l'ordre interne qu'après un retard de 10 ans et à la suite d'une condamnation pour manquement à ses obligations communautaires par la Cour de justice des communautés européennes[201]. Durant cette période de transition, c'est le droit commun de la responsabilité civile tel qu'il avait été dégagé par la jurisprudence, à la lumière de la directive, qui fut appliqué[202]. L'origine jurisprudentielle de ces règles nous amène à nous interroger dès à présent sur leur place dans la hiérarchie de normes.

3. Les règles dégagées par le juge

47. De l'origine prétorienne des normes. Certaines règles de la responsabilité civile ont d'abord été dégagées par la jurisprudence soit parce que le législateur tardait trop à faire appliquer une directive, soit parce qu'aucune loi n'existait alors.

48. Création prétorienne obviant aux défauts de transposition d'une directive. En matière de responsabilité du fait des produits défectueux, les juges, devant l'inertie du législateur, entreprirent, avec audace, de pallier le défaut de transposition de la directive communautaire du 25 juillet 1985 en droit interne[203] en

---

[198] Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, *D*. 1975, J., p. 497 ; CE., Ass, 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Rec*. p. 190, concl. P. FRYDMAN.

[199] Cette supériorité a été reconnue par le Conseil d'Etat aussi bien aux règlements (CE., 24 septembre 1990, *Boisdet*, *Rec*. p. 251), qu'aux directives (CE., Ass., 28 février 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris Fr*., *Rec*. p. 81).

[200] L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX et G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Précis droit public, Dalloz, 13ème éd., 2010, p. 149 s., n° 183.

[201] CJCE., 13 janvier 1993, *D.* 1993, p. 566, note J.-C. CLERGERIE.

[202] Cf. *infra* n°48 s.

[203] V. notamment, Cass. 1ère civ., 28 avril 1998, *Bull. I*, n° 158 ; *JCP. G.* 1998, II. 10008, rapp. P. SARGOS ; *ibid*, I. 185, obs. G. VINEY ; *RTD. civ.* 1998, p. 684, obs. P. JOURDAIN ; Cass. 1ère civ., 5 avril 2005, *Bull. I*, n° 173 ; *JCP. G.* 2005, II. 10085, note L. GRYMBAUM, J.-M. JOB ; *ibid*, I. 159, obs. G. VINEY ; *D.* 2005,

interprétant le droit de la responsabilité civile à la lumière de la directive[204]. La jurisprudence mit ainsi à la charge des fabricants et des fournisseurs professionnels une obligation contractuelle de sécurité de résultat consistant à fournir des produits exempts de défaut et étendit le bénéfice de cette protection aux tiers[205]. Lors de la

---

p. 2256, note A. GORNY ; *RTD. civ.* 2005, p. 607, obs. P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass.* 2005, comm. n° 189, obs. C. RADE. V. aussi : J. GHESTIN, « Le nouveau titre IV bis du livre III du Code civil "De la responsabilité du fait des produits défectueux", l'application française de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux après l'adoption de la loi 98-389 du 19 mai 1998 », *JCP. G.* 1998 I. 148 ; Ch. LARROUMET, « La responsabilité du fait des produits défectueux après la loi du 19 mai 1998 », *D.* 1998, chr., p. 311 ; F.-X. TESTU et J.-H. MOITRY, « La responsabilité du fait des produits défectueux, commentaire de la loi 98-389 du 19 mai 1998 », *D. Aff*. 1998, sup. n° 125, p. 3. ; G. VINEY, « L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *D.* 1998, chr. p. 292 ; P. JOURDAIN, « Commentaire de la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux », *JCP. N.* 1999, p. 1089 ; F. CHABAS, « La loi du 19 mai 1998 et le droit commun », *GP.* 8 mai 1999, doct. p. 565 ; I. LOLIES, « L'insertion de la loi du 19 mai 1998 dans le droit de la responsabilité », *RRJ* 1999-2, p. 349 ; J. REVEL, « La coexistence du droit commun et de la loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *RTD. com.*1999, p. 317 ; Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, Précis droit privé, Dalloz, 6ème éd., 2009, p. 859 s., spéc. n° 650 ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Manuel Litec, 2ème éd., 2009, p. 478 s., n° 723 ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Manuel, Litec, 11ème éd., 2010, p. 529 s. n° 682 s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, *Les obligations*, Droit civil, Defrénois, 4ème éd. 2009, p. 165 s., n° 300 s. ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, Cours, droit privé, 9ème éd., 2010, p. 219 s., n° 277 s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 10ème éd., 2009, p. 989 s., spéc. n° 986.

[204] Pour une synthèse du droit français avant la transposition de la directive : Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action 2010/2011, n° 8345 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, les biens, les obligations*, Quadrige Manuel, PUF, vol. II, 1ère éd., 2004, p. 2370, n° 1182 ; M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Droit civil, Economica, T. V., 1ère éd., 2007, p. 673 s., n° 595 s.

[205] Voir notamment : Cass. 1ère civ., 11 juin 1991, *Bull. I*, n° 201 ; *D.* 1993, som. p. 241, obs. O. TOURNAFOND ; *JCP. G.* 1992, I. 3572, p. 158, obs. G. VINEY ; *RTD. civ.* 1992, p. 114, obs. P. JOURDAIN ; *GAJC* n° 250-251. La Cour de cassation énonce dans cet arrêt que « *l'action en responsabilité contractuelle contre le vendeur pour manquement à son obligation de sécurité, laquelle consiste à ne livrer que des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes et pour les biens, n'est pas soumise au bref délai de l'article 1648* ». La Cour de cassation montre ici l'autonomie de l'obligation de sécurité face à la garantie des vices cachés. Dans le même sens, Cass. 1ère civ., 27 janvier 1993, *Bull. I,* n° 44 ; *D.* 1993, som. 248, obs. O. TOURNAFOND ; *RTD. civ.* 1993, p. 592, obs. P. JOURDAIN. Le régime ainsi applicable à l'obligation de sécurité se trouve être bien distinct de celui de la garantie des vices cachés, en étant notamment soumise au délai de prescription de 30 ans de droit commun.

La Cour de cassation a aussi emprunté à l'article 6 de la directive sa définition du défaut de sécurité, Cass. 1ère civ., 17 janvier 1995, *Bull. I,* n° 43 ; *D.* 1995, p. 350, note P. JOURDAIN ; *JCP. G.* 1995, I., 3853, n° 9, obs. G. VINEY ; *RTD. civ.* 1995, p. 631, obs. P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass.* 1995, comm. n° 123, chr. 16, obs. H. GROUTEL ; *D.* 1996, som. n° 15, obs. G. PAISANT ; Cass. 1ère civ., 3 mars 1998, *Bull. I*, n° 95 ; *D.* 1999, p. 36, note G. PIGNARRE, Ph. BRUN ; *JCP. G.* 1998, II. 10049, rapp. P. SARGOS ; *Ibid*, I., 144, obs. G. VINEY ; *RTD. civ.* 1998, p.683, obs. P. JOURDAIN. Dans ce dernier arrêt, la Cour de cassation décide que « *le fabricant est tenu de livrer un produit exempt de tout défaut de nature à causer un danger pour les personnes et les biens, c'est-à-dire, un produit qui offre la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre* ».

transposition de la directive par la loi du 19 mai 1998, se posa la question de la survivance de cette jurisprudence, et ce, d'autant plus qu'elle s'avérait très favorable pour la victime notamment sur deux points. D'une part, son domaine d'application était très étendu. En effet, si en vertu de la loi de 1998, seul le producteur est responsable à l'égard de la victime à titre principal[206], la jurisprudence, elle, avait mis sur un pied d'égalité tous les responsables : producteurs et fournisseurs professionnels. Elle faisait, par exemple, peser l'obligation de sécurité non seulement sur les fabricants de produits, mais aussi sur l'ensemble des intervenants de la chaîne de distribution[207]. D'autre part, son régime s'avérait lui aussi plus avantageux notamment quant aux délais pour agir. Selon les actuels articles 1386-16 et 1386-17 du Code civil, l'action de la victime est enfermée dans un double délai : un délai de forclusion de dix ans, à compter de la mise en circulation du produit, et un délai de prescription de trois ans, à compter de la date à laquelle la victime a ou aurait dû avoir connaissance du défaut, du dommage et de l'identité du producteur. La jurisprudence appliquait, quant à elle, le droit commun de la responsabilité, soit une prescription trentenaire en matière contractuelle et décennale en matière délictuelle, délais qui ne courent qu'à compter du dommage, quelle que soit la date de mise en circulation du produit[208].

Cette inégalité entre les deux régimes a conduit à s'interroger sur la norme applicable à une situation impliquant un produit défectueux. Plus généralement, la question soulevée est celle du concours entre une norme jurisprudentielle et une norme législative. Selon la hiérarchie formelle, il est certain que la jurisprudence se situe sur un échelon inférieur à celui de la loi. Ainsi, la jurisprudence, venant obvier aux défauts de la législation antérieure, doit cesser avec l'avènement de la loi nouvelle. Le raisonnement est le suivant : le juge judiciaire étant au service de la loi et ne pouvant la contredire, il ne saurait y avoir coexistence entre une loi nouvelle et une jurisprudence qui lui est contraire[209]. C'est pourquoi la jurisprudence cède sa place à la loi du 19 mai 1998 qui doit seule recevoir application. La question de la coexistence de ces deux normes et de leur ordonnancement n'est donc pas faite pour durer, la norme jurisprudentielle étant amenée à disparaître.

49. Création prétorienne obviant aux carences de la loi. Certaines normes de la responsabilité civile ont été mises à jour par le juge. C'est le cas notamment en matière de responsabilité du fait des choses.

A l'origine, les rédacteurs du Code civil avaient estimé nécessaire de s'intéresser à certaines choses particulières qui pouvaient causer un dommage. Ainsi,

---

[206] Le fournisseur professionnel ne pouvant être poursuivi qu'à titre subsidiaire et à la double condition que le producteur ne soit pas identifié et que le fournisseur poursuivit n'indique pas l'identité du producteur dans un délai de trois mois.

[207] V. notamment, Cass. 1ère civ., 17 janvier 1995, précité.

[208] Pour une synthèse des autres inconvénients, V. M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 684 s., n° 608 s.

[209] Ch. LARROUMET, « Introduction », *in La responsabilité civile du fait des produits défectueux (loi du 19 mai 1998)*, colloque du 27 octobre 1998, *L.P.A.* 28 décembre 1998, n° 155, p. 3, spéc. p. 7.

la victime se trouvait-elle protégée contre les dommages causés par les animaux (art. 1385 C. civ.) ou par la ruine des bâtiments (art. 1386 C. civ.). L'article 1384, alinéa 1, qui énonce qu'« *on est responsable non seulement des dommages causés par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* » n'avait, dans l'esprit des rédacteurs du code, qu'une valeur annonciatrice des cas particuliers susmentionnés. Dans cette configuration et jusqu'à la fin du XIXe siècle, les tribunaux s'en sont tenus à ces deux cas de responsabilité en appliquant, à propos des autres accidents causés par des choses inanimées, les articles 1382 et 1383 du Code civil[210]. Mais, si les animaux et les bâtiments ont pu apparaître dans la société agraire du XIXe siècle comme la voie principale, voire l'unique source de dommage, cette situation a été entièrement bouleversée par la révolution industrielle. C'est notamment le sort de la victime d'un accident du travail, le plus souvent anonyme, non indemnisée parce que dans l'impossibilité de prouver une faute à l'origine de son dommage, qui a conduit à une relecture de l'article 1384, alinéa 1[211]. L'arrêt *Teffaine* rendu par la chambre civile de la Cour de cassation le 16 juin 1896 constitue la première pierre de l'édifice prétorien d'un principe général de responsabilité du fait des choses. A la suite du décès d'un ouvrier qui travaillait à bord d'un remorqueur dont la chaudière a explosé, la Haute juridiction admit que la responsabilité du propriétaire du navire pouvait être engagée sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1, et ce sans que les ayants droits de la victime n'aient à rapporter la preuve d'une faute du défendeur. Il fut reconnu que l'explosion était imputable à un vice de construction de la chaudière, de sorte que les juges purent considérer qu'« *aux termes de l'article 1384 du Code civil, cette constatation, qui exclut le cas fortuit et la force majeure, établit vis-à-vis de la victime de l'accident, la responsabilité du propriétaire du remorqueur, sans qu'il puisse s'y soustraire, en prouvant, soit la faute du constructeur de la machine, soit le caractère occulte du vice incriminé* »[212]. Cette jurisprudence novatrice préfigurait une évolution de la responsabilité civile qui ne fut pas toujours très bien perçue[213]. Pourtant, la Cour de cassation poursuivit dans cette voie et confirma par la suite sa position, notamment par l'arrêt *Jand'heur*, des chambres réunies du 13 février 1930, dans lequel elle indiqua que : « *la présomption de responsabilité établie par l'article 1384, alinéa 1er, à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé un dommage à autrui ne peut être détruite que par la preuve d'un*

---

[210] F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*,p. 755 s., spéc. n° 751.

[211] On retrouve ce rappel de l'évolution des règles de la responsabilité du fait des choses dans différents manuels de droit des obligations : J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 2378 s. , n° 1186 s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.,* p. 754 s., n° 745 s. ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.,* p. 495 s., n° 628 s.; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, *op. cit.,* p. 87 s. n° 180 s. ; Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 2019 s., n° 342 s. ; Ph. Le TOURNEAU, *op. cit.*, n° 7690 s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.,* p. 293 s., n° 231 s. ; M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 189 s, n° 165 s ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations,* Dalloz, Cours, droit privé, 9ème éd., 2010, p. 201 s., n° 247 s.

[212] Cass. civ., 16 juin 1896, *Teffaine*, *DP* 1897, I. p. 433, note R. SALEILLES ; *S*. 1987, I. p. 17, note A. ESMEIN.

[213] V. sur ce point G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité,* Traité de droit civil, 3ème éd., LGDJ 2006, p. 682 s., n° 629 s.

cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable ; il ne suffit pas de prouver qu'il n'a commis aucune faute ou que la cause du dommage est inconnue ; (…) la loi, pour l'application de la présomption qu'elle édicte, ne distingue pas suivant que la chose qui a causé le dommage était ou non actionnée par la main de l'homme ; il n'est pas nécessaire qu'elle ait un vice inhérent à sa nature et susceptible de causer le dommage, l'article 1384 rattachant la responsabilité à la garde, non à la chose elle-même »[214]. Cet attendu très remarqué renforça les fondations de la responsabilité du fait des choses[215]. Dès lors, « *si l'arrêt Teffaine permit l'émergence d'un principe général de responsabilité du fait des choses – en 1896 –, c'est l'arrêt Jand'heur qui en a défini toute la substance* »[216].

Pour revenir à la question qui nous occupe, on ne peut qu'admettre que, bien que d'origines prétoriennes, ce régime général de responsabilité n'en est pas moins tiré de l'article 1384, alinéa 1er du Code civil. Il a donc lui aussi naturellement valeur législative. Il en sera de même des autres textes « découverts » par la jurisprudence comme pour certains des régimes de responsabilité du fait d'autrui issus, eux aussi, de l'article 1384, alinéa 1er.

50. Premier échec du principe d'autorité. En définitive, toutes ces règles, législatives, prétoriennes ou communautaires, ont la même place dans la hiérarchie des normes. Or, le principe d'autorité s'appuyant sur la place différenciée des normes dans l'ordre hiérarchique ne saurait ici fonctionner. Il connaît là son premier échec. Reste à vérifier s'il peut au moins trouver à s'appliquer si l'on admet que certaines normes ont valeur réglementaire ou décrétale.

B. L'ordonnancement des règles ayant valeur réglementaire ou décrétale

51. Multiplication des réglementations génératrices de responsabilité. La profusion des normes de la responsabilité civile est intimement liée à la multiplication des activités, professionnelles ou non, génératrices de dommages, pour lesquelles il faut bien prévoir une réglementation. Devant le caractère inédit des situations dommageables ainsi créées, les normes anciennes, déjà en vigueur, n'apparaissent pas toujours adaptées.

52. Exemple des règlementations sportives. Quelles sont, par exemple, les règles applicables aux dommages causés lors d'activités sportives ? Si l'on peut

---

[214] Cass ch. réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*, *Bull.* n° 34 ; *DP* 1930, I. p. 57, note G. RIPERT ; *S.* 1930, I. p. 21, note P. ESMEIN. Pour une analyse de cette décision en parallèle avec l'arrêt *Teffaine* : J. GARNIER, « De l'arrêt *Teffaine* aux arrêts *Jand'heur* », *in La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire,* sous la direction de F. Leduc, *Economica*, 1997, p. 25.

[215] Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 222, n° 349.

[216] J. GARNIER, art. précité.

évidemment engager une responsabilité sur le fondement des normes législatives vues précédemment, il ne faut pas faire abstraction des règlements particuliers qui peuvent être émis à l'occasion de certaines de ces activités et qui sont plus appropriés aux sports pratiqués. Ainsi, les différentes fédérations sportives vont-elles instaurer une réglementation propre au déroulement des activités ou compétitions qu'elles régissent afin, entre autres, de prévoir l'indemnisation des préjudices qui peuvent éventuellement en résulter[217]. C'est le cas des règles de course à la voile I. S. A. F. dictées par la fédération française de voile, qui s'appliquent notamment aux compétitions de voile telles que les régates. Pour y participer, les skippers doivent accepter ces règles et donc les responsabilités qui en découlent. On y trouve, spécialement dans l'article 14B, les dispositions suivantes : « *un bateau prioritaire ou un bateau ayant droit de place ne doit pas être pénalisé sauf si le contact a causé un dommage* ». Cet article instaure une règle de responsabilité spéciale du fait de l'abordage d'un navire lors d'une régate. Pareillement, il existe des règles particulières pour les skieurs définies par la Fédération française de ski[218]. La personne ne respectant pas ces règles commet une faute. Parmi ces règles, il est fait obligation au skieur d'adapter sa vitesse et son comportement à ses capacités personnelles ainsi qu'aux conditions générales du terrain et du temps[219]. « *Ne pas être maître de sa vitesse est constitutif d'une faute pouvant engager sa responsabilité* »[220].

Ces normes, qui viennent réglementer une discipline, ont une valeur infra législative. Elles doivent donc, dans la logique du principe d'autorité, céder leur place devant toutes les normes d'origine législative. En cas de concours entre les règles de l'I. S. A. F. et les dispositions du Code des transports relatives aux événements de mer, ces dernières devront s'appliquer[221]. On peut toutefois se demander si l'on a vraiment affaire dans ces situations à un concours de normes. Il ne semble pas en réalité que soient présents tous les éléments déterminants du concours. Indubitablement, un rapport de concurrence fait défaut entre ces deux normes. En effet, les normes réglementaires, comme les règles du jeu, existent pour

---

[217] Les fédérations sportives peuvent être agréées par le ministre chargé des sports selon les dispositions de l'article L. 138-8 du Code du sport. A ce titre, il leur est possible de prendre des règlements qui porteraient notamment sur leur organisation. On compterait ainsi une variété de « règles » pouvant être prises par ces fédérations telles que les règles du jeu ou les décisions arbitrales, qui sont comprises plus comme des règles techniques que comme des règles de droit, et les règles d'organisation qui s'expriment à travers l'édiction de règlements qui peuvent définir les conditions de déroulement d'une compétition. V. F. BUY, J.-M. MARMAYOU, D. PORACCHIA et F. RIZZO, *Droit du sport*, Manuel, LGDJ, 2ème éd., 2009, p. 141 s. ; P. JOURDAIN, « A propos de la faute en matière sportive », *in Le monde du droit,* écrits en l'honneur de J. FOYER, Economica, 2008, p. 559.

[218] Ph. Le TOURNEAU, *op. cit.*, n° 6805 s.

[219] Ces règles sont également applicables à l'utilisateur d'une luge : TGI. Albertville, 5 mars 2004, *GP.* 2005, 1, 162 ; Nîmes, 1er juin 1976, *D.* 1977, IR. p. 252. Ainsi, le lugeur amont, dont la position dominante permet le choix d'une trajectoire, doit prévoir une direction qui assure la sécurité du lugeur aval.

[220] Grenoble, 9 mars 1962, *JCP. G.* 1962, II. 12697.

[221] La loi du 7 juillet 1967 relative aux évènements de mer a été codifiée en 2010 dans le Code des transports aux articles L 5131-1 et suivants.

préciser la norme législative, en venant, par exemple, indiquer quelles sont les fautes du sportif. D'ailleurs, la Cour de cassation recherche une « *faute caractérisée par une violation des règles du jeu* »[222]. Dans ce cas, il y a « *une coïncidence normative* »[223] entre la règle sportive et la règle civile dans la mesure où « *l'une et l'autre poursuivent un même but* »[224]. Le rapport unissant ces normes serait donc plutôt un rapport de concertation. C'est pourquoi, suivant ce que nous avons indiqué en introduction, il faudra les appliquer de concert[225].

53. Exemple des décrets réglementant des professions juridiques. En matière professionnelle, on trouve aussi des normes de nature décrétale qui complètent des dispositions légales. Ainsi, selon les termes de l'article 6 du décret du 15 janvier 1993, le notaire salarié est reconnu comme préposé du titulaire de l'office, considéré comme seul responsable. Il en est de même pour l'avocat salarié : l'article 131 du décret du 27 novembre 1991 prévoit que « *l'avocat est civilement responsable des actes accomplis pour son compte par son ou ses collaborateurs* »[226]. Ces dispositions viennent donc utilement préciser l'article 1384, alinéa 5, du Code civil, applicable en matière de responsabilité du fait du préposé, sans le concurrencer. Il faut donc, là aussi, les appliquer de concert.

54. Inanité du principe : le second échec. Dans ces dernières hypothèses, à défaut de concours, le principe d'autorité comme mode d'articulation des concours de normes n'est d'aucune utilité. Effectivement, dans ces domaines, les décrets ou les règles du jeu viennent utilement compléter la norme générale sans pouvoir y déroger. Si un décret venait à contredire le texte d'une loi, il serait immanquablement annulé par les juridictions administratives.

Ceci confirme le constat précédemment énoncé, selon lequel le principe d'autorité ne permet pas d'agencer les normes de la responsabilité civile extracontractuelle. Il faut alors vérifier si ce constat peut être dépassé lorsque l'on s'intéresse aux normes de responsabilité civile auxquelles on pourrait attribuer la qualification de principe.

---

[222] Cass. AP. 29 juin 2007, *JCP.G*. 2007, II. 10150, note J.-M. MARMAYOU ; *LPA.* 24 septembre 2007, p. 4, note J. MOULY ; *D.* 2007, p. 2455, obs. I. GALLMEISTER ; *ibid*. p. 2346, obs. F. LAGARDE ; *ibid.* p. 2408, chr. J. FRANÇOIS ; *ibid*. p. 2897, obs. Ph. BRUN ; *GAJC.* n° 227-229 ; *RTD. civ*. 2007, p. 782, note P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass*. 2007, étude n° 17 par S. HOCQUET-BERG.

[223] F. BUY, note au *JCP.G*., 2004, I., 10175.

[224] P. JOURDAIN, art. précité, spéc. p. 561.

[225] Cf. *supra* n° 16.

[226] V. notamment à propos de la responsabilité des notaires : J. DE POULPIQUET, *Responsabilité des notaires, civile, disciplinaire, pénale*, Dalloz référence, 2ème éd., 2009/2010, p. 111, n° 42.81. Quant à la responsabilité des avocats, v. notamment, B. BEIGNIER, B. BLANCHARD et J. VILLACEQUE, *Droit et déontologie de la profession d'avocat,* Gazette du Palais, LGDJ 2008, p. 432, n° 365.

§2. Critère organique et principes de la responsabilité civile extracontractuelle

55. De la règle de responsabilité au principe. Une règle de droit peut, si elle répond à plusieurs critères, être érigée au rang de principe. Il existe ainsi des principes ayant valeur constitutionnelle considérés comme tels par le Conseil Constitutionnel, des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République consacrés par le Préambule de la Constitution de 1789 ou enfin des principes généraux du droit. Cette dernière dénomination, apparue en droit international public au temps de la Société des Nations[227], renvoie aujourd'hui à un ensemble de règles écrites ou non qui défend des valeurs jugées essentielles. La question se pose de savoir si le critère organique tient compte de la nature particulière de ces règles pour leur donner une place différente dans l'ordre hiérarchique, car, en matière de responsabilité civile, il semble que certaines règles puissent être élevées au rang de principes ayant valeur constitutionnelle (A) comme de principes généraux du droit (B).

A. Les principes de la responsabilité civile ayant valeur constitutionnelle

56. Article 1382 du Code civil : un principe ayant valeur constitutionnelle ? Pour certains auteurs, l'article 1382 du Code civil rejoindrait, « *dans l'inconscient du juriste français, le couronnement de Charlemagne ou la bataille de Marignan* »[228]. Il s'agirait de « *l'une de ces grandes règles d'équité qui pourraient, à elles seules, résumer le droit tout entier* » autour d'un seul principe : « *Chacun, doit réparer le dommage qu'il cause, par sa faute à autrui* »[229]. La formule de l'article 1382 serait « *irremplaçable* »[230] et « *universelle* »[231]. Ainsi, l'influence du principe de responsabilité personnelle serait telle que notre système juridique tout entier aurait déjà été « absorbé », ce qui interdirait de penser autrement les règles de la responsabilité civile[232]. En dressant cet état des lieux, on ne peut qu'être convaincu de la nécessité d'approfondir la question du rang de l'article 1382 du Code civil dans la hiérarchie

---

[227] L'article 38 du statut de la Cour International de Justice, annexé à la Charte des Nations Unies, admet comme source de droit « *les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées* ».

[228] A. RAMIN, « Exercice du droit de grève et responsabilité civile », *Dr.soc.* 1980, p. 537, spéc. p. 537.

[229] H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préface H. Capitant, t. I, 6ème éd., 1965, par A. TUNC, Montchrestien, p. 16.

[230] Ph. Le TOURNEAU, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin) », *RTD. civ.* 1988, p. 505, spéc. p. 507.

[231] Ph. Le TOURNEAU, « Des mérites et vertus de la responsabilité civile », *GP*1985, *doct.* p. 283, spéc. p. 285.

[232] H. MAZEAUD, « L'absorption » des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *DH* 1935, chr. p. 5.

des normes. Cette grande norme, qui dispose que « *tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* », aurait-elle valeur constitutionnelle ?[233]

57. Réponse. Pour répondre à la question de savoir quelle est la place de l'article 1382 du Code civil dans la hiérarchie des normes, il nous faut d'abord apprécier si cet article remplit les critères propres aux principes ayant valeur constitutionnelle (1). Toutefois, la réunion de ces critères n'est pas suffisante puisqu'il faut ensuite vérifier si une décision du Conseil constitutionnel a bien consacré cet article comme un principe ayant valeur constitutionnelle (2). Une telle consécration aura alors nécessairement des conséquences sur l'ordonnancement des normes de la responsabilité civile extracontractuelle (3).

1. L'éligibilité de l'article 1382 du Code civil au rang constitutionnel

58. Définition du principe à valeur constitutionnelle. La notion même de principe ayant valeur constitutionnelle n'est pas clairement définie. Seuls un faisceau de critères et un ensemble de décisions concordantes permettent de l'identifier. Il apparaît que « *parmi les règles de droit, certaines par leur ancienneté, les valeurs qu'elles expriment et l'étendue de leur domaine d'application, sont fondamentales, soit en général (principe d'égalité), soit au regard d'une matière déterminée (on parle ainsi des principes fondamentaux de la Sécurité sociale)* »[234]. De cette définition, trois critères cumulatifs sont extraits pour apprécier la valeur constitutionnelle d'un principe : un critère temporel (l'ancienneté), un critère matériel (l'étendue du domaine d'application) et un critère substantiel (les valeurs défendues). S'ajoute à cela, la nécessité que le Conseil constitutionnel reconnaisse ces règles comme des principes ayant valeur constitutionnelle dans ses décisions.

59. L'application des critères du principe à valeur constitutionnelle sur l'art. 1382 C. civ. Concernant le critère temporel, il apparaît que l'article 1382, consacré dans le Code civil de 1804, trouve ses origines dans le droit romain[235]. Son ancienneté ne fait donc aucun doute. Quant à son ampleur, l'importance de l'article 1382 du Code civil, dont l'étendue est si grande qu'il pourrait absorber toutes les autres normes, est, elle aussi, indéniable[236]. Pour finir, concernant sa substance,

---

[233] F. LUCHAIRE, note sous la décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 1982, *D*. 1983, J., p. 190. V. aussi, la thèse de J. TRAULLE, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle,* préface de P. Jourdain, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 477, 2007, p. 207 s.

[234] M. DE VILLIERS, « Principe », *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Armand Colin, 5ème éd. 2005.

[235] Le principe d'une telle responsabilité paraît remonter à la loi Aquilia (autour de 250 Av. C.). Celle-ci reconnaît la notion générale de dommage causé à autrui sans droit. En ce sens : J.-L. GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations,* Droit fondamental, PUF, 1ère éd., 1992, p. 218 s. ; E. CHEVREAU, Y. MAUSEN et C. BOUGLE, *Introduction historique au droit des obligations*, Objectif droit, Litec, 1ère éd., 2007, p. 94 s. ; Cf. *supra* n° 11.

[236] Cf. *supra* n° 56.

l'article 1382 du Code civil sert bien un principe essentiel de notre temps, le droit à réparation. Les dispositions de cet article correspondraient bien aux trois critères qui font un principe à valeur constitutionnelle. Toutefois, la question demeure de savoir si l'article 1382 du Code civil a bien été érigé comme un tel principe par le Conseil constitutionnel.

2. La position du Conseil constitutionnel

60. Première étape : la décision du Conseil Constitutionnel du 22 octobre 1982. C'est en 1982 que le Conseil constitutionnel eut l'occasion d'ébaucher une réponse à la question de savoir quelle est la valeur de l'article 1382 du Code civil[237]. Il devait statuer pour la première fois sur la conformité à la Constitution d'une loi instaurant un régime d'immunité de responsabilité fortement dérogatoire au principe de responsabilité personnelle tel qu'il est formulé par cet article[238]. L'article 8 de cette loi du 28 octobre 1982, relative au développement des institutions représentatives du personnel, disposait qu'« *aucune action ne pouvait être intentée à l'encontre de salariés, de représentants du personnel élus ou désignés ou d'organisations syndicales de salariés, en réparation des dommages causés par un conflit collectif du travail ou à l'occasion de celui-ci, hormis les actions en réparation du dommage causé par une infraction pénale et du dommage causé par des faits manifestement insusceptibles de se rattacher à l'exercice du droit de grève ou du droit syndical* ». Par cette décision du 22 octobre 1982, le Conseil constitutionnel déclara cet article contraire à la Constitution et au principe selon lequel « *nul n'ayant le droit de nuire à autrui, tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ».

61. Première difficulté : l'absence de consécration claire de l'article au rang constitutionnel. A l'issue de cette jurisprudence s'ensuivit une controverse portant sur l'éventuelle consécration au rang constitutionnel de l'article 1382 C. civ. qui prit les traits suivants. Effectivement, il apparaissait aux termes de cette décision que si le Conseil constitutionnel n'avait pas reconnu expressément la valeur constitutionnelle de l'article 1382 du Code civil, il avait visé clairement cette disposition pour prendre sa décision.

Plusieurs interprétations furent adoptées. Selon M. François Luchaire, il existe trois éléments indispensables à l'affirmation de la valeur constitutionnelle d'une disposition : sa nature de principe fondamental, sa reconnaissance par une loi de la République et, enfin, son aptitude à consacrer un droit de l'homme au sens de la Constitution[239]. Repartant de ces trois éléments, il constate que l'article 1382 est de toute évidence un principe fondamental reconnu par une loi de la République. En

---

[237] Cons. const., 22 octobre 1982, n° 1982-144, *Rec.* p. 21 ; *D.* 1983, J., p. 189, note F. LUCHAIRE ; *GP.* 1983, I. 60, note F. CHABAS ; *Pouvoirs*, 1983, n° 25, p. 125, chr., P. AVRIL et J. GICQUEL.

[238] C. RADE, « Le principe de responsabilité personnelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *LPA.* 8 septembre 1995, p. 4.

[239] F. LUCHAIRE, note précitée, p. 190.

revanche, selon lui, le dernier critère fait défaut, l'article 1382 ne consacrant pas un droit de l'homme dans la mesure où le droit à réparation n'est pas un droit opposable à la société, mais uniquement à un autre individu. Dès lors, il en déduit que « *l'absence de cette dernière condition ne permet pas d'ériger en principe à valeur constitutionnelle la norme énoncée par l'article 1382 du Code civil* »[240]. Suivant un autre chemin, mais en aboutissant à une même conclusion, M. Philippe Brun affirme que le Conseil constitutionnel n'a pas « *à proprement parler* » consacré l'article 1382 comme un principe à valeur constitutionnelle[241]. Allant plus loin, M. Nicolas Molfessis considère même que la décision du Conseil constitutionnel a été prise au nom du principe d'égalité et non au nom du principe de réparation[242]. Ainsi, selon lui « *ce qui a motivé la censure du Conseil ce n'est pas le fait que les auteurs d'un dommage puissent ne pas être condamnés à réparer les faits dommageables, mais que les victimes aient pu être privées d'action en réparation. Cette décision n'impose donc pas l'obligation, à la charge de l'auteur du fait dommageable de réparer les conséquences de sa faute, contrairement à ce qu'aurait imposé un principe constitutionnel formulé dans les termes de l'article 1382 du Code civil* »[243].

Dans un sens opposé, M. Christophe Radé estime pourtant que cette décision de 1982 a bien élevé au rang de principe à valeur constitutionnelle l'obligation de répondre personnellement de ses fautes[244].

Devant cette ambiguïté, c'est vers la jurisprudence postérieure qu'il faut maintenant se tourner.

62. Deuxième étape : nouvelles décisions constitutionnelles. De nouvelles jurisprudences ravivèrent ensuite le débat. Telle fut, par exemple, le cas de la décision du 20 juillet 1983, par laquelle le Conseil constitutionnel, saisi d'une question portant sur l'existence d'un principe de responsabilité de valeur constitutionnelle s'opposant à ce qu'un régime de responsabilité atténuée soit accordé aux membres de conseils d'administration ou de surveillance représentant les salariés des entreprises publiques, estima que ce régime spécial était légitime sans qu'il y ait « *besoin de rechercher si un tel principe de responsabilité avait valeur constitutionnelle* »[245]. Par la suite, le Conseil alla, semble-t-il, jusqu'à lui refuser cette

---

[240] F. LUCHAIRE, note précitée, p. 190 s.

[241] Ph. BRUN, « La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute », *Resp civ., Ass*. juin 2003, p. 37, spéc. p. 38.

[242] N. MOLFESSIS, « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », *in Le renouvellement des sources du droit des obligations,* T. 1, 1996, LGDJ, Association H. Capitant, p. 65. Dans le même sens, G. CANIVET, « Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile, essai de pragmatique jurisprudentielle », Etudes offertes à G. Viney, *LGDJ* 2008, p. 213, spéc. p. 220 s.

[243] N. MOLFESSIS, art. précité, spéc. p. 80, n° 20.

[244] C. RADE, art. précité, spéc. p. 6.

[245] Cons. const., 20 juillet 1983, n° 83-162, *Rec.*. p. 49. Par cette loi, la victime pouvait être privée de droit à réparation pour les cas où la faute commise serait présumée excusable.

valeur par une décision de 1994[246]. Sa saisine portait sur l'article 10 de la loi sur la bioéthique qui interdisait, dans l'hypothèse de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, toute possibilité de rechercher la responsabilité de ce dernier. Les auteurs de la saisine faisaient, entre autres, valoir que l'immunité et l'anonymat octroyés au donneur étaient contraires à l'article 1382 du Code civil. Ce à quoi le Conseil constitutionnel répondit : « *Aucune disposition ni aucun principe de valeur constitutionnelle ne prohibe les interdictions prescrites par le législateur d'établir un lien de filiation entre l'enfant issu de la procréation et l'auteur du don, et d'exercer une action en responsabilité à l'encontre de celui-ci* ». Force est de constater que cette décision paraît difficilement compatible avec l'idée d'un principe de responsabilité à valeur constitutionnelle. Comment accepter une immunité totale tout en consacrant un principe de responsabilité intangible ?

Néanmoins, on admit que cette décision ne remettait pas en cause la possibilité de consacrer l'article 1382 au rang constitutionnel, puisqu'il ne s'agissait que d'une solution de pure opportunité[247].

63. Troisième et dernière étape : l'article traduit une exigence constitutionnelle. Une décision de 1999 sur le pacte civil de solidarité[248] permet aujourd'hui de trancher le débat. Le Conseil constitutionnel y reconnaît que « *l'affirmation de la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »[249]. On en déduit que l'article 1382 traduit bien une « *exigence constitutionnelle* »[250].

Pourtant suffit-il d'admettre que le principe contenu dans l'article 1382 répond à une exigence constitutionnelle pour reconnaître valeur constitutionnelle à l'article 1382 lui-même ? Tout porte à croire que c'est uniquement le principe défendu par l'article 1382, en tant qu'il comprend l'exigence d'une réparation pour la

---

[246] Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344, *Rec.* p. 100. C. RADE, art. précité, spéc. p. 4 s. M. Radé parle de « *désacralisation du principe de responsabilité civile* ». « *L'obligation de répondre personnellement de ses fautes, élevée au rang de principe constitutionnel en 1982, ne semble donc pas aussi absolue et doit être ici fortement relativisée* ». Ces propos sont tempérés par la suite puisqu'il démontre que le « *principe de responsabilité personnelle n'est pas en réalité monolithique, mais se divise en deux facettes distinctes et complémentaires : le principe de responsabilité et le principe de droit à indemnisation* ». Or, il constate l'intangibilité de ce dernier principe.

[247] N. MOLFESSIS, art. précité, spéc. p. 82, n° 23. Pour l'auteur, le Conseil évite soigneusement de mentionner qu'une victime pourrait se voir priver de toute action en réparation de son préjudice ; pas davantage ne relève-t-il le fait qu'une faute pourrait rester sans suite sur le terrain de la responsabilité.

[248] Cons. Const., 9 novembre 1999, n° 99-419, *JCP. N.* 1999, p. 1698, « Pacte civil de solidarité (PACS) ; un nouveau contrat solennel », obs. C. DESTAME ; *JCP. G.* 2000, I. 280, « Le principe général de responsabilité pour faute fondé sur les articles 1382 et 1383 du Code civil », obs. G. VINEY ; *RTD. civ.* 2000, p. 109, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *LPA.* 26 juillet 2000, chr. n° 23, p. 11, obs. M. BERTRAND et M. VERPEAUX ; *RJDA* 2000, comm. n° 29, p. 31.

[249] Cons. const., 9 novembre 1999, n° 99-419, précité.

[250] G. VINEY, obs. précitée.

victime, qui a une valeur constitutionnelle, et non l'article en lui-même[251]. La valeur constitutionnelle de l'objet protégé (la réparation) ne déteint pas nécessairement sur l'instrument de protection. Le doyen Carbonnier souligne que « *s'il y a quelque chose de constitutionnel dans l'article 1382 du Code civil c'est la réparation du dommage, non la sanction de la faute* »[252]. « *On retiendra que si un lien de cause à conséquence existe entre l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et l'article 1382 du Code civil, ce dernier n'a pas été constitutionnalisé dans son ensemble* »[253]. D'ailleurs, par une décision du 22 juillet 2005, le Conseil constitutionnel précise la portée qu'il entend donner au principe de responsabilité pour faute en ces termes : « *si la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par les dispositions de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de 1789 (…), cette exigence ne fait pas obstacle à ce que, en certaines matières, pour un motif d'intérêt général, le législateur aménage les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée* »[254]. Il s'agit ici de rejeter les critiques faites à l'encontre de l'article L. 650-1 de Code de commerce, issu de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, aux termes duquel « *les créanciers ne peuvent être tenus responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnés à ceux-ci* ». Ainsi, une loi qui écarte la responsabilité de l'auteur d'une faute dommageable n'est pas en soi inconstitutionnelle si elle remplit deux conditions. L'atteinte au principe de responsabilité pour faute doit être justifiée par un motif d'intérêt général et le législateur ne peut qu'aménager les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée, sans pouvoir supprimer purement et simplement toute responsabilité pour faute. Cette solution est reprise dans une décision du 11 juin 2010[255]. Le Conseil constitutionnel y précise les conditions d'un aménagement législatif pour un motif d'intérêt général. Ce dernier n'est possible qu'à la condition qu'il n'en résulte pas « *une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789* ».

Finalement, bien que son essentialité puisse prêter à confusion, l'article 1382 du Code civil n'a pas valeur constitutionnelle[256].

---

[251] Ph. BRUN, art. précité, spéc. p. 41.

[252] J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 27ème éd., 2002, n° 123.

[253] J. TRAULLE, *op. cit.*, p. 247 n° 277.

[254] Cons. Const., 22 juillet 2005, 2005-522 DC., *Rec.* p. 125 ; *JCP. G.* 2006, I., 111, n° 8, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *LPA.* 4 août 2005, p. 14, note J.-E. SCHOETTL ; *LPA.* 17 février 2006, p. 58 note A. REYGROBELLET; *D.* 2005, chr., p. 1478, R. ROUTIER ; *D.* 2006, p. 2916, note R. ROUTIER.

[255] Cons. Const., 11 juin 2010, 2010-2 QPC ; *RJEP.* 2010, repère n° 10, note P. SARGOS ; *D.* 2010, p. 1976, note D. VIGNEAU.

[256] Pour une vue d'ensemble de toutes ses décisions : P. SARGOS, « 1382 », *RJEP.* , 2010, repère n° 10.

3. La portée d'une éventuelle consécration de l'article 1382 du Code civil au rang constitutionnel

64. Supériorité hiérarchique des articles ayant valeur constitutionnelle : le danger. Donner à l'article 1382 du Code civil une valeur constitutionnelle conduirait à faire prévaloir, dans une logique de hiérarchie formelle, cet article, chaque fois qu'il serait applicable, sur toutes les autres règles du Code civil. Un concours entre une norme quelconque de la responsabilité civile et l'article 1382 se résoudrait systématiquement par l'application de ce dernier. Sauf à considérer, comme le propose M. Brun, que les principes de responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui aient eux aussi valeur constitutionnelle[257]. On reconnaît que le principe de responsabilité du fait des choses qui existe aujourd'hui est, comme pour la responsabilité du fait personnel, incontournable. Et, si le principe général de responsabilité du fait d'autrui n'existe pas encore[258], il n'est pas impossible qu'il soit consacré à l'avenir, de sorte que le Conseil constitutionnel puisse le hisser au rang de principe ayant valeur constitutionnelle. Derrière la promotion possible de ces principes, l'idée fédératrice qui ressort est que « *l'on se doit de répondre des dommages qui trouvent leur origine dans le fait anormal de ce sur quoi l'on exerce son autorité : sa propre personne bien entendu, puisque l'on est censé maîtriser ses propres actes, mais aussi dans les mêmes termes, les choses que l'on a sous sa garde et les personnes sur lesquelles on exerce l'autorité* »[259]. Dès lors, si l'on admettait la valeur constitutionnelle de ces deux principes ainsi que celle de l'article 1382, il n'y aurait de difficulté que dans l'hypothèse d'un concours entre ces différentes normes puisqu'elles auraient toutes la même valeur. Dans tous les autres cas, ces normes prévaudraient sur toutes les autres. Ce qui, d'ailleurs, paraît fort peu réaliste.

Pour Mlle Geneviève Viney, il serait dangereux de franchir le pas vers la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle de l'article 1382 et donc par la même des deux autres dispositions. Comment, en effet, justifier que ces principes prévalent sur toutes autres normes de droit civil qui sont elles aussi essentielles ? L'auteur se pose alors la question de savoir si, à force de vouloir constitutionnaliser les règles qui composent notre droit positif, on ne risque pas de rigidifier celui-ci en empêchant sa modification par voie législative. Une grande prudence est donc requise à cet égard[260].

65. Valeur constitutionnelle du principe de responsabilité civile. En conclusion, de ces décisions du Conseil constitutionnel deux éléments ressortent.

---

[257] Ph. BRUN, art. précité, loc. cit.

[258] Nous verrons qu'il lui manque pour cela certains caractères qui font un principe général du droit et notamment l'unité. En effet, il n'existe pas aujourd'hui une seule responsabilité du fait d'autrui, mais plusieurs. Cf. *infra* n° 69.

[259] Ph. BRUN, article précité, loc. cit.

[260] G. VINEY, « Le principe général de responsabilité pour faute fondé sur les articles 1382 et 1383 du Code civil », *JCP. G.* 2000, I. 280.

D'une part, les articles du Code civil n'ont pas valeur constitutionnelle. Leur place dans la hiérarchie des normes demeure donc celle de la loi. D'autre part, la question de la constitutionnalité devrait plutôt se poser quant au principe de responsabilité, lui-même. Effectivement, l'on pourrait considérer que c'est sans doute le principe de responsabilité dans son ensemble qui a valeur constitutionnelle.

B. Les principes de la responsabilité civile ayant valeur de principes généraux du droit

66. Définition des principes généraux du droit et incidences sur les normes. « *Les principes généraux du droit sont des règles de droit objectif, non de droit naturel ou idéal, exprimés ou non dans les textes, mais appliqués par la jurisprudence et dotés d'un caractère suffisant de généralité. Autrement dit, ils supposent un énoncé normatif, quelle qu'en soit l'origine, une effectivité qui en fasse des sources de droits et d'obligations, des sanctions en terme de licéité et de responsabilité et une place élevée dans la hiérarchie des normes* »[261]. Certaines normes de la responsabilité civile répondent aux exigences de cette définition (1). Ce qui permet d'élaborer leur classement à partir de la valeur reconnue aux principes généraux du droit (2).

1. L'identification des principes généraux du droit dans la responsabilité civile extracontractuelle

67. Origine des principes généraux du droit. Afin de faciliter la recherche, il faut repartir de la définition précédente qui nous informe que ces principes peuvent être exprimés dans des textes (a) ou dégagés par la jurisprudence (b).

a. Les principes généraux du droit exprimés dans les textes

68. Caractères des principes généraux du droit. On reconnaît trois caractères à un principe général du droit : l'effectivité, la sanction et un énoncé normatif qui révèle une règle générale du droit[262]. Parmi ces trois caractéristiques, l'élément déterminant est la généralité. De celle-ci découle la distinction entre le principe et la règle de droit. En effet, pour M. Jean Boulanger, « *si on peut dire que la règle de droit présente un caractère général, dans la mesure où elle est établie pour un nombre indéterminé d'actes ou de faits, on doit toutefois admettre qu'elle n'est pas dotée du même degré de généralité que le principe parce qu'elle ne fait que régir une situation juridique déterminée. Alors que le principe, lui, concerne une série indéfinie d'applications* »[263].

---

[261] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, 4ème éd., 2003, p. 100.
[262] *Ibid*.
[263] J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », *in Le droit privé français au milieu du XXème siècle,* mélanges G. Ripert, LGDJ, 1950, T. I, p. 51 s., spéc. p. 56 s.

69. Identification des règles de responsabilité civile réunissant les caractères des principes généraux du droit. En matière de responsabilité civile, l'article 1382 paraît réunir ces caractéristiques. Le principe posé par l'article 1382 est bien effectif : il est source de droits et d'obligations pour les justiciables. Il est aussi sanctionné comme fait générateur de responsabilité. Il est enfin général. Pour de Greuille, ce principe n'admet point d'exception : « *il embrasse tous les crimes, tous les délits, en un mot tout ce qui blesse les droits des autres* »[264]. L'article 1382 du Code civil serait bien un principe général du droit[265].

A la suite du fait personnel vient le fait des choses. Depuis l'arrêt *Teffaine* de 1896 et la jurisprudence qui a suivi[266], les dispositions de l'article 1384, alinéa 1er, concernant la responsabilité du fait des choses ont pu être qualifiées de principe général du droit[267]. Par ses décisions, la Cour de cassation a dégagé un énoncé applicable à une série indéterminée de cas, l'article 1384 s'appliquant chaque fois qu'une chose dont on a la garde cause un dommage. De plus, l'utilisation qui en est faite par la jurisprudence et par la doctrine en montre l'effectivité comme la sanction. Il est là aussi possible d'y voir un principe général du droit[268].

Enfin, le dernier fait générateur de responsabilité exprimé dans un texte qui pourrait recevoir la qualification de principe général du droit est celui de la responsabilité du fait d'autrui. C'est avec l'arrêt *Blieck* du 29 mars 1991[269] que s'est vraiment posée la question de la portée de l'article 1384, alinéa 1er [270]. Plusieurs éléments entrent en compte pour dénier à l'article 1384, alinéa 1, la valeur de principe général de responsabilité du fait d'autrui[271]. Deux premiers arguments, repris de ceux

---

[264] B. DE GREUILLE, « Rapport au tribunal », *Rec. Fenet*, t. XIII, p. 474.

[265] Pour une étude très approfondie, v. J. TRAULLE, *op. cit.*, p. 175 s., n° 189 s.

[266] Cf. *supra* n° 49.

[267] J.-P. GRIDEL, « La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002, chr., p. 228, spéc. p. 232, « *Cette histoire jurisprudentielle de l'article 1384 montre qu'un principe peut n'être inscrit dans la législation qu'à titre de vœux pieux, mais que la conjonction entre sa force intellectuelle et les attentes d'une société en matière juridique conduisent parfois la Cour de cassation à en faire une pièce du droit positif* ».

[268] V. notamment, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 495 n° 629 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 92 ; M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 200 s., n° 176 s. ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations,* Dalloz, Cours, droit privé, 9ème éd., 2010, p. 201 s., n° 247 s.

[269] Cass. AP., 29 mars 1991, *Blieck*, *Bull. AP.*, n° 1 ; *JCP. G.* 1991, II. 21673, concl. H.-P. DONTENWILLE, note J. GHESTIN ; *D.* 1991, p. 324, note. Ch. LARROUMET, *Ibid,* chr. p. 157, G. VINEY; *RTD. civ.* 1991, p. 541, obs. P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass*. 1991, chr. n° 9, obs. H. GROUTEL ; *GP.* 1992, p. 513, note F. CHABAS.

[270] Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 291. V aussi, P. JOURDAIN, « Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? », *Resp. civ. Ass.,* HS., 2000, p. 5. Certains auteurs avaient déjà envisagé l'existence d'un régime général du fait d'autrui avant l'arrêt Blieck ; v. R. SAVATIER, « La responsabilité générale du fait des choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité générale du fait des personnes dont on doit répondre ? », *D.* 1933, chr., p. 16.

[271] M. BEHAR-TOUCHAIS, « Nouvelles orientations en matière de responsabilité du fait d'autrui. A propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 29 mars 1991 », *RJDA*, 1991, p. 487 ; M. JOSSELIN-GALL, « La responsabilité du fait d'autrui sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1er. Une théorie générale est-elle possible ? », *JCP. G.* 2000, I. 268.

qui ont été formulés à l'encontre d'un principe général de responsabilité du fait des choses, ne semblent pas pouvoir tenir. Ainsi, en est-il de l'argument historique – une telle portée donnée à l'article 1384, alinéa 1er, serait contraire à la volonté des rédacteurs du Code civil – et de l'argument exégétique – la formulation de cet article ne constitue qu'une simple redondance[272]. A côté de ces arguments peu pertinents, un autre élément, plus déterminant, est mis en avant pour lui refuser cette valeur : il s'avère qu'il n'existe pas réellement d'unité au sein de cette responsabilité du fait d'autrui, au point qu'on ne saurait parler d'un principe général. L'arrêt *Blieck* et la jurisprudence qui a suivi en la matière révèlent plutôt deux cas principaux de responsabilité du fait d'autrui. D'une part, l'article 1384, alinéa 1er, consacre un cas de responsabilité lié à la garde d'un état. On recherche ici celui qui détient l'autorité sur les personnes vulnérables ayant causé le dommage. A ce titre, on reconnaît, par exemple, une responsabilité des centres médico-pédagogique pour le fait des mineurs ou des majeurs handicapés mentaux qu'ils ont sous leur garde. D'autre part, cette même disposition permet d'identifier celui qui détient la maîtrise de l'activité d'autrui[273]. La responsabilité est ici liée à la garde d'une activité, comme pour la responsabilité des clubs sportifs pour les dommages causés par des joueurs à d'autres joueurs[274]. Ces deux applications distinctes de l'article 1384, alinéa 1er, « *reposeraient sur un fondement différent : risque autorité pour la première et risque activité pour la seconde et obéiraient à des conditions de mises en œuvre propres : caractère permanent du contrôle, dans le premier cas, qualité de professionnels des garants, dans le second* »[275]. Or, cette dualité n'est pas compatible avec la qualification de principe général et surtout avec le critère de généralité. C'est pourquoi, bien que la disposition réunisse les deux

---

[272] R. SAVATIER, art. précité. Savatier évoque ces arguments dans cette chronique datée de 1933, lorsqu'il s'interroge sur la possibilité de dégager un principe général de responsabilité du fait d'autrui. V. concernant la responsabilité du fait des choses : J.-P. GRIDEL, art. précité, spéc. p. 232.

[273] M. MARTEAU-PETIT, « La dualité des critères de mise en œuvre du principe de responsabilité du fait d'autrui », *RRJ* 2002-1, p. 255 ; Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 290 s ; M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 309, n° 285.

La dualité de la responsabilité du fait d'autrui a été reprise par le rapport Catala dont l'article 1355 énonce « *on est responsable de plein droit des dommages causés par ceux dont on règle le mode de vie ou dont on organise, encadre ou contrôle l'activité dans son propre intérêt* ». Toutefois, il ne s'agit pour les auteurs du rapport que d'un texte d'annonce des différents cas de responsabilité du fait d'autrui. P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations, (articles 1101à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, rapport à M. Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, p.157.

[274] Dans une série d'arrêts, des associations ont été appelées en garantie pour répondre des actes réalisés par leurs membres, des sportifs, des chasseurs ou des scouts. Sur les sportifs : Cass. 2ème civ., 22 mai 1995, *Bull. II*, n° 155 ; *JCP. G.* 1995, II. 22550, note J. MOULY ; *JCP. G.* 1995, I. 3893, n° 5 , obs. G; VINEY; *RTD. civ.* 1999, p. 899, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 1996, som. p. 29, obs. F. ALAPHILIPPE ; *Resp. civ. Ass*. 1995, comm. n° 289 et chr., n° 36 par H. GROUTEL ; *LPA.* 2 février 1996, p. 16, note S. HOCQUET-BERG. Sur les chasseurs : TGI Cusset, 29 février 1996, *JCP. G.* 1997 II. 22849, note J. MOULY. Sur les scouts : Paris, 9 juin 2000, *Resp. civ. Ass.* 2001, comm. n° 74, note L. GRYNBAUM.

[275] M. MARTEAU-PETIT, art. précité, spéc. p. 270.

autres caractères d'effectivité et de sanction, on ne peut pas aujourd'hui affirmer qu'il existe un principe général de responsabilité du fait d'autrui[276].

b. Les principes généraux du droit dégagés par la jurisprudence

70. Régime de responsabilité pour troubles de voisinage comme principe général du droit. On admet que les visas de la Cour de cassation peuvent révéler l'existence d'un principe général du droit[277]. Dans ces situations, le principe existe en dehors de textes précis : « *il se trouve en suspension dans l'esprit de la loi et le juge l'y identifie* »[278]. Sans être créés de toutes pièces, ces principes sont extraits par la jurisprudence de la loi ou de la coutume. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle, dès le XIXe siècle, invoqué le principe d'équité pour fonder des solutions prétoriennes telles que la reconnaissance de l'action *de in rem verso*[279]. En matière de responsabilité civile, elle a érigé en 1986 le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble excédant les inconvénients normaux de voisinage, qu'elle vise en tant que tel et

---

[276] Ph. BRUN, *op. cit.,* p. 292, n° 562 ; M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 324, n° 296. *Contra* Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2010/2011, n° 7366, pour l'auteur la responsabilité du fait d'autrui serait bien générale, la tâche de le qualifier de principe général revenant à la doctrine. Il en déduit alors que le régime général de responsabilité du fait d'autrui ne doit être admis qu'à titre subsidiaire. Toutefois, selon l'auteur, la responsabilité générale du fait d'autrui devrait être limitée aux personnes qui acceptent la charge d'autrui à titre onéreux et qui peuvent donc s'assurer plus facilement ; dans le même sens, Ph. Le TOURNEAU, J. JULIEN, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'autrui dans l'avant-projet de réforme du Code civil », Etudes offertes à G. VINEY, *LGDJ* 2008, p. 579, spéc. p. 584 . V. aussi, R. CABRILLAC, *Droit des obligations,* Dalloz, Cours, droit privé, 9ème éd., 2010,p. 209 s., n° 262 s., l'auteur constate que ce principe général va alors s'effacer devant une règle spéciale de responsabilité du fait d'autrui.

Allant plus loin, les membres du projet Catala ont choisi de supprimer la responsabilité générale du fait d'autrui. L'article 1355 qui dispose dans son premier alinéa qu'« *on n'est responsable de plein droit des dommages causés par ceux dont on règle le mode de vie ou dont on organise, encadre ou contrôle l'activité dans son propre intérêt* » ne serait qu'un texte d'annonce des différents cas de responsabilité du fait d'autrui. P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil),* précité, p.157. Monsieur Brun explique que « *puisqu'il s'agissait pour le groupe de réflexion de reconsidérer, d'une manière générale, le domaine de la responsabilité du fait d'autrui, il est apparu que, plutôt que de faire coexister ces développements de la jurisprudence Blieck avec les cas spéciaux originaires, sous la bannière assez peu significative d'un principe général lui-même peu suggestif, l'ensemble pouvait s'articuler autour de ce fondement dual. D'où la formulation de l'article 1355, à la fois générale et binaire, qui invite à distinguer ceux qui règlent le mode de vie d'autrui, et ceux qui encadrent ou contrôlent, dans leur propre intérêt l'activité d'autrui* ». Ph. BRUN, « Avant projet de réforme du droit des obligations : le fait d'autrui. Présentation sommaire », *RDC.* 2007, p. 103.
Il en est de même dans le projet de réforme présenté par Monsieur Terré. V. F. TERRE, (dir), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, article 13 et s. Ce choix est commenté par Messieurs Mazeaud et Borghetti dans l'article suivant : « Imputation du dommage causé à autrui », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (dir) F. Terré, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 149.

[277] J.-L. BERGEL, *op. cit.,* p. 101

[278] *Ibid*.

[279] Cass. req. 15 juin 1892, *GAJC* n° 227 ; *DP* 1892 I. 596 ; *S*. 1893 I. 281, note J.-E. LABBE.

utilise comme fondement pour une action en responsabilité[280]. En érigeant ce principe général du droit, la Cour de cassation fait de la théorie des troubles de voisinage pourtant assise sur le fondement de la propriété et du droit des biens, un principe autonome de responsabilité[281]. Cette théorie ne doit alors être confondue ni avec l'application de l'article 1382 du Code civil ni avec celle de l'article 1384 du même code[282].

En définitive, trois normes ont été reconnues comme des principes généraux du droit, reste maintenant à les classer avec les autres normes de la responsabilité civile extracontractuelle. Pour cela, il faut s'intéresser à la place hiérarchique du principe général du droit.

2. La valeur des principes généraux du droit dans l'échelle des normes

71. Classement des principes généraux du droit dans la hiérarchie des normes. Dans une hiérarchie organique des normes, le principe général du droit n'a pas une place clairement établie (a). Tandis que, dans une approche matérielle de cette hiérarchie, la conclusion est tout autre, le principe ayant nécessairement une place privilégiée (b).

a. La valeur du principe général du droit selon le critère organique

72. Controverse sur la place des principes généraux du droit. Quel est le rang des principes généraux du droit au sein de la hiérarchie des normes ? La réponse à cette question est déterminante puisque de celle-ci dépendra l'application du principe général du droit lors d'un concours avec d'autres normes. Toutefois, bien que l'on perçoive aisément la portée de cette interrogation, elle n'est pas pour autant clairement tranchée. Cette question fait l'objet d'une controverse qu'il convient de rappeler.

Deux théories cherchent à identifier la place de ces principes dans une logique de hiérarchie formelle en se référant à l'autorité qui les a produits. Initialement, la

---

[280] Cass. 2ème civ., 19 novembre 1986, *Bull. II*, n° 172, p. 116 ; *RTD. civ.* p. 315, obs. T. REVET. Ce régime a été repris dans de nombreuses décisions : Cass. 3ème civ., 23 novembre 1994, *Rachez c/ Andréani*, *Inédit*, n° 92-17794 ; Cass. 2ème civ., 28 juin 1995, *Bull. II*, n° 222 ; *D*. 1996, som. p. 59, obs. A. ROBERT ; *RD Im.* 1996, p. 175, obs. J.-L. BERGEL ; *RTD. civ.* 2004, p. 315, obs. T. REVET ; Cass. 3ème civ., 11 mai 2000, *Bull. III*, n° 106 ; *D.* 2001, p. 2231, obs. P. JOURDAIN ; *Dr.Pat.* 1999, p. 107, note F. MACORIG-VENIER.

[281] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8ème éd., 2007, n° 1102. Le projet Catala prévoit un article (1361) sur la responsabilité de plein droit pour les troubles de voisinage, qui est inclu dans une section consacrée aux « *dispositions propres à la responsabilité extracontractuelle* », P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil),* précité, p. 159.

[282] A. PENNEAU, « De quelques nouvelles variations sur le thème de la théorie du trouble anormal de voisinage », *Lamy droit civil* 2006, n° 23 ; T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD. civ.* 2007, p. 227.

thèse défendue est celle de leur valeur législative[283]. Cette position se retrouve en jurisprudence puisque plusieurs décisions du Conseil d'Etat font expressément mention des « *principes généraux du droit ayant valeur législative* »[284]. Puis, au sein d'une seconde thèse, est apparue l'idée que ces principes n'ont qu'une valeur infra législative. Ainsi, pour Chapus, « *le rang des normes jurisprudentielles est dans une relation nécessaire avec celui qui occupe dans la hiérarchie des sources du droit la source formelle dont elles émanent* »[285]. Or, le juge administratif étant à la fois serviteur et censeur des décrets, les principes généraux du droit ont donc forcément une valeur infra législative et supra décrétale[286]. Aujourd'hui encore, les deux thèses subsistent dans le contentieux administratif.

On pourrait alors se poser la question de savoir ce qu'il en est en droit privé. Le premier constat que l'on peut faire est que la question se pose avec moins d'acuité. On s'intéresse finalement plus à la portée de ces principes dans l'ordre judiciaire qu'à leur valeur. Des études ont ainsi démontré que ces principes permettaient de prévenir les excès du droit. La Cour de cassation a, par exemple, consacré le principe d'insaisissabilité des biens des personnes publiques[287], afin de déroger au droit du créancier de mettre en œuvre contre son débiteur une saisie et ainsi d'empêcher la remise en cause de l'efficacité et de la continuité du service public[288]. Plus généralement, on a constaté que ces principes servaient à « *circonscrire, comprendre, suppléer et corriger les dispositions textuelles* »[289]. Ces études ne nous renseignent cependant pas sur la valeur des principes généraux du droit.

73. Valeur légale des principes généraux du droit. Pour parvenir à connaître la valeur de ces principes, il est possible de suivre la théorie selon laquelle

---

[283] L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX et G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, Précis droit public, Dalloz, 13ème éd., 2010, p. 217 s., n° 247 s. ; A.-S. MESCHERIAKOFF, « La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente », *AJDA* 1976, p. 596, spéc. p. 607 : « *il est impossible de déduire logiquement de la proposition selon laquelle le législateur peut modifier les principes généraux du droit, celle affirmant que les lois sont supérieures aux principes généraux du droit. En fait, les deux catégories de normes semblent bien situées au même niveau hiérarchique* ».

[284] CE. Ass., 7 février 1958, *Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie*, *Rec*. p. 74 ; *AJDA* 1958, p. 130 et p. 220, concl. GREVISSE, chr. FOURNIER et CAMBARNOUS ; CE. Ass., 19 février 1960, *Fédération algérienne des syndicats de défense des irrigants*, *Rec.* p. 129 ; CE., 2 juillet 1965, *Duverger*, *Rec*. p. 407 ; CE., 28 mai 1982, *M. Albert Roger*, *Rec*. p. 192 ; *RA* 1982, p. 625, note P. PACTEAU. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat fait référence « *au principe général du droit de valeur législative selon lequel nul ne peut accéder à un emploi public ni être maintenu à un tel emploi s'il ne jouit de l'ensemble de ses droits civiques* ».

[285] R. CHAPUS, « De la soumission au droit des règlements autonomes », *D*. 1960, chr., p. 119, spéc. p. 124.

[286] J.-M. MAILLOT, *La théorie administrative des principes généraux du droit, continuité et modernité,* préfacede J.-L. Autin, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, vol. 26, 2003, p. 70 s., n° 108.

[287] Cass. 1ère civ., 21 décembre 1987, *Bull. I*, n° 348 ; *Rap. Ann. C. cass*. 1987, p. 123 ; *GAJC* n° 104, p. 714.

[288] P. SARGOS, « Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les gardes fous des excès du droit », *JCP. G.* 2001, I. 306, spéc. p. 593.

[289] J.-P. GRIDEL, art. précité, spéc. p. 228 s.

l'autorité du principe provient de la source dont il est issu. C'est d'ailleurs la voie suivie par une partie de la doctrine[290]. On devrait en déduire que si le principe émane de la loi, il aura valeur législative.

74. Application à la responsabilité civile extracontractuelle. En matière de responsabilité civile extracontractuelle, les principes généraux issus des articles 1382 et suivants du Code civil ont donc valeur législative. Quant aux principes dégagés par la jurisprudence en dehors de textes précis, on constate que, bien qu'ils ne soient pas expressément désignés par un texte, ces principes sont considérés comme étant en suspension dans la loi. On peut dès lors inférer de cela que le principe général du droit selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble excédant les inconvénients normaux de voisinage a, lui aussi, valeur législative. En conséquence, ces principes prenant le même rang que les autres normes de la responsabilité civile, aucune hiérarchie formelle ne peut être établie.

b. La valeur du principe général du droit en dehors du critère organique

75. Principe général du droit dans la hiérarchie matérielle des normes. Une troisième théorie concernant la valeur des principes généraux du droit existe. Elle repose sur l'idée qu'en dépassant le critère formel et en s'attardant plus sur le contenu de ces principes, on est tenté de réapprécier leur valeur. Il s'avère, en effet, que « *les principes généraux du droit sont à la base de toute construction juridique. Les règles de droit ne peuvent être édictées et évoluer qu'en fonction des principes généraux auxquels elles doivent se conformer* (…) »[291]. On ne saurait, par exemple, nier que le droit à réparation défendu par l'article 1382 est un droit essentiel. Le contenu fondamental de ces normes ne doit pas être occulté, c'est pourquoi ces principes devraient « *s'imposer au juge, au pouvoir réglementaire, voire même au législateur* »[292].

76. Valeur plus théorique qu'empirique. Pourtant, si l'on convient du rayonnement théorique très important de ces normes, il paraît nécessaire d'en vérifier la portée empirique. Autrement dit, peut-on, par exemple remettre en cause un principe général du droit par le fait d'une loi ? Inversement, un principe général

---

[290] On trouve ainsi dans le manuel d'introduction au droit de MM. Aubert et Savaux la référence à la valeur législative des principes généraux du droit : J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction générale au droit et thèmes fondamentaux,* Paris, Sirey, 13ème éd., 2010 p. 78, n° 92 ; Il en est de même dans le manuel de théorie générale de M. Bergel : J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2004, p. 105 s. Ainsi que dans le manuel de M. Cabrillac : R. CABRILLAC, *Introduction au droit,* Cours, Droit privé, Dalloz, 9ème éd., 2011, p. 157, n° 154. En revanche, Cornu considère que ces principes ont valeur de coutume : G. CORNU, *Introduction au droit,* Domat droit privé, Montchrestien, 13ème éd. 2007, p. 118, n° 259.

[291] J.-L. BERGEL, *op. cit.,* p. 105 s. Dans le même sens, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Traité, Jurisclasseur, Litec, 2003, p. 357, n° 1027, les auteurs évoquent ici la supra légalité des principes.

[292] J.-L. BERGEL, *op. cit.,* p. 105 s.

du droit peut-il outrepasser la loi ? Ces questions ne sont pas clairement tranchées. Formellement, ces principes ont valeur législative et ne peuvent donc pas s'imposer devant la loi[293]. Cependant, il ne saurait être fait abstraction de leur valeur substantielle. Dès lors, si ces principes ne peuvent pas supplanter la loi dans une situation de concours, ils doivent en revanche servir « *d'étalons de références* » que l'on ne saurait écarter trop aisément ni trop fréquemment[294]. En d'autres termes, à partir du moment où l'on considère qu'une norme est un principe général du droit, il faudra, avant de la neutraliser, vérifier que de solides arguments plaident en ce sens[295]. Partant du constat que l'article 1382 renferme un principe général du droit, Mlle Julie Traullé en arrive à la conclusion suivante : « *en raison de l'importance des valeurs que cet article véhicule et au regard de ce qu'est devenu le droit à réparation, il convient d'être assez circonspect quant à la possibilité de priver la victime de toute possibilité d'avoir recours à ce texte (…). On peut ainsi souhaiter qu'à côté d'arguments qui militent en faveur d'une éviction ponctuelle de cette disposition, ceux, qui à l'inverse plaident pour une application de la clausula generalis, soient également pris en considération* »[296]. Le fait que l'article 1382 du Code civil contienne des valeurs qui sont dotées d'un certain rayonnement en droit français ne doit donc pas être ignoré[297]. Mlle Traullé tempère ses propos en remarquant qu'il ne faut pas non plus « *tomber dans le travers qui consisterait à déduire du rattachement de l'article 1382 du Code civil à la catégorie des principes généraux du droit que toute éviction ponctuelle de cet article doit être prohibée* »[298]. Il est ainsi des cas où l'on peut envisager que d'autres textes soient applicables, ces derniers répondant eux aussi, le plus souvent, à l'exigence de réparation formulée par l'article 1382 du Code civil.

Finalement, constater qu'une norme constitue un principe général du droit ne permet pas véritablement de résoudre un concours de normes dans la mesure où cette qualification ne donne pas une valeur organique différente à la norme. Toutefois, il sera primordial, au moment de la résolution du concours, de se souvenir qu'il ne serait pas opportun de trop malmener une disposition qui défend des valeurs fondamentales.

---

[293] Cf. *supra* n° 73 s.

[294] B. BEIGNIER, « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs. Les principes généraux de la procédure civile », *in Le droit privé français à la fin du XX*ème *siècle,* Etudes offertes à P. Catala, Litec 2001, p. 153 s.

[295] J. TRAULLE, *op. cit.*, p. 203 s, n° 228 s. Pour l'ensemble de son raisonnement, qui lui a permis de déduire que l'article 1382 du Code civil était bien un principe général du droit, v. p. 175 s, n° 189 s.

[296] J. TRAULLE, *op. cit.*, p. 203, n° 230.

[297] J. TRAULLE, *op. cit* , p. 203 s, spéc. p. 206, n° 233.

[298] J. TRAULLE, *op. cit.*, p. 203, n° 229.

Conclusion du chapitre 1
Le principe d'autorité, principe à vocation hiérarchique

77. Exclusion nécessaire du principe d'autorité. Le principe d'autorité permet de comprendre les relations qui s'instaurent entre les règles de droit, par la détermination d'un ordre hiérarchique appuyé sur l'autorité conférée à la norme. On retiendra que, lors d'un concours de normes, celle qui se positionne comme la plus élevée hiérarchiquement doit prévaloir. C'est ainsi que l'on admet la prévalence de la Constitution sur la loi.

Toutefois, le critère organique sur lequel repose ce principe d'autorité n'est pas adapté aux concours entre les normes de la responsabilité civile extracontractuelle pour une raison simple : le principe d'autorité ne saurait s'appliquer aux normes de même niveau hiérarchique. Or, les normes de la responsabilité civile ont toutes valeur législative, quelle que soit leur origine première (jurisprudence, directive…). En outre, ce constat n'est pas démenti par le fait que certaines, parmi ces normes, peuvent être qualifiées de principes généraux du droit. Cette qualification, si elle influe sur la force de la norme, n'a aucun effet direct sur la résolution du concours.

Le principe d'autorité ne pouvant, à la lumière de cette recherche, qu'être exclu, il faut désormais se tourner vers un autre moyen pour articuler les normes de la responsabilité civile extracontractuelle. Le principe envisagé est alors celui de temporalité.

Chapitre 2. Le principe de temporalité, principe à vocation chronologique

78. Le temps comme critère d'articulation. « *Comme toute activité humaine ou sociale, la vie juridique se déroule dans le temps et ne peut ignorer ce support dont on ne peut éviter l'inexorable cours… Le droit positif doit donc à la fois constater l'emprise du temps sur l'homme et permettre une emprise de l'homme sur le temps. Il se préoccupe ainsi de la manière dont le temps est subi et de celle dont le temps est géré* »[299]. « *Le temps apparaît donc comme support, comme substance de tout droit* »[300]. Parmi les utilisations possibles du facteur temps, il en est une qui présente des caractéristiques propices à l'articulation des normes : la mise en œuvre d'un principe de temporalité. Comme son nom l'indique, ce principe a pour vocation d'employer le temps pour déterminer l'ordonnancement entre les normes que nous recherchons. Afin de bien exploiter ce principe, il convient de commencer par le définir (S1) pour mieux, ensuite, en apprécier les effets sur la responsabilité civile extracontractuelle (S2).

[299] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, 4ème éd., 2003, p. 134 s.

[300] P. HEBRAUD, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *in Etudes offertes à P. Kayser*, t. 2, PUAM., 1979, p. 1, spéc. p. 2.

Section 1. La définition du principe de temporalité

79. Identification d'un principe opératoire de temporalité. C'est en partant de l'étude de la notion de temporalité qu'il est possible d'identifier un principe fondé sur le temps (§1), principe dont on peut déduire un mécanisme de résolution des concours de normes (§2).

§1. De la notion au principe de temporalité

80. Premières vues sur le principe de temporalité. Le critère sur lequel repose le principe d'articulation est celui de la temporalité. Cette notion est ainsi déterminante (A) pour comprendre l'essence du principe (B).

A. La notion de temporalité

81. Dualité de la notion. L'étude de la temporalité renvoie nécessairement à la question du temps. Ce terme désigne « *la continuité indéfinie qui paraît être le milieu où se déroule la succession des existences, des évènements et des phénomènes, les changements, les mouvements…* »[301]. Il marque « *un point situé par notre expérience d'un avant et d'un après* »[302]. L'appréhension du temps peut se faire par rapport à deux éléments : la chronométrie et la chronologie. Dans la chronométrie, entendue comme la science de la mesure du temps[303], celui-ci représente une durée. Dans la chronologie, « *il correspond à une succession de points repérables par référence à leur antériorité et leur postériorité respectives si bien qu'il permet de saisir les instants, le point de naissance des droits* »[304].

82. Etude de la chronométrie. La chronométrie conduit le juriste à s'intéresser, notamment, aux délais destinés à contrôler le rythme de la vie juridique[305]. Les délais imposés par le législateur ou octroyés par le juge peuvent offrir une protection à certains et constituer une menace pour d'autres, la sécurité et la prévision étant souvent au cœur du problème. Il existe en ce sens des délais de procédure, pour comparaître ou interjeter appel, des délais d'acceptation ou de renonciation à une offre, des délais de repentir ou de réflexion. La loi établit donc des délais dont l'inobservation implique la prescription, la forclusion voire la déchéance

[301] « Temps », *Le Robert*, 2010.
[302] A. REY, « Temps », *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010.
[303] A REY, « Chronométrie », *op. cit.*
[304] J.-L. BERGEL, *op. cit.*, loc. cit.
[305] P. HEBRAUD, art. précité, spéc. p. 13 s.

des droits et actions qui s'y rapportent, ou dont l'observation conduit à l'acquisition, la formation ou la validation de situations de droit ou d'actes juridiques. Le vocabulaire juridique rappelle ainsi à tout instant la nécessité de contrôler le flux du temps en en mesurant la durée.

83. Etude de la chronologie. La chronologie constitue, elle aussi, un élément essentiel de la vie juridique en permettant de connaître le point de départ d'une situation juridique. Elle peut, par exemple, matérialiser le commencement de l'application d'une norme ou celui de l'apparition de la personnalité juridique. « *L'image à laquelle elle correspond est celle d'un temps cadre de la vie juridique, un temps dans lequel le droit objectif se déroule avec une consistance à chaque instant variable et au cours duquel il s'agit de localiser les droits envisagés* »[306]. L'étude de l'ordre chronologique des actes juridiques concerne la fixation des instants. Cet ordre vient marquer la naissance d'un droit. On observe ainsi qu'en matière de testament c'est le plus récent qui prévaudra. La maxime *prior tempore potior jure* (premier en date, préférable en droit) donne, quant à elle, la priorité à celui qui aurait notamment acquis l'immeuble en premier ou à celui qui le premier aurait déposé un brevet[307]. La chronologie permet aussi de déterminer la date à partir de laquelle une norme va produire des effets, conférer des droits et des obligations. C'est cet élément qui nous intéresse principalement. En effet, alors que la chronométrie peut être utile en amont pour savoir si les normes continuent toujours à produire des effets de droit, l'étude de la chronologie va, elle, établir entre les normes un classement en fonction de la date à laquelle elles ont été édictées. Ce classement permet ensuite de désigner la règle qui s'applique au litige.

B. Le principe de temporalité

84. Utilisation du temps pour l'articulation des normes. « *Par rapport au but essentiellement pratique du droit, qui consiste à composer les aspirations et les volontés individuelles ou collectives avec les données de la réalité objective, d'où le temps est issu, il apparaît, dans son rôle d'intercesseur, à la fois comme un obstacle et comme une aide ; on le subit et on s'en sert. On peut ainsi envisager, d'une part, l'homme sous l'emprise du temps, qui apparaît surtout comme ce cadre, ce chemin parcouru par les événements selon un flux, tantôt régulier, tantôt varié ; d'autre part, l'emprise de l'homme sur le temps, qui apparaît alors, en partant de ce moment privilégié qu'est le présent, pour en aménager le rayonnement vers le passé et l'avenir* »[308]. Le temps en droit peut rester subi si l'on ne cherche pas à en appréhender le flux ou, au contraire, être géré dès lors que l'on souhaite l'organiser selon une structure logique. Dans notre cas, il s'agit de comprendre

---

[306] P. HEBRAUD, art. précité, spéc. p. 8.
[307] H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec 4ème éd., 1999, n° 339.
[308] P. HEBRAUD, art. précité, spéc. p. 1 s.

comment le temps peut être utilisé afin de servir de principe d'articulation des normes.

85. Ordre chronologique et ordre hiérarchique : comparaison. Comme son nom l'indique, le principe de temporalité opère un classement des normes sur une échelle temporelle. Pour ce faire, on se réfère à l'instant où les normes entrent en vigueur. Le temps intervient alors pour marquer l'ordre chronologique respectif de deux actes, de deux normes et caractériser ainsi une antériorité. De surcroit, le principe de temporalité conduit à observer un phénomène naturel[309]. Dans l'emploi de ce principe, on repart de la création des règles ou des actes juridiques pour les ordonner selon un ordre logique qui aille de l'élément le plus ancien vers l'élément le plus récent ou l'inverse. Il se distingue en cela du principe d'autorité qui concerne lui un événement juridique. En effet, la supériorité dont il est question dans ce principe d'autorité est une supériorité non pas naturelle, mais juridique. Elle exige pour son application une forme particulière d'opération intellectuelle : réaliser un classement entre les normes en attribuant à chacune d'elle un rang, fonction de l'autorité qui les produit. Pour autant, il ne faut pas en conclure que l'ordre chronologique ne dépend pas, à un moment donné, d'un acte juridique ; la main du législateur est nécessaire pour faire naître la règle. Néanmoins, ce n'est pas cet événement qui est déterminant dans le principe de temporalité, mais bien le moment où la règle entre en vigueur. Finalement, effectuer un classement chronologique des règles paraît nettement plus simple que ne l'est la réalisation d'un classement hiérarchique. Une simple vérification de la date d'entrée en vigueur de la norme est suffisante pour pouvoir l'employer, là où des débats animent la question de la place hiérarchique de certaines règles[310].

En partant de la notion de temps, on en vient à identifier un principe de temporalité sur lequel pourrait reposer l'articulation des normes. Pour dépasser l'abstraction qui caractérise pour le moment l'étude de ce principe, il convient d'apprécier dès à présent son fonctionnement concret comme principe d'articulation.

---

[309] N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », *in Les antinomies en droit*, Travaux du centre national de recherches juridiques, Ch. Perelman (dir.), E. Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 237, spéc. p. 243.

[310] Cf. *supra* n° 55 s.

§2. Le fonctionnement du principe de temporalité : la résolution des concours de normes

86. Succession et coexistence des normes dans le temps. Le principe de temporalité va servir à organiser les normes en fonction de leur ordre d'apparition chronologique. Ce classement réalisé, il va être possible de résoudre deux types de concours de normes. Dans le premier cas, les deux normes se succèdent dans le temps, l'une cédant sa place à l'autre dans l'ordre juridique[311] (A). Dans le second cas, au contraire, les deux normes coexistent dans le temps, l'une et l'autre sont applicables au même instant bien que l'une soit antérieure à l'autre[312] (B).

A. La succession de deux normes dans le temps

87. Conflits de lois dans le temps. La question de la succession de deux normes dans le temps renvoie notamment à la théorie du Doyen Roubier employée en l'absence de dispositions transitoires[313]. Sans rentrer dans les détails de cette théorie, on rappellera simplement que celle-ci, développée autour de l'interprétation de l'article 2 du Code civil, repose sur deux principes. Le premier est celui de

---

311 G. VACHET, *Les conflits entre conventions collectives en droit français*, Université Jean Moulin Lyon III, 1977 ; P. RODIERE, *La convention collective de travail en droit international. Contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle*, Litec, vol. 13, 1987. Pour M. Rodière, « *les conflits de conventions collectives naissent principalement de deux causes : de leur succession dans le temps ; de leur coexistence dans l'espace. Succession dans le temps parce qu'une convention collective en remplace une autre dans la même unité de négociation* », p. 80, n° 97.

312 Il est d'ailleurs possible de comparer ces concours à ceux existant en droit international privé et pour lesquels on parle de conflits mobiles. En effet, dans ces conflits, le droit objectif reste inchangé, mais l'élément de la situation juridique retenu comme « localisateur » par la règle de conflit est modifié. Prenons l'hypothèse où un individu change de nationalité : faut-il appliquer, à la question de la capacité de l'individu, la loi de son ancien rattachement ou celle du nouveau ? Le conflit mobile présente cette particularité d'affecter des lois dont les modifications sont dues non à la volonté du législateur, mais au changement, par la volonté des individus, de l'élément de rattachement prévu par la règle de conflit du *for*. V. notamment, P. MAYER et V HEUZE, *Droit international privé,* Domat droit privé, Montchrestien, 10ème éd., 2010, p. 181 s., n° 250 s. ; M..-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE de la PRADELLE, Droit international privé, Manuel LGDJ, 2ème éd., 2009, p. 259 s., n° 299 s. ; P. DE VAREILLES-SOMMIERES, Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Précis, Dalloz, 9ème éd., 2007, p. 289 s., n° 225-1 s.

313 Sur la question des conflits de lois dans le temps, v. notamment, R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*,Dalloz, Cours, droit privé, 9ème éd., 2011, p. 125 n°120 s. ; J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction générale au droit et thèmes fondamentaux,* Paris, Sirey, 13ème éd., 2010, p. 89 s., n° 101 s.; Ph. MALINVAUD, Introduction à l'étude du droit, Manuel, Litec, 12ème éd., 2009, p. 113 s., n° 138 s. ; J. CARBONNIER,. *Droit civil, les biens, les obligations*, Quadrige Manuel, PUF, vol. II, 1ère éd., 2004, p. 2378 s., p. 237, n° 126 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4ème éd., 1994, p. 297, n° 321 ; G. CORNU, *Introduction au droit,* Domat droit privé, Montchrestien, 13ème éd. 2007, p. 193 s., n° 365 s. ; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, *Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, T. 1, 5ème éd.,2006, p. 143 s., n° 237.

l'application immédiate de la loi nouvelle. Autrement dit, lorsqu'une loi nouvelle entre en vigueur elle évince la loi ancienne, dont le champ d'application serait identique au sien, pour s'appliquer immédiatement aux situations en cours. Le second est celui de la non-rétroactivité de la loi nouvelle. Cette dernière ne saurait avoir d'effets sur les situations passées. Toutefois, ces deux principes connaissent des exceptions. En matière contractuelle, on reconnaît la survie de la loi ancienne qui régissait le contrat et qui demeurera applicable jusqu'à sa complète exécution. La loi peut aussi être désignée comme étant expressément rétroactive. Une loi pénale est rétroactive quand elle édicte, pour une infraction donnée, une peine moins sévère qu'antérieurement.

Néanmoins, une fois qu'il a été convenu de l'application immédiate de la loi nouvelle, la question se pose du concours possible de cette loi avec d'autres dispositions, toujours en vigueur, dont elle partagerait, en partie, le champ d'application. Dans cette situation, les règles permettant la résolution des conflits de lois sont inefficaces dans la mesure où deux normes ne se succèdent pas dans le temps, mais y coexistent.

B. La coexistence de deux normes dans le temps

88. Concours de lois dans le temps. Pour identifier la place de chaque norme, on se réfère à leur ordre d'apparition chronologique et plus spécialement à leur date d'entrée en vigueur, c'est-à-dire au moment où la norme a vocation à produire des effets de droit. Deux solutions sont envisageables : soit le législateur décide pour chaque loi de son entrée en vigueur par des dispositions spéciales ; soit une règle générale s'applique. La première hypothèse peut être illustrée par la loi du la loi du 5 juillet 1985 relative à l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation. Celle-ci prévoit qu'« *en principe les dispositions nouvelles entreraient en vigueur le premier jour du sixième mois suivant la date de sa publication* », soit le 1er janvier 1986. Dans la seconde hypothèse, à défaut de dispositions particulières du texte publié, son entrée en vigueur intervient le lendemain de sa publication (article 1er du Code civil).

89. Identification de la norme de résolution des concours. Une fois la date d'apparition de la norme dans l'ordre chronologique désignée, il faut rechercher quelle est la norme applicable selon le principe de temporalité. Le critère chronologique donne sa faveur à la norme la plus récente (1), celle-ci étant considérée comme plus légitime (2).

1. La faveur donnée à la norme la plus récente par le critère chronologique

90. Prévalence de la norme postérieure : l'abrogation de la norme ancienne. Lorsque deux normes sont également compétentes, *rationae materiae*, pour connaître d'une même situation juridique, mais que leur adoption respective s'est opérée avec un décalage dans le temps, il va être possible, grâce au principe de temporalité et à son critère chronologique, d'établir l'ordre de succession des normes. Selon cette méthode, on considère que la loi la plus récente l'emporte sur l'ancienne conformément à la maxime *lex posterior derogat priori*. Le recours à ce critère chronologique est d'usage fréquent, qu'il s'agisse de résoudre des antinomies en droit, ce critère se combinant alors avec le critère hiérarchique précédemment étudié[314], qu'il s'agisse de résoudre les conflits de conventions en droit international où s'applique « *la règle du traité postérieur* »[315], ou qu'il s'agisse de trancher un conflit de conventions en droit interne du travail où l'application immédiate de la convention nouvelle ne fait pas de doute dans ses dispositions plus favorables aux salariés[316]. Concrètement, lorsqu'une loi ne prévoit pas l'abrogation expresse des textes antérieurs, l'adage *lex posterior derogat priori*, supplée à cette carence en abrogeant les règles juridiques antérieures avec lesquelles la règle nouvelle se trouve en conflit.

91. Abrogation totale ou abrogation partielle de la norme ancienne. Quelle est alors l'ampleur de l'abrogation à laquelle conduit ce principe[317] ? Il est acquis que l'abrogation tacite de règles anciennes par des règles nouvelles n'opère que dans la mesure de leur incompatibilité[318]. Plus précisément, chaque norme ancienne contraire à une norme nouvelle n'est abrogée que dans la mesure où elle s'oppose à la seconde. Par exemple, si une norme A interdit l'avortement à un instant T et qu'une norme B vient l'autoriser à un instant T+1, alors, l'opposition existante entre les deux normes entraîne l'abrogation de la norme A jugée moins bonne, car plus ancienne. Mais, si l'opposition des deux règles n'est que partielle, la norme ancienne est simplement amputée de la partie de son contenu qui provoque cette opposition. Ainsi, lorsque la norme B autorise l'avortement dans le délai de 10

---

[314] Cf. *supra* n° 38 s.

[315] B. DUTOIT et F. MAJOROS, « Le lacis des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles », *RC. DIP.*, 1984, p. 565.

[316] Ce principe général du droit du travail trouve une application naturelle dans le domaine particulier de la succession de conventions collectives. P. RODIERE, *op. cit.,* p. 82. Ce principe a pour origine un arrêt de la Cour de cassation du 22 avril 1929, *D.H.* 1929, p. 281.

[317] H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, Léviathan, PUF 1996, p. 139 s. L'abrogation est entendue comme la suppression de la validité de la norme par une autre norme.

[318] C. AUBRY et C. RAU, « Droit civil français », Librairie technique, T. 17ème éd., 1964, p. 149, § 29 n° 88. Pour admettre une telle abrogation, la Cour de cassation exige le constat, soit de l'existence d'une contradiction entre les deux règles, soit de leur incompatibilité, c'est-à-dire de l'impossibilité de les appliquer simultanément, Cass. soc., 18 avril 1991, *Bull. V*, n° 213 (abrogation tacite) ; Cass. com., 24 juin 1980 (deux arrêts), *Bull. IV*, n° 271 et 272 (abrogation tacite).

semaines de grossesse en précisant les modalités pour y recourir, comme l'entretien préalable ou l'autorisation parentale pour les mineures, et que la norme C, adoptée postérieurement, vient rallonger le délai à 12 semaines alors, la norme B, la plus ancienne, en partie incompatible avec la norme C, subsistera, mais sera amputée des dispositions concernant le délai de grossesse. M. Antoine Jeammaud propose de distinguer entre opposition partielle et opposition totale des normes. Ainsi, « *une règle se trouve en opposition partielle avec une autre lorsque leur relation logique d'incompatibilité pourrait se muer en relation de compatibilité par l'amputation d'une partie de l'une ou de l'autre. En revanche, l'opposition est totale lorsque l'incompatibilité ne pourrait être réduite par l'amputation d'une partie d'une des règles en présence* »[319].

2. La justification du recours à la norme la plus récente : une légitimité supérieure

92. La norme la plus récente : norme la plus juste. Le fondement d'un tel principe de temporalité, qui donne priorité à la règle la plus récente, est la présomption de justice sur laquelle il s'appuie. Ainsi, selon la sagesse populaire, on observe que « *celui qui vient après en sait davantage que celui qui est venu d'abord : les relations humaines sont continuellement en mouvement et le droit s'adapte, bien que lentement, aux changements sociaux, ce qui rend probable qu'une règle postérieure est plus apte à résoudre une controverse que ne l'est une règle antérieure. En outre, toute argumentation juridique présume toujours que, celui à qui est confiée la tâche de produire des règles pour résoudre des controverses, que ce soit le législateur ou le juge, est en tout cas une personne raisonnable (la présomption du législateur comme être rationnel est un des pivots de toute l'herméneutique légale) : le passage du temps, rapporté à l'œuvre d'une personne raisonnable, suggère l'idée de la maturation, c'est-à-dire, de l'enrichissement progressif. La raison avance par degrés et sans arrêt sur la voie de la vérité ou de la justice. Enfin, un être rationnel ne fait rien sans avoir un but : si la règle antérieure devait prévaloir, la postérieure serait parfaitement inutile* »[320].

On retiendra finalement que ce qui fonde la légitimité du choix de la règle la plus récente, c'est sa plus grande adaptation aux situations concurrentielles qu'elle vise. La loi nouvelle est dite meilleure parce qu'elle a pris acte des défauts de la loi ancienne et des évolutions du temps, mais aussi parce que sa raison d'être exige son application.

---

[319] A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Université Jean Moulin, Lyon III, 1975, p. 671 s.

[320] N. BOBBIO, art. précité, spéc. p. 245 s.

Section 2. L'articulation des normes de la responsabilité civile extracontractuelle par le principe de temporalité

93. Résolution des concours par le principe de temporalité. Le principe de temporalité est, semble-t-il, idéal pour répondre aux problèmes que posent les concours entre les normes. Son fonctionnement simple et son champ d'application étendu ne permettent pour l'instant pas de douter de son efficacité. Cependant, pour le vérifier, il convient de le confronter aux concours entre les règles de la responsabilité civile extracontractuelle (§1). Ce qui nous permettra de juger de son opportunité (§2).

§1. L'application du principe de temporalité à la responsabilité civile extracontractuelle

94. Mise en œuvre du principe. Recourir au principe de temporalité oblige à raisonner en deux temps. Il faut d'abord s'intéresser à l'ordre d'apparition des normes de la responsabilité civile (A) pour pouvoir, ensuite, résoudre les concours pouvant survenir entre elles (B).

A. L'élaboration d'une chronologie des normes de la responsabilité civile

95. Historique des normes de la responsabilité civile. Afin d'élaborer une chronologie des règles de la responsabilité civile, il convient d'en retracer l'historique depuis la création du Code civil. Pour cela, il est nécessaire de repartir de chacun des faits générateurs qui la composent : fait personnel (1), fait des choses (2), fait d'autrui (3) et fait des troubles de voisinage (4).

1. En matière de responsabilité du fait personnel

96. Historique des normes de la responsabilité du fait personnel. L'élaboration d'une chronologie des règles de la responsabilité du fait personnel nécessite de remonter à la rédaction du Code civil. Les deux règles les plus anciennes de la matière sont les articles 1382 et 1383 du Code civil qui datent de 1804[321]. Peu importe, dans cette chronologie, que leurs éléments – conditions et effets – aient pu connaître des bouleversements à travers les siècles d'utilisation.

[321] On pourrait même situer son origine bien avant puisque le principe général d'une telle responsabilité paraît remonter à la loi Aquilia (autour de 250 Av. C.), cf. *supra* n° 11.

Par la suite, de nombreux régimes spéciaux ont vu le jour[322]. On trouve, par exemple, la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, les lois du 1er août 2000 sur la liberté de communication et du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique qui subordonnent la responsabilité des fournisseurs d'hébergement à des conditions spéciales dérogatoires à l'article 1382 du Code civil ou, enfin, l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique issu des lois du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé et du 9 août 2004 relative à la politique de santé qui dispose que « *hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison du défaut de produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. Les établissements, services et organismes susmentionnés, sont responsables des dommages résultants d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve de la cause étrangère…* ». Finalement, la chronologie des règles de la responsabilité civile du fait personnel est simple à établir puisqu'il suffit de partir du principe général de 1804 pour ensuite progresser vers les régimes spéciaux issus de différentes lois dont la date d'entrée en vigueur permet de déterminer la place dans le temps.

2. En matière de responsabilité du fait des choses

97. Historique des normes de la responsabilité du fait des choses. En 1804, les rédacteurs du Code civil ne s'étaient intéressés qu'aux dommages produits par deux choses particulières : les animaux (art. 1385 C. civ.) et la ruine des bâtiments (art. 1386 C. civ.). L'article 1384, alinéa 1er, qui énonce qu'« *on est responsable non seulement des dommages causés par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* » n'avait, dans l'esprit des rédacteurs du code, qu'une valeur annonciatrice des cas particuliers susmentionnés. Ce sont les arrêts *Teffaine*, rendus par la chambre civile de la Cour de cassation le 16 juin 1896, et *Jand'heur*, des chambres réunies du 13 février 1930[323], qui

---

[322] V. notamment : J. CARBONNIER, *Droit civil, les biens, les obligations*, Quadrige Manuel, PUF, vol. II, 1ère éd., 2004, p. 2378 s., n° 1186 s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, Précis droit privé, Dalloz, 10ème éd. 2009, p. 935 s., n° 929 s. ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Manuel, Litec, 11ème éd., 2010, p. 456 s., n° 573 s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, *Les obligations*, Droit civil, Defrénois, 4ème éd. 2009, p. 27 s., n° 47 s. ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Manuel, Litec 2ème éd., 2009, p. 181 s., n° 284 s. ; Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2010/2011, n° 6702 s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, le fait juridique*, Université, Sirey, 13ème éd., 2009, p. 111 s., n° 97 s. ; M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Droit civil, Economica, T. V., 1ère éd., 2007, p. 118 s., n° 106 s.

[323] Cass ch. réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*, *Bull.* n° 34 ; *DP* 1930, I. p. 57, note G. RIPERT ; *S.* 1930, I. p. 21, note P. ESMEIN. Pour une analyse de cette décision en parallèle avec l'arrêt *Teffaine* : J. GARNIER, « De l'arrêt *Teffaine* aux arrêts *Jand'heur* », *in La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire,* sous la direction de F. Leduc, *Economica*, 1997, p. 25.

marquent l'avènement d'un principe général de responsabilité du fait des choses[324]. Parallèlement à l'affirmation de ce principe général, le législateur promulgue de nouveaux régimes spéciaux. Ainsi, par la loi du 9 avril 1898, aujourd'hui remplacée par la législation sur la sécurité sociale, est organisé un système automatique et forfaitaire pour la réparation des accidents du travail dont certains avaient pour origine une chose[325]. Avec la loi du 7 novembre 1922, un deuxième alinéa est ajouté à l'article 1384 qui précise que « *celui qui détient à titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens dans lesquels un incendie à pris naissance ne sera responsable vis-à-vis des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute (…)* ». Par le décret du 6 février 1969[326], c'est l'indemnisation des victimes de dommages causés par des installations nucléaires qui est soustraite au champ d'application de l'article 1384, alinéa 1, du Code civil. Enfin, et sans être exhaustif, on peut citer le régime spécial pour les dommages causés par les accidents de la circulation issu de la loi du 5 juillet 1985 ainsi que celui du fait des produits défectueux consacré par la loi du 19 mai 1998.

Lorsque le régime de responsabilité a une source légale, comme pour l'article 1384, alinéa 2, du Code civil, sa date d'apparition est facile à identifier. Il suffit de se référer à sa date d'entrée en vigueur, soit, pour cette disposition, le 8 novembre 1922. Il est néanmoins plus difficile de déterminer avec certitude l'apparition d'une norme dégagée par la jurisprudence à partir d'un texte de loi. Tel est le cas du régime général de responsabilité du fait des choses tiré de l'article 1384, alinéa 1er du Code civil. La question se pose ici de savoir quelle est la date à prendre en compte : celle de l'entrée en vigueur de la loi, en tenant compte du fait qu'elle n'a pas cherché à créer un tel régime, ou celle de l'arrêt qui a consacré ce régime ? Cette question renvoie finalement à la problématique plus générale de l'opportunité du recours au principe de temporalité pour la résolution du concours entre les normes de la responsabilité civile sur laquelle nous reviendrons plus tard[327].

3. En matière de responsabilité du fait d'autrui

98. Historique des normes de la responsabilité du fait d'autrui. En 1804, seule la responsabilité du fait personnel était conçue comme un principe général de responsabilité sans connaître de concurrence. Ainsi, comme en matière de responsabilité du fait des choses, la responsabilité du fait d'autrui ne contenait qu'une succession de cas particuliers dérogeant au principe général de responsabilité du fait personnel : la responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants mineurs,

---

[324] Cf. *supra* n° 69.

[325] Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 523 s., n° 785 s. ; Ph. Le TOURNEAU, *op. cit.*, n° 74.

[326] Il est possible de rencontrer des hypothèses où l'entrée en vigueur des dispositions nouvelles nécessite des mesures d'application, ce qui est le cas des lois dont la mise en œuvre exige un ou plusieurs décrets d'application. Alors, l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions concernées par ces mesures est reportée à la date d'entrée en vigueur de celles-ci.

[327] Cf. *infra* n° 105 s.

celle des artisans du fait de leurs apprentis, celle des instituteurs du fait de leurs élèves et celle des maîtres et commettants du fait de leurs préposés. La Cour de cassation considérait d'ailleurs que l'article 1384, alinéa 1er, ne faisait qu'annoncer les cas spéciaux de responsabilité du fait d'autrui qui le suivaient et que ceux-ci étaient les seuls cas de responsabilité délictuelle du fait d'autrui[328].

Les impératifs qui ont commandé au XIXème siècle la création d'un principe général de responsabilité du fait des choses ne se sont pas retrouvés en matière de responsabilité du fait d'autrui où les puissances paternelle et patronale suffisaient à trouver des responsables au dommage. Pourtant, l'affaiblissement des structures familiales et le développement des institutions hybrides, véritables substituts parentaux, entraînèrent pour les tiers l'apparition de risques nouveaux auxquels les régimes classiques ne pouvaient pas répondre. C'est finalement bien après le juge administratif[329] que le juge judiciaire s'est résolu à mettre la responsabilité du fait d'autrui au goût du jour avec l'arrêt *Blieck* du 29 mars 1991[330]. La question s'est alors posée de savoir quelle portée donner à cet arrêt. Nous avons vu précédemment que l'étude de cet arrêt ainsi que de la jurisprudence qui l'a suivi ne permet pas d'affirmer qu'il existe aujourd'hui un principe général de responsabilité du fait d'autrui en raison de l'absence de généralité conférée à cet article et à son application[331]. La jurisprudence révèle plutôt deux critères principaux de responsabilité du fait d'autrui : un lié à la garde d'un état – c'est l'autorité exercée sur des personnes vulnérables qui intéresse cette responsabilité – et l'autre lié à la garde d'une activité – c'est ici la maîtrise de l'activité d'autrui qui est concernée[332].

La responsabilité du fait de la garde d'un état serait apparue avec la jurisprudence Blieck, tandis la responsabilité du fait de la garde d'une activité serait plutôt issue de la jurisprudence qui a suivi et notamment d'une série d'arrêts inaugurée par une décision du 22 mai 1995 de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation.[333] Ainsi, pour ces deux régimes de responsabilité se pose aussi la

---

328 Cass. crim., 15 juin 1934, *S.* 1935, I. p. 397 ; Cass. 2ème civ., 15 février 1956, *D*. 1956, J., p. 410, note E. BLANC.

329 CE., 3 février 1956, *Thouzellier*, *Rec.* 49 ; *D.* 1956, p. 596, note J.-M. AUBY.

330 Cass. AP., 29 mars 1991, *Blieck*, *Bull. AP.,* n° 1 ; *JCP. G.* 1991, II. 21673, concl. H.-P. DONTENWILLE, note J. GHESTIN ; *D*. 1991, p. 324, note. Ch. LARROUMET, *Ibid,* chr. p. 157, G. VINEY ; *RTD. civ.* 1991, p. 541, obs. P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass.* 1991, chr. n° 9, obs. H. GROUTEL ; *GP.* 1992, p. 513, note F. CHABAS.

331 Cf. *supra*, n° 69.

332 M. MARTEAU-PETIT, « La dualité des critères de mises en œuvre du principe de responsabilité du fait d'autrui, *RRJ* 2002-1, p. 255 s. ; Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 306 s., n° 474 s. M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 310 s., n° 286 s.

333 Cass. 2ème civ., 22 mai 1995, *Bull. II*, n° 155 ; *JCP. G.* 1995, II. 22550, note J. MOULY ; *JCP. G.* 1995 I. 3893, n° 5 , obs. G. VINEY ; *RTD. civ.* 1999, p. 899, obs. P. JOURDAIN ; *D*. 1996, som. p. 29, obs. F. ALAPHILIPPE ; *Resp. civ. Ass*. 1995, comm. n° 289 et chr. n° 36 par H. GROUTEL ; *LPA.* 2 février 1996, p. 16, note S. HOCQUET-BERG. V. pour le rappel de l'évolution de ces régimes de responsabilité, *supra* n° 69.

question de leur date d'apparition. Celle-ci coïncide telle avec la création du Code civil ou doit-elle être établie en fonction de l'arrêt qui les a révélés[334] ?.

Ces deux régimes coexistent avec d'autres régimes de responsabilité du fait d'autrui[335]. L'alinéa 2 de l'article 1384 du Code civil a, par exemple, été inséré dans ce code par la loi du 7 novembre 1922. Cette disposition prévoit qu'en cas de communication d'incendie, le détenteur du bien dans lequel l'incendie a pris naissance sera responsable, non seulement à raison de son propre fait, mais aussi en cas de faute des personnes dont il répond. On trouve également l'article L. 121-29 du code de la consommation, issu de l'ordonnance du 6 mai 2005, qui reconnaît que l'entreprise est civilement responsable des démarcheurs même indépendants (donc en dehors d'un lien de préposition), qui agissent pour son compte. Enfin, pour un dernier exemple, on pourrait citer l'article L. 511-1 du code des assurances tiré de la loi du 15 décembre 2005, qui dispose que, dans ce domaine, « *l'employeur ou mandant est civilement responsable, dans les termes de l'article 1384, du dommage causé par ses employés ou mandataires, lesquels sont considérés comme des préposé*s ».

4. En matière de responsabilité pour troubles de voisinage

99. Historique des normes de la responsabilité du fait des troubles de voisinage. Autonome depuis une jurisprudence de 1986, le fait des troubles de voisinage peut constituer un quatrième fait générateur de responsabilité[336]. La jurisprudence n'hésitant pas d'ailleurs à la viser comme un principe général. La difficulté quant à cette responsabilité pour troubles de voisinage tient à sa date d'apparition. On peut considérer qu'elle est née de la jurisprudence de 1986 puisque celle-ci l'a consacré comme un principe général du droit ou juger que les principes généraux du droit se trouvant en suspension dans les textes, dans lesquels la jurisprudence ne ferait que les puiser[337], ce principe existe en réalité depuis bien plus longtemps. De nouveau, la question de la date d'apparition de la norme se pose[338].

---

[334] Cf. *infra* n° 105 s.

[335] Pour un rappel de la mise en place des différents régimes de responsabilité du fait d'autrui ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 2378 s., n° 1186 s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 804, n° 804 s. ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 473 s., n° 600 s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, *op. cit.*, p. 72 s. n° 150 s. ; Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 263 s., n° 412 s. ; Ph. Le TOURNEAU, *op. cit.*, n° 7304 s. ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, p. 212 s., n° 89 s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 217 s., n° 187 s. ; M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 245 s, n° 222 s.

[336] Cass. 2ème civ., 19 novembre 1986, *Bull. II*, n° 172. La Cour de cassation s'abstient dans cet arrêt de toute référence à d'autres dispositions du code civil pour décider que « *nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage* ». Cf. *supra* n° 6 et *infra* n° 359.

[337] Cf. *supra* n° 70.

[338] Cf. *infra* n° 105 s.

B. La résolution des concours entre les règles de la responsabilité civile selon le critère chronologique

100. Résolution des concours à l'aide du critère chronologique. Une fois la place de la norme dans l'échelle du temps identifiée, il est possible d'utiliser le critère chronologique afin de résoudre les concours entre les règles de responsabilité civile extracontractuelle.

Pour obtenir une représentation, la plus large possible, des solutions que peut offrir ce principe, il paraît plus simple de se servir des différents faits générateurs de responsabilité. Deux situations semblent alors se distinguer. Dans la première, les deux normes en concours ont un fait générateur commun : ainsi, une même matière est concernée (1). Dans la seconde, les deux normes en concours ne partagent pas le même fait générateur, deux matières différentes sont alors en cause (2).

1. Des concours entre normes ayant un même fait générateur

101. Concours entre normes ayant le même fait générateur : exemples choisis. Le premier concours envisagé concerne la responsabilité du fait personnel. Prenons une situation de concours entre la loi de 1881 et l'article 1382 du Code civil. Les faits sont les suivants : une compagnie aérienne assigne une société de presse en paiement de dommages et intérêts sur le motif d'une atteinte à sa réputation. Elle lui reproche l'utilisation de son image dans un magazine consacré à la sécurité de l'espace aérien français, le magazine ayant publié un photomontage d'un avion caractéristique de cette compagnie s'écrasant sur la Tour Eiffel. La société demanderesse fonde sa demande sur l'article 1382 du Code civil, estimant que cette publication constitue un trouble manifestement illicite en portant atteinte à sa réputation et au droit de jouissance sur l'image d'un bien lui appartenant. Elle aurait pu tout aussi bien s'appuyer sur la loi du 29 juillet 1881 qui concerne justement la responsabilité des organes de presse notamment dans le cas d'une diffamation. Deux règles possibles de résolution du litige coexistent, le responsable pouvant être condamné pour faute par la voie d'une action de droit commun – article 1382 du Code civil – ou par la voie d'une action de droit spécial – articles 29 et suivants de la loi de 1881. Selon le principe de temporalité, la loi la plus récente est celle de 1881, c'est donc elle qui va permettre de trancher le litige. Le principe général de la responsabilité du fait personnel ne sera pas applicable[339].

La deuxième hypothèse concerne la responsabilité du fait des choses. Si l'on prend le cas d'un dommage causé par un accident de la circulation survenu entre deux véhicules en mouvement, deux règles peuvent s'appliquer : la loi Badinter de 1985 qui concerne l'indemnisation des accidents de la circulation et le principe général de responsabilité du fait des choses développé par la jurisprudence depuis

[339] C'est la solution retenue par la Cour de cassation, sans qu'il soit précisé sur quel principe elle s'appuie, Cass. 1ère civ., 30 mai 2006, *Bull. I,* n° 273 ; *GP.* 2006, pan., p. 24.

1896 et issu du Code civil de 1804. Or, suivant le principe de temporalité, c'est la loi la plus récente qui permet de trancher le litige. Le litige devra donc être résolu selon les seules dispositions de la loi Badinter[340].

La troisième hypothèse concerne la responsabilité pour le fait d'un trouble de voisinage. Un concours est possible entre cette disposition et l'article 1384, alinéa 2, du Code civil qui concerne la responsabilité du fait des dommages consécutifs à une communication d'incendie. Deux hypothèses peuvent être émises. Soit on admet que la jurisprudence a créé ce régime de responsabilité. Dans ce cas, l'article 1384, alinéa 2, inséré dans le Code civil par une loi de 1922 est antérieur au régime de responsabilité pour troubles de voisinage posé par la jurisprudence en 1986. Donc, en application du principe de temporalité, c'est ce dernier régime qui doit être appliqué. Soit on considère que seule la loi a pu créer ce régime. Dès lors, institué depuis 1804, le régime de responsabilité pour troubles de voisinage est antérieur à la loi de 1922. C'est l'article 1384, alinéa 2, qui sera seul applicable.

La dernière hypothèse concerne la responsabilité du fait d'autrui. Le principe de temporalité peut être mis en œuvre pour un litige où sont applicables le régime de responsabilité du fait de la garde d'un état (article 1384, alinéa 1) et le régime de responsabilité des parents du fait de leurs enfants (article 1384, alinéa 4)[341]. Prenons l'exemple suivant : des mineurs sont confiés par une décision du juge des enfants à une association d'action éducative. Alors qu'ils se trouvent chez leurs parents qui les reçoivent dans le cadre d'un droit de visite avec l'approbation et sous le contrôle de l'association, ils commettent des agissements délictueux au détriment de tiers. Deux hypothèses sont à apprécier. Selon l'ordre chronologique précédemment établi, l'article 1384, alinéa 4, date de 1804 et l'article 1384, alinéa 1er, en tant qu'il permet de rechercher la responsabilité d'une association a été mis en place dans le Code civil en 1804, mais n'aurait été dégagé par la jurisprudence qu'en 1991. En vertu du principe de temporalité, c'est la règle la plus récente qui doit permettre de trancher le litige. Si l'on retient que le régime issu de l'article 1384, alinéa 1er date de 1991, il faut l'appliquer par préférence à l'autre disposition. En revanche, si l'on reconnaît qu'il

---

[340] Comme dans l'arrêt précédent, la Cour de cassation aboutit à cette solution sans précision sur le fondement retenu, Cass. crim., 7 octobre 1986, *Bull. crim*., 1986, n° 271.

[341] Pour une analyse de la jurisprudence concernant ce concours, M. HUYETTE, « Responsabilité des services éducatifs et accueil des mineurs en famille », *D*. 2002, J., p. 2750 ; G. VINEY, « Chronique de droit de la responsabilité civile », *JCP. G.* 2003, I. 154, n° 7 ; P. JOURDAIN, « Responsabilité parentale : des confirmations et une précision émanant de la chambre criminelle (à propos de la cohabitation) », *RTD. civ.* 2003, n° 6, p. 101 ; F. BOULANGER, « Autorité parentale et responsabilité des pères et mères des faits dommageables de l'enfant mineur après la réforme du 4 mars 2002. Réflexions critiques ». *D.* 2005, chr., p. 2245 ; J. FRANÇOIS, « Fait générateur de la responsabilité du fait d'autrui : confirmation ou évolution ? », *D.* 2007, chr., p. 2408 ; J.-B. THIERRY, « Le rôle de l'autorité parentale dans la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs », *LPA.* 7 janvier 2008, p. 4 ; J. HAUSER, « Assistance éducative : modalité du droit de visite et responsabilité de l'association ou des parents d'accueil du mineur », *RTD. civ.* 2008, p. 667.

date de 1804, la difficulté est qu'ici les deux normes ont la même date d'apparition et que rien ne nous permet de dire comment résoudre ce concours[342].

2. Des concours entre normes n'ayant pas le même fait générateur

102. Exemples de concours entre normes n'ayant pas le même fait générateur. Dans certains concours, les normes en cause n'ont pas le même fait générateur. Cette situation se rencontre, par exemple, lorsque la victime d'un accident de la circulation peut engager la responsabilité du conducteur mineur du véhicule ainsi que la responsabilité des parents de ce dernier. La loi Badinter et l'article 1384, alinéa 4, dont les conditions d'application sont réunies, entrent en concours. Selon le principe de temporalité, c'est la loi la plus récente qui s'applique. La loi Badinter date de 1985, tandis que la responsabilité des parents du fait de leurs enfants date de 1804. Dès lors, c'est la loi Badinter qui se trouve être seule applicable au litige, sans que la victime ait la possibilité de choisir.

On pourrait aussi illustrer cette situation à l'aide d'un exemple dans lequel l'article 1382 se trouverait en concours avec l'article L. 121-29 du code de la consommation issu de l'ordonnance du 6 mai 2005, qui prévoit que l'entreprise est civilement responsable des démarcheurs même indépendants (donc en dehors d'un lien de préposition), qui agissent pour son compte. L'entreprise peut voir engager sa responsabilité pour avoir commis une faute ayant conduit son démarcheur à causer un dommage. Si l'on applique le principe de temporalité, il faudrait reconnaître que seul l'article L. 121-29 peut être employé.

[342] Cf. *infra* n° 107.

§2. L'inopportunité du recours au principe de temporalité

103. Inopportunité du principe de temporalité. Le principe de temporalité combine en apparence simplicité de fonctionnement et fort rayonnement. Pourtant, ce principe ne remplit pas toutes ses promesses lorsqu'on l'applique à la responsabilité civile extracontractuelle. Les apparences sont, en effet, trompeuses : le critère chronologique sur lequel repose ce principe ne permet pas de répondre à toutes les questions qui peuvent être soulevées quant à l'ordonnancement des normes (A) ; en outre, il ne paraît pas adapté à la spécificité des normes de la responsabilité civile (B).

A. Les insuffisances du critère chronologique dans l'ordonnancement des normes

104. Inopportunité fonctionnelle du principe. On relève principalement deux imperfections du principe de temporalité, toutes deux tenant à l'application du critère chronologique. Celui-ci, pour être mis en œuvre, nécessite d'une part de connaître avec précision la date d'apparition de la norme dans l'ordre chronologique. Or, ceci n'est pas sans poser des difficultés en pratique (1). Et, d'autre part, ce critère ne vaut que lorsque les normes ont une place différenciée sur l'échelle temporelle afin de trouver la norme la plus récente. Ce point aussi est problématique (2).

1. La date d'apparition de la norme d'origine jurisprudentielle

105. Un juge créateur de droit ? Pour connaître la place d'une norme sur l'échelle temporelle, il suffit de se référer à la date de son entrée en vigueur. Or, dans certaines situations, on considère que ce n'est pas le législateur qui a créé la règle de droit, mais plutôt la jurisprudence. Se pose alors la question de savoir s'il faut prendre en compte la date de l'arrêt qui a révélé la norme, sans oublier le fait que parfois c'est une série d'arrêts s'étendant sur une certaine durée qui est à l'origine de la norme. Pour y répondre, il convient d'abord de déterminer si la jurisprudence est ou non une source du droit. Deux écoles s'affrontent sur ce point. La première estime que la jurisprudence est seulement une source d'interprétation de la loi[343]. A ce titre, elle ne peut pas créer du droit[344]. Dès lors, le principe général de responsabilité du

---

[343] Elle est d'ailleurs souvent présentée ainsi dans les manuels d'introduction au droit : Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Manuel, Litec, 12 ème éd., 2009, p. 156 s., n° 189 s. L'auteur la classe parmi les sources d'interprétation. Pour une présentation similaire : J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction générale au droit et thèmes fondamentaux,* Paris, Sirey, 13ème éd., 2010, p. 124 s., n° 129 s.

[344] F. TERRE, « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », *in La création du droit par le juge,* APD, t. 50, Dalloz, 2006, p. 305, spéc., p. 307 s. Selon l'auteur, « *reste alors à savoir si l'autorité judiciaire, dans sa fonction habituelle, est dotée quand même d'un pouvoir créateur de droit, entendons ici non pas de formation*

fait des choses, celui de la responsabilité du fait des troubles de voisinage et les régimes de responsabilité du fait d'autrui ne seraient finalement que l'interprétation du texte de 1804. Cette doctrine s'appuie notamment sur le principe de séparation des pouvoirs et sur l'interdiction faite au juge de « *prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises* » (article 5 du Code civil). De cela découle le principe selon lequel le juge, lié par la loi, aurait seulement vocation à dire le droit. Le principe de l'autorité relative de la chose jugée permet lui aussi de justifier cette thèse[345]. En effet, si la décision prise par le juge ne peut plus être remise en cause, une fois toutes les voies de recours épuisées, son autorité reste relative dans la mesure où elle est limitée à l'affaire qui a été jugée ; elle ne lie nullement pour l'avenir l'autorité judiciaire qui a rendu la décision, ni a *fortiori* les autres juridictions. Le juge français n'est donc pas lié par les précédents judiciaires et ne saurait même, pour justifier sa décision, invoquer un tel précédent. Le dernier argument que l'on pourrait citer tient à la rétroactivité de la jurisprudence, source de précarité pour le justiciable. Celle-ci se manifeste de façon particulière à l'occasion des revirements de jurisprudence[346] ; la règle est alors changée, sans annonce préalable. Le justiciable ne trouve donc pas dans la jurisprudence la sécurité qu'il trouve dans la loi[347]. Selon cette thèse, nous ne pourrions nous attacher qu'à la date d'entrée en vigueur de la loi et non à celle de l'arrêt qui aurait révélé le régime de responsabilité.

En revanche, selon une autre partie de la doctrine, il est possible d'envisager que le rôle du juge va au-delà de l'interprétation du droit. Il serait alors source créatrice de droit[348]. Ainsi, pour Monsieur Cabrillac « *si la jurisprudence n'est pas une source de droit équivalente à la loi, elle est une source de droit subordonnée à la loi, ce qui ne l'empêche pas de l'enrichir* »[349].

---

spontanée, mais de création de règles de droit ayant vocation à dépasser le cadre de telle ou telle décision et de la relativité de la chose jugée qui s'y attache. Une approche négative peut guider l'analyse (...). Alors que les précédentes études concourent, en général, à reconnaître (…) un pouvoir créateur de droit par la jurisprudence, l'on peut, au risque de ne pas exprimer une pensée unique, persister à penser qu'il ne s'agit pas de création ».

[345] Le siège de la règle est dans l'article 480, alinéa 1er, du Code de procédure civile qui dispose que : « *Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche* ». L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Manuel, Litec, 6ème éd., 2009, p. 502 s., n° 727 s ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européen*, Précis droit privé, Dalloz, 30ème éd., 2010, p. 749 s., n° 1090 s. V. aussi *infra* n° 234 s.

[346] V. notamment, X. LAGARDE, « Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir » *in La création du droit par le juge, op. cit.*, p. 77, spéc. p. 79 s. ; du même auteur, « L'exigence de sécurité juridique dans l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence », *JCP. G.* 2009, p. 18 ; H. Le BERRE, « La jurisprudence et le temps », *in Temps, interprétation et droit*, Droits, n° 30, 1999, p. 71, spéc. p. 77 s.

[347] J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 171, n° 170 : « *Ces particularités de la jurisprudence nous inclinent à refuser d'y voir une véritable source du droit* ».

[348] C. PUIGELIER, « Temps et création jurisprudentielle », *in La création du droit par le juge, op. cit.*, p. 89. L'auteur explique comment le temps nourrit la création jurisprudentielle de sorte qu'il ne fait aucun doute pour elle qu'il existe un pouvoir de création de la part du juge. Elle conclut son article par ces mots : « *la création jurisprudentielle serait une source de droit* ».

[349] R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*,Dalloz, Cours, droit privé, 9ème éd., 2011, p. 135, n° 130.

Plusieurs arguments militent en faveur de cette théorie. D'abord, selon les dispositions de l'article 4 du Code civil, le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. Le juge serait amené à créer du droit par le fait des lacunes de la loi, de sorte que, si le rôle premier du juge est d'interpréter la loi, c'est en faisant cet acte d'interprétation qu'il en vient à créer du droit[350]. Ensuite, la jurisprudence jouit d'une autorité morale importante qui atteint son point culminant lorsque l'on observe les arrêts de la Cour de cassation. Une série d'arrêts rendus dans le même sens exerce, sur la solution des espèces analogues, une influence souvent décisive. Enfin, c'est de l'histoire même de la jurisprudence civile que ressort le véritable argument pour la reconnaissance du pouvoir créateur de la jurisprudence. Cette dernière a, en effet, fait œuvre prétorienne à plusieurs reprises. Le Doyen Cornu constate qu'« *à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle, se situe le siècle d'or, l'ère de la jurisprudence créatrice : c'est à cette époque que les tribunaux ont élaboré nombre de théories aujourd'hui reconnues et consacrées : théorie de l'abus de droit, de la stipulation pour autrui, de l'enrichissement sans cause. La jurisprudence civile (…) a ainsi donné au système juridique français des règles prétoriennes qui sont de droit positif* »[351]. Finalement, « *le système juridique ne peut prétendre décréter l'absence de pouvoir créateur du juge, sous peine de s'enferrer dans une fiction intenable* »[352]. Dès lors, si l'on tient pour acquis le pouvoir créateur de la jurisprudence, il semblerait plus pertinent de reconnaître la date de l'arrêt fondateur de la règle comme étant la date à laquelle elle prend rang dans l'ordre chronologique.

Néanmoins, et bien que ce débat ne manque pas d'intérêt, seule compte dans notre étude la place de la jurisprudence comme source du droit de la responsabilité civile extracontractuelle. Or, on constate, en la matière, qu'il est plus facile de considérer que la jurisprudence a bien été la source de certains grands principes de droit de la responsabilité civile. Il s'agit ici de prendre acte de l'importance considérable de certaines décisions dans l'ordonnancement juridique. Mlle Mireille Lehot relève ainsi que « *même ceux qui lui dénient, de façon générale, la qualité de source n'hésitent pourtant pas à évoquer son pouvoir prétorien quand elle intervient dans cette discipline* »[353]. Ainsi, si le doyen Cornu reconnaît généralement à la jurisprudence une autorité sans pour autant lui donner la qualité de source de droit, il constate que « *l'interprétation hardie de l'article 1384, alinéa 1^er, du Code civil, par la Cour de cassation, a permis d'édifier l'ensemble colossal qu'est devenue la responsabilité du fait des choses inanimées* »[354]. D'autres auteurs partagent cet avis. Ainsi, M. Brun reconnaît-il implicitement cette valeur à la jurisprudence, lorsqu'il relève que les cas particuliers de responsabilité du fait des choses et des animaux, datant de 1804, précèdent le

---

[350] P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *in La création du droit par le juge, op. cit.*, p. 49, spéc. p. 54, n° 4.

[351] G. CORNU, *Introduction au droit,* Domat, Droit privé, Montchrestien, 13ème éd. 2007, p. 231, n° 442.

[352] P. DEUMIER, art. précité, spéc. p. 54, n° 4.

[353] M. LEHOT, *Le renouvellement des sources internes du droit et le renouveau de la responsabilité civile,* sous la direction de D. Mazeaud, Université du Maine, 2001, p. 323, n° 238.

[354] G. CORNU, *op. cit.*, loc.cit.

régime général de responsabilité du fait des choses[355]. En effet, cette préexistence n'est envisageable que si l'on considère que ce régime général est apparu avec les arrêts de 1896 et 1930 et non avec le Code civil de 1804. On trouve aussi cette référence au pouvoir créateur du juge en matière de responsabilité civile chez Mme Pignarre qui parle de la jurisprudence comme un contrepouvoir, un modèle concurrent de celui du Code civil sécrétant un droit prétorien[356]. Ainsi, le droit de la responsabilité civile constitue le symbole de la fonction normative de la jurisprudence. On ne saurait donc en faire abstraction dans la suite de notre étude[357].

106. Date d'apparition de la norme jurisprudentielle. Une fois admis que l'on puisse retenir la date d'apparition de la norme dans la jurisprudence, une autre question vient à l'esprit : c'est la question de l'arrêt fondateur du régime de responsabilité. Pour la responsabilité du fait des troubles de voisinage, la réponse est simple puisqu'il est admis que ce régime a été institué par un arrêt du 19 novembre 1986[358]. On en déduit que l'ensemble des régimes de responsabilité qui seront postérieurs à cette date devra s'appliquer en priorité ; *a contrario*, tous les régimes datant de 1804 à 1986 seront exclus au profit du régime de responsabilité du fait des troubles de voisinage. Pour la responsabilité du fait des choses, deux arrêts pourraient être retenus : l'arrêt *Teffaine* de 1896 et l'arrêt *Jand'heur* de 1930. Du choix effectué entre ces deux arrêts dépendra la solution de certains concours entre les normes[359]. Par exemple, si l'on admet comme date d'apparition du principe l'arrêt *Jand'heur* de 1930, alors l'alinéa 2 de l'article 1384 du Code civil, issu de la loi du 7 novembre 1922, lui sera antérieur. Selon le principe de temporalité, si les deux normes entrent en concours, seul le régime de responsabilité du fait des choses, plus récent, sera applicable. En revanche, si ce même régime est considéré comme issu de l'arrêt *Teffaine* de 1876, le concours, se résoudra par l'application de la loi du 7 novembre 1922. Pour choisir lequel des deux arrêts est le plus déterminant, il est nécessaire de repartir de l'étude de ces deux décisions. Nous avions déjà rappelé qu'il est communément admis que, si l'arrêt *Teffaine* a posé la première pierre à

---

[355] Ph. BRUN, *op. cit.,* p. 230, n° 364. Dans le même sens v. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 360, n° 293.

[356] G. PIGNARRE, « Rapport introductif » in Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, rétrospectives et perspectives à l'heure du bicentenaire du Code civil, (dir.) G. Pignarre, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005, p. 1, spéc. p. 15. V. aussi sur cette question P. ANCEL, « Les conceptions générales de la matière : rôles respectifs de la loi et du juge en matière de responsabilité civile, responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle » in Colloque de clôture, séminaire du GRERCA du 13 mai 2011, http://grerca.univ-rennes1.fr.

[357] Affirmer l'origine jurisprudentielle de ces normes ne remet pas en cause la valeur qui leur est attachée. En effet, si certains reconnaissent la force créatrice de la jurisprudence, il est indiscutable que le principe de responsabilité du fait des choses conserve sa valeur législative dans une hiérarchie formelle des normes. Il en sera de même pour les régimes de responsabilité du fait d'autrui.

[358] Cass. 2ème civ., 19 novembre 1986, *Bull. II*, n° 172, p. 116 ; *RTD. civ.* p. 315, obs. T. REVET.

[359] On notera alors que dans la mesure où un choix doit être fait entre plusieurs arrêts, le critère n'est pas seulement chronologique, il est aussi doctrinal. Il s'agit, en quelque sorte, d'une convention passée entre les juristes qui vont retenir que tel ou tel arrêt est l'arrêt fondateur.

l'édifice du principe de la responsabilité du fait des choses, c'est l'arrêt *Jand'heur* qui en a vraiment consacré les fondations[360]. Ainsi, au vu de l'évolution jurisprudentielle et de l'apport de chaque arrêt, il semble indéniable que l'arrêt posant le principe d'une responsabilité du fait des choses est l'arrêt *Jand'heur*. Il conviendrait donc de se référer à la date de cette décision comme marquant l'apparition du principe dans l'ordre chronologique. Il faut noter pour finir que dans certaines situations, il est plus difficile de déterminer avec précision la date de l'arrêt fondateur du régime de responsabilité. C'est le cas pour la responsabilité du fait d'autrui. Pour ce qui est de la responsabilité pour la garde d'un état, c'est incontestablement l'arrêt *Blieck* qui, dans cette hypothèse, sera pris en compte. En revanche, pour la responsabilité du fait de la garde d'une activité, il faudra plutôt se référer à la série d'arrêts rendue dans les années 1990, postérieure à l'arrêt *Blieck*, qui a peu à peu constitué ce régime sans vraiment pouvoir dater son apparition avec exactitude, sauf à ce que les arrêts de 1995 soient désignés par la doctrine comme les arrêts fondateurs. Finalement, il apparaît difficile de dater avec précision l'apparition de ces régimes puisqu'il faut déjà s'entendre sur un arrêt fondateur alors même qu'une succession de jurisprudences en a permis la création.

2. Le rang différencié des normes dans l'ordre chronologique

107. Utilité du principe fonction du rang des normes dans le temps. Par nature, le principe de temporalité ne peut pas assurer la résolution des concours entre deux normes ayant le même rang d'apparition sur l'échelle du temps. Sa mise en œuvre nécessite qu'il soit identifié entre les normes une relation d'antériorité. Le principe de temporalité n'est alors d'aucun secours pour résoudre le concours entre deux normes instituées par les rédacteurs du Code civil. Ainsi, ce principe ne permet pas d'écarter l'application d'une règle de responsabilité du fait d'autrui en cas de coexistence entre les responsabilités des parents, des artisans et des commettants[361]. Lorsque l'enfant est à l'origine d'un dommage alors même qu'il se trouve être employé comme apprenti, le concours entre les articles 1384, alinéa 4, du Code civil (responsabilité des parents du fait de leurs enfants) et 1384, alinéa 6 du même code (responsabilité des artisans du fait de leurs apprentis) ne peut être tranché par ce principe puisque tous deux datent de 1804.

Insuffisant pour ordonner l'ensemble des normes de la responsabilité civile, le critère temporel se révèle en outre inadapté à la nature particulière de ces normes.

---

[360] Cf. *supra* n° 49.

[361] F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 861, n° 857.

B. L'inadaptation du critère chronologique aux spécificités des normes de la responsabilité civile

108. Inopportunité matérielle du principe de temporalité. Le principe de temporalité connaît une portée réduite. Son critère s'adapte mal aux concours entre les normes de la responsabilité civile extracontractuelle, et ce, pour deux raisons. D'une part, il est indifférent à la nature de droit spécial ou de droit général des normes en cause (1). D'autre part, il ne tient pas compte du fait générateur de la responsabilité (2).

1. L'indifférence du principe de temporalité à la nature des normes

109. Relation de droit commun et de droit spécial : élément déterminant du concours. L'un des défauts du principe, que l'on imaginait pourtant comme une qualité au début de l'étude[362], est de ne pas tenir compte de la nature du concours et, de ce fait, de la nature des normes en cause. Le principe de temporalité ne recherche que la relation d'antériorité entre les normes, mais sans s'intéresser à leur relation de spécialité. Or, on peut considérer que cette relation implique d'autres solutions.
Deux hypothèses sont envisageables :

- La loi spéciale est nouvelle et la loi générale est ancienne. Dans l'hypothèse où les textes successifs édictent des règles générales et des règles spéciales, il est fait exception à l'abrogation normalement induite par le principe de temporalité. Ainsi, lorsqu'une loi spéciale vient se saisir d'une matière jusque-là exclusivement régie par un texte d'objet plus général, on reconnaît que la loi spéciale va écarter l'application de la loi générale dans le domaine qu'elle règle. « *L'autorité de la loi spéciale est intégralement respectable lorsqu'elle est la dernière en date et doit recevoir sa pleine application, nonobstant les dispositions de la loi générale antérieure* »[363]. Toutefois, la règle générale subsiste ; il lui est simplement apporté une exception par le texte nouveau sur le point particulier visé[364]. On parlera alors plutôt dans ces hypothèses de dérogation que d'abrogation. En effet, la dérogation ne fait pas disparaître la norme concernée de l'ordonnancement juridique, elle la rend simplement inapplicable à un

---

[362] Cf. *supra* n° 30.

[363] Paris, 13 juillet 1984, précité

[364] F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties. L'étendue de la faculté de choix du plaideur,* préface de Jacques Ghestin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 201, 1988, p. 279, n° 590 ; J.-L. BERGEL, Méthodologie juridique, Thémis droit privé, PUF 2001, p. 194 s. ; J. CARBONNIER, *op. cit.,* p. 237, n° 126 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.,* p. 297, n° 321 ; Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Manuel, Litec, 12ème éd., 2009, p. 100, n° 115 et p. 105, n° 125 ; G. CORNU, *Introduction au droit,* Domat, Droit privé, Montchrestien, 13ème éd. 2007, p. 183 s., n° 329 s. ; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, *Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, T. 1, 5 ème éd., 2006, p. 142, n° 235 ; J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction générale au droit et thèmes fondamentaux,* Paris, Sirey, 13ème éd., 2010, p. 121, n° 126 ; R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*,Dalloz, Cours, droit privé, 9ème éd., 2011, p. 124, n° 119.

litige donné ou inopposable à un acte juridique[365]. La loi nouvelle ne serait considérée comme abrogative que dans le cas où la norme postérieure se trouverait en tous points incompatible avec la norme antérieure.

- La loi spéciale est la loi ancienne et la loi générale est la loi nouvelle. Dans ce cas, il paraît difficile d'admettre que la loi générale nouvelle vienne tacitement abroger la loi spéciale ancienne. On doit plutôt appliquer la règle *generalia specialibus non derogant* : ce qui est général ne déroge pas à ce qui est spécial[366]. C'est ainsi que la loi du 5 juillet 1974 fixant la majorité à 18 ans, texte général, a laissé subsister les dispositions particulières précédentes exigeant un âge plus élevé pour la conduite des poids lourds, datant de 1958, ou l'acquisition d'armes d'une certaine catégorie, existantes depuis 1939. Ces règles d'application ne valant, bien sûr, qu'en l'absence de dispositions contraires prévues par le législateur[367]. Pour M. François Terré, dans cette situation, la loi nouvelle n'abroge pas nécessairement la loi spéciale contraire plus ancienne, l'existence d'une exception n'étant pas incompatible avec celle d'une règle, tout dépend de l'intention du législateur[368]. Dans le même sens, la jurisprudence admet qu'« *à moins de disposition expresse du nouveau texte, ou d'une volonté certaine du législateur de faire table rase du passé, la loi spéciale, censée mieux adaptée à son objet particulier que la loi générale, n'est pas abrogée par celle-ci* »[369].

Pour finir sur ce point, on remarque que parfois, suivant la tendance inverse, l'argument tiré de la nouveauté du principe général sert à appuyer les thèses doctrinales de l'abrogation tacite du régime spécial[370]. M. Brun s'interroge aussi sur le maintien de l'article 1386 du Code civil depuis l'avènement du principe général de responsabilité du fait des choses[371].

---

[365] H.-M. CRUCIS, *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative française. Contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir*, préface de René Hostiou, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 161, 1991, p. 204.

[366] H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec 4ème éd. 1999, n° 152.

[367] H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 418.

[368] F. TERRE, *Introduction générale au droit,* op. cit., n° 421. Il en est de même pour Aubry et Rau,pour lesquels « *l'abrogation tacite supposant une incompatibilité formelle, elle ne saurait, quant aux lois qui règlent des matières spéciales, découler de la promulgation d'une loi générale postérieure, à moins que l'intention contraire du législateur ne résulte clairement de l'objet ou de l'esprit de cette loi : legi speciali per generalem non derogatur. Les lois spéciales ne peuvent donc, en général, être tacitement abrogées que par des lois spéciales nouvelles* », C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, Tome 1, 6ème éd., Librairies Marchal et Billard, 1936, §29, p. 100.

[369] Paris, 13 juillet 1984, *D.* 1984, I.R., p. 387.

[370] F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 777 s., spéc. n° 782 ; Ph. Le TOURNEAU, *op. cit.*, n° 7951 ; M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 218, n° 195 ; Ph. BRUN, *op. cit.,* p. 230, n° 364 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.,*p. 365, n° 297. *Contra,* V. DEPADT-SEBAG, *La justification du maintien de l'article 1386 du Code civil,* préface de J. Huet, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 344, 2000.

[371] Ph. BRUN, *op. cit.* loc. cit.

2. L'indifférence du principe de temporalité au fait générateur de responsabilité

110. Nature du fait générateur : élément essentiel dans le concours de normes. Le principe de temporalité est inadapté lorsque les normes n'ont pas le même fait générateur. Lorsque deux normes entrent en concours, il faut selon ce principe appliquer la norme la plus récente, celle-ci étant présumée la plus légitime, car la mieux adaptée à la situation en cause. Toutefois, ceci ne vaut que lorsque les deux normes en cause partagent un champ d'application commun. Comment justifier, par exemple, qu'une norme de responsabilité du fait des choses puisse déroger à une norme de responsabilité du fait d'autrui, voire l'abroger ? L'hypothèse pourrait être celle du concours entre l'article 1384, alinéa 2 (responsabilité du fait des incendies) et l'article 1384, alinéa 4 (responsabilité des parents du fait de leurs enfants). Cette situation se rencontrant notamment lorsqu'un mineur a causé un dommage en provoquant un incendie qui s'est communiqué à un bâtiment voisin alors qu'il était sous l'autorité de ses parents. Selon le principe de temporalité, la disposition la plus récente est celle de l'article 1384, alinéa 2, datant de 1922. Cependant, on ne voit pas comment on pourrait affirmer que la responsabilité du fait de la communication d'incendie est venue abroger même en partie celle du fait d'autrui. L'abrogation n'est envisageable que si les deux normes ont un champ d'application commun.

Dans une telle situation, le choix de l'une ou l'autre des normes en concours ne doit pas se faire à l'aide du principe de temporalité. En effet, la résolution du concours entre ces deux normes ne repose pas sur leur apparition successive dans le temps. Il faut conclure qu'en la matière, si l'une des deux normes doit prévaloir sur l'autre, c'est au nom d'un autre principe qu'il nous faut découvrir.

Conclusion du chapitre 2
Le principe de temporalité, principe à vocation chronologique

111. Attrait du principe de temporalité. Attractif par sa simplicité et sa neutralité, le principe de temporalité aurait pu offrir au droit de la responsabilité civile un moyen efficace de parvenir à l'articulation recherchée.

Ce principe présente le mérite de s'appuyer sur un critère aisé à mettre en œuvre : le critère chronologique. Il suffit de connaître la date d'apparition de la norme dans l'ordre juridique pour apprécier si elle doit ou non s'appliquer. L'idée défendue est que la norme la plus récente est nécessairement la plus légitime. On considère que, née en dernier, elle ne peut qu'avoir tenu compte des imperfections des normes précédentes. C'est pourquoi on reconnaît que cette norme doit toujours prévaloir face à une norme plus ancienne.

112. Exclusion du principe de temporalité. L'attrait exercé par le principe de temporalité doit cependant céder sa place à une certaine désillusion au moment de sa mise en œuvre sur les normes de la responsabilité civile extracontractuelle.

D'une part, le critère de temporalité ne donne pas toujours de réponse satisfaisante lorsque l'on s'interroge sur l'ordonnancement chronologique des normes. Que faire des normes d'origine jurisprudentielle ou encore de normes ayant un même rang chronologique ? La réponse n'est pas donnée par le principe de temporalité.

D'autre part, le critère de temporalité est inadapté aux normes de la responsabilité civile puisqu'il ne prend pas en considération leur nature spécifique qui en fait des normes générales ou spéciales.

On en déduit que le principe hiérarchique doit, lui aussi, être exclu de l'articulation des normes de la responsabilité civile extracontractuelle.

Conclusion du Titre 1
Les principes exclus

113. Double exclusion. La recherche d'un principe d'articulation nous a amenés à étudier deux des principaux principes articulatoires reconnus en droit : le principe d'autorité et le principe de temporalité. Malheureusement, l'un et l'autre doivent être exclus. L'articulation des normes ne saurait être réalisée à l'aide du critère organique sur lequel s'appuie le principe d'autorité, toutes les normes ici étudiées étant de même rang hiérarchique. De même qu'elle ne saurait être menée au moyen du critère chronologique sur lequel repose le principe de temporalité, ce critère étant incompatible avec les normes de la responsabilité civile extracontractuelle.

114. Apport des deux principes exclus. Au moment d'écrire cette conclusion, ce n'est pas le constat de l'inutilité du chemin parcouru qui ressort, bien au contraire. De cette double exclusion, il est, en effet, possible de tirer un enseignement essentiel. Le principe d'articulation que nous recherchons doit s'adapter à la relation de spécialité qui existe entre les normes de la responsabilité civile extracontractuelle.

C'est donc en gardant à l'esprit cette exigence que nous choisissons, dès à présent, de nous tourner vers l'étude du principe de subsidiarité.

Titre 2. Le principe retenu

115. Concept de subsidiarité. Partant du constat que le droit commun est régulièrement reconnu comme subsidiaire[372], il importe de s'interroger sur le sens de ce concept qui pourrait servir de base pour articuler les normes de la responsabilité civile. On s'aperçoit alors que s'il est fréquent d'employer ce terme[373], il n'est pas pour autant d'usage de l'utiliser en droit privé comme principe d'articulation[374]. On

---

372 Ph. BRUN, Responsabilité civile extracontractuelle, Manuel, Litec 2ème éd., 2009, p. 226, n° 357, « *puisqu'il exprime le droit commun (…) il en recueille la vocation d'éminente subsidiarité* » ; Ph. Le TOURNEAU, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action, 2010/2011, n° 12, L'auteur évoque par exemple la subsidiarité du droit commun de la responsabilité civile face à l'action en comblement de passif ; A. CATTAN, « Assiste t-on à une extension croissante de la responsabilité des constructeurs ? », GP. 15-16 mars 2000, p. 2, spéc. p. 8, « *le régime de responsabilité légale reste le régime de principe ; la responsabilité de droit commun étant subsidiaire* » ; Ph. CASSON, « Le subsidiaire et le droit privé », *RRJ* 2001-1, p. 143, spéc., p. 154, l'auteur rappelle que « *la loi spéciale (…) ne reconnaît au droit commun vocation à s'appliquer qu'à titre subsidiaire* » ; F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial et retour », *in Aspects actuels du droit des affaires*, mélanges en l'honneur d'Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 925, spéc. p. 925, spéc. p. 945, l'auteur remarque que « *la règle de droit commun a un caractère subsidiaire par rapport à celle du droit spécial* » ; G. PIGNARRE, « Rapport introductif », *in Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, rétrospectives et perspectives à l'heure du bicentenaire du Code civil,* (dir.) G. Pignarre, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005, p. 1, spéc. p. 18, n° 8, l'auteur y évoque le caractère subsidiaire du droit commun.

373 V. notamment, J. RAYNARD, « A propos de la subsidiarité en droit privé », *in mélanges C. Mouly*, Litec, t. 1, 1998, p. 131 ; Ph. CASSON, art. précité, spéc. p. 143.

374 On retrouve ce terme employé en jurisprudence sous sa forme nominale : Cass. 1ère civ., 3 mai 2007, *Inédit*, n° 05-19454, « *La Cour d'appel a ainsi légalement justifié sa décision au regard de la subsidiarité de l'action de in rem verso* » ; Cass. com, 31 janvier 2006, *Inédit*, n° 04-15341, « *M. X... a invoqué devant la Cour d'appel l'application du principe de subsidiarité de l'obligation de l'associé au paiement des dettes sociales* » ; Cass. soc., 20 octobre 2005, *Bull. II*, n° 263, « *L'arrêt retient, par motifs adoptés (…) que le souci d'éviter une double indemnisation des victimes d'infraction à raison de la subsidiarité de la solidarité nationale qui s'exprime dans un mode de réparation autonome répondant à des règles qui lui sont propres, se révèle distinct des conditions exhaustives d'admission des recours de tiers payeurs contre les personnes tenues à réparation d'un dommage* » ; Cass. 2ème civ., 7 novembre 2002, *Inédit*, n° 01-03520, « *La Cour d'appel, sans excéder ses pouvoirs, a décidé de surseoir à statuer, en raison de la subsidiarité de la convention de garantie invoquée devant le tribunal arbitral* » ; Cass. 1ère civ., 15 décembre 1998, *Inédit*, n° 96-21279, « *Le principe de subsidiarité du rôle du Fonds de garantie automobile ne permet pas de mettre à sa charge les prestations versées à la victime ou à ses ayants droit par les organismes sociaux dont ils relèvent* » ; Cass. 1ère civ., 13 novembre 1996, *Bull. I*, n° 188, « *La stipulation de clause de subsidiarité ou de complémentarité* ». Sous sa forme adjective : Cass. 2ème civ., 27 mai 1961, *Bull. II*, n° 386, « *Attendu que, les conclusions subsidiaires, en ce qu'elles excipaient d'un droit de rétention de la chose dont la restitution était demandée, constituaient une défense a l'action principale* » ; Cass. 1ère civ., 11 juin 1965, *Bull. I*, n° 371, « *Attendu qu'il est aussi vainement soutenu que l'arrêt a débouté dame Ribes de sa demande subsidiaire tendant à la répétition de l'enrichissement résultant pour les héritiers de Jambon, de la perte de ses apports en industrie* » ; Cass. crim, 27 mai 1998, *Bull. crim.*, n° 175 , « *Attendu que le Fonds de garantie contre les accidents, dont l'obligation est subsidiaire, n'est tenu d'indemniser la victime d'un accident de la circulation que dans la mesure où cette indemnisation n'incombe à aucune autre personne ou à aucun autre organisme* » ; Cass. crim., 8 mars 2000, *Bull. crim.*,

notera ainsi que le vocable de subsidiarité est souvent employé par la jurisprudence, par la doctrine et par le justiciable, mais plus pour décrire une technique juridique que pour révéler un principe juridique[375]. Or, c'est bien un principe juridique qu'il faut dès à présent mettre en lumière (Chapitre 1) pour mieux articuler les normes de la responsabilité civile extracontractuelle (Chapitre 2).

n° 110, « *Attendu qu'en faisant état, à la fin des débats, de questions subsidiaires où la culpabilité de Z... et de X... était affirmée, le président a manifesté publiquement sa conviction préétablie de cette culpabilité, en violation du texte de loi susvisé, et a ainsi porté atteinte aux droits de la défense* ».

[375] *Ibid*

Chapitre 1. L'appréhension du principe de subsidiarité

116. Dualité du terme subsidiaire. A l'origine, le nom *subsidium* désigne plusieurs éléments : la ligne de réserve ou troupe de réserve d'une armée et le renfort ou l'assistance[376]. Il ressort que le terme subsidiaire ne se comprend que dans sa relation d'opposition avec le terme principal. La troupe n'est, en ce sens, subsidiaire que parce qu'une troupe principale existe. Cette recherche étymologique révèle également la dualité du terme subsidiaire. Le premier sens du mot évoque l'idée de secondaire[377]. L'élément dit subsidiaire devant laisser sa place à l'élément dit principal : la troupe de réserve reste en retrait, tandis que la troupe principale agit. Le second sens du mot implique l'idée de secours, de suppléance[378]. Il connaît d'ailleurs la même origine que le terme subside[379], employé aujourd'hui pour désigner l'aide matérielle octroyée à la mère d'un enfant par les pères potentiels[380]. Il se dégage cette fois une idée d'intervention : la troupe de réserve agit lorsque survient une défaillance de la troupe principale.

117. Complémentarité des deux sens du terme. Ces deux sens, bien qu'en apparence contradictoires, doivent coexister pour donner toute l'ampleur de la subsidiarité. Pour Mme Chantal Millon-Delsol, si l'idée de secondaire et l'idée de secours se contredisent, la première appelant le devoir de non-ingérence et la seconde, à l'inverse, supposant l'ingérence, « *la subsidiarité réunit ces antithèses, et les*

---

[376] A. REY, « Subsidiaire », *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010.

[377] J.-M. PONTIER, « La subsidiarité en droit administratif », *RDP* 1986, p. 1515, spéc. p. 1516 ; A. DELCAMP, *Définition et limites du principe de subsidiarité*, ouvrage rédigé pour le Comité Directeur des autorités locales et régionales du Conseil de l'Europe, *in* Communes et régions d'Europe, n° 55, Conseil de l'Europe, 1994, p. 10 ; J.-L. CLERGERIE, *Le principe de subsidiarité*, Le droit en questions, Ellipses, 1997, p. 7.

[378] *Ibid* Dans cette fonction de suppléance, le subsidiaire se rapproche du supplétif, dont il partage d'ailleurs la racine « sub », mais il ne doit pas être confondu avec lui. Certes, on retrouve une partie du sens de la subsidiarité : ce qui va remédier à la défaillance du principal. Mais, il n'en reste pas moins que la notion de supplétif est plus restrictive que celle de subsidiarité. En effet, elle entend conférer aux sujets de droit une certaine liberté tout en constituant la norme qui s'impose à eux en dernier ressort. C'est d'ailleurs en matière contractuelle qu'elle est la plus développée. Ainsi, les futurs époux disposent-ils d'une grande liberté dans le choix de leur régime matrimonial, mais, à défaut de choix, c'est le régime de communauté réduite aux acquêts qui va leur être appliqué. Le législateur prévoit donc de suppléer au défaut de volonté affirmée des époux. On parle alors de loi supplétive. Dans cette situation, le supplétif n'est pas second par nature, il peut être premier lorsqu'il est choisi par les parties, à la différence du subsidiaire qui est bien second par nature.

[379] A. REY, « Subside », *op. cit.*

[380] Article 342 et suivants du Code civil.

affirme conjointement. Elle est le lieu d'un paradoxe, qu'elle assumera et elle n'existe que parce que ce paradoxe existe »[381].

118. Du concept au principe de subsidiarité. Cette première analyse du terme subsidiaire n'est pas suffisante pour dégager un principe d'articulation appuyé sur la subsidiarité. Il paraît alors opportun de définir ce que l'on entend par principe de subsidiarité (Section 1) afin de pouvoir ensuite en déterminer avec précision le fonctionnement (Section 2).

[381] C. MILLON-DELSOL, *L'Etat subsidiaire*, Léviathan, PUF, 1992, p. 8. C'est ainsi que l'on peut considérer que le droit se révèle subsidiaire à la vie. En effet, « *les relations que les hommes entretiennent entre eux au quotidien ne s'embarrassent pas d'un scrupuleux respect des règles juridiques que leur quantité rend d'ailleurs inaccessibles au plus grand nombre. La morale, les mœurs constituent autant de systèmes normatifs qui suffisent, le plus souvent, à régler les rapports humains. Le recours au droit n'est pas pour autant exclu, mais il n'est envisagé qu'à titre subsidiaire, en tant que solution ultime, lorsque les règles de conduite qui ont prévalu jusque-là ne suffisent plus* », Ph. CASSON, art. précité, spéc. p. 147.

Section 1. La définition du principe de subsidiarité

119. Subsidiarité comme principe de régulation des compétences de l'Eglise. Le principe de subsidiarité fut incontestablement un principe religieux avant d'être laïcisé à partir du XVIe siècle[382]. C'est pour l'Eglise catholique un moyen de trouver un principe d'organisation permettant de déterminer ses relations avec les églises locales. Si l'on peut trouver les prémices de ce principe dans de nombreux textes antérieurs[383], c'est dans l'encyclique *Quadragesimo Annot* du 15 mai 1931 que ce dernier est explicitement énoncé pour la première fois. Le Pape Pie XI y déclare : « *ce serait commettre une injustice, en même tant que troubler d'une manière très dommageable l'ordre social que de retirer aux groupements d'ordre inférieur, pour les confier à une collectivité plus vaste et d'un rang plus élevé, les fonctions qu'ils sont en mesure de remplir eux-mêmes. L'objet naturel de toute intervention en matière sociale est d'aider les membres du corps social, et non pas de les détruire ni de les absorber* »[384]. Ce texte est confirmé par l'article 7 de la Déclaration de Vatican II sur la liberté de religion rédigé en ces termes : « *la subsidiarité doit non seulement servir à défendre les églises locales face à l'Eglise universelle, elle doit aussi protéger l'individu contre les dangers d'une intervention trop poussée de l'Etat. Autrement dit, une société d'ordre supérieur ne doit pas intervenir dans la vie interne d'une société d'ordre inférieur en lui enlevant ses compétences, mais elle doit plutôt la soutenir en cas de nécessité et l'aider à coordonner son action avec celle des autres éléments qui composent la société, en vue du bien commun* »[385]. Les deux versants du principe de subsidiarité, déjà révélés par l'étude étymologique du terme, se retrouvent dans ces textes. Celui-ci repose sur un versant négatif de non-ingérence – la collectivité supérieure ne doit pas s'arroger ce dont la collectivité inférieure est capable – et sur un versant positif d'intervention – la collectivité supérieure doit venir assister la collectivité inférieure si cela est nécessaire. L'équilibre de ce principe réside dans la tension entre ces deux versants qui favorise l'autonomie du niveau inférieur[386].

120. D'un principe général de régulation vers un principe adapté à la responsabilité civile. Pour l'Eglise catholique, le principe de subsidiarité est apparu

---

[382] J.-L. CLERGERIE, *op. cit.,* loc. cit ; C. MILLON-DELSOL, *op. cit.*, p. 12 s. ; R. LOURAU, *Le principe de subsidiarité contre l'Europe*, La politique éclatée, PUF, 1997, p. 8.

[383] L'Eglise catholique s'est inspirée du principe défini par les philosophes tels qu'Aristote ou Saint Thomas d'Aquin, cf. C. MILLON-DELSOL, *op. cit.,* p. 13 ; Ph. BRAULT, G. RENAUDINEAU et F. SICARD, *Le principe de subsidiarité*, Etudes de la documentation française, Paris, 2005, p. 11 ; J. SANTER, « Quelques réflexions sur le principe de subsidiarité », *in Subsidiarité : défi du changement*, actes du colloque J. Delors, 1991, Institution Européenne d'Administration publique, Maastricht, 21 et 22 mars 1991, p. 21, spéc., p. 22.

[384] *Quadragessimo Anno, Actae Apostolicae Sedis*, XXIII, 1931, p. 203, § 126-127.

[385] *Catéchisme de l'Eglise catholique*, Rome, 1992, p. 395.

[386] R. METZ, « La subsidiarité, principe régulateur des tensions dans l'Eglise », *Revue de droit canonique*, t. XXII, 1972, p. 155, spéc. p. 159.

comme un véritable principe général de régulation des compétences. On retrouve aujourd'hui cette approche de la subsidiarité dans d'autres situations (§1). Il est alors permis de se demander s'il est possible de le transposer en droit de la responsabilité civile afin qu'il serve à réguler les concours entre les normes de droit commun et de droit spécial (§2).

§1. Le principe de subsidiarité, un principe général de régulation

121. Un principe d'utilisation large. Le principe de subsidiarité est un principe général qui permet la régulation des compétences institutionnelles (A) et matérielles (B).

A. Le principe de subsidiarité, un principe institutionnel

122. Rayonnement du principe de subsidiarité. Le principe de subsidiarité en tant que principe institutionnel tient une place importante en Europe. Il est employé en droit interne allemand, comme outil de fédéralisation, où il se trouve depuis plusieurs années bien établi, ainsi qu'en France, où il n'a été institué que depuis peu pour assurer la décentralisation (1). Toutefois, l'illustration la plus connue de son application reste le droit de l'Union européenne où il soulève de nombreux débats qui en révèlent toute l'ambiguïté (2).

1. Le principe de subsidiarité en droit interne : les exemples du droit allemand et du droit français

123. Principe de subsidiarité et droit allemand : un usage ancien. Le fédéralisme allemand est indissociable du principe de subsidiarité auquel se référait déjà implicitement la Constitution allemande de 1871[387]. En effet, « *le fédéralisme, défini comme un Etat comprenant en son sein plusieurs collectivités d'apparence étatique, exprime le souci de ne laisser à l'Etat central que les compétences consenties par les différents groupes sociaux intermédiaires, sans qu'il abandonne pour autant les tâches jugées nécessaires au bien commun* »[388]. Le fédéralisme représente donc l'une des expressions concrètes du principe qui nous occupe[389].

---

[387] C. MILLON-DELSOL, *op. cit.,* p. 209 ; R. LOURAU, *op. cit.*, p. 156 s., l'auteur y cite M. Hesse pour qui « *le mode de relation institutionnalisé par le fédéralisme administratif ou coopératif peut être assimilé au principe de subsidiarité* ».

[388] C. MILLON-DELSOL, *op. cit.,* p. 217.

[389] J. DELORS, « Le principe de subsidiarité : contribution au débat », *in Subsidiarité : défi du changement, op. cit.,* p. 7, spéc., p. 8 s. ; K. GRETSCHMANN, « Le principe de subsidiarité : quelles responsabilités à quel niveau de pouvoir dans une Europe intégrée ? », *in Subsidiarité : défi du changement, op. cit.,* p. 49.

A l'heure actuelle, on en trouve la consécration dans la loi fondamentale de Bonn du 29 mai 1949, qui prévoit la régulation des compétences entre les *Länder* et le *Bund*. Son article 30 dispose : « *l'exercice des prérogatives étatiques et l'accomplissement des tâches de l'Etat incombent aux Länder, à moins que la présente loi fondamentale n'en dispose autrement ou n'admette un autre règlement* ». En d'autres termes, sauf dispositions contraires, les *Länder* jouissent d'une pleine compétence pour remplir leurs fonctions. L'article 72 de la loi fondamentale introduit l'idée de subsidiarité dans sa manière de délimiter les compétences législatives des *Länder* au profit du *Bund.* Dans le cadre des compétences concurrentes, les *Länder* sont habilités à légiférer tant que le *Bund* n'use pas de son pouvoir législatif. Ce dernier est en droit d'intervenir « *s'il existe un besoin de réglementation législative fédérale, et ce, lorsqu'une question ne peut être résolue efficacement par les législations des différents Länder (…), ou que la réglementation d'une question par une législation d'un Land est susceptible de porter atteinte aux intérêts d'autres Länder ou de l'ensemble, ou, enfin, lorsque l'exige la sauvegarde de l'unité juridique et économique de la Fédération* »[390]. Néanmoins, si l'on fait le bilan de l'application du principe de subsidiarité en Allemagne, on s'aperçoit que ce principe n'a « *pas permis aux collectivités inférieures de se protéger contre les débordements de l'Etat central, dont le poids s'est au contraire constamment renforcé* »[391].

124. Principe de subsidiarité et droit français : un usage récent. A la différence de l'usage qui en est fait en Allemagne, le principe de subsidiarité, en tant que principe institutionnel, est en France une nouveauté dont les perspectives n'ont pas encore été complètement explorées[392]. Dans les années 90, M. Alain Delcamp proposait d'étudier ce principe en parallèle avec celui de décentralisation, qui, en France, permet « *aux collectivités de s'administrer elles-mêmes sous le contrôle de l'Etat, en les dotant de la personnalité juridique, d'autorités propres et de ressources* »[393], afin d'en améliorer l'efficacité[394]. Selon lui, le principe de subsidiarité rendrait possible l'introduction de nouvelles méthodes d'organisation des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales (et entre les différents niveaux de celles-ci). Il apporterait une philosophie nouvelle susceptible d'influer non seulement sur les relations entre les institutions, mais aussi sur les relations entre celles-ci et la société. Enfin, il assurerait un meilleur contrôle de l'efficacité de la décentralisation[395]. Dans cet esprit, la définition du principe de subsidiarité serait la suivante : « *ce principe conduit à rechercher toujours le niveau le plus adéquat d'exercice des compétences, un niveau supérieur*

M. Gretschmann constate que la définition que donnait Constantin Franz du fédéralisme en 1879 s'applique aujourd'hui à la subsidiarité.

[390] J.-L. CLERGERIE, *op. cit.*, p. 38 s.

[391] *Ibid*

[392] J.-M. PONTIER, art. précité, spéc. p. 1515 s.

[393] S. GUINCHARD et T. DEBARD, « Décentralisation », *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 18ème éd., 2011

[394] A. DELCAMP, « Droit constitutionnel et droit administratif. Principe de subsidiarité et décentralisation », RFDC. 1995, p. 609.

[395] A. DELCAMP, art. précité, spéc. p. 617.

n'étant appelé que dans les cas où les niveaux inférieurs ne peuvent pas exercer eux-mêmes les compétences correspondantes. L'Etat doit ainsi déléguer aux collectivités territoriales les pouvoirs qu'elles sont en mesure d'exercer »[396].

Quoique défendu en droit administratif dès les années 90, ce n'est que récemment que le concept de subsidiarité a été introduit dans la Constitution pour organiser les compétences entre l'Etat et les collectivités. L'article 72, alinéa 2, de la Constitution, issu de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, relative à l'organisation décentralisée de la République, pose dorénavant le principe selon lequel : « *les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent être mises en œuvre à leur échelon* »[397].

Remarquons que, si le texte constitutionnel n'évoque pas expressément le terme de subsidiarité, la doctrine, elle, ne s'en prive pas[398], et ce, notamment, depuis une décision du Conseil constitutionnel du 7 juillet 2005[399]. Le Conseil y affirme que les dispositions de l'article 72 de la Constitution emportent des effets de droit et que leur respect peut conduire à remettre en cause le choix du législateur d'attribuer une compétence à l'Etat plutôt qu'à une collectivité territoriale. La décision du Conseil, qui n'emploie pas, elle non plus, le terme de subsidiarité, montre clairement que le second alinéa de l'article 72 énonce un principe à portée normative[400], principe signifiant qu'il appartient au législateur de confier l'usage des compétences à la collectivité qui, eu égard aux caractéristiques de cette compétence et aux intérêts concernés, est le mieux à même de l'exercer[401]. Or, cette définition correspond trait pour trait au principe de subsidiarité, de sorte qu'on ne peut qu'y voir sa consécration.

---

[396] A. DELCAMP, art. précité, spéc. p. 619. V. dans le même sens, J.-Ph. DEROSIER, « La dialectique centralisation/décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *RID comp*. 2007, p. 107.

[397] J.-B. AUBY, J.-F. AUBY et R. NOGUELLOU, *Droit des collectivités locales*, Thémis Droit public, PUF, 5ème éd., 2009, p. 20. Ce principe a permis, lors des assises des libertés locales qui ont eu lieu d'octobre 2002 à février 2003, aux élus locaux de faire connaître les compétences dont ils souhaitaient le transfert. Il s'agit de compétences réduites à la sphère administrative contrairement au système allemand. La subsidiarité peut ainsi être limitée à la fonction exécutive sans modifier l'exercice de la fonction législative.

Dans l'immédiat, la gestion du revenu minimum d'insertion devrait être confiée aux départements. Devrait aussi être décentralisée la gestion d'une centaine de milliers de fonctionnaires appartenant jusqu'à présent au ministère de l'Éducation nationale. Sur ce dernier point, v. H. RIHAL, « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales issu de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 : entre innovation et complexité », *RFAP*. 2003, p. 219 s., spéc. p. 223.

[398] *Ibid* ; R. FRAISSE, « Quelle est la portée du "principe de subsidiarité" ? », *DA* 2005, p. 21 ; L. JANICOT, Note sous la décision du Conseil constitutionnel du 7 juillet 2005, *LPA.* 8 mai 2006, p. 19.

[399] Cons. const., 7 juillet 2005, *n° 2005-516 DC* ; *RFDA* 2005, p. 930, note W. SABETE ; *LPA.* 24 août 2005, p. 3, note J.-E. SCHOETTL ; *LPA.* 8 mai 2006, note précitée ; *LPA.* 10 mai 2006, p. 4, note L. JANICOT ; *D.* 2006, pan, p. 826, note V. OGIER-BERNAUD et C. SEVERINO.

[400] R. FRAISSE, art. précité, loc. cit.

[401] *Ibid*

125. Principe de subsidiarité, vecteur de décentralisation. Ces deux exemples d'application du principe de subsidiarité dans l'ordre interne manifestent qu'une même logique est poursuivie : il s'agit de reconnaître la vocation d'un Etat à être décentralisé. On retrouve les versants positifs et négatifs du principe de subsidiarité tels qu'ils ont été précédemment dégagés. En effet, si d'un côté l'Etat ne doit pas intervenir pour laisser libre champ aux niveaux inférieurs – principe de non-ingérence –, d'un autre côté, il lui appartient de suppléer leurs carences dans un souci d'efficacité – principe d'intervention. Pourtant, ce qui est original dans cette approche de la subsidiarité c'est que l'on admet qu'une compétence de principe est accordée à l'Etat, mais que celui-ci n'a qu'une vocation subsidiaire à intervenir[402]. Ce qu'il faut comprendre, lorsque l'on identifie la compétence de l'Etat comme une compétence de principe, c'est que son intervention, bien que subsidiaire, « *n'est pas secondaire, elle est primaire, fondatrice de l'agencement des rapports sociaux* »[403]. Plutôt que de parler de compétence de principe, il serait peut être plus évocateur de se référer à la compétence primaire ou fondamentale, en reconnaissant ainsi l'autorité supérieure de l'Etat. Cette compétence fondamentale ou *Kompetenz-Kompetenz* est la faculté de déterminer les compétences des autorités subordonnées[404]. Elle ne peut appartenir qu'à l'Etat, sauf à remettre en question son unité.

Cette distinction pourrait d'ailleurs se réveler utile au moment d'apprécier le rôle du droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle.

2. Le principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne

126. Principe indispensable en droit de l'Union européenne. Dès son origine, le principe de subsidiarité n'a pas fait l'unanimité (a). Pourtant, il est toujours mis en œuvre aujourd'hui, ce qui tend à démontrer qu'il est difficile à remplacer (b).

a. Les origines du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne

127. Principe de subsidiarité annoncé dès l'origine de l'Union européenne. Le principe de subsidiarité prend très tôt une place prépondérante dans la construction de la Communauté européenne. Le projet d'Union européenne, dit « projet Spinneli », adopté le 14 février 1984, propose déjà de « *confier à des institutions*

---

[402] L. GUILLOUD, « Le principe de subsidiarité en droit communautaire et en droit constitutionnel », *LPA*. 19 avril 2007, p. 53, spéc., p. 54.

[403] M. DEGUERGUE, « Y a-t-il une "subsidiarisation" dans le droit de la responsabilité administrative », *in Actes du colloque : vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique* », Palais du Luxembourg, 11 et 12 mai 2001, p. 1.

[404] On pourrait rapprocher cette notion de *Kompetenz-Kompetenz* du principe de compétence-compétence qui s'applique en matière d'arbitrage. En vertu de ce principe, il revient à l'arbitre et à lui seul de se prononcer sur sa propre compétence. V. pour une application : Cass. 1ère civ., 23 février 2011, *Inédit*, n° 10-16120, dans cet arrêt la Cour vise le principe de compétence-compétence et rappelle que selon ce principe il « *appartient à l'arbitre de statuer, par priorité, sur sa propre compétence sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage* ».

communes conformément au principe de subsidiarité, les seules compétences nécessaires pour mener à bien des tâches qu'elles pourront réaliser de manière plus satisfaisante que les Etats pris isolément »[405]. Puis, ce principe est repris dans l'Acte unique européen dans deux domaines, celui de la recherche et du développement technologique, pour lequel la Communauté mène les actions « *qui complètent les actions entreprises dans les Etats membres* » (art. 164), et celui de l'environnement, où « *la Communauté agit (…) dans la mesure où les objectifs peuvent être mieux assurés au niveau communautaire qu'au niveau des Etats membres pris isolément* » (art. 174)[406].

Bien qu'implicitement mentionné dans ces deux textes, ce n'est qu'avec le Traité de Maastricht que le principe de subsidiarité fait réellement son entrée dans l'Union européenne, notamment par l'insertion de l'article 3B dans le Traité de Rome repris aujourd'hui par l'article 5 du traité UE.[407]. Cette disposition vaut non seulement consécration du principe, mais permet aussi la généralisation de celui-ci à la majeure partie des activités de l'Union européenne[408]. Les premier et deuxième points de cet article, posant le principe de l'interprétation stricte des compétences, soulignent ainsi que les compétences de l'Union européenne sont des compétences d'attribution qui doivent lui être explicitement dévolues par les traités. Du troisième

---

[405] V. notamment : C. PHILIP, « Subsidiarité », *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, (dir.) A. Barav, C. Philip et C. Boutayeb, PUF, 1993, spéc., p. 4 s.

[406] *Ibid*

[407] C. PHILIP, art. précité, p. 5 s. ; C. DEGRYSE, « Subsidiarité », *Dictionnaire de l'Union européenne*, De Boeck, 3ème éd., 2007 ; L. CARTOU, J.-L. CLERGERIE, A. GRUBER et P. RAMBAUD, *L'Union européenne*, Précis droit public et science politique, Dalloz, 8ème éd., 2010, p. 257 s., n° 325-1 s. ; C. BLUMANN, L. DUBOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 4ème éd., 2010, p. 445 s., n° 601 s. ; J. BOULOUIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Domat droit public, Montchrestien, 6ème éd., 2007, p. 140, n° 204 s. ; V. CONSTANTINESCO, « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », *in l'Europe et le droit*, Mélanges en hommage à J. Boulouis, Dalloz, 1991, p. 35 ; A. DELCAMP, *op. cit.* ; R. DEHOUSSE, « Réflexions sur la naissance et l'évolution du principe de subsidiarité », *in Le principe de subsidiarité*, (dir.) F. Delperee, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, XXXVII, 2002, LGDJ/ BRUYLANT, p. 361.

[408] Elle prévoit ainsi que :

« *1. Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences.*

2. En vertu du principe d'attribution, l'Union n'agit que dans les limites des compétences que les Etats membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux Etats membres.

3. En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les Etats membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union. Les institutions de l'Union appliquent le principe de subsidiarité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Les parlements nationaux veillent au respect du principe de subsidiarité conformément à la procédure prévue dans ce protocole.

4. En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités. Les institutions de l'Union appliquent le principe de proportionnalité conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité ».

point, il ressort que le principe de subsidiarité s'applique seulement aux domaines qui ne sont pas de la compétence exclusive de l'Union européenne[409]. De plus, on constate que le traité UE, tout en préservant les termes du traité CE, ajoute une référence explicite à la dimension régionale et locale du principe de subsidiarité. Enfin, le dernier point réaffirme le principe de proportionnalité applicable à la fois aux compétences concurrentes et aux compétences exclusives.

128. Consécration controversée du principe. Si le principe de subsidiarité semble depuis longtemps régir la répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres, son affirmation dans le Traité de Maastricht ne s'est pas faite sans heurts. Ce principe repose sur une profonde ambiguïté qui concerne tout autant son origine que son contenu et sa portée[410]. Quant à son origine, sa consécration est le fruit d'un compromis entre les aspirations fédéralistes ou confédéralistes et les revendications souverainistes des Etats membres. M. Jean Charpentier remarque ainsi que « *dans le cadre des négociations intergouvernementales qui devaient aboutir à l'adoption d'un traité d'Union européenne, l'introduction de la subsidiarité a été la substitution habile d'un principe ambigu à un mot sur lequel se focalisait la résistance nationale de certains Etats – essentiellement la Grande-Bretagne –, le mot "fédéral" (…) Supprimer le mot tout en conservant le principe, telle est la solution qu'a permise l'introduction de la subsidiarité* »[411]. La subsidiarité est le mot qui sauve le traité de Maastricht, a reconnu le premier ministre britannique. Et il le sauve, car chacun peut prétendre l'interpréter selon ses vœux[412]. C'est d'ailleurs sur ce point que porte la seconde ambiguïté : la subsidiarité demeure un concept tellement flou que l'on peut en tirer ce que l'on veut[413]. Deux courants principaux s'affrontent sur la question du contenu et de la portée du principe. Pour certains, la subsidiarité est le meilleur moyen de limiter le champ d'action de l'Union européenne en évitant tout

---

[409] L'Union dispose d'une compétence exclusive dans un domaine déterminé quand elle seule peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants. Toute intervention des États membres est exclue dans les domaines concernés, sauf sur habilitation de l'Union ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union. Ces compétences exclusives comprennent notamment : la suppression des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux ; la politique commerciale commune ; les règles générales de la concurrence ; l'organisation commune des marchés agricoles ; la conservation des ressources de pêche et les éléments essentiels de la politique des transports. V. C. PHILIP, art. précité, p. 6.

[410] C. BLUMANN et L. DUBOUIS, *op. cit.*, p. 446 s., n° 602 s. ; Y. GAUDEMET, « Libres propos sur la subsidiarité spécialement en Europe », *in Mélanges P. Amselek*, Bruylant 2005, p. 314, spéc. p. 319 s. ; A. CAMMILLERI, « De la démystification juridique à l'ambiguïté politique de la subsidiarité », *Act. com.* 1993, p. 7 ; C.-E. GUDIN, « Subsidiarité et transparence de l'action communautaire », *RAE* 1993, p. 57 ; J.-L. CLERGERIE, *Le principe de subsidiarité*, Le droit en questions, Ellipses, 1997, p. 40 ; P.-A. FERAL, « Le principe de subsidiarité après la signature du traité établissant une Constitution pour l'Europe », *AJDA* 2004, p. 2085.

[411] J. CHARPENTIER, « Quelle subsidiarité ? », *in Europe, de la Communauté à l'Union*, Pouvoirs, n° 69, Seuil, 1994, p. 49, spéc., p. 53.

[412] *Ibid*

[413] C. DEGRYSE, art. précité.

centralisme européen[414]. Ce principe serait ainsi le plus approprié pour réaliser au mieux les objectifs des Etats membres. Tandis que, pour d'autres, le doute est permis quant à sa fiabilité. En effet, l'efficacité de l'action, qui justifie l'intervention de l'Union européenne, peut très bien conduire à l'extension indéfinie de ses compétences[415]. Les craintes d'une « européanisation » rampante se reflètent dans les positions nationales prises pas les Etats membres. On trouve, d'un côté, les partisans d'une répartition des compétences de type fédéral au sein de l'Union européenne telle l'Allemagne. Inversement, pour d'autres Etats membres, le Royaume-Uni ou le Danemark entre autres, il faut éviter les développements inconsidérés de l'Union européenne. Pour ces « *eurosceptiques* »[416], la subsidiarité, qui devrait servir à proclamer la compétence de principe des Etats, n'est pas sûre.

En définitive, ce principe semble à la fois « *providentiel et diabolique* »[417]. Il est l'écho des controverses politiques, idéologiques ou sociales sur lesquelles reposent les fondements mêmes de l'Union européenne.

b. La mise en œuvre du principe

129. Encadrement du principe de subsidiarité. Malgré le flou qui l'entoure, le principe de subsidiarité est toujours de droit positif. Progressivement, il est apparu comme étant indispensable à l'Union européenne et s'est finalement imposé comme tel dans les textes[418]. Néanmoins, il est assez bien encadré, apaisant de la sorte certaines des craintes précédemment formulées. Ce principe fait l'objet de nombreuses interprétations, par le biais de règles[419], de documents, d'accords

---

[414] Pour Mme Elisabeth Guigou, « *la subsidiarité est l'expression de la volonté de faire une Europe plus proche des citoyens et des réalités nationales et locales. La subsidiarité est comme la décentralisation : les problèmes doivent être traités au niveau où ils se posent* ». On retrouve le point de vue de Mme Elisabeth Guigou sur le texte du Traité de Maastricht dans le supplément à Libération du 31 août 1992.
De même que pour M. Jacques Delors, alors président de la Commission de Bruxelles, « *la subsidiarité constitue la clé de voûte sur le plan politique, de la vie en commun et, sur le plan institutionnel, de l'exercice partagé des souverainetés dans les domaines, et seulement dans les domaines où un tel partage a été décidé* ». J. DELORS, *Discours au collège d'Europe,* Bruges 1998.

[415] Pour Philippe Seguin, « *le principe de subsidiarité, tel qu'il est énoncé, n'est pas un garde fou contre l'invasion du droit communautaire* ». On retrouve le point de vue de Monsieur Philippe Seguin sur le texte du Traité de Maastricht dans le supplément à Libération du 31 août 1992.

[416] Expression empruntée à M. Jacques Charpentier, J. CHAPENTIER, art. précité, loc. cit.

[417] R. LOURAU, *op. cit.*, p. 6. Pour l'auteur « *à partir du texte (le traité de Maastricht), aérolithe tombé des hyperespaces bruxellois, on essaie de comprendre en quoi le principe de subsidiarité travaille pour ou contre l'union de l'Europe* », p. 29.

[418] P. ROUMELIOTIS, « Le principe de subsidiarité : le point de vue du Parlement européen », *in Subsidiarité : défi du changement, op. cit.*, p. 35. Selon l'auteur, « *le principe de subsidiarité est devenu un élément clé du débat sur le développement de la Communauté européenne. Il occupe une place centrale dans les travaux des conférences intergouvernementales sur l'union économique et monétaire et sur l'union politique* ».

[419] Trois règles, définies par les chefs d'Etats et de gouvernement lors du Conseil européen d'Edimbourg (décembre 1992) viennent, par exemple, le préciser:
« *- La compétence nationale est la règle, et la compétence communautaire, l'exception.*

institutionnels ou de protocoles[420], permettant d'en améliorer le fonctionnement et de mieux en définir les contours. Il a ainsi été établi que le principe de subsidiarité est un concept dynamique qui doit être appliqué à la lumière des objectifs énoncés dans le Traité. Il permet d'étendre l'action de l'Union européenne dans les limites de ses compétences, lorsque les circonstances l'exigent et, inversement, de la restreindre et d'y mettre fin lorsqu'elle ne se justifie plus[421]. Enfin, l'encadrement de ce principe passe par le contrôle opéré par la Cour de justice en tant que garante des Traités[422].

130. Fonction du principe de subsidiarité. On retiendra que le principe de subsidiarité permet de clarifier les compétences de chacun dans l'Union européenne. Les Etats membres se voient reconnaître la compétence de droit commun. L'Union ne peut, elle, légiférer que de manière subsidiaire et à la condition que certains critères soient réunis[423]. Tout d'abord, la légitimité de son intervention nécessite qu'il soit fait la preuve que les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats. De surcroit, l'analyse concrète de ces objectifs doit révéler qu'ils seront mieux satisfaits au niveau de l'Union européenne tant qualitativement que quantitativement[424]. Il apparaît alors une corrélation nécessaire

---

- L'action de la Communauté n'est possible que si un objectif peut être mieux réalisé au niveau communautaire qu'au niveau des Etats membres

- Les moyens employés par la Communauté doivent être proportionnels à l'objectif poursuivi, le principe de subsidiarité ne saurait remettre en question les compétences conférées à la Communauté européenne par le traité, tel qu'elles ont été interprétées par la Cour de justice. Il donne une interprétation sur la manière dont ces compétences doivent être exercées au niveau communautaire ». V. notamment, C. DEGRYSE, *op. cit,.* ; C. PHILIP, *op. cit*., p. 8 s.

[420] V. notamment, « Résolution sur la mise en œuvre du principe de subsidiarité », *JO de l'Union européenne*, 21 décembre 1992, *n° C337* ; « Rapport de la Commission au Conseil Européen sur l'adaptation de la législation existante au principe de subsidiarité », *COM/ 93/545 final* ; « Rapport au Conseil européen sur l'application stricte du principe de subsidiarité », *COM/94/533 final* ; « Protocole sur l'application du principe de subsidiarité et de proportionnalité annexé au Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 », *JOUE* 17 décembre 2007, *n° C306.*

[421] « Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité », précité.

[422] Article 8 du « Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité », précité. Cet article prévoit ainsi que « *la Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour se prononcer sur les recours pour violations, par un acte législatif, du principe de subsidiarité…* ».
Aucune procédure spécifique n'ayant été mise en place, la violation du principe peut être invoquée par toute voie de droit permettant de contester la légalité des actes de l'Union européenne : recours en annulation (art. 263 du traité sur le fonctionnement de l'UE) et recours préjudiciel en appréciation de validité (art. 267 b. du traité précité). Le recours en carence (art. 265 du même traité) pourra être utilisé si une des institutions de l'Union européenne s'abstient de veiller au respect du principe de subsidiarité.

[423] Il s'avère, en effet, que si le devoir de non-ingérence postulé par le principe de subsidiarité va de soi dans une logique d'individualisation des tâches et d'autodétermination, il faut, en revanche, justifier l'ingérence de l'Union, le plus souvent en invoquant la recherche du bien commun.

[424] L'article 5 du « Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité », précité, prévoit que « *Les projets d'actes législatifs sont motivés au regard des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Tout projet d'acte législatif devrait comporter une fiche contenant des éléments circonstanciés permettant d'apprécier le respect de ces principes. (…)Les raisons permettant de conclure qu'un objectif de*

entre l'inaptitude des Etats et l'aptitude de l'Union[425]. On retrouve là les deux versants de la subsidiarité : le principe de subsidiarité est à la fois un principe de subordination – l'Union agit en second – et un principe de secours – l'Union peut venir en aide aux Etats membres pour la réalisation des objectifs communautaires[426]. La fonction de la subsidiarité est ici de limiter l'extension des compétences de l'Union tout en protégeant l'autonomie législative et réglementaire des Etats membres. Plus qu'une règle de répartition des compétences, elle est la recherche du meilleur niveau d'action communautaire[427].

131. Comparaison des différents usages institutionnels du principe. En définitive, il existerait une approche similaire entre les deux exemples d'utilisation du principe institutionnel de subsidiarité en droit interne et droit de l'Union européenne. Cependant, pour des raisons historiques et politiques, les modalités d'action du principe de subsidiarité y sont différentes. En effet, dans la logique interne, la compétence primaire et la compétence subsidiaire sont confondues sur la tête de l'Etat. Il s'agit ici de « *laisser aux individus et aux groupes une sphère de liberté principale par rapport à la puissance étatique* »[428]. Tandis que, dans la logique communautaire, ces deux compétences ne sont pas accordées à la même institution. En effet, les Etats disposent de la compétence primaire et principale et l'Union européenne de la compétence subsidiaire. L'objectif poursuivi est en réalité de respecter la souveraineté des Etats membres, sans laquelle il n'y aurait certainement pas de construction européenne.

On retrouve alors un usage similaire du principe de subsidiarité lorsque celui-ci s'applique non pas directement aux institutions, mais aux matières qu'elles mettent en œuvre.

---

l'Union peut être mieux atteint au niveau de celle-ci s'appuient sur des indicateurs qualitatifs et, chaque fois que c'est possible, quantitatifs. … »

[425] Pour un rappel des compétences respectives de l'Union et des Etats membres : C. BLUMANN, L. DUBOUIS, *op. cit.*, p. 410 s., n° 555 s.; L. CARTOU, J.-L. CLERGERIE, A. GRUBER et P. RAMBAUD, *op. cit.*, p. 257 s., n° 325-1 s. ; J. BOULOUIS, *op.cit.*, p. 140 s, n° 204 s. ; V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, préface Ph. Manin, 2003, spéc. p. 475, n° 372 s. ; J. VERHOEVEN, « Analyse du contenu et de la portée du principe de subsidiarité », *in Le principe de subsidiarité, op. cit.*, p. 375 ; C. AMIEL, « Principe de subsidiarité : définitions, sources, application », *Europe*, 1994, p. 39 ; G. STROZZI, « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne : une énigme et beaucoup d'attentes », *RTD. europ*. 1994, p. 373 ; P.-A. FERAL, « Le principe de subsidiarité après le Traité d'Amsterdam », *RRJ* 1998-3, p. 1063 ; du même auteur, « Le principe de subsidiarité après la signature du traité établissant une Constitution pour l'Europe », art. précité ; V. CONSTANTINESCO, « Les compétences et le principe de subsidiarité », *RTD. europ*. 2005, p. 305.

[426] A. BRUNET, « La régulation juridique des questions environnementales et le principe de subsidiarité », *GP.* mai-juin 2004, p. 1705, spéc. p. 1707.

[427] Y. GAUDEMET, art. précité, spéc. p. 327.

[428] M. DEGUERGUE, art. précité.

B. Le principe de subsidiarité, un principe matériel

132. Dualité du principe matériel de subsidiarité. On admet, d'une façon générale, que le concept de subsidiarité implique toujours l'existence d'un ordre dans lequel différentes interventions sont attendues et que certaines d'entre elles se voient alors reconnaître une priorité logique par rapport aux autres[429]. Ce concept peut renvoyer à deux distinctions quant aux types d'interventions visés. La première concerne les autorités susceptibles d'intervenir. La seconde porte sur les mécanismes d'intervention. Dans la première perspective, la question est de savoir « qui fait quoi ? » et dans quel ordre logique les différentes autorités sont appelées à intervenir[430]. On retrouve ici l'usage du principe institutionnel de subsidiarité tel que vu précédemment. La seconde perspective répond non pas à la question : « qui fait quoi ? », mais plutôt à la question : « que fait-on ? ». On peut, ainsi, se demander quelle est l'action applicable. Ces questions amorcent une deuxième distinction entre le concept de subsidiarité du droit et le concept de subsidiarité en droit. Dans le premier cas, il faut déterminer entre deux ou plusieurs droits celui qui doit être employé. Par exemple, se demander lequel du droit pénal, du droit civil ou du droit administratif doit permettre la sanction d'un individu. C'est la question de l'articulation entre droits objectifs qui est ici posée (1). Alors que, dans la seconde hypothèse, le problème est interne à un droit en particulier et tend à établir une hiérarchie entre les différents mécanismes et actions qui le composent. Il faut, par exemple, s'interroger sur la priorité à donner à certaines demandes du plaideur par rapport à d'autres durant le déroulement de l'instance (on songe ici aux demandes principales, subsidiaires ou reconventionnelles)[431]. Dans cette situation, c'est la combinaison de plusieurs droits subjectifs qui est en cause (2).

1. Le concept de subsidiarité du droit : la combinaison de droits objectifs

133. Rayonnement du concept de subsidiarité du droit. Le concept de subsidiarité est utile pour réguler le champ de compétence de deux ordres juridiques distincts, mais aussi de deux ou plusieurs disciplines différentes au sein d'un même ordre juridique.

Concernant d'abord l'articulation de deux ordres juridiques, on constate, par exemple, qu'il est fait appel à la subsidiarité pour savoir lequel du droit de l'Union européenne ou du droit national français est applicable. Ainsi, alors qu'en principe le droit de l'Union européenne est subsidiaire au droit national, il arrive, par exception,

---

[429] Cf. *supra* n° 116 s.

[430] M. VAN DE KERCHOVE , S. VAN DROOGHENBROECK, « La subsidiarité et le droit pénal: aspects nouveaux d'une question ancienne », *in Le principe de subsidiarité*, *op. cit*., p. 153, spéc. p. 154.

[431] V. notamment, L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Manuel, Litec, 6ème éd., 2009, p. 305 s., n° 454 s. ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis droit privé, Dalloz, 30ème éd., 2010, p. 269 s., n° 299, et p. 271 s., n° 304 s.

qu'il jouisse d'une place prioritaire dans ses domaines de compétences exclusives. Dans ce cas, les rôles respectifs du droit de l'Union européenne et du droit national sont inversés. L'Etat ne peut, dans le cadre des compétences exclusives attribuées à l'Union européenne, agir que subsidiairement comme en matière de pêche[432] ou de politique commerciale commune (réglementation des exportations de marchandises)[433]. « *La réglementation nationale ainsi édictée est subsidiaire : elle est à la fois subordonnée aux dispositions communautaires et supplétives de ces mêmes dispositions* »[434].

Concernant ensuite l'articulation de plusieurs disciplines juridiques au sein d'un même ordre, il est notamment possible d'employer la subsidiarité pour décider laquelle de la responsabilité pénale ou de la responsabilité civile doit être mise en œuvre. En droit belge, par exemple, on admet que la subsidiarité commande de ne pas recourir à la responsabilité pénale « *chaque fois qu'il est possible d'atteindre le même but par des moyens plus doux* »[435]. On préfère faire application de la responsabilité civile. Ainsi, « *le droit pénal ne devrait être de mise que si une non-intervention de sa part ou l'intervention d'une autre branche du droit moins contraignante ou à effet moins stigmatisant n'est pas susceptible d'atteindre le même résultat envisageable* »[436].

A chaque fois, on retrouve les deux versants de la subsidiarité à savoir la non-intervention et l'assistance en privilégiant la non-intervention du droit subsidiaire pour laisser la place au droit prioritaire.

2. Le concept de subsidiarité en droit : la combinaison de droits subjectifs

134. Action *de in rem verso* : action subsidiaire par excellence. Au sein d'une même discipline, on a parfois recours à la subsidiarité pour décider de l'action applicable. Or, c'est justement ce que l'on souhaite faire en droit de la responsabilité civile. Il nous faut donc analyser cet emploi particulier de la subsidiarité. L'illustration la plus significative en droit privé est l'action *de in rem verso* dont la subsidiarité a fait, et continue de faire, couler beaucoup d'encre[437].

---

[432] CJCE., 10 juillet 1980, *Commission contre Royaume Uni, C 32/79, Rec. I*, p. 2403.

[433] Dans ces domaines, en principe réservés au droit communautaire, l'Etat peut conserver un pouvoir de réglementation en cas d'habilitation par l'Union ou de menace pour la sécurité publique ; CJCE., 17 octobre 1995, *Peter Leifer e. a.*, *C83/94, Rec. I*, p. 3231.

[434] C. DAVID, « Le principe de subsidiarité: droits privé et fiscal français et droit communautaire », *in Droit et vie des affaires*, Etudes à la mémoire d'A. Sayag, Litec 1997, p. 205, spéc. p. 219.

[435] M. VAN DE KERCHOVE et S. VAN DROOGHENBROECK, art. précité, spéc. p. 153 ; G. SCHAMPS, « La subsidiarité du droit pénal par rapport au droit de la responsabilité civile : la problématique de la responsabilité des prestataires de soins de santé », *in Le principe de subsidiarité*, *op. cit.*, p. 161, spéc. p. 161.

[436] G. SCHAMPS, art. précité, loc. cit.

[437] La plupart des manuels de droit des obligations évoquent les grandes lignes de ces discussions qui portent essentiellement sur les notions de cause et de subsidiarité : J. CARBONNIER, *Droit civil, les biens, les obligations*, Quadrige Manuel, PUF, vol. II, 1ère éd., 2004, p. 2435 s., n° 1223 s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, Précis droit privé, Dalloz, 10ème éd. 2009, p. 1067 s. n° 1073 s. ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Manuel, Litec, 11ème éd., 2010, p. 605 s. n° 777 s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, *Les obligations*, Droit civil,

Traditionnellement réduit à quelques hypothèses (a), le recours à l'action *de in rem verso* paraissait, ces dernières années, facilité (b). Mais quelques arrêts récents révèlent l'instabilité de la jurisprudence (c).

a. L'utilisation traditionnelle de l'action *de in rem verso* : la subsidiarité limitée

135. Consécration de l'action *de in rem verso*. Issue du principe selon lequel nul ne doit s'enrichir au détriment d'autrui, cette action a été consacrée par la Cour de cassation en 1892 dans l'arrêt *Boudier*[438]. L'espèce est la suivante : un marchand d'engrais, désappointé par l'insolvabilité du fermier, se retourne contre le propriétaire et lui demande de restituer l'enrichissement qu'il a retiré, puisqu'en congédiant le fermier pour défaut de paiement des fermages, il a levé la récolte accrue par les engrais fournis. Les juges du fond admettant la réalité de cette dette, le propriétaire forme un pourvoi en cassation. Ce dernier est rejeté par la Cour de cassation qui pose le principe d'enrichissement sans cause. Elle ajoute que l'action *de in rem verso* dérivant du principe d'équité et « *n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois, son exercice n'est soumis à aucune condition déterminée ; qu'il suffit, pour la rendre recevable, que le demandeur allègue et offre d'établir l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit* ». Or, les juges du fond, en acceptant la preuve par témoins apportée par les défendeurs quant à l'emploi des engrais par eux fournis pour l'ensemencement du domaine du demandeur, ont fait une exacte application des principes de la matière. Par cette décision, la Cour de cassation affirme que l'action *de in rem verso* peut être engagée sans restriction. La doctrine lui reproche alors d'encourager le justiciable à porter son litige sur ce terrain en passant outre au droit des contrats qu'il devrait normalement solliciter[439].

Ressentant les dangers d'une jurisprudence trop imprécise, la doctrine cherche à apporter quelques barrières à l'action. Aubry et Rau proposent de n'admettre l'action que dans le cas où le patrimoine d'une personne se trouverait, sans cause légitime, enrichi aux dépens de celui d'une autre personne. Et que la personne appauvrie ne jouirait, pour obtenir ce qui lui est dû, d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit[440]. Cette proposition, reprise par la Cour de cassation dès 1914, marque la naissance de la subsidiarité de

---

Defrénois, 4ème éd. 2009, p. 572 s. n° 1069 s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, le fait juridique*, Université, Sirey, 13ème éd., 2009, p. 41 s., n° 37 s.

[438] Cass. req., 15 juin 1892, *Patureau*, *GAJC* n° 239 ; *S.* 1893, I. p. 281, note J.–E. LABBE ; *D.* 1892, I. p. 596.

[439] A. ROUAST, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », *RTD. civ.* 1922, p. 35, spéc. p. 43. Rouast écrit ainsi à propos des termes de la solution : « *formules exagérées, et dont les conséquences auraient été inadmissibles… Heureusement, elle n'était qu'une boutade* ».

[440] C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, 4ème éd., 1869-1876, t. IV § 578.

l'action[441]. Dans un premier arrêt du 12 mai 1914, la chambre civile conclut que l'action *de in rem verso* ne peut être substituée en cours d'instance à une action différente originairement fondée sur une obligation contractuelle, dont le demandeur serait dans l'impossibilité légale de rapporter la preuve, suivant les articles 1341 et 1347 du Code civil[442]. Dans un second arrêt du 2 mars 1915, la Cour de cassation affirme que cette action « *ne peut être intentée en vue d'échapper aux règles par lesquelles la loi a expressément défini les effets d'un contrat déterminé, ni par suite, par un entrepreneur pour servir à déguiser une demande en supplément de prix, prohibée par l'article 1793 du Code civil, en cas de marché à forfait* »[443]. A l'aide du principe de subsidiarité, non encore défini, ces arrêts permettent finalement d'empêcher l'envahissement du droit par l'action *de in rem verso.*

136. Détermination du sens de la subsidiarité de l'action. C'est l'étude de Rouast, très complète, qui retient le plus l'attention[444]. Quatre situations doivent, selon lui, être distinguées :

- Premièrement, le demandeur a encore la disposition d'une autre voie de droit pour obtenir satisfaction et, dans ce cas, le rejet de l'action *de in rem verso* s'impose. Cette solution fut retenue par la Cour de cassation à de nombreuses reprises[445]. Ainsi, dans un arrêt de la première chambre civile en date du 24 octobre 1973, la Cour de cassation s'est vue soumettre l'affaire suivante. Un homme règle à la place d'une autre personne des travaux de construction. Il forme une demande de remboursement des six cent mille francs prêtés et produit un reçu du paiement effectué pour les travaux ainsi qu'une reconnaissance de dette. Il estime bénéficier d'une cession de créances régulièrement signifiée au débiteur cédé par l'assignation en paiement. Les juges du fond font droit à sa demande en choisissant de se placer sur le fondement de l'action en enrichissement sans cause. La Cour de cassation rappele alors que « *l'action de in rem verso ne peut être admise qu'à défaut de toute autre action ouverte au demandeur* ». De sorte que pour faire droit à la demande de remboursement, il aurait fallu agir sur le fondement de la cession de créances[446].

---

[441] V. notamment, Cass. civ., 12 mai 1914, *Veuve Clayette*, *S.* 1918, I. p. 41, note NAQUET ; Cass. civ., 2 mars 1915, *Brianhaut, Inédit, D.* 1920, I. p. 102 ; *GAJC* n° 240. On notera toutefois que certains auteurs considèrent que la Cour de cassation n'aurait fait que préciser sa position précédente sans pour autant en modifier le sens et donc sans véritablement reprendre la formulation d'Aubry et Rau : V. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd. LGDJ, 1949, p. 267, n° 147.

[442] Cass. civ., 12 mai 1914, précité.

[443] Cass. civ., 2 mars 1915, *Brianhaut,* précité.

[444] A. ROUAST, art. précité, spéc. p. 35. V. pour une étude approfondie des différentes interprétations proposées, P. DRAKIDIS, « La "subsidiarité ", caractère spécifique et international de l'action d'enrichissement sans cause », *RTD. civ.* 1961, p. 577.

[445] V. notamment : Cass. 1ère civ., 24 octobre 1973, *Bull. I*, n° 280 ; Cass. 1ère civ., 8 décembre 1987, *Bull. I,* n° 335, p. 241 ; *RTD. civ.* 1988, obs. J. MESTRE, p. 745, n° 8 ; *RTD. civ.* 1997, obs. J. MESTRE, p. 657, n° 6; *JCP. G.* 1988, IV. 66 ; Cass. com., 15 mars 1988, *JCP. G.* 1988, IV. 192.

[446] Cass. 1ère civ., 24 octobre 1973, précité.

- Deuxièmement, le demandeur jouit d'une autre action, mais celle-ci est devenue inopérante du fait d'un obstacle de droit comme l'écoulement d'un délai de prescription. L'action en enrichissement sans cause ne peut être employée dans ce cas, car on risquerait de « tourner » une règle juridique et de consacrer une fraude à la loi. Cette solution fut notamment consacrée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 29 avril 1971, dans lequel le demandeur, n'ayant pas pu prouver l'existence d'un contrat de louage d'ouvrage, cherche à obtenir satisfaction par le biais de l'action en enrichissement sans cause[447]. Sa demande est rejetée. La Cour énonce que l'action *de in rem verso* ne pouvait être admise *« pour suppléer à une autre action que le demandeur ne peut intenter par suite d'une prescription, d'une déchéance ou forclusion ou par l'effet de l'autorité de chose jugée ou parce qu'il ne peut apporter les preuves qu'elle exige ou par suite de tout autre obstacle de droit* ».

- Troisièmement, le demandeur bénéficie d'une autre voie de droit, mais celle-ci est inutilisable en raison d'un obstacle de fait provenant de son propre chef. Il a, par exemple, perdu le bénéfice de cette action par sa faute ou sa négligence. Rouast considère ici que *« le caractère subsidiaire s'oppose à ce que l'action de in rem verso soit utilisée comme une bouée de sauvetage par celui qui a fait naufrage par sa faute* »[448]. C'est d'ailleurs la solution que retient la Cour de cassation dans l'arrêt *Arratzat.* En l'espèce, le crédit foncier avance les fonds nécessaires au désintéressement de deux créanciers hypothécaires, mais néglige de se faire régulièrement subroger dans les droits de ceux-ci. Une hypothèque légale, venant en rang subséquent, est élevée d'un degré et vient surclasser les deux créanciers hypothécaires. La Cour de cassation décide qu'en raison de sa négligence, le Crédit foncier ne peut pas être admis à agir *de in rem verso* contre les hypothécaires légaux[449].

- Quatrièmement, le demandeur dispose toujours d'une autre action, mais celle-ci est inopérante en raison d'un obstacle de fait qui ne lui est pas imputable. Le demandeur a, par exemple, vu son action dépourvue d'efficacité en raison de l'insolvabilité de son débiteur contractuel originaire[450]. Dans ce cas uniquement, on doit admettre le recours à l'action en enrichissement sans cause. Le fait pour le demandeur de ne chercher ni à contourner les règles de droit normalement applicables, ni à se prévaloir de ses propres erreurs et de subir un phénomène extérieur, justifie la recevabilité de l'action *de in rem verso*.

---

[447] Cass. 3ème civ., 29 avril 1971, *Bull. III*, n° 227 ; *GP.* 1971, 2, p. 544.

[448] A. ROUAST, art. précité.

[449] Cass. req., 11 juillet 1889, *S.* 1890, I. p. 97, note J.-E. LABBE ; *D.* 1889, I 393, note PETITON.

[450] Cass. req., 15 juin 1892, *Patureau,* précité.

b. L'utilisation renouvelée de l'action en enrichissement sans cause : la subsidiarité sans limites

137. Portée élargie du principe de subsidiarité dans deux hypothèses. Si jusqu'à présent les controverses portaient essentiellement sur le contenu de la subsidiarité de l'action, la jurisprudence semble aujourd'hui déplacer le débat sur un autre terrain, celui de la portée de la subsidiarité. Ainsi, alors même que la jurisprudence traditionnelle conduisait à conférer une large portée au principe d'exclusion voulu par la subsidiarité, en ne permettant le recours à l'action que dans de rares situations, il paraît désormais que la règle est considérée plus souplement[451]. Deux des hypothèses dans lesquelles la jurisprudence, à la suite de l'étude de Rouast, estimait qu'il devait exister une fin de non-recevoir à l'exercice de l'action *de in rem verso*, sont aujourd'hui remises en cause[452].

138. Première hypothèse : l'action devrait être fermée au demandeur lorsqu'une autre voie de droit existe pour satisfaire sa demande, même si un obstacle de droit l'empêche d'en bénéficier. C'est l'hypothèse que l'on retrouve dans un arrêt rendu le 15 octobre 1996 par la première chambre civile de la Cour de cassation[453]. En l'espèce, une concubine fonde son action principale sur la création d'une société de fait entre elle et son ex-concubin et, subsidiairement, elle réclame une indemnité au titre d'un enrichissement sans cause. La Cour de cassation retient que la concubine peut se prévaloir, à titre subsidiaire, d'une demande fondée sur l'enrichissement sans cause, même si sa demande principale est rejetée, faute pour elle d'avoir prouvé *l'affectio societatis* et l'intention de partager les bénéfices comme les pertes[454]. Peu importe alors que l'impossibilité pour la concubine de prouver la

---

[451] A.-S. BARTHEZ, note sous Cass. 1ère civ., 4 avril 2001, *JCP. G.* 2002, I. 134, n° 18 s.

[452] N'est, en effet, pas remise en cause l'hypothèse selon laquelle le rejet de l'action *de in rem verso* s'impose lorsque le demandeur a à sa disposition une autre voie de droit pour obtenir satisfaction. Il s'agit là du principe même de la subsidiarité de l'action.

[453] Cass. 1ère civ., 15 octobre 1996, *Bull. I*, n° 357 ; *RTD. civ.* 1997, obs. J. MESTRE, p. 657 ; *D.* 1997, som., comm., p. 177, par R. LIBCHABER. Dans le même sens, Cass. 1ère civ., 14 mars 1995, *Bull. I*, n° 130 ; *JCP. N.* 1996, II. p. 417, note F. ROUSSEL, la Cour admet l'action *de in rem verso* d'une belle fille qui avait aidé ses beaux-parents agriculteurs alors qu'elle ne pouvait obtenir satisfaction sur le terrain de la créance de salaire différé, son mari n'ayant pas lui-même participé à l'exploitation. On aurait pu dans cette affaire considérer, comme l'avaient fait les juges du fond, que la perte par le mari de la qualité d'aide familiale, entraînant l'absence de droit au paiement d'un salaire différé, constituait un obstacle de droit ne permettant pas l'ouverture d'une action *de in rem verso* ; Cass. 1ère civ., 5 mars 2008, *Inédit*, n° 07-13902, la Cour de cassation constate que « *le rejet de la demande fondée sur l'existence d'un contrat de société rendait recevable celle, subsidiaire, fondée sur l'enrichissement sans cause* ».

[454] Une solution similaire se dégage d'un arrêt du 25 juin 2008 rendu par la même formation. Dans les faits, un homme assigne une femme, avec laquelle il a entretenu pendant plusieurs mois des relations, en remboursement du solde d'une somme de 120 000 euros qu'il lui a remise. La cour d'appel, constatant qu'il n'était pas en mesure de prouver le contrat de mandat de gestion allégué, rejette sa demande subsidiaire fondée sur l'enrichissement sans cause dans la mesure où celle-ci n'est pas ouverte pour suppléer la carence de preuve d'une partie. La Cour de cassation casse cet arrêt et admet

société créée de fait ait pu être considérée par la jurisprudence antérieure comme étant constitutive d'un obstacle de droit à l'ouverture de l'action[455]. Quoique l'on aurait pu penser que l'absence de preuve de la société créée de fait[456] constituait un obstacle de droit à la recevabilité de l'action en enrichissement sans cause, la Cour en affirme la recevabilité.

139. Seconde hypothèse : l'action en enrichissement sans cause ne devrait pas être ouverte dès lors que le demandeur dispose d'une autre voie de droit, mais que celle-ci est inutilisable en raison d'un obstacle de fait qu'il a lui-même provoqué. Cette solution est aujourd'hui remise en cause par la Cour de cassation. Par un arrêt du 5 juillet 2006[457], la première chambre civile contredit sa jurisprudence antérieure[458]. Dans les faits, une banque prétend avoir consenti un prêt d'une somme d'argent sans en avoir été entièrement remboursée. Mais elle ne peut prouver l'existence du prêt puisqu'elle a négligé de vérifier la signature du présumé emprunteur. La Cour de cassation autorise, dans cette affaire, l'usage de l'action fondée sur un enrichissement sans cause même si le cocontractant avait lui-même rendu impossible l'usage de l'autre voie de droit qui s'offrait à lui. Finalement, selon la jurisprudence, « *le fait d'avoir commis une imprudence ou une négligence ne prive pas celui qui, en s'appauvrissant, a enrichi autrui, de son recours fondé sur l'enrichissement sans cause* »[459]. Cependant, le revirement n'est pas sans limites. L'action *de in rem verso* n'est pas ouverte dans tous les cas où l'obstacle de fait est dû au demandeur. Les solutions dépendent en réalité de la gravité de la faute commise. La faute grossière

---

que « *le rejet de la demande fondée sur l'existence d'un contrat de mandat de gestion rendait recevable celle, subsidiaire, fondée sur l'enrichissement sans cause* ». La Cour avait pourtant retenu dans l'arrêt précité du 29 avril 1971 que l'action en enrichissement sans cause ne pouvait pas être admise « *pour suppléer à une autre action que le demandeur ne peut pas intenter parce qu'il ne peut apporter les preuves qu'elle exige* ». V. Cass. 1ère civ., 25 juin 2008, *Bull. I*, n° 185; *JCP.G*. 2008, IV. p. 2365; *AJF*. 2008, p. 394, note F. CHENEDE ; *Defrénois*, 2008, art. 38838, n° 7, obs. R. LIBCHABER; *RDC*. 2008, p. 1138, obs. Y.-M. LAITHIER.

[455] La Cour avait retenu cette solution, conformément à la seconde situation invoquée par Rouast, dans un arrêt du 8 décembre 1987, en considérant qu'un concubin ne pouvait tout à la fois agir, à titre principal, sur le fondement de l'existence d'une société créée de fait, et, à titre subsidiaire, sur la base du principe de l'enrichissement sans cause, Cass. 1ère civ., 8 décembre 1987, précité.

[456] Ou l'absence de preuve du contrat de mandat de gestion comme dans l'arrêt précité de la première chambre civile du 25 juin 2008.

[457] Cass. 1ère civ., 5 juillet 2006, *Inédit*, *Juris-Data*, n° 2006-034654.

[458] Cass. com., 8 juin 1968, *Bull. IV*, n° 180 ; *JCP. G.* 1969, II. 15724, note R. PRIEUR ; Cass. com., 16 juillet 1985, *Bull. IV*, n° 215, p. 178 ; *RTD. civ.* 1986, p. 110, obs. J. MESTRE ; *D.* 1986, p. 393, note J.-L. A. ; Cass. 1ère civ. 18 janvier 1989, *Bull. I*, n° 21 ; *JCP. G.* 1989, IV. 101 ; *RTD. civ.* 1989, p. 745, obs. J. MESTRE.

[459] Cass. 1ère civ., 11 mars 1997, *Bull. I*, n° 88, p. 57 ; *D*. 1997, J. p. 407, note M. BILLIAU ; Cass. 1ère civ., 3 juin 1997, *Bull. II*, n° 182, (second moyen) ; *JCP. G.* 1998, II. 10102, note G. VINEY ; *D. Aff.* 1997, n° 26, chr. p. 289 ; *Cont. conc. conso*. 1997, n° 113, p. 8 ; obs. L. LEVENEUR.

ou intentionnelle interdit à l'appauvri de bénéficier de l'action *de in rem verso*. Seule la faute légère ne le prive pas de l'action[460].

140. Action subsidiaire : une « bouée de sauvetage ». A la lumière de ces nouveaux arrêts, il semble possible de déduire que la jurisprudence s'inscrit dans une tendance favorable à une extension du domaine de l'action *de in rem verso*. Cette évolution prête à discussion et invite à s'interroger sur l'avenir de la subsidiarité de l'action[461]. Certains auteurs concluent à une véritable atteinte au principe de subsidiarité[462]. D'autres estiment, au contraire, que la Cour de cassation se cantonne à donner à ce principe son véritable sens[463]. Pour ces derniers, si, dans une vision traditionnelle, l'action subsidiaire ne devait pas être considérée comme une « bouée de sauvetage », il semble qu'aujourd'hui l'appréhension de la subsidiarité soit inversée. On suit alors la pensée du Doyen Ripert qui affirmait que le caractère subsidiaire devait s'analyser de la manière suivante : « *pour empêcher les enrichissements injustes, le législateur a créé des règles juridiques dont la mise en jeu est subordonnée à des conditions précises. Mais, si les conditions juridiques de cette voie de droit ne sont pas réunies, la personne enrichie (…) reste tenue parce qu'elle a le devoir de restituer cet enrichissement illégitime. L'équité intervient pour corriger l'imperfection des moyens juridiques* »[464]. Cette approche de la subsidiarité rejoint le sens premier du terme. En effet, le subsidiaire ne désigne pas seulement ce qui est « exclu », mais s'entend aussi de ce qui peut agir à titre secondaire pour remédier aux carences du principal[465]. Il

---

460 Cass. 1ère civ., 27 novembre 2008, *Bull. I,* n° 272 ; *D.* 2009, p. 1122, note Y. DAGORNE-LABBE ; *JCP.G*. 2009, IV. 1016 ; Cass. 1ère civ. 15 décembre 1998, *Bull. I,* n° 363 ; *D.* 1999, p. 425, note J.-Ch. SAINT-PAU ; Cass. com 19 mai 1998, *Bull. IV,* n° 160 ; *D.* 1999, p. 406, note M. RIBEYROL-SUBRENAT.

461 V. sur l'intérêt de l'action, lui-même : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, le fait juridique*, Université, Sirey, 13ème éd., 2009, p. 62, n° 56. Les auteurs en viennent à se demander « *s'il fut tellement heureux que la jurisprudence (…) consacrât le principe. Sans doute eût-il été plus sage de laisser au législateur la responsabilité d'édicter des dispositions particulières au fur et à mesure que, dans telle et telle circonstance, le besoin s'en faisait sentir* ».

462 M. BILLIAU, note sous Cass. 1ère civ., 6 mai 1993, *JCP. G.* 1993, I. 3709 ; F. ROUSSEL, note sous Cass. 1ère civ., 14 mars 1995, *JCP. G.* 1995, II. 22516 ; J. MESTRE, « Le quasi-contrat: deux bonnes illustrations du principe de subsidiarité gouvernant l'action en enrichissement sans cause », *RTD. civ.* 1996, p. 160 ; G. VINEY, note sous Cass. 1ère civ., 3 juin 1997, *JCP. G.* 1998, II. 10102, l'auteur estime qu'« *il serait préférable d'évacuer purement et simplement cette notion fumeuse de subsidiarité* ».

463 J. MESTRE, art. précité. L'auteur indique, à propos de l'arrêt du 14 mars 1995, que « *contrairement à l'annotateur précité (F. ROUSSEL) qui voit dans cet arrêt une atteinte flagrante au principe de subsidiarité, il nous semble que la première chambre civile a su donner à celui-ci sa véritable portée. Pour le conjoint du descendant des exploitants agricoles, la créance de salaire différée se présente, en effet, comme un droit normalement fermé et exceptionnellement ouvert. Dès lors, sa fermeture au cas présent ne doit pas faire obstacle à la recevabilité de l'action de in rem verso, à supposer naturellement que la demanderesse remplisse les propres conditions de fond de cette action : à savoir appauvrissement de sa part et enrichissement corrélatif du défendeur* ».

464 G. RIPERT, *op. cit.*, loc. cit., p. 262, n° 133.

465 Pour Mme Laurence Chakirian, « *le caractère subsidiaire, loin d'être un obstacle à la recevabilité de l'action de in rem verso, en cas de rejet de l'action principale, signifierait plutôt la possibilité pour le demandeur d'agir alors sur le fondement de l'article 1371 du Code civil (…). L'existence d'une action spéciale n'est plus*

faut admettre que, dans le cas où le justiciable exerce sa demande sur le fondement de l'action *de in rem verso*, le juge ne devra en autoriser l'usage qu'à la condition qu'aucune autre voie de droit ne permette à l'appauvri d'agir contre l'enrichi. Aussi bien le demandeur qui, par exemple, ne peut pas réunir les conditions d'existence d'une société créée de fait (*affectio societatis*, apports en capital ou en industrie, contribution aux bénéfices comme aux pertes), n'a-t-il plus qu'une voie possible pour obtenir l'indemnisation. Cette voie c'est l'action en enrichissement sans cause qui doit donc être recevable. En revanche, il faut considérer le recours à l'action *de in rem verso* comme une fraude à la loi dès lors que le demandeur, par cette voie détournée, souhaite écarter l'action principale dont il remplit les conditions avec pour seul objectif d'obtenir un résultat plus avantageux[466]. Dans un sens similaire, M. Jacques Mestre constate que le principe de subsidiarité ne signifie pas que l'action en enrichissement sans cause soit systématiquement fermée dès lors qu'un autre cadre juridique existe ou qu'on n'en remplit pas les conditions précises de mise en oeuvre. « *Il veut simplement exprimer l'impossibilité pour un plaideur d'éluder la règle normalement applicable à la situation considérée, celle que le législateur a perçue comme la solution de principe et dont le contournement constituerait bien alors une trahison de son intention* »[467].

Pour le principe qui nous concerne, on retiendra que la subsidiarité doit être comprise comme le caractère attribué à l'action secondaire qui ne doit s'appliquer que pour combler l'absence d'une action principale, sans venir la concurrencer.

c. L'instabilité jurisprudentielle : l'ambiguïté de la subsidiarité de l'action *de in rem verso*

141. Oscillations jurisprudentielles entre les deux approches de la subsidiarité. La jurisprudence la plus récente ne suit pas aussi clairement cette voie et oscille entre les deux conceptions de la subsidiarité de l'action révélant ainsi la complexité de ce concept. Plusieurs arrêts peuvent en témoigner.

142. Application de la conception ancienne. Dans une première décision, rendue le 2 avril 2009, la première chambre civile répond à la question de savoir s'il est possible d'envisager une action *de in rem verso*, dès lors que l'action principale n'est pas ouverte en raison d'un obstacle de droit[468]. En l'espèce, un particulier

---

regardée comme un obstacle à l'action de in rem verso. Cette dernière est une "voie de rattrapage" destinée à obvier à l'irrecevabilité d'une action spéciale faute pour le demandeur d'en remplir les conditions d'exercice ». L. CHAKIRIAN, « Vers une redéfinition du principe de subsidiarité de l'action *de in rem verso* », *RRJ* 2000-4, p. 1407, spéc. p. 1422.

[466] L. CHAKIRIAN, art. précité, spéc. p. 1423.

[467] J. MESTRE, art. précité, spéc. p. 160 s.

[468] Cass. 1ère civ., 2 avril 2009, *Bull. I*, n° 74 ; *JCP. G.* 2009, p. 259, note Y. DAGORNE-LABBE ; *Defrénois* 2009, n° 12, p. 1285, note E. SAVAUX ; *D.* 2009, chr., p. 2066, note P. CHAUVIN, N. AUROY et C. CRETON ; *RDC.* 2009, chr. p. 1177, note S. GAUDEMET. V. aussi, dans une affaire aux faits similaires et à la solution identique : Cass. 1ère civ., 9 décembre 2010, *Inédit*, n° 09-16795, *RTD. civ.*, 2010, p. 107, note J. HAUSER.

prétend avoir prêté une certaine somme d'argent à un couple et ne pas en avoir été remboursé. Il assigne donc les emprunteurs sur le fondement du contrat de prêt et, subsidiairement, sur celui des règles gouvernant l'enrichissement sans cause. La Cour de cassation rejette le pourvoi et relève que les premiers juges, en constatant que le prêteur n'apporte pas la preuve du contrat de prêt qui constitue l'unique fondement de son action principale, en ont exactement déduit qu'il ne peut pas être admis à pallier sa carence dans l'administration d'une telle preuve par l'exercice d'une action fondée sur l'enrichissement sans cause. Cette décision rappelle l'analyse traditionnelle de la subsidiarité de l'action, selon laquelle la découverte d'un obstacle de droit, empêchant la réalisation de l'action principale, ne permet pas de recourir à l'action subsidiaire en enrichissement sans cause. Ce faisant, elle contredit sa jurisprudence antérieure et notamment celle de l'arrêt du 25 juin 2008 précité.

143. Application de la conception nouvelle. Un mois plus tard, dans un arrêt du 6 mai 2009, la même formation semble prendre un chemin différent[469]. Un couple vivant en concubinage depuis 2003 se sépare. Le concubin, se prévalant à titre principal de la création d'une société de fait et à titre subsidiaire de l'enrichissement sans cause, sollicite la condamnation de sa concubine au remboursement de diverses sommes. Ce dernier n'ayant pas pu prouver la société de fait, la cour d'appel rejette ses demandes, estimant que « *l'action en enrichissement sans cause ne peut pas permettre à un concubin de tourner les règles du contrat évoqué à titre principal* ». La Cour de cassation casse l'arrêt des juges du fond et reconnaît que « *le rejet de la demande fondée sur l'existence d'un contrat de société rendait recevable celle, subsidiaire, fondée sur l'enrichissement sans cause, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ». Dans cette affaire, l'impossibilité pour le concubin de prouver la société créée de fait ne fait pas obstacle à l'ouverture de l'action en enrichissement sans cause. On retrouve ici la conception renouvelée de la subsidiarité.

144. Retour à la conception ancienne. Pour finir, dans un arrêt du 31 mars 2011, la première chambre civile revient sur sa jurisprudence antérieure[470]. Dans les faits, un homme prétend avoir prêté une certaine somme d'argent à une autre personne. Il l'assigne alors en remboursement et sollicite subsidiairement le paiement de cette même somme sur le fondement de l'enrichissement sans cause. Or, n'ayant pas pu prouver l'existence du contrat de prêt, ce dernier se trouve débouté de sa demande par la cour d'appel. Il forme alors un pourvoi en cassation. La Cour de

---

[469] Cass. 1ère civ., 6 mai 2009, *Inédit*, n° 08-14469 ; *Defrénois*, 2009, n° 12, p. 1285, note E. SAVAUX ; *Dr. fam*. 2009, p. 22, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

[470] Cass. 1ère civ., 31 mars 2011, *Bull. I*, n° 359 ; *Cont. Conc. Cons*. 2011, comm. n° 6, par L. LEVENEUR. V. aussi, Cass. 1ère civ., 23 juin 2010, JCP. G. 2010, n°27, act. 749, obs. H. BOSSE-PLATIERE ; *RDC*. 2010, p. 1370, obs. C. GOLDIE-GENICON. La Cour d'appel, ayant constaté que la demande présentée subsidiairement sur le fondement de l'enrichissement sans cause tendait aux mêmes fins que sa demande de prestation compensatoire, laquelle avait été jugée irrecevable, en a justement déduit que cette demande ne pouvait prospérer.

cassation rejette le pourvoi et constate que la cour d'appel « *après avoir rappelé le caractère subsidiaire de l'action de in rem verso, a constaté que le demandeur avait échoué dans l'administration de la preuve du contrat de prêt sur lequel était, à titre principal, fondée son action et en a exactement déduit qu'il ne pouvait invoquer les règles gouvernant l'enrichissement sans cause* ». Ainsi, le demandeur n'ayant pas pu apporter la preuve du bien-fondé de l'action principale ne peut obtenir le bénéfice de l'action subsidiaire. Il ya donc là un obstacle de droit au recours à l'action *de in rem verso*.

145. Absence d'unité jurisprudentielle. Ces arrêts reflètent combien la position de la jurisprudence en la matière demeure encore très floue. Néanmoins, une ligne directrice pourrait être tracée pour comprendre ces décisions. Il y aurait ainsi, pour M. Eric Savaux, un cas à part lors de la liquidation des intérêts des concubins, qui justifierait ou tout du moins qui expliquerait cette jurisprudence fluctuante[471]. En effet, dans le cas où deux concubins sont concernés, la jurisprudence s'avère plus favorable, d'où l'emploi de la conception nouvelle de la subsidiarité. En revanche, si la situation ne concerne pas des concubins, alors la jurisprudence marque une nette tendance à plus de sévérité en appliquant la conception ancienne de la subsidiarité[472].

Il apparaît, en définitive, que les implications découlant de la subsidiarité ne sont pas toujours aisées à identifier, il nous faudra dès lors bien nous approprier ce concept pour pouvoir l'employer par la suite.

---

[471] E. SAVAUX, note précitée, spéc. p. 1289 ; V. aussi dans le même sens, P. CHAUVIN, N. AUROY et C. CRETON, note précitée.

[472] Toutefois, malgré cette distinction, la compréhension des différentes solutions n'est pas toujours chose aisée. D'autant que certains arrêts se démarquent de cette ligne directrice en incluant d'autres paramètres, à savoir l'existence ou non d'un contrat en bonne et due forme entre les deux concubins. Ainsi, dans un arrêt du 6 octobre 2010, la Cour de cassation maintien sa jurisprudence antérieure en considérant que l'existence d'une action en constatation d'une société de fait ne permet pas d'exclure l'action de in rem verso. V. Cass. 1ère civ., 6 octobre 2010, *Inédit*, n° 09-68657 ; *RTD. civ*., 2011, p. 107, note J. HAUSER.

Parallèlement, dans un arrêt du 9 décembre 2010, la même juridiction retient que l'existence d'une action contractuelle en remboursement d'un prêt permet, au contraire, d'exclure l'action[472]. Cass. 1ère civ., 9 décembre 2010, *Inédit*, n° 09-16795 ; *RTD. civ*., 2011, p. 107, note J. HAUSER. Il semble donc qu'il faille opérer une énième distinction entre « les simples contrats de « fait » et les contrats conclus en bonne et due forme ». V sur ce point, J. HAUSER, note précitée, spéc. p. 108.

Afin d'entériner la jurisprudence et surtout de l'unifier, le rapport Catala préconise d'insérer à l'article 1338 la disposition suivante : « *l'appauvri n'a pas d'action quand les autres recours dont il disposait se heurtent à des obstacles de droit comme la prescription, ou lorsque son appauvrissement résulte d'une faute grave de sa part* ». En apparence, cette disposition renvoie à l'approche traditionnelle de la subsidiarité. Cependant, rien n'est précisé quant à la nature exacte des obstacles de droit (en dehors de la référence à la prescription). La jurisprudence facilitant le recours à l'action *de in rem verso* pour les concubins pourrait être maintenue. En cela, l'unité ne pourrait être atteinte. V. P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, rapport à M. Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, p. 157.

Au terme de cette étude du concept de subsidiarité, la question de son éventuelle transposition sur les normes de la responsabilité civile se fait de plus en plus prégnante. L'exclusion à laquelle conduit la subsidiarité pourra-t-elle permettre l'articulation de ces normes ?

§2. Le principe de subsidiarité, un principe adapté aux relations entre droit commun et droit spécial

146. ***Lex specialia generalibus derogant.*** L'adaptation du principe de subsidiarité aux relations entre droit commun et droit spécial nécessite de s'appuyer sur une maxime bien connue des juristes : *lex specialia generalibus derogant*[473]. En effet, le principe de subsidiarité se trouve en lien étroit avec celui de spécialité. Il convient donc de commencer par dégager le sens de la maxime (A) pour ensuite apprécier ce qu'elle peut apporter pour le fonctionnement du principe de subsidiarité (B).

A. Le sens de la maxime lex specialia generalibus derogant

147. Proposition d'ordonnancement des normes. La maxime *lex specialia generalibus derogant* permet de réguler le champ d'application entre la loi générale et la loi spéciale en imposant une application prioritaire de cette dernière (1), laquelle est justifiée par un souci d'efficacité (2).

1. L'application prioritaire de la loi spéciale

148. Articulation entre loi générale et loi spéciale. La maxime *lex specialia generalibus derogant* signifie littéralement « *la loi spéciale déroge à la loi générale* »[474]. Elle permet de déterminer qui de la loi spéciale ou de la loi générale devra être appliquée, en donnant préférence à la loi spéciale qui connaît un champ d'application plus restreint. Ainsi, alors que l'on use en droit des sûretés du droit général de la preuve (art. 1326 du Code civil), depuis la législation du 1er août 2003, tous les

---

[473] Elle est souvent étudiée dans les manuels d'introduction au droit : J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 27ème éd., 2002, p. 208, n° 107 ; G. CORNU, *Introduction au droit,* Domat, Droit privé, Montchrestien, 13ème éd. 2007, p. 185 s., n° 334 s. et p. 154, n° 360 ; J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Introduction générale au droit et thèmes fondamentaux,* Paris, Sirey, 13ème éd., 2010 p. 121, n° 126 ; Ch. LARROUMET, *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé*, Economica, T. 1, 5 ème éd., 2006, p. 142, n° 235 ; Ph. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit,* Manuel, Litec, 2009, p.100, n° 115 et p. 105, n° 125 ; R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*,Dalloz, Cours, droit privé, 9ème éd., 2011, p. 124, n° 119.

[474] H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec 4ème éd. 1999, n° 418.

cautionnements souscrits par une personne physique, qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel, sont soumis aux dispositions de l'article L. 341-2 et suivants du Code de la consommation. Ces dispositions spéciales doivent prévaloir dès lors que le contrat de cautionnement entre dans leur champ d'application. Mais, d'autres dispositions encore plus spéciales peuvent aussi s'appliquer. La jurisprudence a décidé que le cautionnement consenti par acte authentique échappe aux prévisions de l'article 1326 du Code civil[475] et au formalisme du Code de la consommation[476]. Finalement, affirmer que l'action spéciale exclut l'action générale peut conduire à écarter, outre l'action d'un degré de généralité immédiatement supérieur à celle considérée, la ou les actions par rapport auxquelles cette dernière constitue elle-même une action spéciale[477].

2. La justification de l'application prioritaire de la loi spéciale

149. Légitimité de l'ordonnancement proposé par la maxime. On considère que privilégier la règle spéciale revient à respecter la volonté présumée du législateur. Celui-ci, en édictant cette règle, a souhaité soustraire la situation qu'elle régit à l'application de la règle générale à laquelle elle aurait été soumise en son absence[478]. Plusieurs éléments viennent conforter cette présomption. En premier lieu, le recours à la norme la plus spéciale permet « *l'application de la règle de justice selon laquelle les personnes qui appartiennent à la même catégorie doivent être traitées de la même façon* »[479]. Il est ainsi « *nécessaire, pour respecter le principe de justice et pour ne pas régler de la même manière le cas de personnes appartenant à des catégories différentes, de déroger à la discipline de la règle générale et d'en établir une spéciale* »[480]. Cette distinction permet d'obtenir, par la règle spéciale, une solution plus adaptée au litige. En second lieu, il s'agit de justifier la règle spéciale par son contenu, plus proche de la matière visée. Il faut ici revenir aux origines de la législation spéciale qui se développe pour deux séries de motifs. Tantôt, c'est l'arrivée de circonstances exceptionnelles qui conduisent le législateur à déroger aux règles de droit commun[481]. Nul n'ignore qu'il a ainsi dérogé au droit commun du mariage par la loi du 31 décembre 1959 sur les

---

[475] Cass. com, 11 février 2004, *Bull. IV,* n° 26 ; *Defrénois* 2004, p. 724, obs. Ph. THERY.

[476] Cass. 1ère civ., 24 février 2004, *Bull. I,* n° 60, p. 47 ; *RD banc. et fin*. 2004, comm. n° 112.

[477] F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties. L'étendue de la faculté de choix du plaideur,* préface de Jacques Ghestin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 201, 1988, n° 579, p. 275.

[478] F. BUSSY-DUNAUD, *op. cit.,* p. 271, n° 572 ; dans le même sens, R. GASSIN, art. précité, spéc. p. 91.

[479] N. BOBBIO, « Des critères pour résoudre les antinomies », *in Les antinomies en droit*,Travaux du centre national de recherches juridiques, (dir.) Ch. Perelman, E. Bruylant, Bruxelles 1965, p. 237, spéc. p. 249.

[480] *Ibid*

[481] F. LEDUC, « Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil », *LPA.* 6 juillet 2005, n° 133, p. 3, spéc. p. 11. Selon l'auteur, « *le législateur n'agit pas selon un plan d'ensemble, il réagit au coup par coup sous l'influence de pressions diverses par une pluie de lois de circonstances* ».

mariages posthumes après la rupture du barrage Malpasset[482]. De même que l'article 1384, alinéa 2, du Code civil a été créé par la loi du 7 novembre 1922 pour donner satisfaction aux assureurs de responsabilité, inquiets du coût induit par l'application de l'article 1384, alinéa 1er, aux hypothèses de communication d'incendie. C'est l'affaire dite des fûts de résine de la gare de Bordeaux qui a suscité cette réaction législative[483]. Pareillement, la loi d'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme a été adoptée en 1986 après une vague d'attentats[484]. Tantôt, c'est l'évolution des besoins de la société qui influe sur la création de ces lois spéciales. On pourrait en donner de nombreuses illustrations. On a, par exemple, créé des lois spéciales pour les entreprises en difficulté afin que celles-ci aient des chances de se redresser. Ainsi, l'article L. 622-13 du Code de commerce exige le maintien des contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure collective et empêche le créancier de résilier le contrat pour inexécution. Cette règle se différencie du droit commun des contrats qui permet la résiliation pour inexécution des obligations du cocontractant[485]. Semblablement, le législateur a édicté la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation en vue de répondre au mieux aux préjudices subis par les victimes d'un accident dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur. A chaque fois, la volonté qui préside à cette création est celle de répondre au mieux à la réalité sociale qu'elle soit durable ou seulement ponctuelle[486]. C'est finalement en favorisant une norme au champ d'application plus réduit qu'une solution plus adéquate a été trouvée. Selon Carbonnier, « *la loi spéciale est plus énergique, étant la mieux définie* »[487].

---

[482] L'article 171, alinéa 1er, du Code civil issu de cette loi prévoit que « *le Président de la République peut, pour des motifs graves, autoriser la célébration du mariage si l'un des futurs époux est décédé après l'accomplissement des formalités officielles marquant sans équivoque son consentement* ».

[483] Cass. civ., 16 novembre 1920, *DP* 1920, I. p. 169, note R. SAVATIER ; *S.* 1922, I. p. 97, note L. HUGUENEY.

[484] Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986. On pourrait aussi citer la création du fonds d'indemnisation des transfusés hémophiles suite au scandale du sang contaminé par la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991, article 47, ainsi que la mise en place du fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante consécutive à l'affaire de l'air contaminé issu de la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000, art. 53 et enfin, le vote de la loi Bachelot du 30 juillet 2003 (loi n° 2003-699) relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des préjudices qui fait suite à la catastrophe de l'usine AZF de Toulouse et aux inondations de l'automne 2002. V. A. GUEGAN-LECUYER « Le nouveau régime d'indemnisation des victimes de catastrophes technologiques », *D.* 2004, p. 17.

[485] F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, Manuel, LGDJ, 8ème éd., 2009, p. 279 s., n° 286 s. ; P.-M. LE CORRE et E. LE CORRE-BROLY, *Droit du commerce et des affaires. Droit des entreprises en difficulté*, Sirey Université, 2ème éd., 2006, p. 149 s., n° 163 s.

[486] Cf. J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 2ème éd., 1995, p. 312 : « *Qu'un scandale éclate, qu'un accident survienne, qu'un inconvénient se découvre : la faute en est aux lacunes de la légalisation. Il n'y a qu'à faire une loi de plus. Et on la fait* ».

[487] J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, PUF, coll. Thémis, 27ème éd., 2002, p. 208, n° 107.

B. L'apport de la maxime lex specilia generalibus derogant au principe de subsidiarité

150. Priorité du droit spécial et subsidiarité du droit commun. Il convient de mettre ici en corrélation deux propositions développées précédemment. D'un côté, selon le principe de subsidiarité, la norme principale doit l'emporter sur la norme subsidiaire. De l'autre côté, selon la maxime *specialia generalibus derogant*, la loi spéciale va s'appliquer au détriment de la loi générale. Si l'on confronte ces deux affirmations, on constate que la loi spéciale comme la norme principale ont une place prioritaire, de laquelle on déduit que le concours de normes se résoudra en leur faveur. Tandis que la norme subsidiaire et la loi générale ont, quant à elles, une place secondaire. Il est possible d'en inférer que dans le principe de subsidiarité, la norme principale sera la loi spéciale et la norme subsidiaire sera la loi générale[488]. En conséquence, il y aura éviction temporaire de la norme subsidiaire générale à chaque fois que les conditions d'application de la norme principale spéciale seront remplies. Ainsi, « *la loi spéciale qui s'applique à toutes les hypothèses que lui assignent clairement sa lettre et son esprit refoule absolument, de façon corrélative et nécessaire, les dispositions de la loi générale* »[489]. On considère, en effet, que ces deux normes ayant un champ d'application commun, il faut trancher en faveur de celle qui est la plus adaptée au litige.

151. Conservation par le droit commun de sa valeur fondamentale. Il convient de préciser que, dans cette articulation, la place primordiale du droit commun n'est pas remise en cause. On peut, pour le comprendre, faire un parallèle avec le principe institutionnel de subsidiarité. On l'a vu, si l'Etat n'intervient que subsidiairement, on ne lui dénie pas pour autant sa place d'autorité supérieure. Pour rendre compte de cette supériorité, on a admis la nécessité de distinguer entre la compétence primaire (appartenant à l'Etat) et la compétence principale (reconnue aux collectivités territoriales)[490]. Or, il en sera de même pour la relation entre le droit commun et le droit spécial. Le droit commun devra être désigné comme la norme « primaire », bien qu'il soit subsidiaire. Dans l'ordonnancement postulé par le principe de subsidiarité, le droit commun est reconnu comme supérieur quant à sa valeur de référence, tout en étant subsidiaire au moment de l'articulation des normes[491]. Il apparaît donc indispensable de dissocier l'ordre de priorité des normes dans les concours, de l'ordre d'autorité que l'on pourrait leur attribuer.

---

[488] C. DAVID, « Le principe de subsidiarité ; droits privé et fiscal français et droit communautaire », *in Droit et vie des affaires*, Etudes à la mémoire d'A. Sayag, Litec 1997, p. 205, spéc. p. 210.

[489] Ph. CASSON, « Le subsidiaire et le droit privé », *RRJ* 2001-1, p. 143, spéc. p. 154.

[490] *Cf supra* n° 125.

[491] F. POLLAUD-DULIAN, « Du droit commun au droit spécial – et retour », *in Aspects actuels du droit des affaires*, mélanges en l'honneur de Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 925, spéc p. 945. L'auteur reconnaît que la règle de droit commun, bien que théoriquement la plus fondamentale et la plus stable, a un caractère subsidiaire.

Cette remarque nous permet de souligner qu'il existe en réalité deux branches dans la notion de droit commun. Originellement, le droit commun est entendu comme une matrice, un droit qui sert de référentiel à toutes les autres divisions du droit[492]. C'est ainsi que l'on parle aujourd'hui d'un droit commun référent, lequel innerve tous les régimes de responsabilité civile (généraux ou spéciaux). Il apparaît comme le garant d'une application unifiée de la matière en apportant des notions communes à l'ensemble de ses régimes (gardien, causalité, faute…)[493]. Ce droit commun n'est pas vraiment ramassé dans un article du Code civil, mais se trouve partout dans la responsabilité civile. Puis, par un glissement de langage, une autre forme de droit commun a été identifiée dans certains articles du Code civil. Le droit commun n'est plus uniquement une référence abstraite, mais aussi un ensemble de dispositions concrètes du Code civil. On parle ainsi de droit commun à propos de l'article 1382 ou de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil. Le droit commun est alors assimilé aux régimes les plus généraux du Code civil. Si dans une certaine mesure les deux notions de droit commun se recoupent, les régimes généraux contenant les notions de référence, on ne peut pas totalement les assimiler. Il ressort de la première approche du droit commun une nécessaire abstraction qui permet de lui donner une assise plus large et des contours incertains. Tandis que la seconde approche a, au contraire, pour volonté de concrétiser la notion et de lui donner une forme que l'on peut clairement définir.

On reconnaît ainsi une fonction subsidiaire au droit commun qu'on l'entende dans le premier ou dans le second sens.

En conclusion, on retiendra que le principe de subsidiarité attribue à chaque norme en concours un champ d'intervention précis. Le droit spécial, norme principale, interviendra en premier. Le droit commun, norme subsidiaire, agira en second. Néanmoins, rien ne nous permet de dire encore dans quelles conditions précises le principe de subsidiarité va fonctionner. C'est ce qu'il nous faut voir à présent.

---

[492] Cf. *supra* n° 9.

[493] Monsieur Carbonnier observait que le Code civil gardait le privilège d'être « *le droit commun détenant le lexique des mots souches et le stock de principes qui sont les sédiments de la mémoire juridique* », J. CARBONNIER, « Le Code civil », *in livre du bicentenaire du Code civil*, Dalloz/Litec 2004, p. 27 spéc. p. 30.

Section 2. Le fonctionnement du principe de subsidiarité

152. Conditions d'application du principe. Le principe de subsidiarité nécessite, pour être mis en pratique, la réunion de différentes conditions (§1). Dès lors que celles-ci sont toutes réunies, le principe produit des effets sur la résolution du litige en désignant la norme devant s'appliquer (§2).

§1. Les conditions d'application du principe de subsidiarité

153. Deux conditions d'application du principe. La première condition d'application du principe de subsidiarité se déduit de l'étude que nous venons de mener. En effet, dès lors que l'on admet un lien étroit et indispensable entre la subsidiarité et la maxime *specialia generalibus derogant*, on reconnaît par là même qu'il doit exister entre les normes en cause un rapport de spécialité (A). Le concours entre ces normes sera alors structurel[494]. En outre, il sera exigé que, lors de ce concours, un seul répondant soit désigné par les deux fondements, il s'agit là de la deuxième condition (B).

A. Le rapport de spécialité

154. Relation de spécialité et concours de normes. Deux voies possibles sont admises pour différencier une norme spéciale d'une norme générale. On peut apprécier la spécialité des normes tant en fonction de leurs objets (1) qu'en fonction de leurs sphères de compétence réelle (2)[495].

Après s'être assuré que les deux normes entrent bien dans une relation de spécialité, on serait tenté d'affirmer qu'un concours entre les deux normes est inévitable. Cependant, il ne faut pas être aussi catégorique et tenir compte du fait que, dans certaines hypothèses, il n'y a pas un concours, mais plutôt une concertation entre les normes[496] (3).

---

[494] Dans la mesure où nous traitons de concours de normes, on aurait pu rajouter une troisième condition pour l'application du principe : le rapport de concurrence. Toutefois, le choix de ne pas revenir sur cet élément tient au fait que le concours est la condition de toute l'étude. Ainsi la recherche de la situation de concours doit se faire en amont, avant même de s'interesser à l'application du principe.

[495] A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Université Jean Moulin, Lyon III, 1975, p. 674. Selon l'auteur, « *s'il est certain que la relation d'une règle générale et d'une règle spéciale est une relation de genre à espèce du point de vue de leur extension, elle doit aussi s'apprécier au plan de leur objet, c'est-à-dire au niveau des problèmes abstraits auxquelles elles procurent respectivement une solution* ».

[496] Cf. *supra* n° 16.

1. L'objet de la norme

155. Norme de droit commun : norme la plus générale. La première chose à laquelle on pense en évoquant l'objet du droit commun par le prisme du droit spécial, c'est à sa valeur quantitative. Serait spécial le droit qui aurait un objet quantitativement plus réduit, tandis que le droit commun contiendrait plus d'éléments[497]. Ce qui est commun aurait, en effet, vocation générale à s'appliquer, à concerner un nombre indéfini de personnes, de situations ou de choses. C'est d'ailleurs le sens retenu le plus couramment. Pour le Littré, le mot commun renvoie à « *ce qui est de participation à plusieurs ou à tous* (…) »[498]. Le Petit Larousse propose, quant à lui, de le définir comme ce « *qui est propre au plus grand nombre, qui est fréquent, répandu* ». Enfin, le Robert indique que le terme commun s'entend « *de ce qui appartient, s'applique à plusieurs personnes ou choses* »[499]. Le droit commun se distinguerait du droit spécial par sa capacité théorique à concerner un plus grand nombre de situations juridiques[500]. L'importance quantitative de la règle est ainsi liée à la généralité des termes qu'elle emploie. En matière de responsabilité civile, on trouverait « *au sommet de la généralité et de l'abstraction, des lois par lesquelles l'esprit, fort de ses propres exigences, entend commander aux circonstances dans toute leur variété. Exemple : l'article 1134, 1382 ou 1384 alinéa 1. Mais, entre ces lois-là et l'espèce concrète soumise à un juge, il peut y avoir toute une gradation dans l'abstraction et la généralité, toute une succession de règles par lesquelles l'esprit adapte ses exigences à des circonstances de plus en plus précises. Par exemple, entre un accident de voiture et la loi la plus générale et la plus abstraite appelée a priori à régir ses conséquences, l'article 1384 alinéa 1, il y a la loi Badinter ; et dans cette loi, tel article ; et dans cet article tel membre de phrase. Le droit passe rarement de l'abstrait au concret d'un seul coup. Il y descend le plus souvent par un escalier plus ou moins long de règles de plus en plus circonstanciées*.[501] ».

156. Généralité fonction de la matière réglée : la question du sujet de droit. La matière réglée peut s'apprécier par rapport aux sujets de droit qu'elle appréhende. Ainsi, plus la règle s'intéresse à un grand nombre de personnes, plus elle est considérée comme générale. Suivant cette idée, la prise en compte de personnes indéterminées entraîne leur soumission à un corps de règles général, alors que la considération de personnes déterminées conduit à les soumettre à un corps de règles particulier.

Depuis de nombreuses années, un élément est déterminant dans la création de corps de règle particulier. Il s'agit de la profession. Il y a déjà longtemps que le doyen Ripert écrivait : « *les lois sont faites non pas pour tous les hommes qui sont nationaux d'un*

---

[497] R. GASSIN, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chr., p. 91, spéc., p. 91. L'auteur constate que « *la relation entre droit commun et droit spécial revêt ainsi un aspect purement quantitatif* ».

[498] « Commun », Le Littré, 2010.

[499] « Commun », *Le Robert* 2010.

[500] R. GASSIN, art. précité, loc. cit.

[501] F. GRUA, « Les divisions du droit », *RTD. civ*. 1993 p. 59, spéc. p. 69.

Etat ou habitent son territoire, mais pour des groupes d'hommes reconnaissables à la profession qu'ils exercent »[502]. La plupart des professions connaissent un statut juridique spécial qui est à l'origine d'un ensemble de règles plus ou moins complet et cohérent[503]. Ce phénomène de parcellisation des normes est lié à la volonté des corps législatif et judiciaire d'adapter le droit à la profession, en formulant un cadre de règles en adéquation avec celle-ci[504]. On peut transposer cette observation à la responsabilité civile extracontractuelle pour constater que, dès 1804, un droit spécial est venu accompagner les commettants – donc des professionnels – dans leur relation avec leurs préposés[505], les artisans avec leurs apprentis[506], les instituteurs avec leurs élèves[507]. Par la suite, la plume du législateur s'est affûtée sur des statuts encore plus spécifiques, répondant selon l'époque aux exigences d'une société en constante évolution. Il s'est intéressé aux salariés par la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, puis aux agriculteurs[508], aux exploitants de navires nucléaires[509] et aux exploitants de mines ou titulaire d'un titre minier en 1994[510]. Le législateur a parfois été relayé par la jurisprudence qui s'est attachée à des catégories professionnelles en pleine expansion comme celle des sportifs ces dernières années[511]. La responsabilité

---

[502] G. RIPERT, « Ebauche d'un droit civil professionnel », *in Etudes de droit civil* à la mémoire de H. Capitant, 1939, Dalloz, p. 676, spéc. p. 678.

[503] B. SAINTOURENS, *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, sous la direction de J. Derruppe, Bordeaux I 1986, n° 54, p. 100.

[504] P. SERLOOTEN, « Vers une responsabilité professionnelle ? », *in Mélanges P. Hebraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 805 spéc. p. 805 ; T. IVAINER, « Le contrat moderne face à la prolifération des "statuts des personnes" », *JCP. G*. 1977, I. 2876, spéc. n° 4. L'auteur évoque à ce sujet la prolifération des statuts de personnes. Il définit le statut comme « *un ensemble de normes ayant pour objet de préciser des éléments conférant à une personne, chez laquelle ils se trouvent réunis, les droits et les obligations qu'il prescrit en faveur ou à l'encontre d'une classe de sujets* ».

[505] Article 1384, alinéa 5, du Code civil. V. notamment, E. AYISSI MANGA, « Préposé et responsabilité », *RRJ* 2002-2, p. 715 ; Ph. BRUN, « La mise en œuvre de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés », *in Dossier sur les professionnels face au droit de la responsabilité*, Droit et patrimoine, janvier 2001, p. 52.

[506] Article 1384, alinéa 6, du Code civil.

[507] *Ibid*

[508] L'entraide agricole obéit à un régime particulier depuis une loi du 8 août 1962 dont l'article 20, alinéa 4 est devenu l'article L.325-3 du Code rural.

[509] Loi du 12 novembre 1965. Aujourd'hui codifiée dans le code des transports.

[510] Loi du 15 juillet 1994, modifiée par la loi du 30 mars 1999.

[511] V. notamment, Cass. 2ème civ., 22 mai 1995, *Bull. II*, n° 155 ; *JCP. G.* 1995, II. 22550, note J. MOULY ; *JCP. G.* 1995 I. 3893, n° 5 , obs. G; VINEY; *RTD. civ.* 1999, p. 899, obs. P. JOURDAIN ; *D*. 1996, som. p. 29, obs. F. ALAPHILIPPE ; *Resp. civ. Ass*. 1995, comm. n° 289 et chr. n° 36 par H. GROUTEL ; *LPA.* 2 février 1996, p. 16, note S. HOCQUET-BERG ; Cass. 2ème civ., 3 février 2000, *Bull. II*, n° 26 ; *JCP.G*. 2000, II. 10316, note J. MOULY ; Cass. 2ème civ., 12 décembre 2002, *Bull. II,* n° 289 ; *JCP.G*. 2003, I. 154, obs. G. VINEY ; *Resp. civ. Ass.* 2003, comm. n° 28, chr. 4 par H. GROUTEL ; *RTD. civ.* 2003, p. 305, obs. P. JOURDAIN ; *LPA.* 7 avril 2003, note F. BUY et aussi J. MOULY, « Les paradoxes du droit de la responsabilité civile dans le domaine des activités sportives », *JCP.G.* 2005, I. 134 ; E. CORNUT, « Quand les phases du jeu sportif commandent une approche casuistique de la garde commune », *D.* 2005, J., p. 2435 ; D. JACOTOT, « Recevabilité du recours d'une CPAM contre un club de football responsable du fait de son préposé », *D.* 2006, J., p. 1733.

civile extracontractuelle n'a, en définitive, pas échappé à cette volonté du législateur de créer des régimes spéciaux pour satisfaire aux exigences d'un statut particulier[512]. Dans ces hypothèses, on observe que la règle générale est dégagée par confrontation avec la règle spéciale. Sera, ainsi, générale la règle qui sera apte à régir toutes les personnes juridiques quel que soit leur statut. Elle désignera un homme causant un dommage par son fait, celui d'une chose ou celui d'autrui, peu importe qu'il s'agisse d'un artisan, d'un dirigeant de société ou d'un médecin. *A contrario*, sera spéciale la règle qui viendra, elle, régir le statut de l'artisan, du dirigeant, *etc*.

Si la profession peut être un déclencheur de la création d'un droit spécial, il en est de même de l'état de la personne considérée. Des critères tels que l'âge, la santé, voire la faiblesse physique ou mentale interviennent pour fonder l'application de règles particulières. On songe ici, par exemple, à la loi Badinter sur les accidents de la circulation qui prévoit dans son article 3, alinéa 2, que « *les victimes (…) lorsqu'elles sont âgées de moins de seize ans ou de plus de soixante-dix ans, ou lorsque, quel que soit leur âge, elles sont titulaires, au moment de l'accident, d'un titre leur reconnaissant un taux d'incapacité permanente ou d'invalidité au moins égal à 80 %, sont, dans tous les cas, indemnisées des dommages résultants des atteintes à leur personne qu'elles ont subis* ». Dans cette loi, l'âge comme l'état de santé sont des facteurs qui améliorent la protection des victimes. Toutefois, on notera que ce critère de l'état des personnes est, en droit de la responsabilité civile extracontractuelle, moins significatif que celui de la profession. Cette matière met plus l'accent sur l'apparition d'une situation dommageable que sur l'état de la victime ou du responsable. D'ailleurs, depuis une loi du 3 janvier 1968 et suite aux arrêts de l'assemblée plénière du 9 mai 1984, peu importe que l'auteur du dommage se trouve, au moment des faits, sous l'empire d'un trouble mental ou incapable de discernement de par son jeune âge[513]. De plus, ce critère pourrait devenir encore moins pertinent dans la mesure où le projet Catala préconise la suppression de la distinction faite par la loi Badinter entre les enfants, les

---

[512] La doctrine révèle d'ailleurs l'importance donnée aux catégories professionnelles, qu'il s'agisse de la responsabilité des commettants, des notaires, des opérateurs de crédit ou du médecin. V. notamment le dossier sur les professionnels face au droit de la responsabilité, *Droit et patrimoine*, janvier 2001, p. 51. Pour une approche générale, P. SERLOOTEN, « Vers une responsabilité professionnelle ? », *in Mélanges P. Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p.805. A propos des professionnels d'Internet, M. VIVANT, « La responsabilité des intermédiaires de l'Internet », *JCP.G.* 1999 I. 180 ; F. OLIVIER, « La responsabilité des prestataires d'hébergement », *JCP. G.* 1999 II. 10101 et du même auteur « Conditions de la responsabilité civile des fournisseurs d'hébergement d'un site sur le réseau Internet », *JCP. G.* 2000 II. 10279 ; A. LEPAGE, « Du sens de la mesure en matière de responsabilité civile sur Internet : la loi, la jurisprudence et le fournisseur d'hébergement », *D.* 2001, p. 322.

[513] Article 414-3 du Code civil qui dispose que « *celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation* ». Cass. AP., 9 mai 1984 (4 arrêts), *Bull. AP.*, n° 1 à 4 ; *D.* 1984, p. 525, concl. CABANNES, note F. CHABAS ; *JCP. G.* 1984 II. 20255, note N. DEJEAN DE LA BATIE ; *RTD. civ.* 1984, p. 508, obs. J. HUET.

personnes âgées ou handicapées et les autres victimes[514]. Il semble donc qu'il ne reste que peu de place pour le critère de l'état des personnes en droit de la responsabilité civile extracontractuelle.

157. Généralité fonction de la matière réglée : la question de l'objet du droit. Au critère du sujet de droit, qui permet d'apprécier la généralité d'une règle, peut aussi s'ajouter celui de l'objet du droit. Le droit le plus général est alors celui qui est le plus indifférent à l'objet en cause. En matière de responsabilité civile extracontractuelle, on parle parfois d'un droit commun du dommage corporel pour désigner le droit qui connaît de tous ces dommages, indifféremment du fait que certains soient liés à un véhicule terrestre à moteur ou à un acte médical par exemple[515]. Et, à côté de ces règles générales, on trouve des règles spécialement instituées pour des objets particuliers tels que les aéronefs[516], les téléphériques[517], les sangliers[518] ou encore les véhicules terrestres à moteur[519]. Toutes ces normes ont en commun de ne régir que certaines catégories de choses causant un dommage, à la différence de la règle plus générale posée dans l'article 1384, alinéa 1er, qui s'intéresse à toutes choses qui entrainent un dommage.

158. Inadaptation du critère de l'objet. Si l'on peut être séduit par ce critère simple de distinction des normes de droit commun et de droit spécial, on constate qu'il n'est pas sans failles. On peut déjà observer que sa justesse est toute relative. En théorie, la règle générale est celle qui connaît, par son abstraction, l'application la plus importante, mais, en pratique, cela n'est pas toujours vrai. Il arrive bien souvent que le champ d'application des cas particuliers soit quantitativement le plus grand. Par exemple, l'ensemble des sociétés à statut spécial représente un nombre

---

514 P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations, (articles 1101à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, rapport à M. Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, p. 170 et p. 189.

515 Dans leur ouvrage, Mme Yvonne Lambert-Faivre et Mme Stéphanie PORCHY-SIMON distinguent l'indemnisation des victimes de dommages corporels dans la responsabilité civile de droit commun, des systèmes spécifiques d'indemnisation des dommages corporels liés à la circulation, à des actes médicaux, ou aux risques technologiques. Y LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, Précis droit privé, Dalloz, 6ème éd., 2009. La question se pose aujourd'hui de la reconnaissance d'un droit spécifique aux dommages corporels : v. L. MORLET-HAIDARA, « Vers la reconnaissance d'un droit spécial du dommage corporel ? », *Resp. civ. Ass.*, décembre 2010, étude n° 13.

516 La loi sur la responsabilité des exploitants d'aéronefs date du 31 mai 1924 et a été codifiée dans le Code de l'aviation civile par un décret du 30 mars 1967.V. notamment, Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2010/2011, n° 8303 s.

517 C'est la loi du 8 juillet 1941 qui a institué une responsabilité spéciale pour les dommages causés par les téléphériques.

518 C'est la loi du 27 décembre 1968 qui prévoit un régime spécial de responsabilité pour les dégâts causés par les sangliers et le gros gibier.

519 Les dispositions de cette responsabilité spéciale se trouvent dans la loi Badinter du 5 juillet 1985.

d'hypothèses plus important que les sociétés soumises entièrement au Code civil[520]. Ainsi, c'est la règle particulière qui connaît l'objet le plus grand. Par ailleurs, ce critère, en ne tenant compte que de l'objet de la norme, ne permet pas de comprendre exactement la relation qui unit une règle générale à une règle spéciale. Quelle est la portée d'une norme générale ? Cette dernière peut-elle remettre en cause l'existence de la norme la plus spéciale qui aurait un même champ de compétence ? D'ailleurs, ne faudrait-il pas apprécier quel est le champ de compétence réel de la norme, plutôt que de se contenter du constat de sa généralité ? Enfin, la faible mise en oeuvre du droit commun, suffit-elle à remettre en cause sa valeur ?

Le critère n'apparaissant pas judicieux, un autre doit être trouvé.

2. La sphère de compétence réelle de la norme

159. Champ d'application et nature des normes de la responsabilité civile extracontractuelle. Les normes de la responsabilité civile extracontractuelle contiennent deux types de conditions, « conditions d'application et conditions de réalisation »[521]. C'est à partir de ces conditions qu'il est possible d'identifier le champ d'application d'une norme (a) et, corrélativement, de différencier entre les normes de droit général et celles de droit spécial (b). Une fois cette méthode de différenciation clairement dégagée, il ne restera plus qu'à l'appliquer aux normes de la responsabilité civile pour connaître précisément leur nature (c).

a. Les conditions de la norme, révélatrices de sa sphère de compétence

160. Doubles conditions. Les conditions de la norme sont de deux ordres. On trouve des conditions d'application et des conditions de réalisation (α). Or, selon que l'une ou l'autre de ces conditions fait défaut, la solution du litige s'en trouvera changée (β).

α. La distinction entre les conditions d'application et les conditions de réalisation de la norme

161. Conditions d'application et conditions de réalisation. Il est possible de révéler le champ d'application d'une norme en s'intéressant aux problèmes abstraits auxquels ces normes procurent une solution. M.Jeammaud rappelle que toute règle de droit est d'un certain point de vue la résolution d'un problème et que, par conséquent, la norme sera compétente toutes les fois où se trouve posée la question à laquelle elle fournit la réponse. Appliquée au droit de la responsabilité civile, et, plus précisément, à l'article 1382 du Code civil, il en déduit que la question que l'on doit

[520] B. SAINTOURENS, *op. cit.*, n° 27 s., p.52 s.
[521] M. POUMAREDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, sous la direction de C. Saint-Alary-Houin, Toulouse I, 2003, p. 120 s., n° 164 s.

se poser est la suivante : « qui doit réparer » ? Pour y répondre, il observe que la norme est composée de deux éléments qu'unit un lien d'imputation. « *Ainsi le modèle signifié par l'article 1382 du Code civil, applicable à chaque fois qu'un fait humain cause un dommage, articule deux éléments : l'obligation de réparer mise à la charge de l'auteur du fait dommageable, conditionnée par le caractère fautif de ce fait. La relation de ces deux éléments forme le contenu de la norme, le second n'étant que la condition de survenance du premier et non la condition d'application de la règle prise dans son ensemble* »[522]. Pour M. Amseleck convient dès lors« *de distinguer soigneusement les normes conditionnelles proprement dites et les conditions, extérieures à la norme, d'application de cette norme à un objet : les premières conditions ont trait à l'articulation formelle du contenu des normes… ; les secondes visent les circonstances dans lesquelles un objet se voit appliquer une norme* »[523].

Il existerait donc pour une même norme des conditions externes – conditions d'application de la norme – et des conditions internes – conditions de réalisation de la norme. René Rodière distingue ainsi le « *domaine de la règle* » du « *jeu de la règle* » à propos de l'article 1386 du Code civil. Le domaine de la règle est déterminé par le dommage causé par la ruine du bâtiment, tandis que le jeu de la règle fait intervenir la preuve d'un vice de construction ou d'un défaut d'entretien[524]. Il procède ainsi à une séparation des éléments de la règle qui déterminent si elle est applicable à la situation en cause – révélant l'objet du droit – de ceux qui permettent finalement de dire si la règle aboutit à la désignation du responsable.

En réalité, c'est plus exactement à deux questions qu'il faudrait répondre pour connaître la sphère de compétence réelle de la norme. D'abord : « qui peut réparer » ? Cette question trouvant réponse à l'aide des conditions d'application de la norme. On en déduit alors le domaine de la norme. Ensuite : « qui doit réparer ? ». Cette interrogation se résolvant grâce aux conditions de réalisation de la norme. Appliquée à l'article 1382 du Code civil, ce raisonnement conduit à identifier, dans un premier temps, la personne qui pourrait se voir imputer l'obligation de réparer, puis dans un second temps, à déterminer si cette obligation lui incombe effectivement parce que les conditions de réalisation du régime de responsabilité sont réunies. On considère généralement que trois conditions sont nécessaires à l'application de l'article 1382 du Code civil[525] : la faute, le dommage et le lien de causalité entre les deux. Mais, en réalité, si l'on reprend la règle posée par cet article selon lequel « *tout fait quelconque*

---

[522] A. JEAMMAUD, *op. cit.*,n° 121, p. 259 s.

[523] P. AMSELECK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, vol II, Bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1964, p. 261.

[524] R. RODIERE, *Cours de droit civil français de C. Beudant*, Rousseau, 2ème éd., t. IX bis, 1952, n° 1579.

[525] On retrouve ces trois éléments dans tous les Manuel de droit des obligations, Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Manuel, Litec, 11ème éd., 2010, p. 438 s., n° 551 s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Droit civil, Defrénois, 4ème éd. 2009, p. 27 s., n° 47 s. ; M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Droit civil, Economica, T. V., 1ère éd., 2007, p. 118 s.; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, Précis droit privé, Dalloz, 10ème éd. 2009, p. 711 s., n° 696 s. Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Manuel, Litec 2ème éd., 2009, p. 181 s., n° 284 s. ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, Cours, droit privé, 9ème éd., 2010, p. 193 s., n° 231 s.

de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer », on constate que celle-ci est composée de conditions d'application à savoir un fait de l'homme, un dommage et un lien de rattachement entre l'homme et le fait. A la question « qui peut réparer ? », la réponse est : « l'homme, auteur d'un fait personnel dommageable ». La faute, en revanche, est une condition de réalisation. Si la preuve de la faute est rapportée, l'auteur du dommage sera bien considéré comme le débiteur de l'obligation de réparation. Dans la jurisprudence, il est d'ailleurs parfois employé la formule suivante : « *le fait [du responsable] ne l'oblige à réparation que si le dommage est arrivé par sa faute* »[526]. La responsabilité du fait des bâtiments de l'article 1386 du Code civil peut, elle aussi, offrir une bonne illustration de cette méthode. Cet article dispose que « *le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par suite du défaut d'entretien ou par le vice de construction* ». A la question « qui peut réparer ? », la réponse est : « celui qui disposant d'un titre de propriété sur un bâtiment a vu la ruine de celui-ci causer un dommage ». Les conditions d'application de l'article 1386 sont celles relatives à la propriété (un titre de propriété), au bâtiment qui doit être en ruine[527], ainsi qu'au dommage et au lien de causalité. Les conditions de réalisation de la règle sont le vice de construction ou le défaut d'entretien. Dès lors, en pratique, l'article 1386 du Code civil sera applicable toutes les fois qu'un dommage sera causé par le fait d'un bâtiment en ruine approprié[528]. Le vice de construction ou le défaut d'entretien devront ensuite être recherchés pour vérifier que l'obligation de réparer incombe effectivement au propriétaire.

De cette analyse des conditions de la norme, on retient d'abord que les conditions d'application ont trait, pour l'essentiel, au fait générateur du dommage, au lien de causalité et au dommage. D'autres conditions peuvent s'ajouter comme la « surveillance » de l'apprenti par l'artisan (article 1384, alinéa 6, du Code civil) ou la cohabitation du mineur avec ses parents (article 1384, alinéa 4, du Code civil). Ces conditions pouvant faire l'objet d'une interprétation par la jurisprudence[529]. *A*

---

[526] Cass. civ., 19 juillet 1870, *S.* 1871, I, p. 9, note J.-E. LABBE.

[527] MmeSophie Hochquet-Berg, évoque, à propos de l'article 1386, que le domaine de la présomption est composé de conditions portant sur la propriété et sur le bâtiment et d'un fait générateur de la responsabilité : le défaut d'entretien ou le vice de construction, ces deux éléments permettant la mise en œuvre de la responsabilité du fait des bâtiments, S. HOCHQUET-BERG,« Responsabilité du fait des bâtiments, articles 1382 à 1386 », Fasc. 152, *Juris-Classeur*, 2004.

[528] V. Besançon, 17 novembre 2010, JCP. G. 2011, I. 164. La Cour d'appel a estimé que si un monument funéraire est un bâtiment au sens de l'article 1386, le descellement et la chute de la stèle sur la tombe n'en caractérisent pas la ruine. L'article 1386 n'est donc pas applicable.

[529] Celle-ci est, par exemple, venue préciser ce qu'on devait entendre par « *sous la surveillance* » au sens de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil, en décidant que l'article serait applicable si le fait dommageable de l'apprenti survient « *pendant le temps de travail au sein de l'entreprise* » ; Cass. crim., 14 mai 1980, *Bull. crim*., n° 353 ; Cass. crim., 2 octobre 1985, *Bull. crim*., n° 294. Mais, ce même article ne saurait, en revanche, s'appliquer si le fait dommageable survient « *pendant le temps du trajet entre l'entreprise et le domicile de l'apprenti* » : Cass. 2ème civ., 8 décembre 1961, *Bull. II*, n° 852 ; Cass. 2ème civ., 15 janvier 1970, *Inédit*, n° 68-10745 ; *D.* 1970, som., p. 62.

contrario, les conditions de réalisation n'ont pas vraiment de trait commun, si ce n'est qu'elles concernent souvent l'auteur du dommage. On trouve notamment la faute, le vice de construction ou le défaut d'entretien, qui auront pour effet de rendre l'indemnisation plus difficile à obtenir pour la victime.

162. Confusion des conditions. A côté de ces régimes où les deux conditions de la norme – condition d'application et de réalisation – sont présentes, il est des régimes dans lesquels ces conditions sont confondues. L'article 1384, alinéa 6, du Code civil dispose ainsi que sont responsables « *les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance* ». A la question « qui peut réparer ? », la réponse est : « celui qui, disposant de la qualité d'artisan, a vu son apprenti causer un dommage au moment où il était sous sa surveillance ». Or, une même réponse peut être donnée si l'on se pose ensuite la question de savoir qui doit réparer. Pareillement, l'article L. 141-2 du Code de l'aviation civile dispose que « *l'exploitant d'un aéronef est responsable de plein droit des dommages causés par les évolutions de l'aéronef ou les objets qui s'en détacheraient aux personnes et aux biens situés à la surface* ». A la question « qui peut réparer ? », la réponse est : « celui qui, exploitant un aéronef, a vu ses évolutions ou des débris de ce dernier causer des dommages aux personnes ou aux biens ». Il n'y a là encore pas de conditions de réalisation distinctes. Il semble que, dans ces hypothèses, les conditions d'application suffisent à déterminer qui peut et qui doit réparer. Ces régimes où conditions d'application et de réalisation se confondent sont des régimes objectifs, c'est-à-dire des régimes où la recherche de la faute ou de tout autre événement comparable est indifférente. Ils ont pour finalité de réparer le préjudice causé à autrui sans considération de son auteur. Il serait donc inopportun de permettre à celui-ci de se décharger de sa responsabilité par la seule preuve de l'absence de faute. « *Le caractère objectif de la responsabilité conduit à limiter les conditions internes nécessaires pour retenir la responsabilité civile du défendeur, ce qui implique, parallèlement, la réduction de l'impact des causes d'exonération* »[530].

β. Les conséquences du défaut d'une des conditions de la norme

163. A chaque condition son effet. La distinction entre conditions d'application et conditions de réalisation met en avant la différence d'effet existant entre elles. Il s'avère que la sanction de l'absence d'une des conditions d'application de la norme est distincte de celle du défaut d'une de ses conditions de réalisation. Si l'on reprend l'article 1382 du Code civil, on observe que, lorsque le fait personnel n'est pas constaté, l'article n'est pas applicable. Il est impossible dans cette situation de désigner qui peut réparer le litige. Pareillement, lorsque la victime se blesse, après une chute entraînée par la rupture d'une verrière sur laquelle elle s'est hissée, les

[530] M. POUMAREDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, sous la direction de C. Saint-Alary-Houin, Toulouse I, 2003, p. 128, n° 176.

tribunaux ne peuvent pas appliquer l'article 1386 du Code civil, l'accident n'étant pas dû à la ruine d'un bâtiment[531]. De même, si le fait de l'apprenti survient pendant le temps de trajet entre l'entreprise et son domicile, l'article 1384, alinéa 6, ne sera pas applicable, les artisans ne répondant des dommages causés par leurs apprentis que si le fait dommageable survient pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance[532]. Le défaut d'une des conditions d'application entraîne l'inapplicabilité de l'article. Le litige se trouve hors de son champ de compétence.

En revanche, l'absence d'une des conditions de réalisation conduit non pas à l'inapplication de la règle, mais à l'exclusion de toute responsabilité. L'article 1382 du Code civil prévoit une condition de réalisation, la faute. Or, en son absence, l'auteur du dommage ne pourra pas être déclaré responsable. On constate que si, dans un premier temps, il a été désigné comme responsable potentiel, la preuve de l'absence de faute conduit, dans un second temps, à le décharger de toute responsabilité[533]. *A contrario*, dans les régimes dits objectifs, aucune cause subjective d'exclusion n'est présente. Par exemple, les parents ne peuvent se voir déchargés de leur responsabilité sur le fondement de l'article 1384, alinéa 4, en prouvant qu'ils n'ont pas commis de faute de surveillance ou d'éducation[534]. Seules sont maintenues, dans ces régimes, des causes objectives d'exonération comme la cause étrangère ou le fait de la victime[535]. Ainsi, « *rechercher les conditions d'application d'un régime de responsabilité civile et son domaine ne revient donc pas à déterminer les personnes qui doivent l'endosser, mais à déterminer les personnes qui peuvent l'endosser* »[536]. Par la suite, en vérifiant la présence des conditions de réalisation de la norme, on opère bien une désignation du responsable devant réparer. « *La première phase, permettant de déterminer le domaine d'application, est par conséquent une phase d'identification abstraite*

---

[531] Cass. 2ème civ., 7 mai 1994, *Inédit.*

[532] Cf. *supra* n° 162. Cass. crim., 2 octobre 1985, précité ; Cass. crim., 14 mai 1980, précité.

[533] M. POUMAREDE, *op. cit.*, p. 131, n° 180. M. Mathieu Poumarède constate en ce sens que « *si l'une des conditions internes (conditions de réalisation) fait défaut, le régime demeure appliqué, mais le responsable est déchargé de sa responsabilité, car les conditions relatives à l'identification du responsable ne sont pas réunies…* ». Il illustre ses propos par un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 3 mai 1985. En l'espèce, un enfant s'était blessé en tombant contre une murette alors qu'il tentait de sauter au-dessus d'une fosse. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel qui avait décidé que la murette n'était pas l'instrument du dommage et n'avait fait que subir l'action étrangère de la victime au motif que la Cour d'appel n'avait pas recherché si le gardien s'exonérait d'une responsabilité civile qu'il n'encourait pas. En l'espèce, l'ensemble des conditions d'application de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, n'était pas réuni dans la mesure où il n'y avait pas eu fait d'une chose.

[534] Cass. 2ème civ., 19 février 1997, *Bertrand*, *Bull. II*, n° 56 ; *D.* 1997, p. 265, note P. JOURDAIN ; *ibid*, som. 290, obs. D. MAZEAUD ; *JCP. G.* 1997, II. 22848, note G. VINEY, concl. R. KESSOUS ; *RTD. civ.* 1997, p. 668, obs. P. JOUDAIN ; *GP.* 1997, 1, 575, note F. CHABAS ; *L.PA.* 15 septembre 1997, note M.-C. LEBRETON ; *D.* 1998, som. 49, obs. C.-J. BERR ; *GAJC*, n° 209.

[535] Ceci ne vaut pas pour la loi sur les accidents de la circulation qui prévoit dans son article 2 que « *les victimes, y compris les conducteurs, ne peuvent se voir opposer la force majeure ou le fait d'un tiers par le conducteur ou le gardien d'un véhicule mentionné à l'article 1er* ».

[536] M. POUMAREDE, *op. cit.*, p. 122, n° 167.

du potentiellement responsable »[537]. Alors que la seconde phase permet sa désignation concrète[538].

b. Les conditions d'application révélatrices de la nature des normes

164. Portée de la distinction entre les conditions de la norme. Une fois le champ d'application des normes déterminé, la distinction entre règle spéciale et règle générale paraît simple à réaliser. Une norme est une règle spéciale par rapport à une autre lorsqu'elle fournit une réponse à un problème, qui est un cas particulier de problème résolu par la seconde, qualifiée pour ce motif de règle générale[539]. La recherche des conditions d'application d'une norme juridique permet justement d'identifier le problème auquel la règle donne une solution en circonscrivant son domaine d'application[540]. On remarque alors que chaque fois qu'une norme comprend les conditions d'application d'une autre norme, il y a une relation de commun à particulier qui s'établit entre elles. La norme dont les conditions d'application sont inclusives est la norme générale, alors que la norme dont les conditions sont incluses est la norme spéciale. La relation entre droit commun et droit spécial révèlerait donc un passage du genre à l'espèce. Le droit spécial ne serait qu'une espèce du genre plus large de droit commun, le genre ayant vocation à comprendre des composants plus nombreux, ayant des caractères plus répandus que les espèces. *A contrario*, la règle spéciale ou règle d'espèce serait celle qui est « *nettement calquée sur la matière de la contestation ou qui accuse en tout cas un lien plus intime avec celle-ci* »[541].

Si l'on revient à notre distinction, parmi les conditions d'application que nous avons relevées (dommage, lien de causalité, fait générateur, cohabitation ou surveillance), une seule sera déterminante : le fait générateur. La raison est simple, si l'on prend les autres conditions, on note que deux d'entre elles, le dommage et le lien de causalité, sont, le plus souvent, communes à tous les régimes de responsabilité de sorte qu'elles ne sauraient révéler la nature particulière de l'un de ces régimes. Quant aux autres conditions, la cohabitation ou la surveillance, par exemple, elles sont trop spécifiques et n'apparaissent que trop ponctuellement pour servir de référence au moment d'apprécier la nature des normes de la responsabilité civile. Le seul élément qui peut permettre le ralliement dans un genre est donc bien le fait générateur. Ce

---

[537] M. POUMAREDE, *op. cit.*, p. 122, n° 167.

[538] Si le couple condition d'application/condition de réalisation fait penser à un autre couple bien connu du droit : domaine/régime, il faut toutefois se méfier d'une complète assimilation. Bien souvent, les auteurs inclus dans le régime de la norme toutes les conditions de celle-ci, conditions de réalisation ou d'application. Ainsi, en matière de responsabilité du fait personnel, le régime de cette responsabilité comprend, pour certains auteurs, le fait de l'homme, la faute, le dommage et le lien de causalité. Or, on a vu qu'il était possible de distinguer entre ces éléments.

[539] Cf. *supra* n° 155 et n° 161.

[540] A. JEAMMAUD, *op. cit.*, p. 262, n° 123 .

[541] D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Université Panthéon Assas, Paris II, 1992, p. 209.

dernier est différent selon les régimes de responsabilité auxquels on a affaire, tout en conservant un trait commun pour les régimes appartenant au même genre. C'est ce qu'il nous faudra illustrer dans quelques instants.

Notons, pour finir, que la simplicité avec laquelle il semble possible d'identifier les normes de droit commun et de droit spécial n'est pas toujours vérifiée en pratique. Il arrive, trop souvent, que la jurisprudence et la doctrine désignent comme étant une règle de droit commun, une règle qui n'entretient aucune relation de genre à espèce avec la norme à laquelle elle est comparée. C'est en partie dû au fait que la jurisprudence et la doctrine choisissent de se référer à la première approche possible de la relation de spécialité, fonction du champ de compétence théorique de la norme. Cette erreur de raisonnement les conduit à considérer, à tort, que les régimes de responsabilité du fait des choses ou du fait d'autrui sont des régimes spéciaux par rapport à l'article 1382 du Code civil,[542] mais aussi à faire une application abusive de l'adage *specialia generalibus derogant* à des cas où les normes ne présentent, en réalité, aucun champ d'application commun[543].

c. L'application de la méthode de différenciation sur les normes de la responsabilité civile

165. Relation de genre à espèce et fait générateur de la norme. L'application à la responsabilité civile de la méthode proposée se fera successivement selon les différents faits générateurs de responsabilité, en essayant pour chacun de donner les exemples les plus topiques (α). Il apparaîtra alors qu'en pratique, cette méthode n'est pas toujours simple à mettre en œuvre (β).

α. La nature des normes de la responsabilité civile

166. Responsabilité du fait personnel. L'article 1382 du Code civil est constitué de conditions d'application – un fait personnel, un dommage, un lien de causalité – et d'une condition de réalisation, la faute. Or, dans d'autres régimes de responsabilité se trouvent des conditions similaires. Ainsi, l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique dispose que : « *hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut de produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute. Les établissements, services et organismes susmentionnés, sont responsables des dommages résultants d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve de la cause*

[542] M. Martin Lebeau rappelle ainsi que, selon cette conception, les articles 1384 à 1386 du Code civil seraient ainsi des dérogations spéciales, applicables à des cas déterminés, de la règle générale posée aux articles 1382 et 1383 du Code civil M. LEBEAU, *De l'interprétation stricte des lois. Essai de méthodologie*, sous la direction de P.-Y. Gautier, Paris II, 2007, p. 127, n° 156.

[543] Cf *infra* n° 170à propos de la relation entre les articles 266 et 1382 du Code civil.

étrangère… » Dans cet article sont visées des conditions d'application que sont le fait du professionnel de la santé, le dommage (lié à un acte de prévention de diagnostic ou de soin) et le lien de causalité, ainsi qu'une condition de réalisation qui est la faute. Dans l'article 1382 du Code civil, la personne pouvant être amenée à réparer le préjudice est désignée comme celle qui, par son fait personnel, a causé un dommage et dans l'article L. 1442-1, cette même personne est le professionnel de la santé qui, par son fait personnel, a causé un dommage. La disposition contenue dans l'article 1382 du Code civil est inclusive de celle de l'article L. 1142-1. Ce dernier est donc un régime spécial de responsabilité du fait personnel.

De même, l'article L. 651-2 du Code de commerce prévoit que « *lorsque la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion* ». Les conditions d'application de l'article L. 651-2 du Code de commerce sont comparables à celle de l'article 1382 : le fait personnel est ici celui du dirigeant et le dommage est caractérisé par une insuffisance d'actif. Il existe bien une relation de genre à espèce entre ces deux articles, l'article 1382 étant le genre dont l'article L. 651-2 est l'espèce[544].

167. Responsabilité du fait des choses. L'article 1384, alinéa 1er, du Code civil pose le principe général de la responsabilité du fait des choses en ces termes : « *on est responsable du dommage que l'on cause par le fait des choses que l'on a sous sa garde* ». Ce principe, régime objectif de responsabilité, n'est composé que de conditions d'application à savoir le dommage, le fait d'une chose, le gardien et le lien de causalité[545]. Cet article, aux termes très généraux, est le genre de nombreuses espèces. Parmi celles-ci, on trouve l'article 1386 du Code civil dont les conditions d'application sont le lien de causalité, le dommage, le propriétaire et le fait du bâtiment en ruine. Ces conditions rejoignent celles de l'article 1384, alinéa 1er. On y retrouve le dommage, le lien de causalité, mais surtout un gardien, en la personne du propriétaire (garde juridique), et une chose déterminée ici entendue comme le

---

[544] Toutefois pour Mlle Laurence Clerc-Renaud, la question se pose de la nature exacte de ce régime. S'agit-il bien d'un régime de responsabilité ? L'action est présentée comme une action civile frappant les dirigeants sociaux en cas de redressement ou de liquidation judiciaire. Or, une action qui vise plus à sanctionner le responsable qu'à réparer le préjudice est-elle bien une action en responsabilité ? L'application exclusive de l'action en comblement de passif (ancienne action en responsabilité pour insuffisance d'actif) a d'ailleurs été beaucoup critiquée ; le régime spécial étant devenu moins sévère pour les dirigeants de société en redressement ou liquidation judiciaire que le régime général (leur responsabilité est adoucie spécialement lorsqu'ils ont commis une faute qui a conduit la personne morale à la faillite). V. pour une présentation plus complète de cette question, L. CLERC-RENAUD, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, sous la direction de Ph. Brun, Université de Savoie, 2006, p. 208 s., n° 139.

[545] Une fois encore, on peut remarquer que conditions d'application et conditions de réalisation fusionnent.

bâtiment en ruine. Semblablement, l'article 1385 du Code civil, qui dispose que « *le propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fut sous sa garde, soit qu'il fut égaré ou échappé* », est applicable lorsque certaines conditions sont remplies, à savoir un lien de causalité, un dommage, un propriétaire gardien et le fait d'un animal. Une fois encore, on retrouve les conditions de garde et celle du fait de la chose. C'est pourquoi, il est possible de déduire que ces deux dispositions sont des régimes spéciaux qui appartiennent au genre plus grand énoncé par l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil. En poussant plus loin l'analyse, on constate qu'il est possible d'observer différents degrés de spécialisation. Si la loi du 27 décembre 1968, qui prévoit une responsabilité pour les dégâts causés par les sangliers et les gros gibiers, peut être qualifiée de régime spécial de responsabilité du fait des choses, elle peut aussi être considérée comme une application particulière du régime spécial de responsabilité du fait des animaux. Ainsi, il apparaît que, par comparaison à cette loi de 1928, le régime de l'article 1385 est un régime plus général. Il existerait donc des régimes généraux – ici l'article 1384, alinéa 1er –, des régimes spéciaux – article 1385 – et des régimes particuliers – loi de 1928.

168. Responsabilité du fait d'autrui. Avant de chercher à identifier les conditions d'application des différents régimes de responsabilité du fait d'autrui, il est primordial de revenir sur un point : la nature exacte des deux régimes issus de la série d'arrêts rendue dans les années 90[546]. Nous avions déjà cherché à démontrer qu'aucun principe général de responsabilité du fait d'autrui ne se détachait aujourd'hui dans la mesure où une trop grande diversité régnait en la matière[547]. Pour aller plus loin, il nous faut maintenant vérifier si les deux régimes développés par la jurisprudence à partir de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil sont ou non des régimes généraux de responsabilité. Autrement dit, il s'agit de savoir s'il existe un régime général de responsabilité du fait de la garde d'un état et un régime général de responsabilité du fait de la garde d'une activité qui pourraient englober des régimes spéciaux de responsabilité du fait d'autrui déjà existants ou à venir. Pour ce faire, il nous faut observer leurs conditions d'application respectives par comparaison avec celles des autres régimes de responsabilité du fait d'autrui. Si l'on s'en tient au texte de l'article 1384, alinéa 1er, quatre conditions aux traits indéniablement généraux se détachent. L'article 1384, alinéa 1er, disposant en effet que « *l'on est responsable du dommage causé par le fait des personnes dont on doit répondre* », ses conditions d'application seront un responsable, le dommage, le fait d'autrui et le lien de causalité. Toutefois, la jurisprudence est venue préciser, pour chacun des deux régimes de responsabilité, les conditions spécifiques à réunir. C'est ainsi que pour le régime de responsabilité de celui qui contrôle le mode de vie, il est nécessaire de faire la preuve de ce que cette personne exerce la garde juridique sur autrui. Cette

[546] Cf. *supra* n° 69.
[547] *Ibid*

dernière résultant d'une décision judiciaire[548] ou d'une disposition légale[549]. Peu importe alors que cette garde ne soit pas concrètement exercée au moment du dommage[550]. Quant au régime de responsabilité du fait de la garde d'une activité, la jurisprudence a subordonné cette responsabilité à la preuve d'une faute de l'auteur direct du dommage[551]. Prenons maintenant quelques-uns des régimes spéciaux de responsabilité du fait d'autrui. L'article 1384 prévoit dans son alinéa 4 que « *le père et la mère en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables des dommages causés par leurs enfants mineurs habitant avec eux* ». Les conditions d'application de cette disposition concernent notamment le fait des enfants mineurs et le responsable qui se comprend ici en la personne du père et/ou de la mère qui doivent exercer l'autorité parentale sur le mineur au moment du dommage. De même, l'article 1384, alinéa 5, du Code civil prévoit que « *les maîtres et commettants sont responsables des dommages causés par leurs domestiques et employés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés* ». Le fait d'un employé ou d'un domestique, le dommage, le lien de causalité et le responsable potentiel, ici le maître ou commettant, en sont les conditions d'application. Or, on constate que si ces différents régimes connaissent bien, pour certaines de leurs conditions, des ressemblances, il ne semble pas possible de dire que l'un de ces régimes pourrait englober les autres. Les parents

---

548 Cass. crim., 10 octobre 1996, *Bull. crim.,* n° 357 ; *D.* 1997, p. 309, note M. HUYETTE ; *JCP. G.* 1997, II. 22833, note F. CHABAS. La solution est confirmée par un arrêt du 9 décembre 1999, Cass. 2ème civ., 9 décembre 1999, *Bull. II*, n° 189 ; *Resp. civ. Ass.* 2000, comm. n° 76 ; *JCP. G.* 2000, I. 241, n° 12, obs. G. VINEY ; *RTD. civ.* 2000, p. 338, obs. P. JOURDAIN.

549 Cass. crim., 28 mars 2000, (à propos d'un tuteur chargé de gérer le mode de vie de son pupille), *Bull. crim*., n° 140 ; *JCP. G.* 2001, II 10457, note C. ROBACZEWSKI ; *D.* 2000, som. 466, obs. D. MAZEAUD ; *JCP. G.* 2000, I. 241, obs. G. VINEY.

550 Cass. crim., 26 mars 1997, (en l'espèce le centre, qui s'était vu confier la garde du mineur en vertu d'une mesure d'assistance éducative, a été jugé responsable des faits commis par ce mineur alors même que celui-ci se trouvait en visite chez sa mère), *Bull. crim*., n° 124; *GAJC* n° 218 ; *D.* 1997, p. 496, note P. JOURDAIN ; *D.* 1998, som. 201, obs. D. MAZEAUD ; *JCP. G.* 1997, II. 22868, rapp. DESPORTES ; *JCP. G.* 1998, II. 10015 note M. HUYETTE.

551 Cass. 2ème civ., 20 novembre 2003, *Bull. II*, n° 356 ; *RTD. civ.* 2004, p. 106, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2003, IR, 3009 ; *D*. 2004, p. 300, note G. BOUCHE; *JCP. G.* 2004, II. 10017, note J. MOULY, *Ibid* 163, obs. G. VINEY ; *Resp. civ. Ass.* 2004, étude n°1, par J.-C. SAINT-PAU. La solution est confirmée depuis par de nombreux arrêts. V. notamment : Cass. 2ème civ., 8 avril 2004, *Bull. II*, n° 194 ; *RTD. civ.* 2004, p. 517, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2004, p. 2601, note Y.-M. SERINET ; *JCP. G.* 2004, II. 10131, note M. IMBERT ; Cass. 2ème civ., 21 octobre 2004, *Bull. II*, n° 477 ; *D.* 2005, p. 40, note J.-B. LAYDU ; *RTD. civ.* 2005, p. 412, obs. P. JOURDAIN ; Cass. 2ème civ., 13 janvier 2005, *Bull. II,* n° 10 ; *JCP. G.* 2005, IV. 1355 ; *Resp. civ. Ass.* 2005, comm. n° 81 ; Cass. 2ème civ., 22 septembre 2005, *Bull. II,* n° 233 ; *JCP. G.* 2005, II. 10000, note D. BAKOUCHE ; Cass. 1ère civ., 16 mai 2006, *Bull. I*, n° 249 ; *Resp. civ. Ass.* 2006, comm. n° 217 ; Cass. 2ème civ., 5 octobre 2006, *Bull. II*, n° 257 ; *JCP. G.* 2006, IV. 3090 ; Cass. AP., 29 juin 2007, *Bull. AP*., n° 7 ; *JCP.G*. 2007, II. 10150, note J.-M. MARMAYOU ; *LPA.* 24 septembre 2007, p. 4, note J. MOULY ; *D.* 2007, p. 2455, obs. I. GALLMEISTER ; *ibid*. p. 2346, obs. F. LAGARDE ; *ibid.* p. 2408, chr. J. FRANÇOIS ; *ibid*. p. 2897, obs. Ph. BRUN ; *GAJC.* n° 227-229 ; *RTD. civ*. 2007, p. 782, note P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass*. 2007, étude n° 17 par S. HOCQUET-BERG ; Cass. 2ème civ., 8 juillet 2010, *Inédit*, n° 09-68212 ; *Resp. civ. Ass*. 2010, comm. n° 277, par H. GROUTEL ; D. 2011, p. 35 obs. Ph. BRUN ; *Lamy droit civil*, 2010, p. 25, note A. PAULIN ; Cass. 2ème civ., 16 septembre 2010, *Inédit*, n° 09-16843 ; *Resp. civ. Ass*. 2010, comm. n° 277, par H. GROUTEL ; D. 2011, p. 35 obs. Ph. BRUN.

n'exercent pas la garde juridique sur leurs enfants, il ne s'agit donc pas d'un régime de responsabilité du fait du contrôle du mode de vie au sens où l'entend aujourd'hui la jurisprudence. Il en est de même pour la responsabilité du fait des commettants. Les parents comme les commettants ne sont pas non plus là pour surveiller une activité, au sens là encore où le prévoit la jurisprudence.

Il n'existerait donc pas pour l'heure de régime général de responsabilité du fait d'autrui[552]. L'évolution de cette solution dans l'avenir est incertaine. On pourrait imaginer que les régimes tirés de l'article 1384, alinéa 1er, deviennent des régimes généraux de responsabilité. Il serait, ainsi, possible d'étendre la notion de contrôle d'une activité à l'activité économique ce qui engloberait l'activité exercée par le préposé[553]. Le régime de la garde d'une activité deviendrait un régime général de responsabilité. Néanmoins, les différents rapports et propositions portant sur une éventuelle réforme de la responsabilité civile ne vont pas dans ce sens. Ainsi, on

---

[552] V. en ce sens, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 472 p. 304 ; P. JOURDAIN, « Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? », *Resp. civ. Ass.*, HS., 2000, p. 5, spéc. p. 8 : Pour l'auteur, « *plutôt que de forcer l'interprétation de la jurisprudence, mieux vaut se résoudre à constater que, pour le moment au moins, la portée du principe issu de l'interprétation jurisprudentielle de l'article 1384, alinéa 1er, demeure limitée à la création de deux nouveaux cas de responsabilité du fait d'autrui qui s'ajoutent à ceux que régissent les alinéas 4 à 7* ». *Contra*, Ph. Le TOURNEAU, « La responsabilité civile extracontractuelle du fait d'autrui dans l'avant-projet de réforme du Code civil », *in Etudes offertes à G. Viney*, LGDJ 2008, p. 579, spéc. p. 584. L'auteur y constate que « *la responsabilité du fait d'autrui est bien générale, contrairement à ce que certains auteurs ont cru pouvoir avancer* ». Il admet que son application est soumise à diverses conditions notamment quant aux personnes responsables. Mais, il remarque qu'il en est de même pour la responsabilité générale du fait des choses. Il ajoute que peu importe que la Cour de cassation ne l'ait pas elle-même baptisé comme un régime général puisque cette tâche revient non à la jurisprudence, mais à la doctrine. Enfin, le fait que la responsabilité du fait d'autrui n'ait été appliquée que dans un nombre restreint d'hypothèses ne saurait empêcher d'y voir un principe général, pouvant s'appliquer en dehors des cas particuliers prévus pas le législateur.

[553] A propos d'une possible extension du régime de responsabilité du fait de la garde d'une activité aux rapports de dépendance économique : C. DEL-CONT, *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, éd. L'Hamartan, 1997 ; F. DE BOÜRD, *La dépendance économique née des contrats d'intégration et le droit des obligations*, préface de G. Viney, Coll. Paris I, 2005.

Le rapport Catala ne prévoit pas une telle extension, mais préconise la création d'un régime spécifique de responsabilité lié à l'activité économique. Il est prévu d'inclure un article 1360, alinéa 2 dans le Code civil selon lequel « *est responsable celui qui contrôle l'activité économique ou patrimoniale d'un professionnel en situation de dépendance, bien qu'agissant pour son propre compte, lorsque la victime établit que le fait dommageable est en relation avec l'exercice du contrôle. Il en est ainsi notamment des sociétés mères pour les dommages causés par leurs filiales ou des concédants pour les dommages causés par leurs concessionnaires* ». P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, rapport à M. Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, p. 178. Le rapport du groupe de travail sur la responsabilité civile de la Commission des lois du Sénat est pour sa part très hostile à une telle consécration. A. ANZIANI et L. BETEILLE (dir.), *Rapport du groupe de travail sur la responsabilité civile de la Commission des lois du Sénat*, 15 juillet 2009, n°558, recommandation n°19. Parmi les critiques apportées à cette disposition, les représentants des entreprises, à commencer par le Mouvement des entreprises de France (MEDEF), ont estimé particulièrement dangereuse l'institution d'une telle responsabilité pour l'attractivité économique de la France, ajoutant qu'elle s'avèrerait très difficile à mettre en œuvre en pratique et, de ce fait, source d'un important contentieux.

retrouve bien dans le rapport Catala les deux fondements possibles de la responsabilité du fait d'autrui qui sont, d'une part, le fait de régler le mode de vie des personnes soumises à une surveillance particulière en raison de leur état et, d'autre part, le fait d'encadrer et d'organiser l'activité d'autrui dans l'intérêt personnel de celui qui exerce ce contrôle (article 1355). Mais, il ne s'agit là que d'un texte d'annonce des cas particuliers de responsabilité du fait d'autrui qui suivent[554]. La proposition du groupe de travail dirigé par M. Terré ne consacre pas non plus ces deux régimes de responsabilité, comme des régimes généraux. On y trouve un article 13 qui rappelle qu'on ne répond du dommage causé par autrui que dans les cas et aux conditions déterminées par la loi. Puis, il est fait mention dans les articles suivants des différents régimes spéciaux de responsabilité du fait d'autrui, responsabilité des parents, des tuteurs et des personnes physiques ou morales pour le fait des enfants. Cette dernière responsabilité rappelant le régime de responsabilité pour la garde d'un état. Les régimes de responsabilité des employeurs, ou des personnes physiques pour le fait des majeurs sont eux aussi repris[555]. Quant à la proposition de loi présentée au Sénat par M. Laurent Béteille, il n'est là aussi question que de régimes spéciaux de responsabilité du fait d'autrui et non de régimes généraux[556]. Effectivement, le paragraphe consacré à la responsabilité du fait d'autrui prévoit les hypothèses de dommages causés par des enfants mineurs (celles des père et mère, des tuteurs et des personnes personnes physiques ou morales chargées, par décision judiciaire ou administrative ou par convention, de régler son mode de vie), les cas de dommages causés par une personne majeure dont l'état ou la situation nécessite une surveillance particulière la personne physique ou morale chargée, par décision judiciaire ou administrative ou par convention, de régler son mode de vie, mais aussi les hypothèses de responsabilité des personnes qui assument, à titre professionnel, une mission de surveillance d'autrui, répondent du fait de l'auteur direct du dommage, à moins qu'elles ne démontrent qu'elles n'ont pas commis de faute et enfin, la responsabilité des commettants pour les dommages causés par son préposé.

Pour finir, il existe malgré tout au sein des régimes de responsabilité du fait d'autrui différents degrés de spécialisation. L'article L. 511-1 du code des assurances, qui dispose que, dans ce domaine, « *l'employeur ou mandant est civilement responsable du dommage causé par ses employés ou mandataires, lesquels sont considérés comme des préposés* », peut être rapproché de l'article 1384, alinéa 5, précédemment cité. On retrouve, en effet, un fait du préposé (employé ou mandataire) et un responsable (employeur ou mandant). De ce fait, l'article L. 511-1 du code des assurances est un

---

[554] P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, précité, p. 177.

[555] F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile,* Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 3 s.

[556] L. BETEILLE (dir.), *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, présentée le 9 juillet 2010, n° 657, p. 11 s.

régime particulier de responsabilité du fait des préposés au regard de l'alinéa 5 de l'article 1384.

169. Responsabilité pour troubles de voisinage. Ces troubles sont réparés sur le fondement du principe suivant lequel « *nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage* » dont les conditions d'application peuvent être identifiées comme étant le dommage, le fait d'un trouble anormal de voisinage, le lien de causalité et une personne chez qui le trouble prend sa source. C'est une responsabilité purement objective sans condition de réalisation. On peut la comparer aux dispositions du Code de l'aviation civile dont l'article L. 141-2 prévoit que « *l'exploitant de l'aéronef est responsable de plein droit des dommages causés, par les évolutions des aéronefs ou des objets qui s'en détacheraient, aux personnes et aux biens situés à la surface* ». Selon la jurisprudence, cet article s'applique aux dommages causés par les évolutions des appareils lorsqu'ils dépassent les inconvénients normaux de voisinage afin d'indemniser les voisins des aéroports qui pâtissent du vrombissement des réacteurs à l'atterrissage ou au décollage[557]. L'article L. 141-2 du Code de l'aviation civile est ici constitué de conditions d'application similaires à celles de la théorie des troubles de voisinage : le dommage, le fait des évolutions des aéronefs constituant un trouble anormal de voisinage, le lien de causalité ainsi qu'un responsable en la qualité de l'exploitant de l'aéronef. Le fait des évolutions de l'aéronef est ici un cas particulier de trouble de voisinage. C'est pourquoi le principe des troubles de voisinage peut être considéré comme le genre dont l'article L. 141-2 du Code de l'aviation civile est l'espèce. Il est aussi possible d'admettre que le régime spécial de responsabilité prévu à l'article 1384, alinéa 2, du Code civil est lui aussi un régime de responsabilité du fait des troubles de voisinage. Suivant ce texte, « *celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable* ». Le fait générateur de cette responsabilité, l'incendie du bien immobilier, peut être considéré comme un trouble de voisinage. L'article 1384, alinéa 2, est donc un régime spécial de responsabilité du fait des troubles de voisinage[558].

Il apparaît toutefois que la responsabilité du fait des troubles de voisinage ne dispose pas de régimes spéciaux de responsabilité qui lui soit propre. En effet, les régimes spéciaux de responsabilité du fait des troubles de voisinage sont aussi des régimes spéciaux de responsabilité du fait des choses. On peut facilement l'expliquer

---

[557] Cass. 2ème civ., 8 mai 1968, *Bull. II*, n° 122 ; *JCP. G.* 1968 II. 15595, note. M. de JUGLART. La Cour de cassation admet, dans cette situation, le principe de la responsabilité tout en la limitant aux troubles préjudiciables dépassant ceux qui doivent normalement être supportés dans un environnement urbain s'agissant des mesures d'envols et d'atterrissages d'avions ; Cass. 2ème, civ., 17 décembre 1974, *Bull. II*, n° 335.

[558] En ce sens, Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 323, n° 500 ; M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 395, n° 358.

par sa proche parenté avec cette responsabilité, dont elle ne serait d'ailleurs, pour certains auteurs, pas complètement détachée[559].

β. Les difficultés de mise en œuvre de la méthode de différenciation des normes

170. Concours entre les articles 1382 et 266 du Code civil : un concours structurel ? Il est parfois difficile, en pratique, de déterminer si deux articles appartiennent au même genre. On peut, pour l'illustrer, prendre l'exemple des articles 266 et 1382 du Code civil. Le premier de ces textes, propre au divorce, donne la faculté à l'époux de demander la réparation du préjudice matériel et moral qu'il a subi du fait des conséquences d'une particulière gravité liées à la dissolution du mariage. Le texte s'applique à l'époux innocent dans le divorce prononcé aux torts exclusifs et est étendu depuis la loi du 26 mai 2004 au divorce pour altération définitive du lien conjugal. L'article 1382 du Code civil permet à l'époux victime des agissements fautifs de son conjoint d'en obtenir la réparation. Il est permis de se demander si un lien de spécialité unit ces deux articles. La question a été posée à la Cour de cassation[560]. En l'espèce, une épouse, lors de son divorce (prononcé à ses torts), avait réclamé, en plus de la fixation d'une prestation compensatoire, le versement de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Les juges du fond avaient rejeté sa demande en énonçant qu'en matière de divorce, seul l'article 266 était applicable, à l'exclusion de l'article 1382 du Code civil, « *en vertu de l'adage selon lequel les textes spéciaux dérogent aux textes généraux* ». Il fallait en déduire que l'article 266 du Code civil est une espèce du genre de l'article 1382 du Code civil. Ce n'est pas le choix fait par la Cour de cassation qui censure l'arrêt de la cour d'appel de Reims qui n'aurait pas dû lier ainsi ces deux articles[561]. Pour apprécier la pertinence du raisonnement suivi par les juges du fond pour pouvoir faire application de l'adage, il nous faut vérifier, selon la méthode proposée, si les conditions d'application des deux normes se recoupent bien. Si l'on reprend les termes exacts de l'article 266 du Code civil, celui-ci dispose que « *sans préjudice de l'application de l'article 270, des dommages et intérêts peuvent être accordés à un époux en réparation des conséquences d'une particulière gravité qu'il subit du fait de la dissolution du mariage soit lorsqu'il était défendeur à un divorce prononcé pour altération définitive du lien conjugal et qu'il n'avait lui-même formé aucune demande en divorce, soit lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de son conjoint* ». Ses conditions d'application sont le lien de causalité, le dommage (les conséquences d'une particulière gravité) et le fait de la dissolution. Tandis que celles de l'article 1382 sont le dommage, le lien de causalité et le fait personnel de l'homme. Il ressort nettement que ces deux articles s'appuient sur des faits générateurs bien distincts (fait de la dissolution d'un côté et fait personnel

[559] *Cf supra* n° 6.

[560] Cass. 1ère civ., 11 janvier 2005, *Bull. I*, n° 13 ; *RTD. civ.* 2005, p. 375, obs. J. HAUSER ; *Lamy droit des contrats* 2005/14, n° 592, obs . G. SERRA

[561] Cass. 1ère civ., 11 janvier 2005, précité.

de l'autre côté)[562]. L'action fondée sur l'article 266 du Code civil est donc une action à part, autonome, qui s'appuie sur un fait générateur purement objectif, la dissolution du mariage, contrairement à l'action de l'article 1382 du Code civil[563].

171. Concours entre la loi Badinter et l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil. L'incertitude quant à la nature des normes se retrouve pour le concours entre la responsabilité du fait des accidents de la circulation et l'article 1384, alinéa 1er. Le régime instauré par la loi Badinter du 5 juillet 1985 permet de réparer les préjudices subis par les victimes d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur. Ses conditions d'application sont la présence d'un véhicule terrestre à moteur, le fait de l'accident de la circulation, le dommage et l'implication. On pourrait estimer que le fait de l'accident de la circulation n'est en réalité que le fait d'une chose particulière. L'article 1384, alinéa 1er serait de ce fait le genre dont la loi du 5 juillet 1985 serait l'espèce. Pourtant, une partie de la doctrine considère qu'on ne peut se satisfaire de l'affirmation selon laquelle le régime instauré par cette loi ne serait qu'un régime spécial de responsabilité du fait des choses[564]. Se pose ici la question de l'autonomie de la loi, au sujet de laquelle s'affrontent plusieurs thèses. La première, dégagée dès la rédaction du texte, y voit indéniablement un régime autonome au sens strict du terme, c'est-à-dire un régime rejetant totalement le droit commun afin notamment d'être le plus efficace possible[565]. La loi se suffirait à elle-même par l'utilisation de notions qui lui sont propres, telle que l'implication. Cette notion diffère de la notion de causalité en ce que l'implication met l'accent sur le lien entre le fait générateur et le dommage, tandis que la causalité concerne le lien entre le véhicule terrestre à moteur et l'accident[566].

---

[562] La Cour de cassation exclut que l'on puisse indemniser, sur le fondement de l'article 266 du Code civil, un préjudice ne résultant pas de la dissolution du mariage, Cass. 2ème civ., 28 septembre 2000, *Inédit* n° 98-22952 ; *Juris-Data*, n° 2000-006057 ; *Dr. fam.* 2001, comm. n° 5, note H. LECUYER ; *Ibid* 2002, comm. n° 114, note H. LECUYER ; Cass. 1ère civ., 27 février 2003, *Inédit,* n° 01-14083 ; *Juris-Data*, n° 2003-017719. Pareillement, la Cour de cassation impose que les dommages et intérêts alloués au titre de l'un ou de l'autre de ces textes soient nettement distingués, Cass. 1ère civ., 17 février 2004, *Inédit*, n° 02-13461 ; *Juris-Data* n° 2004-022490 ; *Dr. fam.* 2004, comm. n° 201, note V. LARRIBAU-TERNEYRE. Toutefois, on constate que bien souvent, l'article 266 s'applique en cas de torts exclusifs imputés à l'un des époux en conséquence le fait de la dissolution devient, en quelque sorte, un fait de l'homme.

[563] H. LECUYER, note sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 12 juin 1996, *Dr. fam.,* 1996, comm. n° 22 ; J. HAUSER obs. précitée ; du même auteur, note sous l'arrêt de la première chambre civile du 9 janvier 2007, Inédit, *RTD. civ.* 2007, p. 321 ; S. DAVID, note sous l'arrêt de la première chambre civile du 9 janvier 2007, Inédit, *AJF.* 2007, p. 272.

[564] J. HUET, « Articulation de la loi de 1985 et du droit commun de la responsabilité », *RTD. civ.* 1986, p. 356, spéc. p. 358. « *Il s'agit de vérifier si le régime institué par elle ne se borne pas à corriger le mécanisme des articles 1382 et suivants du Code civil en limitant les possibilités d'exonération du responsable : il constituerait alors un ensemble dont la cohérence doit être recherchée en lui-même et qui est seul applicable dans les situations qu'il couvre* ».

[565] V. notamment, G. WIEDERKEHR, « De la loi du 5 juillet 1985 et de son caractère autonome », *D.* 1986, chr., p. 255 ; J. BIGOT, « Les trois lectures de la loi Badinter », *JCP. G.* 1987, I. 3278.

[566] Sur l'originalité de la notion d'implication voir notamment, F. CHABAS, « Notion et rôle de l'implication du véhicule au sens de la loi du 5 juillet 1985 », *GP.* 4 février 1986, p. 64 ; du même

Un véhicule terrestre à moteur peut, dès lors, être considéré comme impliqué dans un accident de la circulation, même si ce dernier est dû à un cas de force majeure[567], ou si ledit véhicule n'a joué aucun rôle actif dans l'accident[568]. Pour plusieurs auteurs, la loi de 1985 ne serait d'ailleurs efficace que si on la considère comme entièrement détachée de la responsabilité civile, comme un système d'indemnisation fondé sur l'assurance[569]. Il faudrait, en conséquence, reconnaître à cette loi un caractère exclusif[570]. Afin de justifier cette thèse, on s'appuie notamment sur le constat que cette loi a pour principal objet l'indemnisation des victimes. La faute n'apparaît qu'aux articles 3, 4 et 5, non pour déclencher la responsabilité, mais pour modérer ou exclure la réparation. On serait donc en présence d'une loi d'indemnisation et non d'une loi de responsabilité[571].

Selon la deuxième thèse, la responsabilité instituée par cette loi n'a rien d'autonome, à défaut de se détacher complètement du droit commun[572]. On y retrouve des notions déjà employées par le droit commun comme celle d'accident[573], de gardien[574] ou de faute de la victime[575]. De plus, si l'on y découvre une notion nouvelle d'implication, toute trace de causalité n'est pas exclue. Ainsi, « *le lien devant exister entre l'accident et le dommage est entendu par la jurisprudence comme un véritable lien causal d'imputabilité* »[576]. La jurisprudence exige, pour que soit mis en œuvre le régime spécial d'indemnisation des accidents de la circulation, que le dommage soit

---

auteur, « Brèves remarques complémentaires sur la notion d'implication et son rôle », *GP.* 22 avril, 1986, p. 262 ; A .TUNC, « L'insertion de la loi Badinter dans le droit commun de la responsabilité civile », *in Responsabilité et assurance*, Mélanges R-O. Dalcq, Larcier Bruxelles, 1994, p. 557, spéc. p. 563, selon l'auteur « *si la notion d'implication a fait couler beaucoup d'encre c'est parce que la responsabilité civile depuis deux siècles suppose l'existence d'un lien de causalité, qui est démenti par la loi Badinter* » ; F. CHABAS, « Notion et rôle de l'implication du véhicule au sens de la loi du 5 juillet 1985 », *GP,* 4 février 1986, p. 64, spéc. p. 68, M. Chabas note que M. Marcel Rudloff, parlementaire non rapporteur sur cette loi, « *chante le te deum des articles 1382 et suivants du Code civil* ». Selon ce dernier, les dispositions de la loi « *opèrent une grande novation juridique et législative. Il est donc nécessaire, avant que ne disparaissent (…) les articles 1382 et 1384, alinéa 1er, (…), de rappeler qu'ils avaient tout de même un certain mérite* ».

567 Cass. 2ème civ., 6 novembre 1985, *Bull. II*, n° 166.

568 Cass. 2ème civ., 19 février 1986, *Bull. II,* n° 19.

569 H. GROUTEL, « Le fondement de la réparation instituée par la loi du 5 juillet 1985 », *JCP. G.* 1986, I. 3244 ; J. BIGOT, art. précité, loc. cit., pour qui cette lecture de la loi « *rompt plus nettement avec les mécanismes de la responsabilité civile, au profit d'un droit à réparation axé sur l'assurance, faisant abstraction du responsable et des recours en responsabilité* » ; A .TUNC, art. précité, loc. cit., selon l'auteur, « *la loi Badinter n'est tout simplement pas une loi de responsabilité civile, mais une loi de couverture d'un risque grâce à l'assurance* ».

570 J. HUET, art. précité, spéc p. 358.

571 *Ibid*

572 V. notamment, J. BIGOT, art. précité ; Ph. CONTE, « Le législateur, le juge, la faute et l'implication (la fable édifiante de l'autonomie de la loi du 5 juillet 1985) », *JCP. G.* 1990, I. 3471.

573 Article 1er de la loi.

574 Article 2 de la loi.

575 Article 3 et 5 de la loi .

576 M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.,* p. 635 s., n° 560 s.

effectivement causé par l'accident[577]. Aussi l'autonomie absolue de la loi ne serait pas avérée.

Ces deux thèses, *a priori* antinomiques, se rejoignent cependant dans une troisième thèse résultant d'une conception médiane de l'autonomie. Selon elle, le droit spécial peut s'approprier, en quelque sorte, les règles de droit commun en opérant entre elles un tri pour ne conserver que celles qui lui sont utiles. L'application des notions de droit commun opérée lors de l'usage d'un régime spécial n'est pas le signe de l'hétéronomie du régime spécial. Il faut plutôt le percevoir comme la manifestation de la volonté d'améliorer le droit spécial en réceptionnant les règles les plus efficaces et les mieux établies du droit commun[578]. D'ailleurs, la subsidiarité est justement entendue comme le moyen d'assurer l'autonomie du niveau inférieur[579]. Concernant la loi Badinter, on s'aperçoit que celle-ci « *suggère irrésistiblement l'idée d'une présomption spéciale de responsabilité pesant sur le conducteur et le gardien de chaque véhicule terrestre à moteur, fondée sur l'aggravation du risque de la circulation (…). Cette présomption se combinant éventuellement aux mécanismes classiques de la responsabilité civile, nullement exclus* »[580]. Autrement dit, « *la loi reste dans le giron de la responsabilité, mais l'aune qui sert à mesurer les droits des conducteurs et des autres victimes n'est plus la même* »[581]. C'est la raison pour laquelle on ne peut qu'admettre que le régime issu de la loi Badinter est bien, en ce sens, un régime autonome, doté d'un objet et d'un fonctionnement qui lui sont propres. Mais, « *comme chaque fois qu'un îlot de droit spécial est isolé au milieu d'un océan de droit commun : le droit commun de la responsabilité civile conserve un empire* »[582]. Finalement, l'autonomie de cette loi n'empêche pas de la considérer comme un régime de responsabilité du fait des choses.

3. L'absence de relation de cause à effet entre l'existence d'un rapport de spécialité et la présence du concours de normes

172. Lien de causalité apparent entre relation de spécialité et rapport de concurrence. Apparemment, si deux normes entretiennent une relation de genre à

---

[577] La Cour de cassation, pour résoudre les problèmes de causalité du dommage à l'accident, vise l'article 1382 du Code civil, bien que l'application de la loi Badinter ne fasse aucun doute ; Cass. 2ème civ., 27 janvier 2000 ; *Bull. II*, n° 20 ; *JCP.G.* 2000 II. 10363, note Ph. CONTE ; *RTD. civ.* 2000, p. 335, obs. P. JOURDAIN ; Cass. 1ère civ., 4 décembre 2001, *Bull. I*, n° 310 ; *Resp. civ. Ass.* 2002, comm. n° 126, obs. H. GROUTEL ; *JCP.G.* 2002, II. 10198, note O. GOUT.

[578] Afin de s'assurer notamment que le recours au droit commun est bien volontaire, il conviendra d'apprécier l'objet et le fonctionnement intrinsèque du droit spécial.

[579] *Cf. supra* n° 119.

[580] J.-F. BARBIERI, note sous Cass. 2ème civ., 11 avril 1986 (2 arrêts), *Dame Bibron et SNCF c/ Dame Girod et UAP* et *Penisson c/ Aubin et CPAM de Nantes*, *JCP. G.* 1986, II. 20672 ; dans le même sens v. L. CLERC-RENAUD, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, sous la direction de Ph. Brun, Université de Savoie, 2006, p. 211 s., n° 142 s.

[581] H. MARGEAT, LANDEL et LARCHAND, *GP.* 1986, I, doct., p. 147.

[582] Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, *op. cit.*, n° 271.

espèce, elles devraient nécessairement se trouver en concours. En effet, les deux normes ayant un champ d'application commun, il y a de fortes chances qu'il existe aussi un risque de contradiction au moment de leur application au litige. On remarque, par exemple, que dans le rapport entre les dispositions de l'article 1384, alinéa 1er, concernant la responsabilité du fait des choses et celles de l'article L. 218-1 du Code de l'environnement, il existe à la fois une relation de spécialité et un rapport de concurrence. L'article L. 218-1 dispose que « *tout propriétaire d'un navire transportant une cargaison d'hydrocarbures en vrac est responsable des dommages par pollution résultant d'une fuite ou de rejets d'hydrocarbures de ce navire…* ». Un titre de propriété, le fait des fuites ou de rejets d'hydrocarbures du navire, un dommage par pollution et un lien de causalité sont les conditions d'application de cette disposition. Quant à l'article 1384, alinéa 1er, nous avons relevé comme conditions d'application, la qualité de gardien, le fait d'une chose, le dommage et le lien de causalité. On remarque que ces deux articles ont des conditions d'application similaires, notamment quant au fait qu'ils régissent. Ils sont donc dans un rapport de spécialité. De plus, on s'aperçoit que ces deux dispositions ne désignent pas nécessairement le même responsable. Il est, en effet, possible que celui qui se trouve être le gardien du navire causant le dommage n'en soit pas le propriétaire. En réponse à la question, « qui peut réparer ? », l'article L. 218-1 désigne celui qui dispose du titre de propriété du navire et l'article 1384, alinéa 1er, désigne le gardien de la chose. Or, la jurisprudence a, depuis longtemps, affirmé que la qualité de gardien et celle de propriétaire sont distinctes (la garde pouvant non seulement être juridique, mais aussi matérielle)[583]. C'est pourquoi, lorsqu'on applique l'article 1384, alinéa 1er, le propriétaire de la chose n'est pas automatiquement responsable. On peut se trouver face à la situation suivante : le navire est manœuvré par un homme qui s'est vu transférer la garde de la chose (dans les conditions posées par la jurisprudence[584]), mais il appartient à un tiers qui en a la propriété. Selon l'article 1384, alinéa 1er, le gardien au sens matériel du terme, peut être le responsable, tandis que selon l'article 218-1 c'est le propriétaire qui sera ainsi désigné. Un risque de contrariété existe donc entre ces deux normes. Dans cette situation, il semblerait que de l'existence d'un rapport de spécialité découle un rapport de concurrence.

173. Lien de causalité exclu entre relation de spécialité et rapport de concurrence. Si l'exigence de concurrence recoupe le plus souvent celle de spécialité, il arrive qu'il en soit autrement. En effet, deux règles peuvent entretenir une relation de genre à espèce sans pour autant être dans une relation concurrentielle. Dans cette hypothèse, la norme spéciale n'apporte rien de plus que la norme générale : que l'on applique au litige la norme spéciale ou la norme générale, la solution sera la même. On en trouve plusieurs illustrations dans la loi. C'est le cas de la relation existant

---

583 Cass. ch. réunies, 2 décembre 1941, *Franck, Bull*. n° 292 ; *DC*. 1942, p. 25, note G. RIPERT ; *S*. 1941, I. p. 217, note H. MAZEAUD ; *GAJC* n° 194.

584 *Ibid*

entre l'article L. 511-1 du code des assurances précédemment cité et l'article 1384, alinéa 5, du Code civil. Il a été démontré que ces deux dispositions, qui concernent le fait d'autrui, entrent dans une relation de genre à espèce dans la mesure où le fait de l'employeur ou du mandant est un cas particulier de fait du commettant. Pourtant, il n'y a pas, de ce fait même, une relation concurrentielle entre ces normes. On remarque que, pour son application, l'article L. 511-1 du code des assurances renvoie expressément à l'article 1384, alinéa 5, du Code civil. La disposition la plus spéciale n'est, alors, que la prolongation de la disposition plus générale, aucun risque de contrariété n'apparaît entre ces deux normes dont le régime est identique. La situation sera la même entre les articles 1384, alinéa 5, du Code civil et l'article 3 de la loi n° 69-679 du 3 janvier 1969. En effet, cette dernière disposition prévoit que « *l'armateur répond de ses préposés terrestres et maritimes dans les termes du droit commun* ». Or, si ces deux normes se trouvent bien dans une relation de spécialité, toutes deux cherchant à résoudre le dommage inhérent au fait d'un préposé, là encore, aucune situation concurrentielle entre ces deux dispositions n'est constatée. La norme spéciale renvoyant expressément à la norme générale pour déterminer son application, il faut donc les appliquer de concert. De plus, dans certaines situations, c'est l'interprétation prétorienne d'une disposition spéciale qui a balayé tout rapport de concurrence entre deux normes. C'est le cas pour les articles 1385 et 1384, alinéa 1er, du Code civil qui se trouvent dans une relation de spécialité. Il apparaît que pour l'application de la responsabilité du fait des animaux de l'article 1385, la jurisprudence n'a fait que transposer les conditions d'application et les causes d'exonération du gardien prévues pour l'article 1384, alinéa 1er[585]. Il n'y a de ce fait aucune contrariété entre ces deux dispositions. La disposition spéciale n'est plus aujourd'hui qu'une simple application du principe général de responsabilité du fait des choses[586]. C'est la raison qui explique la disparition de cette disposition du projet Catala. L'article 1354-4 y dispose que « *les articles 1354 à 1354-3 (responsabilité du fait des choses) sont applicables aux dommages causés par les animaux* »[587].

---

[585] La jurisprudence reconnaît que la preuve de l'absence de faute est inopérante : Cass. civ. 27 octobre 1885, *DP* 1886, I. p. 207 ; *GAJC* n° 190. On notera d'ailleurs que c'est la responsabilité du fait des animaux qui en a ici été le précurseur. La jurisprudence retient aussi une même définition de la cause étrangère exonératoire : Cass. 2ème civ., 1er avril 1999 (exigence d'un événement imprévisible, irrésistible et extérieur), *Bull. II,* n° 65 ; *JCP.G*. 1999, II. 10218, note N. REBOUL. Enfin, elle applique les mêmes conditions quant au transfert de la garde : Cass. crim., 17 septembre 2002, *Bull. crim.*, n° 165.

[586] Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *op. cit.*, p. 510, n° 650 ; M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 214, n° 192 ; Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 253, n° 395. L'auteur note toutefois quelques spécificités de l'article 1385 en ce qui concerne l'application de la notion de garde. Il constate notamment que la présomption de garde prévue par cette disposition serait en quelque sorte partagée entre le propriétaire et celui qui a l'usage de l'animal (à la différence de l'article 1384, alinéa 1er où la présomption de garde n'est attribuée qu'au propriétaire).V. aussi *supra* n° 22.

[587] P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations, (articles 1101à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, précité, p. 176

La différenciation entre les conditions de la norme rend possible l'identification de la première condition d'application du principe de subsidiarité : la relation de spécialité. Les concours structurels sont mis à jour. Il nous faut maintenant apprécier la seconde condition qui permet la mise en œuvre du principe à savoir l'existence d'un responsable unique pour la réparation du préjudice.

B. La présence d'un seul répondant

174. Deux répondants et deux actions en concours : l'impossible application du principe de subsidiarité. Dans une situation de concours entre l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil (principe général de responsabilité du fait des choses) et la loi Badinter, deux responsables peuvent être identifiés dès lors que deux choses sont en cause. Prenons le cas suivant : alors qu'il se promène dans la rue, un passant est percuté par un cyclomoteur. Le conducteur de ce dernier a dévié de sa route après avoir glissé sur une bouteille qu'un autre passant venait de laisser tomber. Dans un premier temps, il est possible de qualifier ce concours de structurel, les deux actions entretenant, comme nous l'avons dit précédemment, une relation de genre à espèce[588]. Si l'on suit le principe de subsidiarité, la victime devrait engager la responsabilité du conducteur sur le fondement de la loi Badinter. Pourtant, si l'on étudie de plus près la situation dommageable, on s'aperçoit que cette solution n'est pas satisfaisante. En effet, il existe dans cette espèce deux choses distinctes donc deux responsables potentiels différents. Le gardien de la bouteille peut voir sa responsabilité engagée sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1er C. civ. Tandis que le conducteur du véhicule est un répondant en vertu des dispositions de ce même article, mais aussi de la loi Badinter. La question se pose alors de savoir si la victime peut rechercher la responsabilité du gardien du véhicule, ici le conducteur et celle du gardien de la bouteille ou si, au nom du principe de subsidiarité, elle doit exercer son action uniquement contre le conducteur en vertu de la loi Badinter, disposition la plus spéciale. Plus généralement, peut-on justifier que seul un des répondants soit inquiété pour la simple raison que la chose dont il a la garde est soumise à un régime plus spécial que l'autre chose ? La solution du concours où deux responsables sont présents ne devrait pas se résoudre par l'application du fondement le plus spécial, mais plutôt par la détermination du fait générateur ayant le rôle causal le plus fort dans la réalisation du dommage. Au moment d'un éventuel recours en contribution, les deux répondants devront bien réparer, mais en proportion de leur responsabilité respective dans le dommage[589]. En réalité, dans cette hypothèse de concours, si les deux normes en cause ont bien théoriquement un champ d'application commun, les événements particuliers de l'espèce ont modifié le rapport entre les normes puisqu'en pratique les deux normes portent sur deux choses bien distinctes. Une des

[588] Cf. *supra* n° 171.
[589] Cf. *infra* n° 338 s.

normes régissant le fait du véhicule terrestre à moteur et l'autre celui de la bouteille. Le principe de subsidiarité ne pourra donc pas être employé.

Ce constat permet dans un second temps d'affiner deux éléments. D'une part, la définition des concours doit être précisée à la lumière des développements précédents. Il est désormais indispensable d'opérer une distinction entre les concours où un seul répondant est désigné et les concours où deux répondants sont présents. Pour formaliser cette distinction, nous avons choisi de nommer les premiers types de concours des concours simples et les seconds des concours complexes. D'autre part, ces développements révèlent aussi les failles du principe de subsidiarité qui ne saurait jouer lorsque deux responsables sont présents. Dès lors, il nous faut restreindre la portée de ce principe et considérer qu'il ne pourra être applicable que pour les concours structurels simples.

Une fois définies les conditions d'application du principe de subsidiarité, il importe d'apprécier ses effets sur la résolution des concours.

§2. Les conséquences de l'application du principe de subsidiarité

175. Application des deux versants du principe de subsidiarité. Dès lors que les conditions d'application du principe de subsidiarité sont réunies, sa mise en œuvre permet de sélectionner la norme qu'il convient d'appliquer afin de trancher le litige. Concrètement, deux issues opposées sont possibles : le jeu du principe se traduit tantôt par la plénitude de la norme spéciale (A), tantôt par la défaillance de celle-ci (B).

A. La plénitude de la norme spéciale, condition d'éviction du droit commun

176. Hiérarchie imposée. Le principe est simple : chaque fois que les conditions d'application de la règle principale sont remplies, la règle subsidiaire est exclue. La notion même de subsidiaire exprime l'idée d'une hiérarchie entre deux prétentions, la seconde ne prenant effet que si la première n'est pas accueillie. Si, au contraire, il est fait droit au principal, le subsidiaire n'a plus d'objet[590].

[590] R. PERROT, observations sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 27 février 1985, *RTD. civ.* 1985, p. 451, n° 13. V. aussi ; A. DELCAMP, *Définition et limites du principe de subsidiarité*, ouvrage rédigé pour le Comité Directeur des autorités locales et régionales du Conseil de l'Europe, *in* Communes et régions d'Europe, n°55, Conseil de l'Europe, 1994 ; J. RAYNARD,« A propos de la subsidiarité en droit privé », *in Mélanges C. Mouly*, Litec, t. 1, 1998, p. 131; Ph. CASSON, « Le

A l'aide de cet ordonnancement, il est possible de réguler les concours générés par la coexistence de règles de droit ayant vocation à résoudre une même situation de fait. Le législateur est ainsi amené à faire application de ce principe. Il est, par exemple, reconnu qu'en matière de prestation compensatoire, le capital est le mode principal de paiement, auquel on aura recours lorsque le débiteur comme le créancier répondent aux conditions fixées par la loi, alors que la rente viagère ne peut s'envisager que subsidiairement et dans des conditions bien déterminées[591]. De même, en cas de demandes présentées concurremment sur le fondement du divorce pour faute et sur celui de la séparation de corps, le juge examine en premier lieu la demande en divorce et prononce celui-ci si les conditions en sont réunies (violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage imputables au conjoint défendeur). Subsidiairement, à défaut de réunir ces conditions, il statue sur la demande en séparation de corps[592]. La priorité ainsi donnée à l'un des éléments du concours permet de distinguer les « règles d'évidence »[593]. Il s'agit d'exprimer un jugement de valeur, de pointer l'importance de telles ou telles règles, de tels ou tels mécanismes pour le législateur. S'il est donné préférence au capital plutôt qu'à la rente viagère comme mode de versement de la prestation compensatoire, c'est pour s'assurer du dénouement rapide de situations parfois très conflictuelles. Le versement de la somme convenue se fera en une fois ou sur un court moment tandis qu'il durera certainement plus longtemps avec la rente viagère. De même que la priorité donnée au divorce sur la séparation de corps permet de mettre fin définitivement au mariage sans laisser le couple dans une situation ambiguë, où l'un des deux époux ne souhaite pas rester. Le mariage est fini, il faut en prendre acte.

A contrario, dès lors qu'aucune relation de subsidiarité n'est constatée entre deux éléments, l'exclusion n'est pas la solution retenue. Dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 2 octobre 2002, la question s'était posée de la subsidiarité de l'action en responsabilité civile par rapport à d'autres voies de

---

subsidiaire et le droit privé », *RRJ* 2001-1, p. 143, *spéc* p. 143 s. ; F. MODERNE, « Existe t-il un principe de subsidiarité fonctionnelle ? (à propos des rapports entre initiative économique publique et initiative économique privée dans les Etats européens) », *RFDA* mai- juin 2001, p. 563.

[591] Dans le système mis en place en 1975, il était prévu (art. 276 du Code civil) qu'« *à défaut de capital ou si celui-ci n'est pas suffisant, la prestation compensatoire prend la forme d'une rente* ». Le nouvel article 276 dispose qu'« *à titre exceptionnel, le juge peut, par décision spécialement motivée, en raison de l'âge ou de l'état de santé du créancier ne lui permettant pas de subvenir à ses besoins, fixer la prestation compensatoire sous forme de rente viagère. Il prend en considération les éléments d'appréciation prévus à l'article 272* ». Cf. Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *La famille, Droit civil,* Defrénois, 3ème éd., 2009, p. 319 s., n° 785 s. ; G. CORNU, *Droit civil, la famille*, Domat, droit privé, Montchrestien, 9ème éd., 2006, p. 610 s., n° 412 s.

[592] Article 297-1 du Code civil. V. notamment : C. WATINE-DROUIN, « Du concours des demandes en divorce et en séparation de corps », *in Le monde du droit*, écrits rédigés en l'honneur de J. FOYER, Economica, 2008, p. 1023.

[593] Ph. CASSON, art. précité, spéc p. 169. Selon l'auteur, « *le législateur montre la voie, la seule qui soit conforme à ce qu'il estime être bien* ».

droit[594]. Dans les faits, une femme vend seule, et sans mandat, des immeubles dépendant de l'indivision successorale existant entre elle et son fils. Ce dernier, n'ayant rien perçu de cette vente, fait assigner en réparation de son préjudice le notaire, auquel il reproche de n'avoir pas procédé à des recherches suffisantes sur l'origine de propriété des biens et d'avoir instrumenté une vente lésionnaire. Pour le débouter de cette action, la cour d'appel de Poitiers énonce que le préjudice, né de la faute caractérisée du notaire, n'est pas certain dès lors que la victime ne démontre pas qu'elle a été dans l'impossibilité d'obtenir la réintégration de ses droits par l'exercice préalable, soit d'une action en revendication de propriété ou en rescision pour lésion contre les acquéreurs, soit d'une action en remboursement contre sa mère. L'action en responsabilité civile apparaît ici comme une action subsidiaire. La Cour de cassation, saisie de cette question, casse et annule l'arrêt au motif que « *ces voies de droit, qui n'étaient que la conséquence de la situation dommageable créée par le notaire, n'étaient pas de nature à priver le préjudice invoqué de son caractère actuel et certain* ». L'action en responsabilité civile n'est donc pas subsidiaire par rapport aux autres voies de droit dont dispose éventuellement la victime pour obtenir satisfaction. C'est, en fait, l'« *un des moyens qui est mis à sa disposition et qu'elle peut choisir de préférence aux autres* »[595].

La plénitude de la norme spéciale autorise son application au litige, c'est donc logiquement que sa défaillance conduira au retour du droit commun.

B. La défaillance de la norme spéciale, condition du retour du droit commun

177. Encadrement strict du droit spécial favorisant le retour du droit commun. On reconnaît que le « *droit commun a vocation à jouer partout où il n'est pas expressément écarté par une règle d'exception ou encore, à défaut de disposition expressément contraire, chaque fois qu'il n'entre pas en contradiction avec l'esprit d'une loi, avec les principes d'une institution ou l'économie particulière d'une législation spéciale* »[596]. En conséquence, la défaillance de la norme spéciale qu'elle soit totale ou simplement partielle entraîne le retour du droit commun (2). Cette défaillance est consubstantielle

---

[594] Cass. 1ère civ., 2 oct. 2002, *Bull. I*, n° 226 ; *JCP.G*. 2003, I. 152, chr. G. VINEY, « La certitude du dommage n'est pas affectée par l'existence d'une autre voie de droit susceptible de donner satisfaction à la victime : la non subsidiarité de l'action en responsabilité civile ».

[595] G. VINEY, chr. précitée ; *Contra*, Ph. Le TOURNEAU, *op. cit.*, n° 12 et n° 1022, l'auteur constate, lui, que « *l'action en responsabilité délictuelle est, dans une certaine mesure, une action subsidiaire. Elle ne saurait être admise chaque fois qu'une autre action a été ou est à la disposition du plaideur* ». L'auteur cite à l'appui de sa position plusieurs exemples et, notamment, l'impossibilité de cumuler les actions en responsabilité contractuelle et les actions en responsabilité extracontractuelle.

[596] F. POLLAUD-DULIAN, art. précité, p. 935.

à la nature même de la norme, norme spéciale, dans la mesure où il est admis que le champ d'application du droit spécial est strictement encadré (1).

1. Le droit spécial strictement encadré

178. Conditions du retour du droit commun. Si le droit commun peut de nouveau s'appliquer, c'est parce qu'on s'assure non seulement que le droit spécial ne s'étend pas à des situations pour lesquelles il n'était pas prévu (a), mais aussi qu'on admet que le droit spécial nouveau ne vient pas abroger le droit commun ancien (b).

a. L'interprétation stricte du droit spécial

179. De l'origine et du sens de l'interprétation stricte. La loi spéciale a, par définition, un objet strict. C'est seulement dans les limites de cet objet qu'elle écarte la loi plus générale. On reconnaît, en effet, que « *les exceptions sont d'interprétation stricte* »[597]. Dès le droit romain, les lois qui dérogent au droit commun doivent être interprétées restrictivement. On estime ces lois « odieuses », car défavorables pour le citoyen[598]. Sont ainsi tenues pour odieuses ou défavorables « *les lois pénales, celles qui imposent un tribut, une charge, ou encore une loi exorbitante du droit commun, ou dérogatoire à celui-ci, le limitant ou le restreignant* »[599]. « *Jugées contraires à l'équité, ces lois renferment des prescriptions législatives qui d'une manière ou d'une autre ne concordent pas avec le droit commun* »[600]. Cette distinction est par la suite étendue au droit commun coutumier français, appelé à s'appliquer comme un droit général supplétoire, alors que les coutumes locales dérogatoires, toujours perçues comme odieuses, sont là encore d'interprétation stricte. Les statuts, qui désignent essentiellement la législation édictée par les cités italiennes au Moyen Age, doivent être interprétés de manière non extensive, de sorte que l'on s'écarte le moins possible du droit commun[601]. Pareillement, en 1695, Domat écrit que « *les lois qui dérogent au droit commun (…) s'interprètent de sorte qu'on ne les applique pas au-delà de leurs dispositions à des conséquences pour des cas où elles ne s'entendent point* »[602]. Encore aujourd'hui, et bien

---

[597] H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec 4ème éd. 1999, n° 125 ; M. LEBEAU, *De l'interprétation stricte des lois. Essai de méthodologie*, sous la direction de P.-Y. Gautier, Paris II, 2007.

[598] J. GAUDEMET, « Du *ius commune* au droit communautaire », *in Clés pour le siècle*, Dalloz 2000, p. 1011, spéc. p. 1021

[599] C. LE BRAS, C. LEFEBVRE et J. RAMBAUD, « L'Age classique, 1140-1378. Sources et théorie du droit », *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident*, Paris, Sirey, 1965, t. VIII, p. 451 s.

[600] C. LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, Paris, Sirey, 1938, p. 121 s.

[601] P. GODDING, « L'interprétation de la loi dans le droit savant médiéval et dans le droit des Pays Bas méridionaux », *in l'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire*, (dir.) M. Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 433, spéc. p. 455.

[602] J. DOMAT, *Traité des loix civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle édition par J. REMY, Paris, Alex-Gobelet, t. I, 1835, p. 90 s.

que l'on se soit écarté de la distinction entre lois odieuses et lois de droit commun[603], l'interprétation stricte de la loi spéciale est retenue. En pratique, cette interprétation peut se manifester de deux façons. « *Cela peut signifier d'abord que la portée du texte ne sera pas étendue à des faits que ses termes ne visent pas* »[604]. L'interprétation stricte prend alors le sens d'une interprétation non extensive du texte. On retient que la portée du texte ne doit pas être étendue de façon à y faire rentrer des situations qu'il ne prévoit pas. Les dispositions de la loi Badinter, relatives aux dommages causés par des véhicules terrestres à moteur, ne sauraient, par exemple, être applicables aux bicyclettes. Interpréter strictement une règle signifie ensuite « *en retenir le sens le moins étendu, le plus limité, lorsqu'en raison de l'imprécision ou de l'ambiguïté des termes légaux le choix se présente entre un sens large et un sens plus restreint* »[605]. Ici, l'interprétation stricte implique une interprétation limitée des termes du texte. En cas de doute dans l'interprétation d'un texte, on en retiendra le sens le plus étroit. En ce sens, le train ne doit pas être qualifié de véhicule terrestre à moteur. On considère que ces derniers doivent rouler dans une voie ouverte à la circulation ce qui n'est pas le cas du train qui circule dans une voie qui lui est propre. La maxime exige finalement que « *les exceptions soient contenues dans les limites du texte et interdit catégoriquement toute création d'exceptions en dehors des dispositions légales précises* »[606].

180. Légitimité de l'interprétation stricte. Deux raisons principales expliquent que l'on reconnaisse au droit commun une vocation à régir le plus grand nombre de situations. Tout d'abord parce que sa généralité est gage d'équité et d'égalité entre les justiciables. Ensuite, parce que l'on veut éviter que les bénéfices recherchés par la règle spéciale soient étendus à des situations pour lesquelles ils n'étaient pas prévus. En définitive, selon ce principe d'interprétation stricte, tout ce qui excède le champ d'application assigné au régime spécial relève *ipso facto* du régime général. « *Le doute et le silence profitent au droit commun. La défaveur est sur le jus singulare* »[607].

b. La simple dérogation du droit spécial au droit commun

181. Abrogation et dérogation. On admet que le droit spécial n'abroge pas le droit commun, il y déroge simplement dans la partie pour laquelle il est spécialement compétent[608]. Ainsi, « *le régime particulier fait seulement écran entre le*

---

[603] Dès le XVIII[ème] siècle, la distinction entre les lois odieuses et les autres lois est tombée en défaveur. V. notamment, P.-A. COTE, « L'interprétation de la loi en droit civil et en droit statutaire : communauté de langue et différences d'accents », *RJT.*, 1997, p. 45, spéc p. 75.

[604] P.-A. COTE, art. précité, spéc p. 67.

[605] *Ibid*

[606] H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, loc. cit.

[607] G. CORNU, *Introduction au droit,* Domat, Droit privé, Montchrestien, 13[ème] éd. 2007, p. 216, n° 415.

[608] A. JEAMMAUD, Des oppositions de normes en droit privé interne, Université Jean Moulin, Lyon III, 1975, p. 678, n° 379. L'auteur constate en ce sens que « *la règle specialia generalibus derogant ne*

régime de droit commun théoriquement applicable et la situation litigieuse »[609]. Il faut opérer une distinction entre abrogation et dérogation du point de vue de leurs effets. Lorsque le premier phénomène entraîne la disparition de la norme jugée inapplicable, le second ne fait que l'écarter. Lors d'un concours entre le droit commun et le droit spécial, ce dernier s'applique sans pour autant dénier sa force obligatoire au droit commun, il ya là une simple dérogation. La jurisprudence évoque en ce sens l'inapplication de la règle générale par des termes tels que : « *le régime particulier exclut* »[610], ou « *écarte* »[611] le régime de droit commun. Elle indique encore que le régime spécial est « *le seul applicable* »[612], en rappelant qu'il n'y a lieu qu'à dérogation[613]. En conséquence, même si le régime général est refoulé par le régime particulier, il conserve *de lege lata* une place dans notre droit positif lorsque le régime spécial est défaillant.

2. La défaillance partielle ou totale de la norme spéciale

182. Défaillance totale du droit spécial. Le droit commun retrouve son empire lorsque les conditions de la norme principale ne sont pas remplies. On estime

---

provoque aucune abrogation, même partielle, mais intervient au niveau du conflit de compétence entre la règle spéciale et la règle générale ».

[609] M. POUMAREDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, sous la direction de C. Saint-Alary-Houin, Toulouse I, 2003, p. 245, n° 375.

[610] V. par exemple, Cass. 2ème, civ., 23 janvier 2003, *Inédit*, n° 00-21430 ; *Resp. civ. Ass.* 2003, comm. n° 93, « *Attendu que le premier des textes susvisés visant spécialement la ruine d'un bâtiment (art. 1386), laquelle doit s'entendre non seulement de sa destruction totale, mais encore de la dégradation partielle de toute partie de la construction ou de tout élément mobilier ou immobilier qui y est incorporé de façon indissoluble, pour imposer sans distinction au propriétaire la responsabilité de ce fait et la subordonner à la preuve d'un défaut d'entretien ou d'un vice de construction, exclut l'application de la disposition générale de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil relative à la responsabilité du fait de toute chose, mobilière ou immobilière, que l'on a sous sa garde* » ; Dans le même sens, Cass. 2ème civ., 19 octobre 2006, Inédit, n° 05-14525, qui dispose que « *ce dernier texte (art. 1386) visant spécialement la ruine du bâtiment exclut la disposition générale de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil relative à la responsabilité du fait de toute chose, mobilière ou immobilière, que l'on a sous sa garde* » ; Cass. 1ère civ. 11 juin 2003, Inédit titré, n° 99-17956, qui décide que « *l'attribution spéciale de compétence en matière disciplinaire découlant de l'article 3 du décret 73-1202 du 28 décembre 1973 exclut l'application des dispositions générales de l'article 47 du nouveau Code de procédure civile* ».

[611] V. par exemple, Cass. 2ème civ. 16 janvier 1974, *Bull. II*, n° 24, « *La cour d'appel a, à bon droit, écarté l'application de l'article 1384, alinéa 1er, pour se fonder sur l'article 1386 également invoqué par les demandeurs* ».

[612] V. par exemple, Cass. soc., 14 décembre 1961, *Bull. V*, n° 1045, qui déclare, à propos d'un concours entre l'article 1382 du Code civil et les articles 470 du Code de la sécurité sociale et 4 paragraphe 6, de l'annexe III du décret du 22 juin 1946, portant statut du personnel des industries électriques et gazières, ces derniers articles *« seuls applicables* » ; Cass. com., 28 mai 1963, *Bull. IV*, n° 262, qui constate qu'« *on ne saurait, dès lors, faire grief a une cour d'appel d'avoir décidé que les arrêtés de blocage des prix des 17 février 1954 et 19 juillet 1956 n'étaient pas applicables à un marché de travaux pour la construction de logements économiques et familiaux, et que l'arrêté du 11 mars 1954, seul applicable et dérogeant à la réglementation générale des prix, autorisait, dans son article 4, l'insertion, dans les conditions qu'il précise, d'une clause de révision des prix dans un tel marché* ».

[613] Cass. com., 28 mai 1963, *Ibid*

que, dans cette situation, l'objectif pour lequel le droit spécial a été fixé n'ayant pas pu être atteint, il ne faut pas pour autant en empêcher toute réalisation. Le droit commun doit dès lors être employé pour parvenir, au moins en partie, à remplir la finalité recherchée par le droit spécial. Toutefois, il ne faudra pas, par l'utilisation du droit commun, détourner le but voulu par le législateur. Il sera donc nécessaire de s'assurer de l'intention qu'il a eu lorsqu'il a choisi de restreindre le bénéfice de tels ou tels droits par une disposition plus spéciale aux conditions d'application plus restrictives.

183. Défaillance partielle du droit spécial. Le droit commun s'applique lorsque la norme principale est en partie défaillante. On évoque ainsi sa capacité à combler les lacunes du droit spécial[614]. Déjà, dans les droits savants médiévaux, l'interprétation stricte des statuts qui dérogent au *ius commune* exige que les lacunes soient comblées, non pas par extension de la portée du statut, mais par le recours au *ius commune*. Le statut est dit *tamquam mulum* ; il est stérile, impuissant à engendrer de nouvelles normes pour disposer des situations non prévues expressément[615]. Selon les termes de Savigny, on ne saurait attribuer au droit d'exception, le *ius singulare,* « *la force organique et créatrice du droit normal* »[616].

Le droit commun connaît encore aujourd'hui cette vocation à combler les vides du droit spécial. L'exemple suivant permet de l'illustrer. La saisie des navires est régie par des règles spécifiques édictées par la loi du 3 janvier 1967 et le décret du 27 octobre 1967, mais aucun de ces textes ne prévoit les diligences que doit accomplir le créancier lorsqu'il a obtenu du juge l'autorisation de saisir conservatoirement le navire. On se réfère, pour pallier ce manque, aux règles générales sur les procédures civiles d'exécution (Loi du 9 juillet 1991 et décret du 31 juillet 1992) prescrivant au créancier d'engager ou de poursuivre une procédure lui permettant d'obtenir un titre exécutoire dans le mois suivant la saisie, à peine de caducité de la mesure conservatoire (art. 70 de la loi de 1991 et art. 215 du décret de 1992)[617]. Dans cette fonction, le droit commun ne se trouve pas en concours avec le droit spécial. Il existe en réalité entre les deux, non pas une situation de concurrence, mais une situation de concertation qui conduit à appliquer les deux normes de concert[618].

---

[614] H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 418 ; D. MAZEAUD, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », *in Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, rétrospectives et perspectives à l'heure du bicentenaire du Code civil*, Geneviève Pignarre (dir.), Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005, p. 73, spéc. p. 81, n° 13. Selon M. Mazeaud, « *le droit spécial qui s'incarne dans une loi nouvelle ne se suffit pas toujours à lui-même ; il comporte des imprécisions, des lacunes, des failles, des imperfections qui l'empêchent de régir intégralement ou efficacement les situations qui entrent dans son champ d'application, d'où le recours au droit commun* ».

[615] P.-A. COTE, art. précité, spéc p. 72.

[616] F.-C. DE SAVIGNY, *Traité de droit romain*, Paris, Firmin Didot Frères, t. I, 1840, p. 287.

[617] R. PERROT et P. THERY, *Procédures civiles d'exécution,* Dalloz, 2ème éd., 2005, p. 528, n° 574 ; S. GUINCHARD et T. MOUSSA, *Droit et pratique des voies d'exécution,* Dalloz, 6ème éd., 2009, p. 520, n° 712-41.

[618] Cf. *supra* n° 16.

Conclusion du chapitre 1
L'identification du principe de subsidiarité

184. Définition du principe de subsidiarité. La subsidiarité en tant que principe permet depuis plusieurs siècles de réguler les relations entre deux institutions, deux organes, deux actions ou même deux droits. Un double mouvement la caractérise. Le premier est celui de la non-ingérence. L'élément dit subsidiaire doit laisser sa place à l'élément principal qui va seul agir. L'objectif est de favoriser l'autonomie d'un niveau jugé plus faible. Le second est celui de l'intervention. L'élément subsidiaire retrouve sa compétence pour pallier les carences de l'élément principal. Si, par principe, l'action doit être engagée par l'élément principal, il ne faut pas que son inaptitude empêche toute action d'être entreprise.

Ce principe n'étant pas immédiatement transposable aux normes de la responsabilité civile extracontractuelle, il a fallu passer par l'adage *specialia generalibus derogant*. On en a déduit que l'élément principal serait la norme spéciale et l'élément subsidiaire, la norme de droit commun.

185. Fonctionnement du principe de subsidiarité. Une fois le principe défini, il a été nécessaire de s'interroger sur son fonctionnement. On constate que le principe de subsidiarité produit un double effet. D'une part, la norme spéciale prévaudra dès lors que ses conditions d'application seront toutes réunies. D'autre part, la norme de droit commun sera de nouveau applicable en cas de défaillance de la norme spéciale. C'est selon ce raisonnement que l'ensemble des concours structurels simples de normes pourra être résolu.

Reste alors à appliquer concrètement le principe de subsidiarité aux concours de normes dans la responsabilité civile extracontractuelle.

Chapitre 2. L'articulation des normes par le principe de subsidiarité

186. Pratique délicate de la subsidiarité. Si le principe de subsidiarité permet concrètement la résolution des concours entre les normes de la responsabilité civile (Section 1), il n'est pas toujours aisé d'atteindre ce résultat. De nombreux obstacles jalonnent cette entreprise. Il nous appartient alors de les dépasser (Section 2).

Section 1. La résolution des concours de normes de la responsabilité civile extracontractuelle à l'aide du principe de subsidiarité

187. Du droit commun au droit spécial. Il s'agit maintenant d'apprécier l'effet du principe de subsidiarité sur les règles de la responsabilité civile extracontractuelle, en observant la résolution des concours de normes par l'application prioritaire du droit spécial, d'une part (§1), et par l'application subsidiaire du droit commun, d'autre part (§2).

§1. La résolution des concours de normes par l'application prioritaire du droit spécial

188. Premières vérifications avant l'application du principe. Pour appliquer le principe de subsidiarité, il est nécessaire de vérifier que l'on est bien en présence d'un concours structurel simple. Rappelons que trois éléments doivent être réunis :

- un rapport de concurrence doit exister entre les normes, puisque, sans lui, il n'existe pas de concours ;
- une relation de spécialité doit être constatée entre les normes, sinon le concours n'est pas structurel[619] ;
- un responsable unique doit être désigné par les normes pour que le concours structurel soit simple et non pas complexe[620].

189. Application du principe aux normes de la responsabilité civile. Cette démarche effectuée, le concours se résoudra par l'application prioritaire du droit spécial. Afin d'appliquer ce principe aux normes de la responsabilité civile, il est possible de distinguer entre les différents degrés de spécialité précédemment identifiés. On trouve ainsi des concours structurels simples entre normes générales et normes spéciales (A) et entre normes spéciales et normes particulières (B). Toutefois, il n'est pas possible ici d'envisager toutes les hypothèses de concours tant les normes de la responsabilité civile extracontractuelle sont nombreuses, en conséquence il a fallu choisir, parmi elles, les hypothèses les plus pertinentes pour illustrer cette démonstration.

---

[619] Un concours est dit structurel lorsque les deux normes en cause sont en concurrence depuis leur création du fait du rapport de genre à espèce existant entre elles. Cf. supra n° 19.

[620] Un concours complexe est en cause lorsque deux responsables sont désignés pour avoir à répondre du même dommage.

A. Les concours structurels simples entre normes générales et normes spéciales

190. Résolution en faveur de la norme spéciale. En vertu du principe de subsidiarité, la norme générale doit céder sa place chaque fois que les conditions d'application de la norme spéciale sont réunies. Plusieurs situations permettent de l'illustrer.

191. Responsabilité du fait personnel. Des créanciers exercent une action en paiement des dettes sociales contre le dirigeant d'une entreprise aujourd'hui en liquidation judiciaire. Ils estiment, en effet, que ce dernier a commis une faute de gestion ayant concouru à l'insuffisance d'actif. Dans cette hypothèse, deux articles sont notamment applicables. Il s'agit des dispositions de l'article 1382 du Code civil (responsabilité personnelle pour faute) et de celles de l'article L. 651-2, alinéa 1er, du Code de commerce qui prévoient que : « *lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables*. »

Le principe de subsidiarité est-il adapté à cette situation ? Il faut, pour répondre à cette interrogation, s'assurer de l'existence du rapport de concurrence, du rapport de spécialité et constater qu'un seul responsable est désigné. L'existence d'un rapport de spécialité a été précédemment vérifiée[621], il faut donc s'intéresser aux deux autres conditions. Concernant le rapport de concurrence, l'action prévue par le Code de commerce connaît un régime beaucoup plus restrictif et contraignant que celle du Code civil. En voici quelques illustrations :

- L'action spéciale ne peut être exercée que par des personnes précisément désignées par la loi, le liquidateur, le ministère ainsi que la majorité des créanciers (nommés contrôleurs)[622]. Au contraire, l'action de droit commun peut être engagée par toute personne subissant un dommage ;

- L'action spéciale impose que les sommes obtenues des dirigeants condamnés soient réparties entre tous les créanciers au marc le franc tandis que, selon le droit commun, la répartition s'effectue selon le rang de préférence des créanciers ;

- L'alinéa 2 de l'article L.651-2 consacre une prescription triennale alors que celle-ci est de cinq ans en droit commun.

Le risque de contrariété entre les deux régimes est donc identifié.

Enfin, l'action ici envisagée tend à faire reconnaître le dirigeant comme unique responsable, la dernière condition est bien présente. Le principe de subsidiarité est applicable. C'est d'ailleurs la solution retenue par la Cour de cassation qui rappelle

---

621 Cf. *supra* n° 166.

622 Article L.651-3 du Code de commerce.

régulièrement que « *lorsque le redressement ou la liquidation judiciaires d'une société à responsabilité limitée fait apparaître une insuffisance d'actif, les dispositions des articles 180 et 183 de la loi du 25 janvier 1985, devenues les articles L. 651-2 et L. 651-3 du Code de commerce, qui ouvrent, aux conditions qu'ils prévoient, une action en paiement des dettes sociales à l'encontre des dirigeants en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, ne se cumulent pas avec celles de l'article 1382 du Code civil* »[623]. Seules les dispositions des articles L651-2 et suivants du Code de commerce peuvent jouer.

192. Responsabilité du fait des choses. Deux hommes pilotant une moto des mers entrent en collision. L'un des deux, blessé, assigne l'autre en paiement de dommages et intérêts. Deux régimes de responsabilité, au moins, peuvent être employés : l'article 1384, alinéa 1er (responsabilité du fait des choses) et la loi du 5 juillet 1934 qui dispose, dans son article 1er, qu'« *en cas d'abordage survenu entre bateaux de navigation intérieure, les indemnités dues à raison des dommages causés aux bateaux, choses ou personnes se trouvant à son bord sont réglées conformément aux dispositions de la présente loi* ». Cette loi pose un régime de responsabilité à l'encontre de celui qui exploite ou maîtrise le navire, pour tous les dommages que celui-ci aurait causés, s'il est prouvé une faute de sa part (article 3). Concernant la présence d'un rapport de spécialité, on a vu que l'article 1384, alinéa 1er, est le régime général de responsabilité du fait des choses tandis qu'il ne fait aucun doute que la loi de 1934 est, en comparaison, un régime spécial, la chose ici concernée étant le bateau. Concernant le rapport de concurrence, il est certain qu'un régime qui s'appuie sur la recherche d'une faute[624] face à un régime qui instaure une présomption de responsabilité[625] se trouve en concurrence avec lui. Enfin, la responsabilité d'une seule personne est recherchée : le pilote de la moto des mers. Les conditions du principe de subsidiarité se vérifiant, la priorité est donnée à la loi de 1934. La jurisprudence est conforme à cette solution[626].

193. Responsabilité du fait d'autrui. Actuellement, à défaut de pouvoir affirmer l'existence d'un régime général du fait d'autrui, aucun concours ne peut ici être relevé[627]. Toutefois, si l'extension des régimes de responsabilité du fait de la garde d'un état et de la garde d'une activité venait à être consacrée[628], on pourrait estimer qu'en application du principe de subsidiarité, ces deux régimes

---

[623] Cass. com., 28 février 1995, *Bull. IV*, n° 60 ; *D.* 1995, p. 390, note F. DERRIDA ; Cass. com., 19 février 2002, *Inédit,* n° 98-21624 ; *Dr. Soc.* 2002, comm. n° 117, note D. VIDAL ; Cass. com., 10 juillet 2007, *Inédit,* n° 06-16165.

[624] Article 3

[625] Cass ch. réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*, *Bull.* n° 34 ; *DP* 1930, I. p. 57, note G. RIPERT ; *S.* 1930, I. p. 21, note P. ESMEIN.

[626] V. notamment, Cass. com., 5 novembre 2003, *Bull. IV*, n° 159 ; *DMF.* 2004, p. 331, obs. P. BONASSIES ; *Resp. civ. Ass* 2004, comm. n° 45, obs. H. GROUTEL ; *Lamy droit civil* 2004, p. 17, obs. A. MARCHAND.

[627] Cf. *supra* n° 69.

[628] *Ibid*

deviendraient subsidiaires et cèderaient leur place aux régimes spéciaux de responsabilité du fait d'autrui tels que celui des parents du fait de leurs enfants ou des commettants du fait de leurs préposés[629].

194. Responsabilité pour troubles de voisinage. Un incendie prend naissance dans une propriété et se propage à la propriété voisine. Le voisin, victime, veut obtenir des dommages et intérêts et assigne en réparation le propriétaire du bien dans lequel l'incendie a démarré. Il peut *a priori* engager son action tant sur le fondement de la responsabilité du fait des troubles de voisinage que sur celui de la responsabilité du fait des incendies (article 1384, alinéa 2). Le rapport de spécialité entre ces deux régimes a déjà été démontré[630] et le rapport de concurrence est lui aussi aisément vérifié. En effet, la disposition spéciale, contrairement au principe général, requiert la preuve d'une faute. De plus, le propriétaire est toujours désigné comme étant le responsable. On en déduit que seules les dispositions de l'article 1384, alinéa 2, sont utilisables si ses conditions d'application sont remplies. A nouveau, la jurisprudence consacre une telle solution[631].

Finalement, quel que soit le fait générateur en cause, une fois les conditions du principe de subsidiarité réunies, le régime spécial devrait toujours être exclusif du régime général. Cette solution, dont nous avons vu précédemment la justification, n'appelle alors pas de remarque particulière.

---

[629] Monsieur Jean-Baptiste Laydu et Mademoiselle Anne-Lorainne Guillou, envisageant les suites de l'arrêt *Blieck*, considéraient qu'*« il est parfaitement légitime de penser que les cas spéciaux de responsabilité du fait d'autrui doivent exclure le nouveau cas général fondé sur l'article 1384, alinéa 1er »* : J.-B. LAYDU, A.-L. GUILLOU, « L'"effet *Blieck*" : Des mutations au bouleversement ? », *RRJ*-2 1998, p. 479. Il en est de même pour Messieurs Philippe Malaurie, Laurent Aynes et Philippe Stoffel-Munck qui relèvent que la jurisprudence *Blieck* s'efface si la situation relève simultanément d'un cas spécial de responsabilité du fait d'autrui, qu'il s'agisse de la responsabilité des instituteurs ou des parents ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 71, spéc. n° 149. V. enfin, R. CABRILLAC, *Droit des obligations,* Dalloz, Cours, droit privé, 9ème éd., 2010,p. 209 s., n° 262 s., l'auteur constate que ce principe général va alors s'effacer devant une règle spéciale de responsabilité du fait d'autrui

[630] Cf. *supra* n° 169.

[631] Cass. 3ème civ., 15 novembre 1978, *Bull III*, n° 345 ; *D*. 1979, IR, p. 347, obs. Ch. LARROUMET ; *RTD. civ.* 1979, p. 802 , obs. G. DURRY ; *RD Im.* 1979, p. 306, obs. J.-L. BERGEL.

B. Les concours structurels simples entre régimes spéciaux et régimes particuliers

195. Faveur donnée aux régimes particuliers. Lors du concours entre deux normes spéciales, c'est la disposition la plus spéciale, dont les conditions d'application sont présentes, qui doit être employée. Plusieurs situations permettent de le vérifier.

196. Concours entre les articles L. 651-2 du Code de commerce et L. 223-22 du même code. Dans le premier exemple proposé précédemment, nous avons vu qu'un concours structurel était possible entre l'article 1382 du Code civil et l'article L. 651-2 du Code de commerce[632]. Or, en la matière, une troisième disposition peut aussi trouver à s'appliquer. Il s'agit de l'article L. 223-22 du Code de commerce. Ce dernier dispose que : « *les gérants sont responsables, individuellement ou solidairement, selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés à responsabilité limitée, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion* ». Il s'agit donc d'un régime spécial de responsabilité du fait personnel. L'article L. 651-2, qui condamne le dirigeant en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif et donc à la liquidation ou au redressement, apparaît comme plus spécial que l'article L. 223-22. Ce dernier permet, lui aussi, la condamnation du dirigeant, mais cette fois-ci dans tous les cas où il peut être fait la preuve d'une faute de gestion de sa part, peu importe que celle-ci ait eu pour conséquence une liquidation ou non. Il apparaît alors que, dans la relation qui unit ces deux articles, l'article L. 223-22 est un régime spécial et l'article L. 651-2 est un régime particulier. Le rapport de spécialité est avéré. De plus, un seul répondant est identifié en la personne du dirigeant. Quant au rapport de concurrence, ces deux dispositions ont bien un régime différent. Notamment quant à leur prescription. En effet, si elles prévoient toutes deux une prescription triennale, l'élément déclencheur de cette prescription est différent pour chacune d'elles. Dans le cas du régime particulier, la prescription débute à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire tandis que pour le régime spécial, elle commence à compter du fait dommageable. Le principe de subsidiarité s'applique donc. La jurisprudence le confirme et considère que « *lorsque le redressement ou la liquidation judiciaires d'une société à responsabilité limitée fait apparaître une insuffisance d'actif, les dispositions des articles L. 651-2 et L. 651-3 du Code de commerce, qui ouvrent, aux conditions qu'ils prévoient, une action en paiement des dettes sociales à l'encontre des dirigeants en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, ne se cumulent pas avec celles de l'article L. 223-22 du Code de commerce* »[633]. Seules les dispositions les plus spéciales de l'article L. 651-2 du Code de commerce permettront, en définitive, la résolution du litige.

---

[632] Cf. *supra* n° 191.

[633] Cass. com 10 juillet 2007, *Inédit,* n° 06-16165.

197. Concours entre les alinéas 5 et 6 de l'article 1384 du Code civil. Un apprenti provoque un dommage alors qu'il se trouve sous la surveillance de son artisan. La victime, qui veut poursuivre ce dernier en réparation de son préjudice, peut user soit des dispositions de l'article 1384, alinéa 5 (responsabilité du commettant du fait de son préposé), soit de celles de l'article 1384, alinéa 6 (responsabilité de l'artisan du fait de son apprenti). Ces deux dispositions sont des régimes spéciaux de responsabilité du fait d'autrui. Il apparaît que le régime prévu par l'alinéa 6 est un régime particulier de responsabilité du fait du préposé. En effet, la relation d'apprentissage constitue une espèce de relation de préposition. Cette dernière se prouve notamment par la présence d'un rapport d'autorité entre deux personnes. Or, l'artisan donne des ordres et des directives à son apprenti, de sorte qu'il est considéré comme son commettant. Une relation de spécialité est donc reconnue. Ensuite, l'existence du rapport de concurrence se vérifie notamment par le constat de ce que la mise à l'écart de la responsabilité pour abus de fonction est spécifique à la seule responsabilité des commettants. Enfin, seul l'artisan est désigné comme un responsable potentiel. Le principe de subsidiarité est donc applicable. Suivant ce principe, la Cour de cassation, dans un arrêt rendu par sa deuxième chambre civile le 8 décembre 1961, retient que « *la responsabilité des artisans à l'égard de leurs apprentis et celles des commettants à l'égard de leurs préposés sont exclusives l'une de l'autre* ». Elle en déduit qu'« *ayant constaté que l'auteur du dommage était en apprentissage (…) les juges d'appel ne pouvaient en méconnaissance de sa qualité d'apprenti, considérer qu'il avait agi en la circonstance, comme préposé au sens de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil* »[634].

[634] Cass. 2ème civ., 8 décembre 1961, précité.

§2. La résolution du concours par l'application subsidiaire du droit commun

198. De l'obligation à la contribution à la dette : le retour du droit commun subsidiaire. On organise généralement la question de la mise en œuvre de la responsabilité en suivant l'ordre chronologique du procès en réparation. Ce qui conduit à s'intéresser, d'abord, à la créance de réparation de la victime envers le responsable. Autrement dit, à l'obligation à la dette. Pour ensuite examiner la dette de responsabilité entre les différents coresponsables, c'est-à-dire la contribution à la dette. Ce sont ces deux étapes que l'on peut suivre pour comprendre la place du droit commun dans les concours entre les normes de la responsabilité civile extracontractuelle. Suivant cet ordre, on appréciera, dans un premier temps, la subsidiarité du droit commun de la responsabilité quant à l'obligation à la dette (A) et, dans un second temps, quant à la contribution à la dette (B).

A. La subsidiarité du droit commun quant à l'obligation à la dette

199. Retour du droit commun, fonction de la défaillance du droit spécial. Nous avons vu que la notion de droit commun pouvait s'entendre de deux manières : droit commun comme matrice informelle et droit commun formalisé dans des dispositions générales du Code civil[635]. La distinction va prendre ici toute son importance. En effet, la défaillance partielle du droit spécial conduira au retour du droit commun référentiel (1) tandis que la défaillance totale du droit spécial entraînera le retour du droit commun dans ses dispositions formelles (2).

1. Le retour du droit commun référentiel

200. Défaillance partielle du droit spécial. Alors que les régimes de droit commun sont écartés par les régimes de droit spécial compétents, le droit commun continue à s'appliquer pour définir les notions que le droit spécial lui a empruntées.

201. Droit spécial incomplet. Il arrive que le législateur se borne à dessiner les grands traits des législations spéciales, obligeant ainsi le juge à les affiner. Pour ce faire, il s'appuie sur le « fond juridique » connu et éprouvé que constitue le droit commun[636]. On retrouve dans le droit spécial des notions ou des règles portant sur la

---

[635] Cf. *supra* n° 151.

[636] D. MAZEAUD, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », *in Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospectives et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Geneviève Pignarre (dir.), Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005, p. 73, spéc. p. 80, n° 12. L'auteur remarque que « *pour des raisons souvent techniques (…) il n'est pas rare de constater que, pour leur mise en œuvre, les droits spéciaux se nourrissent des concepts et des règles qui charpentent et animent le droit commun* ».

garde, la faute, la causalité, la force majeure ou le fait d'un tiers, déjà employées en droit commun. La résurgence de notions et de règles propres au droit commun de la responsabilité du fait des choses est largement avérée dans la loi sur les accidents de la circulation. C'est le cas de la notion de gardien. L'obligation d'indemnisation pesant dans cette législation sur le conducteur ou gardien du véhicule impliqué[637], la jurisprudence reprend la définition qu'elle en donne pour l'application de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil[638]. Pareillement, cette loi se réfère à la notion de faute de la victime et à son régime pour apprécier le cas particulier de la faute de la victime conductrice[639]. Dans son article 6, elle énonce la règle selon laquelle la faute de la victime immédiate est opposable à la victime par ricochet. Selon la gravité, elle diminue ou exclut la réparation de la victime immédiate[640]. Or, cette règle est traditionnellement reconnue en droit commun de la responsabilité depuis un arrêt de l'assemblée plénière du 19 juin 1981[641]. On s'y rattache donc volontiers. On note d'ailleurs que la notion de faute doit, elle, être considérée au regard de la faute admise au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil.

202. Droit spécial écarté. Parfois, la jurisprudence a cherché à réintroduire du droit commun là où la loi l'avait expressément écarté. On pourrait citer comme exemple une jurisprudence, aujourd'hui révolue, ayant trait à la loi Badinter sur les accidents de la circulation. Bien que cette loi soit normalement prévue pour réparer les dommages causés par un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur, et non ceux causés par le véhicule terrestre à moteur lui-même, la jurisprudence entreprit de distinguer, dans le cadre des collisions en chaîne, l'implication dans l'accident de l'implication dans le dommage[642]. Pour répondre aux conditions de la loi, il faut vérifier, d'une part, que le véhicule du

---

637 Article 2 de la loi du 5 juillet 1985.

638 V. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, Précis droit privé, Dalloz, 10ème éd. 2009, p. 945, n° 937 ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Manuel, Litec 2ème éd., 2009, p. 227, n° 359 ; M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Droit civil, Economica, T. V., 1ère éd., 2007,p. 598, n° 527.

639 V. Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, *Les obligations*, Droit civil, Defrénois, 4ème éd. 2009, p. 155, n° 271 ; Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2010/2011, n° 8064 ; M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, loc. cit.

640 V. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 965 s. n° 961 s. ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Manuel, Litec, 11ème éd., 2010, p. 528 s., n° 681 s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, *op. cit.*, loc. cit. ; Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 456 s., n° 693 s. ; Ph. Le TOURNEAU, *op. cit.*, n° 8197 s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, le fait juridique*, Université, Sirey, 13ème éd., 2009, p. 417 s., n° 343 s. ; M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 612, n° 541 ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, Cours, droit privé, 9ème éd., 2010, p. 229 s., n° 288 s.

641 Cass. AP., 19 juin 1981, *Bull. AP.*, n° 3 ; *GAJC* n° 189 ; *JCP. G.* 1982, II. 19712, rapp. A. PONSARD ; *D.* 1981, p. 641, note Ch. LARROUMET ; *D.* 1982, p. 85, concl. J. CABANNES, note F. CHABAS ; dans le même sens Cass. 1ère civ., 11 janvier 1983, *Bull. I*, n° 13 ; Cass. 2ème civ., 15 juin 1988, *Bull. II*, n° 144 ; *Resp. civ. Ass*. 1988, comm. n° 10.

642 Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 451, n° 684.

défendeur est impliqué dans l'accident complexe, constitué par les collisions en chaîne, et d'autre part, que le dommage de la victime résulte de cet accident, peu importe qu'il soit ou non, causé par ce véhicule en particulier[643]. Or, la Cour de cassation admettait, jusqu'en 2000, que le conducteur ou gardien d'un véhicule impliqué dans un carambolage pouvait échapper à son obligation d'indemnisation s'il démontrait que le dommage invoqué n'était pas le fait de son véhicule[644]. Elle distinguait ainsi entre imputabilité et implication, et réintroduisait une causalité directe entre le véhicule et le dommage pourtant exclue par la loi.

Suite aux nombreuses critiques formulées par la doctrine, notamment eu égard au détournement de la loi que constituait cette jurisprudence, la Cour de cassation, non sans de nombreuses hésitations[645], a renoué avec l'approche globale de l'accident en chaîne. Elle affirme aujourd'hui, avec constance[646], que « *dans la survenance d'un accident complexe, sont impliqués au sens de l'article 1er de la loi du 5 juillet 1985, tous les véhicules qui sont intervenus à quelque titre que ce soit* »[647].

Même si la jurisprudence s'est aujourd'hui rangée à l'avis de la doctrine et est revenue à une solution conforme à la loi, on constate que la notion de causalité ressort tout de même encore dans l'utilisation de ce régime spécial. La loi du 5 juillet 1985, dans son article 1er, pose implicitement la condition d'un lien causal entre l'accident et le dommage. Mais, au lieu de se contenter de la référence faite par cet article à la causalité, la Cour de cassation préfère se rattacher aux dispositions de l'article 1382 du Code civil qu'elle vise expressément[648]. Elle cherche ainsi à revenir au droit commun de la responsabilité.

Il semble, à la lumière de ces deux derniers exemples, que le juge ait parfois des difficultés à faire le deuil des notions traditionnelles. Il paraît bien délicat, voire

---

643 M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 606, n° 534.

644 Cass. 2ème civ., 24 octobre 1990, *Bull. II*, n° 211 ; *RTD. civ.* 1991, p. 131, obs. P. JOURDAIN. Dans le même sens : Cass. 2ème civ., 28 juin 1989, *Bull. II*, n° 141 ; *Resp. civ. Ass*. 1989, comm. n° 304, obs. H. GROUTEL, *GP.* 1989, I. 898, obs. F. CHABAS ; *JCP. G.* 1990, II. 21508, note J.-C. MONTANIER ; *RTD. civ.* 1990, p. 94, obs. P. JOURDAIN ; Cass. 2ème civ., 25 mars 1991, *RTD. civ.* 1991, p. 551, obs. P. JOURDAIN ; Cass. 2ème civ., 7 février 1996, *Bull. II*, n° 32 ; *RTD. civ.* 1996, p. 406, obs. P. JOURDAIN.

645 Pour une première solution dans le sens d'une approche global de l'accident : Cass. 2ème civ., 24 juin 1998, *Bull. II*, n° 205 ; *JCP. G.* 1998, I. 187, n° 35, obs. G. VINEY ; *Resp.* civ. Ass., 1998, chr. n° 19, obs. H. GROUTEL ; *RTD. civ.* 1998, p. 922, obs. P. JOURDAIN. Mais, par la suite, Cass. 2ème civ., 5 novembre 1998, *Bull. II*, n° 261 ; *JCP. G.* 1999, II. 10084, note Ph. CONTE ; *Resp. civ. Ass*. 1998, chr., n° 27, obs. H. GROUTEL ; *RTD. civ.* 1999, p. 121, obs. P. JOURDAIN.

646 Cass. 2ème civ., 6 janvier 2000, *Bull. II*, n° 1 ; *RTD. civ.* 2000, p. 348, obs. P. JOURDAIN ; Cass. 2ème civ., 24 février 2000 (deux arrêts), *Bull. II*, n° 30 et 31 ; *JCP. G.* 2000, I. 243, n° 32, obs. G. VINEY (la portée de ces arrêts a toutefois été discutée, au motif que les juges du fond avaient été censurés dans les deux cas pour avoir écarté l'implication du premier véhicule à l'égard des dommages survenus postérieurement : H. GROUTEL, *Resp. civ. Ass*. 2001, comm. n° 16). Mais cette jurisprudence a été confirmée par la suite : Cass. 2ème civ., 12 octobre 2000, *Inédit* n° 98-19880 ; *Resp. civ. Ass*. 2002, comm. n° 16, obs. H. GROUTEL ; Cass. 2ème civ., 13 mai 2004, *Bull. II*, n° 224 ; *RTD. civ.* 2004, p. 744, obs. P. JOURDAIN.

647 Cass. 2ème civ., 11 juillet 2002, *Bull. II*, n° 160 ; *Resp. civ. Ass*. 2002, comm. n° 331.

648 Cass. 2ème civ., 27 janvier 2000, *Bull. II*, n° 20 ; *JCP.G*. 2000 II. 10363, note Ph. CONTE ; *RTD. civ*. 2000, p. 335, obs. P. JOURDAIN.

inapproprié, de vouloir en toute circonstance s'affranchir totalement du droit commun[649].

2. Le retour des dispositions formelles du droit commun

203. La défaillance totale du droit spécial. La norme principale est totalement défaillante et ne peut assurer sa fonction dans la mesure où ses conditions d'application ne sont pas réunies. La question se pose alors de savoir si son exclusivisme s'étend au-delà de sa sphère de compétence ou si, au contraire, le droit commun retrouve dans ce cas son empire. On comprend très bien qu'afin de remplir les objectifs pour lesquels le régime spécial a été institué, celui-ci soit d'application exclusive lorsque l'on se trouve précisément dans la situation pour laquelle il a été créé. Il paraît, néanmoins, difficile de justifier la raison pour laquelle il continuerait à faire écran pour des situations où il n'a justement plus prise. La distinction entre condition d'application et condition de réalisation est de nouveau utile ici. Rappelons que les conditions d'application sont celles qui permettent de répondre à la question de savoir qui peut réparer tandis que les conditions de réalisation déterminent celui qui doit effectivement réparer[650]. Afin de respecter la fonction de réparation de la responsabilité civile, il semble logique de revenir au droit général lorsque la situation litigieuse ne correspond pas aux conditions d'application du droit spécial[651]. Inversement, lorsque le régime spécial est bien applicable et qu'une de ses conditions de réalisation fait défaut, il n'est pas fait retour au droit général afin de respecter les prévisions du législateur pour qui seul le régime spécial doit s'appliquer. Ces solutions sont parfaitement justifiées dans la mesure où l'on souhaite, d'une part, favoriser l'indemnisation, tout en refusant, d'autre part, de contourner la législation spéciale par le recours au droit général

204. Exemples de concours entre les normes de responsabilité du fait personnel. La Cour de cassation admet depuis longtemps que les articles 1382 et 1383 du Code civil ont une vocation subsidiaire. Le 28 décembre 1910, la Chambre des requêtes a ainsi décidé qu'« *en dehors des responsabilités spéciales qui leur sont imposées par l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI, les notaires sont soumis aux règles du droit commun et doivent répondre des fautes par eux commises dans l'exercice de leur profession conformément aux articles 1382 et 1383 du Code civil* »[652]. Cette solution est

---

649 Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 228, n° 359, l'auteur constate que « *le juge chargé d'appliquer le droit spécial ne parvient pas toujours à ce défaire de certains réflexes de droit commun* ».

650 Cf. *supra* n° 160 s.

651 Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 226, n° 357, « *Puisqu'il exprime le droit commun (l'article 1384, alinéa 1er), il s'applique à toutes les situations qui ne sont pas régies par un texte spécial* » ; M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 598, n° 527, « *L'autonomie de la loi (du 5 juillet 1985) n'implique pas une éviction totale du droit commun. Celui-ci a vocation à régir toutes les questions qui n'ont pas été spécifiquement réglées par la loi* ».

652 Cass. req., 28 décembre 1910, *D*. 1911, I. p. 451. Notons que l'article 68 de la loi du 25 ventôse an XI a depuis été abrogé.

constante en jurisprudence et s'applique aussi à d'autres hypothèses. Par exemple, en matière de société, il est reconnu qu'en marge des articles 1840 du Code civil et L. 210-8 du Code de commerce, les articles 1382 et 1383 du Code civil s'appliquent aux hypothèses d'irrégularités commises à l'occasion de la constitution d'une société non prévues par le régime spécial[653].

205. Exemples de concours entre les normes de responsabilité du fait des choses. L'article 1386 du Code civil (responsabilité du fait des bâtiments) s'applique à la situation litigieuse quand sont réunis un titre de propriété et un dommage lié à la ruine d'un bâtiment. Si l'une de ses conditions d'application vient à manquer, il est fait retour au droit commun de l'article 1384, alinéa 1er. Cette solution est posée depuis un arrêt du 6 mars 1928 dans lequel la Cour de cassation affirme que « *l'article 1384, alinéa 1er, in fine, du Code civil, est applicable aux immeubles dès que l'article 1386 du même code ne l'est pas* »[654]. De manière générale, il est reconnu une vocation subsidiaire à l'article 1384, alinéa 1er, en tant que principe général de responsabilité du fait des choses. Ainsi, lorsqu'un automobiliste entre en collision avec un cycliste, seule l'action en réparation de celui-ci relève des dispositions de la loi de 1985. Les dommages éventuellement subis par l'automobiliste lors de l'accident, qui pourraient être imputés au fait de la bicyclette, demeurent justiciables de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil[655], comme pour l'indemnisation des dommages causés par un piéton au conducteur[656]. La loi Badinter n'est pas ici applicable.

A contrario, si toutes les conditions d'application du régime spécial sont présentes – le propriétaire est alors le responsable potentiel dans l'hypothèse prévue par l'article 1386 – et qu'il manque une condition de réalisation de l'article – le vice de construction dans notre exemple –, alors le droit commun ne trouve pas à s'appliquer. Il en sera de même en matière d'accidents de la circulation.

206. Exemples de concours entre les normes de responsabilité du fait d'autrui. En matière de responsabilité du fait d'autrui, si un régime général de responsabilité était déduit de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, celui-ci serait écarté par les dispositions spéciales prévues par les alinéas suivants[657]. De sorte que si le régime énoncé à l'article 1384, alinéa 5, n'est pas applicable parce que l'une de ses

---

653 En ce sens : G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, les sociétés commerciales, sous la direction M. GERMAIN, LGDJ, t. I, vol. 2, 19ème éd., 2009, p. 330, n° 1496. V. aussi M. POUMAREDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, sous la direction de C. Saint-Alary-Houin, Toulouse I, 2003, p. 299 s., n° 441s.

654 Cass. req., 6 mars 1928, *DP* 1928, I. p. 97, note L. JOSSERAND.

655 Cass. 2ème civ., 27 février 1991, *Bull. II*, n° 62 ; *D.* 1991, som. p. 325, note J.-L. AUBERT.

656 Cass. 2ème civ., 19 janvier 1994, *Bull. II*, n° 28.

657 J-P. GRIDEL, « Glose d'un article imaginaire inséré dans le Code civil en suite de l'arrêt *Blieck*, "chacun répond, de plein droit du dommage causé par celui dont il avait la mission de régler le mode de vie ou de contrôler l'activité" », *in Le juge entre deux millénaires*, Mélanges P. Drai, Dalloz 2000, p. 609, spéc p. 613. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, *op. cit.*, p. 71, n° 149.

conditions d'application fait défaut, le régime général doit lui suppléer. Il s'agirait ici d'admettre que le parent n'exerçant pas l'autorité parentale (condition d'application de l'alinéa 5) puisse tout de même avoir un pouvoir sur l'enfant et remplir les conditions du régime général[658].

207. Exemples de concours entre les normes de la responsabilité du fait des troubles de voisinage. En matière de troubles de voisinage, le principe de responsabilité pour trouble anormal de voisinage se trouve lui aussi évincé par des dispositions plus spéciales comme celle qui concerne la responsabilité du fait des bâtiments, mais retrouve son empire lorsque leurs conditions d'application ne sont pas présentes. L'autonomie conférée à ce régime a conduit la jurisprudence à en faire un régime de droit général – changeant ainsi sa nature – de sorte qu'il sera, dans un concours structurel simple considéré comme subsidiaire[659]. C'est pourquoi le principe s'applique lorsque l'on ne peut faire jouer l'article 1386 du Code civil à défaut, par exemple, de ruine ayant causé le dommage. La jurisprudence fait ainsi appel à la théorie des troubles de voisinage lorsque le dommage résulte d'un acte de construction, de rénovation ou de démolition[660].

Finalement, la portée générale du droit commun lui permet de s'insérer facilement dans les interstices du droit spécial afin d'indemniser la victime. Par la suite, les différents responsables du dommage pourront chercher à partager leur responsabilité au moyen, entre autres, du droit commun.

B. La subsidiarité du droit commun quant à la contribution à la dette

208. Retour controversé du droit commun au moment de la contribution à la dette. Au stade de la contribution à la dette, il est possible de faire usage du droit commun aussi bien dans le cadre d'un recours personnel que d'un recours subrogatoire (1). Toutefois, ce retour du droit commun n'est pas sans poser problème comme le montre le cas du régime de responsabilité du fait des accidents de la circulation (2). Le constat est pourtant sans appel : le droit commun semble en la matière toujours applicable, voire exclusivement appliqué (3).

1. La question du retour du droit commun dans le cas des recours subrogatoires et personnels

209. Retour du droit commun prévu par la loi. Une fois la victime indemnisée, le concours d'actions lié à la situation litigieuse n'est pas nécessairement

---

[658] M. POUMAREDE, *op. cit.*, p. 302 s., n° 447.

[659] G. VINEY, Note sous l'arrêt Cass. 1ère civ., 27 mai 1975, *D.* 1976, p. 318, spéc. p. 322.

[660] Cass. 3ème civ., 8 mai 1979, *GP.* 1980, II. p. 684, obs. A. PLANCQUEEL ; Cass. 2ème civ., 18 juillet 1994, *Juris-Data*, *n° 1994-001594*.

terminé. Il se peut que l'un des responsables cherche à se retourner contre les coresponsables afin de partager sa dette. Deux voies semblent pouvoir s'offrir à lui : soit il exerce ce recours sur le fondement du droit commun, soit il agit sur le fondement du droit spécial. Pourtant, dispose-t-il véritablement d'un choix ? Il s'agit déjà de se demander si les règles du droit commun peuvent retrouver leur empire une fois le préjudice réparé sur le fondement du droit spécial. Et, ensuite, de vérifier qu'aucun fondement ne s'impose au responsable.

Pour s'en assurer, il faut revenir aux règles applicables en la matière. Le recours entre coauteurs peut s'exercer sur un double fondement subrogatoire et personnel. Dans le premier cas, et selon les termes de l'article 1251. 3 ° du Code civil, le responsable poursuivi se trouve subrogé dans les droits de la victime. Lorsque celle-ci dispose contre le coauteur d'une action fondée sur le droit spécial, le recours en contribution devra être engagé sur le même fondement et, parallèlement, si la victime dispose d'un recours fondé sur le droit commun contre le coauteur, le recours en contribution se fera sur ce même fondement. Dans le second cas, le responsable bénéficie d'une action personnelle à l'encontre des coauteurs, indépendante de celle de la victime, et fondée sur le droit commun. En principe, un choix lui est offert entre ces deux recours. L'enjeu de cette option tiendra aux effets des différents fondements de l'action. Dans le cas de la subrogation, ceux-ci sont le reflet de l'action dont dispose la victime avant d'être indemnisée tandis que dans le cas du recours personnel, ils ne dépendent que des relations juridiques entre coobligés. Or, nous verrons que des éléments comme la faute de la victime ou le fait d'un tiers peuvent venir perturber la contribution de chacun des auteurs du dommage.

2. Le recours en contribution dans le cadre de la responsabilité du fait des accidents de la circulation

210. Problématique du recours en contribution. Depuis plusieurs années, la nature du recours en contribution fait débat dans le cadre de la législation sur les accidents de la circulation, et ce, d'autant plus que le législateur n'a prévu aucune disposition en la matière[661]. Pour mieux comprendre les problèmes posés, deux hypothèses doivent être distinguées : soit l'ensemble des coauteurs est tenu à des titres différents (loi de 1985, articles 1382, 1384, alinéa 1er…) (a), soit tous les coauteurs sont tenus en vertu de la loi de 1985 (b).

[661] M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le fondement des recours contributoires entre conducteurs ou propriétaires de véhicules co-impliqués dans un accident de la circulation », *JCP. G.* 1988, I. 3339 ; H. GROUTEL, « Le recours entre coauteurs d'accidents de la circulation », *D.* 1990, chr. p. 211 ; du même auteur, « Le recours entre coauteurs (suite et fin ?) », *D.* 1992, chr. p. 19.

a. Tous les coauteurs sont tenus à des titres différents

211. Plusieurs coauteurs et plusieurs fondements : des solutions critiquables. Dans cette première situation, les coauteurs sont tous tenus à des titres différents : les uns, sur le fondement de la loi du 5 juillet 1985, en raison de l'implication de leur véhicule ; les autres (piéton[662], cycliste[663], gardien de chevaux[664] ou cavalier[665]…), sur le fondement du droit commun ou d'un régime spécial de responsabilité, les conditions d'application de la loi du 5 juillet 1985 n'étant pas réunies à leur égard. Deux sous hypothèses sont alors envisageables.

212. Recours en contribution sur le fondement du droit commun par une personne condamnée en vertu de la loi Badinter. Dans un premier cas, la personne qui forme le recours en contribution a été condamnée en vertu de la loi de 1985 et cherche à se retourner contre un coresponsable du dommage pour partager les charges de l'indemnisation. Ce dernier est, lui, tenu en vertu du droit commun.

Les faits pourraient être les suivants : une femme est victime d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué, outre un véhicule, un cycliste qui a percuté ce véhicule et l'a fait dévier de sa route. La victime choisit de se retourner contre le conducteur du véhicule qui est condamné en vertu des dispositions de la loi de 1985. N'étant pas l'unique auteur du dommage, le conducteur souhaite exercer un recours en contribution contre le cycliste. Il dispose alors de deux types de recours. Il peut actionner le cycliste à l'aide d'un recours personnel, auquel cas le droit commun devra s'appliquer, ou il peut agir par le biais d'un recours subrogatoire, ce qui nécessite de rechercher d'abord quel était le fondement dont disposait la victime à l'encontre du cycliste. Dans notre exemple, son action aurait pu être fondée sur l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil (responsabilité du fait des choses) comme sur l'article 1382 du même code (responsabilité du fait personnel). Le conducteur pourra donc agir sur ces différents fondements.

Il apparaît alors dans cette hypothèse que, quel que soit le type de recours choisi, le droit commun s'applique[666].

213. Recours en contribution sur le fondement de la loi Badinter par une personne tenue en vertu d'un autre régime de responsabilité. Dans ce second cas, la personne qui exerce le recours en contribution a été condamnée en vertu du droit

---

662 V. par exemple, Cass. 2ème civ., 15 mars 2007, *Bull. II*, n° 67.

663 V. par exemple, Cass. 2ème civ., 27 février 1991, précité.

664 V. par exemple, Cass. 2ème civ., 13 juillet 2000, *Bull. II*, n° 126 ; *RTD. civ.* 2000, p. 840, note P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass*. comm. n° 324, obs. H. GROUTEL ; *LPA.* 12 juillet 2001, p. 24, n° 138, obs. C. MARIE.

665 V. par exemple Cass. 2ème civ., 9 décembre 1992, *Bull. II*, n° 302.

666 Cass. 2ème civ., 3 février 2005, *Bull. II,* n° 22 ; *JCP. G.* 2005, IV. 1536, à propos du recours de l'assureur du gardien du véhicule contre le fils de ce dernier, passager fautif ayant confié le volant à une conductrice sans permis de conduire.

commun ou d'un régime spécial de responsabilité et veut partager la charge de l'indemnisation avec un coauteur qui serait tenu sur le fondement de la loi de 1985.

Imaginons que, lors d'un accident de la circulation, une victime ait perdu beaucoup de sang et qu'à l'hôpital elle ait été transfusée avec du sang contaminé. Plusieurs coresponsables de son dommage peuvent être désignés : d'une part, le conducteur du véhicule impliqué dans l'accident, sur le fondement de la loi de 1985, et, d'autre part, l'Etablissement Français du Sang (EFS), pour avoir manqué à son obligation de fournir un sang exempt de vice, sur le fondement du droit commun. L'EFS, condamné à réparer le préjudice, veut se retourner contre le conducteur du véhicule. Il devrait disposer pour son recours d'une action personnelle sur le fondement du droit commun et d'une action subrogatoire appuyée sur la loi de 1985 puisque c'est à l'aide de ce texte que la victime aurait pu agir contre le conducteur coobligé. Pourtant, ce n'est pas ce que retient la Cour de cassation. Saisie d'une affaire similaire, elle reconnaît que « *l'action récursoire d'un coobligé fautif contre le conducteur impliqué dans un accident de la circulation ne peut s'exercer que dans les conditions prévues par les articles 1382 et 1251 du Code civil* »[667]. Si l'on suit cette jurisprudence, l'EFS disposerait certes d'un recours subrogatoire (visa de l'article 1251), mais uniquement fondé sur le droit commun (visa de l'article 1382).

Cette solution est critiquable à plus d'un titre. Il paraît déjà étrange d'admettre une subrogation dans un droit que la victime n'a pas. Dans l'arrêt précité, le recours dont bénéficiait la victime contre le conducteur aurait dû s'appuyer sur la loi de 1985 et non sur le droit commun. De plus, que faire si aucun des coauteurs n'a commis de faute ? Faut-il considérer que le responsable actionné par la victime ne pourra pas se retourner contre les autres coresponsables, ceux-ci n'ayant pas eu de comportements fautifs ? Pourtant, la victime qui aurait agi à leur encontre n'aurait, elle, pas eu à prouver de faute de leur part. Si l'on va plus loin, lorsque l'accident de la circulation est en même temps un accident du travail, le tiers coauteur, désormais privé du droit d'invoquer, par subrogation, la loi de 1985 contre l'employeur de la victime, ne devrait plus pouvoir exercer un recours puisque l'article L. 451-1 du code de la sécurité sociale lui interdit toute action contre l'employeur fondée sur le droit commun[668].

Cette solution n'est pas isolée. Dans une autre espèce, au cours d'un spectacle sons et lumières organisé par l'association Ars Spectacles, le système d'alarme du véhicule d'une personne, mal stationné, s'est déclenché en même temps que le feu d'artifice et une sirène de pompier. Deux chevaux, qui devaient participer au spectacle, affolés, se sont enfuis au galop sur une route. Ramenés au trot par un cycliste, ils sont à nouveau partis au galop lorsqu'ils ont été dépassés par le véhicule

---

[667] Cass. 2ème civ., 6 mars 2003, *Bull. II*, n° 57 ; *RTD. civ.* 2003, p. 310, obs. P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass.* 2003, comm. n° 200, obs. H. GROUTEL ; *D.* 2003, IR, p. 867 ; Cass. 2ème civ., 9 octobre 2003, *Bull. II*, n° 294 ; *D.* 2003, IR, p. 2550 ; *Resp. civ. Ass.* comm. n° 37, obs. H. GROUTEL.

[668] Cet article dispose que « *Sous réserve des dispositions prévues aux articles L. 452-1 à L. 452-5, L. 454-1, L. 455-1, L. 455-1-1 et L. 455-2 aucune action en réparation des accidents et maladies mentionnés par le présent livre ne peut être exercée conformément au droit commun, par la victime ou ses ayants droit* ».

des pompiers utilisant ses avertisseurs, et sont allés percuter une voiture, blessant ses occupants, dont l'un mortellement. La victime choisit d'assigner en responsabilité l'association, comme gardienne des chevaux sur le fondement de l'article 1385 du Code civil. Après l'avoir indemnisée, l'association a exercé un recours contre le conducteur du véhicule, mal stationné, impliqué dans l'accident. Selon les règles applicables en matière de contribution à la dette, elle devait pouvoir agir, au choix, sur le fondement du droit commun (recours personnel) ou sur le fondement de la loi de 1985 (recours subrogatoire). Néanmoins, la Cour de cassation a décidé que « *le gardien d'un animal, condamné à ce titre à réparer les dommages causés à un tiers, ne peut exercer de recours contre un conducteur d'un véhicule terrestre à moteur impliqué dans le même accident que sur le fondement des articles 1382 et 1385 du Code civil* »[669]. Ici encore, l'action subrogatoire sur le fondement de la loi de 1985 est impossible et seule l'action personnelle subsiste, tant sur le fondement de l'article 1382 du Code civil que sur le fondement de l'article 1385 du même code. Cette solution est étonnante à bien des égards. Quant au fondement choisi, la Cour de cassation vise l'article 1385 du Code civil (régime spécial) et non l'article 1384, alinéa 1er. Cette disposition qui constitue le droit commun de la responsabilité du fait des choses aurait dû trouver à s'appliquer puisque le recours personnel doit normalement être fondé sur le droit commun. Quant à son résultat, on constate que la Cour de cassation permet au gardien de l'animal de fonder son recours contre le conducteur du véhicule impliqué sur le fondement de l'article 1385 du Code civil alors qu'on ne comprend pas bien de quel animal le conducteur serait le gardien. La chose dont il a la garde est bien un véhicule et non un animal. L'emploi de ce fondement n'apparaît pas satisfaisant. On pourrait admettre que l'article 1385 du Code civil n'est visé ici que pour rappeler la responsabilité du *solvens* et que l'article 1382 fonde seul le recours subrogatoire en imposant une faute de la part du coauteur. Mais, là encore, des questions demeurent. Comment peut-on refuser un recours subrogatoire sur le fondement de la loi de 1985 ? Pourquoi imposer la preuve d'une faute du coauteur alors que celle du répondant désigné par la victime n'a pas été requise ?[670]

En définitive, selon la jurisprudence, lorsque tous les coauteurs sont tenus à des titres différents, le droit commun paraît seul s'appliquer. Ainsi, le principe de subsidiarité est semble-t-il évincé du recours en contribution. Le droit commun n'ayant plus ici un rôle subsidiaire, mais se trouve plutôt être exclusif du droit spécial.

---

669 Cass. 2ème civ., 13 juillet 2000, précité.

670 Pour une critique de l'arrêt : H. GROUTEL, *Resp. civ. Ass.*, comm. n° 324, précité ; C. MARIE, obs précitée.

b. Tous les coauteurs sont tenus en vertu de la loi Badinter de 1985

214. Plusieurs coauteurs et un seul fondement : valse à trois temps. Dans cette situation, tous les coresponsables sont tenus en vertu de la loi de 1985. Le demandeur initial a, par exemple, été victime d'un accident en chaîne dans lequel plusieurs véhicules sont impliqués. Le responsable, contre lequel la victime a agi, dispose donc soit d'un recours personnel sur le fondement du droit commun, soit d'un recours subrogatoire appuyé sur les dispositions de la loi de 1985, s'il souhaite partager sa dette avec les autres co-impliqués. Mais, la solution retenue par la jurisprudence n'est pas aussi simple.

215. Recours au seul droit commun. Dans un premier temps, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt du 20 juillet 1987, refusa d'admettre la possibilité pour le *solvens* de fonder son action sur les dispositions de la loi de 1985 par subrogation dans les droits de la victime, et ne lui permit d'agir que sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile[671]. Cette décision fut l'objet de nombreuses critiques. On lui reprochait notamment de ne pas tenir compte du sort du coresponsable en cas de faute de la victime, la faute n'ayant pas la même valeur en droit commun et dans la loi de 1985. Si, en droit commun, cette faute a des vertus exonératoires, il se trouve au contraire que la faute de la victime lui est inopposable sur le fondement de la loi du 5 juillet 1985[672]. Un exemple permet de l'illustrer : la victime agit contre l'un des auteurs de l'accident sur le fondement de la loi de 1985. Durant le procès, il est prouvé que la victime a commis une faute ayant contribué à son dommage. Il faisait nuit et, alors qu'elle marchait en plein milieu d'une route très mal éclairée, elle a été percutée par une voiture, elle-même poussée par un autre véhicule. En vertu des dispositions de la loi de 1985, le conducteur assigné doit réparer le préjudice, peu importe la faute de la victime. Selon la jurisprudence du 20 juillet 1987, il lui est alors possible de former un recours en contribution, mais uniquement appuyé sur le droit commun qui reconnaît bien une exonération partielle ou totale pour faute de la victime. Dès lors, les coobligés, contre lesquels il va agir, pourront arguer de cette faute pour minimiser leur obligation d'indemnisation. En définitive, le coauteur, désigné par la victime pour réparer son préjudice (en vertu de la loi de 1985), supportera seul la charge de la faute de la

---

671 Cass. 2ème civ., 20 juillet 1987 (deux arrêts), *Bull. II*, n° 163 et 164 ; *D.* 1987, p. 469, obs. H. GROUTEL.

672 L'article 3 de cette loi prévoit que « *Les victimes, hormis les conducteurs de véhicules terrestres à moteur, sont indemnisées des dommages résultant des atteintes à leur personne qu'elles ont subis, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l'exception de leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident.*
Les victimes désignées à l'alinéa précédent, lorsqu'elles sont âgées de moins de seize ans ou de plus de soixante-dix ans, ou lorsque, quel que soit leur âge, elles sont titulaires, au moment de l'accident, d'un titre leur reconnaissant un taux d'incapacité permanente ou d'invalidité au moins égal à 80 %, sont, dans tous les cas, indemnisées des dommages résultants des atteintes à leur personne qu'elles ont subis.
Toutefois, dans les cas visés aux deux alinéas précédents, la victime n'est pas indemnisée par l'auteur de l'accident des dommages résultants des atteintes à sa personne lorsqu'elle a volontairement recherché le dommage qu'elle a subi ».

victime. La situation sera la même en cas de force majeure ou de fait d'un tiers, inopposables à la victime en application de l'article 2 de la loi du 5 juillet 1985, mais opposables au *solvens* fondant son action récursoire sur le droit commun[673].

216. Recours libre au droit commun ou à la loi Badinter. Dans un deuxième temps, la Cour de cassation a tenu compte de ces critiques et a offert au demandeur une option entre le recours subrogatoire, dans les droits que la victime tient des articles 1 à 6 de la loi de 1985, et l'action personnelle fondée sur les articles 1382 et 1384 du Code civil[674]. Elle a ainsi affirmé que « *le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur impliqué dans un accident de la circulation assigné par la victime, s'il peut exercer contre les autres coauteurs une action récursoire sur le fondement des articles 1382 et 1384, alinéa 1er, du Code civil, peut également, en tant que subrogé dans les droits de la victime, se prévaloir des dispositions des articles 1er à 6 de la loi du 5 juillet 1985 à l'encontre des autres coauteurs* ».

217. Recours au seul droit commun : retour en arrière. Dans un troisième et dernier temps, par deux arrêts en date du 14 janvier 1998, la Cour de cassation est revenue à sa jurisprudence initiale. Alors même que l'espèce ne l'exigeait pas et que le pourvoi n'y faisait aucune allusion, la Cour de cassation a énoncé que « *le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur, impliqué dans un accident de la circulation et condamné à réparer les dommages causés à un tiers, ne peut exercer un recours contre un autre conducteur impliqué que sur le fondement des articles 1382 et 1251 du Code civil* »[675]. Plusieurs reproches ont été faits à cette jurisprudence. Outre l'évident retour en

---

673 Pour un rappel de ces critiques v. notamment : L. BAQUE, « Les recours entre coauteurs d'un accident de la circulation : quinze ans de jurisprudence », *LPA.* 25 juillet 2000, n° 147, p. 4.

674 Cass. 2ème civ., 6 mars 1991 ; *Bull. II,* n° 70 ; *D.* 1991, p. 257, obs. H. GROUTEL ; *RTD. civ.* 1991, p. 552, obs. P. JOURDAIN. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que le revirement ne s'imposait pas, en l'espèce, puisque la victime n'avait commis aucune faute et qu'en conséquence, la contribution des coauteurs était la même que l'on fonde le recours sur le droit commun ou sur une subrogation dans les droits de la victime.
Par la suite, cette jurisprudence a été reprise dans un arrêt où la victime avait bien commis une faute inopposable au sens de la loi de 1985 : Cass., 2ème civ., 27 novembre 1991, *Bull. II*, n° 320 ; *Resp. civ. Ass.* 1992, n° 58 ; réaffirmée par Cass. 2ème civ., 25 novembre 1992, *Bull. II*, n° 271 ; *Resp. civ. Ass.* 1993, n° 8 ; Cass. 2ème civ., 24 janvier 1996, *Bull. II*, n° 7 ; *RTD. civ.* 1996, p. 409, P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass.* 1996, comm. n° 91, chr. n° 12, obs. H. GROUTEL. Cette série d'arrêts mit fin à cette situation inique selon laquelle c'était le coauteur malchanceux, assigné en indemnisation, qui devait supporter la charge définitive de la réparation de la victime.

675 Cass. 2ème civ., 14 janvier 1998, *Bull. II*, n° 6 et 8 ; *D.* 1998, p. 174, note H. GROUTEL ; *JCP. G.* 1998, II. 10045, note P. JOURDAIN ; *RTD. civ.* 1998, p. 393, obs. P. JOURDAIN. Cet arrêt a depuis été repris de nombreuses fois avec ce double visa, v. notamment : Cass., 2ème civ., 8 juillet 2004, *Bull. II*, n° 343 ; Cass., 2ème civ., 3 février 2005, n° 03-20430, *Inédit* ; Cass. 2ème civ., 25 janvier 2007, *Bull. II*, n° 50 ; *JCP. G.* 2007, II. 10035, note C. RADE ; *D.* 2007, p. 443, obs. I. GALLMEISTER ; *RTD. civ.* 2007, p. 362, obs. P. JOURDAIN ; *GP.* 7 juin 2007, p. 34, note M. BACACHE-GIBEILI ; Cass. 2ème civ., 1er juin 2011, à paraître au bulletin, *D.* 2011, p. 1617, note J. MARROCCHELLA.

arrière, c'est la portée des fondements employés qui fut critiquée[676]. Premièrement, la Cour de cassation s'est référée à l'article 1251 du Code civil de sorte qu'elle semblait indiquer que l'action du *solvens* serait un recours subrogatoire. Comment justifier alors que le *solvens* puisse se subroger dans les droits de la victime, en application de l'article 1382 du Code civil, si cette dernière les tient de la loi de 1985 ? Le recours ne devrait pas être qualifié de subrogatoire. Il serait plus logique de se contenter de la référence à l'article 1382 du Code civil[677]. Deuxièmement, en ne permettant le recours que sur le simple fondement de l'article 1382 du Code civil, la Cour de cassation a supprimé toute action à l'encontre des coauteurs non fautifs. Cette solution est donc beaucoup trop restrictive. M. Hubert Groutel propose alors, pour pallier ce défaut, de considérer que l'article 1382 du Code civil fonderait le recours du s*olvens* en cas de faute du coauteur et l'article 1251 du Code civil en son absence[678]. Tandis que d'autres suggèrent de voir dans le visa de l'article 1251 du Code civil, la « *clé du fondement du recours : la référence à la subrogation impliquerait la mise en œuvre des règles de la loi de 1985, quand celui de l'article 1382 suggérerait d'avoir égard, pour la répartition de la charge finale de la réparation, aux fautes commises et à leur gravité respective* »[679]. Enfin, il est reproché à ces arrêts de ne faire référence qu'à la responsabilité pour faute à l'exclusion de la responsabilité du fait des choses. Or, comment justifier que le recours puisse se fonder sur une règle de droit commun qui n'est pas le genre dont fait partie le droit spécial en cause ? La Cour de cassation a-t-elle vraiment décidé d'exclure la possibilité d'invoquer les dispositions de l'article 1384, alinéa 1er, qui constitue le principe dont est issu la loi de 1985 ?[680] Il est permis d'en douter.

Si cette solution jurisprudentielle n'apparaît pas satisfaisante, les solutions qui ont suivi maintiennent cette ambiguïté[681]. Il reste alors à espérer que les prochaines décisions reviennent à une conception plus simple du recours en contribution dans laquelle le droit commun retrouverait une place subsidiaire.

---

[676] F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 983 s., n° 981 s. ; Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 468 s., n° 707 s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit*, p. 435 s., n° 358 s. ; M. BACACHE-GIBEILI p. 627 s., n° 554 s. ; L. BAQUE, art. précité.

[677] C'est d'ailleurs ce que fait la deuxième chambre civile dans un arrêt du 18 septembre 2003 ; Cass. 2ème civ., 18 septembre 2003, *Bull. II*, n° 288 ; *Resp. civ. Ass*. 2004, comm. n° 7, obs. H. GROUTEL. On remarque qu'ici l'action récursoire est justifiée par la faute commise par le conducteur du véhicule dont le passager a été victime d'un dommage. La Cour de cassation constate ainsi que « *le fait pour le conducteur d'une motocyclette de circuler en transportant en connaissance de cause un passager dépourvu du casque… constitue de sa part une faute de nature à concourir au dommage subi par ce passager et pouvant lui être opposée dans le cadre de l'action récursoire du conducteur d'un autre véhicule impliqué* ». Dans les arrêts qui suivent, elle reprend son double visa. V. notamment, Cass. 2ème civ., 8 juillet 2004, précité ; Cass. 2ème civ., 3 février 2005, précité ; Cass. 2ème civ., 25 janvier 2007, précité.

[678] H. GROUTEL, obs. précitée.

[679] V. Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 469, n° 708.

[680] V. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 983, n° 982 ; Ph. BRUN, *op. cit.*, loc. cit. ; C. RADE, note précitée, spéc. p. 31.

[681] V. notamment, Cass. 2ème civ., 8 juillet 2004, précité ; Cass. 2ème civ., 3 février 2005, précité ; Cass. 2ème civ., 25 janvier 2007, précité

c. Le recours généralisé au droit commun en matière de contribution à la dette

218. Droit commun comme fondement unique du recours en contribution en matière de responsabilité du fait des accidents de la circulation. On remarque qu'au stade de la contribution à la dette dans le cas de la loi sur les accidents de la circulation, la jurisprudence tend à consacrer le retour du droit commun, et ce, de manière bien souvent exclusive, en refusant tout recours aux régimes spéciaux. Or, ces solutions apparaissent contestables dans la mesure où, d'une part, elles placent le coauteur qui a indemnisé la victime, dans une situation parfois inique et, d'autre part, elles se contentent de faire mention de l'article 1382 du Code civil en omettant les autres régimes de droit commun. M. Jourdain propose « *pour éviter ces conséquences fâcheuses* » de faire abstraction de tout fondement technique[682]. Ni les actions personnelles (pourquoi les limiter à l'article 1382 ?), ni la subrogation dans le droit commun (lequel ?), ni même d'ailleurs la subrogation dans le droit d'invoquer la loi de 1985 (elle n'explique pas les modalités de la contribution), ne sont des fondements pleinement satisfaisants. Selon cet auteur, c'est en réalité l'équité qui justifie le recours et explique son régime. Une équité qui prend essentiellement et naturellement en compte les fautes commises par les coauteurs et exprime une volonté de sanction des comportements répréhensibles au stade de la contribution à la dette. Une équité qui conduit à répartir l'indemnisation par parts égales en l'absence de toute faute[683].

219. Droit commun comme fondement du recours en contribution dans les autres régimes de responsabilité. Ce retour du droit commun au moment de la contribution à la dette est aussi avéré pour les autres régimes spéciaux de responsabilité. Cette solution est d'ailleurs parfois expressément prévue par le législateur. Tel est le cas de l'article L. 5122-11 du Code des transports qui dispose que, dans l'hypothèse où les dommages nucléaires engagent la responsabilité de plusieurs exploitants de navires nucléaires sans qu'il soit possible de déterminer avec certitude ceux de ces dommages qui sont attribuables à chacun d'eux, ces exploitants sont solidairement responsables. Chacun d'eux est alors tenu de réparer l'entier préjudice, sauf son recours contre les autres exploitants à proportion de leurs fautes respectives. Si la gravité respective des fautes ne peut être déterminée, les uns et les autres contribuent par parts égales. Il en est de même dans l'article L. 5131-4 du même code qui traite de la responsabilité des dommages causés par un abordage. En effet, cet article dispose que « *S'il y a faute commune, la responsabilité de chacun est proportionnelle à la gravité des fautes respectivement commises. Toutefois, si, d'après les circonstances, la proportion ne peut être établie ou si les fautes apparaissent comme équivalentes, la responsabilité est partagée par parties égales.*

---

[682] P. JOURDAIN, obs. sous Cass. 2ème civ., 14 janvier 1998, précitée.
[683] *Ibid.*

Les dommages causés soit aux navires, soit à leur cargaison, soit aux effets ou autres biens des équipages, des passagers ou autres personnes se trouvant à bord, sont supportés par les navires en faute, dans cette proportion, sans solidarité à l'égard des tiers.
Les navires en faute sont tenus solidairement à l'égard des tiers, pour les dommages causés par mort ou blessures, sauf recours de celui qui a payé une part supérieure à celle qu'il doit définitivement supporter, conformément aux dispositions du deuxième alinéa ».

220. Droit commun et droit spécial, plusieurs fondements possibles pour le recours en contribution. Il arrive aussi que le juge détermine seul la nature du recours en contribution. C'est ainsi que la chambre commerciale de la Cour de cassation a été amenée le 24 janvier 2006 à connaître de ce recours dans le cadre de la loi du 7 juillet 1967 applicable en matière d'abordage maritime[684]. En l'espèce, au cours d'une manœuvre hasardeuse, le voilier Aura est abordé tribord arrière par le voilier Passion. Le choc est très violent, l'Aura coule. Le comité des courses considère alors le voilier Passion fautif au regard de l'article 12 des règles de courses. Le barreur du navire Aura et son assureur assignent en indemnisation le barreur de l'autre voilier ainsi que le comité local des pêches, en qualité de commettant de ce dernier. Le skipper est déclaré responsable du dommage et par application de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil, le Comité local des pêches est reconnu solidairement responsable. Ce dernier forme alors un pourvoi en se fondant sur le caractère exclusif de la loi du 7 juillet 1967 dont l'article 1er énonce qu'« *en cas d'abordage survenu entre navires de mer ou entre navires de mer et bateaux de navigation intérieure, les indemnités dues à raison des dommages causés aux navires, aux choses ou aux personnes se trouvant à bord sont réglées conformément aux dispositions du présent chapitre* ». Ainsi, pour l'auteur du pourvoi, il ne pouvait pas être fait usage des articles 1382 et 1384, alinéa 5, du Code civil. Cependant, la Cour de cassation reconnaît, comme la cour d'appel, le caractère cumulatif des règles spécifiques de responsabilité en matière d'abordage et des règles plus générales de responsabilité (article 1384, alinéa 5 du Code civil) en matière de contribution à la dette. Elle décide ainsi que « *le chapitre premier de la loi du 7 juillet 1967, qui s'impose au juge pour l'identification du navire responsable des dommages causés par un abordage, n'exclut pas l'application des règles gouvernant la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, pour la fixation de la contribution à la dette* ». Bien qu'en l'espèce, le lien de préposition n'ait pu être caractérisé, faute pour les juges du fond d'avoir pu démontrer un lien de subordination, la Cour de cassation admet qu'un recours puisse être exercé sur le fondement d'un régime plus général de responsabilité alors même que l'auteur du dommage est lui tenu en vertu du droit spécial de l'abordage.

---

[684] Cass. com., 24 janvier 2006, *Navires Aura et Passion*, *Bull. IV* n°14 ; *DMF*. 2006, p. 990, note D. LE PRADO ; *Ibid* p. 1003, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Resp. civ. Ass*. 2006, étude n° 6, note A. VIALARD La loi du 7 juillet 1967 est aujourd'hui codifiée dans le Code des transports.

221. Conclusion : subsidiarité et exclusivité du droit commun. De ces illustrations, il ressort que la vocation subsidiaire du droit commun comme régime général de responsabilité est unanimement reconnue au stade de la contribution à la dette. La jurisprudence va alors parfois plus loin puisque le droit commun n'est plus uniquement subsidiaire, il est aussi exclusif.

En définitive, il apparaît que les régimes généraux assurent la complétude des régimes spéciaux partout où ceux-ci se trouvent en défaut et même au-delà.

Section 2. Les obstacles à la mise en œuvre du principe de subsidiarité

222. Obstacles intrinsèques et extrinsèques. En apparence simple, la mise en œuvre du principe de subsidiarité n'est pas toujours aisée. D'une part, les règles de la procédure civile vont parfois empêcher l'application prioritaire du droit spécial c'est ce que l'on qualifiera d'obstacles extrinsèques (§1). D'autre part, l'usage parfois abusif du droit spécial va remettre en cause la nature subsidiaire du droit commun, il s'agit là d'obstacles intrinsèques (§2).

§1. Les obstacles extrinsèques

223. Obstacles et résolution. Il est indispensable, pour mieux apprécier la mise en œuvre de la subsidiarité, d'éprouver le principe qui en découle à l'aune des règles qui guident le procès en réparation (A). Or, les règles de la procédure civile se révélant un réel obstacle pour son application, il conviendra de trouver des solutions pour y remédier (B).

A. La résolution des concours à l'épreuve des règles de la procédure civile

224. Principe de subsidiarité sous les fourches caudines de la procédure civile[685]. Le principe est posé : lors du concours structurel simple et chaque fois que les conditions d'application de la norme principale sont remplies, celle-ci reçoit seule application. Toutefois, ce principe va se heurter aux règles de la procédure civile.

Lorsqu'une action en responsabilité civile est engagée par la victime d'un dommage, plusieurs questions peuvent se poser quant à l'application du principe de subsidiarité à l'instance. Ces questions sont liées, d'une part, au principe dispositif et, plus précisément, aux rôles respectifs des parties et du juge dans la détermination des règles applicables (1), et, d'autre part, aux effets de l'instance, plus particulièrement au principe de l'autorité de la chose jugée (2).

---

[685] V. sur toutes ce questions, L. RASCHEL,*Le droit processuel de la responsabilité civile* , préface de L. CADIET, éd. IRJS, Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne, t. 25, 2010 ; S. AMRANI-MEKKI, « Le droit processuel de la responsabilité civile », *in Etude offerte à G. Viney*, LGDJ. 2008, p.1 ; M. BACACHE, « Office du juge et responsabilité civile », *in Mélanges J. Héron*, LGDJ 2008, p. 23.

1. La résolution des concours à l'épreuve du principe dispositif

225. Contournement du principe par les parties. Durant le déroulement du procès, les rôles respectifs du juge et des parties peuvent influer sur le principe de subsidiarité que l'on soit devant les juges du fond (a) ou devant la Cour de cassation (b).

a. La résolution des concours devant les juges du fond

226. Fondements invoqués par les parties. Devant les juges du fond, les conclusions des parties vont guider l'application du principe de subsidiarité. En effet, les prétentions initiales des parties, demandeur ou défendeur (α), comme les demandes nouvelles qu'elles pourraient formuler devant la cour d'appel (β), peuvent remettre en cause l'ordre d'application des régimes de responsabilité postulé par le principe de subsidiarité.

α. Les prétentions initiales des parties

227. Trois situations. Le demandeur peut décider de fonder son action sur le régime spécial, le régime général ou les deux régimes à la fois. Pour chacune des trois situations, on retrouve dans le Code de procédure civile des principes communs. D'abord, son article 4 dispose que « *l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties* ». Ensuite, son article 5 précise que « *le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé* ». Enfin, son article 12 prévoit que « *le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables et donne leur exacte qualification aux faits* ».

228. Action du demandeur sur le fondement du droit spécial. Dans cette première situation où le demandeur décide de fonder son action sur le régime le plus spécial, il appartient au juge de vérifier si les conditions d'application de ce régime sont réunies. A la suite de cette vérification, deux hypothèses peuvent se présenter :

Si les conditions d'application de la norme sont bien présentes, le juge doit l'utiliser pour trancher le litige[686]. A défaut, sa décision encourt la cassation[687].

---

[686] Cass. 2ème civ., 4 mai 1987, *Bull. II*, n° 87 ; *GP.* 1987, II. p. 428, note F. CHABAS.

[687] V. notamment, Cass. 2ème civ., 25 octobre 2001, *Inédit*, n° 99-10690. Dans cette affaire, la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel, celle-ci ayant constaté que le conducteur d'un camion avait été brûlé par des flammes provenant de l'incendie du réservoir d'un automobiliste, qui s'apprêtait à faire le plein d'essence dans une station-service, sans déduire de ces circonstances que le sinistre se rattachait à un accident de la circulation. La Cour d'appel aurait ainsi violé l'article 1384, alinéa 1er, par fausse application et les articles 1er et suivants de la loi du 5 juillet 1985, par défaut d'application ; Cass. 2ème civ., 23 janvier 2003, *Bull. II*, n° 7 ; *Resp. civ. Ass.* 2003, comm. n° 104, obs., H. GROUTEL, la Cour de cassation rappelle que, s'agissant d'un accident de la circulation, la loi du 5 juillet 1985 est seule applicable, et que les juges du fond ne pouvaient donc appliquer l'article 1384 du Code civil ; Cass. com., 24 janvier 2006, *Navire Aura et Passion*, précité, où la Cour énonce que « *le chapitre 1er de la*

Si, à l'inverse, l'une des conditions d'application vient à manquer, le juge doit alors écarter l'application de la norme spéciale et se référer aux prétentions formulées par le défendeur[688]. Dans cette seconde hypothèse, la solution dépendra du défendeur. Si ce dernier a invoqué le bénéfice du régime général et que ses conditions d'application sont réunies, alors le juge statuera sur ce fondement. Mais, si le défendeur s'en est lui aussi tenu au régime spécial, il faut s'interroger sur la possibilité qu'a le juge d'examiner les faits au regard du droit général, dont les conditions sont remplies, sans que ce fondement ait été soulevé par les parties. Deux dispositions du Code de procédure civile donnent une réponse à cette question. Selon l'article 4, l'objet du litige est déterminé par les prétentions des parties sans que le juge puisse le modifier. Et, selon l'article 5, le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé. Ces deux articles ne s'opposent aucunement à ce que le juge soulève un moyen de droit, dès lors qu'il n'introduit pas de nouvelles prétentions et qu'il s'en tient aux faits du dossier[689]. C'est pourquoi la demande soumise au juge sur le fondement d'un régime spécial pourrait, finalement, être accueillie sur le fondement d'un régime plus général, sous réserve que les parties aient bien été préalablement invitées à faire valoir leurs observations[690].

S'agit-il, pour le juge, d'une obligation ou d'une simple faculté ? La question a longtemps fait débat, notamment au regard de l'article 12 du Code de procédure civile qui fait obligation au juge de requalifier les faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions[691]. L'obligation de requalification doit être distinguée de la possibilité de relever des moyens d'office. En effet, si la requalification des faits conduit nécessairement le juge à relever un moyen de droit nouveau, le relevé d'office d'un moyen de droit n'implique pas forcément une requalification des faits de l'espèce. Il est donc impossible de voir dans l'article 12 du

---

loi du 7 juillet 1967 (régime spécial) s'impose au juge pour l'identification du navire responsable des dommages causés par un abordage ».

[688] Cass. 2ème civ., 21 janvier 1965, *Bull. II*, n° 61, en l'espèce le défendeur n'avait pas la qualité de gardien d'où l'impossibilité d'appliquer la responsabilité du fait des choses demandée. Le juge doit donc écarter l'application du texte invoqué dont les conditions d'application ne seraient pas remplies.

[689] L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Manuel, Litec, 6ème éd., 2009, p. 380, n° 542 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Précis droit privé, Dalloz, 30ème éd., 2010, p. 401 s., n° 500 s.

[690] Il s'agit ici pour le juge de respecter le principe du contradictoire lorsqu'il relève d'office un moyen de pur droit. Cass. 2ème civ., 24 juin 1998, *Bull. II*, n° 219 ; dans le même sens, Cass. 2ème civ., 19 novembre 1998, *Bull. II*, n° 278. En l'espèce, la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel qui « *n'avait pas invité au préalable les parties à s'expliquer sur le fondement qu'elle relevait d'office et sur ses conséquences*… ».

[691] L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, p. 378 s., n° 539 s. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *op. cit.*, p. 403 s., n° 501 s. ; J. NORMAND, « Le juge et le fondement du litige », *in Mélanges P. Hebraud,* Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 595. ; du même auteur, « Le relevé d'office des moyens qui ne sont pas de pur droit. Obligation ou faculté ? », *RTD. civ.* 1992, p. 175 ; F. EUDIER, « La nature du pouvoir du juge de rectifier un fondement juridique inadéquat invoqué par le demandeur », *D.* 1996, p. 247.

Code de procédure civile une obligation faite au juge de relever ce moyen[692]. Finalement, dans cette situation, le juge a la possibilité – non l'obligation – de retenir l'application du régime général, s'il invite les parties à en débattre contradictoirement. Il peut également se contenter de déclarer la demande irrecevable. Ce qui posera la question de savoir ce que peut faire le demandeur en appel[693].

229. Action du demandeur sur le fondement du droit général. Le demandeur choisit de fonder son action sur un régime général alors même qu'un régime spécial pourrait être applicable. Il peut vouloir bénéficier d'un régime plus favorable quant à sa mise en œuvre. Dans ce cas, c'est la position du défendeur qui fera la différence puisque ce dernier peut, soit invoquer l'application du principe de subsidiarité et donc soulever l'existence du régime spécial, soit au contraire se fonder lui aussi sur le régime général de responsabilité.

- Dans une première hypothèse, le défendeur souhaite l'application du régime spécial. Tout d'abord, le juge doit s'assurer de l'existence de cette règle spéciale susceptible de s'appliquer au détriment de la règle générale. Ensuite, il lui faut apprécier si les conditions d'application du régime spécial sont réunies.

A l'issue de ces vérifications, si le juge constate que le régime spécial n'existe pas ou n'est pas applicable, il utilisera le régime général. Ainsi, dans un arrêt du 30 avril 1999, le demandeur se fonde sur le régime énoncé par l'article 1382 du Code civil, alors que le défendeur invoque l'irrecevabilité de la demande au motif qu'elle ne peut se cumuler avec l'action en comblement de l'insuffisance d'actif. La cour d'appel de Lyon, après avoir rappelé que les dispositions de l'article 280 de la loi du 25 janvier 1985 excluent toute action concurrente sur le fondement du droit commun, décide que, le dommage invoqué ne pouvant être rattaché à une insuffisance d'actif, l'action fondée sur l'article 1382 du Code civil est recevable[694].

En revanche, dans l'hypothèse où le juge constate que le régime spécial est bien applicable, il devra écarter l'application du régime général et déclarer la demande irrecevable. Envisageons le cas où des créanciers souhaitent faire

---

[692] L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, loc. cit. ; v. aussi L. WEILLER, note sous Cass. AP., 21 décembre 2007, *JCP. G.* 2008, II. 10006, spéc. p. 26, selon l'auteur « *si les deux opérations participent d'une même démarche intellectuelle, elles ne peuvent être totalement assimilées* ». V. enfin, Cass. AP., 21 décembre 2007, *Bull. AP.* n° 10 ; *JCP. G.* 2008, I. 138, n° 9, obs. AMRANI-MEKKI ; *Ibid* II. 10006, note L. WEILLER ; *D.* 2008, p. 228, note L. DARGENT ; *Procédures* 2008, n° 70, obs. R. PERROT. La Cour de cassation, par un arrêt rendu en Assemblée plénière, met fin à cette controverse en décidant que « *si parmi les principes directeurs du procès, l'article 12 du Code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer aux faits et actes litigieux invoqués par les parties (…), il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières* [d'ordre public], *de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes* ».

[693] Cf. *infra* n° 231 s.

[694] Lyon, 30 avril 1999, *GP.* 8-9 mars 2000, p. 31, note D. GUEVEL. Dans le même sens, mais à propos d'un concours entre l'article 1382 du Code civil et l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881, Paris, 12 mai 2000, *D.* 2000, J., p. 796, note D. D. BOCCARA

condamner le dirigeant d'une société en liquidation judiciaire pour la faute de gestion qu'il a commise. Pour cela, ils se fondent sur les dispositions des articles L. 223-22 du Code de commerce et 1382 et 1383 du Code civil, tandis que le défendeur se prévaut de l'irrecevabilité de la demande au motif que, l'action doit selon lui être engagée sur le fondement de l'article L. 651-2 du Code de commerce (régime particulier de responsabilité)[695]. Dans cette hypothèse, les juges qui constatent que le dommage, caractérisé par l'insuffisance d'actif, a bien été causé par la faute de gestion du dirigeant, doivent déclarer irrecevable l'action fondée sur les régimes plus généraux de responsabilité. Les conditions du régime particulier de responsabilité prévues par l'article L. 651-2 du Code de commerce étant bien présentes ici[696]. On peut alors se demander si, une fois l'irrecevabilité de l'action déclarée, le juge doit rendre une décision sur le fondement du régime spécial invoqué par le défendeur. Rien n'est précisé dans la loi sur cette question. Ici encore, conformément à ce qui a été dit plus haut, il semble que le juge n'a aucune obligation de faire application des dispositions les plus spéciales[697]. La solution définitive dépendra de nouveau de l'action exercée en appel par le demandeur.

- Dans une seconde hypothèse, le défendeur peut ne pas exciper du principe de subsidiarité et estimer, par exemple, que l'application du régime général de responsabilité lui est plus favorable. Quelle est alors la règle applicable au litige ? Le juge est-il tenu par le fondement retenu par les parties ou peut-il relever de lui-même l'existence d'un régime spécial ? Selon les principes que nous avons dégagés, le juge a la faculté et non l'obligation de soulever l'existence du régime spécial[698]. Deux solutions sont possibles :

- Le juge fait application du régime général de responsabilité bien qu'un régime spécial existe. Cette situation peut être illustrée à l'aide de l'espèce suivante. A la suite de l'incendie de locaux, de nombreuses boutiques ainsi que des bureaux et logements sont endommagés. L'article 1384, alinéa 2, régissant spécialement la responsabilité pour le fait des incendies aurait dû être soulevé. Pourtant, c'est l'article 1384, alinéa 1er, qui est appliqué par les juges du fond. Selon la Cour de cassation, cette solution se justifie dans la mesure où « *il ne résultait d'aucune énonciation de l'arrêt ni d'aucune conclusion que le défendeur ait invoqué l'alinéa 2, de l'article 1384 du Code civil, en réponse aux conclusions du demandeur, qui avait expressément conclu à l'application de l'alinéa 1er de ce texte* »[699].

---

695 Cf. *supra* n° 166.

696 Versailles, 8 avril 1999, *D. Aff.* 1999, p. 996, obs. A. LIENHARD

697 Cf. *supra* n° 228.

698 *Ibid*

699 Cass. 2ème civ., 27 mai 1999, *Inédit,* n° 97-16920. Dans le même sens : Cass. 2ème civ., 8 novembre 1993, *Bull. II,* n° 321 ; *Cont. Conc. Cons.*, 1994, comm. n° 42, note G. RAYMOND. Il est ici fait application de l'article 1384, alinéa 5, (régime spécial de responsabilité du commettant du fait de son préposé) en lieu et place de l'article L. 121-29 du Code de la consommation (régime encore plus spécial qui prévoit que l'entreprise est civilement responsable des démarcheurs, même indépendants, qui agissent pour son compte). En l'occurrence, l'article L. 129-29 du Code de la consommation établit, comme l'article 1384,

- Le juge peut invoquer l'existence d'un régime spécial de responsabilité et déclarer la demande des parties irrecevable. Il lui appartient alors de décider s'il se contente de cette déclaration d'irrecevabilité ou s'il tranche le litige en fonction du régime spécial. Cette situation s'est posée au juge dans l'affaire suivante. Le demandeur, s'estimant victime d'un acte de diffamation, fonde sa demande sur l'article 1382 du Code civil. Le défendeur ne contredit pas l'utilisation de ce fondement. Pourtant, le juge constate que « *le grief formulé par le requérant à l'encontre de l'article incriminé, de l'avoir présenté de manière inexacte comme avoir personnellement participé à des actes de tortures, dans le but de salir son honneur et sa réputation, correspond exactement à la définition de la diffamation donnée par l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881* ». La demande effectuée sur le fondement du droit commun est alors déclarée irrecevable. Le juge va alors plus loin puisqu'il estime que « *le demandeur ne saurait se soustraire à l'application de ses dispositions en tentant de fonder son action sur l'article 1382 du Code civil* » et requalifie le fondement de son action pour appliquer les dispositions du régime spécial[700]. Si cette décision semble logique tant au regard du principe de subsidiarité que dans le but d'obtenir une fin rapide au litige, il ne semble pas qu'elle soit fréquemment retenue par la jurisprudence[701].

---

alinéa 5, du Code civil, une présomption de responsabilité, mais à la différence de l'article 1384, alinéa 1er, les conditions de mise en œuvre de la présomption de l'article L. 129-29, du Code de la consommation, sont beaucoup plus larges. Il suffit, en effet, d'établir un lien entre le démarcheur et l'entreprise et de prouver que le démarcheur agissait pour le compte de celle-ci, il n'est pas nécessaire de démontrer que ces derniers agissaient dans l'exercice de leurs fonctions. L'application de l'un ou l'autre des deux régimes peut ainsi aboutir à un résultat différent.
Pour une autre illustration : Agen, 12 octobre 1999, *inédit*, il est fait application de l'article 1384, alinéa 5, au lieu de l'article L. 511-1, alinéa 2 du Code des assurances, qui prévoit une responsabilité de l'employeur ou mandant pour les faits de leurs intermédiaires en assurance. Seulement, on constate qu'il n'existe pas de rapport de concurrence entre ces deux articles, qui bien que tous deux applicables au litige, conduiront à la même solution. Le régime le plus spécial renvoyant d'ailleurs au régime spécial. On parle est ici en présence d'un rapport de concertation qui devrait conduire à l'application de concert des deux articles, cf. *supra* n° 16.

[700] Paris, 17 mars 1992, *Juris-Data n° 020915*. V. aussi, Cass. 2ème civ., 26 avril 1984, *Bull. II*, n° 71, dans cette affaire, la Cour d'appel de Rennes, dans un arrêt du 30 novembre 1982, statue sur le fondement de l'article 1386 alors que le demandeur a fondé sa prétention sur l'article 1384, alinéa 1er. La Cour de cassation, suite au pourvoi du défendeur, constate que « *le propriétaire d'un bâtiment, assigné en application de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, et dont la responsabilité a été retenue en vertu de l'article 1386 de ce Code, ne saurait reprocher à une Cour d'appel d'avoir méconnu les termes du litige en rectifiant d'office le fondement de la demande et de l'avoir privé de la possibilité d'appeler en intervention forcée le constructeur de l'ouvrage en n'ordonnant pas la réouverture des débats, dès lors qu'il résulte des énonciations de l'arrêt que c'est avant la clôture des débats que la Cour d'appel, usant de la faculté donnée aux juges par l'article 12 du nouveau Code de procédure civile de relever d'office un fondement juridique différent de celui invoqué par les parties, a invité celles-ci à présenter des observations qui ont été formulées contradictoirement à l'audience* (…) » ; et, pour une décision acceptant le passage d'une responsabilité délictuelle vers une responsabilité contractuelle, Cass. 1ère civ., 19 mars 1995, *Bull. I*, n° 96 ; *JCP. G.* 1985, IV. 197 ; *RTD. civ.* 1987, p. 393, obs. J. NORMAND.

[701] Colmar, 7 juin 2002, *Juris-Data* n° 192828, après avoir déclaré l'irrecevabilité de la demande sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile du fait personnel, les juges du fond ne statuent pas sur l'application de l'article L. 624-3 du Code de commerce. V sur la question : M. POUMAREDE,

Toutes ces solutions dans lesquelles le juge se satisfait d'une décision d'irrecevabilité sont regrettables puisqu'elles retardent exagérément le litige. En effet, elles conduisent nécessairement le demandeur à exercer un recours pour que le bon régime de responsabilité soit appliqué.

230. Action du demandeur à la fois sur le fondement du droit spécial et sur celui du droit général. Dans cette troisième et dernière hypothèse, le demandeur invoque les deux droits comme fondement de sa prétention. Il peut, par exemple, se prévaloir de l'article 1384, alinéa 1er (responsabilité du fait des choses) et de la loi du 5 juillet 1985, pour engager une action contre le conducteur du véhicule qui l'a blessé[702]. C'est une démarche intéressante pour le demandeur, puisque, s'il ne peut cumuler le bénéfice de ces deux actions[703], il peut augmenter ses chances de voir la recevabilité de son action déclarée. Devant une telle situation, le juge devra commencer par rechercher si les conditions d'application du régime spécial sont réunies. Si tel est le cas, il l'appliquera seul. A défaut, c'est le régime général qui permettra la résolution du litige, peu importe ici la position suivie par le défendeur puisque les deux fondements ont déjà été invoqués par le demandeur.

β. Les demandes nouvelles

231. L'appel comme moyen de remédier à une demande mal fondée. Devant la cour d'appel, la question qui se pose principalement est celle des demandes nouvelles. Le demandeur qui a vu sa demande rejetée par les juges de première instance peut-il, alors qu'il a d'abord invoqué un régime spécial de responsabilité, se tourner vers un régime général et réciproquement ?

Par principe, l'effet dévolutif interdit aux parties de soumettre de nouvelles prétentions à la cour d'appel[704]. Toutefois, cette interdiction est très largement tempérée par différents articles du Code de procédure civile qui en précisent la portée. Déjà, cette interdiction n'est pas d'ordre public, les parties pouvant se mettre d'accord pour soumettre au juge de nouvelles prétentions[705]. De plus, à défaut d'accord exprès, la cour d'appel ne peut pas soulever d'office l'irrecevabilité des demandes nouvelles[706]. Enfin, ne sont pas considérées comme des demandes nouvelles, selon l'article 565 du Code de procédure civile, celles « *qui tendent aux*

Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile, sous la direction de C. Saint-Alary-Houin, Toulouse I, 2003, p. 287, n° 423.

[702] Cass. 2ème civ. 8 avril 2004, *Inédit*, n° 03-11755. Pour un autre exemple : Cass. 1ère civ., 27 février 2007, n° 06-12060, *Inédit,* dans lequel le demandeur s'est appuyé tant que le fondement de l'article 1382 du Code civil que sur le fondement des dispositions de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881.

[703] Cf. *infra* n° 317.

[704] Article 564 du Code de procédure civile.

[705] Cass. civ., 11 mai 1921, *DP* 1924, I. p. 213.

[706] V. à ce titre, L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, p. 567 s., n° 836 s. ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *op. cit.*, p. 383 s., n° 474 et pour une illustration Cass. 2ème civ., 29 octobre 1990, *JCP. G.* 1990, IV. 423.

mêmes fins que celles soumises aux premiers juges même si leur fondement juridique est différent ». Tout dépendra de la finalité poursuivie, entendue comme ce qui est attendu par le demandeur[707].

232. Demande nouvelle en réparation. La finalité poursuivie dans la responsabilité civile est, quel que soit le régime invoqué, la réparation du préjudice subi. On en déduit que, lorsque la demande porte sur le même préjudice, tous les régimes de responsabilité tendent aux mêmes fins[708]. De sorte qu'une demande en réparation qui succèderait à une première demande en réparation ne pourra être qualifiée de demande nouvelle. C'est pourquoi le demandeur qui aurait fondé sa prétention sur un régime spécial pourrait en appel, au vu de l'insuccès de sa demande, changer de fondement pour un régime général et réciproquement[709].

b. La résolution des concours devant la Cour de cassation

233. Nouveau fondement devant la Cour de cassation. En principe, selon l'article 619 du Code de procédure civile, les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation sauf s'ils sont de pur droit. Le moyen nouveau peut être défini comme celui que les parties auraient pu invoquer devant les juges du fond, mais qui ne l'a pas été[710]. Imaginons alors que, devant les juges du fond, l'action du demandeur ait été mal fondée, et qu'il veuille invoquer pour la première fois devant la Cour de cassation l'existence d'un régime spécial. Il ne fait aucun doute que l'on a ici affaire à un moyen nouveau, mais s'agit-il pour autant d'un moyen de pur droit ? Ce dernier est un moyen qui peut être mis en œuvre par la Cour de cassation sans qu'elle ait à se livrer à une appréciation des faits à laquelle les

---

[707] L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, p. 571, n° 842 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *op. cit.*, p. 863 s., n° 1255.

[708] La jurisprudence estime, par exemple, que « *l'action fondée sur l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil et celle fondée sur l'article 1382, du même code, tendent aux mêmes fins* » : Cass. 2ème civ., 24 novembre 1965, *Bull. II*, n° 920. De même que « *l'action en responsabilité civile contractuelle fondée sur l'article 1147 du Code civil et l'action en responsabilité civile extracontractuelle appuyée sur l'article 1382 du même code, en tant qu'elles sont engagées pour réparer le même préjudice, tendent aux mêmes fins* » : Cass. 3ème civ., 12 juin 2003, *Inédit,* n° 01-1361, à propos d'une demande initiale en paiement de dommages et intérêts en réparation d'un préjudice moral sur le fondement de l'article 1147 du Code civil puis d'une demande en appel, pour la réparation de ce même préjudice, mais sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ; dans le même sens Cass. 2ème civ., 27 juin 2002, *Inédit,* n° 00-18719.
A contrario, ne tendent pas aux mêmes fins, l'action aux fins d'indemnisation du préjudice subi par les sociétés et l'action exercée dans l'intérêt collectif des créanciers de cette même société pour obtenir réparation de leur préjudice, Cass. com., 14 février 2006, n° 03-18686, *Inédit.*

[709] V. par exemple : Cass. com., 17 décembre 1974, *Bull. IV*, n° 327. En l'espèce, il s'agissait d'un concours entre l'article 1382 du Code civil et l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967. Le syndic qui s'était prévalu en première instance du régime de droit commun a pu, en cause d'appel, invoquer le régime de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif. Dans le même sens, Rennes, 11 juillet 1984, *GP.* 1985, II., som. p. 305.

[710] L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, p. 597, n° 877.

juges du fond n'avaient pas procédé[711]. Or, il apparaît que le moyen tiré de l'application du principe de subsidiarité est le plus souvent un moyen mélangé de droit et de fait[712]. En effet, pour apprécier si un régime spécial est applicable au litige, il appartiendra au juge d'en identifier les conditions d'application et d'en vérifier l'existence dans les faits. De plus, rien ne laisse penser que les conditions d'application du régime spécial aient été évoquées devant les juges du fond par les parties lors du débat sur l'application du régime général. Il est donc impossible dans ce cas de soulever pour la première fois devant la Cour de cassation le moyen tiré de l'existence d'un régime spécial. C'est ce que décide la Cour de cassation dans un arrêt du 28 mars 2000[713]. Dans cette affaire, le demandeur n'a pas invoqué devant les juges du fond le moyen selon lequel la procédure d'apurement du passif faisait obstacle à la poursuite de l'action fondée sur la responsabilité civile du fait personnel[714]. Mais, il a souhaité le faire en cassation. La Cour de cassation déclare que « *dès lors qu'il ne résulte ni de l'arrêt d'appel, ni de ses conclusions que le demandeur au pourvoi ait soutenu devant les juges du fond que l'ouverture de la procédure d'apurement faisait obstacle à la poursuite de l'action fondée sur l'art. 52 de la loi n° 66-537 du 24 juill. 1966, le moyen du pourvoi est nouveau et, mélangé de fait et de droit, irrecevable* ». On notera que cette solution vaut même si le régime spécial est bien applicable à l'espèce[715]. Néanmoins, afin d'éviter ces décisions, non conformes au principe de subsidiarité, il serait souhaitable que la Cour de cassation procède, lorsque cela est possible, par substitution de motifs[716]. Dans un arrêt du 16 juin 2011, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation statue en ce sens. En l'espèce, le conducteur d'un véhicule est blessé après être entré en collision avec un tramway. Les juges du fond constatent qu'il a franchi la voie réservée au tramway sans respecter le feu rouge qui lui en interdisait le passage. Statuant sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1er, ils considèrent que la faute de la victime présente les caractères de la force majeure, exonératoire de la responsabilité pesant sur la Compagnie de tramway. La Cour de

---

[711] *Ibid*

[712] C'est-à-dire que l'application d'office de la règle de droit suppose la prise en considération de faits qui n'ont pas toujours été invoqués par les parties.

[713] Cass. com., 28 mars 2000 ; *Bull. IV*, n° 70 ; *D. Aff.* 2000, p. 227 ; *Bull. Joly*, 2000, p. 606, note J.-J. DAIGRE ; *Rev. proc. coll*. 2000, p. 135, obs. A. MARTIN-SERF.

[714] Les juges du fond avaient appliqué, en l'espèce, l'article 52 de la loi du 24 juillet 1966 (art. L. 223-22 du Code de commerce).

[715] Cass. 2ème civ., 25 juin 1986, *Juridisque Lamy*, vol. I, n° 719. Selon le demandeur, la cour d'appel n'avait pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1386 du Code civil au motif qu'elle avait rejeté sa demande à l'encontre du propriétaire sans rechercher si l'inondation avait pour origine la ruine ou la vétusté de l'appareil sanitaire. La Cour de cassation rejette le pourvoi en qualifiant le moyen mélangé de fait et de droit irrecevable au motif que le demandeur n'avait pas soutenu devant les juges du fond que l'article 1386 était applicable.

[716] Article 620 du Code de procédure civile. La Cour de cassation peut être amenée à « sauver » une décision critiquable par sa motivation en substituant un motif de pur droit à un motif erroné, en faisant abstraction d'un motif de droit erroné, mais surabondant ou en suppléant un motif défaillant. Sur ce point, v. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Manuel, Litec, 6ème éd., 2009, p. 693, n° 1003.

cassation, au visa de l'article 1er de la loi Badinter, censure l'arrêt des juges du fond au motif « *qu'un tramway qui traverse un carrefour ouvert aux autres usagers de la route ne circule pas sur une voie qui lui est propre* »[717].

On s'aperçoit, finalement, que le principe dispositif en permettant la régulation du rôle de chacun des acteurs du procès, amène à reconsidérer la logique du principe de subsidiarité. C'est, en quelque sorte, l'effectivité du principe qui est ici remise en cause.

Cela est aussi vrai à l'issue du procès puisque la victime, qui n'a pas pu obtenir gain de cause, pourrait tenter d'exercer une nouvelle action lors d'une autre instance. C'est ici le principe d'autorité de la chose jugée qui pourrait y faire obstacle.

2. La résolution des concours à l'épreuve de l'autorité de la chose jugée

234. Règle de la triple identité. Ce qu'il faut ici déterminer c'est si le demandeur initial peut, une fois le litige définitivement tranché, exercer une nouvelle action sur un fondement différent devant un juge de première instance afin de voir sa demande aboutir.

Pour que cette action soit possible, il faut s'assurer qu'elle ne heurte pas le principe d'autorité de chose jugée. Selon ce principe, une fois le jugement rendu et sauf ouverture d'une voie de recours, les parties ne peuvent plus faire trancher une nouvelle fois le litige dès lors que la demande nouvelle est identique à celle déjà jugée. La loi considère qu'une demande est identique à trois conditions : il faut que la chose demandée soit la même – identité d'objet –, que la demande soit fondée sur la même cause – identité de cause – et que la demande soit entre les mêmes parties et formée par elles et contre elles en la même qualité – identité des parties. Cette règle dite de la triple identité est prévue par l'article 1351 du Code civil.

235. Première étape : absence d'identité de cause. Dans notre hypothèse, la victime a d'abord exercé une action en choisissant un des deux régimes, général ou spécial, de responsabilité, et, insatisfaite du résultat obtenu, elle souhaite, ensuite, intenter un nouveau procès sur le régime qu'elle avait, dans un premier temps, exclu. D'emblée, on constate qu'il existe bien une identité de parties et d'objet – la victime voulant agir contre le même défendeur afin d'obtenir réparation de son préjudice –, reste alors à apprécier l'identité de cause. Traditionnellement, la cause s'entendait du fondement juridique invoqué[718]. Pour que la demande soit irrecevable, comme se heurtant à l'autorité de chose jugée, il fallait qu'elle s'appuie sur le même fondement juridique que la demande précédente. Peu importait que le demandeur ait

---

[717] Cass. 2ème civ., 16 juin 2011, à paraître au bulletin, *D*. 2011, p. 1756, note J. GALLMEISTER. V. aussi : Cass. 2ème civ., 22 mai 1995, précité. Alors que les juges du fond avaient fondé leur décision sur l'article 1384, alinéa 5, du Code civil, la Cour de cassation rejette le pourvoi au visa de l'article 1384, alinéa 1er, du même code.

[718] Cass. AP., 3 juin 1994, *Bull. AP.*, n° 4 ; *D.* 1994, p. 395, concl. M. JEOL ; *JCP. G.* 1994 II. 22309, note X. LAGARDE ; *RTD. civ.* 1995, p. 177, obs. J. NORMAND.

ultérieurement découvert des faits nouveaux pour étayer sa première demande. Par exemple, si l'action de la victime, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, était un échec, parce que la victime n'avait pas pu apporter la preuve d'une faute, elle ne pouvait pas la renouveler sur le fondement du même texte même si elle disposait d'éléments nouveaux lui permettant d'en déduire une faute. En revanche, rien n'empêchait la victime de fonder son action sur un autre régime de responsabilité civile et ainsi passer d'une action de droit général à une action de droit spécial, et inversement. En effet, la jurisprudence avait décidé depuis longtemps que les divers cas de responsabilité procédaient de causes juridiques différentes[719].

236. Seconde étape : présence d'une identité de cause. Depuis un arrêt du 7 juillet 2006, rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, cette jurisprudence traditionnelle est remise en cause. En l'espèce, un homme, après avoir été débouté de sa demande en paiement d'une somme d'argent sur le fondement de l'action en salaire différé défini par le code rural, avait de nouveau assigné le défendeur en paiement de la même somme d'argent sur le fondement de l'enrichissement sans cause. L'identité d'objet et l'identité de parties lors de la seconde demande étaient bien avérées. En application de la jurisprudence antérieure, il aurait fallu admettre qu'il n'existait pas d'identité de cause, dans la mesure où les deux actions s'appuyaient sur deux fondements juridiques différents. Le demandeur n'aurait donc pas dû se voir opposer une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de chose jugée. La voie empruntée par l'Assemblée plénière est différente. Elle décide qu'« *il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci (…). La cour d'appel a pu exactement déduire que le demandeur ne pouvait être admis à contester l'identité de cause des deux demandes en invoquant un fondement juridique qu'il s'était abstenu de soulever en temps utile, de sorte que la demande se heurtait à la chose précédemment jugée relativement à la même contestation* »[720]. Selon cette jurisprudence, il apparaît désormais que le plaideur, s'il veut conserver une chance de gagner son procès, doit présenter

---

[719] La Cour de cassation a ainsi jugé que les actions qui dérivent des articles 1382 et 1384, alinéa 1er, bien que poursuivant le même objet, procèdent de causes juridiques différentes : Cass. req., 16 juillet 1928, *GAJC,* n° 207; *DP* 1929, I. p. 33, note R. SAVATIER. Dans le même sens, Cass. 2ème civ., 26 mars 1965, *Bull. II*, n° 321 ; *GP.* 1965 II. p. 54.

[720] Cass. AP., 7 juillet 2006, *Bull. AP*., n° 8 ; *D.* 2006, p. 2135, note L. WEILLER ; *RTD. civ.* 2006, p. 825, obs. R. PERROT ; *RTD. civ*. 2006, p. 723, obs. R. MARTIN; *Procédures* 2006, comm. n° 10, obs. H. CROZE ; *RD Im.* 2006, p. 500, note Ph. MALINVAUD ; *Lamy droit civil* 2007, p. 57, obs. L. MINIATO; *Dr. et pat.* 2007, p. 110, note S. AMRANI-MEKKI ; *JCP.G.* 2007, II. 10070, obs. G. WIEDERKEHR ; *GP.* 2007, p. 398, note M.-O. GAIN. Cette jurisprudence a été reprise par la première chambre civile, Cass. 1ère civ., 16 janvier 2007, *Bull. I*, n° 18 ; par la chambre commerciale, Cass. com., 20 février 2007, *Bull. IV*, n° 49 ; ainsi que par la deuxième chambre civile, Cass. 2ème civ., 25 octobre 2007, *Bull. II*, n° 241 ; *D.* 2007, AJ., p. 2988 ; *LPA.* 1er et 2 janvier 2008, p. 13, obs. J.-F. BARBIERI ; Cass. 2ème civ., 5 février 2009, *Inédit,* n° 07-19966 ; *BICC* 15 juin 2009, n° 813 ; Cass. 2ème civ., 12 mars 2009, *Bull. II*, n° 69 ; *BICC* 15 juillet 2009, n° 1030, et enfin par la troisième chambre civile, Cass. 3ème civ., 13 février 2008, *Bull. III*, n° 28 ; *D.* 2008, p. 621, note G. FOREST.

l'ensemble des fondements juridiques possibles au cours du premier procès, faute de quoi il ne peut pas, en cas de débouté, présenter la même demande assortie d'un autre fondement[721]. En pratique, cela oblige le demandeur, pour plus de sécurité, à invoquer toutes les actions envisageables qu'elles soient de droit spécial ou général[722]. Dans ces conditions, les décisions antérieures qui autorisaient le demandeur à former une demande sur un régime spécial puis sur un régime général de responsabilité et réciproquement ne sont plus de mise, dès lors du moins qu'il apparaît que le débat sur le nouveau fondement pouvait effectivement être mené dès l'introduction du premier procès[723].

Cette solution a un impact d'autant plus grand que désormais le juge peut, en application de l'article 125, alinéa 2, du Code de procédure civile, relever d'office une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée[724].

En définitive, l'effectivité du principe de subsidiarité est largement atteinte par les règles de la procédure civile , il convient dès lors d'y remédier.

B. Propositions pour résoudre les obstacles extrinsèques

237. Résolution en amont et en aval. Les règles de la procédure civile et principalement l'usage qui en est fait par les parties au litige conduisent parfois à remettre en cause l'emploi du principe de subsidiarité. Cet obstacle extrinsèque doit être surmonté. Pour ce faire, on peut se placer en amont et chercher à résoudre le concours avant même son apparition. On évite ainsi qu'au moment du procès deux fondements soient applicables (1). On peut aussi se positionner en aval et s'assurer qu'une fois le concours apparu, il soit bien résolu à l'aide du principe de subsidiarité (2).

1. Résolution en amont

238. Deux voies possibles de résolution. La première voie consisterait pour le législateur à poser au cas par cas la solution de chacun des concours de normes. La seconde serait d'imposer une règle générale de résolution des concours de normes.

---

721 L. MINIATO, obs. précitée, p. 58 ; V. aussi « L'autorité de la chose jugée des jugements civils, *in Fiche méthodologique en matière civile*, *BICC* 15 février 2008, n° 676.

722 Cf. *supra* n° 230.

723 Cela dit, l'omission éventuellement commise en première instance peut toujours être rattrapée en appel en application de l'article 565 du Code de procédure civile précité.

724 Traditionnellement, l'irrecevabilité tirée de l'autorité de la chose jugée, d'intérêt privé, ne pouvait pas être relevée d'office par la juge ; Cass. 2ème civ., 10 avril 1995, *Bull. II*, n° 121 ; Cass. 2ème civ., 4 décembre 2004, *Bull. II*, n° 365. Ce qui n'est plus le cas depuis le décret du 20 août 2004 qui a modifié l'article 125 du Code de procédure civile.

On s'aperçoit très vite que la première solution n'est pas adaptée. D'une part, il paraît difficile et surtout inutile pour le législateur de prévoir toutes les situations de concours. Difficile, parce que le nombre de régimes spéciaux, comme on l'a vu, est sens cesse en expansion, mais aussi parce que leur champ d'application dépend de l'interprétation donnée par le juge. Et, inutile parce qu'un principe unique s'applique dans l'hypothèse des concours structurels simples, celui de subsidiarité. D'autre part, cette méthode est trop rigide. La détermination au cas par cas de tous les types de concours d'actions serait contraire à l'esprit de notre droit, qui repose sur la création par le législateur de principes généraux pour l'application desquels il s'en remet au juge[725].

La seconde méthode est plus praticable. Elle est d'ailleurs souvent adoptée par le législateur. On songe par exemple à l'article 132-3 du Code pénal qui pose la règle de non-cumul des peines, en choisissant de donner sa faveur à la peine la plus forte. Il n'existe aucune raison qu'il ne puisse pas en faire de même pour la responsabilité civile. On peut alors envisager qu'il consacre expressément le principe de subsidiarité et que celui-ci puisse être soulevé d'office. Pour justifier le recours à un tel principe, on pourrait rappeler que ce dernier est tiré de l'adage « *specialia generalibus derogant* », qui se trouve employé de manière récurrente en droit. La force de référence de cet adage est indéniable, et ce, même s'il n'a pas été véritablement consacré comme une norme obligatoire[726]. La consécration de ce principe imposerait une résolution unique pour chacun des concours structurels simples. Le principe pourrait être ainsi formulé : « *Lorsqu'à l'occasion d'un concours structurel de normes, une même personne peut être condamnée à l'aide de plusieurs fondements, il ne peut être statué que sur le fondement du droit spécial si ses conditions d'application sont réunies. A défaut, c'est le droit commun qui sera applicable* »[727].

2. Résolution en aval

239. Fiabiliser le critère d'application du principe. La consécration d'un ordonnancement cohérent et prévisible des normes de la responsabilité civile extracontractuelle passe nécessairement par l'adoption d'un critère fiable de résolution des concours. C'est-à-dire un critère précis et non sujet à des interprétations divergentes.

C'est cette finalité que l'on exige du critère de spécialité sur lequel repose le principe de subsidiarité. En pratique, la difficulté réside principalement dans la détermination du sens exact à attribuer aux termes de spécial et de général. Une

---

[725] F. BUSSY-DUNAUD, *op.cit.*, p. 293, n° 626

[726] Sur la question de la force normative, v. C. THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ/ Bruylant , 2009. Spéc. C. THIBIERGE, « Synthèse », p. 745, spéc. p. 755.

[727] Notons toutefois que pour M. Patrice Morvan, la consécration d'un principe dans la loi lui fait perdre son appellation de principe. Il remarque, en effet, qu « *aucun principe ne se laisse enfermer dans un texte* ». P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préface J.-L. Sourioux, éd. Panthéon Assas, LGDJ, 1999, p. 378, n° 431.

confusion est parfois opérée par le juge entre ces termes. Confusion qui le conduit à justifier la primauté d'un texte sur un autre au nom du critère de spécialité alors même que les deux actions en cause ne sont pas dans une relation de genre à espèce. On serait ainsi, selon la jurisprudence, en présence d'un concours structurel lorsqu'un accident est à la fois constitutif d'un accident du travail et d'un accident de la circulation au sens de la loi Badinter. Deux séries de dispositions sont ici potentiellement applicables. La loi de 1985 et les articles 451-1 et suivant du code de la sécurité sociale en tant qu'ils régissent l'accident de transport du salarié. L'existence d'une relation concurrentielle ne fait aucun doute, notamment parce que la législation sociale prévoit une indemnisation forfaitaire et limitée, là où la loi de 1985 autorise une indemnisation intégrale. Or, selon la Cour de cassation, le litige devrait se résoudre par l'application des dispositions du code de sécurité sociale, dans la mesure où la loi de 1985 constituerait, pour elle, du droit commun[728]. Pour autant, la question se pose ici de la véritable nature de droit commun de la loi de 1985 par comparaison avec les dispositions de la législation sociale[729]. M. Patrice Jourdain relève ainsi qu'on pourrait trouver « *hardie l'assimilation de la loi de 1985 au droit commun. Cette loi apparaît elle aussi comme un texte dérogatoire au droit commun et d'application exclusive. C'est en vain que l'on chercherait les raisons pour lesquelles l'article L. 451-1 du code de la sécurité sociale serait en quelque sorte plus spécial que la loi de 1985* »[730]. Cette solution apparaît d'autant plus critiquable qu'elle s'avère injuste pour la victime. Or, l'esprit du droit de la responsabilité civile devrait plutôt conduire à ne pas exclure la législation sur les accidents de la circulation plus favorable à la victime que la législation sociale qui confère à l'employeur une immunité[731]. Pour remédier à ce problème, Mlle Geneviève Viney préconise soit de combiner les systèmes d'indemnisation en prévoyant une action *complémentaire* de la victime fondée sur la loi de 1985, soit encore d'autoriser la victime à *opter* pour l'un ou l'autre de ces systèmes[732].

---

[728] Cass. soc., 18 avril 1991, *Bull. V*, n° 211 ; *JCP. G.* 1991, II. 21714, note Y. SAINT-JOURS ; *RTD. civ.* 1991, p. 760, obs. P. JOURDAIN ; Cass. soc., 27 juin 1991, *Bull. V*, n° 334 ; *D*. 1992, p. 39 note Y. SAINT-JOURS. La Chambre sociale confirme, en l'occurrence, la décision des juges du fond ayant rejeté le recours en indemnisation complémentaire, et ce, au motif que lorsqu'un accident du travail « *est uniquement imputable à l'employeur ou à ses préposés... l'art. L. 451-1 c. séc. soc., texte spécial qui n'a été ni expressément, ni tacitement abrogé par la loi générale du 5 juill. 1985, exclut en effet toute action en réparation exercée conformément au droit commun* ».

[729] On notera qu'outre le rapport de spécialité, une autre des conditions du principe de subsidiarité fait ici défaut. En effet, le concours n'est pas simple, mais complexe, puisque deux débiteurs sont désignés. Le principe de subsidiarité n'est donc, pour cette autre raison, pas applicable.

[730] P. JOURDAIN, obs. précitée, loc. cit. Dans le même sens, voir Y. SAINT-JOURS, note précitée.

[731] A propos de l'esprit de la responsabilité civile, v. nos développements suivants sur la "victimisation" de la responsabilité, *infra* n° 302 s.

[732] G. VINEY, « De l'application de la loi du 5 juillet 1985 à l'accident de la circulation qui est en même temps un accident du travail », *D.* 1989, chr. p. 231, spéc. II, p. 235. On notera que depuis une loi du 27 janvier 1993, complétée par une autre du 18 janvier 1994, l'article L. 455-1-1 du Code de la sécurité sociale permet à la victime d'un accident du travail revêtant également les caractères d'un accident de la circulation, ou à ses ayants droit, d'agir, pour la part de préjudice non réparé par la caisse de

Ces solutions où une confusion s'opère sont éminemment préjudiciables à l'efficacité du critère de spécialité et l'atteignent tant dans sa cohérence que dans sa prévisibilité. C'est pourquoi, pour plus de lisibilité des solutions, il semble opportun d'adopter une définition claire de ce critère, tel qu'elle a pu être donnée et de s'y conformer[733].

240. Rendre effectif le critère d'application du principe de subsidiarité. Le critère de spécialité clairement défini, il restera pour le juge à en faire une application régulière. Autrement dit, chaque fois qu'un des concours rentre dans les conditions d'application du critère de spécialité, ce dernier doit être employé, sinon il perd son utilité. L'usage des règles de procédure civile, tel que nous l'avons précédemment décrit, ne devrait pas pouvoir remettre en cause l'application du critère retenu. Si le demandeur invoque le bénéfice du droit général lorsqu'une action spéciale existe, le juge devrait soulever d'office l'application de cette dernière action, même si le défendeur ne le fait pas.

Des propositions ayant été formulées pour résoudre les obstacles extrinsèques, il nous faut, dès à présent, apprécier la teneur des obstacles intrinsèques.

§2. Les obstacles intrinsèques

241. Obstacles et résolution. Comme pour les précédents obstacles rencontrés, il convient dans un premier temps de dresser un état des lieux des obstacles inhérents au principe (A) et dans un second temps de voir s'il est possible de les surmonter (B).

A. La remise en cause de la subsidiarité du droit commun

242. De l'absence de subsidiarité du droit commun. Du fait d'obstacles inhérents à la matière de la responsabilité civile, elle-même, la nature subsidiaire du droit commun est remise en cause. Précisons. La subsidiarité du droit commun est malmenée dans ces deux fonctions. Sa fonction palliative est amoindrie, d'autres actions prenant la place normalement attribuée au droit commun (A) et sa fonction référentielle est dépassée, le droit spécial s'arrogeant la place de droit référent (B).

---

sécurité sociale, contre l'employeur ou ses salariés sur le fondement de la loi Badinter. Cependant, la règle ne vaut que pour les accidents survenus sur une voie ouverte à la circulation publique, ce qui revient à maintenir l'application exclusive de la législation sociale pour tous les accidents qui auraient lieu dans l'enceinte de l'entreprise.

V. aussi, à propos de l'option et du cumul, nos développements suivants, *infra* n° 313 s.

[733] Cf. *supra* n° 159 s.

1. La remise en cause de l'utilisation du droit commun comme régime palliatif

243. Remise en cause par les régimes spéciaux. Deux phénomènes fréquents empêchent, au moins en partie, l'utilisation du droit commun comme régime palliatif. D'une part, la multiplication des régimes spéciaux nouveaux contribue à diminuer la place accordée au droit commun (a). D'autre part, les régimes spéciaux déjà existants se révèlent entourés de frontières très poreuses de sorte que l'extension de leur sphère de compétence entraine corrélativement la disparition d'une partie de la compétence du droit commun (b).

a. L'apparition de régimes spéciaux inédits : l'appropriation de nouveaux champs de compétence au détriment du droit commun

244. Diminution de la compétence du droit commun. Rappelons que du fait de sa vocation subsidiaire, le droit commun n'est applicable qu'à la condition qu'aucun régime n'ait été spécialement prévu pour un même champ de compétence. Il se trouve que la prolifération des régimes spéciaux, qui s'opère à un rythme exponentiel, amène à se demander si le droit commun n'est pas en passe de devenir une « *coquille vide* »[734]. Ce n'est alors pas forcément le nombre de régimes qui dérogent au droit commun qui importe, mais leur plus ou moins grand domaine d'application. Un seul régime spécial peut suffire à retirer au droit commun une grande partie de sa compétence. La loi sur les accidents de la circulation de 1985 en est une bonne illustration. Celle-ci, en sortant les accidents de la circulation de la sphère de compétence de l'article 1384, alinéa 1er, a supprimé une part importante de la masse contentieuse dont il avait la charge. Plus subtilement, de nombreux régimes spéciaux de responsabilité du fait personnel sont venus éroder la sphère de compétence de l'article 1382 du Code civil. On peut citer les différentes actions en responsabilité issues du droit des affaires (responsabilité des banques, des dirigeants de sociétés…), les actions qui entrent dans les prévisions de la loi du 29 juillet 1881 sur les délits de presse ou encore les actions en responsabilité à l'encontre des fournisseurs d'hébergement sur Internet (loi n° 2000-719 du 1er août 2000).

Finalement, la sphère de compétence attribuée aux régimes spéciaux diminue d'autant celle du droit commun. On pourrait alors se réjouir que, pour parer à l'éviction totale du droit commun, il existe une règle selon laquelle les régimes spéciaux sont d'interprétation stricte[735], pourtant, les faits démentent souvent cette restriction.

---

[734] L. CLERC-RENAUD, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, sous la direction de Ph. Brun, Université de Savoie, 2006, p. 139, n° 88

[735] Cf. *supra* n° 179 s.

b. La porosité des frontières du droit spécial : l'interprétation extensive du champ d'application des régimes spéciaux au détriment du droit commun

245. Erosion de la compétence du droit commun. A l'aide du principe de subsidiarité, il est permis de trancher les concours de compétences entre les normes de la responsabilité civile en faveur de la norme spéciale. Selon la méthode proposée plus haut, il est possible d'identifier dans les litiges la norme de droit spécial au moyen de ses conditions d'application[736]. Or, il appartient au juge d'interpréter ces conditions pour en connaître l'exacte portée et ainsi baliser les frontières du régime spécial au-delà desquelles le droit commun retrouve son empire. Pour ce faire, il semble tenu par la règle selon laquelle « *les exceptions sont d'interprétation stricte* », dont on peut dégager les deux sens suivants : la portée du texte ne doit pas être étendue à des faits que ces termes ne visent pas et les termes mêmes du texte doivent être interprétés étroitement.[737]

En matière de responsabilité civile, l'interprétation du champ d'application des normes spéciales fait l'objet d'une jurisprudence très abondante et révèle bien souvent la volonté du juge d'appliquer à tout prix la disposition spéciale plus favorable pour la victime. On est alors parfois bien loin d'une stricte interprétation du droit spécial. La loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation constitue une bonne manifestation de ce phénomène. Ses conditions d'application portent notamment sur les circonstances dans lesquelles le dommage a été subi[738]. Parmi ces circonstances, on trouve notamment le fait que le dommage résulte d'un accident de la circulation. En dehors de ces cas, il est fait application du droit commun. La question qui se pose alors est de savoir ce qu'il faut entendre par cette notion d'accident de la circulation. Plusieurs éléments sont pris en compte pour la définir. On reconnaît que la loi s'applique quel que soit le lieu de l'accident qu'il s'agisse de voies ouvertes à la circulation publique ou simplement de lieux de circulation privés, tels les enceintes d'entreprise[739], les parkings souterrains d'un immeuble[740] (même si

---

[736] Cf. *supra* n° 161.

[737] Cf. *supra* n° 179.

[738] V. J. CARBONNIER, *Droit civil, les biens, les obligations*, Quadrige Manuel, PUF, vol. II, 1ère éd., 2004, p. 2378 s., n° 1186 s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, Précis droit privé, Dalloz, 10ème éd. 2009, p. 935 s. n° 929 s. ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Manuel, Litec, 11ème éd., 2010, p. 516 s., n° 658 s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, *Les obligations*, Droit civil, Defrénois, 4ème éd. 2009, p. 155 s. n° 270 s. ; Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 433 s., n° 653 s. ; Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2010/2011, n° 8061 s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, le fait juridique*, Université, Sirey, 13ème éd., 2009, p. 387 s., n° 320 s. ; M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 584, n° 513 s. ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, Cours, droit privé, 9ème éd., 2010, p. 224 s., n° 282.

[739] Cass. 2ème civ., 25 mai 1994, *Bull. II*, n° 132 ; *D*. 1994, IR. p. 158.

[740] Cass. 2ème civ., 18 mars 2004, *Bull. II*, n° 128 ; *Resp. civ. Ass*. 2004, comm. n° 183, obs. H. GROUTEL.

l'accès est réservé aux titulaires d'une carte d'entrée), les champs agricoles[741], voire les pistes de ski[742]. De plus, c'est la vocation même du véhicule à circuler qui est prise en compte. Peu importe que celui-ci soit en mouvement ou à l'arrêt. La jurisprudence fait usage de la loi au cas du voyageur qui chute en descendant d'un autobus à l'arrêt[743], mais l'écarte lorsque le véhicule est utilisé, au moment de l'accident, dans une autre fonction que celle de déplacement. Dans ce cas, « *le véhicule, garé pour exécuter une tâche à un poste fixe, est alors envisagé, non dans sa fonction de circulation, mais comme un instrument de travail* »[744]. Dès lors, ne constitue pas un accident de la circulation, le dommage causé par la chute d'un objet manipulé par un chariot élévateur[745] ou le dommage causé par l'ouverture inopinée de la porte arrière d'un van en stationnement[746]. Enfin, la loi ne s'appliquera que si le véhicule stationne dans un lieu propre à cette destination. Ce qui n'est pas le cas pour un incendie provoqué par un cyclomoteur qui stationne dans l'entrée d'un immeuble[747].

Malgré les quelques restrictions apportées par la jurisprudence, l'interprétation de la notion de circulation aboutit à une compréhension très (voire trop) large de la loi. Quelques arrêts viennent illustrer les « dérives » de cette politique d'indemnisation des victimes. On reconnaît que la loi s'applique pour le cas de blessures provoquées par la projection d'une plaque en contreplaqué transportée sur le toit d'un véhicule et d'un des tendeurs élastiques qui avait servi à l'attacher[748] ainsi que pour les dommages subis par un habitant ayant fait une chute en balayant du gravillon projeté sur le trottoir de sa maison par un camion de nettoyage de voierie[749].

Dès lors, en admettant un champ d'application très étendu de la loi, le juge réduit d'autant la sphère de compétence du droit commun de l'article 1384, alinéa 1er.

---

741 Cass. 2ème civ., 25 juin 1986, *D*. 1987, som. p. 87 ; Cass. 2ème civ., 10 mai 1991, *Bull. II*, n° 137 ; *D.* 1992, som. p. 207, obs. P. COUVRAT et M. MASSE ; Cass. 2ème civ., 8 novembre 1995, *D*. 1996, p. 163, note P. JOURDAIN.

742 Grenoble, 9 février 1987, *D.* 1987, p. 245, note F. CHABAS.

743 Cass. 2ème civ., 7 juin 1989, *Bull. II*, n° 122. Pour une application de la loi au cas d'un dommage consécutif à l'action d'un accessoire du véhicule nécessaire à la fonction de déplacement : Cass. 2ème civ., 17 décembre 2009, *Inédit*, n° 08-20699 ; *Resp. civ. Ass*. 2010, comm. n° 74.

744 M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 589, n° 518.

745 Cass. 2ème civ., 9 juin 1993, *Bull. II*, n° 198.

746 Cass. 2ème civ., 5 novembre 1998, *Bull. II*, n° 256.

747 Cass. 2ème civ., 26 juin 2003, *Bull. II,* n° 206 ; *RTD. civ.* 2003, p. 720, P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass*. 2003, chr. n° 24, obs. H. GROUTEL. En revanche, la loi retrouve son empire dans le cadre d'un incendie causé par un véhicule en stationnement dans le parking privatif d'un immeuble ; Cass. 2ème civ., 18 mars 2004, *Bull. II*, n° 128 ; *Resp. civ. Ass*. 2004, comm. n° 183, obs. H. GROUTEL, *JCP. G.* 2004, IV.1994.

748 Cass. 2ème civ., 20 octobre 2005*, Bull. II,* n° 255 *; RTD. civ.* 2006, p. 136, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2006, p. 1938, obs. Ph. BRUN ; *Resp. civ. Ass*. 2006, comm. n° 361, obs. H. GROUTEL.

749 Cass. 2ème civ., 24 avril 2003, *Bull. II,* n° 104 ; *RTD. civ.* 2003, p. 515, obs. P. JOURDAIN ; Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 227 s., n° 359, l'auteur, à propos de cet arrêt, évoque le laxisme de la jurisprudence.

Finalement, l'interprétation du texte spécial apparaît comme un bon moyen pour le juge de parvenir à une meilleure indemnisation de la victime. Pour ce faire, le juge passe bien souvent, par une interprétation extensive du texte spécial plus favorable à la victime. Le droit commun n'a alors que peu de chances de trouver à s'appliquer, d'autant que les assauts qu'il subit sur le front de sa compétence palliative se répercutent nécessairement sur le front de sa compétence référentielle.

2. La remise en cause de l'utilisation du droit commun comme régime de référence

246. Droit spécial référent. Traditionnellement, le droit commun est reconnu comme le référent, le modèle à suivre par le droit spécial[750]. A ce titre, le droit commun fournit des outils à l'ensemble des régimes spéciaux afin, notamment, d'harmoniser leur usage. Il est la source de notions fondamentales comme la faute ou le lien de causalité qui rejaillissent sur le droit de la responsabilité civile tout entier. Pourtant, on constate que cette fonction référentielle va en s'affaiblissant, le droit commun se révélant bien souvent moins influent, voire nettement influencé à son tour par le droit spécial.

Ce phénomène est présent tant sur le point de la mise en œuvre du droit commun (a) que sur le plan des notions qu'il emploie (b). De sorte que les rôles normalement dévolus au droit commun et au droit spécial apparaissent inversés, le droit spécial devenant en quelque sorte le droit référent. La question se pose alors de savoir si un nouveau droit commun ne pourrait pas être créé à partir du droit spécial et du droit commun actuel[751].

a. L'influence apparente du droit spécial sur la mise en œuvre du droit commun

247. Contamination du régime du droit commun par le droit spécial : l'exemple de la force majeure. La loi sur les victimes d'accidents de la circulation paraît avoir marqué le déclin de la vertu exonératoire de la force majeure. Son article 2 dispose que « *les victimes, y compris les conducteurs, ne peuvent se voir opposer la force majeure ou le fait d'un tiers par le conducteur ou le gardien d'un véhicule mentionné à l'article 1er* ». Pour certains auteurs, ce phénomène semble avoir contaminé le droit commun de la responsabilité du fait des choses[752]. Ils s'appuient, pour aboutir à ce constat, sur plusieurs arrêts rendus par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation. Dans trois espèces concernant la SNCF, il a été jugé que le fait pour une personne, accompagnant un voyageur, de sauter du train en marche ou, pour un

---

[750] Cf. *supra* n° 151.

[751] R. GASSIN, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chr., n° 6, p. 93.

[752] D. MAZEAUD, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », *in Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du Code civil*, Geneviève Pignarre (dir.), Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005, p. 73 , spéc. n° 29, p. 89.

piéton, de traverser une voie ferrée sur un passage à niveau dont les barrières étaient baissées, au mépris des avertissements émis par un signal sonore, des feux rouges et un écriteau, ne permet pas d'exonérer totalement le transporteur de sa responsabilité[753]. Enfin, dans une quatrième affaire, mettant en cause un particulier, l'exonération totale du gardien du fonds n'est pas retenue, bien que la victime ait pénétré de nuit dans une propriété privée, sans y être invitée, après avoir ouvert le portail et s'être écartée du chemin d'accès pour finalement faire une chute dans une dénivellation du terrain[754]. Pour la deuxième chambre civile, aucun de ces comportements ne caractérise un événement de force majeure[755]. Mme Sophie Hocquet Berg, à propos de la jurisprudence de la Cour de cassation sur ce point, s'est alors demandé si l'on ne se dirigeait pas, en droit commun, vers une éventuelle suppression de la force majeure, comme cause exonératoire de responsabilité du gardien d'une chose[756]. Concernant les trois premières affaires, on peut penser qu'il s'agit plutôt d'une tentative de la jurisprudence de rapprocher le régime applicable en matière d'accidents de chemin de fer de celui des accidents de la circulation. D'ailleurs, dans le projet Catala, il est admis que l'exclusion de ces accidents de la loi Badinter ne se justifie pas. Il en est déduit que l'application du même régime de responsabilité à toutes les victimes d'accidents de la circulation dans lesquels sont impliqués des véhicules terrestres à moteur devrait s'imposer pour des raisons de simplicité et d'équité[757]. En revanche, la solution donnée dans la dernière affaire paraît plus critiquable. On ne comprend pas pourquoi le fait de pénétrer de nuit dans une propriété privée et d'y faire une chute ne serait pas un événement imprévisible et irrésistible. Le déclin de l'exonération par la force majeure paraît ici plus marqué.

248. Contamination du régime de droit commun du fait de l'homme par l'article L. 225-254 du Code de commerce. La contamination est ici caractérisée par l'application par analogie de l'article L. 225-254 du Code de commerce aux actions intentées par les tiers relevant pourtant du droit commun. L'article L. 225-254 prévoit ainsi que « *l'action en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général, tant sociale qu'individuelle, se prescrit par trois ans, à compter du fait dommageable ou s'il a été dissimulé, de sa révélation. Toutefois, lorsque le fait est qualifié crime, l'action se prescrit par dix ans* ». Cette disposition vise uniquement les actions sociales et individuelles de sorte que l'action des tiers contre les dirigeants sociaux devrait normalement être

---

[753] Cass. 2ème civ., 23 janvier 2003 (2 arrêts), *Bull. II*, n° 17 et n° 18 ; *Resp. civ. Ass.* comm. n° 95 et n° 96 ; Cass. 2ème civ., 27 fevrier 2003, *Bull. II*, n° 45 ; *Resp. civ. Ass.* comm. n° 94, 95 et 96 ; *idem* chr. n° 12, p. 6.

[754] Cass. 2ème civ., 28 novembre 2002, *Inédit*, n° 01-11139 ; *Resp. civ. Ass*. comm. n° 94.

[755] Cass. 2ème civ., 23 janvier 2003, *Bull II* n° 17, précité ; Cass 2ème civ., 27 février 2003, précité.

[756] S. HOCQUET-BERG, « Gardien cherche force majeure… désespérément… », *Resp. civ. Ass.* 2003, chr. n° 12, p. 6. L'auteur constate que « *le comportement particulièrement dangereux, voire aberrant, de la victime ne suffit pas à exonérer totalement le gardien* », p. 6.

[757] P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, rapport à M. Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, p. 170.

fondée sur le régime de l'article 1382 du Code civil, échappant de ce fait à cette courte prescription. Pourtant, la Cour de cassation en a décidé autrement. Par un arrêt rendu le 23 octobre 1990, elle a appliqué à l'action des tiers fondée sur les articles 1382 du Code civil, la prescription abrégée de l'article 247 de la loi du 24 juillet 1966 (article L. 225-254 du Code de commerce)[758]. En l'espèce, au cours d'une tentative de sauvetage amiable d'une société anonyme, une lettre circulaire fut adressée aux fournisseurs et aux sous-traitants afin de les informer du plan de sauvetage et de la liste des banques y participant. L'échec du projet entraîna la mise en règlement judiciaire de la société, puis la liquidation de ses biens. Considérant avoir été victimes des perspectives optimistes annoncées dans cette lettre, certains cocontractants assignèrent les administrateurs de la société en réparation des préjudices personnels qu'ils avaient subis. Les juges du fond les déboutèrent de leur demande au motif que leur action était prescrite en application de l'article 247 de la loi du 24 juillet 1966 (article L. 225-254 du Code de commerce). Deux des cocontractants formèrent un pourvoi en cassation. Ils firent griefs aux juges du fond d'avoir ainsi statué alors que « *la prescription triennale, prévue par la loi du 24 juillet 1966, pour limiter dans le temps la responsabilité contractuelle des administrateurs, étant de droit strict, ne peut être étendue à l'action par laquelle les créanciers d'une société en liquidation des biens mettent en cause, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, la responsabilité civile de droit commun des dirigeants sociaux pour obtenir, dans leur intérêt propre, la réparation de leur préjudice personnel* ». Le raisonnement suivi est somme toute logique dans la mesure où il s'agit là de faire un usage restreint du droit spécial aux hypothèses pour lesquelles il est institué. Pourtant, la Cour de cassation rejeta le pourvoi et décida que c'est à bon droit que la Cour d'appel avait déclaré que l'action des créanciers était soumise à la prescription triennale. Il ressort de cette décision que la Cour de cassation a eu la volonté de soumettre toutes les actions exercées contre les administrateurs au délai de prescription abrégé dès lors qu'elles concernent les fautes visées par la disposition spéciale. Cette solution si elle révèle comment le droit spécial peut être amené à contaminer le droit commun n'est pas pour autant dénuée de toute légitimité[759]. Elle permet d'uniformiser les délais de prescription lorsque la situation en cause n'est pas foncièrement différente. Ici, la relation des administrateurs à l'égard de la société ou des actionnaires est proche de celle que les administrateurs nouent à l'égard des tiers dans le cadre de leur pouvoir de gestion de la société. La contamination paraît donc justifiée.

[758] Cass. com., 23 octobre 1990, *Bull. IV*, n° 255 ; *Bull. Joly* 1990, p. 1036, note M. JEANTIN.
[759] M. JEANTIN, note précitée, *Bull. Joly*, 1990, p. 1040.

b. L'influence du droit spécial sur les notions propres au droit commun

249. Confirmation des notions de droit commun par le droit spécial : l'exemple des notions clefs de la responsabilité civile. Il apparaît que, bien souvent, les régimes spéciaux confirment les régimes de droit commun, leur donnant ainsi une vigueur nouvelle[760]. Certaines règles, pourtant considérées comme étant de droit commun, ne sont pas formellement énoncées par lui alors qu'elles se trouvent définies dans les régimes spéciaux. Cela tient au fait que le silence du législateur et le souci de maintenir des régimes généraux dans leurs termes ont conduit dans un premier temps la jurisprudence à formuler en partie ces notions de droit commun. Dans un second temps, le législateur les a entérinées en les formalisant dans les régimes spéciaux. Parmi les notions qui ont été parachevées par les régimes spéciaux, on trouve notamment celles de préjudice ou de réparation. Si l'on admet que le préjudice doit être personnel et certain, ces caractères n'ont pas été posés expressément par le législateur au sein des régimes de droit commun. En revanche, on les trouve dans certains régimes spéciaux de responsabilité comme dans l'article 1843-5 du Code civil qui concerne les actions exercées par les associés et les actionnaires d'une société civile ou commerciale. Cet article dispose qu'« *outre l'action en réparation du préjudice subi personnellement, un ou plusieurs associés peuvent intenter l'action sociale en responsabilité contre les garants* ». Bien que, dans cette disposition, la référence au caractère personnel du préjudice n'intervienne que pour distinguer deux actions – action personnelle et action sociale –, cet article, comme les articles L. 223-22 et L. 225-252 du Code de commerce, vient conforter une solution admise par la jurisprudence, mais non présente expressément dans le droit commun.

Pareillement, certains régimes spéciaux font état du caractère intégral de la réparation qui, bien qu'essentiel dans la responsabilité civile, n'est pas présent dans les dispositions de droit commun. Les articles précités du Code de commerce prévoient ainsi « *la réparation de l'entier préjudice pour la société* ».

Enfin, si les causes d'exonération de droit commun telles que la force majeure ou la faute de la victime sont incontournables, elles n'apparaissent, là encore, que dans des régimes spéciaux. La loi sur l'abordage en navigation intérieure du 5 juillet 1934 dans son article 1er comme L'article L. 5131-3 du Code des transports relatif aux événements de mer, reconnaissent clairement l'incidence de la force majeure sur la responsabilité du défendeur. Quant à la faute de la victime, on la trouve mentionnée aussi bien dans des régimes portant sur l'exploitation d'aéronefs (article L. 141-2 du Code de l'aviation civile), sur l'exploitation de téléphériques (article 6 de la loi du 8 juillet 1941), ou enfin sur l'exploitation de navire nucléaire (article L. 5122-5 du code des transports). Le droit commun est ainsi précisé et complété par ces notions contenues dans le droit spécial.

---

760 M. POUMAREDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, sous la direction de C. Saint-Alary-Houin, Toulouse I, 2003, p. 493 s., n° 684 s.

En définitive, on s'aperçoit que le droit commun se nourrit à la source des droits spéciaux. Les rapports entre ces deux droits s'en trouvent dès lors changés. Le droit commun originel n'apparaît plus comme le cœur de toutes règles. Le droit spécial est lui aussi initiateur d'un droit commun amélioré voir renouvelé.

Les différents droits s'animent et se charpentent les uns les autres de toutes les notions qu'ils ont à offrir au point qu'il est permis de se demander où se situe vraiment le droit commun référent.

On peut alors être tenté de contenir le droit spécial et de revaloriser le droit commun pour résoudre ces obstacles intrinsèques.

B. Propositions pour résoudre les obstacles intrinsèques

250. Du bon usage du principe de subsidiarité. Plusieurs événements font obstacle au bon usage du principe de subsidiarité. Or, si l'on veut en assurer l'efficacité, il convient d'y remédier. C'est dans cette optique qu'il est possible de formuler quelques propositions pour résoudre les obstacles intrinsèques liés à une mauvaise utilisation du droit spécial

251. Revalorisation du droit commun. Les obstacles intrinsèques rencontrés conduisent à remettre en cause la place subsidiaire du droit commun. Il s'agira dès lors de chercher des moyens de revaloriser le droit commun dans sa fonction palliative (1) comme dans sa fonction référentielle (2).

1. La revalorisation du droit commun comme régime palliatif

252. Deux méthodes complémentaires. Afin de restituer au droit commun sa place de régime palliatif et ainsi venir étendre sa sphère de compétence, deux moyens sont envisageables. *De lege lata*, il peut s'agir de confirmer le recul de certains régimes spéciaux inefficaces qui viennent empiéter inutilement dans la sphère de compétence du droit commun (a). *De lege feranda*, il serait possible d'accroître le nombre de faits générateurs et consécutivement celui des régimes de droit commun (b).

a. La revalorisation par le recul de certains régimes spéciaux au profit du droit commun : l'exemple de l'article 1386 du Code civil

253. Identification du problème. A côté de la tendance précédemment identifiée à l'accroissement de la compétence des régimes spéciaux[761], on note l'existence d'une situation inverse où le juge tente au contraire de restreindre la

[761] Cf. *supra* n° 245.

portée du droit spécial révélant ainsi l'obsolescence de certaines de ses normes. L'application de l'article 1386 du Code civil en est un bon exemple.

En cas de dommages causés par un immeuble au fonds voisin deux fondements peuvent être retenus pour engager la responsabilité du propriétaire :

- La responsabilité générale du fait des choses de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil

- La responsabilité spéciale du fait des bâtiments de l'article 1386 du Code civil.

Aux termes d'une jurisprudence constante, la responsabilité fondée sur l'article 1384, alinéa 1er, ne peut être invoquée à l'encontre du propriétaire du bâtiment dès lors que les conditions de l'article 1386 sont elles-mêmes réunies. Les régimes de ces deux articles ne peuvent se cumuler, et lorsqu'un dommage est causé par la ruine d'un bâtiment les dispositions de l'article 1386 ont vocation exclusive à s'appliquer[762]. Or, l'emploi de l'article 1386 est depuis plusieurs années sujet à critiques, notamment parce que ce régime spécial est moins intéressant pour la victime que ne l'est le régime général[763]. En effet, pour pouvoir prospérer sur le fondement de l'article 1386, la victime doit établir que la ruine est arrivée soit par la suite du défaut d'entretien soit par l'existence d'un vice de construction, alors qu'il suffit pour pouvoir obtenir une condamnation du propriétaire sur le fondement de l'article 1384, aliéna 1er, de prouver qu'il est bien gardien de la chose ayant causée le dommage.

254. Interprétation « ultra » restrictive du droit spécial. L'évolution récente de la jurisprudence marque une nette préférence pour l'application de l'article 1384, alinéa 1er. Ainsi, pour contourner les effets du principe de subsidiarité, les juges donnent une interprétation très stricte de la notion de ruine du bâtiment. Traditionnellement, la ruine s'entend de l'effondrement total ou partiel (chute de matériaux)[764] du bâtiment. Or, dans une décision du 16 octobre 2008, la Cour de cassation a refusé de considérer que le basculement d'un immeuble sur le fonds voisin constituait un effondrement proprement dit, donc un état de ruine du bâtiment[765].

255. Subsidiarité du droit spécial. Allant plus loin, la jurisprudence choisit de détourner le principe de subsidiarité pour favoriser le régime plus général. Dans un arrêt du 22 octobre 2009, la Cour de cassation paraît ainsi se diriger vers un usage

---

[762] Cass. req., 6 mars 1928, *DP* 1928, I. p. 97, note L. JOSSERAND.

[763] Cf. *infra* n° 376 s.

[764] Cass. 2ème civ., 3 mars 1993, *Bull. II,* n° 86 ; Cass. 2ème civ., 8 juin 1994, *Bull. II*, n° 150 ; Cass. 2ème civ., 4 mai 2000, *Inédit*,n° 98-19951 ; *Resp. civ. Ass.* 2000, p. 10, note H. GROUTEL.

[765] Cass. 2ème civ., 16 octobre 2008, *Bull. II,* n° 211 ; *Const. urb.*2008, comm. n° 185, C. SIZAIRE ; *Resp. civ. Ass.* 2008, p. 17 note H. GROUTEL ; *RD Im.* 2008, p. 558, note G. LEGUAY ; *Annales des loyers* 2009, p. 646, note V. PERRUCHOT-TRIBOULET ; *LPA.* 13 octobre 2009, p. 5, note A. VIGNON-BARRAULT, Ph. CASSON ; *RTD. civ.* 2009, p. 128, note P. JOURDAIN.

subsidiaire de l'article 1386[766]. Dans les faits, un véhicule a été endommagé par une chute de pierres provenant de la voûte d'un bâtiment voisin. Eu égard aux décisions antérieures, il semble possible de constater l'existence d'une ruine d'un bâtiment de sorte qu'il y aurait dû avoir application exclusive de l'article 1386. Pourtant, la Cour de cassation, sans contester le fait que le dommage ait bien été causé par la ruine d'un bâtiment, admet que la victime puisse agir sur le fondement des dispositions de l'article 1384, alinéa 1er, sans qu'elle ait à prouver le vice ou le défaut d'entretien de la voûte. Les termes de sa solution sont sans équivoque. La Cour retient que « *si l'article 1386 du Code civil vise spécialement la ruine d'un bâtiment, les dommages qui n'ont pas été causés dans de telles circonstances peuvent néanmoins être réparés sur le fondement des dispositions de l'article 1384, alinéa 1er, du même code qui édictent une présomption de responsabilité du fait des choses* ». Puis, elle constate « *qu'il n'est pas nécessaire de déterminer le vice dont pouvait être atteinte la voûte* ». Il suffit de relever que « *c'est de cette voûte que provenaient les pierres dont la chute a endommagé le véhicule* » dès lors « *la responsabilité du propriétaire est engagée en sa qualité de gardien de l'immeuble* ».

La Cour de cassation effectue un renversement du principe en décidant d'appliquer les dispositions de l'article 1384, alinéa 1er, par préférence aux dispositions de l'article 1386. Pourtant, jusque-là, la responsabilité pour la ruine du bâtiment relevait à titre principal de l'article 1386 et subsidiairement de l'article 1384, alinéa 1er. Traditionnellement, pour réduire le champ d'application de l'article 1386, la Cour de cassation s'appuyait sur le fait qu'une de ses conditions d'application faisait défaut, il n'y avait, par exemple, aucune ruine de caractérisée, faute de chute d'un des éléments du bâtiment. Ce n'est pas la voie qu'elle suit dans cette affaire. Dans les faits, il est possible de relever la présence d'un dommage causé par la ruine d'un bâtiment. On se trouve donc dans le champ d'application de l'article 1386, ce qui implique normalement l'obligation pour le demandeur de faire la preuve que cette chute a bien pour origine un défaut d'entretien ou un vice de construction. Pourtant, la Cour de cassation ne sanctionne pas l'incapacité du demandeur à en apporter la preuve. Au contraire, elle en déduit le passage immédiat à l'article 1384, alinéa 1er. Elle semble de ce fait confondre conditions d'application et conditions de réalisation. En effet, les premières sont les conditions qui rendent applicables la disposition, autrement dit pour l'article 1386, la présence d'une ruine d'un bâtiment. Les secondes sont les conditions dans lesquelles le propriétaire de ce bâtiment peut effectivement être déclaré responsable, soit pour l'article 1386, le vice de la construction ou le défaut d'entretien. Or, si l'on respecte le fonctionnement du principe de subsidiarité, seul le défaut d'une des conditions d'application aurait pu conduire à l'application de l'article 1384, alinéa 1er. Dans cet arrêt, il est notable que

---

[766] Cass. 2ème civ., 22 octobre 2009, *Bull. II*, n° 255 ; *D.* 2009, A.J., p. 2684, note I. GALLMEISTER ; *Const. urb.*2009, comm. n° 160, C. SIZAIRE et M.-L. PAGES-DE-VARENNE ; *GP.* 2009, p. 14, note F. DESPREZ ; *Lexbase Hebdo*, novembre 2009, n° 371, note D. BAKOUCHE ;*D.* 2010, p. 413, obs. B. DULOUM ; *Resp. civ. Ass.* 2010, p. 19, obs. L. BLOCH ; *Lamy droit civil* 2010, n° 68, p. 15, note J. JULIEN.

ce soit bien une condition de réalisation qui fût manquante. La Cour de cassation n'aurait donc pas dû faire usage du régime général.

A partir de cette solution, on pourrait déduire que l'application du droit commun peut suppléer la carence de l'une des parties dans la charge de la preuve. Ainsi, peu importerait que le demandeur puisse ou non prouver la condition de réalisation de l'article 1386 du Code civil, le droit commun pouvant toujours trouver à s'appliquer. Il s'agit là d'« *un formidable encouragement à fonder directement sa demande sur l'article 1384, alinéa 1er* »[767].

Cette évolution importante s'inscrit dans le prolongement des conclusions du rapport de la Cour de cassation pour l'année 2005 qui suggérait l'abrogation de l'article 1386 au motif que ses dispositions « *ont pour effet de réduire la portée de la jurisprudence élaborée à partir du 1er alinéa de l'article 1384 de ce code et, par voie de conséquence, de compliquer le droit de la responsabilité en suscitant un contentieux non négligeable* »[768].

b. La revalorisation par l'accroissement du nombre de régimes de droit commun

256. Liste close de faits générateurs ? On reconnaît, en droit de la responsabilité civile, l'existence d'un nombre précis de faits générateurs : le fait des choses, le fait d'autrui, le fait personnel et le fait des troubles de voisinage. Certains auteurs proposent d'ajouter à cette liste. Ces nouveaux faits générateurs seraient puisés dans les régimes spéciaux et viendraient grossir les rangs du droit commun traditionnel. Pour s'intégrer pleinement à la responsabilité civile et au droit commun existant, ces nouveaux faits générateurs devraient, selon nous, répondre à plusieurs conditions : bénéficier d'un lien étroit avec la responsabilité civile ; conserver l'objectif de réparation de la responsabilité civile ; être suffisamment fédérateurs et englobants pour inclure de nombreuses situations dommageables et, enfin, réunir des régimes généraux comme des régimes spéciaux de responsabilité.

257. L'atteinte à un droit subjectif : de nouveaux faits générateurs en devenir ? Depuis quelques années, les droits subjectifs font beaucoup parler d'eux au point que l'on s'interroge sur leur coexistence avec la responsabilité civile qui servirait à les protéger[769]. Parmi ces droits subjectifs, on retrouve le droit au respect de la vie privée (article 9 du Code civil), le droit à la présomption d'innocence (article 9-1 du même code), les droits de la personne (article 16 du Code civil) ou le droit de

---

[767] L. BLOCH, note précitée, spéc. p. 20.

[768] Rapport de la Cour de cassation pour l'année 2005, *L'innovation technologique*, La documentation française, 2005, p. 13.

[769] A propos de la multiplication des droits subjectifs qui conduit à se demander si elle n'entraîne pas la définition d'une nouvelle catégorie de dommages consistant dans l'atteinte à un droit : L. CLERC-RENAUD, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, sous la direction de Ph. Brun, Université de Savoie, 2006, n° 183 s.

propriété (article 544 du même code). Apparemment, toute atteinte à ces droits doit pouvoir donner lieu à l'exercice d'une action sur le fondement du droit commun de la responsabilité civile pour en obtenir réparation[770]. Ainsi, dans l'hypothèse où un propriétaire subirait un empiètement sur sa propriété, il pourrait en sus d'une action réelle destinée à y mettre fin, exercer une action en responsabilité civile en vue d'obtenir des dommages et intérêts. La Cour de cassation a décidé en ce sens, au visa des articles 1382, 544 et 545 du Code civil que « *l'empiètement est suffisant à caractériser la faute civile* »[771]. Le droit de propriété n'est donc pas étranger à la responsabilité civile, répondant ainsi à la première condition.

Parmi ces droits subjectifs, certains sembleraient même s'affranchir de la responsabilité civile. Il s'agirait notamment du droit au respect de la vie privée (article 9 du Code civil), du droit à la présomption d'innocence (article 9-1 du Code civil), du droit au respect du corps humain (article 16-3 du Code civil) ou encore du droit d'auteur. Les deux premières dispositions prévoient que le juge peut, « *sans préjudice de la réparation du dommage subi* », décider de diverses mesures comme le séquestre ou la saisie. Rien n'est alors expressément prévu quant aux fondements et aux conditions de cette réparation du préjudice. Il aurait alors pu être fait usage des règles de droit commun de la responsabilité civile[772], mais la Cour de cassation fait le choix d'un autre fondement. Par un arrêt du 5 novembre 1996, la première chambre civile de la Cour de cassation décide que « *la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvrait droit à réparation* »[773]. Elle rejette ainsi le pourvoi qui reprochait aux juges du fond de ne pas avoir caractérisé l'existence d'une faute et d'un préjudice, éléments constitutifs de la responsabilité civile. L'autonomie du droit au respect de la vie privée semble ici consacrée, entraînant certainement dans son sillage les autres droits de la personnalité, notamment le droit à la présomption d'innocence[774] et, pourquoi pas, le droit au respect du corps humain[775]. Pour autant, une doctrine majoritaire s'accorde à dire que tout lien avec la responsabilité civile traditionnelle n'est pas écarté, le préjudice comme la faute étant nécessairement présents, du moins latents

---

[770] F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, Précis droit privé, Dalloz, 8ème éd., 2010, p. 405 s., n° 515 s. ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les biens*, Dalloz 5ème éd., 1998, par P. JOURDAIN, n° 204 ; F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, PUF, 3ème éd., 2008, p. 331 s., n° 207 s.

[771] Cass. 3ème civ., 10 novembre 1992, *Bull. III*, n° 292 ; *JCP. G.* 1993, IV. 172 ; *D*. 1993, som., p. 305, obs. A. ROBERT ; *RTD. civ.* 1993, p. 850, obs. F. ZENATI.

[772] V. en ce sens, Paris, 5 décembre 1988, *D.* 1990, som. p. 239, obs. D. AMSON ; Paris, 17 décembre 1991, *D.* 1993, p. 366, note J. RAVANAS.

[773] Cass. 1ère civ., 5 novembre 1996, *Bull. I*, n° 378 ; *GAJC* n° 17 ; *D.* 1997, p. 403, note S. LAULOM ; *D.* 1997, som. p. 289, obs. P. JOURDAIN ; *JCP. G.* 1997, I. 4025, n° 1, obs. G. VINEY ; *JCP. G.* 1997, II. 22805, note J. RAVANAS ; *RTD. civ.* 1997, p. 632, obs. J. HAUSER.

[774] Cass. 1ère civ., 8 mars 2001, *Bull. II*, n° 46 ; *GP.* 19 juin 2001, p. 831 ; *LPA.* 18 mai 2001, p. 21, note E. DERIEUX ; *D.* 2002, J., p. 2767, note T. MASSIS ; *LP* Juillet / août 2002, II. p. 85, note C. ROJINSKY ; *JCP. G.* 2002, I. 122, obs. G. VINEY ; *D.* 2002, som., p. 2767, obs. T. MASSIS ; *LP* 2002, III. p. 60, n° 190, note F. GRAS.

[775] T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD. civ.* 2007, p. 227, spéc. p. 249.

dans la sanction de ces droits[776]. Ainsi, ces deux conditions sont maintenues, l'atteinte portée aux droits caractérisant la faute dont le préjudice moral ne fait que découler. La preuve, seule, se trouve allégée, l'atteinte aux droits faisant présumer la faute et le dommage[777]. Dès lors, même si la jurisprudence peut exclure toute référence à l'article 1382 dans la sanction de ces droits, les mécanismes de la responsabilité civile, eux, restent bien présents. Cette exclusion ne se retrouve d'ailleurs pas pour tous les droits précités. Ainsi, dans un arrêt du 3 juin 2010, la première chambre civile de la Cour de cassation sanctionne le défaut d'information du médecin en se référant dans son visa tant aux articles 16 et 16-3, alinéa 2, du Code civil qu'à l'article 1382[778]. Elle énonce « *qu'il résulte des deux premiers de ces textes que toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir ; que le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice, qu'en vertu du dernier des textes susvisés, le juge ne peut laisser sans réparation* ». La victime jouit alors d'un droit à réparation résultant de la seule atteinte illicite au corps humain. Pour Monsieur Olivier Gout, « *la référence à l'article 1382 du Code civil fait d'ailleurs plus allusion à la fonction normative de la responsabilité civile qu'à sa fonction de réparation* »[779].

Ce constat réalisé, la question pourrait se poser de savoir s'il ne serait pas possible de réunir l'ensemble de ces fondements au sein d'un même fait générateur : celui de l'atteinte à un droit. M. Poumarède constate ainsi que « *les nombreuses illustrations de responsabilité du fait de l'atteinte aux droits offrent un socle suffisamment solide à l'émergence d'un nouveau fait générateur de responsabilité en vertu duquel la seule atteinte à un droit permettrait de retenir la responsabilité de son auteur* »[780]. Néanmoins, selon lui ce fait générateur de responsabilité ne se situerait pas à côté des faits

---

[776] H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE, Dalloz, *GAJC* n° 17 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, vol. I, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF 2004, n° 279 ; P. JOURDAIN, note sous Cass. 1ère civ., 5 novembre 1996, précitée. Selon l'auteur : « *ce n'est pas à dire que l'action en réparation (prévue par l'article 9) soit indépendante des dispositions de l'article 138, mais seulement que la transgression d'un droit de la personnalité représente en soi un préjudice moral qu'il appartient au juges du fond d'évaluer souverainement* ». De plus, « *si l'atteinte à un droit subjectif est loin d'être neutre en ce qu'elle facilite grandement la tâche probatoire de la victime, sa sanction ne parvient toutefois pas à se détacher complètement du mécanisme de l'article 1382* » ; G. VINEY, *JCP. G.* 1997, note précitée ; J. HAUSER, *RTD. civ.* 1997, obs. précitée, p. 633 ; F. LEDUC, « Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ?: point de vue privatiste », *in Le préjudice, regards croisés privatistes et publicistes*, Resp. civ. Ass., n° spécial, mars 2010, p. 10, spéc. p. 12 s ; L. CLERC-RENAUD, *op. cit.*, n° 187, l'auteur constate que la Cour de cassation semble poser une présomption de préjudice tirée de la violation d'un droit subjectif.

[777] *Idem.*

[778] Cass. 1ère civ., 3 juin 2010, *Bull. I*, n° 128 ; *D.* 2010, pan. p. 35, note O. GOUT ; *ibid*. p. 1484, obs. I. GALLMEISTER; *ibid*. p. 1522, note P. SARGOS; *ibid.* p. 1801, point de vue D. BERT ; *ibid*. p. 2092, chr. N. AUROY et C. CRETON ; *RTD. civ*., 2010, p. 571, note P. JOURDAIN ; *JCP. G*., 2010, p. 788, note S. PORCHY-SIMON ; *LPA*. 17-18 août 2010, note R. MILAWSKI ; *RDC*. 2011, p. 335, note M. BACACHE.

[779] O. GOUT, note précitée.

[780] M. POUMAREDE, *op. cit.*, p. 618, n° 835. V. aussi L. CLERC-RENAUD, *op. cit*., loc. cit.

générateurs classiques, mais en marge de ces derniers. Il considère, en effet, que ces régimes de responsabilité sont exorbitants du droit commun[781]. D'une part, « *les atteintes à la propriété, aux droits de la personnalité, aux droits de la propriété littéraire et artistique… justifient des dommages et intérêts indépendamment de tout préjudice* »[782]. D'autre part, « *la faute n'est souvent pas une condition interne des régimes particuliers appliqués par la jurisprudence* »[783]. Pourtant, pour les raisons évoquées plus haut, nous ne partageons pas complètement cette analyse. S'il semble, en effet, possible de voir dans l'atteinte à ces droits un nouveau fait générateur, il semble aussi que ce fait générateur soit en relation étroite avec le droit commun classique que nous connaissons et ces notions traditionnelles de faute ou de préjudice, de sorte que ce fait générateur pourrait se placer au côté des faits générateurs de responsabilité civile déjà existants.

On peut aboutir à une même conclusion à propos du droit de la propriété littéraire et artistique. En la matière, plusieurs actions sont envisageables pour celui qui estime avoir subi une atteinte à ses droits. On songe notamment à l'action en contrefaçon. A l'origine, comme pour les autres droits subjectifs précités, la doctrine estimait que la contrefaçon engageait la responsabilité civile de son auteur selon les conditions du droit commun[784]. La jurisprudence s'est peu à peu démarquée de cette position. La Cour de cassation retient aujourd'hui que le juge n'a pas « *à rechercher l'existence d'une faute dès lors que la contrefaçon est établie* »[785] ou encore, elle considère que « *la contrefaçon est caractérisée, indépendamment de toute faute ou mauvaise foi, par la reproduction, la représentation ou l'exploitation d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés* »[786]. Ainsi, la faute n'est plus nécessaire pour obtenir réparation. Pourtant, comme pour les droits subjectifs précédemment étudiés et pour les mêmes raisons, on ne peut parler de complète autonomie vis-à-vis de la responsabilité civile.

258. Le fait des activités dangereuses : un nouveau fait générateur proposé. Outre l'atteinte à un droit subjectif, un autre fait générateur pourrait faire son entrée dans le Code civil. En effet, le rapport Catala propose d'y insérer un nouveau fait générateur de responsabilité relatif aux faits des activités dangereuses composé d'un régime général et de régimes particuliers. L'article 1362 de l'avant-projet est ainsi rédigé : « *Sans préjudice de dispositions spéciales, l'exploitant d'une activité*

---

781 M. POUMAREDE, *op. cit* p. 618, n° 834.

782 Ph Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2010/2011, n° 1321 et n° 6746.

783 M. POUMAREDE, *op. cit.*, loc. cit.

784 V. T. AZZI, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD. civ.* 2007, p. 227 s., spéc. p. 242. V. aussi, J.-S. BERGE, « La responsabilité professionnelle du fait personnel : de la déloyauté au parasitisme », *LPA.* 11 juillet 2001, p. 78 s., spéc. p. 82.

785 Cass. 1ère civ., 10 mai 1995, *Bull. I*, n° 203 ; *RJDA*, oct. 1995, n° 166, p. 291.

786 Cass. 1ère civ., 13 novembre 2008, *Bull. I,* n° 258, *Paradis*, *D.* 2009, p. 263, B. EDELMAN ; *D.* 2009, p. 266, E. TREPPOZ.

anormalement dangereuse, même licite, est tenu de réparer le dommage consécutif à cette activité.

Est réputée anormalement dangereuse l'activité qui crée un risque de dommages graves pouvant affecter un grand nombre de personnes simultanément.

L'exploitant ne peut s'exonérer qu'en établissant l'existence d'une faute de la victime dans les conditions prévues aux articles 1349 à 1351-1 »[787]. L'introduction de ce nouveau cas de responsabilité de plein droit a été particulièrement discutée au sein du groupe. « *Ses partisans ont fait valoir qu'elle rapprocherait le droit français de la plupart des droits des pays voisins et qu'elle serait en harmonie avec la jurisprudence administrative qui est en ce sens. Pourtant, certains membres du groupe ont objecté que d'autres dispositions, en particulier celles qui concernent la responsabilité du fait des choses, la rendraient à peu près inutile. A quoi il a été rétorqué que ce texte concernerait essentiellement les catastrophes industrielles alors que la responsabilité du fait des choses est mieux adaptée aux dommages entre particuliers. Finalement, il a été décidé de maintenir cette règle pour le cas de dommages de masse résultant d'activités présentant des risques graves* »[788].

« *Ainsi caractérisé, par un domaine vaste et un régime souple, l'article 1362 de l'Avant projet Catala ouvre à la responsabilité civile de nouveaux horizons. En adaptant le droit commun à la sinistralité de masse inhérente à l'activité industrielle, il lui permet d'appréhender de nouvelles situations dommageables (…) Le droit de la responsabilité civile en sortirait grandi et pourrait puiser dans cette nouvelle maturité l'énergie nécessaire à sa meilleure adaptation à des situations dommageables qui destabilisent les mécanismes classiques* (…) »[789].

En conclusion, on constate que la revalorisation du droit commun dans sa première fonction pourrait parfaitement passer par l'accroissement du nombre de régimes généraux qui en feraient partie, mais aussi par l'augmentation de la sphère de compétence des régimes généraux déjà présents. Sa fonction palliative s'en trouverait alors augmentée. Parallèlement, il paraît aussi vraisemblable de revaloriser le droit commun dans sa seconde fonction de droit référentiel.

2. La revalorisation de la place du droit commun comme régime de référence

259. Utilisation du droit commun dans l'attente de la création d'un droit spécial. Avant d'être rattrapé par des lois spéciales, le droit commun est souvent

---

[787] P. CATALA, (dir)., *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, précité, p. 159. Pour unecommentaire de cette disposition, v. A. GUEGAN-LECUYER, « Vers un nouveau fait générateur de responsabilité civile : les activités dangereuses (commentaire de l'article 1362 de l'Avant-projet Catala), in Etudes offertes à G. VINEY, LGDJ, 2008, p. 499.

[788] P. CATALA, (dir), *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, précité, p. 148. Les auteurs de la proposition de réforme dirigée par Monsieur Terré ont choisi, eux, de ne pas consacrer ce nouveau fait générateur. Ils lui préfèrent un fait plus restreint, celui des installations classées. F. TERRE, (dir), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, article 23. Pour un commentaire de ce texte : J.-S. BORGHETTI, « Des principaux délits spéciaux », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, précité, p. 163 s., spéc. p. 176 s.

[789] A. GUEGAN-LECUYER,article précité, spéc. p.509.

employé pour venir au secours des victimes du monde moderne. En effet « *l'évolution générale des faits générateurs de la responsabilité civile permet de rendre compte de la faculté de celle-ci à intégrer de nouvelles problématiques. Ils ont acquis une généralité qui tend à les faire apparaître comme extrêmement perméables, réceptifs à des principes nouveaux de solution et extensibles à des situations inédites* »[790].

Comme pour tous les moyens de communication l'utilisation de l'Internet est susceptible de causer des dommages. Tel est le cas, par exemple, du commerce électronique aujourd'hui défini comme l'activité « *par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services* »[791]. Or, face à ces nouvelles formes de responsabilité encourues à l'occasion de cette activité et en l'absence de texte spécifique, la jurisprudence usait naturellement de l'article 1382 du Code civil. Elle condamnait ainsi des hébergeurs de sites et des fournisseurs d'accès pour la violation de l'obligation générale de prudence et de diligence[792]. On appliquait, pareillement, ces dispositions aux autres intervenants comme aux exploitants de moteur de recherche lorsque le référencement permettait la large diffusion d'un contenu illicite[793]. Pour ces intermédiaires, leur devoir était non seulement de surveiller, mais aussi d'agir en constatant l'acte illicite[794].

La directive européenne du 8 juin 2000 sur le commerce électronique met fin à cet usage du droit commun[795]. Aux termes de son article 14, l'hébergeur ne peut être déclaré responsable pour violation de l'obligation de diligence que dans la seule hypothèse où il avait effectivement connaissance de l'activité ou des informations illicites. Et, son article 12 prévoit lui que le fournisseur d'accès peut se voir contraindre, par décision judiciaire ou administrative, de prévenir ou mettre fin à une illicéité, sa responsabilité ne pouvant être engagée qu'en cas de non-respect de cette décision. Cette directive a été transposée par la loi du 21 juin 2004 précitée. Ainsi, selon les termes de l'article 6-I-2, les hébergeurs ne peuvent voir leur responsabilité engagée du fait des activités ou informations stockées, s'ils « *n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant*

---

[790] A. GUEGAN-LECUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, préface de P. Jourdain, LGDJ., Bibliothèque de droit privé, t. 472, 2006, p. 289, n° 213.

[791] Article 14 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

[792] Paris, 10 février 1999 (diffusion de photos d'une célébrité dénudée sans son consentement), *D*. 1999, p. 389, note N. MALLET-POUJOL ; *Com. com. élect.* 1999, comm. n° 34, note E. DESGORCES ; TGI. Paris, 22 mai 2000 (affaire yahoo, condamnation d'un fournisseur d'accès à mettre en place un filtre de nature à empêcher l'accès des français à un site proposant aux enchères des objets nazis), *Com. com. élect.* 2000, comm. n° 92, note J.C. GALLOUX.

[793] Paris, 15 mai 2002, *D*. 2003, act. 621.

[794] M. VIVANT, « La responsabilité des intermédiaires de l'Internet », *JCP.G*. 1999 I. 180. « *Etre responsable ce n'est pas se comporter comme le bon père de famille de ce texte (art. 1382). C'est s'écarter du comportement qui aurait dû être idéalement suivi (…) Or, n'est indubitablement fautif que celui qui est à même techniquement d'intervenir, qui sait qu'il a matière à intervention et, pour finir, ne fait rien* ». L'auteur illustre ici le triptyque pouvoir–savoir–inertie.

[795] Directive relative « *à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur* », *JOCE*, n° L178, 17 juillet 2000, p. 1.

apparaître ce caractère ». Leur responsabilité étant écartée, même en cas de connaissances de l'illicéité, s'ils « *ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible* ». Enfin, s'agissant des fournisseurs d'accès, ils ne sont responsables au regard de l'article 9 de la loi que s'ils sont à l'origine de la transmission illicite ou sélectionnent ou modifient les contenus faisant l'objet de la transmission. La loi instaure donc une responsabilité spéciale pour faute.

Dans ce domaine, on constate que si le droit commun a pu, dans un premier temps, obvier aux carences du droit spécial, le risque que son application entrave les activités de commerce électronique[796] et la volonté d'harmonisation ont conduit, dans un second temps, le législateur européen à décider de l'adoption d'un droit spécial[797].

260. Utilisation du droit commun en parallèle du droit spécial. Le droit commun n'est pas totalement écarté de la matière. Le retour au droit commun tient notamment au fait qu'il semble possible d'affiner la notion d'hébergeur en retenant une qualification intermédiaire de non hébergeur. Ce dernier est défini par l'article 6. III. 1 de la LCEN comme une personne dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne.

Dès lors, partant de l'idée que l'activité du non-hébergeur ne se limite pas à du stockage, sa responsabilité sortirait du champ d'application de la loi pour la confiance dans l'économie numérique de 2004[798]. Il appartient alors à la jurisprudence de trancher entre les deux qualifications pour déterminer la responsabilité applicable.

261. Le statut d'hébergeur. Concernant les hébergeurs, il s'agit, notamment, d'apprécier l'influence qu'ils exercent sur le contenu des informations diffusées. Plusieurs affaires récentes permettent de l'illustrer. Dans quatre arrêts du 13 juillet 2010, la chambre commerciale de la Cour de cassation a dû s'intéresser à la responsabilité des sociétés Google assignées par la société Louis Vuitton Malletier afin de voir constater qu'elles avaient commis des actes de contrefaçon de ses marques française et communautaire, de concurrence déloyale, porté atteinte à son enseigne et son nom de domaine, et commis des actes de publicité trompeuse[799]. Pour juger de la responsabilité encourue par les sociétés Google, il appartenait aux juges d'apprécier la qualité de ces sociétés : hébergeur, donc soumis au droit spécial, ou non hébergeur, relevant du droit commun. Pour distinguer entre les deux qualités, la cour d'appel relève que les sociétés « *ne se bornent pas à stocker des informations publicitaires qui seraient fournies par des annonceurs, mais qu'elles déploient une activité de*

---

[796] La responsabilité des intermédiaires de l'Internet est trop facilement retenue sur le fondement des articles du Code civil.

[797] V. M. POUMAREDE, *Droit des obligations*, Montchrestien, Cours, 2010, p. 553 s., n° 979 s.

[798] A côté des éditeurs, les usagers du réseau sont eux aussi soumis à l'application du droit commun notamment pour les informations qu'ils fourniraient dont le contenu serait dommageable à l'égard des tiers.

[799] Cass. com., 13 juillet 2010, *Google AdWords, Bull. IV*, n° 122 à 124. Un des quatre arrêts, portant le numéro de pourvoi 05-14331, n'a pas été publié.

régie publicitaire, d'abord, en organisant la rédaction des annonces, en décidant de leur présentation et de leur emplacement, ensuite, en mettant à la disposition des annonceurs des outils informatiques destinés à modifier la rédaction de ces annonces ou la sélection des mots clés qui permettront de faire apparaître ces annonces lors de l'interrogation du moteur de recherche et, enfin, en incitant les annonceurs à augmenter la redevance publicitaire "coût par clic maximum" pour améliorer la position de l'annonce ; qu'il ajoute que le service Adwords est présenté sur les différents sites Google sous la rubrique et le lien hypertexte "publicité", avec le slogan "votre publicité avec Google" et cette précision "le ciblage à partir de mots clés augmente la pertinence de votre publicité", et que l'activité publicitaire ainsi déployée constitue l'essentiel du chiffre d'affaires qu'elles réalisent »[800]. Pour la cour d'appel, les services proposés par Google sont des services de publicité qui ne bénéficient pas du régime de responsabilité allégée prévue par le droit spécial.

La Cour de cassation ne reprend pas ce raisonnement, elle casse les décisions des juges du fond en rappelant que « *la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit (C — 236/08, 23 mars 2010) que l'article 14 de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil, du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur dite "directive sur le commerce électronique", doit être interprété en ce sens que la règle y énoncée s'applique au prestataire d'un service de référencement sur Internet lorsque ce prestataire n'a pas joué un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées ; que s'il n'a pas joué un tel rôle, ledit prestataire ne peut être tenu responsable pour les données qu'il a stockées à la demande d'un annonceur à moins que, ayant pris connaissance du caractère illicite de ces données ou d'activités de cet annonceur, il n'ait pas promptement retiré ou rendu inaccessibles lesdites données* ». Or, les juges du fond en ne caractérisant pas l'existence du rôle actif du prestataire de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle sur les données stockées, n'ont pas donné de base légale à leur décision. Il semble donc que le seul fait de proposer un service publicitaire ne suffise pas à faire perdre à un prestataire d'Internet sa qualité d'hébergeur.

D'autres arrêts viennent éclairer cette jurisprudence. Ainsi dans deux arrêts en date du 17 février 2011, la Cour de cassation est revenue sur les notions de « rôle

---

[800] Cass. com., 13 juillet 2010, *Bull. IV*, n° 124, *Google AdWords*. On retrouve une argumentation similaire un autre arrêt rendu le même jour où la cour d'appel retient que Google « *concède à titre onéreux à ses clients annonceurs le bénéfice de mots clés, lesquels conduisent l'utilisateur de son moteur de recherche à une page de résultats comportant la publicité de l'annonceur avec lien hypertexte vers son site ; qu'il relève encore qu'en l'occurrence, l'offre faite par la société Google consiste à permettre au souscripteur de son programme Adwords de consulter, s'il le souhaite, un générateur de mot clef qui lui proposera une liste des mots les plus souvent utilisés dans le secteur concerné, cette liste étant établie à partir des requêtes des internautes dans le cadre de son programme Adwords ; qu'il retient enfin que la société Google propose aux annonceurs, moyennant rémunération, un service commercial de nature publicitaire, distinct de celui offert dans le cadre de son activité de moteur de recherche, et que sa responsabilité doit donc être recherchée en sa qualité de prestataire de référencement publicitaire payant et non en tant que simple intermédiaire technique, prestataire d'hébergement ou de stockage d'informations en vue d'une mise à disposition du public* », Cass. com., 13 juillet 2010, *Bull. IV*, n° 123.

actif » et d'« intermédiaire technique »[801]. Dans l'arrêt Dailymotion, la Cour de cassation retient que la société Dailymotion est fondée à revendiquer le statut d'intermédiaire technique dans la mesure où « *le réencodage de nature à assurer la compatibilité de la vidéo à l'interface de visualisation, de même que le formatage destiné à optimiser la capacité d'intégration du serveur en imposant une limite à la taille des fichiers postés, sont des opérations techniques qui participent de l'essence du prestataire d'hébergement et qui n'induisent en rien une sélection par ce dernier des contenus mis en ligne, que la mise en place de cadres de présentation et la mise à disposition d'outils de classification des contenus sont justifiés par la seule nécessité, encore en cohérence avec la fonction de prestataire technique, de rationaliser l'organisation du service et d'en faciliter l'accès à l'utilisateur sans pour autant lui commander un quelconque choix quant au contenu qu'il entend mettre en ligne ; qu'il ajoute que l'exploitation du site par la commercialisation d'espaces publicitaires n'induit pas une capacité d'action du service sur les contenus mis en ligne* ». L'intermédiaire technique ou hébergeur est donc celui qui ne peut être mis en cause dans la détermination du contenu mis en ligne.

Puis, dans l'arrêt Bloobox contre Fuzz, la Cour a du s'interesser à l'activité de la société Bloobox. Pour ce faire, elle vérifie l'application de la notion de « rôle actif » retenue par la Cour de justice de l'Union européenne[802]. Elle relève que « *l'activité de la société Bloobox-net, créatrice du site www.fuzz.fr, se bornait à structurer et classifier les informations mises à la disposition du public pour faciliter l'usage de son service, mais que cette société n'était pas l'auteur des titres et des liens hypertextes, ne déterminait ni ne vérifiait les contenus du site, en a exactement déduit que relevait du seul régime applicable aux hébergeurs, la responsabilité de ce prestataire, fût-il créateur de son site, qui ne jouait pas un rôle actif de connaissance ou de contrôle des données stockées* ».

262. Le statut de non-hébergeur. Si l'hébergeur se voit appliquer la législation spéciale, plus favorable, celui qui n'est pas hébergeur est soumis au droit commun de la responsabilité[803]. Il importe donc de pouvoir identifier précisément ce que recouvre cette qualité de « non-hébergeur ». L'arrêt Tiscali du 14 janvier 2010 permet d'illustrer cette problématique[804]. Dans cette affaire, il s'agissait pour les juges

---

[801] Cass. 1ère civ., 17 février 2011, *Dailymotion*, *Bull. I*, n° 165 ; *Com. com. élect.*, 2011, p. 27, note Ch. CARON; *JCP. G.* 2011, p. 863, note A. DEBET; *D.* 2011, Act. p. 668, note C. MANARA ; même revue p. 1113, note L. GRYNBAUM; *Lamy droit de l'immatériel* 2011, p. 10, note C. CASTETS-RENARD ; *Resp. civ. Ass.* 2011, étude n° 8, par L. MARINO et Cass. 1ère civ., 17 février 2011, *Bloobox contre Fuzz.fr*, *Bull. I*, n° 164 ; *Com. com. élect.* 2011, p. 27, note Ch. CARON ; *Resp. civ. Ass.* 2011, étude n° 8, par L. MARINO.

[802] CJUE., 23 mars 2010, *Google France SARL et Google Inc contre Louis Vuitton Malletier SA e.a*, C-236/08 à C-238/08 ; *Com. com. élect.* 2010, n° 88, comm. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RJDA* 2010, p. 659, note P. CADIO et A. GENDREAU ; *Lamy droit de affaires* 2010, p. 23, note M. FILIOL DE RAIMOND ; *GP.* 2010, p. 14, note V. BRUNOT ; *D.* 2010, p. 885, note C. MANARA ;

[803] V. sur l'existence de régime de responsabilité plus favorable pour le responsable, *infra* n° 381 s.

[804] Cass. 1ère civ., 14 janvier 2010, *Tiscali*, *Bull. I*, n° 8 ; *Com. com. élect.* 2010, n° 25, comm. Ph. STOFFEL-MUNCK; *Com. com. élect*. 2010, n°7, comm. E. DREYER ; *D*. 2010, Pan., p. 1966, note J. LARIEU, Ch. LE STANC et P. TREFIGNY-GOY ; *GP.* 2010, p. 169, V. DAHAN ; *Lamy droit de l'immatériel* 2010, p. 33,

de déterminer à quel régime de responsabilité était soumise la société Tiscali à qui l'on reprochait d'avoir intégralement reproduit sur son site plusieurs bandes dessinées, et ce, sans autorisation. La Cour de cassation retient la qualification d'éditeur. En effet, la cour d'appel a justement relevé que « *la société Tiscali Media a offert à l'internaute de créer ses pages personnelles à partir de son site et proposé aux annonceurs de mettre en place, directement sur ces pages, des espaces publicitaires payants dont elle assurait la gestion* ». Or, « *par ces seules constatations souveraines faisant ressortir que les services fournis excédaient les simples fonctions techniques de stockage, visées par l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 dans sa rédaction issue de la loi du 1er août 2000 applicable aux faits dénoncés, de sorte que ladite société ne pouvait invoquer le bénéfice de ce texte, la décision de la cour d'appel est légalement justifiée* ». Ainsi, en excédant son rôle de simple intermédiaire technique, la société Tiscali a perdu son statut d'hébergeur. Toutefois, la dernière décision de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière paraît aujourd'hui remettre en cause cette solution[805]. Le 23 mars 2010, la Cour exclut expressément que le caractère onéreux de la prestation de l'intermédiaire soit un motif à même de lui faire perdre le bénéfice du droit spécial[806]. Ce qui importe c'est le contrôle des « données stockées »[807]. D'ailleurs dans les arrêts Google AdWords du 13 juillet 2010, la Cour de cassation reproche à la cour d'appel d'avoir considéré la société Google comme étant un éditeur en s'appuyant sur le service de nature publicitaire proposé, sans rechercher si elle exerçait un contrôle sur les données stockées[808]. Il en est de même dans les arrêts Bloobox contre Fuzz et Dailymotion du 17 février 2011[809]. En effet, de ces arrêts, il ressort que, pour se voir appliquer la responsabilité spéciale, les acteurs de l'Internet ne doivent pas opérer de « *sélection* » des « *contenus mis en ligne* ». Il ne leur faut pas davantage « *commander un quelconque choix quant au contenu que l'internaute entend mettre en ligne* » ou encore « *déterminer ou vérifier les contenus du site* ». Autrement dit, c'est bien le critère du rôle actif qui doit faire la différence entre l'hébergeur et le non-hébergeur. Reste que ce critère paraît très largement interprétable[810].

263. Qualification distributive. Pour finir sur ces questions, il faut noter que certaines solutions penchent en faveur d'une qualification distributive qui conduit le

---

note M. SCHAFFNER et G. SROUSSI ; *Ibid*, p. 55, note L. COSTES ; *Ibid*, p. 70, note A. SAINT-MARTIN ; *RTD*. com. 2010, p. 307, note F. POLLAUD-DULIAN ; LP 2010, p. 270, note J. HUET.

[805] CJUE., 23 mars 2010, *Google France SARL et Google Inc contre Louis Vuitton Malletier SA e.a*, C-236/08 à C-238/08, précité.

[806] V. § 116.

[807] V. § 120.

[808] Cass. com., 13 juillet 2010, *Google AdWords,* précité.

[809] Cass. 1ère civ., 17 février 2011, *Dailymotion*, précité et Cass. 1ère civ., 17 février 2011, *Bloobox contre Fuzz.fr*, précité.

[810] Ph. STOFFEL-MUNCK, « La notion d'hébergeur à la lumière de l'affaire Google AdWords », *Com. com. élect.* 2010, n° 88 ; P.-Y. GAUTIER, « De l'éventuel "rôle actif" des opérateurs internet dans la réalisation du dommage (qualifications de responsabilité civile) », *D.* 2011, p. 2054. V. aussi, CJUE., 12 juillet 2011, *l'Oréal c/eBay International*, C-324/09, *D*. 2011, p. 1965, note C. MANARA.

juge à appliquer, par exemple, le régime spécial de l'article 6 de la LCEN, lorsque les contenus litigieux apparaissent comme étant effectivement hébergés par celui dont la responsabilité est recherchée, et le régime de droit commun, pour les informations dont ce dernier n'est pas l'hébergeur. C'est la solution choisie par une décision du tribunal de commerce de Bruxelles qui, pour déterminer la qualification à appliquer aux sociétés eBay, se livre à une analyse de leurs différentes activités. Et de relever plus précisément, qu'« *il n'est pas douteux que les seules activités d'eBay critiquées* (...) *sont celles par lesquelles eBay héberge (ou affiche) les annonces de vente émanant des candidats vendeurs* (...) *si à l'origine du commerce électronique, l'on pouvait concevoir que les services visés à la section 4 de la directive (simple transport, coaching et hébergement) seraient fournis par des opérateurs spécialisés ne fournissant que tel ou tel service, il est vite apparu que les fournisseurs de ces services proposaient, en outre, d'autres services et proposaient d'autres activités conduisant à ce que leur site Internet présente une nature composite* »[811].

264. Quelle responsabilité de droit commun ? S'il est possible de voir dans les décisions récentes que la jurisprudence cherche aujourd'hui à affiner son analyse des différents statuts des intermédiaires d'Internet en fonction de leurs activités, une question demeure quant à la nature de la responsabilité de droit commun applicable aux non hébergeurs. S'agit-il d'une responsabilité pour le fait personnel, le fait d'autrui ou le fait des choses ? La première hypothèse paraît la plus vraisemblable. Les plates-formes devraient être condamnées si la preuve d'une imprudence ou d'une négligence de leur part, dans l'exploitation des services qu'elles mettent à disposition, était apportée. On reviendrait donc à l'application des textes employés avant l'adoption de la loi pour la confiance dans l'économie numérique.

Toutefois, il est aussi possible d'envisager de privilégier une responsabilité objective. Pour M. Tristan Azzi, on pourrait ainsi recourir à d'autres dispositions et notamment à l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil[812]. Il faudrait alors considérer « *que les technologies de partage que les plates-formes mettent à la disposition du public sont, au sens de ce texte, des choses dont elles ont la garde et qu'elles engagent, de ce fait, leur responsabilité en cas d'utilisation de ces technologies à des fins illicites* ». L'auteur propose même, dans une approche « *plus audacieuse* », de s'appuyer sur la responsabilité du fait d'autrui en admettant que ces plates-formes doivent répondre des agissements des internautes qu'elles hébergent[813]. Enfin, une dernière voie est explorée par

---

[811] T. com. Bruxelles, 31 juillet 2008, *Lamy droit de l'immatériel* 2008/41, n° 1359 ; *Lamy droit de l'immatériel* 2008/43, n° 1416, comm. O. SASSERATH.

[812] T. AZZI, « La responsabilité des nouvelles plates-formes : éditeur, hébergeurs ou autre voie ? », *in Contrefaçon sur Internet : les enjeux du droit d'auteur sur le web 2.0*, Lexis-Nexis, Litec, col. IRPI, n° 33, 2009, p. 59 s., spéc., p. 73 s., n° 21.

[813] T. AZZI, article précité, p. 74, n° 21. L'auteur relève malgré tout qu'« *il est cependant peu probable, s'agissant du moins de cette dernière solution, que la jurisprudence sollicite à ce point les virtualités de l'article 1384, alinéa 1er* ».

M. Azzi, celle de la violation de droits de propriété littéraire et artistique. Suivant cette piste, les plates-formes seraient alors soumises aux règles spéciales applicables en la matière. Ainsi, en cas d'atteinte au droit d'auteur, le contrefacteur engagerait sa responsabilité sans que la preuve d'une faute soit rapportée. Il faudrait alors admettre que ces intermédiaires d'Internet sont de véritables contrefacteurs ce qui ne va pas toujours de soi et surtout vouloir leur appliquer une responsabilité encore plus pénalisante que le droit commun. En effet, nous avons vu qu'en la matière, la loi de lutte contre la contrefaçon du 29 octobre 2007 autorise le juge à fixer des dommages et intérêts qui dépassent la réparation intégrale du préjudice en tenant compte, notamment, des bénéfices réalisés par le contrefacteur[814].

En conclusion de ces derniers développements, si l'on peut trouver des moyens de revaloriser le droit commun classique, on ne peut nier que le droit spécial est lui aussi vecteur d'un droit commun. De sorte que le constat que nous avions formulé plus haut se confirme[815]. Le droit commun référent ne saurait être restreint à quelques articles généraux de responsabilité civile, il est partout. La distinction entre ce droit commun comme matrice informelle et le droit commun formalisé dans des articles du Code civil fait alors de nouveau sens[816].

[814] Cf. *supra* note n° 929
[815] Cf. *supra* n° 151.
[816] *Ibid.*

Conclusion chapitre 2
La mise en œuvre du principe de subsidiarité

265. Résolution des concours structurels simples par le principe de subsidiarité. Ce chapitre tendait à répondre à la question suivante : quel est le résultat de l'application du principe de subsidiarité sur les concours de normes de la responsabilité civile ?

La réponse suit logiquement les deux mouvements qui caractérisent le principe de subsidiarité.

D'abord, la résolution du concours se fait par l'emploi du régime spécial dont les conditions d'application sont réunies.

Ensuite, en cas de défaillance du droit spécial, c'est le droit commun qui est applicable. Le droit commun retrouve ainsi son empire au moment de l'obligation à la dette, comme lors de la contribution à la dette.

Pourtant, certains obstacles se sont présentés dans cette articulation. Les premiers ont trait à la prévalence donnée au droit spécial. Il s'avère qu'à plusieurs reprises, les règles de la procédure civile viennent bouleverser l'ordre établi par le principe de subsidiarité. Le juge pouvant être amené à faire application du droit commun alors même que le droit spécial est bien applicable.

Les seconds portent sur le recours subsidiaire au droit commun. Ce dernier est remis en cause tant dans sa vocation de régime palliatif que dans sa fonction de référent.

C'est pourquoi afin de conforter le principe de subsidiarité, il est nécessaire de lever ces obstacles. Pour y parvenir, il faut consacrer l'usage du principe de subsidiarité, dans les conditions précédemment identifiées, sans que le juge ou les parties puissent s'y soustraire. De plus, il faut redonner au droit commun ses lettres de noblesse en s'assurant de la réalité de sa vocation subsidiaire.

Conclusion du titre 2
Le principe retenu

266. Principe de subsidiarité : un vrai principe directeur. L'intérêt porté au principe de subsidiarité lors de son étude théorique n'a pas été démenti par son application pratique sur les normes de la responsabilité civile extracontractuelle. Les deux versants du principe – non-ingérence et intervention – lui permettent de bien s'adapter aux normes et à leur concours. En attribuant une qualification et un ordre d'application à chaque norme de la responsabilité civile, il rend possibles tout autant la résolution de ses concours que la régulation des relations entre ses normes.

On s'aperçoit alors que le principe de subsidiarité s'abstrait des défauts des principes précédemment étudiés et offre une véritable voie pour résoudre certains concours de normes à savoir les concours structurels simples.

Conclusion de la partie 1
Le principe directeur de l'articulation

267. Principes d'autorité et principe de temporalité : principes exclus. L'observation des principes traditionnels d'articulation des normes, tels que le principe d'autorité et le principe de temporalité, a permis de constater leur inadaptation aux concours de normes. Parce qu'ils sont trop généralistes, ces principes se transposent difficilement au cas particulier de la responsabilité civile extracontractuelle.

Il est alors rapidement apparu la nécessité de trouver un principe en adéquation avec cette matière.

268. Principe de subsidiarité : principe directeur retenu. Le principe de subsidiarité se montre seul en mesure de traduire la relation dynamique qui s'instaure entre les normes de la responsabilité civile. En effet, il exprime bien l'idée que chacune des normes est à la fois nécessaire et insuffisante à elle seule pour donner réponse à l'ensemble des concours. Ainsi, à la norme de droit commun est dévolue une place subsidiaire, mais non moins essentielle, puisqu'elle apparaît aussi comme une norme de référence, tandis qu'à la norme de droit spécial est reconnue une place principale dans la résolution des concours. Il ressort alors un lien de dépendance réciproque nécessaire entre ces deux catégories de normes.

On le voit, le principe de subsidiarité constitue véritablement une première pierre à l'édification d'un modèle d'articulation des normes.

Toutefois, ce principe n'a pas vocation à être omnipotent. Il n'est que l'initiateur de la résolution – ce qui est déjà essentiel. Tous les concours de normes ne pourront pas, par lui, être résolus. Les concours conjoncturels ainsi que les concours complexes échappent à sa compétence. Pour accéder à une résolution parfaite des concours de normes, il nous faut donc identifier ce qui rend ce principe de subsidiarité à la fois essentiel et incomplet.

Nous ne sommes finalement qu'à la moitié du chemin, celui-ci doit se poursuivre par la recherche d'un principe apte à corriger les défauts de ce principe directeur.

Partie 2. L'articulation des normes de la responsabilité civile à l'aide d'un principe correcteur

Partie 2. L'articulation des normes de la responsabilité civile à l'aide d'un principe correcteur

269. Direction *versus* correction. Comme nous l'avons observé, les situations de concours entre les normes sont variées et n'ont été qu'en partie résolues par le principe de subsidiarité. Ce dernier n'élucide, en effet, que les concours structurels simples de normes, c'est-à-dire ceux dans lesquels les normes entrent dans une relation de spécialité et ne désignent qu'un seul responsable pour répondre du dommage[817].
Deux situations demeurent irrésolues :

- celle où plusieurs responsables sont reconnus, autrement dit les concours complexes, qu'ils soient structurels ou conjoncturels[818]
- celle où un seul responsable est identifié par au moins deux normes n'entrant pas dans une relation de spécialité, c'est-à-dire les concours conjoncturels simples.

De surcroit, si le principe de subsidiarité ne résout que des concours structurels simples, cela ne signifie pas pour autant qu'il règlera la totalité desdits concours. Il est, par exemple, probable que, dans certains cas, la prévalence du droit spécial ne soit pas le meilleur moyen de satisfaire aux objectifs du législateur.

Afin de s'assurer de la légitimité du principe de subsidiarité dans toutes les situations qu'il doit normalement régir, et pour parvenir à donner une solution aux autres concours de normes, il faut trouver une méthode permettant d'éprouver et de suppléer ce principe. Or, on reconnaît généralement qu'il existe, à côté des principes directeurs, des principes correcteurs qui servent tout autant à parfaire les premiers principes qu'à s'y substituer en cas de défaillance[819]. C'est donc un principe correcteur qu'il nous faut identifier.

Pour cela, il est déjà possible de se référer au canevas fourni par le principe directeur. Effectivement, pour parvenir à la résolution des normes, le principe de subsidiarité s'ordonne autour d'un critère d'articulation et de conditions d'application. Une fois ses conditions réunies et suivant le critère qu'il prévoit, le principe produit des effets sur les concours de normes[820]. On pourrait alors envisager que le principe correcteur suive le même canevas. Ce qui nous conduirait à rechercher ses conditions d'application et son critère d'articulation.

---

[817] Cf. *supra* n° 19.

[818] Les concours conjoncturels sont ceux dans lesquels les normes n'entrent pas dans une relation de spécialité.

[819] Cf. *supra* n° 28

[820] La nature « directrice » du principe ne tient pas tant à la quantité de concours dont il permet la résolution, qu'à la possibilité que l'on a de déduire de ce principe d'autres modes d'articulation.

Il nous faut, à présent, partir en quête d'un principe correcteur en nous appuyant sur le modèle du principe de subsidiarité (Titre 1). Ce principe identifié, en théorie, il sera nécessaire d'en apprécier la mise en œuvre, en pratique, sur les concours de normes (Titre 2).

Titre 1. La recherche théorique du principe correcteur

270. Découverte du principe correcteur. Selon le même raisonnement que pour l'identification des principes d'articulation précédents, la démarche s'effectuera en deux temps. Dans un premier temps, il s'agira de mettre en lumière le principe correcteur, la particularité étant ici que cette étape se fera par comparaison avec le principe directeur (chapitre 1). Dans un second temps, il faudra analyser le fonctionnement de ce principe (chapitre 2).

Chapitre 1. Le passage d'un principe directeur à un principe correcteur

271. Correction du principe directeur. L'étude du principe directeur fournit de nombreux indices dans la recherche d'un principe correcteur. En premier lieu, le principe directeur ne peut résoudre l'ensemble des concours de normes. Partant de ce constat, il est permis de penser que pour trouver un principe correcteur adapté, il faut déjà comprendre les raisons des défaillances du principe directeur (Section 1). En second lieu, le principe directeur n'a de consistance que parce qu'il s'appuie sur un critère d'articulation. Il est donc logique de découvrir le critère sur lequel reposera le principe correcteur (Section 2).

Section 1. L'analyse des défaillances du principe de subsidiarité

272. Défaillances superficielles et défaillances essentielles. Nous nous sommes heurtés à deux types de défaillance du principe de subsidiarité. Les premières, se situant en surface, sont immédiatement visibles. Ce sont des défaillances superficielles[821] (§1). Les secondes, liées à sa nature, nécessitent plus d'investigations pour être identifiées. Il s'agit de défaillances essentielles[822] (§2).

§1. Les défaillances superficielles du principe de subsidiarité

273. Principe directeur dépassé, voire ignoré. Deux situations mettent à jour les failles superficielles du principe.

La première est évidente, les conditions d'application du principe de subsidiarité n'étant pas réunies[823], il ne peut être appliqué pour résoudre le concours (A).

La seconde situation apparaît, de prime abord, plus difficile à appréhender, car il s'agit d'une situation paradoxale dans laquelle toutes les conditions d'application du principe de subsidiarité sont présentes, mais où il n'est pas fait usage de ce principe (B).

A. La subsidiarité dépassée

274. Absence de rapport de spécialité : la présence de concours conjoncturels. En dehors des concours structurels simples pour lesquels le principe de subsidiarité s'applique, il existe des concours conjoncturels. Ces derniers ont la particularité de concerner des normes qui se trouvent dans un rapport de concurrence, mais sans être dans un rapport de spécialité. Dans cette hypothèse de

---

[821] Il faut bien noter ici que le terme superficiel est trompeur, il ne s'agit pas de dire que ces défaillances ne sont pas déterminantes, bien au contraire, mais plus d'évoquer le fait qu'elles sont bien apparentes. On reprend ici le sens propre du mot superficiel : « *relatif aux surfaces* ». Ce n'est que dans son sens figuré et abstrait qu'il s'entend d'« *une connaissance sans profondeur, d'un esprit qui ne va pas au fond des choses* ». Il n'existe donc au sens propre, aucun jugement de valeur. « Superficiel », A. REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010.

[822] Comme pour le terme « superficiel », il faut prendre ici le terme essentiel au sens propre de ce « *qui a trait à l'essence, à la nature* ». Ce n'est que, par extension, que ce terme signifie « *qui est absolument nécessaire, qui est le plus important* ». On notera d'ailleurs qu'il est employé en philosophie le terme « *essential* » pour éviter l'ambiguïté entre ces deux sens et désigner ce qui est « *très important* ». « Essentiel », A. REY, *op. cit.*,

[823] Trois conditions cumulatives sont nécessaires à l'application du principe de subsidiarité. Il faut un rapport de concurrence, un rapport de spécialité et un responsable unique.

concours, c'est la spécificité des faits de l'espèce qui rend possible la rencontre de plusieurs normes. Ces concours, purement fortuits, sont impossibles à prévoir et, contrairement aux concours structurels, ils ne peuvent se voir appliquer le principe de subsidiarité.

Ces concours ont notamment lieu lorsque deux régimes de responsabilité de même degré de généralité ou de spécialité viennent à se croiser. Imaginons que, par sa faute, une personne cause un dommage à un tiers en manipulant un bâton. Deux régimes de responsabilités sont applicables : le régime général de responsabilité du fait personnel (art. 1382 C. civ.) et le régime général de responsabilité du fait des choses (art. 1384, alinéa 1er, C. civ.) Or, on ne peut affirmer que le régime général de responsabilité du fait des choses soit un cas générique de responsabilité du fait personnel, et inversement. De la même manière, on ne peut constater l'existence d'une relation de spécialité entre le régime spécial de responsabilité des parents du fait de leurs enfants (responsabilité du fait d'autrui, article 1384 al. 4, C. civ.) et le régime spécial de responsabilité d'une personne pour le fait de son animal (responsabilité du fait des choses, article 1385 C. civ.). Dans ces situations, à défaut de constater un rapport de spécialité entre les normes, le principe de subsidiarité n'est pas utilisable.

Par ailleurs, de tels concours s'envisagent en cas de rencontre entre un régime spécial et un régime général de responsabilité. Prenons le cas suivant : un mineur commet une faute en blessant un de ses camarades. Si la situation met bien en présence une norme générale, l'article 1382 du Code civil sanctionnant le fait personnel fautif du mineur, et une norme spéciale, l'article 1384, alinéa 4, du même code à propos de la responsabilité des parents du fait de leurs enfants, les deux normes n'entretiennent pas pour autant entres elles une relation de genre à espèce. Le régime de responsabilité des parents du fait de leurs enfants, régime de responsabilité du fait d'autrui, n'est pas une espèce de responsabilité du fait personnel. Le principe de subsidiarité ne s'applique pas. Pourtant, il faudra bien déterminer qui, du parent ou de l'enfant, pourra voir sa responsabilité mise en œuvre par la victime[824]. On remarquera dans cette hypothèse que le concours est doublement incompatible avec le principe de subsidiarité puisque, outre l'absence de rapport de spécialité, deux responsables sont désignés. Le concours est donc à la fois conjoncturel et complexe.

275. Deux répondants : l'identification d'un concours complexe. Pour que le principe de subsidiarité soit applicable, il est nécessaire que l'on se trouve non seulement face à un concours structurel (rapport de concurrence et de spécialité), mais aussi qu'un seul répondant soit désigné pour répondre du dommage (concours simple). Or, dans certaines situations, il est possible que le concours structurel mette

[824] Pour un exemple de concours entre ces deux dispositions : v. Cass. 2ème civ., 10 avril 2008, *Inédit*, n° 07-12104. Dans cette affaire, un homme avait assigné devant le tribunal de grande instance des parents et leur enfant en réparation du préjudice subi à la suite d'une dénonciation calomnieuse. Il avait exercé son action sur le double fondement des articles 1382 et 1384, alinéa 4, du Code civil.

en jeu plusieurs coresponsables du dommage. Dans ce cas, le principe de subsidiarité ne s'applique pas[825].

Les faits suivants peuvent illustrer cette situation : à cause de négligences du locataire et du propriétaire, une partie de la toiture d'une maison s'écroule sur le fonds voisin. Le propriétaire de ce fonds souhaite assigner les différents responsables de son dommage.

Quel(s) sont le ou les fondement(s) applicable(s) ? Au moins deux normes différentes sont concernées : l'article 1386 du Code civil, jouant en cas de ruine d'un bâtiment, qui désigne le propriétaire comme responsable, et l'article 1384, alinéa 1er, du même code qui concerne la responsabilité du locataire, gardien de l'immeuble au moment des faits. Il existe indéniablement une relation de spécialité entre l'article 1384, alinéa 1er, régime général de responsabilité du fait des choses, et l'article 1386, régime spécial de responsabilité du fait des choses. Le concours est bien de nature structurelle. Néanmoins, deux responsables potentiels sont identifiés. Or, nous avons vu que, dans cette hypothèse de concours complexe, le principe de subsidiarité n'est d'aucune utilité. Il faut, pourtant, trancher ce concours.

En théorie, dans ce cas de figure, deux solutions sont envisageables : soit on admet la possibilité pour la victime d'engager la responsabilité des deux répondants identifiés, soit on ne lui laisse pas le choix. Dans ce cas, un seul des responsables pourra voir sa responsabilité retenue. Si cette solution paraît similaire à celle à laquelle aurait conduit l'application du principe de subsidiarité, il faut néanmoins garder à l'esprit que dans ce cas de concours structurel complexe, le fondement imposé ne sera pas systématiquement le régime spécial.

A l'évidence, s'il nous faut trouver un moyen de résoudre les concours pour lesquels le principe de subsidiarité est dépassé, il est déjà essentiel de commencer par comprendre les raisons pour lesquelles le principe de subsidiarité est parfois tout bonnement ignoré.

B. La subsidiarité ignorée

276. Subsidiarité et priorité. Bien qu'en théorie toutes les conditions du principe de subsidiarité soient présentes, il arrive, en pratique, que ce principe ne soit pas employé pour la résolution des concours. Ce faisant, ce sont ses effets qui sont remis en cause, qu'il s'agisse de la priorité normalement donnée au régime spécial ou de la subsidiarité accordée au droit commun.

277. Droit spécial non prioritaire. Deux raisons principales peuvent être avancées afin de justifier que le droit spécial ne soit pas appliqué en priorité, s'opposant, ainsi, au principe de subsidiarité :

---

[825] Cf. *supra* n° 174.

- Le droit spécial peut s'avérer dépassé par la mise en place d'une nouvelle législation ou du fait de l'évolution de la jurisprudence.
- Le droit spécial est insuffisant pour répondre aux attentes du législateur.

Dans la première situation, imaginons qu'à un instant T, il n'existe en droit positif qu'une norme spéciale, créée pour un dommage particulier, avec une prescription de dix ans et appuyée sur une présomption de faute. Cette norme apparaît, à ce moment, suffisamment proche de la matière visée pour répondre aux attentes du législateur qui souhaite, par ce biais, protéger la victime. Mais à l'instant T+1, le législateur décide de mettre en place un régime général de responsabilité, applicable à ce même dommage, avec une prescription trentenaire et fondé sur une présomption de responsabilité. Selon les règles précédemment dégagées, il n'y a pas abrogation automatique de la loi spéciale par la loi générale nouvelle[826]. De sorte que, dans l'hypothèse où une personne serait victime de ce dommage, le régime spécial de responsabilité devrait, selon le principe de subsidiarité, être employé. Pourtant, dans ce cas, le régime général est assurément bien plus protecteur pour la victime. En se plaçant du point de vue de cette dernière, on pourrait alors penser qu'il faille abroger le régime spécial, devenu inutile, ou si cela n'est pas fait, qu'il soit laissé le choix à la victime de se prévaloir du régime général plutôt que du régime spécial. La priorité donnée au droit spécial n'apparaît donc pas satisfaisante. Un même effet pourrait être produit par l'évolution de la jurisprudence. Celle-ci, en précisant le régime de la norme spéciale, peut la rendre plus complexe à mettre en œuvre pour la victime que le serait la norme de droit commun. Là encore, la prévalence du droit spécial n'est plus une solution adaptée.

Dans la seconde situation, c'est la volonté du législateur qui a changé. Ainsi, il se peut que celui-ci ne souhaite plus protéger la victime comme il le faisait traditionnellement et qu'il décide, au contraire, de favoriser le responsable. Dès lors, pour répondre aux attentes du législateur, il faut s'assurer que le régime le plus profitable au responsable soit mis en œuvre. De sorte que, si le régime spécial penche trop en faveur de la victime, il convient de ne pas en faire usage.

278. Droit commun non subsidiaire. Deux raisons peuvent expliquer que la place du droit commun dans le concours soit modifiée.

Premièrement, le régime de droit commun peut « faire peur ». Il apparaît une certaine défiance à l'encontre de ce régime trop général donc trop souvent applicable. On craint, par exemple, que sa capacité à embrasser de nombreuses situations juridiques ne soit une cause du recul de certaines libertés. A trop vouloir engager la responsabilité de certains acteurs de la société, on risque de les pousser à ne plus agir. C'est ainsi que l'on peut imaginer que l'application illimitée d'un régime de responsabilité générale pour faute aux journalistes menace la liberté d'expression. En conséquence, il faut s'assurer que le droit commun ne peut être soulevé.

[826] Cf. *supra* n° 109.

Deuxièmement, et suivant le sentiment inverse, l'application du droit commun peut se révéler plus séduisante que celle du droit spécial. En effet, de nombreuses qualités sont reconnues au droit commun. Il est dans certaines hypothèses plus efficace, mieux adapté et plus protecteur que le droit spécial. Tel est le cas lorsqu'il apparaît que le régime de droit commun est plus à même de satisfaire aux objectifs fixés par le législateur comme la protection de la victime. En conséquence, la place du droit commun ne doit pas être subsidiaire, mais principale. C'est lui qui doit s'appliquer en priorité lors du concours.

A côté de ses défaillances superficielles, dont il faudra tenir compte au moment de rechercher un principe correcteur, le principe de subsidiarité connaît des défaillances essentielles qui doivent elles aussi être étudiées.

§2. Les défaillances essentielles du principe de subsidiarité

279. Principes techniques et principes matériels. Partant du postulat que les défaillances du principe de subsidiarité pouvaient aussi tenir à sa nature, il nous a fallu la préciser. Or, il semblerait que ce principe soit un principe technique, notamment parce qu'il repose sur un critère objectif d'articulation[827]. Il nous faut le vérifier en nous intéressant de plus prêt aux principes techniques. (A). Au cours de cette vérification, on constatera qu'à côté des principes techniques cohabitent généralement des principes matériels aux critères d'articulation subjectifs. Ces derniers principes ont comme fonction de suppléer aux premiers principes là où ils se trouvent en défaut. De ce fait, il pourrait certainement servir à corriger le principe de subsidiarité (B).

A. Les principes techniques

Avant d'éprouver notre première intuition selon laquelle le principe de subsidiarité serait un principe technique (2), il nous faut commencer par donner une définition du principe technique (1).

1. La définition des principes techniques

280. Des principes neutres de régulation. Le terme technique accolé à un principe, à une règle juridique, permet de désigner tous les outils qui se contentent d'identifier la solution juridique à donner à un problème, sans tenir compte des

[827] M. Brun parle d'« *argument technique* ». Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Manuel Litec, 2ème éd., 2009, p. 258, n° 405.

intérêts en jeu, des finalités éthiques, morales, politiques ou économiques qui pourraient être poursuivis. Ces principes, dénués de coloration matérielle, sont aussi appelés des principes neutres. Ils sont présents, par exemple, en droit international privé sous la forme de règles de résolution des conflits de lois[828]. Ces dernières sont dites neutres, parce que la localisation des rapports de droit présente un caractère mécanique que n'anime aucune préoccupation autre que celle de l'appréciation de l'intensité respective des rattachements[829]. Semblablement, en droit interne, on connaît des principes techniques tels que celui de non-rétroactivité de la loi[830]. Ce dernier rend possible la résolution des conflits de lois dans le temps, en affirmant que la loi nouvelle ne régira que les effets futurs des situations juridiques en cours, sans en modifier les effets passés.

281. Caractéristiques communes. Ces différents principes ou règles techniques présentent trois traits communs.

Premièrement, tous les principes techniques ont pour objectif immédiat de permettre à celui qui les emploie d'identifier l'action permettant la résolution du litige. On en déduit *a contrario* qu'une règle non technique n'aura pas pour fonction première la recherche de la norme applicable au litige.

Deuxièmement, tous les principes techniques sont dépourvus de coloration matérielle. On désigne, en droit international privé, par une règle à coloration matérielle, celle dont le but premier est d'orienter le choix du droit applicable en fonction du résultat matériel qu'elle veut promouvoir (faveur donnée à la validité d'un acte, à l'une des parties ou à la légitimité d'un lien de filiation)[831]. Par exemple, de l'article 311-17 du Code civil, on déduit que la reconnaissance sera établie selon la loi de l'enfant ou selon celle du père prétendu. Cette règle a bien une coloration matérielle, dans la mesure où le choix réalisé entre ces deux lois n'est pas anodin. Il s'agit de prendre en considération le contenu des lois en présence pour rendre possible l'application de celle qui est favorable à l'établissement de la filiation. Par

---

828 Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *TCF. DIP*., 1980-1981, T . II, p. 43.

829 *Ibid*

830 Selon les termes de l'article 2 du Code civil : « *La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ».

831 Si la règle de conflit traditionnelle est bien une règle neutre, on note un infléchissement de la méthode de résolution. Il apparaît, en effet, que les règles de conflit deviennent à « coloration matérielle ». V. P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, 1986, I, n° 41. La règle de conflit peut alors donner sa faveur à des intérêts déterminés. Ainsi, certaines règles de conflit présentent des rattachements hiérarchisés ou successifs de sorte que, si le premier désigné ne procure pas le résultat souhaité, on recourra à l'autre. Sur cette évolution v. B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 6ème éd., 2010, p. 93 s., n° 105 s. ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIERE, *Droit international privé*, Précis Dalloz, 9ème éd., 2007, p. 284 s., n° 224 s. ; B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Précis Dalloz, 1ère éd., 1999, p. 107 s., n° 89 s. ; H. GAUDEMET-TALON, « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple de la Convention de La Haye) », *in L'internationalisation du droit,* Mélanges en l'honneur d'Y. Loussouarn, Dalloz 1994, p. 181.

opposition, les règles neutres n'ont pas une telle finalité, elles se contentent d'identifier la norme applicable, sans considération de son contenu. Cette caractéristique peut être appréciée positivement, en ce qu'elle est le symbole de la recherche d'objectivité. « *Le juge lorsqu'il résout un conflit de lois n'a pas à se préoccuper de la teneur respective des lois en présence. Il n'a pas à donner la préférence à l'une des lois parce qu'elle est plus favorable à l'une des parties, alors même que l'équité lui semblerait justifier la protection de ce plaideur* »[832]. Elle peut aussi être appréhendée négativement, la règle neutre formalise un raisonnement désincarné et bien trop rigoureux. La neutralité a ici une connotation négative, synonyme de « sécheresse » d'un raisonnement[833].

Troisièmement, il est possible que ces principes techniques connaissent des infléchissements. Pour les règles neutres de résolution des conflits en droit international privé, ces infléchissements se traduisent par les règles à coloration matérielle précédemment définies. De même, pour le principe de non-rétroactivité, on sait qu'il existe certaines exceptions qui consacrent une approche matérielle de la question. Il y a, ainsi, des lois rétroactives par nature comme les lois pénales plus douces. Une loi pénale est considérée comme partiellement rétroactive quand elle édicte, pour une infraction donnée, une peine moins sévère qu'antérieurement. On va donc l'appliquer même aux infractions commises avant son entrée en vigueur, à condition que le procès soit encore en cours et que l'infraction n'ait pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée (article 112-1 alinéa 3, C. pen.).

On en déduit que les principes matériels favorisent la recherche d'un résultat précis pour le litige autre que la seule désignation de la norme qui lui sera applicable. Ce faisant, c'est bien au contenu de la norme qu'ils s'intéressent.

A l'aide de ces caractères, la nature du principe de subsidiarité peut désormais être appréciée.

2. Le principe de subsidiarité : un principe technique

282. De la nature du principe de subsidiarité. De l'étude précédemment réalisée, les caractéristiques des principes techniques ressortent. En premier lieu, ces principes ont pour objectif immédiat l'identification de la norme applicable au litige. En deuxième lieu, ils apparaissent dénués de coloration matérielle. En dernier lieu, ces principes sont souvent accompagnés par des principes correcteurs. Seules les deux premières caractéristiques permettent d'identifier un principe technique, la dernière n'ayant pas de prise sur sa nature. C'est pourquoi il nous faut, dès maintenant, reprendre ces deux caractéristiques pour vérifier la nature du principe de subsidiarité.

A l'évidence, le principe de subsidiarité répond à la première caractéristique des principes techniques. En effet, ce principe guide le juge dans la résolution du

---

[832] Y. LOUSSOUARN, art. précité, spéc. p. 47.

[833] *Ibid.*

concours de normes en désignant la norme spéciale comme seule applicable. De ce fait, il fournit la solution au litige.

La deuxième caractéristique pourrait, de prime abord, poser plus de problèmes. On pourrait en effet objecter à celui qui affirme que le principe de subsidiarité est dépourvu de toute coloration matérielle que, bien souvent, la règle spéciale tire sa légitimité de la volonté du législateur de préserver les intérêts de la victime. De ce fait, le principe de subsidiarité, en privilégiant la norme spéciale, permettrait d'atteindre le résultat attendu par le législateur. Ce serait alors se méprendre sur le rôle réel attribué au principe de subsidiarité. Celui-ci n'a pas pour fonction première de permettre au juge l'appréciation du contenu de la norme dans le but d'accorder le choix de la norme applicable avec le résultat attendu. Sa fonction est plus simple et surtout plus objective. En ne tenant compte que de la nature des normes en concours, il a pour seul rôle de donner au juge un moyen de trancher le litige. D'ailleurs, la victime n'est pas systématiquement protégée. Le principe de subsidiarité conduit parfois à résoudre le litige à l'aide d'une norme spéciale qui lui est défavorable (article 1384, alinéa 2, ou 1386 du Code civil), bien que son intérêt semble le plus légitime[834]. Il n'ait donc aucun doute à avoir sur le fait que le principe de subsidiarité fonctionne comme un principe technique avec pour finalité immédiate la désignation de la norme de résolution du concours[835].

B. Les principes matériels correcteurs

283. Etude des principes matériels. La définition des principes techniques nous a amenés à révéler l'existence de principes matériels qui viennent notamment obvier aux carences des premiers. Ces principes matériels doivent alors être mieux étudiés (1) pour apprécier s'ils peuvent être associés au principe de subsidiarité dans l'optique d'articuler l'ensemble des normes de la responsabilité civile extracontractuelle (2).

1. Identification des principes correcteurs

284. Approfondissements. Des développements précédents, plusieurs éléments ont été retirés quant à la nature et au rôle des principes matériels. Il nous faut toutefois approfondir ces éléments afin de répondre à deux questions essentielles au maniement de ces principes. D'une part, la question de savoir à quoi servent les principes correcteurs. Une réponse pourra être apportée à l'aide de l'étude du principe correcteur de faveur. D'autre part, la question de savoir sur quoi

---

[834] Cf. *infra* n° 302 s.

[835] A. SIRI, « Des adages *lex posterior derogat priori* et *specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français », *RRJ* 2009-4, p. 1781, spéc. p. 1813. M. Siri constate que l'adage *specialia generalibus derogant*, sur lequel notre principe s'appuie, exclut tout rapport avec des valeurs, des opinions personnelles, *etc*.

reposent ces principes. Il s'agira ici d'analyser les critères matériels sur lesquels ils s'arriment.

285. Principe correcteur de faveur. Les infléchissements au principe technique mis en lumière précédemment révèlent que des principes correcteurs, venant réguler les excès des principes techniques ou en combler les lacunes, ont été adoptés. Parmi ces principes, on pourrait citer le principe de faveur[836] qui, au nom d'un impératif supérieur, permet de se soustraire à l'ordre hiérarchique traditionnel[837]. Il touche l'ensemble des sources nationales du droit du travail[838], et rend possible la résolution du conflit naissant d'un concours de règles au stade de leur application[839]. Il s'agit de choisir, entre deux normes en concours, celle qui s'avèrera la plus favorable au salarié. Il serait, ainsi, toujours possible de déroger à la

---

[836] A. MAZEAUD, *Droit du travail*, Domat droit privé Montchrestien, 7ème éd., 2010, l'auteur traite du principe de faveur dans plusieurs pages de son ouvrage. Notamment, p. 20, n° 31, pour une appréciation générale et p. 248 s., n° 467 s., pour une application en tant que principe d'articulation et de résolution des conflits ; F. DUQUESNE, *Droit du travail*, Manuel, Gualino éditeur, EJA., 4ème éd., 2010, p. 58 s., n° 76 s. ; J. PELISSIER, A. SUPIOT et A. JEAMMAUD, *Droit du travail*, Précis droit privé, Dalloz, 25ème éd., 2010, p.101 s., n° 67 s. V. aussi, Y. CHALARON, « L'application de la disposition la plus favorable », *in Les transformations du droit du travail, in* Etudes offertes à G. LYON-CAEN, Dalloz, 1989, p. 243.

[837] P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD. civ.* 2001, p. 749, spéc. p. 785 s.

[838] F. DUQUESNE, *op. cit.*, p. 58, n° 77.

Pour autant, la portée réelle de ce principe est controversée. Pour certains, si en théorie il s'applique à l'ensemble des sources du droit du travail, il semble, qu'en pratique, il soit inutile dans les concours entre les lois internes et qu'il ne règle pas tous les conflits de normes. J. PELISSIER, « Existe t-il un principe de faveur en droit du travail ? », *in Mélanges M. Delpax*, P.U. Toulouse, 2002, p. 389. M. Pélissier remarque ainsi qu'« *il ne serait en réalité appliqué que dans certains conflits de normes et avec une portée pour le moins limitée* ». Pour un résumé des différentes positions doctrinales et jurisprudentielles, v. V. OGIER-BERNARD, « Le Conseil constitutionnel et l'embarrassant principe de faveur », *Sem. Soc. Lamy* 24 février 2003, n° 1111.

Enfin, avec la loi du 4 mai 2004 semble consacrée « *l'entrée en disgrâce de ce principe* » : S. MERCOLI, « Le principe de faveur en droit du travail : l'entrée en disgrâce ? », *RRJ* 2006-4, p. 2381, l'auteur constate, en effet, qu'avec cette loi « *le principe de faveur devient une règle de second ordre dans la résolution des conflits de norme collective, puisqu'il résulte implicitement de la seule volonté déclarée de rejeter dans l'accord supérieur toute dérogation in pejus et que ce principe n'est plus que d'application résiduelle. Il est limité à sa fonction historique d'arbitrage édictée par l'article L. 132-4 du Code du travail, en vertu duquel ˝ la convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur* ».

[839] Pour M. Jeammaud, ce principe constitue, au moins, « *une norme visant les relations entre d'autres règles juridiques* ». Plus précisément, il s'agit d'un moyen de résoudre le conflit naissant d'un concours de règles de sources différentes : A. JEAMMAUD, « Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* février 1999, p. 115, spéc. p. 115. Pour M. Bocquillon, il y aurait aujourd'hui « *un rétrécissement du champ d'application du principe de faveur qui fait progressivement place à un nouveau modèle d'articulation des normes dans lequel l'application de la disposition la plus favorable ne constituerait plus désormais qu'un critère subsidiaire* » : F. BOCQUILLON, « Que reste-t-il du "principe de faveur"? ». *Dr. soc.* 2001, p. 255, spéc. p. 256. Pour une tentative de résolution des conflits entre conventions collectives par la règle la plus favorable aux salariés, cf. G. VACHET, *Les conflits entre conventions collectives en droit français*, Université Jean Moulin Lyon III, 1977, p. 170 et p. 218.

règle hiérarchiquement supérieure (au sens formel du terme[840]), pourvu que ce soit dans un sens bénéfique au travailleur[841]. Afin de distinguer la norme la plus favorable, la jurisprudence, en droit interne, opère par une méthode dite « analytique » (la comparaison a pour objet chaque ensemble d'avantages se rapportant à une même cause), tout en appréciant l'équilibre global des textes en conflit. Selon cette démarche, la convention collective comme le règlement peuvent être supérieurs à la loi, chaque fois qu'ils sont plus bénéfiques au salarié que ne l'est la loi[842]. En droit international du travail comme en droit de l'Union européenne, cette norme combinatoire, *in melius,* s'impose également. S'agissant du droit international privé[843], on trouve dans la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, l'article 6-1 qui entend assurer l'application de la norme impérative la plus protectrice pour le salarié en cas de conflits de lois. Ainsi, cet article prévoit que « *le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix* »[844]. Ces termes sont d'ailleurs repris par le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles, publié le 4 juillet 2008[845].

---

[840] Cf. *supra* n° 35 s.

[841] A. JEAMMAUD citait ici P.-D. OLIVIER et A. JEAMMAUD, art. précité, spéc. p. 115.

[842] Ph. MALAURIE, « Rapport de synthèse », *in L'ordre public à la fin du XX*ème *siècle,* Thèmes et commentaires, *Dalloz.* 1996, p. 105, spéc., p. 108.

[843] Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, 80/934/CEE, entrée en vigueur le 1er avril 1991.

En dehors de la Convention de Rome, on trouve des principes équivalents dans d'autres actes internationaux. On peut prendre l'exemple de l'article 19§8 de la Constitution de l'Organisation Internationale du Travail. Cette Constitution, qui définit les objectifs et la structure de cette organisation, prévoit qu'« *en aucun cas, l'adoption d'une convention ou d'une recommandation par la Conférence, ou la ratification d'une convention par un Membre ne devront être considérées comme affectant toute loi, toute sentence, toute coutume ou tout accord qui assurent des conditions plus favorables aux travailleurs intéressés que celles prévues par la convention ou la recommandation* ». Un autre exemple nous est fourni par la Charte Sociale européenne du 18 octobre 1961, élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe. Celle-ci précise en son article 32 que « *ses dispositions ne portent pas atteinte aux dispositions de droit interne et des traités, conventions ou accords bilatéraux ou multilatéraux qui sont ou entreront en vigueur et qui seraient plus favorables aux personnes protégées* ».

[844] A défaut de choix, la loi applicable est la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays, ou, si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable. Pour une étude de cette disposition : J. DEPREZ, « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail international (articles 3, 6 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980) », *Dr. soc.* 1995, p. 323 ; P. COURSIER, « Conflit de lois et normes impératives locales du travail », *TPS.* 2003, p. 6 ; A. SINAY-CYTERMANN, « La protection du salarié en droit international privé », *JCP. S*. 2005, I. 1026.

[845] Règlement Rome I, *JOUE* n° L 177, 4 juillet 2008, article 8. Le règlement prévoit, ainsi, que les contrats conclus après le 1er avril 1991 seront régis par les dispositions de la Convention de Rome ; ceux conclus depuis le 17 décembre 2009, par le règlement Rome I ; enfin, dans leurs rapports avec les

Afin de procéder à la résolution du conflit, la Cour de cassation, face à un conflit de lois international, emploie la même méthode que pour les conflits de lois internes[846] ; elle apprécie non pas le cas particulier de l'employé, mais plutôt de l'ensemble du personnel de l'entreprise. Son appréciation aura ensuite lieu disposition par disposition, en comparant celles qui partagent le même objet et la même cause, pour retenir la disposition la plus favorable. Concernant le droit de l'Union européenne, « *les actes du droit communautaire dérivé, puis les traités à partir de l'Acte unique européen, ont prévu la possibilité pour les Etats membres de maintenir et d'adopter des mesures plus favorables aux travailleurs (…). Le droit communautaire reconnaît, dans ce sens, un principe de protection nationale renforcée qui a deux significations. En premier lieu, par ce principe il est donné aux Etats membres le droit de maintenir ou d'appliquer des dispositions nationales plus favorables ; protection minimale (…). En second lieu, les directives prévoient que leur mise en œuvre ne peut pas justifier un abaissement du niveau de protection dans les Etats membres* »[847]. Le principe de faveur est donc un principe matériel qui tend à assurer la résolution des conflits en imposant la norme la plus à même de satisfaire les intérêts du salarié.

286. Critères matériels. Les principes matériels ou correcteurs reposent sur des concepts souples tels que l'équité, l'intérêt, l'ordre public, la bonne foi, l'urgence ou la loyauté. « *Ces concepts élastiques sont indispensables au droit qui, institué pour discipliner la matière vivante, est tenu d'épouser la plasticité de la vie* »[848]. La malléabilité de ces notions « *permet à la fois d'embrasser tous les cas prévisibles ou non, et d'attribuer à chacun d'eux le traitement approprié* »[849]. Il est possible de déduire de ces concepts des critères d'articulation qui « *permettent d'introduire des principes correcteurs à côté des principes directeurs qui dominent tout ordre juridique* »[850]. Ainsi, devant la diversité des réalités, des contradictions ou des lacunes des principes directeurs, des choix d'opportunité, relayés par des principes moraux, politiques, sociaux ou économiques, s'imposent et mettent à jour la nécessité de corriger les résultats auxquels les principes directeurs techniques conduisent. Les principes matériels correcteurs sont alors le fruit de ces principes moraux, politiques, sociaux ou

---

autres pays, le Danemark utilise la Convention de Rome. Pour un commentaire de l'article 8 : O. BOSKOVIC, « La protection de la partie faible dans le règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2175.

[846] Cass. soc., 12 novembre 2002, *Bull. V*, n° 339 ; *D*. 2004, p. 661, « Place et rôle de la loi française dans un contrat de travail international soumis à la Convention de Rome du 19 juin 1980 », J.-G. MAHINGA ; *RDC.* 2003, chr., p. 206, note P. DEUMIER ; *RCDIP.* 2003, p. 446, note F. JAULT ; *Dr. soc.* 2003, p. 339, note M.-A. MOREAU, *Lamy droit des affaires* 2003, p. 47, obs. L. COSTES ; *TPS.* 2003, p. 6, note P. COURSIER. ; A. SINAY-CYTERMANN, art. précité. La Cour de cassation a décidé que : « *la détermination du caractère plus favorable d'une loi doit résulter d'une appréciation globale des dispositions de cette loi ayant le même objet ou se rapportant à la même cause* ».

[847] N. MOIZARD, *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée, l'exemple du droit français*, préface R. Rodière, *PUAM.*, 2000, p.59 s.

[848] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Méthodes du droit, 2004, p. 216, n° 185.

[849] J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, n° 545.

[850] J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 217, n° 185.

économiques et sont fondés sur ces critères élastiques. Ils ont pour fonction de corriger les solutions légales qui, sans eux, s'avèreraient injustes ou inadaptées[851]. Il existe, par exemple, en droit processuel, le principe de loyauté qui permet, dans le procès civil, qu'une preuve soit déclarée irrecevable parce qu'elle a été obtenue déloyalement, comme l'enregistrement de propos effectué à l'insu de son auteur[852]. Egalement, en droit de la famille, la bonne foi reconnue de l'époux lui donne la possibilité de bénéficier, par exception, des effets du mariage même après son annulation[853].

2. L'association d'un principe correcteur et du principe de subsidiarité

287. De la nécessité du principe correcteur. En matière de responsabilité civile, il est admis qu'« *il ne s'agit pas seulement, en application d'un classique syllogisme, d'identifier la règle applicable, de l'appliquer aux faits comme un instrument de mesure et d'en déduire une solution : la responsabilité ou l'irresponsabilité d'un individu déterminé* »[854]. La recherche de la solution à donner au litige va plus loin : il est parfois question de corriger l'iniquité, l'injustice d'une situation, ou de rétablir un équilibre entre plusieurs intérêts en présence, ceux de la victime comme ceux des responsables potentiels. Or, on l'a compris, par sa nature technique, le principe de subsidiarité ne suffit pas. En conséquence, un principe correcteur doit être découvert pour remédier aux défaillances du principe de subsidiarité. Si l'on suit les règles de fonctionnement des principes correcteurs, on note que ceux-ci reposent sur des critères matériels suffisamment élastiques pour autoriser une correction. Il est donc indispensable de trouver le critère souple sur lequel le principe correcteur s'appuiera.

---

[851] J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 109, n° 86

[852] Cass. 2ème civ., 7 octobre 2004, *Bull. II,* n° 447 ; Cass. soc., 23 mai 2007, *Bull. V*, n° 85.

[853] Article 201 du Code civil : « *Le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l'égard des époux, lorsqu'il a été contracté de bonne foi*.
Si la bonne foi n'existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit ses effets qu'en faveur de cet époux ».

[854] M. JOSSELIN-GALL, « La responsabilité du fait d'autrui sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1. Une théorie générale est-elle possible ? », *JCP. G.* 2000, I. 268.

Section 2. La recherche du critère matériel d'articulation des normes de la responsabilité civile extracontractuelle

288. Un critère d'articulation déterminant. Les différents principes analysés précédemment présentent tous un point commun : ils fonctionnent à l'aide d'un critère d'articulation. Trois critères ont été identifiés : un critère organique pour le principe d'autorité, un critère chronologique pour le principe de temporalité et un critère de spécialité pour le principe de subsidiarité.

De ce critère dépend la solution du concours de normes. Ainsi, le critère organique conduit à faire usage de la norme qui occupe la place la plus haute dans la hiérarchie ; le critère chronologique oblige à ce que soit employée la norme la plus récente ; le critère de spécialité impose le recours à la norme la plus spéciale. Il nous faut donc découvrir celui sur lequel reposera le principe correcteur.

La recherche commencera par l'étude des principaux critères élastiques de modulation des règles de droit, en général (§1) et se poursuivra par l'adoption du critère de modulation des règles de droit de la responsabilité civile, en particulier (§2).

§1. La recherche de critères de modulation du droit, en général

289. Equité et intérêt. Deux critères retiennent l'attention dès lors que l'on s'attache aux critères souples qui existent dans l'ordre juridique : il s'agit de l'équité et de l'intérêt[855]. Tous deux sont fréquemment utilisés en droit pour rétablir un équilibre, corriger les excès de la règle en vigueur ou aménager certaines solutions. Il leur est alors reconnu un véritable pouvoir correcteur. En vue de trouver le critère du principe correcteur, nous analyserons donc successivement les deux critères d'équité (A) et d'intérêt (B).

A. L'équité

290. De la notion au critère. L'étude de la notion d'équité (1) et son aménagement en critère (2) sont les prérequis indispensables pour juger de la pertinence du critère d'équité comme critère matériel d'articulation des normes de la responsabilité civile extracontractuelle (3).

---

[855] On notera que lorsque l'on définit les mécanismes neutres, on le fait par opposition à ces deux notions d'équité et d'intérêt. Cf. Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *TCF. DIP.*, 1980-1981, T . II, p. 43 , spéc. p. 46.

1. La notion d'équité

291. Ambiguïté du terme. Si la notion d'équité est une notion incontournable du discours juridique, elle est pourtant entourée d'« *un halo de mystère et d'incertitudes* »[856], de sorte qu'elle ne connaît finalement aucune définition précise. Henri de Page affirmait dès 1931 « *qu'à moins de se piper des mirages de la métaphysique, l'équité est indéfinissable* »[857]. C'est pourquoi, à défaut de pouvoir lui trouver une seule définition, on préfère lui en reconnaître plusieurs. Le vocabulaire juridique Cornu propose, ainsi, cinq sens au terme « équité ».

Trois d'entre eux assimilent l'équité à la justice. L'équité est d'abord « *la justice fondée sur l'égalité : un principe qui commande de traiter également des choses égales* »[858]. Elle est aussi, « *la justice du cas particulier : un effort pour rétablir l'égalité en traitant inégalement les choses inégales* »[859]. Elle est enfin, « *la justice supérieure au droit positif : une justice idéale* »[860]. De ces définitions, il ressort déjà que la justice et l'équité renferment une même idée[861]. L'équité est assimilée à la justice. Ensuite, la notion d'équité se rattache à celle d'égalité en ce sens que l'égalité serait un des moyens de parvenir à l'équité[862]. Cependant, ces deux notions, si elles se rejoignent, ne doivent pas être confondues. Alors que l'égalité correspond à un instrument de mesure précis, l'équité n'est qu'un concept flou qui autorise l'appréhension d'une situation pour déterminer la solution la plus conforme aux nécessités d'un cas particulier. Cette appréhension exige une appréciation en fonction des intérêts divergents, sans imposer une parfaite égalité arithmétique[863].

Les deux autres sens proposés par le vocabulaire juridique Cornu mettent en lumière la dualité du critère d'équité en constatant, d'une part, que l'équité permettrait « *une atténuation, une modification apportée au droit, à la loi, en considération de circonstances particulières ; une modération raisonnable dans l'application du droit* »[864] et, d'autre part, que l'équité serait « *une manière de résoudre les litiges en dehors des règles de droit, selon des critères tels que la raison, l'utilité, l'amour de la paix, la morale…* »[865].

---

[856] M.-S. ZAKI, « Définir l'équité », *in Vocabulaire fondamental du droit, APD,* Sirey, 1990, t. XXXV, p. 87.

[857] H. DE PAGE, *A propos du gouvernement des juges, l'équité en face du droit,* Paris, Sirey, Bruxelles, Bruyant 1931, p. 161 s.

[858] G. CORNU (dir.), « Equité », *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8ème éd., 2007.

[859] *Ibid*

[860] *Ibid*

[861] B.-S. MARKOVITCH, *Essai sur les rapports entre la notion de justice et l'élaboration du droit privé positif*, Thèse, Paris 1930, p. 90 ; P. MAZIERE, *Le principe d'égalité en droit privé*, préface de B. Teyssié, PUAM., 2003, p. 55, n° 14.

[862] P. MAZIERE, *op. cit.*, p. 55, n° 12 et p. 56, n° 15.

[863] C. ALBIGES, *De l'équité en droit privé*, préface de R. Cabrillac, LGDJ,Bibliothèque de droit privé, T. 329, 2000, p. 61 s., n° 103.

[864] G. CORNU (dir.), « Equité », *op. cit.*

[865] I*bid*.

Si l'on sent déjà que le critère d'équité sera « *bicéphale* »[866], particulier et général, il convient d'en approfondir l'étude.

2. Le critère d'équité

292. Deux modes d'expression de l'équité. L'équité se manifeste à deux occasions. D'une part, lors de l'application du droit légiféré en fonction de considérations liées à l'espèce. D'autre part, lors de l'élaboration de règles ou de principes fondamentaux, indépendamment des circonstances particulières[867].

Le premier mode d'expression met en exergue une approche subjectiviste de l'équité. Selon elle, l'équité fait partie intégrante du droit, elle lui est endogène. Elle permet au juge d'humaniser la règle de droit en considérant les circonstances individuelles du cas[868]. Pour Aristote, l'équité est un moyen de pallier les insuffisances légales et de prendre en considération les circonstances particulières à chaque espèce. Il remarque, en effet, que « *l'on fait bien là où le législateur est en défaut, et où il s'est trompé parce qu'il parlait en termes absolus, de redresser ou de suppléer son silence, et de prononcer à sa place, comme il prononcerait lui-même s'il était là* »[869]. On parle ici d'« *équité d'espèce* »[870].

Le second mode d'expression indique une approche objectiviste de l'équité. L'équité est alors perçue comme un concept exogène au droit positif. Elle est constituée d'un ensemble de principes, écrits et non écrits[871], qui préexistent au droit positif et qui orientent aussi bien l'élaboration que l'application du droit[872]. L'équité est ainsi considérée comme une notion, non plus soumise aux particularités des circonstances, dépendante de chaque espèce, mais comme s'imposant de manière « *parallèle au système préexistant, devenu trop rigide* »[873]. Il est alors question d'« *équité générale* ».

293. Dualité du critère d'équité. De ces deux approches de l'équité, un critère d'équité, lui aussi dual, émerge[874]. Entre dans sa composition un critère

---

866 D. MANAI, *Le juge entre la loi et l'équité. Essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse*, Préface de J-F. Perin, Lausanne, Payot, 1985, p. 66.

867 C. ALBIGES, *op. cit.*, p. 11, n° 14 ; S. PELLE, « La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail », *D.* 2011,p. 1230 s., spéc. p.1238 s. n° 16.

868 A.-J. ARNAUD, « Equité », *Dictionnaire encyclopédique de philosophie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2ème éd., 1993. V. aussi, B. OPPETIT. *Philosophie du droit*, Précis Dalloz, 1ère éd., 1999, p. 121 s., n° 105 s.

869 ARISTOTE, *Rhétorique*, Librairie générale française, 1991, Livre I, chap. 15, § 4, p. 170.

870 P. FORIER, « Réflexion sur l'équité et la motivation des jugements », *in La pensée juridique de P. Forier*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 231.

871 D. MANAI, *op. cit.*, p. 234.

872 A.-J. ARNAUD, « Equité », *op. cit.*

873 J. CARBONNIER, *Droit civil*, *Introduction*, PUF, coll. Thémis, 27ème éd., 2002, p. 39, n° 14.

874 « *L'équité acquiert ici le statut d'une véritable règle de droit, dotée de sa pleine autonomie et d'une valeur normative propre* », B. OPPETIT, *op. cit.*, p. 121, n° 105.

d'équité d'espèce, permettant de corriger au cas par cas les solutions juridiques, et un critère d'équité générale, employé dans la perspective de corriger le droit dans son ensemble. Tous deux ayant pour objectif commun de permettre au juge la correction de l'application stricte du droit lorsque cette application risquerait de blesser gravement l'équité[875].

294. Equité d'espèce. Le critère d'équité d'espèce est le plus simple à illustrer. Dans cette hypothèse, le juge tient ses pouvoirs du législateur pour des cas précisément visés. C'est une équité *secundum legem*, car c'est la loi elle-même qui va en prévoir le recours. Par exemple, l'article 1579 du Code civil concernant la liquidation du régime matrimonial des époux prévoit que « *si l'application des règles d'évaluation prévues par les articles 1571 et 1574 (…) devait conduire à un résultat manifestement contraire à l'équité, le tribunal pourrait y déroger à la demande de l'un des époux* ». Pareillement, l'article 270, alinéa 3, du Code civil dispose que « *le juge peut refuser d'accorder une telle prestation [compensatoire] si l'équité le commande* ». Dans ces cas, l'équité intervient afin de redresser la loi là où elle se trompe[876]. On reconnaît alors au juge un pouvoir modérateur : celui d'atténuer la sanction, les effets de la règle[877]. A côté de cette première fonction attribuée à l'équité, il en existe une seconde, opposée, qui est de rendre plus dure une sanction trop légère et donc inique[878]. M. Fabien Lafay constate, par exemple, que, lorsque le tribunal admet la responsabilité d'un établissement de soins hospitalier en l'absence de toute faute, mais simplement selon une présomption de faute, celui-ci fait œuvre d'une particulière sévérité[879]. Cette sévérité est la traduction du pouvoir aggravateur du juge[880]. Ces deux fonctions réunies donnent l'ampleur du pouvoir modulateur attribué au juge au nom de l'équité.

295. Equité générale. Le critère d'équité générale est plus flou, car, justement, il se veut le garant du respect de principes et de valeurs écrites ou non, souvent imprécises, qui chapeautent l'ensemble du droit positif. L'expression d'un pouvoir modulateur du juge se retrouve ici, mais sans qu'il soit relié à des cas concrets d'application. Ainsi, en confiant au juge ce pouvoir général, le champ

---

[875] G. CORNU, « Les principes directeurs du procès civil (fragments d'un état des questions) », *Etudes offertes à P. Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 88, note 16.

[876] ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Librairie générale française, 1992, Livre V, chap. 10, §6, p. 230 s.

[877] G. CORNU (dir.), « Pouvoir modérateur », *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF 8ème éd., 2007. Ce pouvoir est ici défini comme « *le pouvoir exorbitant conféré au juge par la loi, dans des cas spécifiés, de déroger à l'application normale de la règle de droit, lorsque celle-ci entraînerait des conséquences d'une rigueur manifestement excessive* ».

[878] F. LAFAY, *La modulation du droit par le juge. Etude de droit privé et sciences criminelles*, PUAM. 2006, p. 76, n° 100.

[879] *Ibid*

[880] Ph. Le TOURNEAU,« La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mentale », *JCP. G.* 1971, doct., 2401.

d'application de la modulation du droit en ressort plus étendu[881]. Bien que ce pouvoir de modulation n'ait pas été expressément reconnu au juge français[882], certains auteurs en voient, dans quelques textes de loi, des applications ponctuelles[883]. Les parties présentes à un litige peuvent demander au juge ou à l'arbitre de statuer en qualité d'amiable compositeur dans l'objectif de tempérer la rigueur du texte applicable (article 12, alinéa 4, CPC et article 1478 CPC). Dans ce cas apparaissent les prémices d'une application générale de l'équité en ce que le domaine d'application de la règle est très large et n'apparaît pas circonscrit à un cas particulier. L'usage d'une équité générale est aussi révélé dans des hypothèses où le juge, en dehors de la loi, statue en équité. C'est ainsi qu'il a admis l'existence de l'action *de in rem verso*[884], dérivant de l'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui. « *Il s'agit d'une équité correctrice praeter legem puisqu'elle vient pallier l'absence d'une règle légale en se fondant sur un principe moral* »[885]. Il faut néanmoins se méfier de l'utilisation parfois injustifiée de l'équité. Dans un arrêt du 20 janvier 2009, la Cour d'appel de Rouen condamne par une ordonnance en référé, des époux à payer à un autre couple une indemnité pour procédure abusive au nom de l'équité. Cet arrêt est cassé par la Cour de cassation qui, au visa de l'article 1382 du Code civil, rappelle que les juges auraient dû caractériser la faute faisant dégénérer en abus le droit d'agir en justice. Les juges du fond ont ici été tentés de s'appuyer sur l'équité, alors qu'un texte de loi était bien applicable, ce faisant ils ont violé l'article 1382 du Code civil[886].

Finalement, ces deux emplois du critère d'équité – équité d'espèce et équité générale – sont complémentaires. Ils sont tous deux, à leur niveau respectif, utilisés pour moduler les effets de l'application parfois trop rigide des règles de droit existantes.

---

881 C. ALBIGES, *op. cit.*, p. 239, n° 354.

882 Une proposition doctrinale avait pourtant été faite en ce sens. Elle aurait donné lieu à une modification de l'article 5 du Code civil par l'insertion d'un article 5-1 rédigé selon les termes suivants : « *si l'application d'une règle de droit devait conduire à un résultat manifestement contraire à l'équité, le juge pourrait y déroger à la demande de l'un des plaideurs* ». Cf. Ch. BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Thèse Paris 1973, p. 467.

883 C. ALBIGES, *op. cit.*, p. 239, n° 356 s. ; E. LOQUIN, note sous Paris 6 mai 1988, *rev. Arb*. 1989, p. 69. L'auteur évoque « *le pouvoir général de modération conféré par la clause d'amiable composition* ». Dans une autre contribution, l'auteur, opposant les pouvoirs de l'amiable compositeur à ceux du juge, souligne que « *le pouvoir modérateur de l'amiable compositeur aura un domaine général, alors que celui du juge étatique (…) sera strictement limité aux hypothèses où la loi attribue au juge un tel pouvoir* ». E. LOQUIN, « Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur », *rev. Arb.* 1985, p. 208, n° 13 ; Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Bibliothèque de droit privé, t. 398, préface de B. Oppetit, LGDJ, 1987, p. 92, n° 165. L'auteur constate, que le juge « *a donc, si les parties le décident, un pouvoir général – car applicable à tous les domaines – de modération* ».

884 Cf. *supra* n° 135 s.

885 F. LAFAY, *op. cit.*, p. 77, n° 104.

886 Cass. 3ème civ., 16 mars 2010, *Inédit*, n° 09-12747.

3. La pertinence de l'équité

296. Inadaptation du critère. Deux raisons font que la pertinence de l'équité comme critère d'articulation peut être remise en cause.

Le principal défaut reproché à l'équité est sa trop grande subjectivité[887]. Celle-ci rend difficile la prévision des solutions qui seraient prises au nom de ce critère[888]. Ainsi, l'équité ne serait pas propre à garantir la sécurité juridique. Pour contenir ce risque, on reconnaît qu'elle ne doit être employée que de manière exceptionnelle[889]. Avant de s'en remettre à elle, le juriste doit tenter de rattacher la solution qu'il recherche aux manifestations concrètes et fermes de l'ordre juridique[890].

En outre, l'équité d'espèce doit être prévue par un texte pour recevoir application. Or, aucun texte ne s'y réfère spécialement en matière de responsabilité civile extracontractuelle. On pourrait alors se tourner vers le concept d'équité générale et admettre que le juge puisse, à certaines occasions, statuer en équité. Toutefois, le problème est ici plus profond puisque la notion d'équité, en elle-même, ne révèle pas véritablement quelles pourraient être les solutions retenues dans les différents concours rencontrés. Quel serait le sens d'une décision rendue en équité ? Quelle serait la norme devant prévaloir ? Le critère manque cruellement de précision. Il est donc nécessaire de se tourner vers un autre critère de modulation.

297. Utilisation d'un critère dérivé. Même si l'on a dû écarter le critère d'équité comme critère de correction, son étude a permis de mettre à jour un autre critère de modulation qui semblerait plus adapté. Il s'agit du critère d'intérêt. Effectivement, on trouve dans la notion d'équité une notion incidente qui est celle de l'intérêt. L'équité, dans le cadre de sa fonction correctrice, intervient au sein du raisonnement du juge comme un auxiliaire qui précise le contenu du droit positif, qui l'adapte aux circonstances et par là même, qui contribue à retenir la solution susceptible d'équilibrer des intérêts divergents[891].

Or, en matière de responsabilité civile, le législateur et le juge cherchent généralement à résoudre les litiges en fonction de préoccupations liées aux intérêts divergents des responsables et des victimes. L'intérêt ressort comme étant un critère intéressant qu'il convient de mieux étudier.

---

[887] F. TERRE, *Introduction générale au droit,* Précis, Dalloz, 9ème éd., 2009, p. 14, n° 17, selon M. Terré, « *ce qui est équitable pour l'un ne le sera pas forcément pour l'autre* ».

[888] C. ALBIGES, *op. cit.*, p. 6, n° 31.

[889] C. ALBIGES, *op. cit.*, p. 63, n° 106.

[890] G. MOTULSKY, *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préface de P. Roubier, Dalloz 2002, p. 15, n° 13.

[891] C. ALBIGES, *op. cit.*, p. 235, n° 349.

B. L'intérêt

298. De nombreux intérêts en conflit. Dans le langage juridique, on trouve principalement deux variantes de l'intérêt. L'une associe l'intérêt à une chose, intérêt conventionnel, intérêt pour agir ou intérêts légaux. L'autre attache le terme d'intérêt à une personne qu'elle soit physique ou morale, intérêt de l'entreprise, intérêt de l'Etat ou intérêt des époux. On dénombre alors une multitude d'expressions qui emploient ce terme, telles que l'intérêt privé ou public, l'intérêt commun, l'intérêt d'autrui, l'intérêt légitime, l'intérêt licite ou illicite, les intérêts en présence, l'intérêt pour agir, les groupes d'intérêts, les dommages et intérêts, les intérêts moratoires ou compensatoires. Toutes ces expressions ont en commun de mettre en avant un avantage, une opportunité juridiquement recherchée.

En pratique, chacun des acteurs de la société tente de faire reconnaître la supériorité de son intérêt pour qu'il soit juridiquement protégé, et ce, afin de bénéficier des avantages qui s'y attachent, action en justice, dédommagement, compensation (1). De cette multiplication des intérêts juridiquement reconnus, de nombreux conflits découlent. Pour les résoudre, il est alors indispensable de déterminer l'intérêt prépondérant (2).

1. La diversité des intérêts juridiquement protégés

299. Catégorisation des intérêts. Il est possible de regrouper les différentes expressions utilisant le terme d'intérêt en deux catégories. L'intérêt est employé tantôt comme une notion de procédure et tantôt comme une notion de fond[892].

Dans le premier cas, l'intérêt est, avec la qualité pour agir, l'une des conditions de l'existence de l'action. Il doit alors être légitime, c'est-à-dire juridiquement reconnu, voire protégé, né et actuel, et, enfin, personnel, qu'il soit matériel ou moral. Certaines personnes se voient aussi reconnaître, sous certaines conditions, la possibilité d'agir dans un intérêt plus « large », tel que l'intérêt général dont la protection revient au ministère public, l'intérêt collectif et l'intérêt d'autrui défendus, notamment, par les syndicats ou les associations[893]. En bénéficiant de ce droit d'agir,

---

[892] D. ALLAND et S. RIALS, « Intérêt », *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy/PUF, 1ère éd., 2003.

[893] V., de manière générale, l'article 31 du Code de procédure civile qui dispose que : « *l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé* ». Et, plus particulièrement, concernant les associations : l'article. L. 421-1, alinéa 1, du Code de la consommation selon lequel « *les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs* ». Et, concernant les syndicats : l'article L. 2131-1 du Code du travail qui dispose que : « *les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts* », ainsi que l'article L. 1144-2, alinéa 1, du même code selon lequel « *les organisations syndicales représentatives au niveau national ou dans l'entreprise peuvent exercer en justice*

les individus pourront faire reconnaître leur droit à obtenir des avantages tels que des dommages et intérêts ou des intérêts compensatoires. Toutefois, ce n'est qu'à la condition qu'ils aient été, en amont, identifiés comme des sujets de droit « dignes d'intérêt ». C'est alors sur l'intérêt comme notion de fond qu'il nous faut, plus spécialement, nous focaliser.

Dans le second cas, l'intérêt touche le fond du droit. La notion d'intérêt sert, par exemple, à guider l'action des collectivités publiques en faveur de l'intérêt général. Elle peut aussi encadrer l'action du juge qui rend sa décision dans l'intérêt de la famille ou des enfants[894]. En pratique, des intérêts différents peuvent se confronter lorsqu'ils se trouvent sur le même plan. On conjugue ainsi l'intérêt moral (lié à l'affection, à l'honneur[895]) avec l'intérêt économique (lié à la recherche de l'action économiquement utile[896]). On concilie aussi l'intérêt général (celui de la collectivité) et l'intérêt spécifique (celui de l'enfant c'est-à-dire un intérêt individuel, celui d'une entreprise autrement dit un intérêt collectif, *etc.*). On note d'ailleurs une forte expansion de la catégorie des « intérêts spécifiques ». « *L'intérêt joue ici pleinement son rôle d'incitation ou de promotion : il identifie un joueur virtuel, le gratifie d'une mise minimale et à défaut de pouvoir l'habiliter à jouer à l'égal des autres partenaires, du moins lui confère-t-il un handicap qui lui permet de participer à la partie dans une situation de relative égalité – souvent, reconnaissons le, avec l'aide de l'arbitre* »[897].

Il faut, néanmoins, avoir à l'esprit que ces différents intérêts ne vivent pas en vase clos. Au contraire, les frontières sont poreuses. Certains des intérêts dits spécifiques peuvent représenter plus que le simple intérêt individuel ou collectif. La protection accordée aux entreprises touche nécessairement l'intérêt économique en dynamisant la croissance. Semblablement, l'intérêt général peut coïncider avec l'intérêt économique lorsque celui-ci concerne, non pas un individu, mais la société dans son entier.

Rapidement, on entrevoit que tous ces intérêts sont potentiellement conflictuels – l'intérêt individuel du consommateur n'est pas toujours partagé par l'entreprise et réciproquement – de sorte qu'il devient inévitable de sélectionner l'intérêt supérieur à qui sera donné une préférence. C'est là qu'entre en jeu la question d'une nécessaire hiérarchisation des intérêts.

---

toutes actions résultant de l'application des articles L. 3221-2 à L. 3221-7, relatifs à l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes ».

[894] V. notamment les articles 373-2, alinéa 3, et 374-4 du Code civil.

[895] G. CORNU (dir.), « Intérêt », *op. cit.*

[896] *Ibid*

[897] F. OST, « Essai sur la fonction qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé », *in Droit et intérêt*, vol. 2, Entre droit et non-droit : l'intérêt, Publications des Facultés universitaires de Louvain, 1990, p. 21, spéc. p. 73.

2. La détermination de l'intérêt prépondérant

300. Fonctionnement du critère. Le critère de l'intérêt fonctionne de la manière suivante : le législateur et le juge vont, d'abord, recenser tous les intérêts en conflit. Ensuite, ils évinceront les intérêts illégitimes et les intérêts indifférents à l'ordre juridique[898]. Enfin, ils mettront en balance les intérêts n'ayant pas été écartés, celui qui est jugé prépondérant déterminera l'issue du litige[899]. Une hiérarchie entre les intérêts doit donc être établie.

Quelques grandes orientations peuvent être données pour comprendre la mise en œuvre de l'intérêt comme critère de correction.

Premièrement, l'intérêt général prévaut sur l'intérêt particulier[900]. On considère que l'intérêt général, ou intérêt public, ne saurait se réduire au simple résultat de l'addition de tous les intérêts particuliers des membres de la société[901], mais qu'il les transcende. Dans l'hypothèse du conflit entre ces deux intérêts, la nature de l'intérêt particulier sera indifférente. Peu importe, par exemple, qu'il s'agisse d'un droit subjectif. En témoigne le droit d'expropriation pour cause d'utilité publique – représentation de l'intérêt général – qui prévaut sur le droit de propriété – représentation de l'intérêt privé.

Deuxièmement, dans les conflits entre deux intérêts ne se situant pas sur le même plan comme l'intérêt économique et l'intérêt particulier, le juge recherchera l'intérêt le plus légitime, soit en raison de la nature du droit défendu (l'intérêt du propriétaire peut prévaloir au nom du droit subjectif de propriété), soit en raison de la finalité poursuivie par le législateur (en donnant préférence à l'intérêt du consommateur, le juge suit les directives du législateur en faveur de la protection de la partie économiquement faible).

Ces règles ne sont pas toujours aisées à manier. L'identification de l'intérêt à défendre est parfois très relative. Prenons l'exemple suivant pour l'illustrer : une entreprise est en faillite, et le juge commissaire souhaite obtenir, auprès d'un créancier gagiste, la substitution de la chose retenue avec d'autres marchandises. Ce dernier refuse. Deux intérêts sont en jeu : celui du débiteur en faillite et celui du créancier. La Cour de cassation retient ici que : « *le droit de rétention issu du gage avec dépossession, qu'un créancier a régulièrement acquis, confère à son titulaire le droit de refuser la restitution de la chose légitimement retenue jusqu'à complet paiement de sa créance ; que le contrat de gage ayant prévu une faculté de substitution avec l'accord du créancier, la cour d'appel, qui a retenu que le droit de rétention ne pouvait être limité par le pouvoir conféré au*

---

898 F. OST, art. précité, spéc. p. 71, l'auteur cite ici Ph. HECK.

899 F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Préface de R. Saleilles, LGDJ, 2ème éd., 1954, p. 167 s.

900 Ce principe, selon lequel l'intérêt général est l'intérêt supérieur, constitue un des grands principes du droit administratif français.

901 C. DESNOYER, « La résolution des conflits entre le droit du divorce et le droit des procédures collectives », *RRJ* 2001-4, p.1507, spéc. p. 1522

juge-commissaire par l'article 34, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985 d'imposer une substitution de garantie, a légalement justifié sa décision »[902]. La Cour fait ici primer le droit du créancier au nom du principe de liberté contractuelle. Le débiteur est libre d'accorder ou non au créancier un gage, ce dernier n'a alors aucune raison de ne pas ensuite l'utiliser comme bon lui semble. Cette solution est critiquable, car elle paraît remettre en cause l'idée selon laquelle l'intérêt économique devrait prévaloir sur l'intérêt particulier. En effet, dans la logique des procédures collectives, l'intérêt du débiteur en faillite supplante celui des créanciers. On lui offre, par exemple, des délais de paiement, des allégements de dettes. Il s'agit de sauvegarder l'entreprise qui est au cœur d'un enjeu économique encore plus grand. A travers cette entité, ce sont les salariés, les fournisseurs, les consommateurs, voire l'ensemble des créanciers qui doivent être protégés. Pourtant, ici c'est bien en faveur de l'intérêt individuel du créancier que la balance a penché.

Ces logiques divergentes dans la hiérarchisation des intérêts révèlent en réalité la nature variable du critère d'intérêt. Selon les circonstances, la hiérarchie précédemment établie entre deux intérêts peut évoluer. Un même intérêt peut venir tantôt défendre une personne X contre une personne Y, tantôt, au contraire, conduire au sacrifice de X au profit d'Y. On remarque que l'intérêt économique peut jouer tant en faveur du créancier, économiquement utile (ce dernier acceptera-t-il à l'avenir d'accorder un prêt s'il est certain d'être sacrifié en cas de faillite ?), qu'au bénéfice du débiteur (il faut sauver l'emploi, le parc d'activité). L'intérêt autorise, de la sorte, une échelle très large d'interventions correspondant à des degrés d'intensité variables dans la protection[903].

Dans la recherche d'un critère correcteur, la notion d'intérêt pourrait trouver sa place. Sa souplesse autoriserait le traitement de l'ensemble des situations de concours non encore résolues. Le critère d'intérêt s'attacherait non plus, uniquement, à la recherche de la solution à donner, mais surtout, à la mise en œuvre de la norme la plus apte à préserver l'intérêt principal.

Cette méthode, dont on vient de terminer l'ébauche, doit être affinée en définissant clairement les intérêts que le législateur et le juge cherchent à garantir en matière de responsabilité civile extracontractuelle.

---

[902] Cass. com., 4 juillet 2000, *Bull. IV*, n° 136.

[903] F. OST, art. précité, spéc. p. 75.

§2. L'identification du critère de modulation des normes de la responsabilité civile, en particulier

301. De l'intérêt de la victime à celui du responsable. Pour cerner les intérêts protégés par la responsabilité civile, il suffit de se tourner vers sa fonction principale : la réparation[904]. En effet, à travers l'idéologie de la réparation, qui innerve toute la matière, c'est la victime que l'on souhaite avant tout défendre (A). Néanmoins, se limiter à cette vision de la responsabilité serait une erreur. Depuis quelques années déjà, l'évolution de la société conduit à la reconnaissance d'intérêts étrangers à ceux de la victime – intérêt économique ou général – qui fait la part belle au responsable. Celui qui était traditionnellement sacrifié sur l'autel de la victime est aujourd'hui sauvé au nom d'impératifs supérieurs (B).

A. La victime : le sujet d'intérêt principal

302. « Victimisation ». Il est inutile de retracer toute l'histoire de la responsabilité civile pour s'apercevoir que la victime est le sujet de droit principal qui pousse le législateur et le juge à agir. Quelques morceaux choisis, révélateurs de cette « victimisation », suffiront à le rappeler.

303. Fondements. La victimisation se vérifie, tout d'abord, par rapport aux fondements traditionnels de la responsabilité civile.

On peut mentionner le passage de la faute au risque[905]. Selon la théorie du risque, toute activité faisant naître un risque pour autrui rend son auteur responsable du dommage qu'elle peut causer, sans qu'il y ait à établir une faute à son origine. L'indemnisation de la victime est en cela facilitée. Cette théorie fut consacrée par l'arrêt *Teffaine* qui posa les bases d'un principe général de responsabilité du fait des choses[906]. Ce principe fut parachevé par l'arrêt *Jand'heur* qui transforma la présomption de faute posée dans l'arrêt *Teffaine* en présomption de responsabilité. Pour s'exonérer, l'auteur du dommage n'était donc plus admis à prouver qu'il n'avait commis aucune faute. Il devait, dorénavant, établir que le dommage résultait

---

[904] Cf. *supra* n° 5.

[905] Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, *Les obligations*, Droit civil, Defrénois, 4ème éd. 2009, p. 11 s., n° 25. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 10ème éd., 2009., p. 691 s., n° 682 s. ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Manuel Litec, 2ème éd., 2009, p. 92 s., n° 149 s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, le fait juridique*, Université, Sirey, 13ème éd., 2009, p. 79 s., n° 70 s. ; M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Droit civil, Economica, T. V., 1ère éd., 2007, p. 6 s., n° 6 s ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, Cours, droit privé, 9ème éd., 2010, p. 186 s., n° 224 s.

[906] Cass. civ., 16 juin 1896, *Teffaine, DP* 1897, I. p. 433, note R. SALEILLES ; *S.* 1987, I. p. 17, note A. Esmein.. Cf. *supra* n° 49 et n° 98.

de la force majeure[907]. On trouve aussi une application de la théorie du risque dans la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail qui édicta un régime de responsabilité forfaitaire, sans faute, au profit des ouvriers. Par la suite, la loi du 31 mars 1905 substitua l'assureur de responsabilité à l'employeur, légalement responsable de l'accident du travail. Une logique d'assurance s'est ainsi mise en place, changeant petit à petit le critère traditionnel de la responsabilité civile[908]. « *La victime et son dommage passaient au premier plan et l'évolution du droit de la responsabilité civile ne s'expliquait plus que par le souci d'améliorer l'indemnisation des préjudices* »[909].

Un autre fondement est traditionnellement étudié, c'est celui de la garantie. On doit à Boris Starck d'avoir totalement repensé les termes du débat sur le fondement de la responsabilité civile, en l'envisageant non plus du côté de l'auteur du dommage, mais plutôt du côté de la victime[910]. Starck estime que le droit à réparation de la victime ne saurait dépendre ni du comportement du responsable, ni du fait qu'il ait ou non tiré profit de l'activité dommageable. Au lieu de cela, il rappelle que chacun a un droit à la sécurité, c'est-à-dire au respect de sa vie, de son intégrité corporelle, ainsi qu'au respect de l'intégrité matérielle de ses biens. C'est l'atteinte à ce droit qui conditionne la réparation. Toutefois, pour éviter de restreindre ou de supprimer le droit d'agir au nom du droit à la sécurité, l'auteur propose d'établir une hiérarchie entre les droits de la victime. En haut de la hiérarchie, on trouve les droits reconnus comme supérieurs au droit d'agir : le droit à la vie, à l'intégrité corporelle et à l'intégrité matérielle de ses biens. Ces droits sont alors garantis objectivement. Cette garantie se traduit par une réparation automatique, mais forfaitaire. C'est seulement si le dommage est, en outre, imputable à une faute que la réparation est intégrale. En bas de la hiérarchie, on place les droits inférieurs au droit d'agir qui sont de nature purement économique ou morale. Ceux-ci ne sont pas garantis. Ils sont réparés uniquement si la victime apporte la preuve de la faute de l'auteur du dommage. Bien qu'intéressante, tant elle met l'accent sur la

---

[907] Cass. ch. réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*, *Bull.* n° 34 ; *DP* 1930, I. p. 57, note G. RIPERT ; *S.* 1930, I. p. 21, note P. ESMEIN. Cf. *supra* n° 49 et 98.

[908] On constate, par exemple, la multiplication des assurances de responsabilité obligatoires, comme dans l'article L. 211-1 du Code des assurances dont l'alinéa 1 dispose que « *toute personne physique ou toute personne morale autre que l'Etat, dont la responsabilité civile peut être engagée en raison de dommages subis par des tiers résultant d'atteintes aux personnes ou aux biens dans la réalisation desquels un véhicule est impliqué, doit, pour faire circuler celui-ci, être couverte par une assurance garantissant cette responsabilité, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. Pour l'application du présent article, on entend par "véhicule" tout véhicule terrestre à moteur, c'est-à-dire tout véhicule automoteur destiné à circuler sur le sol et qui peut être actionné par une force mécanique sans être lié à une voie ferrée, ainsi que toute remorque, même non attelée* ».

[909] L. CADIET, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de la réparation », *in Le juge entre deux millénaires,* Mélanges P. Drai, Dalloz 2000, p. 495, spéc. p. 499.

[910] B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée,* préface de M. Picard, éd. L. Rodstein, 1947.

situation de la victime, cette théorie n'a trouvé que peu d'échos dans le droit positif[911].

304. Dommages et préjudices. L'appréhension du dommage et du préjudice a évolué, une fois encore au bénéfice de la victime.

D'abord, les exigences traditionnelles à l'égard du préjudice, qui devait être personnel, direct, certain et légitime, ont été assouplies. Parmi ces caractères, deux seront ici plus spécialement étudiés : la certitude et la légitimité. La notion de certitude signifie que le préjudice ne doit pas être simplement éventuel pour donner lieu à réparation. Cependant, on a, très tôt, admis que l'exigence de certitude n'empêchait pas de réparer la perte de chance[912] et n'était pas un obstacle à la réparation du préjudice futur[913], même si celui-ci n'est pas susceptible d'estimation immédiate[914]. La notion de légitimité a servi à la jurisprudence pour écarter les demandes de réparation de certaines victimes dont elle jugeait les intérêts illicites ou immoraux. C'est ainsi que la Cour de cassation rejeta la demande de réparation des préjudices par ricochet subis par les concubins de victimes d'accident[915]. Cette jurisprudence a progressivement été abandonnée, sans doute en raison de l'évolution des mentalités face à ce mode de vie en couple. Dans un premier temps, sous réserve du concubinage adultérin, le concubin a pu voir sa demande accueillie[916]. Dans un second temps, la réserve de l'adultère a été supprimée[917].

Ensuite, la définition des termes du préjudice a été élargie. Le préjudice extrapatrimonial est aujourd'hui réparé sous toutes ses formes, souffrances physiques ou morales, préjudice esthétique ou d'agrément. Plus récemment, des

---

911 On pourrait en déceler l'esprit dans la loi du 5 juillet 1985 qui distingue le régime de la réparation des dommages à la personne et celui des dommages aux biens.

912 V. par exemple, Cass. req., 17 juillet 1889, *S.* 1891, I. p. 399 ; Cass. 2ème civ., 9 juillet 1954, *D.* 1954, p. 627 ; Cass. 2ème civ., 4 mai 1972, *Bull. II,* n° 130 ; *D.* 1972, p. 596, note Ph. Le TOURNEAU ; Cass. 2ème civ., 25 janvier 1973, *Bull. II,* n° 32 ; *JCP.G.* 1974, II. 17641, note A. BENABENT.

913 Cass. civ., 1er juin 1932, S. 1933, I. 49, note H. MAZEAUD ; *D.* 1932, I. 102, rapp. PILON. La Cour de cassation a reconnu que : « *s'il n'est pas possible d'allouer des dommages et intérêts en réparation d'un préjudice purement éventuel, il en est autrement lorsque le préjudice, bien que futur, apparaît aux juges comme la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel* ».

914 Cass. 2ème civ., 19 avril 1958, *Bull. II*, n° 264 ; Cass. crim., 10 mai 1979, *RTD. civ.* 1980, p. 579, obs. G. DURRY.

915 Cass. crim., 13 février 1937, *DP* 1938, I. p. 5, note R. SAVATIER ; *GP.* 1937, I. p. 467 ; *S.* 1937, I. p. 153, rapp. ROUX ; Cass. civ., 27 juillet 1937, *JCP. G.* 1937, II. 466, note DALLANT ; *DP* 1938, I. p. 5, note R. SAVATIER ; *S.* 1938, I. p. 231, note G. MARTY.

916 Cass. crim., 24 février 1959, *JCP. G.* 1959, II. 11095, note PIERRON ; Cass. ch. mixte, 27 février 1970, *Dangereux*, *Bull. ch.mixte*, n° 1 ; *D.* 1970, p. 201, note R. COMBALDIEU ; *JCP. G.* 1970, II. 16305, concl. R. LINDON, note P. PARLANGE ; *RTD. civ.* 1970, p. 353, obs. G. DURRY ; *GAJC* n° 182.

917 Cass. crim., 19 juin 1975, *D.* 1975, J., p. 679, note A. TUNC ; *RTD. civ.* 1975, p. 709, obs. G. DURY ; Paris, 10 novembre 1976, *JCP. G.* 1976, II. 18859, note R. SAVATIER ; *D.* 1978, J., p. 458, note BOSQUET-DENIS ; Riom, 9 novembre 1978, (dans cette affaire, les juges ont à la fois indemnisé l'épouse et la maîtresse), *JCP. G.* 1979 II. 19107, note G. ALMEIRAC ; V . aussi, à propos de l'évolution du préjudice, L. CADIET, « Les métamorphoses du préjudice », *in les métamorphoses de la Responsabilité*, PUF, 1997, p. 37 ; P. JOURDAIN, « Le préjudice et la jurisprudence », *Resp. civ. Ass*. HS. 2001, p. 45.

préjudices spécifiques ont été reconnus. D'une part, le « *préjudice de contamination* » a été mis en avant par le fonds d'indemnisation des transfusés et hémophiles, précédemment cité. Ce préjudice est défini comme « *un préjudice personnel et non économique de contamination par le VIH* » et il « *recouvre l'ensemble des troubles dans les conditions d'existence entraîné par la séropositivité et la survenance de la maladie déclarée. Le préjudice spécifique inclut ainsi, dès la phase de la séropositivité, tous les troubles psychiques subis du fait de la contamination par le VIH : réduction de l'espérance de vie, incertitude quant à l'avenir, craintes éventuelles de souffrances physiques et morales, isolement, perturbations de la vie familiale et sociale, préjudice sexuel et, le cas échéant, de procréation. Il inclut en outre les différents préjudices personnels apparus ou qui apparaîtraient en phase de maladie avérée, souffrances endurées, préjudice esthétique et l'ensemble des préjudices d'agrément consécutifs* »[918]. Par la suite, ce préjudice a été étendu aux transfusés contaminés par le virus de l'hépatite C[919]. Il faut noter qu'il ne constitue pas un nouveau chef de préjudice indemnisable, mais qu'il a plutôt pour fonction de rassembler les préjudices extrapatrimoniaux déjà indemnisés[920]. D'autre part, la Cour de cassation accepte la réparation d'un préjudice spécifique d'anxiété, et ce, notamment, dans un arrêt de la première chambre civile du 9 juillet 1996[921]. Dans les faits, après avoir subi une transfusion sanguine, un homme est contaminé par le virus de l'hépatite C. La Cour de cassation confirme l'arrêt de la cour d'appel qui admet que l'anxiété résultant de l'obligation pour la victime de se soumettre à une surveillance stricte et régulière devait être indemnisée. Cette solution est reprise par la chambre sociale dans un arrêt du 11 mai 2010. Dans cette affaire, la cour d'appel a justement caractérisé l'existence d'un préjudice spécifique d'anxiété en constatant que des « *salariés qui avaient travaillé dans un des établissements mentionnés à l'article 41 de la loi de 1998 et figurant sur une liste établie par arrêté ministériel pendant une période où y étaient fabriqués ou traités l'amiante ou des matériaux contenant de l'amiante, se trouvaient par le fait de l'employeur dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie liée à l'amiante et étaient amenés à subir des contrôles et examens réguliers propres à réactiver cette angoisse* »[922].

---

[918] Cette définition a été approuvée par la Cour de cassation : Cass. 2ème civ., 1er février 1995, *Bull II*, n° 42 ; *RTD. civ.* 1995, p. 627, obs. P. JOURDAIN.

[919] Cass. 1ère civ., 1er avril 2003, *Bull. I*, n° 95 ; *RTD. civ.* 2003, p. 506, obs. P. JOURDAIN ; *JCP. G.* 2004, I. 101, obs. G. VINEY.

[920] V. M. BACACHE, note sous l'arrêt de la première chambre civile du 3 mai 2006, *GP.* 9 décembre 2006, p. 39.

[921] Cass. 1ère civ., 9 juillet 1996, *Bull. I*, n° 306.

[922] Cass. soc. 11 mai 2010, *Bull. V*, n° 106 ; *JCP. E.* 2010, p. 38, note D. ASQUINAZI-BAILLEUX ; *JCP. G.* 2010, chr., p. 1914, note Ph. STOFFEL-MUNCK et C. BLOCH ; *D.* 2010, pan. p. 35, note O. GOUT, *ibid.* p. 2048, note Ch. BERNARD ; *LPA.* 16 août 2010, pan., p. 3, note G. PICCA, A. SAURET ; *RTD. civ.* 2010, p. 564, note P. JOURDAIN ; *Dr. soc.* 2010, p. 839, note J. DUPLAT ; *JCP. S.* 2010, p. 30, note G. VACHET ; *GP.* 2010, p. 38, note B. BOUBLI. Sur le préjudice d'angoisse, v. C. CORGAS-BERNARD, « Le préjudice d'angoisse consécutif à un dommage corporel : quel avenir ? », *Resp. civ. Ass.*, avril 2010, étude n° 4.

Enfin, la reconnaissance de nouveaux dommages a nécessité leur encadrement. L'article L. 218-1 du Code de l'environnement prévoit ainsi une responsabilité spéciale liée à la pollution par hydrocarbures dans les termes suivants : « *Tout propriétaire d'un navire transportant une cargaison d'hydrocarbures en vrac est responsable des dommages par pollution résultants d'une fuite ou de rejets d'hydrocarbures de ce navire dans les conditions et limites déterminées par la convention internationale du 27 novembre 1992 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures* ». On s'intéresse, également, à la réparation du dommage écologique pur[923]. La directive communautaire du 21 avril 2004 « *sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux* » a été transposée en droit français par la loi du 1er août 2008, dont les dispositions ont leur siège aux articles L. 160-1 et s. du code de l'environnement. L'idée centrale, qui innerve ce dispositif, est d'imposer à l'exploitant de prendre les mesures de réparation, en cas de dommage environnemental, et/ou de prévention, en cas de menace d'un tel dommage, sous le contrôle d'une autorité administrative. Quant au champ d'application de la loi, il s'agit de réparer les dommages environnementaux purs, en excluant les dommages éventuellement subis par des personnes consécutivement aux atteintes à l'environnement[924].

305. Modes nouveaux d'indemnisation dépassant le cadre de la responsabilité civile. On peut apprécier les manifestations de cette idéologie de la réparation en dehors de la responsabilité civile dans la création de nouveaux modes d'indemnisation des préjudices, plus favorables à la victime. Cette évolution tient à deux problèmes principaux.

Il s'agit, premièrement, de faire face aux difficultés liées à la désignation d'un responsable, ce dernier pouvant être insolvable, introuvable ou non assuré. Ce sont des tiers qui y suppléeront. L'indemnisation est alors socialisée. Elle est mise à la charge de l'Etat par l'intermédiaire de fonds de garantie : fonds d'indemnisation pour les victimes d'actes de terrorismes depuis la loi du 9 septembre 1986[925], fonds d'indemnisation pour les transfusés et hémophiles établi par la loi du 31 décembre

---

[923] V. L. NEYRET, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, préface de C. Thibierge, LGDJ, Bibliothèque de droit privé t. 468, 2006, spéc. p. 139 s., n° 197 s. ; A. GUEGAN-LECUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, préface de P. Jourdain, LGDJ, Bibliothèque de droit privé t. 472, 2006, v. spéc. p. 97 s.

[924] Pour une vision plus complète du dispositif, v. notamment, Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Manuel Litec, 2ème éd., 2009, p. 517 s., n° 777 s ; L. FONBAUSTIER, « Les nouvelles orientations du principe de responsabilité environnementale sous la dictée du droit communautaire. A propos de la loi du 1er août 2008 », *JCP. G.* 2008, I. 544 ; M. SOUSSE, « De la responsabilité environnementale », *Environnement*, novembre 2008, étude n° 12 ; S. CARVAL, « Un intéressant hybride : la responsabilité environnementale de la loi n° 2008-757 du 1er août 2008 », *D.* 2009, chr. p. 1652.

[925] Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986, article 9.

1991[926], fonds d'indemnisation pour les victimes de l'amiante crée par la loi du 23 décembre 2000[927], *etc*.

Il s'agit, deuxièmement, de parer aux complications liées au recours judiciaire. Certaines situations vont créer, en pratique, des chevauchements de compétences qui rendent plus complexe la mise en place du droit à réparation. Ainsi, dans l'hypothèse d'une contamination par le virus du sida à la suite d'une transfusion sanguine, plusieurs responsabilités pourraient être engagées : celle des centres de transfusion sanguine pour manquement à l'obligation de fournir des produits exempts de vice[928], celle de l'Etat[929], celle des hôpitaux publics[930], celle des cliniques privées[931], celle des médecins prescripteurs fautifs[932], voire celle de l'auteur de l'accident initial qui a conduit à la transfusion[933]. Le fonds d'indemnisation pour les transfusés et hémophiles a alors été créé pour permettre une mise en œuvre rapide et simplifiée de la réparation[934].

---

926 Loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991, article 47.

927 Loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000, article 53. V. A. GUEGAN-LECUYER, « A propos de la confrontation des offres d'indemnisation du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante au pouvoir judiciaire », *D.* 2005, p. 531 ; H. ARBOUSSET, « L'amiante : la création d'un fonds d'indemnisation pour canaliser une « bombe à retardement », *RRJ* 2001, p. 873.

928 V. notamment, Cass. 1ère civ., 12 avril 1995, (2 arrêts), *Bull. I*, n° 179 et 180 ; *JCP. G.* 1995, II. 22467, note P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass*. 1995, n° 241 ; CE., 26 mai 1995, (3 arrêts), *JCP.G*. 1995, II. 22467, note J. MOREAU ; Cass. 1ère civ., 9 juillet 1996, (3 arrêts), *Bull. I*, n° 303, 304, 305 ; *D.* 1996, p. 610, note Y. LAMBERT-FAIVRE ; CE., 15 janvier 2001, *Resp. civ. Ass.* 2002, n° 1, note C. GUETTIER. Toute cette jurisprudence se trouve confirmée par la loi du 19 mai 1998 sur la responsabilité des fabricants du fait des produits défectueux.

929 Elle est engagée en cas de faute simple de l'administration pour les contaminations provoquées entre le 22 novembre 1984 et le 20 octobre 1985. CE., 9 avril 1993, (3 arrêts), *D*. 1993, p. 312, concl. H. LEGAL ; *JCP. G.* II. 22110, note C. DEBOUY, (responsabilité de l'Etat pour faute simple) ; CE., 22 juillet 1994, *Resp. civ. Ass.* 1994, n° 411, (responsabilité de l'Etat pour toute faute commise dans l'exercice de ses attributions de contrôle des C.T.S.)

930 Ils sont responsables non en qualité de fournisseur de produit contaminé au patient victime, mais en qualité éventuelle de fabricant. V. notamment C. ESPER, « La responsabilité des hôpitaux publics et de l'Etat liée à la transfusion sanguine », *GP.* 11-12 janvier 1995, p. 11 ; J.-Y. PLOUVIN, « La responsabilité de l'hôpital public pour le fait du matériel médical », *GP.* 12-13 juillet 1996, p. 17.

931 La loi du 19 mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux consacre, expressément, la responsabilité des distributeurs de produits défectueux et donc de ces cliniques.

932 V. notamment, Versailles, 30 mars 1989, *JCP. G.* 1990, II. 21505, note A. DORNER-DOLIVET, *D.* 1991, som. p. 182, obs. J. PENNEAU, (faute médicale) ; TGI Paris, 1er juillet 1991, *JCP. G.* 1991, II. 21762, note M. HARICHAUX ; *Resp. civ. Ass.* 1991, n° 429 ; *D*. 1993, som. p. 30, obs. J. PENNEAU, (exonération du médecin non fautif).

933 V. notamment, Cass. 1ère civ., 17 février 1993, *Bull. I*, n° 80 ; *JCP.G*. 1994, II. 22226, note A. DORSNER-DOLIVET ; *RTD. civ.* 1993, p. 589, n° 607, obs. P. JOURDAIN ; Cass. 1ère civ., 4 décembre 2001, *Bull. I*, n° 310 ; *Resp. civ. Ass.* 2002, comm. n° 126, obs. H. GROUTEL ; *JCP.G*. 2002, II. 10198, note O. GOUT ; Cass. 2ème civ., 20 octobre 2005, *Bull. II*, n° 275 ; *RTD. civ*. 2006, p. 122, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2006, p. 492, note G. CHANTEPIE. Pour un développement complet sur la question, v. Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, Précis droit privé, Dalloz, 6ème éd., 2009, p. 809 s., n° 608 s.

934 Pour une critique de l'indemnisation des préjudices effectuée par les fonds d'indemnisation, v. M. BACACHE, « Indemnisation des contaminations par les virus du HIV et de l'hépatite C », *RTD. civ.*

Pour revenir à la responsabilité civile proprement dite, il est indéniable que le même souci de déjudiciarisation de l'indemnisation se retrouve dans certains régimes spéciaux. C'est le cas de la loi de 1985 sur les accidents de la circulation édictée pour soulager les juridictions d'un contentieux d'une trop grande ampleur et surtout pour accélérer le processus d'indemnisation. A cette fin, la loi impose à l'assureur du conducteur du véhicule impliqué dans l'accident de faire à la victime une offre d'indemnisation dans un certain délai, sous peine de sanction[935]. Suivant un modèle comparable, la loi du 4 mars 2002 conçoit une procédure de règlement amiable pour les accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales. Elle prévoit l'instauration des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation (CRCI), ayant une compétence générale pour « *faciliter le règlement amiable des conflits* »[936].

Si l'idéologie de la réparation conduit à mettre en avant l'intérêt de la victime et bouleverse la responsabilité civile, on s'aperçoit que, dans le conflit d'intérêts, ce n'est pas systématiquement la victime qui sort gagnante. Le responsable lui aussi a les moyens de voir sa protection assurée.

B. Le responsable : un sujet d'intérêt secondaire

306. Intérêt sous-jacent. L'enjeu principal de la responsabilité civile est la défense des intérêts de la victime. Pourtant, dans cette matière, d'autres intérêts peuvent jouer et notamment celui du responsable. Effectivement, il apparaît, à la faveur de certaines lois ou au détour de certaines décisions de justice, que le

---

2010, p. 386. L'auteur constate qu'en pratique la réparation par les tribunaux reste plus généreuse que celle proposée par les fonds d'indemnisation , soucieux de veiller aux finances publiques.

[935] Article 211-9 du Code des assurances et plus généralement sur la procédure de l'offre v. art. L. 211-8 à L. 211-29 et R. 211-29 à R. 211-44 du Code des assurances

[936] L'article L. 1142-5 du Code de la santé publique dispose que « *dans chaque région, une ou plusieurs commissions de conciliation et d'indemnisation sont chargées de faciliter le règlement amiable des litiges relatifs aux accidents médicaux, aux affections iatrogènes et aux infections nosocomiales, ainsi que des autres litiges entre usagers et professionnels de santé, établissements de santé, services de santé ou organismes ou producteurs de produits de santé mentionnés aux articles L. 1142-1 et L. 1142-2.*

Toutefois, un arrêté du ministre chargé de la santé et du ministre chargé de la sécurité sociale peut instituer une commission interrégionale de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales compétente pour deux ou plusieurs régions.

La commission siège en formation de règlement amiable des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales et en formation de conciliation.

Dans le cadre de sa mission de conciliation, la commission peut déléguer tout ou partie de ses compétences à l'un de ses membres ou à un ou plusieurs médiateurs extérieurs à la commission qui, dans la limite des compétences dévolues, disposent des mêmes prérogatives et sont soumis aux mêmes obligations que les membres de la commission. »

Contrairement à la procédure mise en place en matière d'accidents de la circulation, le mode de règlement amiable n'est pas obligatoire, c'est une possibilité réservée aux victimes les plus gravement atteintes.

responsable a été protégé au détriment de la victime. A travers le responsable, ou plutôt au-delà de son propre intérêt, c'est bien souvent un intérêt supérieur qui est en jeu. Il peut s'agir d'un intérêt purement économique ou général ou encore, le plus souvent, d'une combinaison de l'intérêt économique et de l'intérêt général. Il arrive alors que cet intérêt supérieur soit mis en avant non pas par le législateur, mais par des groupes de pression qui l'obligent à prendre des mesures de déresponsabilisation. Ce phénomène est ancien, la création de l'article 1384, alinéa 2, du Code civil en 1922, en est d'ailleurs une bonne illustration. Pour autant, il est toujours d'actualité comme en témoigne le régime de responsabilité allégée accordé aux hébergeurs.

307. « Irresponsabilité » du fait des incendies. L'étude de la genèse de l'alinéa 2 de l'article 1384 a un double intérêt. Déjà, parce qu'elle nous permet d'apprécier un régime de responsabilité créé en faveur du responsable et ensuite, parce qu'elle met en évidence l'influence à laquelle le législateur peut être confronté lorsqu'il édicte une telle législation. Cet alinéa, qui dispose que « *celui qui détient à titre quelconque, tout ou partie, de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie, que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable* », a été mis en place pour donner satisfaction aux assureurs de responsabilité. Il s'agissait d'élaborer un régime de responsabilité plus favorable pour le responsable que celui de l'article 1384, alinéa 1er.

Revenons, pour mieux en comprendre les enjeux, aux origines de cette disposition. La loi qui l'a mis en place fut adoptée à la suite de l'affaire « *des fûts de résine de la gare de Bordeaux* ». Le point de départ de celle-ci réside dans l'incendie qui éclata le 2 juillet 1906 à la gare maritime de Bordeaux, dont la compagnie des chemins de fer du Midi était concessionnaire. Parmi les marchandises entreposées, figuraient plusieurs centaines de fûts de résine qui prirent feu. L'incendie gagna les propriétés contiguës, en causant d'importants dommages aux installations (poteaux et rails) de la compagnie des tramways électriques et omnibus de Bordeaux. Cette dernière intenta une action en justice. La cour d'appel rejeta sa demande de dommages et intérêts. La Cour de cassation, par un arrêt du 16 novembre 1920, cassa l'arrêt de la cour d'appel et déclara applicable l'article 1384, alinéa 1er, au motif que « *la présomption de faute édictée par cet article à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée qui a causé le dommage ne peut être détruite que par la preuve d'un cas fortuit ou de force majeure ou d'une cause étrangère qui ne lui soit pas imputable ; qu'il ne suffit pas de prouver qu'il n'ait commis aucune faute, ni que la cause du dommage ne soit demeurée inconnue ; qu'il n'est pas nécessaire que la chose ait un vice inhérent à sa nature, susceptible de causer le dommage, l'article rattachant la responsabilité à la garde de la chose, et non à la chose elle-même* »[937]. Par suite, les compagnies d'assurance, craignant de voir trop

[937] Cass. civ., 16 novembre 1920, *DP.* 1920, I. p. 169, note R. SAVATIER ; *S.* 1922, I. p. 97, note L. HUGUENEY.

souvent et trop facilement leur responsabilité engagée sur ce fondement, menacèrent d'augmenter le montant des primes d'assurance.

La loi du 7 novembre 1922 est le résultat de la menace exercée par les assureurs sur les pouvoirs publics. En imposant à la victime la preuve d'une faute, cette loi consacre une sorte d'immunité de responsabilité du fait des incendies. Le système est évidemment favorable au responsable. Au-delà, c'est bien un intérêt économique que cette loi souhaite préserver en évitant l'augmentation des assurances. Notons qu'aujourd'hui, cette disposition est largement critiquée, au motif que rien ne semble justifier que la victime de ce fait des choses soit soumise à un régime de responsabilité aussi stricte[938].

308. Responsabilité allégée pour les hébergeurs. Rappelons que l'article 6, I, 2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 retient la responsabilité des sociétés d'hébergement uniquement « *si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible* »[939].
La mise en œuvre de la responsabilité des hébergeurs obéit donc à un mécanisme en deux temps. Il faut déjà qu'il ait une connaissance effective du caractère illicite du contenu diffusé et qu'ensuite il ne réagisse pas pour faire cesser cette violation au droit. L'obligation de réaction est conditionnée par sa connaissance non des informations en elles-mêmes, mais de leur caractère illicite. Afin de ne pas ériger le fournisseur d'hébergement en juge de l'illicite (et du licite), le Conseil constitutionnel, dans une décision du 10 juin 2004 apporte à cette disposition une réserve d'interprétation[940]. Ainsi, à propos de l'article 6 I 2 de la loi de 2004, le Conseil estime que « *ces dispositions ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère* ». Aussi, la responsabilité du fournisseur d'hébergement ne peut être mise en oeuvre qu'à la condition qu'il ait connaissance du caractère manifestement illicite d'un contenu soit par notification de la victime, soit par le juge.

Deux hypothèses de non-responsabilité se dégagent de cette disposition : l'une en l'absence de connaissance de l'illicéité des contenus stockés et l'autre en cas de connaissance de l'illicéité des contenus stockés suivie d'un prompt retrait. Il s'agit, en réalité pour le législateur d'« *encourager la croissance des services de la société d'information (c'est-à-dire des services Internet), de façon la plus libérale possible* »[941]. En effet, grâce à ce régime spécial de responsabilité, l'hébergeur se trouve dans une

---

[938] Cf. *infra* n° 379 s.

[939] Cf. *supra* n° 259 s.

[940] Cons. const., 10 juin 2004, *2004-496 DC*.

[941] V. L. MARINO, « Internet. Le fabuleux destin de la responsabilité des hébergeurs (à propos des arrêts Dailymotion et autres), *Resp. civ. Ass.*, juin 2011, étude n° 8, p. 7.

position très favorable puisqu'il est bien souvent déchargé de toute responsabilité[942]. Deux considérations sont ici à l'œuvre. Des considérations économiques, d'une part, moins de contrôle de la part des hébergeurs donc moins de coûts de fonctionnement, et des considérations liées à la liberté d'expression d'autre part, absence de censure privée effectuée par les hébergeurs et responsabilisation du citoyen, créateur du contenu. Il ressort que l'hébergeur se trouve largement favorisé par une législation pour le moins déresponsabilisante.

Ces législations s'inscrivent, plus largement, dans une autre vision de la responsabilité civile. Celle où la victime n'est plus nécessairement au cœur du débat et cède sa place à des enjeux plus grands. La surenchère à l'indemnisation est parfois un frein à l'économie et au droit d'agir. Les responsables potentiels – économiquement utiles, voire influents – hésiteront à prendre des initiatives, craignant de subir une condamnation. C'est justement ce que l'on cherche à éviter en minimisant leur responsabilité.

Finalement, pour le législateur comme pour le juge, le plus difficile sera de composer avec les différents intérêts en présence, la technique juridique servant d'auxiliaire à ces politiques de protection. Le concours de normes trouvera alors une solution dans la recherche de l'intérêt prépondérant.

[942] Cf. *supra* n° 259 s.

Conclusion du chapitre 1
Le passage d'un principe directeur à un principe correcteur

309. Principe correcteur matériel. La nécessité de recourir à un principe correcteur est venue du constat de l'incapacité du principe directeur à donner une solution à l'ensemble des concours de normes. A l'évidence, il nous fallait commencer par comprendre pourquoi le principe de subsidiarité ne pouvait pas répondre à tous les concours de normes, avant de chercher à leur trouver une solution. Deux raisons ont été avancées.

Tout d'abord, ce principe connaît des défauts d'ordre superficiel qui l'empêchent de résoudre tous les concours de normes, voire parfois de donner une solution satisfaisante aux concours qui entrent pourtant dans son champ de compétence.

Ensuite, ce sont des lacunes d'ordre essentiel qui viennent mettre à mal le principe directeur.Les explications de certaines de ses défaillances sont à chercher dans la nature même du principe. Celui-ci, purement technique, ne donne pas suffisamment de liberté à celui qui veut résoudre les litiges.

L'appréhension des défaillances du principe s'est révélée indispensable à la découverte du principe correcteur. En effet, on a remarqué qu'à côté des principes techniques, des principes matériels rendaient possible une application plus souple des règles de droit, en s'intéressant plus au contenu de la norme qu'à son genre. Nous nous sommes alors tournés vers l'étude de ces principes.

310. L'intérêt comme critère d'articulation. De manière générale, il apparaît que le critère sur lequel reposent les principes matériels est un critère à la fois subjectif et élastique. Rapporté à la responsabilité civile extracontractuelle, ce constat nous a conduits à relever l'existence du critère d'intérêt. Ce dernier permet de régler les concours de normes en faisant prévaloir celle qui assure la protection de l'intérêt jugé supérieur. Tour à tour, mais avec une nette préférence pour le premier d'entre eux, c'est l'intérêt de la victime ou celui du responsable qui sera mis en avant.

Néanmoins, une question demeure : par quels moyens peut-on favoriser l'un ou l'autre des intérêts ? C'est à cette question qu'il nous faut à présent répondre.

Chapitre 2. Le fonctionnement du principe correcteur d'intérêt

311. La victime, le législateur et le juge. Plusieurs personnes peuvent être amenées à désigner la norme la plus efficace pour résoudre un concours et ce faisant à faire usage du critère de l'intérêt. Parmi celles-ci, on trouve la victime. Dans la mesure où il s'agit, le plus souvent, de répondre à son intérêt, il semble logique qu'elle soit seule juge de l'action qu'elle estime le mieux à même de la satisfaire. Ainsi, l'ordre juridique lui confère la possibilité de choisir cette action (Section 1). Mais, à plusieurs égards, le choix opéré par la victime n'est pas toujours satisfaisant, soit parce qu'il existe en réalité d'autres intérêts en jeu, soit parce que la victime ne se trouve pas en position de défendre ses propres intérêts. L'action devra alors être imposée par le législateur ou par le juge (section 2).

Section 1. La libre disposition de l'action par la victime

312. Choisir ou ne pas choisir. La victime dispose librement de l'action, dès lors qu'elle peut choisir indifféremment celle qu'elle souhaite engager parmi toutes les actions en concours, mais aussi lorsqu'elle peut, au lieu de faire un choix, bénéficier de l'application des deux actions en concours. Rien ne lui interdit, en effet, de rattacher un même fait à plusieurs auteurs ou à un même auteur, mais selon des qualifications différentes, du moment que plusieurs activités humaines sont en cause.

On lui reconnaît ainsi un droit d'option et un droit de cumul (§1). Toutefois, afin d'éviter certaines dérives, la portée de chacune de ces facultés doit être limitée (§2).

§1. Le cumul et l'option : notions

313. Du cumul à l'option. L'option et le cumul seront successivement étudiés. L'ordre choisi n'est pas anodin. Il révèle, en réalité, l'importance quantitative de chacun de ces outils. Il paraît raisonnable de penser que toutes les fois où la victime disposera d'un droit de cumul, elle bénéficiera aussi d'un droit d'option, ce qui ne se vérifie pas dans la situation inverse. Assurément, si on l'autorise à user des deux actions en concours, on ne voit pas ce qui justifierait qu'on ne lui permette pas de n'en choisir qu'une seule : « *qui peut le plus, peut le moins* ». Ainsi, le droit de cumul sera quantitativement plus réduit que le droit d'option. Tous les cas de cumul qui vont être examinés et retenus dans un premier temps (A) seront donc à inclure dans les cas d'option sur lesquels on portera notre attention dans un second temps (B).

A. Le cumul

314. Le cumul, « outil » d'articulation. Il n'est guère utile de trop s'appesantir sur le terme « cumul », dont la définition juridique, quoiqu'intéressante, n'est pas différente du sens courant (1). En revanche, il est indispensable de s'intéresser, avec plus d'acuité, aux formes que peut prendre le cumul (2) dont une retiendra plus longuement notre attention : le cumul des réparations (3).

1. Le sens du cumul

315. « Non-cumul ». Dans le langage courant, cumuler signifie « *réunir en sa présence plusieurs choses différentes* »[943]. On parle, par exemple, de cumul des fonctions ou des mandats, ce qui implique qu'une même personne jouisse simultanément des

[943] « Cumul », *Le Robert*, 2010.

avantages que procure chacun d'entre eux. Juridiquement, le terme cumul est couramment employé pour aménager une règle de droit, le plus souvent sous sa forme négative, en désignant des hypothèses de « non-cumul ». On connaît ainsi, en droit des biens, la règle de non-cumul des actions pétitoires et possessoires, selon laquelle ces deux actions ne peuvent pas être exercées simultanément[944]. Le plaideur devra agir sur le fondement de l'une ou de l'autre, sachant que, s'il commence par l'action pétitoire, il ne pourra, ensuite, exercer une action possessoire. Ici, ne pas cumuler « *signifie que le possessoire et le pétitoire ne doivent pas se rencontrer, être jugés en même temps* »[945]. On évoque également la règle de non-cumul des responsabilités contractuelles et délictuelles, qui impose à la victime de choisir entre le fondement délictuel et le fondement contractuel pour obtenir réparation[946]. Enfin, en matière de responsabilité civile extracontractuelle, on parle de « non-cumul » pour mettre en avant les effets du principe de subsidiarité. C'est ainsi que l'on parle de règle de non-cumul pour exprimer les relations entre les différentes actions en responsabilités civiles contre le dirigeant. Cette règle justifie l'irrecevabilité de l'action des créanciers

---

944 L'article 1265 du Code de procédure civile prévoit ainsi que « *la protection possessoire et le fond du droit ne sont jamais cumulés* ». Toutefois, le projet de réforme du droit des biens, dit projet Perinet-Marquet, demande la suppression des actions possessoires, entraînant de ce fait la disparition de la question de leur cumul avec les actions pétitoires. H. PERINET-MARQUET (dir.), *Proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens*, Association H. CAPITANT, 2008, p. 4 s.

945 E. MICHELET, *La règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire*, préface de R. Perrot, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 130, 1973.

946 L'expression de « non-cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle » est mal choisie. « *On pourrait croire que le même individu pourrait obtenir double réparation, l'une fondée sur la responsabilité contractuelle, l'autre sur la responsabilité délictuelle, cela évidemment, n'est pas possible. De même, il n'est pas possible de permettre à la victime de demander une seule réparation du préjudice subi, à l'aide d'une action hybride, à la fois contractuelle et délictuelle, dans laquelle elle choisirait respectivement les règles de la responsabilité délictuelle ou contractuelle qui lui sont favorables* », F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 10ème éd., 2009, p. 883, n° 875. En lieu et place du terme cumul, il faudrait lui préférer celui de l'option. Celle-ci désignerait la possibilité pour la victime de choisir entre un fondement délictuel ou contractuel pour la réparation de son préjudice. Or, il s'agit bien d'un refus d'option entre ces deux fondements qui conduit la jurisprudence à n'accepter qu'une application hiérarchisée de ces derniers. V. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE *op. cit.*, loc. cit. ; M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Droit civil, Economica, T. V., 1ère éd., 2007, p. 101, n° 93 ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Manuel Litec, 2ème éd., 2009, p. 51 s., n° 82 s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, *Les obligations*, Droit civil, Defrénois, 4ème éd. 2009, p. 555 s., n° 1007 s. ; E.-N. MARTINE, *L'option entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle*, LGDJ, 1957, p. 20 ; P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, rapport à M. Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, p. 171. L'article 1341 y dispose que : « *En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions spécifiques à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur de la responsabilité extracontractuelle* ». V. enfin, à propos de la génèse de cette règle : J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD. civ*. 2010, p. 1 ; pour une critique de cet article : Ph. BRUN, « De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses. Et de quelques autres considérations sur ses prétendues répercussions négatives en droit des obligations », *RTD. civ*. 2010, p. 487.

en réparation du préjudice résultant de la faute de gestion du dirigeant (article 1382 du Code civil), lorsque l'action en responsabilité à l'encontre du dirigeant sur le fondement de l'article L. 651-2 du Code de commerce est applicable[947]. Cette règle n'est alors, ni plus ni moins, que la conséquence de la prévalence du droit spécial sur le droit général.

316. Cumul. Le cumul s'entend de la faculté accordée à la victime de profiter simultanément des différentes actions en concours. *A contrario*, ne seront pas concernées, les hypothèses où les deux actions en responsabilité engagées ne profitent pas directement à la même personne. Il n'est donc pas possible de parler de cumul lorsque le dirigeant d'une société est condamné à la fois sur le fondement de l'action en comblement de passif de l'article L. 651-2 du Code de commerce et sur celui de l'action en responsabilité fiscale de l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales[948]. En effet, si la première action profite aux créanciers, victime des manœuvres frauduleuses du dirigeant, la seconde permet à l'administration fiscale de voir le dirigeant déclaré solidairement responsable du paiement des impositions et pénalités dues par la société. Les deux actions en responsabilité ne satisfont pas aux intérêts des mêmes personnes – l'administration fiscale pour l'une et les créanciers pour l'autre[949].

---

[947] V. Cass. com., 28 février 1995, *Bull. IV*, n° 60 ; *D.* 1995, p. 390, note F. DERRIDA ; Cass. com., 19 février 2002, *Inédit,* n° 98-21624 ; *Dr. Soc.* 2002, comm. n° 117, note D. VIDAL ; Cass. com., 10 juillet 2007, *Inédit,* n° 06-16165. Aussi, J.-J. DAIGRE, « Une évolution jurisprudentielle bienvenue, le non-cumul de l'action en comblement de passif et des actions en responsabilité de droit commun », *Bull. Joly Soc*. 1995, p. 953, § 346 ; M.-C. PINIOT, « Responsabilité civile des dirigeants sociaux. Non cumul des actions du droit des sociétés et du droit des procédures collectives », *RJDA*, 1995, p. 639.

[948] Cass. com., 9 décembre 1997, *Bull. IV*, n° 331 ; *Rev. Soc.* 1998, p. 316, note J.-J. DAIGRE. Selon la Cour de cassation, les deux actions peuvent être engagées conjointement dans la mesure où : « *il résulte des termes de l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales que l'action prévue par ce texte (…) n'est exclue que si, en vertu d'une autre disposition légale, le dirigeant est tenu de la totalité de la dette fiscale restant due au comptable poursuivant ; que les dispositions de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985[L651-2 du Code de commerce], qui permettent, lorsque le redressement ou la liquidation judiciaires d'une entreprise font apparaître une insuffisance d'actif, de décider que les dettes de la personne morale seront supportées en tout ou en partie par ses dirigeants et qui prévoient que les sommes versées à ce titre entrent dans le patrimoine du débiteur et sont affectées, en cas de continuation de l'entreprise, selon les modalités du plan d'apurement du passif tandis qu'en cas de liquidation, elles sont réparties entre tous les créanciers au marc le franc, ne font pas obstacle à l'application de l'article L. 267 précité* ».

[949] M. Daigre considère qu'il ne devrait pas y avoir application simultanée des deux actions dans la mesure où il s'agit, selon lui, de deux actions en responsabilité. L'action fondée sur l'article 180 du Code de commerce (aujourd'hui L. 651-2) serait une action spéciale par rapport à celle de l'article L. 267 du Livre des procédures fiscales, de sorte que la première action devrait, en cas de concours, l'emporter. V. J.-J. DAIGRE, note précitée, spéc. p. 320

2. Les formes de cumul

317. Cumuls exclus. La notion de cumul ne sera pas retenue dans deux hypothèses. D'une part, il peut s'agir d'une question purement procédurale. Dans ce cas, le cumul signifie la possibilité reconnue au demandeur d'invoquer conjointement deux fondements pour la satisfaction d'un même préjudice. La Cour de cassation accepte, depuis longtemps, que la responsabilité du fait personnel et celle du fait des choses soient cumulativement invoquées, dans la mesure où elles ont leur domaine propre[950]. Dès lors, la victime peut exercer sa demande sur les deux fondements simultanément, le rejet de l'un des fondements ne dispensant pas le juge d'examiner le bien-fondé de l'autre. Toutefois, dans cette hypothèse, le terme cumul semble mal choisi, car, en réalité, un des deux fondements est subsidiaire, son application étant subordonnée au refus de l'autre fondement. Il n'y a donc pas à proprement parler de cumul des actions. En conséquence, cette première forme de cumul ne sera pas conservée par la suite. D'autre part, il est possible en cumulant les actions de jouer avec leurs régimes. Ici, le plaideur va vouloir marier les deux textes pour ne garder que certaines de leurs conditions, à l'exclusion de celles qui pourraient lui être défavorables. On parle ici de « panachage » des actions en concours[951]. Imaginons que le demandeur invoque à la fois les conditions de la responsabilité délictuelle et celles de la responsabilité contractuelle, en demandant que soit appliquée aux coauteurs de la faute contractuelle la règle de la solidarité entre débiteurs délictuels. En acceptant son montage, on l'autoriserait à créer une action hybride, confusion de différentes catégories juridiques, en éludant les règles plus strictes prévues pour chacune d'elles[952]. Il semble difficile de le tolérer. Quel serait l'intérêt d'élaborer des règles juridiques précises si le justiciable était en droit de les remodeler à sa guise ? Le panachage ne peut donc être autorisé[953].

318. Cumul retenu. Le cumul, qui sera examiné par la suite, peut être défini comme la faculté pour le demandeur d'invoquer conjointement deux fondements, pour obtenir réparation de son préjudice, en bénéficiant de leur application

---

[950] Cass. 2ème civ., 7 février 1964, *Bull. II*, n° 125 ; Cass. 2ème civ., 24 juin 1970, *Bull. II*, n° 221 ; *RTD. civ.* 1972, p. 138, obs. G. DURRY ; Cass. 2ème civ., 20 octobre 1971, *Bull. II*, n° 281. V. aussi sur la question, J. BORE, « Le cumul de la responsabilité du fait personnel et de la responsabilité du fait des choses », *JCP. G.* 1965, I. 1961.

[951] J. BORE, art. précité, loc. cit. ; R. RODIERE, « Etudes sur la dualité des régimes de responsabilité, deuxième partie, la combinaison des responsabilités », *JCP. G.* 1950, I. 868.

[952] J. BORE, art. précité, loc. cit. ; E. MICHELET, *op. cit.*, p. 74.

[953] En ce sens : Cass. civ., 6 avril 1927, *DP* 1927, I. p. 11 ; *S.* 1927, I. p. 201. Ce refus du panachage est rappelé dans les commentaires accompagnant la proposition de réforme du droit de la responsabilité civile dirigée par Monsieur Terré : v. J.-S. BORGHETTI, « Des principaux délits spéciaux », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (dir) F. Terré, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 163 s., spéc. p. 172.

simultanée[954]. Dans cette hypothèse, le demandeur souhaite que toutes ses demandes soient considérées comme principales. Il attend qu'il soit fait droit à chacune d'elles. Le plaideur cherche ici à additionner les résultats auxquels les différentes actions conduisent. Ce faisant, il peut bénéficier de plusieurs répondants pour son dommage afin d'obtenir leur condamnation *in solidum*[955]. Si l'on prend l'exemple d'un dommage engendré par une chose gardée par un mineur, le demandeur pourrait introduire à la fois une action sur le fondement de la responsabilité du fait des choses, contre le mineur gardien, et sur le fondement de la responsabilité du fait des parents, contre les parents du mineur ayant causé le dommage. En cumulant les fondements, il cumule aussi les sources de réparation. Il a donc toutes les chances d'être intégralement indemnisé, puisque les responsables seront condamnés *in solidum* (sans préjudice des recours des uns contre les autres).

3. Le cumul des réparations

319. Réparation intégrale du préjudice. Le demandeur, lorsqu'il dispose de plusieurs répondants, peut penser cumuler plusieurs réparations pour le même préjudice. En la matière, le principe est le suivant : la victime doit obtenir une réparation intégrale, sans excéder le montant de son préjudice[956]. Le cumul des réparations n'est pas permis dès lors que la victime pourrait, par ce biais, s'enrichir injustement[957]. Malgré l'apparente simplicité de ce principe, la question se pose de la

---

954 F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, préface de J. Ghestin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 201, 1988, p. 124, n° 258.

955 Cf. *infra* n° 338 s.

956 Ce principe est souvent rappelé dans la jurisprudence en ces termes : « *la réparation d'un dommage, qui doit être intégrale, ne peut excéder le montant du préjudice* » : Cass. 1ère civ., 22 novembre 2007, *Bull. I*, n° 1344 ; *D.* 2008, AJ., p. 17 ; Cass. 2ème civ., 22 janvier 2009, *Bull. II*, n° 26. P. ESMEIN, « Trois problèmes de responsabilité civile. Causalité - concours des responsabilités -conventions d'irresponsabilités », *RTD. civ.* 1934, p. 333, spéc. p. 340 ; E. BECQUE, « Coexistence ou incompatibilité des présomptions légales en matière de responsabilité civile », *RTD. civ.* 1952, p. 309. L'auteur considère que le terme cumul des présomptions est mal choisi « *car il est évident que la personne lésée ne peut jamais invoquer à la fois deux présomptions, afin d'obtenir double réparation* », p. 309.

957 Cass. 1ère civ., 8 novembre 1988, *Resp. civ. Ass*. 1989, comm. n° 29 ; Cass. com., 6 novembre 1990, *Bull. IV*, n° 261 ; Cass. crim., 12 avril 1994, *Bull. crim..*, n° 146. Toutefois, un courant doctrinal favorable à la création d'une responsabilité civile « normative » voudrait voir apparaître, à côté de la fonction indemnitaire, une fonction normative qui permettrait à la victime de se voir allouer une indemnité supérieure au préjudice qu'elle a subi. V. M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 21 s., n° 22 s. ; P.-Y. GAUTIER, « Fonction normative de la responsabilité civile : le contrefacteur peut être condamné à verser au créancier une indemnité contractuelle par équivalent », *in La lutte contre la contrefaçon, D.* 2008, p. 727. Selon l'auteur, l'article L. 331-1-3 du Code de propriété littéraire et artistique qui, après avoir rappelé que la réparation du préjudice subi par la victime tient compte de la perte éprouvée et du manque à gagner, dispose que « *toutefois, la juridiction, peut à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui ne peut être inférieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte* », s'inscrirait dans ce courant doctrinal favorable à la victime ; T. AZZI, « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon. Présentation générale », *in La lutte contre la*

relativité de la notion de réparation intégrale. On peut, en effet, reconnaître qu'il existe nécessairement une part d'arbitraire dans la détermination du préjudice réparable, de sorte que la victime serait en droit de se prévaloir de cette relativité pour demander un complément d'indemnisation.

320. Réparation par un fonds d'indemnisation ou par le droit commun. Cette problématique fut soulevée, il y a quelques années, à propos des victimes du sang contaminé, pour lesquelles un fonds d'indemnisation a été institué par la loi du 31 décembre 1991[958]. Sachant que la faculté de s'adresser au fonds d'indemnisation ne prive pas la victime d'agir en responsabilité contre l'auteur du préjudice devant les juridictions de droit commun, on se demanda si la victime, qui acceptait l'indemnisation du fonds, pouvait, ensuite, réclamer au responsable une indemnité complémentaire sur un fondement délictuel[959]. A l'origine, et selon un arrêt rendu par la Cour de cassation le 26 janvier 1994, la victime avait la possibilité d'agir devant les juridictions de droit commun dès qu'elle renonçait à demander réparation au fonds ou qu'elle refusait l'offre d'indemnisation[960]. Dans les cas contraires, elle ne pouvait plus saisir les juridictions de droit commun pour obtenir une indemnité complémentaire sur les mêmes chefs de préjudice[961]. On la considérait comme privée de tout intérêt à agir, dans la mesure où elle avait déjà obtenu une réparation intégrale[962]. La question aurait pu en rester là, si le Conseil d'Etat n'avait pas adopté une position différente à propos d'une transfusion intervenue dans un établissement public. Il a jugé que l'acceptation par la victime de l'offre du fonds ne la privait pas

---

contrefaçon, précité, p. 700, spéc. p. 709. L'auteur rappel qu'il est aussi tenu compte dans le calcul de cette indemnisation des bénéfices réalisés par le contrefacteur. Ainsi, les dommages et intérêts peuvent dépasser le préjudice de la victime. C'est en cela que la loi du 29 octobre 2007 aurait consacré la pratique des dommages et intérêts punitifs. En ce sens, M. Azzi constate que la prise en compte des bénéfices réalisés par le contrefacteur peut conduire à une sanction lourde et dissuasive pouvant s'apparenter à une véritable peine. P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations, (articles 1101à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil),* précité, p. 162. L'article 1371 du projet Catala, prévoit la possibilité pour le juge de condamner l'auteur d'une faute manifestement délibérée outre à les dommages et intérêts compensatoires, à des dommages et intérêts punitifs. V. également, *supra* n° 5.

[958] Loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 « portant diverses dispositions d'ordre social ». Les compétences de ce fonds sont désormais transférées à l'ONIAM (office national d'indemnisation des accidents médicaux) depuis la loi du 9 août 2004. Les règles instituées par la loi de 1991 continuent de s'appliquer et se trouvent codifiées aux articles L. 3122-1 et suivant du Code de la santé publique.

[959] Bien que cet exemple ne concerne pas directement notre sujet (il ne s'agit pas, en effet, d'un concours de responsabilité), il semble intéressant de l'étudier pour comprendre le raisonnement suivi par les juridictions en matière de cumul d'indemnisation. Pour une étude plus complète de la question du cumul des indemnisations : v. M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *LPA.* 12 janvier 2005, n° 8, p. 3.

[960] Cass. 2ème civ., 26 janvier 1994, *Bull. II*, n° 41 ; *Resp. civ. Ass.* 1994, comm. p. 179.

[961] Seule sera recevable l'action en réparation de chefs de préjudice nouveaux dont la victime n'aurait pas été indemnisée par le fonds.

[962] L'article 47 III de la loi du 31 décembre 1991 (aujourd'hui L. 3122-1, alinéa 3) prévoit que le fonds assure la réparation intégrale des préjudices résultant de la contamination.

de la possibilité d'agir devant les juridictions administratives de droit commun afin d'obtenir une indemnisation complémentaire du même préjudice, si elle estimait insuffisante celle qu'elle avait reçue du fonds. Néanmoins, le juge devait déduire de l'indemnité accordée la somme déjà payée par le fonds[963]. Si, par cette solution, le Conseil d'Etat a bien réaffirmé que la victime ne pouvait pas obtenir plus que la réparation du préjudice subi, il a surtout reconnu qu'il était plausible qu'elle n'ait pas perçu une réparation intégrale de la part du fonds. C'est pourquoi il a admis qu'elle pouvait demander un complément de réparation devant d'autres juridictions. Face à ce flou juridique, la Cour européenne des droits de l'homme fut saisie[964]. Elle constata que les décisions françaises ne respectaient pas l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, garantissant le droit d'accès direct et effectif à une juridiction. Elle reprocha le manque de clarté du système qui ne présentait pas les garanties suffisantes pour éviter un malentendu quant aux modalités d'exercice des différentes voies de recours. Les victimes pouvaient, jusqu'à l'arrêt du 26 novembre 1994 de la Cour de cassation, raisonnablement croire à la possibilité de demander un complément d'indemnisation après avoir accepté l'offre du fonds. Prenant acte de cette condamnation, la Cour de cassation rendit plusieurs décisions dont on retire aujourd'hui un raisonnement en deux temps. D'une part, si l'acceptation de l'offre du fonds est antérieure à la date du 26 novembre 1994, la victime peut agir devant les tribunaux pour demander une indemnité complémentaire. D'autre part, toute offre acceptée après cette date rend l'action des victimes irrecevable devant les juridictions judiciaires[965]. En définitive, pour toutes les offres postérieures au 16 novembre 1994, aucune indemnisation complémentaire n'est prévue.

D'ailleurs, en vue d'éviter des contentieux similaires, le législateur a fait le choix, dans certaines législations spéciales, d'interdire explicitement le cumul. C'est le cas, notamment, dans la loi du 23 décembre 2000 relative à l'indemnisation des victimes de l'amiante, dont l'article 53 IV alinéa 3 dispose : « *l'acceptation de l'offre ou la décision juridictionnelle définitive rendue dans l'action en justice prévue au V vaut désistement des actions juridictionnelles en indemnisation en cours et rend irrecevable toute autre action juridictionnelle future en réparation du même préjudice. Il en va de même des décisions juridictionnelles devenues définitives allouant une indemnisation intégrale pour les conséquences de l'exposition à l'amiante* ».[966]

---

963 CE., 16 juin 1997, *JCP. G.* 1997, I. 4070, n° 36, obs. G. VINEY ; *D.* 1997, IR., 177.

964 CEDH, 4 décembre 1995, *Bellet c/ France* ; *D.* 1995, p. 357, note M. COLLIN-DEMUMIEUX ; *Resp. civ. Ass.* 1995, comm. n° 51 ; CEDH, 30 octobre 1998, *Resp. civ. Ass.* 1999, comm. n° 37. L'affaire a été déférée à la Cour par la Commission européenne des Droits de l'Homme, puis par le gouvernement français, les 1er mars et 20 avril 1995. A son origine se trouve une requête dirigée contre la République française, dont un ressortissant de cet Etat, M. Daniel Bellet, avait saisi la Commission le 24 mars 1994.

965 Cass. A.P., 6 juin 1997, *Bull. AP.*, n° 8 ; *D.* 1998, p. 255, concl. P. TATU, som. p. 204, obs. D. MAZEAUD ; *Resp. civ. Ass.* 1997, comm. n° 263 ; Cass. 1ère civ., 6 juin 2000, *Bull. I*, n° 179 ; *JCP. G.* 2000, I. 280, obs. G. VINEY ; *Resp. civ. Ass.* 2000, comm. n° 296.

966 Loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001. A propos de la qualité de l'indemisation des victimes de l'amiante : A . GUEGAN-LECUYER « A propos de la

Ces solutions peuvent être transposées aux concours qui nous intéressent. Eu égard aux développements précédents, il apparaît que l'action, consistant pour la victime à invoquer conjointement ou successivement deux fondements pour obtenir une indemnisation plus importante d'un même préjudice, ne devrait pas pouvoir aboutir devant le juge judiciaire. La volonté du législateur est clairement de fermer la voie à toute indemnisation supplémentaire.

321. Réparation non intégrale du préjudice. On sait que le cumul des réparations n'est pas possible puisque, en principe, le préjudice a déjà été intégralement réparé. Qu'en est-il lorsque, exceptionnellement, le régime de responsabilité prévoit un plafond d'indemnisation et que le préjudice de la victime le dépasse ? Peut-elle faire usage d'une action de droit commun pour se retourner de nouveau contre le responsable, en arguant que l'intégralité de son préjudice n'a pas été réparée ?

Plusieurs régimes spéciaux connaissent de tels plafonnements. La loi du 30 octobre 1968 (modifiée par la loi du 16 juin 1990 et par la Convention de Paris du 29 juillet 1960) prévoit qu'en cas d'accident nucléaire, l'exploitant de l'installation nucléaire à laquelle l'accident est imputable est responsable de plein droit à l'égard des victimes. Cette responsabilité est plafonnée, selon les installations, à environ 90 millions d'euros par accident[967]. Pareillement, en matière d'accident causé par un navire nucléaire, l'article L. 5122-9 du Code des transports dispose que « *le montant de la responsabilité de l'exploitant concernant un même navire nucléaire est limité à 76 224 509 euros pour un même accident nucléaire* ». Une limitation est aussi établie par les textes régissant les dommages causés par le transport maritime d'hydrocarbures. La Convention de Bruxelles du 29 novembre 1969 met à la charge du propriétaire du navire à l'origine de la pollution une responsabilité objective, compensée par un plafonnement de la réparation par accident[968]. En outre, certaines dispositions instaurent des plafonnements individuels calculés, non pas par accident, mais par victime. En matière de transports maritimes de passagers et de marchandises, la loi du 18 juin 1966 crée un régime spécial de responsabilité applicable à toutes les victimes, contractantes ou tiers (article 42). Selon ce régime, des plafonds d'indemnisation variables sont imposés en fonction de la nature et de l'origine du dommage subi (articles 40 et suivants). Il en est de même en matière de transports aériens de passagers et de marchandises, où il est fait application des articles L. 321-3

---

confrontation des offres d'indemnisation du fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante au pouvoir judiciaire », *D*. 2005, p. 531.

967 V. M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 523, n° 468 ; Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2010/2011, n° 8573 ; Ph. BRUN et H. CLARET, *Energie nucléaire*, Rep. Civ., Dalloz, n° 84 s.

968 Cette convention a été relayée en France par la loi du 26 mai 1977 et modifiée par le Protocole de Londres du 27 novembre 1992. Ce plafonnement tient compte des quantités d'hydrocarbures transportés (article 5-1 du protocole de Londres du 27 novembre 1992). A titre d'exemple, il s'élève à 6,5 millions d'euros par navire dont la jauge ne dépasse pas 5000 unités. En revanche, le plafond est écarté par la Convention si la faute du responsable est prouvée.

et L. 322-3 du Code de l'aviation civile pour les transports internes et de la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 (articles 22 et suivants) pour les transports internationaux. Ces dispositions s'appliquent pour tous les dommages aux biens des victimes, contractantes ou tiers[969].

Du fait de ces limitations de l'indemnisation, la victime aurait tout intérêt à se tourner à nouveau contre le responsable sur le fondement du droit commun pour obtenir une réparation intégrale de son préjudice. Pourtant, il semble difficile de lui reconnaître cette faculté de cumul. Inévitablement, admettre le cumul dans une fonction complétive reviendrait à rendre totalement inutile le plafonnement prévu dans le cadre du régime spécial et irait à l'encontre de la volonté du législateur qui l'a institué. Il est donc ici fait exception au principe de réparation intégrale[970].

Notons que, dans certains cas marginaux précis, des recours sont accordés pour la victime dont le préjudice dépasserait le plafond d'indemnisation. Ainsi, en matière de dommages causés par une installation nucléaire, il est donné à la victime la possibilité de réclamer un complément d'indemnisation à l'Etat[971]. De même, dans les hypothèses de pollution des mers par hydrocarbures, la victime peut compléter sa demande en intentant une action contre un fonds d'indemnisation complémentaire[972]. Ces recours se justifient compte tenu du risque d'insuffisance de la réparation de l'ensemble des préjudices individuels résultant du plafonnement. Ils

---

969 Seules les atteintes aux biens sont concernées par le plafond d'indemnisation. En effet, la Convention de Montréal du 28 mai 1999 prévoit une réparation intégrale et illimitée en cas de décès ou de lésions corporelles, sauf preuve d'une faute du passager.

970 Le principe de réparation intégrale n'est d'ailleurs pas un principe constitutionnel : Cons. Const. 12 mai 2010, 2010-2 QPC ; *LPA*, 11 janvier 2011,note L . JANICOT. Néanmoins, le Conseil Constitutionnel exerce un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sur la limitation ou l'exclusion du préjudice indemnisable au regard du but d'intérêt général poursuivi par le législateur.
Concernant l'indemnisation des victimes d'accidents du travail qui prévoit un indemnisation forfaitaire de la victime, même en cas de faute inexcusable de l'employeur (art. L. 451-1 et L. 452-1 à L. 452-5 du code de la sécurité sociale), on notera que dans une décision du 18 juin 2010, le Conseil constitutionnel a validé ce dispositif en énonçant qu'il ne portait pas une atteinte disproportionnée « *au principe de responsabilité* ». Toutefois, il a formulé des réserves sur l'article L. 452-3 en tant que ce texte prévoit une énumération limitative des chefs de préjudices dont la réparation peut être demandée à l'employeur devant la juridiction de sécurité sociale. Pour Monsieur Brun, une telle réserve pourrait être qualifiée « *d'hymne au principe de réparation intégrale* ». V. Cons. const. 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC ; *D.* 2011, p. 35, note Ph. BRUN ; *idem* p. 459, note S. PORCHY-SIMON ; *Resp. civ., Ass*. 2010, étude n° 8, par H. GROUTEL.

971 Une partie de l'indemnisation complémentaire est supportée par l'Etat dans lequel est située l'installation à l'origine de l'accident. L'autre partie est à la charge de l'ensemble des Etats signataires de la Convention. De plus, en cas d'insuffisance des sommes recueillies, l'article 13 de la loi du 30 octobre 1968 donne la priorité à l'indemnisation des dommages corporels par rapport aux dommages aux biens.

972 Ce fonds complémentaire a été mis en place par le Protocole de Londres du 16 mai 2003. Il vient s'ajouter aux deux autres fonds prévus dans ce domaine (Fonds de 1971 et Fonds de 1992). Ils sont connus sous le nom de FIPOL (Fonds internationaux d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures). Désormais, le montant total d'indemnisation disponible pour chaque sinistre au titre des dommages par pollution survenus dans les États qui deviennent membres du fonds complémentaire est de 750 millions de DTS (US$1 161,8 millions).

ne remettent pas en cause la conclusion donnée aux développements précédents. Effectivement, ils demeurent des cas rares, inhérents à l'ampleur exceptionnelle du dommage. De plus, ils font appel à l'intervention de l'Etat et non à celle du responsable. Il n'est donc pas question de former un nouveau recours sur le fondement du droit commun contre le responsable.

322. Réparation non intégrale du dommage. Une dernière question peut être soulevée concernant ce principe de réparation intégrale. Dans l'hypothèse où la victime n'aurait été indemnisée intégralement que pour un seul de ses préjudices, pourrait-elle obtenir une indemnisation complémentaire afin de voir réparer l'intégralité du dommage corporel qu'elle aurait subi ? Cette question s'est récemment posée à la Cour de cassation en matière d'accident médical. En l'espèce, il s'agissait de savoir si la victime qui obtient une réparation partielle de ses préjudices au titre de la responsabilité médicale pour manquement à l'obligation d'information peut chercher à bénéficier d'un complément d'indemnisation auprès de l'office national d'indemnisation des accidents médicaux au titre des accidents non fautifs. La cour d'appel exclut cette réparation complémentaire. Elle estime qu'une faute ayant été retenue à l'encontre du praticien, l'indemnisation est à sa charge. L'obligation d'indemnisation au titre de la solidarité nationale n'est que subsidiaire et ne saurait se substituer à celle du praticien. Dans un arrêt du 11 mars 2010, la première chambre civile de la Cour de cassation censure les juges du fond au motif qu'« *il résulte du rapprochement des articles L. 1142-1 et L. 1142-18 du code de la santé publique… que ne peuvent être exclus du bénéfice de la solidarité nationale les préjudices, non indemnisés, ayant pour seule origine un accident non fautif* ». Or, en l'espèce, « *l'indemnité allouée à la victime avait pour objet de réparer le préjudice né d'une perte de chance d'éviter l'accident médical litigieux ; accident dont la survenance n'était pas imputable à une faute du praticien, à l'encontre duquel avait été exclusivement retenu un manquement à son devoir d'information* »[973].

Cette solution ne remet pas en cause le principe de réparation intégrale. Effectivement, le préjudice résultant de la perte de chance a bien été intégralement réparé, mais ne correspond qu'à une fraction des préjudices subis par la victime. L'ensemble de son dommage corporel n'a pas été réparé, le préjudice résultant de la perte de chance n'en représente que 80 %[974].

Le recours à L'ONIAM pour réparer les 20 % manquant ne paraissait pourtant pas acquis. L'article L. 1142-1, II, du Code de la santé publique prévoit que ce recours n'est possible que « *lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produit n'est pas engagée* ». Il existe donc un rapport de subsidiarité entre la responsabilité civile et la solidarité nationale, celle-ci n'intervenant que si la victime n'est pas indemnisée par le praticien au titre

[973] Cass. 1ère civ. 11 mars 2010, Bull. I, n° 63 ; *D.* 2010, p. 1119, note M. BACACHE ; *JCP. G.* 2010, p. 379, note P. JOURDAIN; *Resp. civ. Ass*. 2010, etude n° 5, obs. S. HOCQUET-BERG ; *Lamy droit des contrats* 2010, p. 74, note P. PIERRE et C. CORGAS-BERNARD ; *D.* 2011, pan. p. 35, note O. GOUT.

[974] M. BACACHE, note précitée, spéc. p. 1119.

de la responsabilité civile. Or, la victime a bien été indemnisée en l'espèce, de sorte que l'ONIAM ne devrait pas avoir à intervenir. L'arrêt de la Cour d'appel qui suit cette voie est pourtant cassé. Pour Mme Bacache, il apparaît que la complémentarité entre la responsabilité et la solidarité nationale prend appui sur le caractère distinct du préjudice de perte de chance par rapport au dommage corporel résultant de l'accident médical. « *Cette autonomie des préjudices permet alors de distinguer en amont deux sortes de fautes : la première, la faute technique, en rapport de causalité avec le dommage corporel résultant de l'accident médical ; la deuxième, la faute d'information, en rapport de causalité avec le seul préjudice de perte de chance. La distinction des préjudices permet alors de réinterpréter l'article L. 1142-1, I, pour limiter la subsidiarité qu'il instaure aux seules fautes en rapport de causalité avec l'accident médical, c'est-à-dire, aux seules fautes techniques, à l'exclusion des fautes d'information. Plus précisément, la subsidiarité se limite à la seule responsabilité fondée sur un lien de causalité avec l'accident médical. Or, la responsabilité fondée sur la violation de l'obligation d'information n'est en rapport de causalité qu'avec le préjudice de perte de chance. Elle échappe donc au principe de subsidiarité et peut entretenir avec la solidarité nationale des rapports de complémentarité* »[975].
Dans cette situation, deux préjudices ayant été réparés, il n'est pas ici question pour la victime d'obtenir par le cumul une indemnisation plus importante d'un préjudice unique. En revanche, on pourrait envisager que la victime puisse agir contre plusieurs responsables pour obtenir réparation de l'ensemble de son dommage, préjudice par préjudice. On admettrait ici le cumul dans le cas d'un concours complexe.

323. Conclusion. En définitive, le cumul, en matière de responsabilité civile extracontractuelle, est relativement limité. Il s'agira uniquement de reconnaître à la victime la possibilité de cumuler les répondants, mais sans pour autant cumuler les indemnisations. Ainsi, c'est l'assurance d'avoir des répondants solvables et peut être la volonté d'obtenir une condamnation de tous les auteurs du dommage qui justifieront du recours au cumul d'actions par la victime.

B. L'option

324. L'option comme « outil » d'articulation. Comme pour la notion de cumul, le sens plutôt simple du terme « option » (1) ne rend pas forcément compte de toutes les formes possibles du droit d'option (2).

[975] M. BACACHE, note précitée, spéc. p. 1120.

1. Le sens de l'option

325. Option, en général. Selon le vocabulaire juridique Cornu, le terme « option » signifie « *la faculté de choisir entre divers partis* »[976]. Cette faculté est, en général, conférée soit par la loi, soit par la convention, soit par un testament[977]. On parle, en matière de succession, de l'option successorale, entendue comme la « *faculté que la loi, après l'ouverture de la succession, confère à un héritier de choisir entre l'acception pure et simple de la succession, l'acceptation à concurrence de l'actif net et la renonciation* »[978]. On connaît aussi, en droit, l'option d'achat ou de souscription d'actions, c'est-à-dire « *la faculté offerte aux salariés de la société par actions, ou à certains d'entre eux, de souscrire à une augmentation de capital ou d'acheter des actions acquises à leur intention par la société* »[979]. Dans ces deux exemples, on constate que l'option est conférée à des personnes bien déterminées, d'une part, et entre des actions précises, d'autre part. La définition de l'option mérite d'être reprise à la lumière de ces deux éléments. Dans la thèse qu'il lui a consacrée, M. Ibrahim Najjar retient que le droit d'option est « *une prérogative juridique qui permet à son titulaire de modifier, par un acte unilatéral de volonté, une situation juridique incertaine, et cela, suivant une possibilité précise et prévisible* ». L'option constitue donc une prérogative juridique et non naturelle, mise en œuvre par le biais d'un acte unilatéral de volonté, mais aussi un droit limité, aussi bien quant aux personnes concernées que quant aux actions choisies.

326. Option entre les normes, en particulier. Appliquée au concours entre les normes, le droit d'option octroie au demandeur la faculté de renoncer à l'une des deux actions qui entrent en concours pour ne choisir que celle qui l'intéresse, d'un point de vue moral ou matériel. Comme le relève Mme Florence Bussy-Dunaud, l'option entre ces actions est rarement consacrée par un texte, car le concours d'actions qui lui donne naissance est le plus souvent fortuit[980]. Il est vrai qu'en matière de concours de normes, si les termes de l'option sont bien connus à l'avance (il existe un certain nombre d'actions limitées et déterminables[981]), la faculté d'option n'est, elle, pas toujours prévue[982]. Le plus souvent, c'est au juge qu'il appartiendra

---

[976] « Option », *Vocabulaire juridique*, sous la direction de Gérard Cornu, Association Henri Capitant, 8ème éd., 2007

[977] *Ibid*

[978] *Ibid*

[979] *Ibid*

[980] F. BUSSY-DUNAUD, *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*, préface de J. Ghestin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 201, 1988, p. 118, n° 238.

[981] Pour le juriste aguerri.

[982] En droit de la responsabilité civile extracontractuelle, la victime ne se voit pas fréquemment offrir un tel choix par une disposition expresse de la loi. Outre les cas que nous étudierons par la suite en droit interne, il faut noter que le règlement Rome II , dans son article 14 permet aux parties, à certaines conditions, de choisir la loi applicable à l'obligation non contractuelle avant et après la survenance du fait générateur. Pour un commentaire de l'article : V. O. BOSKOVIC, « L'autonomie de la volonté dans

d'indiquer si le plaideur peut opérer ce choix. De plus, il faut noter que l'option dont le demandeur bénéficie est le résultat de plusieurs choix effectués en amont : choix, bien entendu, d'exercer sa faculté d'ester en justice ou non ; choix de reconnaître telle ou telle qualification à l'acte litigieux ; choix, enfin, de retenir telle ou telle action à engager. L'acheteur, victime de la révélation de vices cachés, peut ainsi décider d'attraire le vendeur en justice, puis il peut s'en tenir à la qualification de vices cachés (il fait ici un choix entre l'article 1644 du Code civil et les autres actions mises à sa disposition) et, enfin, il lui est loisible de demander la résolution du contrat ou la diminution du prix. Tous ces choix conduiront à la résolution du litige[983].

Finalement, on retiendra que le terme « option » désigne la possibilité pour la victime de choisir d'agir au moyen de l'une ou l'autre des actions en concours, étant entendu que l'action retenue s'imposera au juge.

2. Les formes de l'option

327. Le meilleur régime. Premièrement, grâce à sa faculté d'option, la victime peut exercer l'action qui présente, pour elle, le régime le plus satisfaisant. D'une part, elle peut pencher pour l'action dont les conditions d'application sont les plus simples à réunir. Par exemple, si la victime disposait d'une option entre l'article 1386 du Code civil concernant la responsabilité du fait des bâtiments et l'article 1384, alinéa 1er, du même code sur la responsabilité du fait des choses, elle pourrait préférer se tourner vers ce dernier fondement. Effectivement, celui-ci ne nécessite pas la démonstration de ce que la ruine est imputable à un défaut d'entretien ou à un vice de construction. Seul le fait de la chose doit être prouvé. D'autre part, la victime a la possibilité de choisir l'action dont les causes d'exonération sont les plus difficiles à établir. En matière de responsabilité du fait des produits défectueux, la victime aurait tout intérêt à opter pour une action de droit commun ne reconnaissant pas le risque de développement comme mode d'exonération[984]. Il est certain qu'il est plus aisé, pour le fabricant du produit défectueux, d'invoquer le risque développement pour être déchargé de toute responsabilité, que la force majeure.

328. Le meilleur résultat. Deuxièmement, le demandeur peut opter pour l'action dont le résultat est le plus avantageux. Tous les régimes de responsabilité ne sont pas également protecteurs. Si le demandeur avait le choix entre une action ne

---

le règlement Rome II », *D.* 2009, p. 1639. L'auteur constate que « *le texte consacre une véritable autonomie de la volonté, un choix de loi au sens du droit international privé* ».

[983] I. NAJJAR. *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, préface de P. Raynaud, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 85, 1967, p. 145, n° 139.

[984] Selon l'article 1386-11 4ème, le producteur n'est plus responsable lorsqu'il prouve « *que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut* ». Cf. *infra* n° 368 s.

permettant qu'une réparation limitée de son préjudice, en raison d'un plafonnement de celui-ci, et une autre action lui accordant une réparation intégrale, il aurait toutes les raisons de sélectionner cette seconde action.

329. Le meilleur objet. Dernièrement, la victime peut rechercher l'action dont l'objet lui semble le plus à même de la satisfaire. En ce sens, un contractant dont le consentement a été vicié serait susceptible de favoriser une action en dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité contractuelle au lieu d'une action tendant à l'annulation du contrat (article 1109 et suivants du Code civil).

L'option comme le cumul semblent, dans leur définition, propices à satisfaire la victime. Reste à savoir ce qu'il en est, en pratique, en s'interrogeant sur la portée réelle de ces deux outils.

§. 2 Le cumul et l'option : portée

330. Délimitation. L'option et le cumul sont des atouts majeurs pour la victime, en vue de la réalisation de ses objectifs, le plus souvent indemnitaires. Cependant, ce grand pouvoir ne va pas sans garde-fous. Il faudra forcément en limiter l'étendue (A) pour qu'il puisse produire tous ses effets (B).

A. Le champ d'application de l'option et du cumul

331. Domaine déterminé par les faits générateurs du dommage. Un premier élément est évident lorsque l'on observe le champ d'application des deux outils d'option et de cumul, celui-ci dépend nécessairement des faits générateurs auxquels la victime peut rattacher son dommage. Dans un même cas d'espèce, il est possible de se trouver en présence d'un produit défectueux, d'un trouble de voisinage, d'une faute, d'un véhicule, tous ayant contribué à la réalisation du dommage. Or, du rattachement à l'un ou l'autre de ces faits dépendront les termes du choix offert à la victime : les articles 1384, alinéa 1er, 1386-1 et s ou 1382, du Code civil, ou la loi du 5 juillet 1985.

332. Domaine déterminé par le principe directeur. Rappelons qu'en recherchant les défaillances du principe de subsidiarité, nous avons mis en avant les difficultés liées à sa nature technique qui empêchent la résolution de l'ensemble des concours de normes. Dès lors, la nécessité de recourir à un principe matériel est apparue. Ce principe, nommé principe correcteur, vient ainsi au soutien du principe de subsidiarité toutes les fois où il ne saurait jouer. Pour fonctionner, il s'appuie sur

un critère d'intérêt qui conduit tour à tour à privilégier les intérêts de la victime et ceux du responsable. Ainsi, pour répondre aux intérêts de la victime, il a semblé évident que deux outils d'articulation devaient être mis en œuvre : le cumul et l'option.

De ce rappel, on peut déduire que le champ de compétence de ces deux outils d'articulation suivra nécessairement celui du principe correcteur auquel ils sont attachés. Logiquement, la victime devrait donc pouvoir bénéficier de l'option et du cumul chaque fois que le principe de subsidiarité se trouvera en défaut et que le principe correcteur prendra le relai, autrement dit, principalement en dehors du champ de compétence du principe directeur (1), mais aussi, marginalement, dans son champ de compétence, lorsque son application n'est pas satisfaisante au vu des intérêts de la victime (2).

1. L'application du cumul et de l'option hors du champ de compétence du principe de subsidiarité

333. Concours conjoncturels simples et concours complexes. Il est permis de recourir à l'option et au cumul dès que le principe de subsidiarité n'est pas applicable, c'est-à-dire dans les hypothèses de concours conjoncturels simples et de concours complexes. Il serait, par exemple, possible de reconnaître une telle faculté au piéton, percuté par un automobiliste qui n'a pas pu freiner à cause de freins défectueux. Dans ce cas, plusieurs fondements s'offrent à lui : la responsabilité du fait des produits défectueux à l'encontre du fabricant du véhicule ou la responsabilité pour le fait des accidents de la circulation contre le conducteur. Or, il n'existe pas de relation de spécialité entre la responsabilité du fait des produits défectueux et la responsabilité du fait des accidents de la circulation. Bien que l'on ait affaire à deux responsabilités du fait des choses, on ne saurait constater entre elles une relation de genre à espèce. Le concours n'étant pas structurel, le principe de subsidiarité n'est pas applicable. Au principe correcteur de prendre le relais.

Dans cette situation, il appartiendra en amont à la victime de vérifier à quels faits générateurs elle peut rattacher son dommage : fait d'un accident de la circulation, fait d'un produit défectueux, fait des choses… . Ce sont de ces rattachements que dépendront les termes du choix qu'elle pourra engager.

2. L'application de l'option et du cumul dans le champ de compétence du principe subsidiarité

334. Exception au principe. Si, en principe, dans le cas d'un concours structurel simple, le principe de subsidiarité est seul applicable, il arrive, ponctuellement, qu'il y soit fait exception. Le législateur, le juge, la doctrine, voire la victime renonçant à en faire usage, optent pour le droit commun. Dans ces situations, l'idée d'un principe correcteur à coloration matérielle, modulant le principe de subsidiarité, prend tout son sens.

335. Renonciation au principe de subsidiarité par le législateur, le juge et la doctrine. Il faut reconnaître que, dans certains cas, l'utilisation du principe de subsidiarité n'est pas satisfaisante parce qu'elle ne permet pas de remplir, au mieux, les objectifs fixés par le législateur, la norme spéciale n'étant pas la plus adaptée. On retrouve ici l'idée que, si le principe de subsidiarité a pour effet principal l'application du droit spécial, il se peut que son effet secondaire ne soit pas conforme à la finalité voulue. L'option pourrait alors permettre d'y remédier en autorisant le recours au droit commun, plus efficace pour la réalisation de cet objectif. Ce sont ces situations qu'il nous faudra examiner par la suite[985].

336. Renonciation au principe de subsidiarité par la victime : exclusion de l'option. En imposant le recours à la norme la plus spéciale, le principe de subsidiarité a, bien souvent, comme effet secondaire de préserver les intérêts de la victime. La question se pose de savoir si l'on peut laisser la victime renoncer à la faveur qui lui est faite en la laissant choisir le régime général de responsabilité.

La réponse à cette question implique déjà de bien en délimiter la portée. Tout d'abord, il est possible que le régime spécial soit, au moins en partie, plus défavorable à la victime que le régime de droit commun. Si la victime ne trouve aucun avantage à se prévaloir du régime spécial de responsabilité, elle invoquera toujours, si on le lui permet, le régime général. Le régime spécial serait alors voué à la désuétude. Reconnaître une faculté d'option à la victime dans cette hypothèse, reviendrait pour le juge à abroger une disposition légale existante en se substituant aux compétences du législateur. C'est pourquoi le principe de subsidiarité doit, seul, jouer[986]. L'option est donc impossible.

Ensuite, le régime spécial peut se trouver être ni plus ni moins favorable pour la victime ou pour le responsable que le régime de droit commun. Dans ce cas, la finalité du régime spécial se situe ailleurs que dans la recherche de la satisfaction exclusive de l'intérêt de la victime[987]. D'autres intérêts, ceux du responsable notamment, ont été pris en compte. Ce serait alors aller à l'encontre de la volonté du législateur que de laisser à la victime la possibilité de choisir le régime général, en ne considérant que son seul intérêt. L'option doit donc, ici aussi, être exclue.

Enfin, la troisième situation concerne le cas où le régime spécial est plus favorable à la victime que ne l'est le régime général. C'est dans ce cas, le plus fréquent, que la question de l'option se pose. Il apparaîtrait « *loisible à la victime de renoncer aux faveurs d'une loi spéciale pour invoquer la loi plus générale qui est plus sévère pour la protection de ses intérêts* »[988]. « *Le recours à l'adage specialia generalibus derogant ne*

---

985 Cf. *infra* n° 366 s.

986 Sauf à admettre les carences de la norme spéciale, cf. *infra* n° 375 s. à propos des dispositions de l'article 1384, alinéa 2, du Code civil et des dispositions de l'article 1386 du même code.

987 F. LEDUC, « Les rapports entre les différentes responsabilités du fait d'autrui », *Resp. civ. Ass, HS.*, 2000, p. 19, spéc., n° 11 p. 23.

988 Ch. LARROUMET, note sous Cass. civ., 3ème, 25 janvier 1984, *D*. 1984, J., p. 242, spéc. p. 244 et note sous Cass. civ., 3ème, 8 mars 1978, *D.* 1978, jur., p. 641, spéc. p. 644. L'auteur, à propos d'un arrêt ayant

s'imposerait pas en pareil cas »[989]. Pourtant, comment imaginer que la victime préfère user d'un régime qui ne lui est pas favorable ? Il semble que l'intérêt pratique d'une telle option soit nul[990]. En réalité, on peut penser que le recours au droit commun opéré par la victime ne tient pas tant à un choix de sa part, qu'à une méconnaissance de l'existence du régime spécial plus avantageux. Le choix qu'elle paraîtrait avoir effectué, n'en serait en réalité pas un. Finalement, il semble que la victime doit être protégée contre sa propre ignorance et parfois contre sa volonté, afin que l'indemnisation de son préjudice puisse être effective, conformément aux objectifs de la responsabilité civile[991].

B. Les effets de l'option et du cumul

337. Du bon ou mauvais choix. Une fois offerte une faculté de choix à la victime, deux situations se matérialisent. Soit la victime a fait un bon choix, ce qui lui a permis d'engager la responsabilité d'un ou plusieurs auteurs du dommage (1). Soit la victime a fait un mauvais choix et aucun responsable solvable, voire aucun responsable du tout n'est désigné (2).

1. Les conséquences d'un bon choix

338. Condamnation *in solidum*. Qu'il s'agisse de l'option ou du cumul, l'objectif pour la victime sera, le plus souvent, d'obtenir la meilleure indemnisation possible[992]. Son choix se portera sur le ou les fondements lui permettant d'y parvenir.

Nous nous intéresserons plus particulièrement aux conséquences de ce choix lors de concours complexes. On admet que lorsque plusieurs personnes peuvent être rendues responsables d'un même dommage, la victime peut agir à son gré contre

---

retenu, sur le fondement de l'art. 1384, alinéa 1er, et non sur celui des troubles anormaux de voisinage, la responsabilité civile d'un entrepreneur pour les nuisances sonores causées aux habitants des immeubles voisins, justifie cette solution de la manière suivante : « *dès lors qu'une responsabilité de droit commun, ce qui est le cas de celle que l'on fait reposer sur l'article 1384, alinéa 1er, n'est pas plus favorable aux victimes qu'une responsabilité spéciale, il doit être permis à celles-ci d'invoquer le régime général plutôt que le régime spécial instauré pour une meilleure protection de leurs intérêts. La règle specialia generalibus derogant n'a pas une portée absolue* ».

[989] F. LEDUC, art. précité, loc. cit.

[990] En ce sens, M. François Chabas relève que l'hypothèse dans laquelle une victime solliciterait l'application du régime général de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil à la place de l'article 1384, alinéa 5 (responsabilité des commettants), « *ne se présentera probablement pas car on ne peut trouver pour l'instant système plus favorable pour les victimes que le texte actuel* ». F. CHABAS, note sous Cass. crim., 10 octobre 1996, *Bull. crim.*, n° 357 ; *JCP. G.* 1997, II. 22833.

[991] M. POUMAREDE, *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, sous la direction de C. Saint-Alary-Houin, Toulouse I, 2003, n° 390.

[992] Toutefois, même s'il s'agit là très certainement de l'objectif le plus important, d'autres pourraient être pris en compte par la victime : Cf. *infra* n° 440.

l'une d'entre elles et lui réclamer la réparation intégrale du préjudice subi, sans avoir à diviser ses recours[993].

Par principe, lorsque plusieurs responsables sont désignés pour un même dommage, ils sont, chacun, tenus pour le tout[994]. On parle ici d'obligation *in solidum.* Le champ d'application de cette règle est large puisqu'elle s'applique en cas de pluralité de faits générateurs d'un même type, qu'il s'agisse de fautes[995] ou de choses[996], mais aussi de faits générateurs différents, le gardien d'une chose pouvant être déclaré solidairement responsable avec l'auteur d'une faute[997].

Quant à l'usage de cette règle, deux questions se posent :

- Le responsable choisi par la victime doit-il être le seul à payer ?
- Comment se répartit la charge de la réparation entre tous les responsables ?

L'équité, voire l'égalité, entre les responsables est rétablie par deux biais. D'une part, le répondant *solvens* a la possibilité d'exercer une action récursoire contre le ou les autre(s) civilement responsable(s)[998]. Ainsi, l'obligation au tout des coresponsables ne préjudicie pas à la possibilité, pour celui qui a indemnisé la victime, de se retourner contre ses codébiteurs. D'autre part, les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier la charge de réparation qui revient à chaque coobligé[999]. Celle-ci est calculée dans la mesure de leur part de responsabilité[1000]. Parmi les facteurs retenus par le juge pour déterminer la valeur du recours, on trouve la faute. En pratique, la jurisprudence a tendance à considérer le recours en contribution comme un moyen de sanctionner le comportement fautif du coauteur. Le calcul est effectué ainsi :

- Entre coobligés fautifs, le partage se fait en fonction de la gravité des fautes respectives de chacun[1001], de sorte que le recours récursoire exercé par celui qui a

---

[993] L'hypothèse où un seul responsable serait désigné – concours simple – ne sera pas ici envisagée dans la mesure où, dans ce cas, il est bien évident que la conséquence du « bon choix » de la victime est qu'il devra réparer le préjudice.

[994] Sans que l'on puisse opposer à la victime l'impossibilité d'exercer un recours en contribution : Cass. 2ème civ., 15 décembre 1966, *Bull. II*, n° 968 ; ou que l'on puisse se prévaloir du partage de responsabilité entre coobligés : Cass. 2ème civ., 3 février 1983, *JCP. G.* 1984, II. 20183, note F. CHABAS.

[995] Il importe alors peu que les fautes en présence soient simultanées ou successives du moment qu'elles ont été causales : Cass. 2ème civ., 11 janvier 1979, *Bull. II*, n° 19.

[996] Cass. 2ème civ., 14 juin 1984, *GP.* 1984, II. pan. 299, obs. F. CHABAS.

[997] Cass. 2ème civ., 4 mars 1970 (quatre arrêts), *Bull. II,* n° 76 à 79 ; *JCP. G.* 1971, II 16585 ; Cass. 2ème civ., 6 mars 1975, *JCP. G.* 1975 IV. 138.

[998] A propos des fondements applicables en cas de recours en contribution, cf. *supra* n° 209 s.

[999] V. notamment : Cass. 2ème civ., 11 mars 1971, *Bull. II*, n° 114 ; Cass. 2ème civ., 11 janvier 1979, précité ; Cass. 1ère civ., 14 octobre 1997, *Bull. I,* n° 275 ; *Resp. civ. Ass.* 1997, comm. n° 371.

[1000] Cass. 2ème civ., 1 octobre 1975, *Bull. II*, n° 235 ; Cass. 2ème civ., 11 février 1981, *D.* 1982, p. 255, note E. AGOSTINI ; *GP.* 1981, II. som. p. 237, obs. F. CHABAS.

[1001] Cass. 1ère civ., 22 octobre 1996, *Bull. I*, n° 365 ; Cass. 2ème civ., 20 juin 2002, *Bull. II*, n° 136 ; Cass. 1ère civ., 14 mai 2009, *Inédit,* n° 07-21885 ; Cass. 2ème civ., 15 avril 2010, *Inédit*, n° 09-14682 ; *Resp. civ. Ass.* 2010, comm. n° 171.

commis la faute la plus grave peut même lui être refusé[1002]. Dans cette situation, le choix de la victime ne sera pas sans conséquence sur les responsables et surtout sur le plus fautif d'entre eux. Effectivement, si la victime décide d'agir contre ce dernier, il ne pourra pas toujours exercer de recours en contribution contre les autres responsables pour partager le poids de la réparation.

- Entre coobligés, fautif et de plein droit, le recours du responsable de plein droit contre celui qui a commis une faute est intégral[1003]. *A contrario*, le responsable fautif est privé de tout recours en contribution contre le coauteur responsable de plein droit[1004]. Peu importe alors le choix de la victime, celui-ci n'ayant aucune conséquence sur la répartition de la charge finale de la réparation, qui portera toujours sur le responsable fautif.

- Entre coobligés de plein droit, cependant, le critère de la faute n'étant d'aucune utilité, un autre critère est décisif. Celui-ci tient compte de l'importance causale respective des faits générateurs en présence. Il est, par exemple, admis, qu'en principe, celui qui est tenu à réparation comme responsable du fait d'autrui pourra exercer un recours intégral contre celui sur qui repose en réalité l'imputation exclusive du dommage. Lorsque la responsabilité du maître de l'ouvrage est engagée, alors que le dommage a été causé par l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage pourra effectuer un recours intégral contre le véritable auteur du dommage[1005]. Pour finir, bien que la Cour de cassation rappelle qu'il faut tenir compte du rôle causal de chacun dans le dommage et n'hésite pas à censurer les juges du fond sur ce point[1006], il est souvent difficile pour le juge de déterminer avec précision ce facteur causal. Le partage s'effectue alors par parts viriles, chacun des deux répondants ne supportant que la moitié de la charge de la réparation[1007].

[1002] Cass. 1ère civ., 26 février 1991, (rejet du recours de l'auteur d'une faute dolosive contre un coauteur qui n'a commis qu'une faute légère) *Bull. I,* n° 73, *Resp. civ. Ass.* 1991, comm. n° 187.

[1003] Cass. 1ère civ., 16 mai 1960, *D.* 1960 p. 737, note A. TUNC ; Cass. ch. mixte, 26 mars 1971, *JCP. G.* 1971, II. 16762, note R. LINDON ; Cass. 2ème civ., 11 juillet 1977, *Bull. II,* n° 185 ; *D.* 1978, p. 581, note E. AGOSTINI.

[1004] Cass. 2ème civ., 13 novembre 1991 (Trois arrêts), *RTD. civ.* 1992, p. 127, obs. P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass.* 1992, comm. n° 58 ; Cass. 2ème civ., 17 mars 1993, *Bull. II,* n° 106 ; Cass. 2ème civ., 6 décembre 1995, *Bull. II*, n° 299.

[1005] Cass. 3ème civ., 13 avril 2005, *Bull. III*, n° 89 ; *Resp. civ. Ass.* 2005, comm. n° 184, La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir condamné l'entrepreneur à garantir totalement le maître d'ouvrage des condamnations prononcées contre lui pour les dégâts occasionnés par la rupture d'un câble électrique, durant des travaux d'édification d'un immeuble, sur le réseau électrique des propriétés voisines ; Cass. 3ème civ., 22 juin 2005, *Bull. III*, n° 136 ; *Resp. civ. Ass.* 2005, comm. n° 288, note H. GROUTEL ; *RTD. civ.* 2005, p. 788, obs. P. JOURDAIN ; *RD Im.* 2005, p. 161.

[1006] Cass. 2ème civ., 8 mai 1978, *GP.* 1978 II. som. p. 282 ; Cass. 2ème civ., 18 janvier 1984, *GP.* 1984, I. pan. p. 125 ; Cass. 3ème civ., 13 avril 2005, *Resp. civ. Ass.,* 2005, comm. n° 184 ; Cass. 3ème civ., 22 juin 2005, *Bull. III*, n° 136 ; *Resp. civ. Ass.,* 2005, comm. n° 288 note H. GROUTEL ; *RTD. civ*. 2005, p. 788, obs. P. JOURDAIN ; *RD Im*. 2005, p. 161.

[1007] Cass. civ., 29 novembre 1948, *D.* 1949, p. 117, note H. LALOU ; Cass. 2ème civ., 11 février 1981 ; *D.* 1982, p. 255, note E. AGOSTINI ; *GP.* 1981, II. som. 237, obs. F. CHABAS ; Cass. 2ème civ., 19 juin 1991, *Bull. II*, n° 185 ; *RTD. civ.* 1992, p. 127, obs. P. JOURDAIN ; Cass. 2ème civ., 18 décembre 1996, *Bull. II,* n° 280 ; *Resp. civ. Ass.* 1997, comm. n° 93 ; Cass. 2ème civ., 13 juillet 2000, *Bull. II,* n° 126 ; *RTD. civ.* 2000,

2. Les conséquences d'un mauvais choix

339. Inaction et mauvaise action. En offrant à la victime un choix entre deux ou plusieurs actions, il est possible que le résultat obtenu ne soit pas toujours celui recherché. En effet, si le législateur ou le juge laisse ce choix à la victime pour qu'elle protège au mieux ses intérêts, celle-ci peut ne pas toujours agir dans son intérêt. C'est ainsi que deux situations se dessinent : celle où la victime ne fait aucun choix et celle où elle choisit, par erreur, la mauvaise action. Est-il envisageable pour elle de rectifier ce faux pas ?

340. Inaction. La victime n'est pas tenue de faire un choix. Aucune disposition n'impose aux parties d'indiquer le fondement juridique de leurs prétentions, à moins qu'il ne s'agisse d'une procédure ouverte sur assignation[1008].

Dans un arrêt du 18 juillet 1984, la Cour de cassation statua, justement, dans une espèce où la victime n'avait pas précisé le fondement juridique de sa demande[1009]. Voici les faits : l'immeuble d'une copropriété, en s'inclinant sur un autre immeuble, provoqua certains dégâts. Le propriétaire du bâtiment détérioré aurait pu invoquer à l'appui de sa demande de réparation l'article 1386 du Code civil portant sur la responsabilité du fait des bâtiments en ruine, l'article 1384, alinéa 1er, du même code sur la responsabilité du fait des choses, ainsi que la théorie des troubles de voisinage. Pourtant, il n'en fit rien et se contenta d'engager une action en responsabilité contre le syndicat des copropriétaires. Les juges du fond firent droit à sa demande en condamnant le syndicat à effectuer des travaux confortatifs sur leur immeuble et à payer au propriétaire de l'immeuble voisin une certaine somme à titre de dommages et intérêts, sur le fondement de la théorie des troubles de voisinage. Le syndicat forma alors un pourvoi devant la Cour de cassation et reprocha, entre autres, aux juges du fond de ne pas avoir appliqué l'article 1386 du Code civil et d'avoir faussement fait usage de l'article 1384, alinéa 1er. Ce à quoi la Cour de cassation répondit que, en l'absence de précision faite par le demandeur quant au fondement juridique de sa demande, la cour d'appel a statué en s'appuyant sur la responsabilité pour troubles anormaux de voisinage. Le grief tiré de la violation des articles 1386 et 1384, alinéa 1er, fut donc considéré comme inopérant.

Il ressort qu'à défaut d'avoir été guidé par le demandeur, le juge est libre de l'action à engager. Cela va même plus loin puisqu'il est tenu de suppléer aux lacunes du demandeur en effectuant lui-même un choix entre les différents fondements applicables pour désigner le répondant du dommage. En effet, sauf à commettre un

---

p. 840, note P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass*. 2000, comm. n° 324, obs. H. GROUTEL ; *LPA.* 12 juillet 2001, p. 24, n° 138, obs. C. MARIE ; Cass. 2ème civ., 15 avril 2010, *Inédit*, n° 09-14682 ; *Resp. civ. Ass.* 2010, comm. n° 171.

1008 Article 56 du Code de procédure civile. L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Manuel, Litec, 6ème éd., 2009, p. 379, n° 541.

1009 Cass. 2ème civ., 18 juillet 1984, *Bull. II,* n° 136.

déni de justice, il appartient au juge de qualifier les faits allégués par les parties, afin de déterminer la règle de droit la plus appropriée à la solution du litige[1010].

341. Mauvaise action. La situation pourrait être la suivante : la victime pense disposer d'un choix entre deux fondements juridiques, alors même qu'en réalité un seul des deux est véritablement adapté au litige. Dans un arrêt du 17 décembre 2009, une société civile immobilière (SCI) estimait avoir subi un préjudice du fait que, lors de travaux de construction effectués par une autre société pour la réalisation d'une maison d'habitation, le fonds dont elle était propriétaire avait subi d'importants dommages. Elle saisit les juges du fond d'une demande de dommages et intérêts contre les propriétaires de la maison d'habitation en construction sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil[1011]. La SCI fut déboutée de sa demande au motif que cette disposition n'était pas applicable. Devant la Cour de cassation, la SCI avança que le juge aurait dû restituer aux demandes dont il était saisi leur exacte qualification, sans s'arrêter à la dénomination que les parties en avaient proposée. De plus, toujours selon le pourvoi, il appartenait au juge de trancher la demande en application des règles des troubles anormaux du voisinage ou de la responsabilité délictuelle pour faute, si ces règles étaient applicables et que les faits du débat le lui permettaient. Le pourvoi de la SCI fut rejeté, la Cour de cassation retenant que « *si l'article 12 du Code de procédure civile oblige le juge à donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux invoqués par les parties au soutien de leurs prétentions, il ne lui fait pas obligation, sauf règles particulières, de changer la dénomination ou le fondement juridique de leurs demandes ; qu'ayant retenu que la SCI fondait à tort son action en réparation sur les dispositions de l'article 1384, alinéa 5, du Code civil, en prétendant inexactement que la société Construction azuréenne serait le préposé des consorts X... Y..., la cour d'appel n'était pas tenue de rechercher si l'action engagée par l'acquéreur pouvait être fondée sur les troubles anormaux du voisinage ou de la responsabilité délictuelle pour faute* ». Aucune obligation n'est ici faite au juge de rectifier l'erreur commise par le demandeur.

Néanmoins, lorsque la victime se trompe de fondement, si le juge n'a pas l'obligation de rechercher si la demande peut prospérer sur un autre fondement[1012], il dispose de certaines prérogatives qui l'autorisent à intervenir :

- Lorsque le fondement invoqué par les parties est erroné, l'obligation faite au juge de trancher le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables lui confère le pouvoir de vérifier que les conditions d'application de la règle invoquée sont bien réunies et, à défaut, celui de requalifier les faits de l'espèce afin d'identifier la règle de droit appropriée. Ce pouvoir se mue en une obligation lorsque

---

[1010] L'article 12, alinéa 2, du Code de procédure civile dispose ainsi que le juge « *doit donner […] leur exacte qualification aux faits et actes litigieux* ».

[1011] Cass. 2ème civ., 17 décembre 2009, *Inédit*, n° 08-70326.

[1012] Cass. 1ère civ., 21 février 2006, *Bull. I*, n° 86 ; *Procédures* 2006, n° 98, obs. R. PERROT.

le juge dispose des éléments de faits propres à fonder la qualification retenue[1013]. Il doit alors s'affranchir des qualifications des parties.

- Le juge peut relever d'office des moyens de droit, quel que soit le fondement juridique invoqué par le demandeur au soutien de ses prétentions. C'est ainsi que, lorsque le demandeur s'appuie, par exemple, sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1er du Code civil, le juge peut retenir sa demande sur celui de l'article 1382[1014]. Il s'agit alors pour le juge d'une simple faculté[1015], sauf, notamment, lorsque la règle écartée par les parties est d'ordre public[1016].

Pour finir, on notera qu'en l'absence d'intervention prétorienne, le mauvais choix de la victime peut l'empêcher de recevoir une indemnisation, d'autant que, depuis la décision de l'assemblée plénière du 7 juillet 2006, celle-ci ne pourra pas, en cas de débouté, présenter la même demande assortie d'un autre fondement[1017].

De tout cela, il apparaît que si la victime semble mieux à même de satisfaire ses propres intérêts, il arrive aussi qu'elle se trompe dans ses choix. Il est alors possible au législateur et au juge d'éviter les égarements de la victime en lui indiquant, dès le début, le bon chemin. Le moyen le plus simple et le plus efficace étant pour eux de lui imposer une action à engager.

[1013] Article 12 , alinéa 2, du Code de procédure civile. Pour une application : Cass. 1ère civ., 28 mars 2006, *Bull. I*, n° 182 ; *JCP. G.* 2006, IV. 1958.

[1014] Cass. 2ème civ., 17 mai 1995, *JCP. G.* 1995, IV. 1671.

[1015] Cf. *supra* n° 228.

[1016] Cass. 2ème civ., 20 janvier 2000, *Inédit*, n° 98-13871 ; *Resp. civ. Ass.* 2000, comm. n° 118.

[1017] Cf. *supra* n° 236.

Section 2. La désignation d'office de l'action par le législateur ou le juge

342. Hiérarchie et exclusivité. En laissant à la victime le choix de l'action à engager, la solution obtenue est parfois en décalage avec celle escomptée, et ce, pour deux raisons. D'une part, si l'on peut s'attendre à ce que la norme retenue soit celle qui assure la meilleure protection pour la victime, il faut aussi compter sur les cas où la victime n'est pas à même de faire le bon choix. D'autre part, il arrive que l'objectif ne soit pas de satisfaire les intérêts de la victime de sorte qu'il est nécessaire qu'une autre personne désigne la norme applicable.

C'est dans ces cas que le législateur et le juge entrent en jeu pour désigner la norme applicable. Deux moyens sont à leur disposition : soit ils opèrent un tri entre les normes en procédant à leur hiérarchisation (§1), soit ils agissent, en quelque sorte, comme si l'une des normes n'avait jamais existé en consacrant l'exclusivité de l'autre (§2).

§1. La hiérarchisation

343. Hiérarchie matérielle. A côté de la hiérarchie formelle précédemment identifiée, il existe une hiérarchie matérielle des normes qui se recentre sur leur substance[1018]. Selon cette hiérarchie, la qualité de la règle énoncée est distincte de l'organe compétent pour l'énoncer[1019]. Ainsi, la force de la norme ne se trouve pas dans son origine, mais plutôt dans « *la valeur des raisons sur lesquelles elle s'appuie* »[1020]. Deux hiérarchies en découlent : une hiérarchie définitive et une hiérarchie temporaire. La première tient à la nature d'ordre public d'une norme. La seconde est issue de la volonté du juge qui décide d'alterner entre l'une ou l'autre norme pour résoudre le concours.

L'ordre public (A) et l'alternative (B) apparaissent dès lors comme deux outils permettant d'articuler les normes de la responsabilité civile.

[1018] J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Méthodes du droit, Dalloz, 4ème éd., 2003, p. 94 s. M. Jean-LouisBergel présente ainsi, au sein d'une théorie générale de la loi, deux points de vue : un point de vue formel, qui fait appel à la hiérarchie traditionnelle et organique des lois, et, un point de vue matériel, qui s'intéresse au contenu et à la matière de la loi.

[1019] B. BEIGNIER, « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs. Les principes généraux du droit et la procédure civile », *in Le droit privé à la fin du XXème siècle*, Etudes offertes à P. Catala, Litec, 2001, p. 153, spéc. p. 153 s.

[1020] Ch. MOULY, « Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne ? », *RIDC* 1985, n° 70, p. 895, spéc. p. 945.

A. La hiérarchisation définitive : l'ordre public

344. Plan. L'ordre public est une notion juridique régulièrement employée sans que l'on en apprécie toujours tout le sens. Il convient donc de commencer par étudier cette notion (1) pour comprendre dans quelle mesure l'ordre public pourrait servir d'outil d'articulation (2).

A l'issue de cette étude, si l'ordre public peut apparaître comme un outil pertinent, il faut tenir compte du fait qu'il est parfois inapproprié (3).

1. La notion d'ordre public

345. Notion floue. L'ordre public est une notion-cadre, intentionnellement vague[1021], qui permet de « *dresser une photographie de la table des valeurs, à un moment donné dans un espace donné* »[1022]. On peut définir les lois d'ordre public comme celles qui ont vocation à défendre les principes fondamentaux, les valeurs essentielles de la société[1023]. L'ordre public peut alors être exprès : la loi va spécifier son caractère d'ordre public. Dans ces hypothèses, l'ordre public est facilement identifiable. Mais il est beaucoup plus fréquent que la loi ne donne aucune précision sur son caractère. On parle alors d'ordre public tacite ou virtuel[1024]. Dans ce cas, c'est au juge qu'il appartient de trancher, à propos du procès qui lui est soumis, la question de savoir si l'une des règles est d'ordre public. Il peut alors s'appuyer sur les dispositions de l'article 6 du Code civil qui répriment les atteintes à l'ordre public et aux bonnes mœurs[1025]. Allant parfois plus loin, la jurisprudence admet qu'une convention qui ne heurte aucun texte précis peut, néanmoins, être contraire à l'ordre public, dès lors

---

[1021] G. CORNU (dir.), « Ordre public », *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF 8ème éd., 2007 ; G. CORNU, *Introduction au droit,* Domat, Droit privé, Montchrestien, 13ème éd. 2007, p. 186, n° 339 ; J.-L. BERGEL, *op. cit.*, p. 215, n° 185. Pour M. Bergel, il s'agit d'une notion floue à contenu variable. F. TERRE, « Rapport introductif », *in L'ordre public à la fin du XXème siècle,* Thèmes et commentaires, *Dalloz.* 1996, p. 3 s, spéc. p. 3. Pour M. Terré, la meilleure des preuves de la tendance à l'existence de notions floues, standards, serait la notion d'ordre public.

[1022] M. MEKKI, L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, préface de J. Ghestin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 411, 2004. p. 185 s.

[1023] G. CORNU (dir.), « Ordre public », *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* ; G. CORNU, *op. cit.*, p. 186 s., n° 337 s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, *Les obligations*, Droit civil, Defrénois, 4ème éd. 2009, p. 324 s., spéc. n° 648 s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 10ème éd., 2009, p. 387 s., n° 370 s. ; M. MEKKI, *op. cit.*, p. 185 s.

[1024] *Ibid*

[1025] V. par exemple, l'arrêt de l'Assemblée plénière du 31 mai 1991, où il a été décidé, au visa des articles 6, 1128 et 353 du Code civil, que « *la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes* », *Bull. AP.*, n° 4 ; *D.* 1991, p. 417, note D. THOUVENIN et rapport Y. CHARTIER ; *JCP. N.* 31 janvier 1992, p. 18, n° 5.

que son objet est en contradiction avec les principes fondamentaux de notre droit et de l'organisation sociale actuelle[1026].

Qu'il soit tacite ou exprès, l'ordre public est toujours une technique de hiérarchisation des valeurs[1027]. Il conduit à ordonner les dispositions applicables « *non en fonction de leur nature, mais de leur teneur, ce qui bouleverse la hiérarchie traditionnelle des normes* »[1028]. En droit international privé, la référence à l'ordre public est consubstantielle à la théorie des conflits de lois, qu'il s'agisse d'écarter la loi étrangère désignée par la règle de conflit ou de déterminer les effets des situations juridiques constituées à l'étranger[1029]. Au sein de l'Union européenne, la loi nationale peut venir évincer le droit de l'Union européenne en raison de considération d'ordre public même si, dans la hiérarchie des normes, le droit de l'Union européenne est supérieur ou équivalent à la loi[1030]. La notion d'ordre public figure ainsi dans les traités constitutifs. Ces deniers prévoient qu'ils ne sauraient empêcher la mise en œuvre de normes nationales contraires, dès lors que ces dernières sont justifiées par des raisons d'ordre public. En ce sens, l'article 36 du Traité de Lisbonne énonce que « *les dispositions des articles 34 (interdiction des entraves aux importations) et article 35 (interdiction des entraves aux exportations) ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions (…) justifiées par des raisons d'ordre public* ». La Cour de justice de l'Union européenne n'en exerce pas moins un contrôle sévère sur l'interprétation donnée par les Etats membres de l'ordre public. Elle retient, effectivement, que « *la notion d'ordre public, dans le contexte communautaire, doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des Etats membres sans contrôle des institutions de la Communauté* »[1031].

[1026] Cass. civ., 4 décembre 1929, *S.* 1931. I, p. 49, note P. ESMEIN ; *GAJC* n° 8. La Cour de cassation a ainsi admis la nullité d'un contrat ayant pour objet l'exploitation des malades au moyen d'une publicité intensive et par l'emploi de qualificatifs destinés à impressionner le public, bien que l'objet n'en fût prohibé par aucun texte.

[1027] J. CARBONNIER, « Exordre », *in L'ordre public à la fin du XX*ème *siècle,* Thèmes et commentaires, *Dalloz.* 1996, p. 1, spéc. p. 1. Selon cet auteur, l'ordre public est « *le rocher* » sur lequel se construit notre société ; G. CORNU, *op. cit.*, p. 379, n° 373. Pour M. Cornu, « *il repose sur une hiérarchie des valeurs. Il atteste que, dans un système juridique, il existe un ordre de valeur supérieur qui est placé hors des atteintes des conventions particulières* ».

[1028] M. BONNECHERE, « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères », *Dr. Ouvrier* 2001, p. 411, spéc. p. 419 s.

[1029] F. TERRE, art. précité, spéc. p. 6 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé,* Précis droit privé, Dalloz, 9ème éd., 2007, p. 334 s. n° 249 s. ; B. AUDIT, *Droit international privé,* Droit civil, Economica, 6ème éd., 2010, p. 273 s., n° 308 s. ; P. MAYER et V HEUZE, *Droit international privé,* Domat droit privé, Montchrestien, 10ème éd., 2010, p. 149 s., n° 199 s. ; M.-L. NIBOYET et G. De GEOUFFRE de la PRADELLE, *Droit international privé,* Manuel, LGDJ, 2ème éd., 2009, p. 455 s., n° 666 s.

[1030] M.-C. BOUTARD-LABARDE, « L'ordre public en droit communautaire », *in L'ordre public à la fin du XX*ème *siècle,* Thèmes et commentaires, *Dalloz.* 1996, p. 83.

[1031] CJCE., 4 décembre 1974, *Van Duyn*, *Rec.* 1974, p. 1337 ; dans le même sens, CJCE., 27 octobre 1977, *Bouchereau*, *Rec.* 1977, p. 1999.

On pressent donc qu'à l'aide de la hiérarchisation qu'il instaure, l'ordre public pourrait certainement servir de critère pour la résolution des concours entre les normes de la responsabilité civile extracontractuelle. Il nous faut maintenant nous en assurer.

2. L'ordonnancement des règles de la responsabilité civile grâce au recours à l'ordre public

346. Ordre public et responsabilité civile. Pour ordonner les règles de la responsabilité civile, il convient de rechercher quelles sont les normes qui peuvent être qualifiées d'ordre public (a). C'est seulement une fois cette identification effectuée qu'il sera permis d'éprouver l'influence de cette qualification sur la résolution des concours de normes (b).

a. La détermination des règles d'ordre public en droit de la responsabilité civile

347. Contenu de l'ordre public. L'objectif principal d'une loi d'ordre public est de défendre les principes fondamentaux de la société. Concernant la responsabilité civile, il convient de rechercher quels sont les principes fondamentaux qu'elle protège et qui sont susceptibles de donner à une norme sa qualité d'ordre public.

Il semble que, au regard de l'évolution actuelle de la responsabilité civile, la nécessité d'indemniser l'entier préjudice et plus spécifiquement les préjudices inhérents à un dommage corporel se place parmi les préoccupations primordiales de notre société[1032]. En témoigne le nombre croissant de régimes de responsabilité ou d'indemnisation venant offrir leur protection contre l'appauvrissement de la victime faisant suite à un dommage corporel. Les fonds d'indemnisation se multiplient, les lois se succèdent au point qu'on a pu évoquer la présence d'une véritable « *idéologie de la réparation* »[1033]. Conséquemment, on trouve dans la responsabilité civile de nombreuses dispositions adoptées avec la volonté expresse de répondre à cette attente. On peut citer, à ce titre, les législations relatives aux victimes d'accident ou de maladie professionnelle (lois du 9 avril 1898 et du 30 octobre 1946), aux victimes

---

[1032] V. notamment, O. GOUT, « La diversité des systèmes d'indemnisation », *Lamy droit civil* 2004, p. 55 ; Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, Précis droit privé, Dalloz, 6ème éd., 2009 ; F. LEDUC, « L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux », *in La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle, Bilan prospectif*, Resp. civ. Ass. n° spécial, juin 2001, p. 50 ; C. RADE, « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », *D.* 2003, p. 2247 ; G. VINEY, « L'avenir des régimes d'indemnisation indépendants de la responsabilité civile », *in Le juge entre deux millénaires*, Mélanges P. Drai , Dalloz, 2000, p. 671.

[1033] L. CADIET, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de réparation », article précité. V. aussi, dans un même ordre d'idées, D. MAZEAUD, « L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », article précité, spéc. p. 77.

d'accidents de la circulation (loi du 5 juillet 1985), ou aux victimes de produits défectueux (loi du 19 mai 1998)[1034].

Outre cet objectif, la responsabilité civile doit aussi assurer la défense des différents droits et libertés fondamentaux acquis par les citoyens. Les lois d'ordre public coïncident souvent avec les valeurs défendues au nom des droits de l'homme et des libertés fondamentales, telles que la liberté d'association ou d'opinion, le droit au respect du corps humain ou le droit à l'image. Ainsi, des principes de responsabilité encadrent la liberté d'expression par la loi de 1881, le droit au respect de la vie privée reconnu par l'article 9 du Code civil, la présomption d'innocence prévue dans l'article 9-1 du même code ou la protection du corps humain dans sa dignité et son intégrité régie par les articles 16-1 et suivants du Code civil, etc.

En suivant le principe selon lequel les normes d'ordre public sont celles qui protègent les valeurs fondamentales de notre société, on pourrait supposer que toutes les normes de la responsabilité civile sont d'ordre public. En effet, elles ont toutes pour fonction d'assurer le droit à réparation de la victime qui est bien un droit fondamental. Néanmoins, on ne saurait être aussi extensive : l'ordre public doit rester une qualification exceptionnelle, sans quoi il perdrait tout son sens[1035]. Il faut donc trouver comment identifier avec précision les normes d'ordre public.

348. Identification précise des normes d'ordre public. Une fois dégagées quelques une des raisons qui pourraient permettre de qualifier d'ordre public une norme au sein de la responsabilité civile, une difficulté subsiste. En effet, comment reconnaître avec certitude une disposition d'ordre public alors même qu'elles ne sont pas toujours désignées expressément par le législateur ?[1036]

C'est au juge qu'il appartient, dans cette hypothèse, d'interpréter les dispositions en concours pour apprécier si l'une d'entre elles est d'ordre public. C'est ainsi que les dispositions de la loi du 5 juillet 1985, venant indemniser la victime pour les préjudices subis lors d'un accident de la circulation, ont été reconnues comme étant d'ordre public[1037]. De même que l'article L. 451-1 du Code de la sécurité sociale, assurant la protection des victimes d'accidents du travail, est interprété comme

---

[1034] Pour une étude approfondie de chacune de ces législations, v. notamment ; Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *op. cit.*

[1035] Ph. MALAURIE, « Rapport de synthèse », *in L'ordre public à la fin du XX*ème *siècle, op. cit.*, p. 105, spéc. p. 109.

[1036] G. CORNU (dir.), « Ordre public », *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* ; G. CORNU, *Introduction au droit,* Domat, Droit privé, Montchrestien, 13ème éd. 2007, p. 186 s., n° 337 s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 387 s., n° 370 s.

[1037] Le caractère d'ordre public conféré aux dispositions de cette loi a d'ailleurs été rappelé plusieurs fois par la jurisprudence ; Cass. 2ème civ., 29 janvier 1997, *Bull. II*, n° 23. ; *Resp. civ. Ass*. 1997, comm. n° 161, note H. GROUTEL ; Cass. 2ème civ., 28 janvier 1998, *Bull. II,* n° 32 ; *Resp. civ. Ass*. 1998, comm. n° 118, note H. GROUTEL ; Cass. 2ème civ., 16 novembre 2006, *Bull. II,* n° 320 ; *JCP. G.* 2007, II. 10032, note L. MAYAUX ; Aix en Provence, 3 juin 2008, *BICC* 15 juillet 2009, n° 1108.

relevant de l'ordre public social[1038]. Enfin, suivant la même logique, on conçoit aisément que les dispositions de la loi de 1881[1039], celles de l'article 9 du Code civil[1040] ou celles de l'article 16 du même code[1041], parce qu'elles défendent des valeurs primordiales de notre société, soient considérées comme étant d'ordre public.

Le juge peut aussi être amené à confronter une disposition considérée comme étant d'ordre public en droit interne à une loi étrangère[1042]. Dans cette situation, alors même que la loi étrangère serait désignée par la règle de conflit, le juge pourrait être tenu d'appliquer la disposition nationale d'ordre public, au titre notamment d'une loi de police. Il lui faudra pour cela apprécier la portée de cette disposition dans l'ordre international. Il apparaît alors que le domaine de l'ordre public au sens du droit international privé ne coïncide pas toujours avec celui de l'ordre public au sens du droit interne. Ainsi dans le domaine des accidents de la circulation, la Cour de

---

[1038] Le caractère d'ordre public des dispositions défendant la réparation des accidents du travail et plus spécialement celui de l'article L. 451-1 du Code de la sécurité sociale a été rappelé à de nombreuses reprises ; Cass. soc., 14 décembre 1972, *Bull. V*, n° 692 ; *D*. 1973, som. p. 29 ; Cass. 2ème civ., 23 octobre 2003, *Bull. II*, n° 322 ; *D*. 2004, J., p. 834.

[1039] L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, A. PENA-SOLER, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI et J. TREMEAU, *Droit des libertés fondamentales*, Précis droit public, Dalloz, 5ème éd., 2009, p. 256, n° 261, G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Université, Sirey, 8ème éd., 2009, p. 462 s. La loi de 1881 protège la liberté d'expression qui se trouve être « *l'un des droits les plus précieux de l'homme* » (article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen) et se trouve à ce titre défendu par de nombreux Etats et C.-A COLLIARD et R. LETTERON, *Libertés publiques*, Précis droit public, Dalloz, 8ème éd., 2005, p. 448 s. : « *Elle est d'ailleurs considérée comme si essentielle qu'elle est souvent présentée comme la condition de toutes les autres libertés* ». V. pour des exemples jurisprudentiels : Cons. const., 10 et 11 octobre 1984, *DC. n° 84-181, Rec*. p. 78, dans cette décision le Conseil constitutionnel souligne que la liberté d'expression est une « *liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son existence est une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés* » ; CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni, Rec. série A*, n° 24, la Cour y rappelle que la liberté d'expression constitue « *l'un des fondements essentiels d'une société démocratique* ».

[1040] L'article 9 défend ainsi le droit au respect de la vie privée et l'article 9-1 le principe de la présomption d'innocence qui sont tous deux des principes fondamentaux ; C.-A COLLIARD et R. LETTERON, *op. cit.,* p. 300 s. ; J. ROBERT et J. DUFFAR, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Domat droit public, Montchrestien, 8ème éd., 2009, p. 425 s., n° 400 s. ; L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, A. PENA-SOLER, O. PFERSMANN, J. PINI, A. ROUX, G. SCOFFONI et J. TREMEAU, *op. cit., p. 377, n° 405* ; G. LEBRETON, *op. cit.*, p. 310 s.

[1041] Le Conseil d'Etat a ainsi reconnu la valeur d'ordre public du principe de dignité humaine. Ce principe est présent dans le droit civil à travers l'article 16 du Code civil. CE., Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, *Rec*. p. 372 ; *D*. 1996, J., p. 177. Ce principe est aussi reconnu comme ayant valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel, Cons. const., 27 juillet 1994, 343-344 DC. ; *GDCC* n° 47, obs. L FAVOREU et L PHILIP.

[1042] P. MAYER et V. HEUZE, *op. cit.*, p. 153, n° 205 : « *le domaine de l'ordre public au sens du droit international privé (ordre public international) ne coïncide pas avec celui de l'ordre public au sens du droit interne* ». Le domaine du premier est plus étroit que le second. Ainsi, le domaine de l'ordre public international est « *tout entier intérieur à celui de l'ordre public interne, car on n'imaginerait pas à l'inverse une règle qui serait d'ordre public international sans être d'ordre public interne* ». Pour une réflexion sur l'ordre public en droit international et la réparation du préjudice, v. O. BOSKOVIC, *La réparation du préjudice en droit international privé*, préface de P. Lagarde, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 407, 2003, n° 400 s.

cassation a, de façon répétée, rappelé que « *le caractère impératif de la loi du 5 juillet 1985 ne doit pas être confondu avec l'ordre public international* » [1043]. La loi de 1985 est donc d'ordre public en droit interne et non en droit international de sorte que les juges du fond doivent appliquer la loi étrangère désignée par la règle de conflit. La position de la Cour est différente dans le domaine de la liberté d'expression. Ceci peut être illustré par un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation du 19 octobre 2004. Dans cette affaire, un couple de nationalité portugaise, domicilié en France, souhaitait obtenir la condamnation de deux personnes ayant tenu, au Portugal, des propos diffamatoires à l'encontre de l'époux. Après avoir constaté que la loi portugaise, loi où le fait dommageable s'était produit, était désignée par la règle de conflit, les juges décidèrent que « *devait être appliquée la loi du 29 juillet 1881, loi de police et d'application immédiate excluant la loi portugaise* »[1044]. La loi de 1881 est donc considérée comme une norme d'ordre public aussi bien au niveau interne qu'au niveau international. On s'aperçoit, par ces décisions, qu'il existe au sein des dispositions d'ordre public des degrés différents dans l'importance qu'on doit leur attribuer, certaines n'étant d'ordre public que dans l'ordre interne, d'autres, qualifiées de lois de police, étant aussi d'ordre public dans l'ordre international

Une fois la norme d'ordre public identifiée par le juge, le concours pourra être résolu.

b. L'influence de l'ordre public sur la résolution des concours

349. Eviction d'une des deux normes en concours. Quelles conséquences doit-on tirer du rattachement d'une norme à l'ordre public ? A partir du moment où l'on estime que l'ordre public regroupe les normes fondamentales sur lesquelles repose une société donnée, il paraît naturel de veiller à ce que ces normes soient respectées par le plus grand nombre. Dès lors, retenir qu'une disposition est d'ordre public permet de conclure qu'elle écarte l'application des autres règles[1045]. L'ordre public « *est une éviction exceptionnelle, perturbatrice. Il ne fixe pas les limites de la liberté et de l'illicite, il est un mécanisme d'éviction* »[1046]. C'est au nom de l'intérêt général que la norme d'ordre public doit prévaloir.

[1043] Cass. 1ère civ., 4 février 1992, *Bull. I*, n° 39 ; *Dr. et pat.* 2004, p. 98, note F. MONEGER ; Cass. 1ère civ., 30 septembre 2003, *Bull. I*, n° 192 ; *JCP.G*. 2004, I. 280, chr., S. POILLOT-PERUZZETTO, I. RUEDA et C. DELPY ; *Dr. et pat.* 2004, p. 121, note F. CHABAS ; *RGDA*.2004, p. 270, note V. HEUZE ; *JDI.* 2005, p. 124, note G. LEGIER.

[1044] Cass. 1ère civ., 19 octobre 2004, *Bull. I,* n° 224 ; *D.* 2005, p. 878, note C. MONTFORT ; *Ibid* p. 1192, pan. P. COURBE et H. CHANTELOUP ; *Dr. et pat.* 2005, p. 109, note M.-E. ANCEL.

[1045] M.-C. BOUTARD-LABARDE, art. précité, spéc. p. 83 ; J. TRAULLE, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle,* préface de P. Jourdain, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 477, 2007, p. 75, n° 79.

[1046] Ph. MALAURIE, « Rapport de synthèse », *in L'ordre public à la fin du XXème siècle, op. cit.,* p. 105,*spéc.* p. 109. V. aussi en droit international privé, B. AUDIT, *op. cit.*, spéc n° 301, p. 270 : « *L'ordre public est lié à un mécanisme fonctionnel, entraînant l'éviction jugée nécessaire de la loi étrangère préalablement déclarée compétente* ». Il faut, toutefois, noter une utilisation singulière de la notion d'ordre public dans un arrêt

350. Résolution des concours à l'aide de l'ordre public. L'ordre public pourra intervenir pour préserver les intérêts du responsable ou de la victime dans deux situations :

- Dans les concours structurels simples où il fera obstacle à l'usage du principe de subsidiarité puisque la norme d'ordre public, quel que soit son genre, sera toujours appliquée.
- Dans les autres concours,la norme d'ordre public sera désignée comme devant seule trancher le litige.

351. Exemples d'application à la responsabilité civile. En matière de responsabilité civile extracontractuelle, l'ordre public est l'une des clefs de la résolution du concours entre les normes. Selon l'ordonnancement qu'il postule, si la loi de 1985 sur l'indemnisation des accidents de la circulation – qualifiée d'ordre public – se retrouve en concours avec les dispositions de l'article 1384, alinéa 1, celles-ci seront écartées au profit de la première. Dans un arrêt du 17 mars 2005, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a justement statué sur un concours entre ces deux dispositions. En l'espèce, un mineur effectuait sur la voie publique l'essai d'un cyclomoteur appartenant à une tierce personne, lorsqu'il chuta et décéda après avoir percuté un rocher. Ses ayants droits assignèrent le propriétaire du véhicule et son assureur en responsabilité, en tant que gardien du véhicule. La Cour de cassation décida d'exclure la mise en œuvre de l'article 1384, alinéa 1er, pour lui préférer les dispositions de la loi de 1985 au motif que « *les dispositions d'ordre public*

---

récent qui portait sur l'esclavage international. En l'espèce, une jeune Nigériane était placée, en vertu d'un contrat passé avec sa famille, au service d'un employeur britannique habituellement résident au Nigeria. Lors d'un séjour en France, la jeune fille s'échappe de chez son employeur et entame des poursuites contre celui-ci auprès du Conseil des prud'hommes. Ce dernier conteste tant la compétence des juridictions françaises que l'application de la loi française. Il invoque la faiblesse des rattachements avec la France ; le lieu d'exécution du contrat, la résidence habituelle des parties ainsi que tous les autres critères de localisation de la situation en cause étant situés au Nigeria. Dans cette affaire, la Cour de cassation invoque l'ordre public en ce qu'il « *s'oppose à ce qu'un employeur puisse se prévaloir des règles de conflit de juridictions et de lois pour décliner la compétence des juridictions nationales et évincer l'application de la loi française dans un différend qui présente un rattachement avec la France et qui a été élevé par un salarié placé à son service sans manifestation personnelle de sa volonté et employé dans des conditions ayant méconnu sa liberté individuelle* ». Or, ici l'ordre public n'est pas utilisé dans son raisonnement habituel. En effet, l'ordre public est opposé non pas à une norme étrangère qui serait contraire à la prohibition de l'esclavage en consacrant ou ne sanctionnant pas une telle situation, mais à des règles françaises à savoir la règle de conflit de lois et celle de compétence juridictionnelle. Cette solution ne reprend donc pas une approche en termes d'exception d'ordre public. On pourrait alors voir dans cet arrêt la consécration d'une utilisation de l'ordre public comme un ordre public de rattachement qui aurait ici imposé la compétence de l'ordre juridique français. Cass. soc., 10 mai 2006, *Bull. V.*, n° 168 ; *D.* 2006, p. 1400, note P. GUIOMARD ; *JCP. G.*, 2006, II. 10121, note S. BOLLEE ;*RCDIP*., 2006,n° 4, p. 856, note E. PATAUT, P. HAMMJE ; *JCP. S*., 2006, p. 36, note C. WILLMANN ; *Revue des contrats*, 2006, n° 4, p. 1260, note P. DEUMIER ; *JDI*., 2007, n°2, p. 531, note J.-M. JACQUET.

qu'elle contient étaient seules applicables au litige »[1047]. Dans cette situation, la nature d'ordre public de la loi de 1985 conduit à l'éviction de l'article 1384, alinéa 1er. Ici, c'est la norme la plus spéciale qui a valeur d'ordre public. Pareillement, le juge a choisi d'évincer le régime d'entraide agricole de l'article L. 325-1 du Code rural au profit de la loi de 1985. En effet, « *toute victime d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur a droit à l'indemnisation de son dommage dans les conditions de la loi du 5 juillet 1985, dont les dispositions sont d'ordre public* »[1048]. L'accident, survenu à l'occasion d'une opération d'ensilage, relève donc de la loi de 1985 et non du régime de l'entraide agricole issu de la loi du 30 novembre 2001. Si ces deux normes répondent à des besoins spécifiques de notre société, une seule – la loi de 1985 – est reconnue comme défendant des valeurs primordiales. On doit, *a priori,* en déduire que, chaque fois qu'il sera possible de faire rentrer le litige dans le domaine d'application de la loi de 1985, celle-ci sera seule compétente.

Ensuite, lorsque les dispositions de la loi de 1881, d'ordre public, sont en concours avec celles de l'article 1382 du Code civil[1049], les premières seront seules applicables. Il a ainsi pu être décidé que « *les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil* »[1050]. Il s'agit ici d'assurer un équilibre entre les intérêts de la victime et celui du responsable.

Enfin, la jurisprudence a admis le caractère d'ordre public de la loi du 7 juillet 1967 sur l'abordage maritime, dont les prescriptions impératives excluent toute référence au droit commun, aux règles de la responsabilité du fait des choses ainsi qu'aux règles de la responsabilité du fait personnel[1051]. Là encore, c'est le régime spécial qui va prévaloir. Toutefois, il est singulier de remarquer que ce régime d'ordre public est plus favorable au responsable qu'à la victime. Effectivement, ce régime repose tout entier sur l'idée de faute. L'auteur du dommage bénéficie ainsi d'une mesure de faveur puisque, si sa faute n'est pas prouvée, il échappe à toute obligation.

[1047] Cass. 2ème civ., 17 mars 2005, *Inédit*, n° 03-20393 *; Resp. civ. et Ass*. 2005, comm. n° 10, note H. GROUTEL.

[1048] Cass. 2ème civ., 17 novembre 2005, *Bull. II,* n° 291; *Resp. civ. Ass.* 2005, étude n° 19, p. 11, par. H. GROUTEL *; Lamy droit civil* 2006, actualité, n° 2402-2006 ; *GP.* mai 2006, J., p. 30 .

[1049] Sur la qualification possible de l'article 1382 du Code civil comme norme d'ordre public, v. *infra* n° 352.

[1050] Cass. AP, 12 juillet 2000, *Bull. AP.*, n° 7 et 8 ; *LP* Octobre 2000, III, p. 153, concl. L. JOINET ; *D.* 2000, som. comm. p. 463, note P. JOURDAIN ; *RTD. civ.* 2000, p. 842 et p. 845, notes P. JOURDAIN ; *Com. com. élect.* 2000, p. 31, note A. LEPAGE ; *LPA.* 14 décembre 2000, p. 4, note E. DERIEUX et p. 15, note D. D. BOCCARA ; *JCP. G.* 2000 I. 180, obs. G. VINEY ; C. CHAMAGNE, « Les diffamations et injures envers la mémoire des morts : Perspectives d'évolution de l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881 », *Légicom* mars 2002, n° 28, p. 35 ; S. MARTIN-VALENTE, « La place de l'article 1382 du Code civil en matière de presse depuis les arrêts de l'Assemblée plénière du 12 juillet 2000 », *LP* juin 2003, II. p. 71. (1ère partie) et *LP* Juillet / Aout 2003, II. p. 89 (2nde partie).

[1051] Cass. 2ème civ., 1er avril 1999, *Bull. II,* n° 63 ; *DMF.* 2000, p. 315, obs. P. DELEBECQUE ; dans le même sens v. Cass. com., 18 mars 2008, *Bull. IV*, n° 63 ; Cahier du droit du sport 2008, n° 12, p. 87, note B. BRIGNON.

352. Coïncidence entre ordre public et droit spécial. De cette série d'exemples, deux éléments ressortent. D'une part, la norme d'ordre public peut intervenir pour protéger la victime, mais aussi le responsable. D'autre part, il y a bien souvent une coïncidence entre la nature d'ordre public et la nature spéciale d'une norme. Ainsi, dans la hiérarchie des valeurs, le droit spécial, lorsqu'il est d'ordre public, occupe une position supérieure au droit commun. Cette remarque n'est pas démentie par la qualification possible de l'article 1382 du Code civil, norme de droit commun, comme norme d'ordre public[1052]. Il n'existe, en réalité, aucune contradiction à faire primer la loi de 1881, elle-même d'ordre public, sur l'article 1382. Pour le démontrer, il faut reprendre le raisonnement suivi par le juge afin d'identifier une norme d'ordre public. En qualifiant d'ordre public la loi de 1881, le juge cherche à s'assurer qu'elle sera utilisée chaque fois que la situation dommageable rentre dans son champ d'application. On souhaite, ainsi, paralyser le jeu des autres normes afin de préserver la liberté d'expression défendue par cette loi. En revanche, en qualifiant l'article 1382 de norme d'ordre public, on veut veiller à ce que les parties n'y dérogent pas par convention[1053]. On veut les empêcher de renoncer, par avance, à leur droit à réparation. Dans la première situation, l'ordre public est utilisé afin de résoudre un éventuel concours de normes par une éviction, celle de l'article 1382. C'est ici un ordre public d'éviction qui est en jeu[1054]. Tandis que, dans la seconde situation, il ne s'agit pas de résoudre un concours de normes, mais d'éviter une irresponsabilité totale. On parle alors d'ordre public de dérogation. L'absence de contradiction tient donc à la présence de deux ordres publics de natures différentes.

[1052] Cass. civ., 3 janvier 1933, *DH* 1933. p. 113 : « *Attendu que, les règles de la responsabilité civile délictuelle tenant à l'ordre public, le transporteur bénévole, civilement poursuivi en vertu des dispositions de l'article 1382 du Code civil, ne saurait, pour s'exonérer des conséquences de sa faute reconnue, se fonder sur une renonciation expresse ou tacite de la victime à lui demander réparation* (…) ». Et aussi, Cass. 2ème civ., 17 février 1955, *Bull. II,* n° 100 ; *D.* 1956, J., p. 17, note P. ESMEIN, *JCP. G.* 1955 II. 8951, note R. RODIERE ; *GAJC* n° 178, obs. H. CAPITANT, F. TERRE et Y. LEQUETTE : « *Les articles 1382 et 1383 du Code civil étant d'ordre public et leur application ne pouvant être paralysée d'avance par la convention, sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de responsabilité en matière délictuelle* ».

[1053] G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité, Traité de droit civil*, L.G.D.J, 3ème éd., 2010 p. 408 s., n° 213 s. La question de la reconnaissance du caractère d'ordre public de l'article 1382 du Code civil s'est posée en matière de convention d'irresponsabilité. Ainsi, peut-on prévoir une restriction, voire une renonciation, à son droit à réparation ? C'est à cette occasion que la jurisprudence a pu avancer le caractère d'ordre public des dispositions de l'article 1382 du Code civil pour annuler de telles conventions. Le débat porte alors sur la validité de ces clauses restrictives de responsabilité en considérant le fait qu'elles se contentent parfois de restreindre la responsabilité ou qu'au contraire elles prévoient une totale irresponsabilité. Dans la première hypothèse, et à certaines conditions, on pourrait admettre de telles clauses, tandis que, dans la seconde hypothèse, il paraîtrait très délicat de le faire. On ne pourrait donc pas totalement déroger aux dispositions de l'article 1382 du Code civil. V. aussi pour une étude plus détaillée des différentes décisions de la Cour de cassation en la matière : H., L., et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Monchrestien, T. III, 2nd vol., 6ème éd., 1983, p. 96 s., spéc. note 2570.

[1054] *Contra* J. TRAULLE, *op. cit.*, p. 76 s. L'auteur n'opérant pas cette distinction entre les deux ordres publics, de dérogation et d'éviction, considère que le critère d'ordre public est impraticable et ne saurait ici justifier l'application de la loi de 1881 au détriment de l'article 1382 du Code civil.

Du constat de la coïncidence entre ordre public et droit spécial, une conséquence doit être tirée quant à l'emploi de l'ordre public dans la résolution des concours de normes. Dans la mesure où l'ordre public conduira, le plus souvent, à faire prévaloir la norme spéciale comme le fait le principe de subsidiarité, il semble vain de chercher à l'employer pour résoudre les concours structurels simples pour lesquels le principe de subsidiarité est déjà compétent. L'emploi de l'ordre public dans cette hypothèse s'apparente plus à une confirmation du principe directeur qu'à un aménagement de sa solution. L'ordre public ne réapparaitra donc qu'au moment d'étudier les autres concours de normes.

L'influence de l'ordre public sur les normes de la responsabilité civile ainsi défini, il nous faut nous assurer de son efficacité.

3. L'efficacité de l'ordre public

353. Substance inconstante de l'ordre public. Il est toujours délicat d'appliquer un critère dont le fonctionnement dépend de questions philosophiques, morales ou éthiques. Comment, en effet, déterminer la règle supérieure dans tous les esprits ? « *La teneur exacte du critère matériel retenu n'est pas des plus rassurantes* »[1055]. Affirmer que c'est de la valeur de la norme, et d'elle seule, que dépend la solution du concours, c'est s'attacher à une notion indiscutablement floue qu'il paraît difficile de définir. Qu'est-ce qui fait qu'une norme est dite plus fondamentale qu'une autre ? Quels sont les intérêts à prendre en compte ? Quel est le seuil de valeur requis pour en assurer la primauté ? On constate que la détermination de la valeur d'une norme implique le plus souvent un jugement subjectif. Or, introduire la subjectivité dans la résolution du concours, c'est aussi introduire l'arbitraire et la casuistique[1056].

Il est d'autant plus difficile d'apprécier cette valeur que la constatation de l'ordre public est sujette à de nombreux phénomènes. Premièrement, l'ordre public est tributaire du temps. Si à un instant T, la norme A est jugée supérieure à la norme B, en raison de la valeur qu'elle défend, la norme A peut, à un instant T+1, être, au contraire, primée par la norme B considérée alors comme supérieure. L'appréciation de l'importance à donner à l'une ou l'autre des normes est fonction du contexte social, économique, politique, au moment où l'on se place. Compte tenu de l'évolution de la société et des mœurs, l'utilisation du critère d'ordre public sera souvent aléatoire, puisqu'il est, finalement, impossible de toujours prévoir, à l'avance

[1055] L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Etude de droit international privé de la famille*, préface de Y. Lequette, LGDJ,Bibliothèque de droit privé, t. 353, 2001, p. 63.

[1056] P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD. civ.* 2001, p. 749, spéc p. 787. Pour M. Puig « *cette valeur s'apprécie à chaque cas particulier en fonction des arguments pour et contre* ».

et avec certitude, quelles doivent être les valeurs défendues[1057]. On notera que, pour limiter cet aléa, le droit international privé se réfère au principe d'actualité de l'ordre public, selon lequel le juge doit tenir compte de l'ordre public dans l'état où il se trouve au moment où le jugement est rendu[1058].

Deuxièmement, l'ordre public est tributaire de l'espace. Comme on l'a vu, il existe un ordre public national et un ordre public international qui ne s'attacheront pas aux mêmes normes[1059].

Troisièmement, l'ordre public est de nature variée. On parle d'ordre public politique défendant l'Etat ou la famille et d'ordre public économique défendant la liberté individuelle. L'ordre public politique ou économique peut alors connaître des degrés différents d'appréhension selon que l'on se trouve en présence d'un ordre public de protection ou de direction. Le premier est constitué par les règles au moyen desquelles l'Etat se propose de rétablir entre le fort et le faible un équilibre. A cet effet, le législateur peut réglementer de manière impérative le contenu de certains contrats, généralement passés entre des parties qui sont dans une relation structurelle d'inégalité : employeur et salarié, assureur et assuré…. [1060]. L'ordre public de direction, quant à lui, se compose de règles servant à l'Etat pour canaliser l'activité contractuelle dans le sens qui lui paraît le plus conforme à l'utilité sociale[1061]. On regroupe à ce titre les mesures de taxation ou la législation monétaire.

Tous ces éléments font qu'en définitive l'appréhension de la teneur de ce critère se révèle particulièrement délicate.

354. Champ d'application restreint de l'ordre public. Le critère d'ordre public permet de résoudre les concours entre les normes de degré hiérarchique matériel différent, mais est-il adapté à la résolution des concours entre deux normes qui défendent des valeurs hiérarchiques équivalentes ? Face à deux normes d'ordre public l'une peut-elle prévaloir ? Illustrons-le à l'aide du concours entre les dispositions de la loi de 1881 et l'article 9 du Code civil[1062]. Nous l'avons vu, la liberté

[1057] B. FAUVARQUE-COSSON, « L'ordre public », *in Livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec 2004, p. 473, spéc. p. 494. Fauvarque-Cosson constate ainsi que « *Le pluralisme juridique et le relativisme des valeurs ont marqué l'évolution de notre droit, affectant profondément la notion d'ordre public* ».

[1058] P. MAYER et V. HEUZE, *op. cit.*, p. 152, n° 204 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, *op. cit.*, p. 348, n° 254-2.

[1059] Cf. *supra* n° 348.

[1060] Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, *op. cit.*, p. 325 s., spéc. n° 650 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 396 s., spéc. n° 383.

[1061] Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, *op. cit.*, loc. cit. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 399 s., spéc. n° 384. Pour une approche d'ensemble, P. CATALA, « A propos de l'ordre public », *in Le juge entre deux millénaires,* mélanges P. Drai, Dalloz 2000, p. 511.

[1062] On considère, notamment, depuis un arrêt de la 1ère chambre civile du 5 novembre 1996, que le régime de protection institué par l'article 9 du Code civil pour le respect de la vie privée – étendu par la jurisprudence à la protection de l'image – est autonome et spécifique. Cass. civ. 1ère, 5 novembre 1996, précité. V. aussi J.-P. ANCEL, « La protection des droits de la personne dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », *in La protection de la personne*, rapport de la Cour de cassation, La documentation française, 2000, p. 55, spéc. p. 59.

d'expression comme le droit au respect de la vie privée, protégés par ces lois, sont des valeurs fondamentales de notre société et, à ce titre, peuvent être considérées comme relevant de l'ordre public[1063]. Or, en présence de deux normes d'ordre public, le critère d'ordre public est inadapté, en ce qu'il ne permet pas d'opérer un choix entre deux normes de même niveau hiérarchique. Pour sortir de cette impasse, on pourrait être tenté d'emprunter une méthode à laquelle on recourt en droit du travail pour trancher des conflits entre deux dispositions d'ordre public[1064]. En effet, ce droit accorde sa préférence à la règle qui met en jeu l'ordre public « prépondérant » ou « principal », tout en tenant compte de la proportionnalité de l'atteinte portée au principe d'ordre public jugé inférieur. La mise en œuvre de ce critère se justifie par la suprématie, au cas d'espèce, de la liberté protégée. L'autre liberté n'est sacrifiée que dans la mesure où elle ne s'efface que partiellement ou temporairement et que l'atteinte portée reste strictement proportionnée au but recherché. Il s'agit, le plus fréquemment, de garantir une liberté collective au détriment d'une liberté individuelle. Ainsi, « *le minimum d'ordre public susceptible d'amélioration conventionnelle cède le pas à l'ordre public général, de la même façon dont l'ordre public absolu unilatéral de protection du salarié s'efface devant les impératifs d'ordre public absolu général* »[1065]. En suivant cette méthode, il faudrait considérer, selon l'espèce, quel est le principe supérieur à préserver entre celui qui est défendu par la loi de 1881 et celui qui est protégé par l'article 9 du Code civil. Dans un arrêt du 20 février 2002, le juge judiciaire a, ainsi, estimé que la liberté d'expression s'effaçait devant le respect du droit à la vie privée et à la dignité humaine[1066]. Cependant, cette solution ne nous est pas d'un grand secours, car il ne s'agissait pas, pour le juge, de résoudre un concours entre les normes, mais plutôt une situation de conflit dans laquelle les normes se trouvent dans un rapport d'opposition[1067]. Prenons un exemple pour rappeler cette distinction. Dans l'affaire Erignac, après la parution d'une photographie du préfet défunt, la question avait été posée aux juges de savoir si le droit au respect de la vie privée devait s'écarter devant la liberté d'expression[1068]. Ainsi, soit l'on devait

---

[1063] Sur le concours possible entre ces deux dispositions qui auraient le même objet, v. Cass. 1ère civ., 28 juin 2007, *Bull. I,* n° 247 ; *Lamy droit civil* 2007, p. 43, note G. MARRAUD des GROTTES ; *GP,* 10 juillet 2008, p. 27, note S. LASFARGEAS.

[1064] N. MEYER, *L'ordre public en droit du travail, contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé,* préface de J. Pelissier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 461, 2006, p. 176 s. Il s'agit bien là d'une méthode de résolution des conflits et non des concours. Pour une distinction entre ces deux notions, cf. *supra* n° 16.

[1065] N. MEYER, *op. cit.,* p. 191, n° 404

[1066] Cass. 1ère civ., 20 février 2001, *Bull. I,* n° 42. Dans cette affaire, les juges ont reconnu que le droit au respect de la vie privée devait prévaloir dans le but de « *protéger les droits de l'enfant dont l'intérêt est supérieur à toute autre considération* ».

[1067] Cf. *supra* n° 16.

[1068] Cass. 1ère civ., 20 décembre 2000, Sté *Cogedipresse et a. c/ Mme Marchand, Vve Érignac et a*, *Bull. I*, n° 341 ; *JCP. G.* 2001, II. 10488, concl. Y. SAINTE-ROSE. Dans cette affaire, concernant un attentat contre le RER, les juges ont reconnu la prépondérance du principe de dignité humaine et du respect de la vie privée sur la liberté de la presse. Pour d'autres exemples de cette situation de conflit, v. notamment ; V. J.-P. ANCEL, art. précité, spéc. p. 64 s.

considérer que ces images étaient attentatoires au droit au respect de la vie privée (article 9 C. civ.), voire au principe de dignité (article 16 C. civ.), soit l'on devait conclure que l'image devait bien être publiée au nom de la liberté d'expression et qu'aucune responsabilité ne devait être recherchée. La Cour de cassation, ayant relevé que la photographie publiée représentait distinctement le corps et le visage du préfet assassiné gisant sur la chaussée d'une rue, décida que l'image était attentatoire à la dignité de la personne humaine et contraire au respect de la vie privée de la famille du défunt. Ici, le conflit entre ces deux droits est évident : la liberté d'expression est invoquée par l'organe de presse pour consacrer le droit de publier une image, tandis que l'application de l'article 9 est demandée par les victimes pour engager une responsabilité à l'encontre de l'auteur de la photographie. Deux objectifs distincts apparaissant, la situation peut être qualifiée de conflictuelle et non de concurrentielle. Le conflit est alors tranché en faveur de la disposition défendant la valeur jugée, en l'espèce, la plus essentielle[1069]. Dans une situation de conflit, il est donc fait application de la méthode consistant à faire prévaloir la norme qui défend le principe supérieur.

Cependant, cette méthode n'est pas transposable aux situations qui nous concernent, les deux normes ne se trouvant pas dans une situation de conflit, mais de concours. La Cour de cassation a d'ailleurs été amenée, à plusieurs reprises, à résoudre un concours entre les articles 29 et suivants de la loi de 1881, qui permettent d'engager la responsabilité des personnes qui, « *par leurs allégations…, porteraient atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne* », et l'article 9 du Code civil[1070]. Dans une première affaire, il était reproché à une chaîne de télévision d'avoir diffusé un reportage sur les dangers de l'alcool au volant dans lequel apparaissait un homme endormi sur une table dans une discothèque. Ce dernier assigna la société de télévision sur le fondement de l'article 9 du Code civil afin d'obtenir des dommages et intérêts. La société de télévision, considérant qu'il s'agissait là d'une diffamation, conclut à la nullité des poursuites et à la prescription de l'action en application des articles 53 et 65 de la loi du 29 juillet 1881. La cour d'appel rejeta l'exception de nullité, le demandeur étant bien fondé à demander l'application de l'article 9 du Code civil. Un pourvoi fut formé et rejeté par la Cour de cassation au motif que « *la cour d'appel, qui a relevé que le demandeur avait fondé son action sur l'article 9 du Code civil et conclu que le reportage en cause avait porté atteinte à son image et à sa vie privée d'une part, et à sa réputation d'autre part, sans invoquer aucun fait constitutif de diffamation ni évaluer séparément le préjudice qui en serait résulté, a pu en déduire que l'action engagée ne relevait pas des dispositions de la loi du 29 juillet 1881, mais de celles de l'article 9 du Code*

[1069] Il s'agit là d'une solution liée aux faits de l'espèce et non de l'affirmation de la primauté absolue du droit au respect de la vie privée sur la liberté d'expression. V. notamment, sur la position de la Cour européenne des droits de l'homme : P. AUVRET, « L'équilibre entre la liberté de la presse et le respect de la vie privée selon la Cour européenne des droits de l'homme », *GP,* mars-avril 2005, p. 879.

[1070] Cass. 1ère civ., 7 février 2006, *Bull. I,* n° 59 ; *Rev. juridique personnes, famille* 2006, n° 5 ; *RTD. civ.* 2006, p. 279, obs. J. HAUSER ; *JCP. G.* 2006, p. 560, note G. LOISEAU ; *GP.* 2006, p. 6, n° 162, note J. SAINTE-ROSE ; *GP.* 2007, p. 26, n° 117, note L. MARINO.

civil ». Il ressort de cette solution que, si l'action fondée sur l'article 9 de Code civil ne comporte l'invocation d'aucun fait constitutif de diffamation, mais uniquement de faits révélant une atteinte à l'image où à la vie privée et à la réputation, elle ne relève pas de la loi du 29 juillet 1881[1071].

Dans une seconde affaire, une femme assigna en justice un magazine pour avoir publié une photographie d'elle, en partie dénudée, accompagnée d'une légende qu'elle estimait « *vexatoire, dévalorisante et préjudiciable à sa notoriété* »[1072]. Les juges du fond accueillirent sa demande sur le fondement des articles 9 et 1382 du Code civil et écartèrent la requalification sur le terrain de la loi du 29 juillet 1881. Selon eux, l'action ne tendait qu'à faire sanctionner l'atteinte portée au droit dont la victime dispose sur son image par la publication sans son consentement d'une photographie la représentant le sein dénudé. La Cour de cassation, saisie de l'affaire, cassa l'arrêt de la cour d'appel. Elle jugea que « *la reproduction de l'image ne faisait qu'illustrer des propos que Mme X... avait expressément invoqués pour demander réparation de l'atteinte ainsi portée à sa considération* ». Concernant le concours entre ces deux dispositions, il faut donc en déduire que si la reproduction d'une image ne fait qu'illustrer les propos que la victime juge comme portant atteinte à sa considération, alors les faits reprochés se voient appliquer la loi du 29 juillet 1881.

Dans ces deux arrêts, la Cour de cassation a pu trancher le litige à l'aide d'un des deux fondements en déterminant la nature exacte du préjudice invoqué (atteinte à l'image dans la première affaire et atteinte à la considération dans la seconde). Néanmoins, une question subsiste : lorsque, pour un même dommage, il est possible de constater à la fois une atteinte à la vie privée et une atteinte à la considération de la victime[1073], quelle est la disposition applicable ? L'article 9 du Code civil doit-il être écarté au profit de la loi de 1881 ? Si aucune solution n'a été clairement donnée dans ce cas, on peut, en revanche, voir que la jurisprudence actuelle tend à renoncer au cumul des dispositions[1074]. Ainsi, on constate que, dans le cas du concours entre la loi de 1881 et l'article 9-1 du Code civil sur la présomption d'innocence, tout cumul est rejeté. « *L'auteur de l'action civile qui est fondée sur le délit de diffamation et est exercée devant le juge pénal ne peut agir en réparation devant le juge civil en raison des mêmes faits sur le fondement de l'article 9-1 du Code civil* »[1075]. D'ailleurs, la Cour de cassation considère même que l'article 9-1 est de nature à exclure les dispositions de la loi de 1881[1076].

[1071] Cass. 1ère civ., 21 février 2006, *Bull. I*, n° 97 ; *Rev. juridique personnes, famille* 2006, n° 5 ; *LP* 2006, p. 95, note T. HASSLER.

[1072] Cass. 1ère, civ., 31 mai 2007, *Bull. I,* n° 215 ; *Com. Com. Elect*., 2007, com. 138, note A. LEPAGE.

[1073] V. A. LEPAGE, note précitée.

[1074] Il faut toutefois noter qu'en droit international privé le concours entre ces deux dispositions est résolu par l'application de la loi de 1881 qui est la seule à être d'ordre public international. V. *supra,* n° 348.

[1075] V. en ce sens, Cass. 1ère civ., 28 juin 2007, *Bull. I.,* n° 247 ; *Lamy droit civil* 2007, p. 43, note G. MARRAUD des GROTTES ; *GP.* 10 juillet 2008, p. 27, note S. LASFARGEAS.

[1076] Cass. 1ère civ., 20 mars 2007, *Bull. I*, n° 124 ; *D.* 2007, AJ., p. 1023 et p. 2897, note P. JOURDAIN ; *JCP. G.* II. 10141, note E. DERIEUX, *Resp. civ. Ass.* comm. n° 175.

En conclusion, on notera que sa substance particulière et son champ d'application restreint font de l'ordre public un critère délicat à mettre œuvre. Pour autant, il n'est pas sans atouts pour celui qui veut résoudre les concours en imposant une des deux normes en cause dans l'intérêt du responsable ou de la victime. Poursuivant ce même objectif d'écarter tout choix possible pour la victime, un autre outil est mis à la disposition du juge : l'alternative.

B. La hiérarchisation temporaire : l'alternative

355. Prérogative du juge. La notion d'alternative telle que nous la percevons est très proche de celle de l'option, ces deux outils impliquant un choix entre deux possibilités limitées et déterminables. Toutefois, la différence essentielle que nous faisons entre l'option et l'alternative tient à leur titulaire. L'option est une prérogative donnée à la victime d'utiliser telle ou telle action, tandis que l'alternative se définirait comme la prérogative accordée au juge de choisir, entre deux normes en concours, celle qui devra s'appliquer. Cette prérogative peut être justifiée par la volonté d'octroyer au juge le moyen de trancher le concours selon d'autres intérêts que ceux qui auraient amené la victime à faire son propre choix – celle-ci étant guidée par la satisfaction de son seul intérêt personnel[1077]. Dans l'alternative, d'autres enjeux sont en cause : l'objectif peut être de désigner le responsable le plus légitime dans une situation donnée, par exemple, celui qui disposait au moment des faits de la capacité (la plus grande) à éviter la réalisation du dommage. Il ne s'agit donc pas nécessairement de sacrifier les intérêts de la victime, mais plutôt de choisir le responsable dont le lien de rattachement avec le dommage paraît le plus évident ou le plus approprié. Qui plus est, l'alternative, contrairement à l'option, n'est pas figée. Elle exprime l'idée d'un mouvement, d'un passage d'une action à l'autre. Cela ressort des origines du terme qui est issu du latin *alternatum-alternare* signifiant « *faire tantôt une chose, tantôt une autre* »[1078] ou « *agir à tour de rôle* »[1079]. Là où l'option semble indiquer que le choix devra être définitif, l'alternative paraît suggérer que le choix pourrait n'être que temporaire.

356. Responsabilité de premier rang et de second rang. Par le biais de l'alternative, le juge établit une hiérarchie entre les deux actions en concours en identifiant une responsabilité de premier rang et une responsabilité de second rang. C'est en cela que l'on pourrait trouver une ressemblance entre la notion d'alternative et celle d'ordre public. Néanmoins, l'exclusion que la première entraîne n'est pas définitive. Si les conditions de la responsabilité de premier rang ne sont pas réunies,

---

[1077] J. PREVAULT, note sous TGI. Brest, 9 juillet 1974, *D*. 1975, J., p. 422. M. Prévault relève ainsi que « *d'une manière générale, l'existence de deux voies de droit permet au demandeur de choisir celle qui lui paraît la plus avantageuse* ».

[1078] G. CORNU (dir.), « Alternatif », *op. cit.*

[1079] « Alternatif », *Le Robert*, 2010.

la responsabilité de second rang devra intervenir. De plus, dans l'alternative, le juge peut décider d'inverser l'ordre des actions. Ainsi, l'action de premier rang peut très bien devenir, dans une autre situation, l'action de second rang. Rien n'est définitif, la hiérarchie n'est que temporaire.

Un exemple illustrera clairement le mécanisme de l'alternative. Imaginons qu'un apprenti mineur ait causé un dommage durant son temps de travail. Apparemment, plusieurs responsables sont identifiables, à savoir l'artisan, le mineur et ses parents, le premier sur le fondement de l'article 1384, alinéa 6, du Code civil, le deuxième sur celui de l'article 1382 du Code civil et les derniers sur celui de l'article 1384, alinéa 4, du même code. Or, il se trouve qu'entre l'artisan et les parents, il semble possible de faire un choix. Dans cette situation, reconnaître l'alternative reviendrait à autoriser le juge à faire prévaloir l'une des deux actions en établissant entre elles une hiérarchie. Désigner l'artisan comme responsable conduirait à admettre que, le dommage ayant été commis sur le lieu de travail, il aurait été le plus apte à l'éviter. Au contraire, choisir la responsabilité des parents serait estimer que ce sont eux qui étaient les plus susceptibles d'empêcher la réalisation du dommage. Ce qui reviendrait d'ailleurs à raisonner comme si la responsabilité des parents était une responsabilité pour faute, ce qu'elle n'est pas.

Si le juge s'appuyait sur la première justification, la hiérarchie serait la suivante : l'article 1384, alinéa 6, constituerait la norme de premier rang et impliquerait que soit engagée la responsabilité de l'artisan. Tandis que l'article 1384, alinéa 4, aurait le second rang. Ainsi, l'article 1384, alinéa 6 permettrait la résolution du litige dès lors que ses conditions d'application seraient réunies c'est-à-dire qu'une faute de l'apprenti, commise pendant le temps où il était placé sous la surveillance de l'artisan, aurait été constatée. *A contrario*, si le juge choisissait la seconde justification, la hiérarchie serait inversée : la responsabilité de premier rang serait celle des parents, et celle de second rang serait celle de l'artisan. L'article 1384, alinéa 4, servirait donc de fondement à la résolution du litige. Mais, à défaut de relever la présence de ses conditions d'application, c'est la responsabilité de second rang, soit celle de l'artisan, qui devrait s'appliquer. Ces solutions, et d'autres encore, sont aujourd'hui bien présentes dans la jurisprudence, il nous faudra donc par la suite mieux les étudier pour apprécier la pertinence de l'alternative.

Pour l'heure, on retiendra que la notion d'alternative peut se définir comme la prérogative juridique qui permet au juge, par un acte unilatéral de volonté, de passer de l'une à l'autre des actions, afin de satisfaire à un intérêt particulier, et ce, en établissant une hiérarchie temporaire entre ces actions. Cette appréhension de la situation concurrentielle est alors empreinte de casuistique, puisque rien n'empêchera le juge dans une situation similaire de donner sa préférence à une autre action.

L'ordre public et l'alternative consacrent donc une hiérarchie entre les normes, en désignant la norme qu'il convient d'appliquer au litige. L'exclusivité, à laquelle il

faut à présent s'intéresser, si elle conduit aussi à écarter l'une des deux normes en concours, n'aura pas les mêmes conséquences sur la norme rejetée.

§2. L'exclusivité

357. L'exclusivité comme « outil » d'articulation. Juridiquement, le terme exclusif désigne ce qui écarte l'application normale de la règle en ne tolérant ni partage ni adjonction ni mélange[1080]. Ce terme peut aussi s'entendre, par voie de conséquence, de ce qui appartient, profite ou incombe à un seul[1081]. On parle, par exemple, des droits exclusifs du titulaire d'une marque ou des torts exclusifs qui pèsent sur un des époux au moment du divorce. On en déduit qu'une règle exclusive jouera sans partage, de manière absolue. Cette définition de l'exclusivité, assez sommaire, n'aide pas à en mesurer toute la portée. En revanche, on constate qu'il est possible de rapprocher l'exclusivité d'autres notions déjà étudiées. Cette confrontation avec des notions voisines permettra alors de mieux cerner la notion d'exclusivité (A). Pour, ensuite, apprécier les effets de l'exclusivité comme outil d'articulation des normes en concours (B).

A. Exclusivité et notions voisines : confrontation

358. Exclusivité, subsidiarité et hiérarchie. La notion d'exclusivité peut être comparée aux notions précédemment identifiées. De prime abord, exclusivité et subsidiarité connaissent un effet identique, qui est celui de l'exclusion. Néanmoins, la subsidiarité se distingue de l'exclusivité, en ce que l'exclusion à laquelle la première conduit n'est que temporaire. Selon le principe de subsidiarité, l'effet exclusif du droit spécial peut cesser pour permettre le retour du droit commun[1082]. Tandis que, dans l'exclusivité, il n'y a aucun retour possible de la règle exclue. L'exclusion prend ici le sens de la radiation ou de l'expulsion définitive. Pour la même raison, exclusivité et hiérarchie peuvent, *a priori*, être confondues, toutes deux opérant par l'exclusion de l'une des deux normes. Toutefois, l'exclusivité rejette toute idée de hiérarchie, puisqu'en théorie, tout est fait comme si une seule norme existait. Autrement dit, là où la hiérarchie implique l'idée d'une norme première et d'une norme secondaire, l'exclusivité, elle, ne conçoit même pas l'existence d'une norme secondaire.

[1080] G. CORNU (dir.), « Exclusif », *op. cit.*

[1081] *Ibid*

[1082] Cf. *supra* n° 177 s.

359. Exclusivité et autonomie. La notion d'exclusivité se rapproche aussi de celle d'autonomie, car elles traduisent toutes deux une idée d'indépendance. Cependant, il est possible, en confrontant leurs effets respectifs, de bien les distinguer. En devenant autonome, un droit peut changer de statut et passer de spécial à général, de particulier à commun. Il y a là un changement de nature qui conduit inévitablement à un changement de régime, car de prioritaire, le droit devient subsidiaire. En revanche, l'exclusivité implique uniquement un changement de régime. Le droit passe de subsidiaire ou de prioritaire à exclusif, mais sans changer de nature. L'évolution de la théorie des troubles de voisinage nous est utile pour mieux visualiser cette distinction. Dans un premier temps, la jurisprudence avait semblé conférer un caractère exclusif au régime de responsabilité pour troubles de voisinage. Par arrêt du 17 février 1993 rendu par la deuxième chambre civile, la Cour de cassation avait laissé supposer que la responsabilité pour troubles de voisinage était non seulement autonome par rapport à l'article 1382 du Code civil, mais qu'elle l'excluait également. Cette exclusivité induisait alors, pour la victime, la nécessité de prouver l'existence d'un trouble dépassant les inconvénients normaux de voisinage, sans pouvoir y échapper en prouvant la faute à l'origine de la gêne occasionnée[1083]. Toute option avec l'article 1382 du Code civil s'en trouvait donc exclue.

La jurisprudence récente est revenue sur cette position. Elle reconnaît, aujourd'hui, une faculté d'option à la victime. Dans un arrêt de la troisième chambre civile du 19 février 2003, la Cour de cassation autorise celle-ci à choisir entre rapporter la preuve d'une faute de laquelle résulte un dommage et rapporter la preuve de l'existence d'un dépassement des inconvénients normaux de voisinage[1084]. De surcroit, la jurisprudence autorise le cumul de l'action en responsabilité pour troubles de voisinage avec l'article 1384, alinéa 1er, lorsque le propriétaire du fonds et le gardien du fonds sont deux personnes différentes. C'est le cas, par exemple, lorsque le dommage se réalise au cours de travaux confiés par le propriétaire à un entrepreneur. La Cour de cassation considère ce dernier comme gardien du fonds durant l'édification des constructions jusqu'à la réception par le maître de l'ouvrage[1085]. Il est alors admis que la victime actionne le propriétaire sur le fondement de la théorie des troubles de voisinage et l'entrepreneur sur celui de l'article 1384, aliéna 1er, afin de faire prononcer contre ces responsables une condamnation *in solidum*[1086]. En définitive, les concours qui font intervenir le régime de responsabilité du fait des troubles de voisinage ne se résolvent donc pas par une application exclusive de ce texte, mais, au contraire, par une application combinée avec les autres régimes de responsabilité. La responsabilité pour troubles de voisinage, bien qu'autonome, n'est pas pour autant exclusive.

[1083] Cass. 2ème civ., 17 février 1993, *Bull. II,* n° 68 ; *JCP. G.* 1993, I. 3727, obs. G.VINEY.

[1084] Cass. 3ème civ., 19 février 2003, *Inédit,* 01-12036 ; *AJDI.* 2003, p. 377, obs. O. ABRAM.

[1085] Cass. 3ème civ., 10 décembre 1970, *Bull. III*, n° 690, p. 501.

[1086] H. SOULEAU, Note sous l'arrêt Cass. 3ème civ., 25 octobre 1972, *D.* 1973, p. 756, spéc. p. 757.

En conclusion, on gardera en mémoire que l'exclusivité se définit comme un outil d'articulation qui autorise le juge à écarter définitivement l'application d'une norme en faisant comme si celle-ci n'avait jamais existé. L'exclusivité fonctionnera donc assez simplement en suivant ce schéma.

B. Les effets de l'exclusivité

360. Concours conjoncturels et structurels complexes. Quel que soit le concours, l'exclusivité fera obstacle au droit d'option ou de cumul de la victime. L'action désignée comme exclusive sera seule applicable. Si l'on admettait que l'action en responsabilité du fait des animaux (article 1385 du Code civil) était exclusive, il faudrait en déduire que dans l'hypothèse où un animal causerait un dommage, la victime qui aurait pu établir la faute de son propriétaire ne pourrait engager sa responsabilité que sur le fondement de l'article 1385 du Code civil, sans option ni cumul possible avec l'article 1382 du même code. En outre, cet outil exclut toute hiérarchisation des normes. Il ne sera donc, ici, question ni d'alternative – le juge n'ayant pas la possibilité de choisir entre les deux normes – ni d'ordre public.

361. Concours structurels simples. Lors d'un concours structurel simple, l'exclusivité d'une norme aura deux conséquences :

- L'application prioritaire du droit spécial sera contrariée lorsque c'est la norme générale qui sera dite exclusive. Imaginons que l'article 1384, alinéa 1er soit reconnu comme étant d'usage exclusif dans son champ de compétence, c'est-à-dire en cas de responsabilité du fait des choses, alors des dispositions telles que l'article 1385 en matière de responsabilité du fait des animaux ou l'article 1386 en matière de responsabilité du fait des bâtiments en ruine ne pourraient recevoir application bien qu'elles soient des normes spéciales de responsabilité du fait des choses.

- Le recours à la norme subsidiaire sera bloqué lorsque la norme spéciale sera dite exclusive. Supposons que l'article 1386 du Code civil soit désigné comme étant exclusif. Cette qualification aurait pour conséquence que, même en dehors du champ de compétence de la disposition spéciale, à partir du moment où l'on se trouverait en présence d'un dommage causé par un bâtiment, qu'il soit en ruine ou non, l'article 1384, alinéa 1er, ne pourrait pas trouver à s'appliquer. La vocation subsidiaire de cet article serait donc remise en cause. Dans cette situation, peu importe que les conditions d'application de la norme spéciale ne soient pas toutes réunies. Seul compte le fait que l'on se trouve dans son champ de compétence théorique.

Conclusion du chapitre 2
Le fonctionnement du principe correcteur d'intérêt

362. Outils d'articulation du principe correcteur. Les outils d'articulation servent, naturellement, à garantir l'équilibre entre l'intérêt de la victime et celui du responsable.

Les deux premiers outils, l'option et le cumul, répondent à la problématique suivante : qui mieux que la victime peut satisfaire à ses propres intérêts ? Apparemment, personne. C'est pourquoi lui laisser la libre disposition de l'action à engager est la meilleure solution pour résoudre le concours lorsque le résultat attendu est en sa faveur.

Les deux autres outils, la hiérarchie et l'exclusivité suivent une autre logique. On reconnaît que, dans certaines occasions, le législateur et le juge doivent intervenir. L'explication est double : soit la victime n'est pas en mesure de défendre seule ses intérêts, soit d'autres intérêts supérieurs doivent prévaloir, notamment celui du responsable. A l'aide de ces autres modes d'articulation, il est alors possible de désigner et d'imposer l'unique norme applicable au litige.

Il ne reste plus qu'à faire usage de ces différents outils pour résoudre les concours de normes de la responsabilité civile.

Conclusion du titre 1
La recherche théorique du principe correcteur

363. Apport du principe correcteur. Les imperfections du principe directeur de subsidiarité, à vocation essentiellement technique, nous ont amenés à dégager un principe correcteur, à vocation matérielle, attaché non plus, principalement, à la résolution des concours, mais plutôt aux conséquences de l'application de telle ou telle norme sur les sujets de droit.

Un critère permet de formaliser l'objectif attendu par ce principe matériel : le critère d'intérêt. Celui-ci impose que la norme applicable au concours satisfasse à l'intérêt prévalent, celui de la victime ou celui du responsable. Pour y aboutir, le principe matériel suit deux modèles de désignation de la norme applicable :

- Celle-ci peut être librement choisie par la victime. On lui reconnaît alors un droit d'option ou de cumul.

- Celle-ci peut être imposée par le législateur ou par le juge. Ces derniers peuvent instaurer une hiérarchie ou une exclusivité entre les normes afin de désigner la seule norme applicable.

Si le premier modèle satisfait toujours à l'intérêt de la victime, le second autorise le rééquilibrage des deux intérêts en présence.

Le principe correcteur ainsi défini, il nous faut encore en apprécier les effets sur les concours de normes.

Titre 2. La mise en œuvre empirique du principe correcteur d'intérêt

364. Champ d'application du principe d'intérêt. *« Chaque fois, le plus gros de l'œuvre semble alors accompli : la découverte. C'est la partie la plus exaltante. Mais, l'expérience enseigne que le plus dur reste à faire qui consiste à déterminer le contenu du principe à travers ses applications »*[1087].

La fonction du principe d'intérêt est d'obvier aux carences du principe de subsidiarité. Or, ces dernières apparaissent à deux stades de l'emploi de ce principe. Au premier stade, on remarque que, parfois, le principe de subsidiarité ne doit pas recevoir application, alors qu'il est normalement compétent, parce que la solution à laquelle il conduit n'est pas celle recherchée. Dans ce cas, le principe d'intérêt va venir aménager le principe de subsidiarité dans la résolution des concours structurels simples (Chapitre 1). Au second stade, le principe de subsidiarité est tout simplement inapplicable. C'est à cette occasion que le principe d'intérêt va devoir dépasser les règles posées par la subsidiarité afin de résoudre les autres concours de normes – concours conjoncturels et concours structurels complexes (Chapitre 2).

C'est ainsi que, sans le savoir, le législateur, le juge et la doctrine font usage du critère d'intérêt que nous avons révélé.

[1087] M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD. civ.* 1992, p. 490, spéc. p. 518.

Chapitre 1. La résolution des concours structurels simples : l'aménagement du principe de subsidiarité

365. Corrections du principe directeur. A certains égards, l'usage du principe directeur conduit à des solutions inadaptées. De sorte que bien qu'applicable, le principe de subsidiarité ne doit pas être employé.

Il faut alors envisager, au moyen du principe correcteur, d'aménager le principe de subsidiarité dans un élan protectionniste envers la victime (section 1) ou envers le responsable (section 2).

Section 1. L'aménagement du principe de subsidiarité en faveur de la victime

366. Aménagement par l'option. La nécessité d'aménager le principe de subsidiarité est inhérente à deux phénomènes.

Tout d'abord, il se peut que la norme spéciale, défavorable à la victime, soit le fruit d'une directive européenne. Le législateur français, contraint de transposer ces directives dans l'ordre interne, est aussi tenu d'en conserver le sens. Dès lors, si la norme spéciale issue de la directive est moins protectrice que la norme générale de droit interne, la victime en souffrira inévitablement. Pour éviter l'abaissement du niveau de protection accordée à la victime, le législateur européen prévoit parfois de donner au législateur français la possibilité de conserver, en partie, l'emploi de ses règles de droit interne. Pour cela, une option est laissée à la victime entre la norme spéciale nouvelle, transposition du droit de l'Union européenne, et les normes de droit commun interne (§1).

Ensuite, au gré du renouvellement des normes de la responsabilité civile extracontractuelle, il arrive qu'il faille défendre la victime contre les législations de droit interne. C'est le cas lorsque certaines normes spéciales, à l'origine créées en faveur de la victime, se retrouvent en concours avec des normes générales nouvelles encore plus protectrices. Si l'on suit le principe de subsidiarité, la nature de ces normes – normes générales – fait qu'elles ne seront pas applicables au litige, c'est donc la norme spéciale ancienne, plus rigoureuse, qui devra être prioritaire. C'est à cette occasion que l'on projette, de nouveau, de recourir à l'option pour remédier aux défauts de la législation spéciale (§2).

§1. L'option au secours des victimes d'une législation européenne trop rigoureuse

367. Faculté d'option donnée à la victime. Certaines dispositions provenant de la transposition de directives européennes organisent une faculté d'option pour la victime. Ainsi, le nouvel article L. 211-13 du Code de la consommation résultant de l'ordonnance du 17 février 2005 relative à la garantie de conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur, qui transpose la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, dispose que l'action en responsabilité pour défaut de conformité ne prive pas l'acheteur du droit d'exercer l'action en garantie des vices cachés ou toute autre action de nature contractuelle ou extracontractuelle qui lui est reconnue par la loi. Cette législation suit le modèle posé par la loi du 19 mai 1998 sur la responsabilité du

fait des produits défectueux qui laisse dans son article 1386-18 une faculté d'option à la victime.

Or, il se trouve que c'est dans ce domaine des produits défectueux que la question de l'option a été la plus débattue. Il est donc impératif de se consacrer à l'étude de ce régime de responsabilité pour mieux comprendre les enjeux de l'option.

Avant d'en venir au cœur du problème, il est indispensable de dresser un état des lieux des problématiques posées par la transposition en droit interne de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux (A). Une fois cet état des lieux réalisé, il sera possible d'identifier, avec plus de précision, les termes de l'option envisagés par ce régime spécial (B), et de s'interroger sur la coexistence des différents régimes de responsabilités antérieurs et postérieurs à la directive (C).

A. Prolégomènes : la transposition du régime spécial de responsabilité du fait des produits défectueux

368. Du droit commun au droit de l'Union européenne : aller et retour. La responsabilité du fait des produits défectueux offre une illustration plutôt saisissante de la possibilité pour le législateur d'octroyer une faculté d'option à la victime, alors même que le principe de subsidiarité aurait pu s'appliquer.

A l'origine, et en l'absence d'un dispositif spécial, les victimes d'un produit défectueux se tournaient vers le droit commun pour obtenir réparation de leurs préjudices[1088]. Selon qu'elles avaient ou non contracté avec la personne dont elles cherchaient à engager la responsabilité, elles étaient susceptibles de faire usage de règles différentes. Dans le premier cas, les victimes se plaçaient sur le terrain des articles 1641 et suivants du Code civil, en invoquant, le plus souvent, la garantie des vices cachés dans la vente ou l'obligation de renseignement des fabricants et vendeurs[1089]. Dans le second cas, en l'absence de tout lien contractuel, la jurisprudence s'appuyait sur les dispositions des articles 1382 et 1384, alinéa 1er, du Code civil[1090].

[1088] V. *supra* n° 48.

[1089] V. pour des illustrations : A propos de l'utilisation de la garantie des vices cachés : Cass. 1ère civ., 24 novembre 1954, *Bull. I,* n° 338 ; *JCP. G.* 1955, II. 8565, note H.B. ; Cass. 1ère civ., 19 janvier 1965, *Bull. I,* n° 52 ; *D.* 1965, p. 389 ; Cass. 2ème civ., 30 novembre 1988, *Bull. II,* n° 240 ; *RTD. civ.* 1989, p. 324, note P. JOURDAIN. A propos de l'emploi de l'obligation de renseignement : Cass. 1ère civ., 9 décembre 1975, *JCP. G.* 1977, II. 18588 (2ème espèce), note Ph. MALINVAUD ; Cass. 2ème civ., 27 avril 1977, *Bull. II,* n° 108 ; Cass. 1ère civ., 11 décembre 1990, *Bull. I,* n° 289.

[1090] La difficulté porta notamment sur la détermination de la qualité de gardien avec l'application de la distinction entre la garde de la structure et la garde du comportement : pour exemple Cass. 2ème civ., 14 novembre 1979, *Bull. II*, n° 262 ; *D.* 1980, p. 325, note Ch. LARROUMET ; *RTD. civ.* 1980, p. 358, note G. DURRY.

C'est dans ce contexte qu'une réflexion s'engagea au niveau communautaire, en vue d'harmoniser la législation des Etats membres sur la responsabilité du fait des produits défectueux, dont la directive du 25 juillet 1985 marqua l'aboutissement[1091]. Ce texte introduit un dispositif de responsabilité objective pesant sur la seule tête du producteur. Il se caractérise, notamment, par l'adoption d'une définition extensive de la notion de défaut de sécurité ouvrant droit à réparation, par la consécration d'une cause d'exonération inédite en droit français – le risque de développement –, par un régime transcendant les deux ordres de responsabilité et par l'institution d'un délai de péremption de la responsabilité objective. La finalité de cette directive n'était alors pas uniquement la protection du consommateur, mais aussi l'assainissement de la concurrence entre les producteurs moyennant une uniformisation des règles de responsabilité applicables[1092].

Plus de dix années s'écoulèrent avant la transposition de la directive en France, par la loi du 19 mai 1998[1093]. Durant cette période de latence et devant l'inertie

---

[1091] Sur ce texte, voir notamment : J. GHESTIN, « La directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux », *D*. 1986, chr. p. 135 ; Y. MARKOVITS, *La directive CEE du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, Bibliothèque de droit privé, t. 211, préface de J. Ghestin, LGDJ, 1990 ; S. TAYLOR, *L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux, Etude comparative du droit anglais et du droit français*, préface de G. Viney, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 319, 1999 ; J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits, Etude de droit comparé*, préface de G. Viney, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 428, 2004.

[1092] L'exposé des motifs de la directive montre bien que son objectif principal est la réalisation du marché intérieur. Le premier considérant est formulé de la manière suivante : « *considérant qu'un rapprochement des législations des Etats membres en matière de responsabilité du producteur (…) est nécessaire du fait que leur disparité est susceptible de fausser la concurrence, d'affecter la libre circulation des marchandises et d'entraîner des différences dans le niveau de protection du consommateur contre les dommages causés à sa santé, à ses biens par un produit défectueux* ». De plus, selon la Cour de justice des Communautés européennes, la directive a été adoptée sur le fondement de l'article 100 du Traité CEE (aujourd'hui article 115 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), or, cette base juridique servant à arrêter les directives marché intérieur, ne laisse aux Etats membres aucune marge d'appréciation et ne prévoit pas, à l'inverse de l'article 100-A du Traité CEE (aujourd'hui art. 114 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne), que les mesures d'harmonisation prennent pour base un niveau de protection élevé : CJCE., 25 avril 2002, *D.* 2002, p. 1670, obs. C. RONDEY ; *Ibid* p. 2462, obs. Ch. LARROUMET ; *Ibid,* som. p. 2936, obs. J.-P. PIZZIO ; *RTD. civ.* 2002, p. 523, obs. P. JOURDAIN ; *Ibid*, p. 868, obs. J. RAYNARD ; *D.* 2003, som. p. 463, obs. D. MAZEAUD.V. également, G. VINEY, « L'interprétation par la CJCE de la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux », *JCP. G.* 2002, I. 177 ; J. CALAIS-AULOY, « Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel », *D.* 2002, chr., p. 2458 ; Ph. BRUN, « La directive du 25 juillet 1985, le législateur français et la commission européenne : propos désabusé sur la réalisation d'un marché de dupes », *in Mélanges B. DUTOIT,* Librairie Droz, Genève, 2002, p. 21.

[1093] V. sur cette loi : J. GHESTIN, « Le nouveau titre IV bis du livre III du Code civil "De la responsabilité du fait des produits défectueux", l'application française de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux après l'adoption de la loi 98-389 du 19 mai 1998 », *JCP. G.* 1998 I. 148 ; Ch. LARROUMET, « La responsabilité du fait des produits défectueux après la loi du 19 mai 1998 », *D.* 1998, chr., p. 311 ; F.-X. TESTU et J.-H. MOITRY, « La responsabilité du fait des produits défectueux, commentaire de la loi 98-389 du 19 mai 1998 », *D. Aff*. 1998, sup. n° 125, p. 3 ; G. VINEY, « L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985 relative à la

du législateur français, les juges ont alors entrepris de pallier ce défaut de transposition en interprétant le droit de la responsabilité civile à la lumière de la directive[1094]. La jurisprudence a mis à la charge des fabricants et des vendeurs une obligation de sécurité, consistant à fournir des produits exempts de tout vice ou de tout défaut de fabrication de nature à créer un danger pour les personnes ou pour les biens, distincte de l'obligation de garantie des vices cachés. Obligation de sécurité dont le bénéfice a ensuite été étendu aux tiers[1095].

Plusieurs facteurs sont à prendre en compte pour expliquer ce retard dans la transposition. Parmi les plus évidents, on note l'ambition trop grande du projet initial qui ne se contenta pas de la transposition de la directive, déjà délicate, mais chercha, en plus, à réformer la garantie des vices cachés, ainsi que l'opposition parlementaire entre les partisans d'« *une exception juridique française* », affirmant la nécessité de protéger le consommateur français et ceux plus soucieux de voir les producteurs français logés à la même enseigne que leurs concurrents européens[1096]. En analysant de plus près ce dernier facteur de retard, on comprend que c'est surtout l'exonération pour risque de développement qui posa de nombreuses difficultés[1097], la directive laissant le choix aux Etats membres de la maintenir ou non dans leur législation. Cette cause d'exonération, traditionnellement ignorée du droit français

---

responsabilité du fait des produits défectueux », *D.* 1998, chr. p. 292 ; P. JOURDAIN, « Commentaire de la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux », *JCP. N.* 1999, p. 1089 ; M. BACACHE, « La loi n° 98-398 du 19 mai 1998, 10 ans après », *Resp. civ. Ass*. 2008, étude n° 7 ; Y. LAMBERT-FAIVRE et S. PORCHY-SIMON, *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, Précis droit privé, Dalloz, 6ème éd., 2009, p. 859, spéc. n° 650 ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Manuel Litec, 2ème éd., 2009, p. 481 s., n° 726 s. ; Ph. MALINVAUD et D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Manuel, Litec, 11ème éd., 2010, p. 529 s., n° 682 s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL MUNCK, *Les obligations*, Droit civil, Defrénois, 4ème éd. 2009, p. 165 s., n° 300 s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 10ème éd., 2009, p. 989, spéc. n° 986 ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations,* Dalloz, Cours, droit privé, 9ème éd., 2010, p. 219 s., n° 277 s.

[1094] V. notamment, Cass. 1ère civ., 20 mars 1989, *Bull. I,* n° 134 ; *Resp. civ. Ass.* 1989, comm. n° 230 ; *D.* 1989, p. 381, note Ph. MALAURIE ; *RTD. civ.* 1989, p. 756, obs. P. JOURDAIN ; Cass. 1ère civ., 22 janvier 1991, *Bull. I*, n° 30 ; *RTD. civ.* 1991, p. 539, obs. P. JOURDAIN ; Cass. 1ère civ., 11 juin 1991, *Bull. I*, n° 201 ; *D.* 1993, som. p. 241, obs. O. TOURNAFOND ; *JCP.G*. 1992, I. 3572, p. 158, obs. G. VINEY ; *RTD. civ.* 1992, p. 114, obs. P. JOURDAIN ; *GAJC* n° 250-251 ; Cass. 1ère civ., 3 mars 1998, *Bull. I*, n° 95 ; *D.* 1999, p. 36, note G. PIGNARRE et Ph. BRUN ; *JCP.G*. 1998, II. 10049, rapp. P. SARGOS ; *Ibid*, I., 144, obs. G. VINEY ; *RTD. civ.* 1998, p.683, obs. P. JOURDAIN ; Cass. civ., 1ère, 28 avril 1998, *Bull. I*, n° 158 ; *JCP. G.* 1998, II. 10008, rapp. P. SARGOS ; *ibid,* I. 185, obs. G. VINEY ; *RTD. civ.* 1998, p. 684, obs. P. JOURDAIN.

[1095] Cass. 1ère civ., 17 janvier 1995, précité. V aussi, P. SARGOS, « Débat autour de l'arrêt de la première chambre civile du 17 janvier 1995 », *in La responsabilité du fait des choses, Réflexions autour d'un centenaire*, F. Leduc (dir.), Economica 1997, p. 91, spéc. p. 91 à 94 et 99 à 101.

[1096] V. sur ce point, Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 481, n° 726.

[1097] Selon l'article 1386-11 4ème : le producteur n'est plus responsable lorsqu'il prouve « *que l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut* ».

car trop rigoureuse pour la victime, permet au producteur de s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'il ignorait, au moment de la mise en circulation du produit, l'existence du défaut et que cette ignorance était inévitable. *A contrario*, selon le droit commun, le vice, même indécelable de la chose, n'est pas une cause étrangère exonératoire en raison de l'absence d'extériorité de cause par rapport au responsable[1098].

Si le législateur a finalement fait le choix de conserver cette cause d'exonération afin de préserver la compétitivité des entreprises françaises par rapport à leurs homologues européens et par souci de ne pas freiner la recherche et l'innovation, il a, néanmoins, consacré la faculté d'option proposée par l'article 13 de la directive pour maintenir l'équilibre entre les intérêts des producteurs responsables et ceux de la victime. L'article 1386-18 du Code civil prévoit ainsi que les dispositions de la loi du 19 mai 1998 « *ne portent pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extra contractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité* ». La victime bénéficie donc *a priori* d'une option entre plusieurs régimes de responsabilité : responsabilité de droit commun, contractuelle et délictuelle, et responsabilité du fait des produits défectueux comme prévue par la loi de 1998.

D'apparence simple, les termes de l'option posés par la loi prêtent pourtant à interprétation.

B. L'interprétation des termes de l'option

369. Option ou subsidiarité. Selon l'article 1386-18, la victime dispose d'une option entre plusieurs régimes de responsabilité, notamment, dans le cadre de la responsabilité civile extracontractuelle, entre les articles 1382 et 1384, alinéa 1er, du Code civil et la loi de 1998.

Dans l'hypothèse du concours entre l'article 1382 du Code civil et la loi de 1998, le recours à l'option est facilement justifiable, puisqu'il n'existe pas de relation de genre à espèce entre ces deux dispositions, la première concernant un fait personnel et la seconde un fait des choses : le principe de subsidiarité n'a donc pas à s'appliquer.

Au contraire, entre la loi de 1998 et l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, le principe de subsidiarité paraît être applicable. La responsabilité du fait des produits défectueux constitue une espèce de responsabilité du fait des choses. La présence des caractéristiques du concours structurel est avérée : un rapport de spécialité (champ d'application commun des deux normes) et un rapport de concurrence (l'un

---

[1098] Cass. 2ème civ., 15 juin 1972, *Bull. II,* n° 187 ; *D*. 1973, p. 319, note M. DESPAX. Selon la jurisprudence, le vice interne de la chose dont répond le débiteur, s'il n'est pas extérieur au responsable, n'a aucune vertu exonératoire, fût-il indécelable.

admettant, par exemple, comme cause d'exonération le risque de développement refusé par l'autre régime). Concernant la troisième condition – l'existence d'un répondant unique –, l'application du principe de subsidiarité entre le régime spécial de responsabilité du fait des produits défectueux et le régime général de responsabilité du fait des choses s'envisage notamment au regard de la possibilité, aujourd'hui affirmée par la jurisprudence, d'avoir pour un même objet deux gardiens différents. La jurisprudence reconnaît ainsi que l'on peut dissocier entre la garde de la structure et la garde du comportement[1099]. Selon cette théorie, le titulaire des pouvoirs d'usage, de direction et de contrôle sur la chose ne doit répondre que des dommages trouvant leur cause dans l'usage ou le maniement qu'il en fait, en sa qualité de gardien du comportement. Quant à la garde de la structure, elle est attribuée à la personne la plus apte à prévenir et à éviter les dommages (dommages trouvant leur origine dans les caractéristiques internes de la chose), c'est-à-dire non seulement au propriétaire de la chose[1100], mais également au fabricant[1101]. Il en résulte que la responsabilité du fait des choses alloue à la victime la possibilité d'agir à l'encontre du fabricant ou du vendeur professionnel en leur qualité de gardien de la structure, tandis que la loi de 1998 l'autorise à agir contre ces mêmes personnes, mais sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux. Un seul responsable peut donc être désigné.

Ses conditions d'application étant réunies, le principe de subsidiarité est bien applicable. Pourtant, c'est une faculté d'option qui est reconnue à la victime.

370. Interprétation de l'option par la CJCE : le critère du fondement. C'est à la Cour de justice des communautés européennes qu'a été dévolue la tâche de préciser le sens de l'article 13 de la directive (article dont les dispositions ont permis la rédaction de l'article 1386-18 de la loi du 19 mai 1998). Saisi d'un litige à propos de l'indemnisation d'un préjudice consécutif à une transfusion sanguine, un juge espagnol posa à la Cour de justice des communautés européennes une question préjudicielle relative à l'interprétation de cet article 13. Il s'enquit de la faculté donnée à la victime d'écarter les dispositions de la loi de transposition au profit de celles, plus favorables, issues de la loi espagnole du 19 juillet 1984 relative à la protection des consommateurs. La Cour de justice des communautés européennes y répondit par la formule suivante : l'article 13 de la directive « *doit être interprété en ce sens que les droits conférés par le législateur d'un Etat membre aux victimes d'un dommage causé par un produit défectueux, au titre d'un régime général de responsabilité ayant le même*

[1099] Cass. 2ème civ., 5 janvier 1956, *Bull. II,* n° 2 ; *D.* 1957, p. 261, note R. RODIERE ; *JCP. G.* 1956, II. 9095 note R. SAVATIER ; *GAJC* n° 196 ; Cass. 2ème civ., 20 juin 1960, *D.* 1960, p. 609, note R. RODIERE ; *JCP. G.* 1960, II. 11824, note P. ESMEIN.

[1100] Cass. civ. 2ème 12 octobre 2000, *Inédit* n° 99-10734 ; *JCP.G.* 2001, I. 338, obs. G. VINEY ; *RTD. civ.* 2001, p. 371, obs. P. JOURDAIN ; Cass. civ. 2ème, 11 avril 2002, *Bull. II*, n° 72 ; *RTD. civ.* 2002, p. 519, obs. P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass.* 2002, chr., n° 9, H. GROUTEL.

[1101] Cass. 2ème civ., 5 juin 1971, *Bull. II*, n° 204 ; Cass. 1ère civ., 20 mars 1989, *Bull. I,* n° 134 ; *Resp. civ. Ass.* 1989, comm. n° 230 ; *D*. 1989, p. 381, note Ph. MALAURIE ; *RTD. civ.* 1989, p. 756, obs. P. JOURDAIN.

fondement que celui mis en place par la directive, peuvent se trouver limités ou restreints à la suite de la transposition de celle-ci dans l'ordre juridique interne dudit Etat »[1102]. Par cette lecture de l'article 13, la Cour opère une distinction entre les régimes généraux, en indiquant que la faculté d'option ne subsiste qu'à l'égard de ceux qui auraient un fondement distinct de celui sur lequel s'appuie la directive du 25 juillet 1985. L'interprétation proposée par la Cour remet en cause les voies ouvertes à la victime pour son indemnisation, aussi bien sur le plan des régimes contractuels de responsabilité, sur lesquels nous ne nous attarderons pas, que sur le plan des régimes extracontractuels, sur lesquels nous allons porter notre attention.

371. Fondement de la directive. A la suite de cette décision, la question se pose de savoir si la victime dispose toujours d'une option entre la loi de 1998 et les articles 1382 et 1384 du Code civil. Pour y répondre, il nous faut vérifier si ces deux derniers articles connaissent un fondement différent de celui de la responsabilité du fait des produits défectueux.

Le « *défaut de sécurité du produit* » semble être le fondement de la responsabilité instituée par la directive[1103]. C'est donc celui que nous adopterons pour cette étude. En effet, l'article 1386-1 du Code civil dispose ainsi que « *le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de produit (…)* » et l'article 1386-4 prévoit lui que le « *produit est défectueux (…) lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre* (…) ». Toutefois, rien n'étant tranché sur ce point, les développements qui vont suivre seront nécessairement teintés d'incertitude. En effet, « *qui peut dire assurément sur quel fondement s'assoit le texte de droit communautaire ?* »[1104] Par exemple,

---

[1102] CJCE., 25 avril 2002, *D.* 2002, p. 1670, obs. C. RONDEY ; *Ibid* p. 2462, obs. Ch. LARROUMET ; *Ibid,* som. p. 2936, obs. J.-P. PIZZIO ; *D.* 2003, som. p. 463, obs. D. MAZEAUD ; *RTD. civ.* 2002, p. 523, obs. P. JOURDAIN ; *Ibid*, p. 868, obs. J. RAYNARD V. également, G. VINEY, « L'interprétation par la CJCE de la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux », *JCP. G.* 2002, I. 177 ; J. CALAIS-AULOY, « Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel », *D.* 2002, chr., p. 2458 ; Ph. BRUN, « La directive du 25 juillet 1985, le législateur français et la commission européenne : propos désabusé sur la réalisation d'un marché de dupes », *in Mélanges B. DUTOIT,* Librairie Droz, Genève, 2002, p. 21.

[1103] V. dans le même sens : M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Droit civil, Economica, T. V., 1ère éd., 2007, p. 690 s., n° 613 ; T. RIEHM, « Produits défectueux : quel avenir pour les droits communs ? », *D.* 2007, p. 2749, spéc. n° 24 et 25 ; J.-S. BORGHETTI, « La responsabilité du fait des produits défectueux s'invite au Conseil d'Etat », *D.* 2011, p. 213, spéc. p. 217. On constate d'ailleurs qu'à la suite de la décision de 2002 de la Cour de justice des communautés européennes, la Cour de cassation a admis que la victime ne pouvait se prévaloir de la responsabilité de droit commun assise sur l'obligation de sécurité, celle-ci ayant le même fondement que la responsabilité du fait des produits défectueux. Voir, pour une application de cette interdiction, Cass. 1ère civ., 15 mai 2007, *Bull. I*, n° 186 ; *RTD. civ.* 2007, p. 580, obs. P. JOURDAIN ; Cass. com., 26 mai 2010, Bull. IV, n° 99 ; *Resp. civ. Ass*., 2010, comm. n° 256 ; RTD. civ. 2010, p. 790, note P. JOURDAIN ; RDC. 2010, p. 1265, note S. CARVAL. Dans cet arrêt la Cour de cassation rappelle que « *le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux exclut l'application d'autres régimes de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle de droit commun fondés sur le défaut d'un produit qui n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre* ».

[1104] J. RAYNARD, obs. sous CJCE., 25 avril 2002, précitée, spéc. p. 871.

pour M. Jacques Raynard, ce régime, ne procédant ni d'une responsabilité fondée sur la faute ni de la garantie des vices, reposerait peut être sur le risque, le profit, la garantie, la solidarité, la compassion, *etc*., ou, finalement, « *sur le simple fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux, excluant par la même tout régime qui usurperait cette qualité, sinon cette appellation* »[1105].

372. Option entre l'article 1382 et la directive. Concernant le concours, entre la loi de 1998 et l'article 1382 du Code civil, c'est la Cour de justice des communautés européennes qui a elle-même constaté l'absence de fondement commun entre ces deux régimes de responsabilité. Elle a décidé que « *le régime mis en place par la directive n'exclut pas l'application d'autres régimes reposant sur des fondements différents tels que la garantie des vices cachés ou la faute* ». Ainsi, à la lumière de cette solution, il apparaît que la victime dispose toujours de la possibilité d'opter pour le régime issu de l'article 1382 du Code civil. Demeure la question de la nature de la faute dont elle pourra se prévaloir. Deux solutions doivent être examinées.

D'une part, on pourrait imaginer qu'elle puisse se fonder sur la violation de l'obligation de sécurité de résultat. Le manquement du débiteur à cette obligation constituerait une faute[1106]. Faute contractuelle envers le contractant victime[1107] ou faute délictuelle lorsque la victime est un tiers[1108]. Cependant, il n'est pas certain qu'une telle solution soit acceptée par la Cour de justice de l'Union européenne, l'obligation de sécurité de résultat ayant manifestement le même fondement que la responsabilité du fait des produits défectueux[1109]. M. Jourdain va même jusqu'à penser que le recours à l'obligation de sécurité de résultat serait impossible dès lors que l'on serait en présence de produits défectueux, et ce, même si la directive n'est plus applicable[1110]. Ainsi, le fournisseur, qui n'est pourtant pas visé à titre principal par la directive, ne pourrait voir sa responsabilité recherchée sur ce fondement. Pour l'auteur, la justification serait double. Premièrement, le régime de la responsabilité de droit commun est plus lourd que celui des producteurs, prévu par la directive, au regard notamment des causes d'exonération plus étroites et des délais d'action plus longs. Or, il *« serait incongru de laisser subsister un régime de responsabilité des fournisseurs plus strict que celui que la directive a explicitement écarté en permettant ainsi*

[1105] *Ibid.*

[1106] V. pour une réflexion sur ce point, G. VINEY, art. précité ; J. CALAIS-AULOY, art. précité ; P. JOURDAIN, *RTD. civ.* 2002, p. 523, obs. sous CJCE., 25 avril 2002 ; J.- S. BORGHETTI, *RDC.* 2006, p. 835, obs. sous CJCE. 10 janvier et 14 mars 2006.

[1107] Cass. 2ème civ., 6 mars 2003, *Bull. II*, n° 57 ; *RTD. civ.* 2003, p. 310, obs. P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass*. 2003, comm. n° 200, obs. H. GROUTEL ; *D.* 2003, IR, p. 867 ; Cass. 2ème civ., 9 octobre 2003, *Bull. II*, n° 294 ; *D.* 2003, IR, p. 2550 ; *Resp. civ. Ass*. comm. n° 37, obs. H. GROUTEL.

[1108] Cass. 1ère civ., 13 février 2001, *Bull. I*, n° 35 ; *RTD. civ.* 2001, p. 367, obs. P. JOURDAIN ; Cass. 2ème civ., 25 janvier 2007, précité.

[1109] V. CJCE., 25 avril 2002, obs. précitées.

[1110] P. JOURDAIN, « La directive du 25 juillet 1985 s'oppose à ce que le fournisseur réponde du producteur lorsque celui-ci est responsable sans faute », obs. sous la décision de la CJCE. du 10 janvier 2006, *RTD. civ*. 2006, p. 333.

au droit commun d'en trahir au moins l'esprit »[1111]. Deuxièmement, « *il semblerait artificiel de vouloir cantonner à la responsabilité des producteurs l'interdiction communautaire de maintien d'un régime de droit commun, alors que c'est manifestement la responsabilité du fait des produits défectueux en son entier que la directive a entendu régir, y compris celle des fournisseurs en refusant de leur appliquer la responsabilité sans faute pesant sur les producteurs* »[1112].

D'autre part, on pourrait penser que la victime puisse s'appuyer sur le manquement à une obligation de vigilance. C'est d'ailleurs cette voie que semble suivre la jurisprudence. Dans deux espèces, le Distilbène, médicament préconisé dans la lutte contre les fausses couches et fabriqué par la société UCB Pharma, avait été prescrit à des femmes enceintes, tout au long de leur grossesse, l'une en 1968 et l'autre en 1973. Ayant été exposés *in utero* à ce médicament, les enfants devenus adultes développèrent un adénocarcinome[1113]. Dans deux arrêts du 7 mars 2006 les concernant, la Cour de cassation approuva la cour d'appel de Versailles d'avoir accueilli l'action délictuelle des tiers contre le fabricant du médicament, au motif que ce dernier avait manqué à son obligation de vigilance[1114]. Elle constata à cette fin que dès les années 1953-1954, le risque carcinogène était connu, sans que la société UCB Pharma ait pris une mesure.

Cette solution est d'autant plus intéressante qu'en l'espèce la loi de 1998 n'était pas applicable, les produits à l'origine du dommage ayant été mis en circulation avant l'entrée en vigueur de la loi. Or, plutôt que d'employer, comme elle le fait généralement, l'obligation de sécurité résultat, la Cour de cassation a innové en retenant le manquement à l'obligation de vigilance en suivant la voie tracée par la cour d'appel. De ce fait, elle a révélé sa volonté « *d'anticiper l'avenir et de rechercher un substitut efficace pour les victimes de dommages causés après l'entrée en vigueur de la loi* »[1115]. On en déduit que la victime pourra se prévaloir de l'obligation de vigilance en se fondant sur l'article 1382 du Code civil[1116].

[1111] *Ibid.*

[1112] *Ibid*

[1113] Cass. 1ère civ., 7 mars 2006 (2 arrêts), *Bull. I*, n° 142 et 143 ; *Resp. civ. Ass.* 2006, comm. n° 164, obs. C. RADE ; *RTD. civ.* 2006, p. 565 s., obs. P. JOURDAIN ; *Ibid*, p. 906, B. BOULOC ; *JCP. G.* 2006, I. 166, chr., obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *Lamy droit civil* 2006, n° 26, p. 22, note C. KLEITZ ; *Médecine et droit* 2007, p. 33, M.-F. DELHOSTE ; *GP.* 11 mars 2009, p. 56, C. LEQUILLERIER.

[1114] Versailles, 30 avril 2004 (deux arrêts), *D.* 2004, p. 2071, note A. GOSSEMENT ; *Resp. civ. Ass.* 2004, chr. 22, obs. C. RADE ; *LPA.* 22 juin 2005, p. 22, note P.-L. NIEL.

[1115] M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 688, n° 611.

[1116] Pour une autre application de cette obligation : Cass. 1ère civ., 24 janvier 2006, *Bull. I*, n° 34 ; *JCP.G.*, 2006, I. 166, chr., obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *ibid*, II. 10082, note L. GRYNBAUM ; *D.* 2006, *pan.* p. 1929, obs. Ph. BRUN, P. JOURDAIN ; *LP.A.* 13 juillet 2006, p. 10, note J.-D. SARCELET ; *Rev. Drt san. et soc.*, 2006, p. 495, note J. PEIGNE ; *Lamy drt. civ.*, 2006, n° 26, p. 22, note C. KLEITZ ; *ibid*, n° 27, p. 13, noteA.REGNIAULT, J.-A., ROBERT ; *RTD. civ.*, 2006, p. 323, note P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass.*, 2006, p. 15, note C. RADE : « *en relevant que le rapport de M. Y... avait souligné, dès 1980, la nécessité impérative de prendre toutes les précautions dans l'extraction, la purification et la composition des hormones de croissance et que, malgré ce rapport, les précautions recommandées n'avaient pas été suivies d'effet* »,la cour d'appel«*a pu*

373. Option entre l'article 1384, alinéa 1er et la loi de 1998. Concernant la responsabilité du fait des choses, force est de constater que la question du fondement distinct n'est pas aussi clairement tranchée. Si l'option est envisageable en théorie, est-elle accordée en pratique à la victime ? La réponse à cette interrogation nécessite de vérifier au préalable si la responsabilité du fait des choses repose sur le même fondement que la directive, à savoir le défaut de sécurité du produit. Pour Mme Bacache-Gibeili, une réponse positive pourrait découler de l'exigence jurisprudentielle d'une preuve de la défectuosité de la chose inerte à l'origine du dommage.Elle remarque, néanmoins, que le caractère défectueux de la chose n'est qu'un indice de causalité comme peut l'être la position anormale de celle-ci. Cet élément n'est donc pas déterminant, d'autant que la preuve de la défectuosité de la chose n'est exigée qu'en présence de dommages causés par des choses inertes et non pour les choses en mouvement[1117]. C'est pourquoi elle en déduit que la responsabilité du fait des choses n'est pas fondée sur le défaut de sécurité des produits. Cette responsabilité reposerait simplement sur la garde de la chose. En conséquence, à défaut de fondement commun, la victime devrait pouvoir bénéficier d'une option entre le régime de l'article 1384, alinéa 1er, et celui de la loi de 1998[1118].

Finalement, par l'article 1386-18 du Code civil, le législateur reconnaît une faculté d'option à la victime dans le cas où le principe de subsidiarité est inapplicable (concours entre les dispositions de l'article 1382 du Code civil et celles de la loi de 1998), mais surtout, il admet tout autant cette faculté dans l'hypothèse où le principe de subsidiarité aurait pu jouer, l'intérêt de la victime le nécessitant.

C. La coexistence des différents régimes de responsabilité.

374. Produits en circulation avant la directive. Outre les cas dans lesquels l'option est prévue par la directive, d'autres situations conduisent nécessairement à la coexistence de plusieurs régimes de responsabilité. En effet, dans la mesure où la directive ne vaut que pour les dommages causés par des produits mis en circulation après son entrée en vigueur, soit le 21 mai 1998, les tribunaux peuvent avoir à connaître d'affaires dans lesquelles les produits ont été mis sur le marché bien avant cette date. Il se pose alors nécessairement la question de l'application des règles émises par la jurisprudence avant la loi de 1998. Il se trouve que le juge français a l'obligation d'interpréter le droit interne à la lumière de la directive lorsque les faits dont il est saisi sont postérieurs au délai de transposition de la directive[1119]. La Cour

---

en déduire l'existence d'un lien de causalité certain et direct entre les manquements à la prudence imputés à l'institut Pasteur et le préjudice de contamination subi par Pascale X ».

[1117]M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.*, p. 691, n° 613.

[1118] V. J. CALAIS-AULOY, art. précité ; J. RAYNARD, obs. précitée ; J.-P. PIZZIO, obs. précitée.

[1119] Soit le 30 juillet 1988. Sur cette obligation en générale : CJCE., 10 avril 1984, *Rec*. p. 1891 et 1921 ; CJCE., 13 novembre 1990, *Rec.* p. 4135 ; *JCP.G.* 1990, II. 22658, note P. LEVEL ; CJCE., 16 décembre 1993, *Rec*. p. 6911 ; CJCE., 14 juillet 1994, *JCP.G.* 1994, II. 22358, note P. LEVEL. Sur l'application de

de cassation le rappelle dans un arrêt datant du 15 mai 2007. Dans les faits, un homme avait été victime d'un incendie provoqué par son téléviseur le 17 mai 1998. Il avait alors assigné en responsabilité la société qui le lui avait fourni arguant du défaut de sécurité du produit. La Cour de cassation souligne que les juges du fond avaient justement constaté que la société n'était que le fournisseur de l'appareil litigieux et non son fabricant. En conséquence, la cour d'appel, en faisant « *application des méthodes reconnues par le droit national, n'a fait qu'interpréter, comme cela lui incombait, l'article 1147 du Code civil à la lumière de la Directive 85/374/CEE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, en vue d'atteindre le résultat recherché par la norme communautaire, dans un litige relevant du domaine d'application de cette directive, non encore transposée, et né de faits postérieurs à l'expiration du délai de transposition* ». Elle a alors « *décidé à bon droit que l'action en responsabilité contractuelle fondée sur le texte de droit interne était irrecevable à l'encontre du fournisseur* »[1120]. De plus, dans cet arrêt, la Cour de cassation semble étendre la portée de la directive puisqu'elle en applique les effets dans une hypothèse où la responsabilité du vendeur est recherchée sur le terrain du droit commun en s'appuyant pour ce faire sur l'obligation d'interpréter le droit national à la lumière de la directive.

Au regard de ces éléments, il apparaît que la directive, même en dehors de son champ d'application temporel, refoule, au moins en partie, le droit commun de la responsabilité.

L'option, si ses termes ne sont pas trop réduits, est un bon outil pour aménager les solutions auxquelles pourrait conduire une application trop rigoureuse de la législation européenne spéciale. Un objectif identique peut alors échoir à l'option lorsque c'est la législation interne qui est problématique.

---

cette obligation par la Cour de cassation en matière de responsabilité du fait des produits défectueux : Cass. 1ère civ., 28 avril 1998, *Bull. I*, n° 158 ; *JCP. G.* 1998, II. 10008, rapp. P. SARGOS ; *ibid,* I. 185, obs. G. VINEY ; *RTD. civ.* 1998, p. 684, obs. P. JOURDAIN. La Cour rappelle cette obligation dans son visa : « *Vu les articles 1147 et 1384, alinéa 1er, du Code civil interprétés à la lumière de la directive CEE n° 85/374 du 25 juillet 1985* ».

[1120] Cass. 1ère civ., 15 mai 2007, *Bull. I*, n° 186 ; *RTD. civ.* 2007, p. 580, obs. P. JOURDAIN, *D.* 2007, pan. p. 2897, note Ph. BRUN.

§2. L'option au secours des victimes d'une législation française trop rigoureuse

375. Actions périmées ou inopportunes. En principe, l'abrogation des dispositions paraît la meilleure des solutions pour remédier à l'existence d'actions périmées ou inopportunes. Toutefois, on sait que cette abrogation peut être longue à venir. Conscients de cela, certains auteurs proposent de recourir à l'option. Ainsi, en laissant à la victime le choix de l'action à engager, il est hautement probable qu'elle préfèrera celle des actions qui lui sera la plus favorable, laissant de côté l'action décevante. L'option serait, en quelque sorte, une solution intermédiaire à l'abrogation.

Deux dispositions seront ici étudiées : l'article 1386 jugé comme périmé[1121] (A) et l'article 1384, alinéa 2 qui figure parmi les actions inopportunes (B)[1122].

A. Une action périmée : la responsabilité du fait des bâtiments

376. Rigueur de l'action. Les relations entre l'article 1386 du Code civil et l'article 1384, alinéa 1er, du même code, font l'objet de nombreuses discussions, tenant au caractère peu favorable de la règle spéciale pour la victime. Rappelons, en effet, que cette dernière, qui dispose que « *le propriétaire d'un bâtiment est responsable du dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est arrivée par une suite du défaut d'entretien ou par le vice de sa construction* », obéit à des conditions nettement plus strictes que le régime général, la victime devant rapporter la preuve de ce que la ruine résulte soit d'un défaut d'entretien, soit d'un vice de construction[1123]. Ainsi, et à la différence du régime prévu par l'article 1384, alinéa 1er, la victime ne peut se contenter d'établir le lien causal entre son dommage et la ruine du bâtiment dont le responsable a la garde. Or, il est de jurisprudence constante que la victime d'un dommage causé par la ruine d'un bâtiment doit exclusivement agir sur le fondement de l'article 1386 et ne dispose, à l'égard du propriétaire gardien, d'aucune option entre ce texte et celui de l'article 1384, alinéa 1er[1124] . Cette solution se justifie, d'ailleurs, au nom du principe de subsidiarité, dans la mesure où la disposition spéciale de l'article 1386, relative aux bâtiments, déroge à la disposition générale de l'article 1384, alinéa 1er, applicable à toutes choses mobilières et immobilières.

[1121] P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, rapport à M. Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, p. 163.

[1122] *Ibid*

[1123] Cass. 3ème civ., 4 juin 1973, *Bull. III*, n° 397.

[1124] Cass. civ., 4 août 1942, *Bull.* n° 219 ; *GAJC* n° 191 ; *S.* 1943, I. p. 89, note R. HOUIN ; *JCP. G.* 1942, II 2006, note P. L.-P. ; *GP.* 1942, p. 245, note H. CAPITANT ; Cass. 2ème civ., 12 juillet 1966, *Bull. II,* n° 779 ; *D.* 1966, J., p. 632 ; *JCP. G.* 1967, II. 15185, note N. DEJEAN de la BATIE ; Cass. 2ème civ., 26 avril 1972, *Bull. II*, n° 113 ; *D.* 1972, som. p. 150.

377. Action en sursis. De nombreux auteurs s'interrogent sur la survivance de cette disposition. Ils avancent à cet égard différents arguments. Le premier tient à la difficulté de justifier que le propriétaire d'un bâtiment qui tombe en ruine, lorsqu'il en est le gardien, bénéficie d'un régime de faveur face aux gardiens de toute autre chose[1125]. Cette disparité de traitement est d'autant plus inique que, lorsque l'article 1386 a été créé en 1804, il s'agissait au contraire d'instaurer un régime de faveur envers la victime[1126]. En effet, le législateur cherchait à préserver la victime par ce régime dérogatoire au droit commun de l'article 1382 du Code civil, en lui permettant de se faire indemniser par le propriétaire de l'immeuble, sans que celui-ci puisse invoquer la faute d'un tiers ou son absence de faute personnelle, dès lors que le défaut d'entretien ou le vice de construction était prouvé[1127]. Mais, avec la « découverte » de l'article 1384, alinéa 1er, par la jurisprudence, la solution s'est retournée contre la victime du dommage, le régime général de responsabilité du fait des choses étant plus favorable.

Le deuxième argument avancé est lié aux conséquences de la faible protection apportée par la disposition spéciale. La priorité donnée au droit spécial dans la résolution du concours conduit, en pratique, à des tentatives désespérées de la victime de se soustraire à son application. Cette dernière soutient qu'il n'y a pas ruine du bâtiment pour échapper à l'article 1386, tandis que le propriétaire revendique au contraire l'application de ce texte, pourtant fait pour peser sur lui[1128].

Le dernier argument est d'ordre chronologique. La doctrine reproche le maintien de cet article en s'appuyant sur son antériorité par rapport aux dispositions de l'article 1384, alinéa 1er[1129]. Il paraît difficile, selon M. Brun, d'invoquer l'application de l'adage *specialia generalibus derogant* pour justifier l'éviction de l'article 1384, alinéa 1er[1130], plus récent que le régime spécial. L'auteur va alors plus loin en indiquant qu'il serait possible de soutenir que la consécration d'un principe général de responsabilité en la matière n'a pu qu'emporter *de facto* une abrogation tacite de l'article 1386 du Code civil[1131].

[1125] A. PAULIN, *GP.* 16 et 17 août 2006, p. 11, spéc. p. 30.

[1126] J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, le fait juridique*, Université, Sirey, 13ème éd., 2009, p. 365, n° 297 ; E. BECQUE, « Coexistence ou incompatibilité des présomptions légales en matière de responsabilité civile », *RTD. civ.* 1952, p. 309, spéc. p. 319. L'auteur constate que « *si l'on refuse cette option à la personne lésée, l'article 1386, édicté à l'origine comme une règle de sévérité contre les propriétaires d'immeubles, devient en leur faveur une règle d'indulgence* ».

[1127] G. DURRY, « L'exclusion de l'article 1384, alinéa 1er par l'article 1386 », *RTD. civ.* 1975, p. 314, spéc. p. 315.

[1128] A. BENABENT, *Droit des obligations*, Montchrestien, Domat , Droit privé, 11ème éd. 2007, p. 416, n° 629-1 ; J. FLOUR,J-L. AUBERT, E. SAVAUX , *op. cit.*, n° 297

[1129] V. notamment, D. MAZEAUD, observations sous Cass. 2ème civ., 23 mars 2000, *D.* 2000, som. comm. p. 467 ; Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 230, n° 364 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX , *op. cit.*, p. 365, n° 364.

[1130] Ph. BRUN, *op. cit.* loc. cit.

[1131] *Ibid*

378. Recours à l'option. Afin de remédier à cette situation, les auteurs invitent la Cour de cassation à admettre que l'article 1386 du Code civil n'exclut pas une action contre le propriétaire fondée sur l'article 1384, alinéa 1er[1132]. L'option s'imposerait comme la meilleure des solutions à retenir, du moins jusqu'à l'abrogation de cet article. L'entrave à ce projet pourrait être le résultat auquel l'option conduira inévitablement : l'abrogation par désuétude de l'article 1386[1133]. Or, l'abrogation est une prérogative qui n'appartient qu'au législateur ; par conséquent, tant qu'il n'est pas expressément abrogé, l'article 1386 ne saurait être absorbé par le régime général de responsabilité du fait des choses[1134]. Jusqu'à ce jour, la Cour de cassation, poursuivant dans sa voie traditionnelle, rappelle l'absence d'option entre ces deux dispositions et censure les décisions des juges du fond qui retiennent l'application de l'article 1384, alinéa 1er, alors que les défendeurs invoquent l'application de l'article 1386 dans leurs conclusions[1135].

[1132] V. notamment, D. MAZEAUD, obs. précitées ; Ph. BRUN, *op. cit.*, loc. cit. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, p. 365, n° 364 ; L. CLERC-RENAUD, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, sous la direction de Ph. Brun, Université de Savoie, 2006, n° 349 s. Pour un avis défavorable sur la question ; v. Y. DAGORNE-LABBE, notes sous Cass. 2ème civ., 23 mars 2000, *JCP. G.* II. 10379 ; N. GARCON, note sous Cass. 2ème civ., 23 mars 2000, *D.* 2001, J. p. 586 ; V. DEPADT-SEBAG, *La justification du maintien de l'article 1386 du Code civil,* préface de J. Huet, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 344, 2000. Selon Mme Depadt-Sebag, il ne faut pas sous-estimer les mérites de cet article qui désigne de manière claire le responsable des dommages, en la personne du propriétaire du bâtiment, et l'incite par ainsi à s'assurer, faisant de cette responsabilité une charge naturelle de la propriété immobilière. De son côté l'article 1384, alinéa 1er, fait peser la réparation sur une personne, le gardien, dont la désignation est souvent sujette à discussion et qui, dans le même temps, ne pensera pas nécessairement à contracter une assurance. L'auteur craint, du fait de la disparition de l'article 1386, un surcroît de charges pour le locataire, en même temps qu'un allègement de celles du propriétaire. Elle propose alors une autre voie que celle de l'option, qui consisterait à maintenir ce texte tout en le réactualisant. Il s'agirait ainsi de faciliter l'indemnisation de la victime en rapprochant le régime de l'article 1386 de celui de l'article 1384, alinéa 1er, tout en continuant d'imputer exclusivement au propriétaire du bâtiment la responsabilité des dommages causés par ce dernier ; dans le même sens E. SEIFERT, « L'article 1386 du Code civil : suppression ou réhabilitation (à travers un quatrième temps dans la valse interprétative menée par le juge) ? », *Resp. civ. Ass.* 2009, p. 13, entre autres choses, l'auteur constate que le report vers le canal du droit commun de la responsabilité du fait des choses de l'article 1384 alinéa 1er désavantagerait le demandeur. Ce dernier perdrait le bénéfice de la désignation indiscutable du responsable, à laquelle procède l'article 1386 du Code civil, en devant établir la qualité de gardien de la chose de celui qu'il attrait en justice.

[1133] En ce sens : P. JOURDAIN, observation sous Cass. 2ème civ., 23 mars 2000, *RTD. civ.* 2000, p. 581.

[1134] P. ROUBIER, « L'article 1386 du Code civil et sa portée dans le droit contemporain », *JCP.G.*, 1949, I. 168. On constate d'ailleurs que cette abrogation est prévue par le rapport Catala. P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations, (articles 1101à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, précité, p. 163.

[1135] Cass. 2ème civ., 23 janvier 2003, *Inédit* n° 00-21430 *; Resp. civ. Ass.* 2003, comm. n° 93. Notons, toutefois que dans l'hypothèse où les deux parties invoqueraient l'application de l'article 1384, alinéa 1er, dans leurs conclusions, il serait envisageable que ce fondement soit bien appliqué par le juge malgré l'existence d'une disposition spéciale. Cf. *supra* n° 229.

B. Une action inopportune : la responsabilité du fait des incendies

379. Action injustifiable. Comme pour la responsabilité du fait des bâtiments, la responsabilité du fait des incendies fait débat. Cette disposition, adoptée pour satisfaire les assureurs de responsabilité inquiets du coût induit par l'application de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil aux hypothèses de communication d'incendies, est aujourd'hui quasi unanimement critiquée par la doctrine[1136]. Celle-ci constate que l'article 1384, alinéa 2, du même code qui dispose que « *celui qui détient, à un titre quelconque, tout ou partie de l'immeuble ou des biens mobiliers dans lesquels un incendie a pris naissance ne sera responsable, vis-à-vis des tiers, des dommages causés par cet incendie que s'il est prouvé qu'il doit être attribué à sa faute ou à la faute des personnes dont il est responsable* » serait « *dépourvue de justification rationnelle* »[1137]. En imposant à la victime de faire la preuve d'une faute[1138], cet article s'opposerait à l'article 1384, alinéa 1er, qui n'oblige pas à apporter une telle preuve. Les pouvoirs publics[1139] ainsi que la Cour de cassation se joignent à la doctrine pour en réclamer la suppression. Cette dernière estimant qu'« *aucun fondement juridique certain ne justifie cette situation inéquitable* »[1140].

[1136] G. COURTIEU, « Communication d'incendie : une loi à éteindre », *GP.* 1995, I, p. 610 ; M.-F. FEUERBACH-STEINLE, « De l'opportunité de la suppression de l'alinéa 2 de l'article 1384 du Code civil », *JCP. N.* 1993, I., p. 38 ; P. CASSON, « La communication d'incendie : Une législation en attente d'abrogation », *LPA*, 15 juillet 1996, p. 20 ; S. SZAMES, « L'abrogation de l'article 1384 al.2 du Code civil : une nécessité aujourd'hui impérieuse », *LPA.* 27 mars 2002 , p. 6 ; L. CLERC-RENAUD, *op. cit.*, n° 268 s. Cette suppression est aussi préconisée dans le rapport Catala. P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations*, précité, loc. cit.

Contra, H. GROUTEL, « L'article 1384, alinéa 2 se porte bien », *Resp. civ. Ass.* 1996, chr. 38. L'auteur explique que le maintien de l'article joue en faveur des assurés qui, dans l'hypothèse d'une suppression, devraient payer des primes plus élevées et seraient moins bien indemnisés, à cause des plafonds de garantie plus facilement rencontrés en cas de canalisation de la responsabilité sur l'assureur de la chose incendiée. Au contraire, l'article 1384, alinéa 2 présenterait l'avantage de diviser le risque en autant d'assureurs de biens qu'il ya d'immeubles endommagés.

[1137] N. DEJEAN DE LA BATIE, *Droit civil français*, Responsabilité délictuelle, 1989, 8ème éd., TVI-2,n° 127 p. 289.

[1138] Cass. 2ème civ., 23 septembre 2004, *Inédit,* n° 03-16445 *; Resp. civ. Ass.* comm n° 321, obs. S. HOCQUET-BERG.

[1139] V. Rép. min. n° 2410 du 12 août 1993, *JCP. G.* 1994, p. 5 ; Rép. min. n° 30669 du 8 janvier 1996, *JCP. G.* 1996, p. 33.

[1140] Rapports de la Cour de cassation pour 1991-1996-1997-1999 -2001 « Les Libertés » et 2002 « La Responsabilité », La Documentation française .

Bien que la Cour de cassation émette périodiquement, dans ses rapports annuels, la suggestion que cette disposition soit supprimée, elle refuse cependant de soumettre au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité dans laquelle le requérant soutient que les dispositions de l'article 1384, alinéa 2 portent atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution et notamment au principe d'égalité, au droit de propriété et au principe selon lequel tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage l'oblige à le réparer. La Cour de cassation considère, en effet, que « *la question posée ne présente pas un caractère sérieux en ce que le régime de l'article 1384, alinéa 2, du Code civil répond à la situation objective particulière dans laquelle se trouvent toutes les victimes d'incendie communiqué, qu'il est dépourvu d'incidence sur l'indemnisation de la victime par son propre assureur de*

Plus précisément, les reproches faits à cette disposition sont les suivants :

- Du fait de sa condition de réalisation – la faute –, elle serait contraire à la tendance actuelle du droit de la responsabilité civile en faveur de la protection de la victime d'accidents corporels et matériels[1141]. Elle représenterait ainsi un anachronisme dans le droit de la responsabilité civile actuelle ;

- Elle serait devenue inutile, consécutivement au rétrécissement de son champ d'application[1142]. Rétrécissement imputable à l'application de la loi du 5 juillet 1985 qui s'impose lorsque l'incendie est provoqué par un véhicule terrestre à moteur même en stationnement[1143], mais aussi à la possibilité que cette disposition entre en concours avec la loi du 19 mai 1998. En effet, un incendie peut très bien avoir été provoqué par un produit défectueux[1144], le détenteur du produit à l'origine de l'incendie pouvant alors être producteur ou fournisseur au sens où l'entend la loi de 1998[1145]. La victime pourrait alors préférer invoquer la responsabilité du fait du produit défectueux au lieu de celle du fait de l'incendie ;

- Si l'article 1384, alinéa 2, profite à l'assureur de la responsabilité civile du propriétaire du bien dans lequel l'incendie a pris naissance, il nuit, en revanche, à l'assureur qui a pris en charge l'incendie de la victime lorsque, après avoir versé l'indemnité, il exerce son recours contre l'auteur du sinistre[1146]. Cette règle n'aurait donc, économiquement, que peu d'intérêt[1147] ;

- L'assurance de choses du tiers victime ne couvre que les dommages matériels (l'immeuble et les meubles le garnissant) et non les dommages corporels (brûlures, mort) subis par l'assuré[1148] ;

- En reposant non sur les caractères de la chose ou les conditions de sa garde, mais sur la nature des dommages causés, la loi de 1922 a fait la part belle au hasard et aux éléments naturels. Le régime de responsabilité est fonction du feu, de la vitesse

---

dommages aux biens, et qu'enfin il n'est pas porté atteinte au principe selon lequel tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ». La solution rendue se justifie notamment par le risque qu'une décision inverse n'ouvre la boîte de pandore. De nombreux régimes de responsabilité pourraient être attaqués au motif qu'il n'existe pas d'égalité entre ceux qui en relevaient et ceux relevant d'un régime plus favorable. Cass. AP., 7 mai 2010, *Inédit*, n° 09-15034 ; *Resp. civ. Ass.* 2010, comm. n° 169, H. GROUTEL.

[1141] G. COURTIEU, art. précité ; M.-F. FEUERBACH-STEINLE, art. précité ; P. CASSON, art. précité ; S. SZAMES, art. précité.

[1142] S. SZAMES, art. précité, p. 7 s.

[1143] Cass. 2ème civ., 22 novembre 1995, (3 arrêts), *Bull. II,* n° 285 s. ; *D.* 1996, p. 163, note P. JOURDAIN ; *JCP. G.* 1996, II. 22656, note J. MOULY.

[1144] Cass. 2ème civ., 13 février 1991, *Bull. II*, n° 53, à propos de l'explosion d'un produit chimique ayant entraîné un incendie.

[1145] Cass. 2ème civ., 24 juin 1999, *Inédit*, n° 97-21270 *; JCP. G.* 1999, II. 10483, note J.-Y. MARECHAL ; *RTD. civ.* 2000, p. 124, obs. P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass*. 1999, comm. n° 285, H. GROUTEL, à propos d'une société fabricant des produits pyrotechniques.

[1146] S. HOCQUET-BERG, « Responsabilité en cas de communication d'incendie », Fasc. 124, *Juris-Classeur*, 1999.

[1147] P. ESMEIN, note sous AP. 25 février 1966, *D.* 1966, p. 389.

[1148] S. HOCQUET-BERG, art. précité.

du vent et même de l'eau. « *A défaut d'être juridique, le critère d'indemnisation pourrait être qualifié de météorologique* »[1149].

380. Résolution par l'option. La mise à l'écart de l'article 1384, alinéa 1er, n'ayant pas de raison d'être, il serait concevable, tant que l'action litigieuse n'est pas supprimée, de reconnaître un droit d'option à la victime entre ces deux dispositions.

Afin de voir appliquer l'article 1384, alinéa 1er, aux incendies, il faudrait, d'une part, accepter la suppression de l'exigence d'une faute du détenteur que plus rien ne justifie, et, d'autre part, substituer la notion de garde à celle de détention prévue par l'article 1384, alinéa 2, qui reconnaît la responsabilité de « *celui qui détient à titre quelconque* ». Le premier point est déjà acquis, pour preuve les arguments s'opposant au maintien de cette disposition. Le second point nécessite de revenir sur les deux notions de détention et de garde. D'après l'interprétation des termes de l'article 1386, la détention peut se comprendre comme une emprise matérielle sur un bien indépendamment du titre qui pourrait la justifier[1150]. Quant à la garde, elle s'entend de l'emprise matérielle effective sur la chose, à laquelle il faut ajouter qu'une présomption de responsabilité pèse sur celui qui dispose de la garde juridique de la chose[1151]. La direction matérielle de la chose n'apparaît pas comme le critère décisif de la garde, la direction intellectuelle étant elle aussi essentielle[1152].

Il est possible de puiser dans la jurisprudence des arguments en faveur de cette substitution. D'un côté, la Cour de cassation évite de retenir une complète assimilation entre la garde et la détention et affirme que la qualité de gardien est indifférente pour l'application de l'article 1384, alinéa 2[1153]. D'un autre côté, une confusion est envisageable entre ces deux notions[1154]. D'une part, celle-ci est déjà en cours dans des décisions rendues sous le visa de l'article 1384, alinéa 2, dans lesquelles le détenteur mis en cause est également le gardien[1155]. D'autre part, la

---

[1149] M.-F. FEUERBACH-STEINLE, art. précité, spéc. p. 40.

[1150] V. par exemple, Cass. 2ème civ., 14 novembre 1979, *Bull. II*, n° 262 ; *D.* 1980, p. 325, note Ch. LARROUMET ; *RTD. civ.* 1980, p. 358, note G. DURRY.

[1151] V. Cass. ch. réunies, 2 décembre 1941, *Franck (*à propos de la distinction entre garde juridique et garde matérielle en matière de responsabilité du fait des choses), *Bull*. n° 292 ; *DC*. 1942, p. 25, note G. RIPERT ; *S*. 1941, I. p. 217, note H. MAZEAUD ; *GAJC* n° 194.

[1152] Le commettant est ainsi considéré comme le gardien alors qu'il ne détient pas le pouvoir matériel sur la chose. Le vrai détenteur est ici le préposé. L'affirmation de l'incompatibilité des qualités de gardien et de préposé est constante dans la jurisprudence depuis un arrêt du 27 février 1929, confirmé par un arrêt du 30 décembre 1936. Cass. civ., 27 février 1929, *DP* 1929. I p.129, note G. RIPERT ; *S.* 1929. I p. 297, note L. HUGUENEY et Cass. civ. 30 décembre 1936, *Bull.* n° 250 ; *DP* 1937, I. p. 5, rapp. L. JOSSERAND, note R. SAVATIER ; *S.* 1937, I., p. 137, note H. MAZAUD ; *GAJC* n° 216. V. aussi M.-A. PEANO, « L'incompatibilité entre la qualité de gardien et de préposé », *D.* 1991, chr., p. 51.

[1153] Cass. AP., 25 février 1966, *Bull. AP*. n°1 ; *D.* 1966, note précitée ; Cass. 2ème civ., 16 avril 1996, *Bull. II*, n° 93 ; *Resp. civ. Ass.* chr, par H. GROUTEL.

[1154] Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2010/2011, n° 7751 ; H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. 2, vol. 1., Obligations, par F. CHABAS, 9ème éd., 1998, éd. Montchrestien, n° 547, p. 601, note 3.

[1155] V. notamment, Cass. 2ème civ., 14 novembre 1979, précité.

confusion paraît la bienvenue pour éviter que le juge n'éprouve des difficultés à appliquer la notion de détention face à des hypothèses où l'incendie est imputable à une personne dont on doit répondre. Un arrêt du 22 mai 1995 en témoigne. Les faits étaient les suivants : une commune tolérait la présence de squatters dans un immeuble lui appartenant. Les individus en faisant du feu dans la cour de l'immeuble provoquèrent un incendie qui se propagea à l'immeuble voisin. La commune fut déclarée responsable sur le fondement de l'article 1384, alinéa 2, au motif, notamment, qu'« *elle exerçait la détention dudit immeuble* »[1156]. Une déformation de la notion de détention ressort de cette solution. En effet, seuls les squatters avaient, en l'espèce, la détention matérielle de l'immeuble, la commune, elle, n'avait que le pouvoir juridique d'intervenir en sa qualité de propriétaire et le maire, lui, pouvait agir en tant que dépositaire des pouvoirs de police. En somme, elle pouvait être considérée comme la gardienne de l'immeuble[1157]. C'est finalement, au prix d'une relecture de la notion de détention que la responsabilité de la commune fut engagée. Relecture qui tend à une assimilation avec la notion de garde.

Au bout du compte, rien ne semble, en théorie, s'opposer à l'option entre ces deux dispositions qui conduiraient *de facto* à une abrogation tacite de l'alinéa 2 de l'article 1384, la victime ayant tout intérêt à s'affranchir de l'obligation de la preuve d'une faute.

Pour conclure, on retiendra que l'intérêt de la victime est déterminant lorsqu'on choisit d'évincer l'application du principe de subsidiarité pour lui donner la possibilité de sélectionner celui du droit commun ou du droit spécial qu'elle veut voir appliquer. Néanmoins, une telle modulation du principe, fonction des intérêts en cause, n'est pas l'apanage de la victime, l'intérêt du responsable étant lui aussi mis en avant dans la résolution de certains litiges.

[1156] Cass. 2ème civ., 22 mai 1995, *Bull. II*, n° 149, *RTD. civ.* 1995, p. 902, note P. JOURDAIN ; *D.* 1996, p. 453, note Th. LE BARS et L. BUHLER ; *JCP. G.* 1995, I. 3893, obs. G. VINEY.

[1157] S. SZAMES, art. précité, p. 10.

Section 2. L'aménagement du principe de subsidiarité en faveur du responsable

381. Application et exclusion du principe de subsidiarité. Généralement, l'emploi du principe de subsidiarité conduit à mettre en œuvre une disposition plus favorable à la victime. Pourtant, il arrive que, dans certaines situations, le principe, en imposant le recours au droit spécial, permette de satisfaire les intérêts du responsable (§1). La satisfaction de ces intérêts révèle alors un autre état d'esprit de la part du législateur voire du juge qui renonce à l'un des effets du principe de subsidiarité en rejetant toute subsidiarité du droit commun (§2).

§1. L'application prioritaire du droit spécial en faveur du responsable : une autre vision de la législation

382. Régimes restrictifs de responsabilité. Si, le plus souvent, les interventions du législateur tendent à renforcer le droit des victimes et à accroître le poids des responsabilités, il arrive, à de rares occasions, que celui-ci choisisse au contraire d'instaurer un régime restrictif de responsabilité. Dans ce cas, l'application prioritaire du droit spécial voulu par le principe de subsidiarité conduira incidemment à favoriser le responsable.

Les lois restrictives de responsabilité peuvent être définies comme « *celles par lesquelles le législateur envisage d'atténuer ou de supprimer la responsabilité civile de certains sujets de droit par rapport à celle dont ils auraient normalement à répondre en application du droit commun de la responsabilité extracontractuelle (...), afin de priver la victime de l'indemnisation correspondante (…)* »[1158]. Sans doute ces dispositions sont-elles peu nombreuses en droit positif, mais la rareté du phénomène n'exclut ni son existence, ni la possibilité qu'il soit amplifié à l'avenir.

Au nom de l'irréductible spécificité de leurs activités, mise à mal par l'expansion croissante des dommages, de nombreuses catégories professionnelles revendiquent un droit à l'immunité : salariés, représentants du personnel, hébergeurs, médecins, entrepreneurs, *etc*. Plusieurs lois témoignent de ce phénomène[1159] :

- L'article 8 de la loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel, disposait qu'« *aucune action ne peut être intentée à l'encontre de salariés, de représentants du personnel élus ou désignés ou d'organisations*

[1158] C. PERES, « L'intérêt général et les lois restrictives de responsabilité », *in études offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 805 s., spéc. p. 805.

[1159] Ainsi que plusieurs constructions jurisprudentielles. On songe ici à l'arrêt Costédoat, concernant l'immunité accordée au préposé. Cf. *infra* n° 432.

syndicales de salariés, en réparation des dommages causés par un conflit collectif de travail ou à l'occasion de celui-ci »[1160];
- L'article 22 de la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public prévoit une exonération partielle de la responsabilité des salariés au titre de leurs fonctions au sein des conseils d'administration et de surveillance[1161] ;
- L'article 6, I-2 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique donne une immunité partielle aux hébergeurs d'Internet dont la responsabilité civile ne peut être engagée que s'ils avaient effectivement la connaissance du caractère illicite du contenu stocké ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère, ou que si, dès le moment où ils ont eu cette connaissance, ils n'ont pas agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible[1162] ;
- L'article 1er de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a créé une immunité personnelle au profit de certains médecins[1163] ;
- L'article L. 650-1 du Code de commerce issu de la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises a permis l'adoption d'un principe d'irresponsabilité civile au profit des établissements bancaires en ces termes : « *Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci* ».

383. Justifications. Bien souvent, ces dispositions sont le résultat du lobbying exercé auprès des pouvoirs publics de la part des auteurs de dommages concernés. C'est le cas de la loi du 4 mars 2002 précitée mise en place pour condamner la jurisprudence Perruche. Cette dernière avait reconnu que « *dès lors que*

[1160] Loi n° 82-915. L'article 8 de cette loi a été jugé comme étant non conforme à la Constitution par la décision du Conseil Constitutionnel du 22 octobre 1982. Cons. const., 22 octobre 1982, n° 1982-144, *Rec.* p. 21 ; *D.* 1983, J., p. 189, note F. LUCHAIRE ; *GP.* 1983, I. 60, note F. CHABAS ; *Pouvoirs*, 1983, n° 25, p. 125, chr., P. AVRIL et J. GICQUEL.

[1161] Loi n° 83-675.

[1162] Loi n° 2004-575. Cf. *supra* n° 259 s. et n° 308.

[1163] Loi n° 2002-303. Cette disposition est aujourd'hui codifiée à l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles qui dispose que : « *Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.*
La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.
Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale ».
De plus, par une décision du 11 juin 2010, le Conseil constitutionnel a confirmé la constitutionnalité du régime instauré par cette loi. Cons. const. 11 juin 2010, 2010-2 QPC ; *D.* 2010, p. 1976, note D. VIGNEAU ; *RJEP.* , 2010, note P. SARGOS.

les fautes commises par un médecin et un laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec une femme enceinte avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues »[1164]. De nombreuses personnes s'insurgèrent contre cette décision qui semblait reconnaître que l'on pouvait subir un préjudice du simple fait d'être né[1165]. La volonté de répondre à cette problématique sensible, en censurant l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière, a conduit à l'adoption de cette loi.

C'est le cas aussi de l'article L. 650-1 du Code de commerce, instauré par la loi du 26 juillet 2005, qui pose un principe d'irresponsabilité civile des créanciers du fait des concours consentis au moment de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à l'encontre du débiteur des crédits[1166]. L'objectif était de mettre un terme à la jurisprudence qui admettait que le banquier engageait sa responsabilité civile sur le fondement des articles 1147 ou 1382 du Code civil, en cas de soutien abusif accordé au débiteur. Les établissements de crédit invoquaient, à l'encontre de cette jurisprudence, le fait que le risque de

---

[1164] Cass. AP., 17 novembre 2000, *Bull. AP.*, n° 9. Cet arrêt a été abondamment commenté : D. MAZEAUD et P. JOURDAIN, note sous l'arrêt, *D.* 2001, comm. p. 332 ; J. HAUSER, « Le préjudice d'être né, question de principe », *Dr.et Pat* 2001, p. 6 ; M. FABRE-MAGNAN, « Avortement et responsabilité médicale », *RTD. civ.* 2001, p. 285 ; D. FENOUILLET, « Pour une humanité autrement fondée », *Dr. fam.*, 1er avril 2001, p. 4 ; G. PIGNARRE, Ph. BRUN et S. PIEDELIEVRE, « Le jeune homme et la vie: Retour sur l'arrêt Perruche », *RRJ* 2001-2, p. 477 ; A. PELISSIER, « L'incidence de l'arrêt Perruche sur la responsabilité médicale », *JCP. E.* p. 33 ; F. LEDUC, « Handicap génétique ou congénital et responsabilité civile (à propos de l'arrêt Perruche) », *Resp. civ. Ass.* 2001, p. 4 ; P. MURAT, « L'affaire Perruche ; où l'humanisme cède à l'utilitarisme », *Dr. fam*. 1er janvier 2001, p. 28 ; C. CAILLET, commentaire de l'arrêt, *Revue générale de droit médical* 2001, p. 69 ; F. DREIFUSS-NETTER, « Observations hétérodoxes sur la question du préjudice de l'enfant victime d'un handicap congénital non décelé pendant la grossesse », *Médecine et droit* 2001, p. 1 ; A. TERRASSON DE FOUGERES, « Périsse le jour qui me vit naître, à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000 », *RD. san. et soc*. 2001, p. 1 ; J. BONNEAU, « Logique juridique et éthique: l'arrêt Perruche », *GP.* 25 novembre 2001, p. 26.

[1165] *Ibid*

[1166] Ce texte a beaucoup été commenté. V. notamment : R. DAMANN, « La situation des banques titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et droit* sept-oct. 2005, p. 16 ; F.-J. CREDOT et Y. GERARD, « La loi nouvelle de sauvegarde des entreprises limite la responsabilité des créanciers pour soutien abusif », *RD banc. et fin.* sept.-oct. 2005, p. 10 ; A. MARTIN-SERF, « La loi de sauvegarde des entreprises a fait plusieurs "cadeaux" aux banquiers », *Rev. proc. coll*. 2005, p. 386 ; R. ROUTIER, « De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, chr., p. 1478 ; du même auteur, « L'article L. 650-1 du Code de commerce : un article "détonnant" pour le débiteur et "détonant" pour le contribuable ? », *D.* 2006, chr., p. 2916 ; B. GEROSA, « Un nouveau rôle pour le banquier face aux entreprises en difficulté, *LPA.* 17 février 2006, p. 94 ; P. HOANG, « De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *D.* 2006, chr., p. 1458 ; J. MOURY, « La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L.650-1 du Code de commerce », *D.* 2006, chr., p. 1743 ; D. LEGEAIS, « Les concours consentis à une entreprise en difficulté (C. com., art. L.650-1) », *JCP. E.* 2006, p. 1747 ; J. STOUFFLET et N. MATHEY, « La loi de sauvegarde des entreprises. Commentaire des dispositions applicables aux concours financiers », *RD banc. et fin.* janv.-fév. 2006, p. 58.

condamnation pour soutien abusif les dissuadait « *de s'aventurer dans des dossiers qui pourraient s'avérer fragiles* »[1167] et qu'il s'agissait pour eux « *d'un argument définitif pour ne pas prendre un risque financier jugé, en tout état de cause, excessif* »[1168]. On faisait aussi valoir qu'« *une mise en oeuvre trop large de la responsabilité civile des banques serait de nature à compromettre l'équilibre financier de certains établissements de crédit* »[1169]. Bien que réclamée par certains, cette législation fut vivement critiquée. On dénonça « *ce scandale que constitue l'abandon du délit de soutien abusif, pourtant contraire au principe républicain, reconnu dans la Constitution, de responsabilité de chacun devant ses actes* »[1170]. Le Conseil constitutionnel fut alors saisi de la constitutionnalité de cet article au motif que cette disposition annihilait quasiment toute faculté d'engager la responsabilité délictuelle des créanciers pour octroi manifestement abusif de crédit et, qu'elle méconnaissait tant le principe de responsabilité que le droit au recours. Il décida le 22 juillet 2005 que : « *si la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre l'exigence constitutionnelle posée par les dispositions de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 aux termes desquelles "la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui", cette exigence ne fait pas obstacle à ce que, en certaines matières, pour un motif d'intérêt général, le législateur aménage les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée* »[1171]. C'est donc l'intérêt général qui prévaut sur celui de la victime et, corrélativement, l'intérêt du responsable s'en trouve sauvegardé.

Les lois spéciales restrictives de responsabilité témoignent donc de ce que le législateur peut, dans certaines circonstances, reconnaître qu'il est plus important de sauvegarder les droits du responsable par rapport à ceux de la victime. La priorité ainsi donnée par le principe de subsidiarité à ces régimes spéciaux de responsabilité n'est alors pas la seule voie utilisée pour promouvoir l'intérêt général ou économique. Le recul de la subsidiarité du droit commun, favorable à la victime, est aussi un moyen d'y parvenir.

[1167] X. ROUX, « Rapport à l'Assemblée nationale », n°2095. http://www.assemblee nationale.fr/12/rapports/r2095.asp, les documents parlementaires, rapports législatifs.

[1168] *Ibid*

[1169] J. STOUFFLET et N. MATHEY, art. précité, spéc. p. 57.

[1170] A. MONTEBOURG, Ass. Nat., 1ère séance du 9 mars 2005, *JOAN*. 10 mars 2005, http://www.assemblee-nationale.fr/12/cri/2004-2005/20050170.asp#P333_59950, archives de la XIIème législature, comptes rendus intégraux (session ordinaire 2004-2005).

[1171] Cons. Const., 22 juillet 2005, 2005-522 DC., *Rec.* p. 125 ; *JCP. G*., 2006, I., 111, n°8, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *LPA*., 4 août 2005, p. 14, note J.-E. SCHOETTL ; *LPA*, 17 février 2006, p. 58 note A. REYGROBELLET; *D.* 2005, chr. p. 1478, R. ROUTIER ; *D.* 2006, p. 2916, note R. ROUTIER.

§2. Le recul de la subsidiarité du droit commun au profit du responsable

384. Concours entre l'article 1382 du Code civil et la loi du 29 juillet 1881. Le recul de la subsidiarité du droit commun est rendu possible par le recours à l'exclusivité. Celle-ci conduit à faire usage de l'une des deux normes en concours en faisant comme si, dans un domaine particulier, l'autre n'existait pas[1172].

L'exclusivité a été employée pour résoudre le concours entre l'article 1382 du Code civil (responsabilité du fait personnel) et les dispositions de la loi de 1881 (responsabilité du fait de comportements contraires au principe de la liberté d'expression), en désignant ces dernières comme seules applicables (B). Et ce, alors même que le principe de subsidiarité aurait dû être employé (A).

A. La résolution du concours entre l'article 1382 du Code civil et la loi de 1881 par l'application du principe de subsidiarité

385. Concours structurel simple. D'un côté, l'article 1382 du Code civil prévoit le principe général de responsabilité pour faute et, de l'autre côté, la loi du 29 juillet 1881 détermine les conditions dans lesquelles s'exerce la liberté de la presse, ainsi que les différents comportements contraires au principe de liberté d'expression pouvant permettre d'engager une responsabilité de leurs auteurs. Or, si le législateur de 1881 n'avait, semble-t-il, pas envisagé les conditions dans lesquelles se combineraient ces deux dispositions[1173], les travaux du Doyen Carbonnier en révélèrent toute la complexité. Ainsi, la question fut posée de savoir si « *la loi n'avait 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 une portion de sa compétence diffuse* »[1174]. *A priori*, la problématique du concours entre la loi de 1881 et l'article 1382 du Code civil devrait être résolue à l'aide du principe de subsidiarité. Vérifions-le. S'agissant, par exemple, de la diffamation à l'égard des personnes décédées, la loi du 29 juillet 1881 en prévoit la sanction lorsqu'il y a atteinte à l'honneur des héritiers vivants (article 34). Cette sanction peut aussi être fondée sur l'article 1382 du Code civil en recherchant la faute de l'auteur de la diffamation. A ce stade, il importe donc de savoir si le principe de subsidiarité doit s'appliquer. Pour ce faire, il faut

---

[1172] Cf. *supra* n° 358 s.

[1173] Les travaux des parlementaires ne portent pas clairement trace de ce débat. Toutefois en 1879, la chambre des députés rejeta un amendement du député Charles Floquer proposant de soumettre la presse au droit commun des responsabilités civiles et pénales. V. P. AUVRET, « Droit de la presse », Fasc. 10, *Litec* 1996, (dir.) J.-H. Robert, n° 15.

[1174] J. CARBONNIER, « Le silence et la gloire », *D*. 1951, chron. p. 119, spéc. p. 119.

rechercher si ses conditions d'application sont réunies, c'est-à-dire s'assurer qu'il existe une relation de genre à espèce entre les normes en cause, une relation de concurrence et la présence d'un seul répondant. Or, il y a bien entre la loi de 1881 et l'article 1382 une relation de genre à espèce dans la mesure où la loi de 1881 vient réprimer un fait personnel particulier, celui du journaliste ou de l'organe de presse, et l'article 1382 du Code civil concerne lui le fait personnel général[1175]. De plus, les deux dispositions sont bien dans une relation de concurrence, du fait notamment de leur différence de régime (prescription de droit commun pour l'article 1382 du Code civil et prescription plus courte pour la loi de 1881). Enfin, dans notre exemple, un même responsable est désigné pour répondre du dommage, le journaliste ou l'organe de presse,. Il s'agit donc bien d'un concours structurel, pour lequel le principe de subsidiarité devrait jouer en conduisant, dans un premier temps, à reconnaître la primauté de la loi de 1881[1176]. Ainsi, « *lorsqu'il y a conflit de qualifications entre les qualifications de l'article 1382 et celles de la loi de 1881, ces dernières l'emportent impérativement* »[1177]. Puis, dans un second temps, l'article 1382 du Code civil devrait retrouver une vocation subsidiaire à s'appliquer[1178]. En effet, « *si les qualifications spéciales du droit de la presse, particulièrement la diffamation, l'injure ou la provocation, doivent naturellement l'emporter sur la qualification générale de fait dommageable au sens de la responsabilité civile, il n'en reste pas moins qu'elles sont d'interprétation stricte* »[1179], de sorte qu'en dehors du champ d'application du texte de la loi de 1881, l'article 1382 du Code civil devrait retrouver son empire. Cependant, ce n'est pas la voie choisie par la jurisprudence.

[1175] *Contra*, E. DERIEUX, « Immunités procédurales des médias », *LPA.* 16 juillet 2003, p. 21, spéc. p. 25. L'auteur réfute la thèse selon laquelle il existerait un rapport de genre à espèce entre certaines dispositions de la loi de 1881 et l'article 1382 du Code civil. En effet, les deux dispositions n'étant pas de même nature (l'une est de nature pénale et l'autre de nature civile), un tel rapport ne serait pas possible.

[1176] C. BIGOT, « Le champ d'application de l'article 1382 du Code civil en matière de presse », *in Liberté de la presse et droit de la personne*, Dalloz 1997, Thèmes et Commentaires, J.-Y. Dupeux et A. Lacabarats (dir.), p. 61, spéc. p. 61s

[1177] C. WAQUET, « L'application de l'article 1382 du Code civil à la liberté d'expression et au droit de la presse », *in Liberté de la presse et droit de la personne*, *op. cit.*, p. 79, spéc. p. 85.

[1178] N. MALLET-POUJOL, « Abus de droit et liberté de la presse. Entre droit spécifique et droit commun, l'autonomie brouillée de la loi de 1881… », *LP* Juillet/Août 1997, II. p. 81, spéc. p. 82.

[1179] S. MARTIN-VALENTE, « La place de l'article 1382 du Code civil en matière de presse depuis les arrêts de l'Assemblée plénière du 12 juillet 2000 », *LP* Juillet/Août 2003, II. p. 89, spéc. p. 90. (2nde partie).

B. La résolution du concours entre l'article 1382 du Code civil et la loi de 1881 par le recours à l'exclusivité

386. Résolution en trois temps. L'aménagement du principe de subsidiarité par le recours à l'exclusivité s'est déroulé en trois étapes. Dans un premier temps, la jurisprudence a paru réduire considérablement le champ de compétence du droit commun et de ce fait sa fonction subsidiaire (1). Puis, dans un deuxième temps, c'est réellement toute idée de subsidiarité qui a été anéantie par un usage exclusif de la loi de 1881 (2). Enfin, dans un troisième temps, la jurisprudence semble être revenue à une application subsidiaire du droit commun de l'article 1382 du Code civil (3).

1. La réduction de la subsidiarité du droit commun

387. Exclusion du principe de subsidiarité ? L'Assemblée plénière de la Cour de cassation fut soumise dans deux affaires à une question portant sur la conciliation de la liberté d'expression, exercée par voie de presse, avec la responsabilité pour faute de l'article 1382 du Code civil[1180]. Dans l'une des affaires, l'époux et les enfants d'un militaire décédé reprochaient à un hebdomadaire la publication d'un article imputant au défunt des actes de torture réalisés durant la guerre d'Algérie. Ils demandaient au juge civil la réparation de leur préjudice sur le fondement de l'article 1382. La cour d'appel de Paris les débouta de leur demande, estimant que les dispositions de l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881 – qui incriminent les diffamations ou injures dirigées contre la mémoire des morts lorsque leurs auteurs ont « *eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, des époux ou des légataires universels vivants* » – n'étaient pas applicables en l'espèce, faute d'intention de diffamer les héritiers[1181]. L'affaire fut portée devant la Cour de cassation qui cassa l'arrêt, au motif que la cour d'appel avait statué sur le fondement de l'article 34 de la loi de 1881, alors que les demandeurs avaient sollicité réparation sur le fondement de l'article 1382 du Code civil[1182]. Sur renvoi après cassation, la même cour d'appel, autrement composée, les débouta à nouveau en considérant que, si la publication échappe à toute sanction sur le fondement de l'article 34 de la loi de 1881, elle « *relève nécessairement des dispositions de ce texte* ». En conséquence, la cour jugea que les victimes ne pouvaient se prévaloir de l'article 1382

[1180] Cass. AP., 12 juillet 2000, *Bull. AP.*, n° 7 et 8 ; *LP* Octobre 2000, III. p. 153, concl. L. JOINET ; *D.* 2000, som. comm., p. 463, note P. JOURDAIN ; *RTD. civ.* 2000, p. 842 et p. 845, notes P. JOURDAIN ; *Com. com. élect.* 2000, p. 31, note A. LEPAGE ; *LPA.* 14 décembre 2000, p. 4, note E. DERIEUX et p. 15, note D. D. BOCCARA ; *JCP. G.* 2000 I. 180, obs. G. VINEY ; C. CHAMAGNE, « Les diffamations et injures envers la mémoire des morts : Perspectives d'évolution de l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881 », *Légicom* mars 2002, n° 28, p. 35 ; S. MARTIN-VALENTE, « La place de l'article 1382 du Code civil en matière de presse depuis les arrêts de l'Assemblée plénière du 12 juillet 2000 », *LP* juin 2003, II. p. 71. (1ère partie) et *LP* Juillet/Août 2003, II. p. 89 (2nde partie).

[1181] Paris, 6 mars 1992, *LP* 1992, III. p. 29.

[1182] Cass. 2ème civ., 22 juin 1994, *Bull. II*, n° 165 ; *D.* 1995, som. p. 268, note. T. MASSIS.

du Code civil pour se soustraire aux dispositions impératives de la loi de 1881[1183]. Cette décision fut approuvée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui énonça que « *les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil* ». Dans l'autre affaire[1184], les parents d'une personne décédée reprochaient à un journaliste d'avoir publié un article accréditant dans l'esprit des lecteurs l'idée que leur fils était un individu dépourvu de toute conscience morale, responsable de la mort déjà survenue ou à venir de plusieurs personnes par transmission du virus du sida. Les demandeurs furent déboutés de leur demande d'indemnisation par la cour d'appel de Versailles le 16 octobre 1997, qui estima que les faits de diffamation à la mémoire des morts constituant un délit spécial régi par l'article 34 de la loi de 1881 ne pouvaient être poursuivis sur le fondement de l'article 1382 du Code civil en l'absence d'intention punissable à l'égard des demandeurs. Le pourvoi contre cet arrêt fut rejeté par l'Assemblée plénière dans un motif semblable au précédent. Avec ces deux décisions, la Cour de cassation refusa donc clairement à la victime de se prévaloir de l'article 1382 du Code civil dès lors que la loi sur la presse était applicable. En effet, « *l'action civile, qu'elle soit exercée au civil ou au pénal, obéit à un régime propre et reçoit un fondement autonome par rapport au droit de la responsabilité civile. Ce fondement est à chercher dans les dispositions de la loi du 29 juillet 1881* »[1185].

Pour certains auteurs, cette jurisprudence sembla nier la fonction subsidiaire de l'article 1382 du Code civil. Il était possible, selon eux, de le déduire de la motivation retenue par la cour d'appel de Paris dans la première affaire, où elle constata que l'inapplicabilité de l'article 34 de la loi de 1881, à défaut de dol spécial, n'autorisait pas pour autant les demandeurs à agir sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Par cet arrêt, les juges affirmèrent qu'il n'était pas permis de se soustraire, par l'application du droit commun, aux dispositions impératives de l'article 34 et prétendre à la sanction de la publication de propos diffamatoire hors les cas que la disposition spéciale prévoit. Dès lors, en dehors des cas prévus expressément par l'article 34, alinéa 1er, de la loi du 29 juillet 1881, les actions tirées de l'article 1382 du Code civil pour préserver la mémoire des morts seraient expressément exclues et constitueraient un détournement de la loi[1186]. Cette solution est celle-là même qui a été reprise par la Cour de cassation. Dans ses arrêts, celle-ci refusa d'appliquer l'article 1382 du Code civil alors même que les auteurs des faits dommageables ne pouvaient être punis au titre de l'une des infractions prévues par la loi de 1881. Faute d'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des demandeurs, les faits de diffamations ou d'injures contre la mémoire des morts, ne pouvaient être

---

[1183] Paris, 17 septembre 1997, *D.* 1998, p. 432, note N. MALLET-POUJOUL ; *D.* 1999, som. p. 166, note T. MASSIS.

[1184] L'affaire *Consorts Colard contre Jamet et autres.*

[1185] P. JOURDAIN, « Responsabilité civile des dommages résultant d'un délit de presse : l'exclusion de l'article 1382 même lorsque les auteurs ne sont pas punissables », *RTD. civ.* 2000, p. 845, spéc. p. 846.

[1186] S. MARTIN-VALENTE, art. précité, 1ère partie, spéc. p. 74.

sanctionnés selon cette loi[1187]. Or, pour une partie de la doctrine, en refusant de faire application de l'article 1382, alors même que le texte spécial n'était pas applicable, c'est la fonction subsidiaire du droit commun que la Cour a écarté.

388. Consécration du principe de subsidiarité. Nous ne partageons pas cette analyse. En réalité, ces arrêts ne portent pas atteinte au principe de subsidiarité tel que nous l'avons décrit. Ils viennent plutôt le consacrer. Dans ces affaires, les conditions d'application de la loi de 1881 étaient bien présentes, seule une condition de réalisation faisait défaut : l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers. L'article 1382 n'avait alors pas vocation subsidiaire à s'appliquer dans la mesure où, selon le principe de subsidiarité, il est fait usage du droit commun uniquement si les conditions d'application du régime spécial ne sont pas réunies. Pour y recourir, il aurait donc fallu que les faits soient distincts de ceux que la loi de 1881 incrimine. Or, comme l'avaient constaté les cours d'appel dans les arrêts attaqués, les publications litigieuses relevaient de l'article 34 de la loi, dans la mesure où il s'agissait bien de rechercher la sanction de faits de diffamation. Toute subsidiarité n'était donc pas exclue.

389. Précisions sur la subsidiarité du droit commun. A l'aide des arrêts du 12 juillet 2000, deux précisions peuvent être faites quant à la subsidiarité de l'action de droit commun.

Premièrement, il est possible de mieux distinguer la nature des conditions de la loi de 1881, conditions d'application et conditions de réalisation. Selon que l'on classe l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers comme une condition d'application ou une condition de réalisation, deux solutions auraient pu être données dans les espèces précitées :

- Selon la solution rendue par la Cour de cassation, l'intention de diffamer les héritiers serait une condition de réalisation de l'article 34, c'est-à-dire une condition ne participant pas à la qualification même de l'infraction. C'est pourquoi, même si dans les faits aucune intention de la sorte n'a été constatée, la loi de 1881 devait s'appliquer. Toutes les conditions d'application du régime spécial étant réunies, l'article 1382 n'avait alors pas vocation subsidiaire à intervenir.

- Selon la solution inverse, l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers aurait pu être considérée comme une condition d'application de la loi. On sait que l'article 34 de la loi de 1881 ne prévoit la répression de la diffamation qu'à la condition que les héritiers se trouvent eux-mêmes atteints dans leur honneur. Si cette condition participait de la qualification même de diffamation des morts, on serait en présence d'une condition d'application. Il faudrait en déduire que, dans une affaire où l'intention de diffamer les héritiers ne serait pas prouvée, les faits ne relèveraient pas de la loi 1881 et l'article 1382 du Code civil pourrait s'appliquer en raison de sa fonction subsidiaire. Cette solution a été

[1187] P. JOURDAIN, art. précité, spéc. p. 847.

suivie par le tribunal de grande instance de Paris dans un jugement du 16 novembre 2000[1188]. En l'espèce, les faits reprochés ne relevant, selon le tribunal, d'aucune infraction définie dans la loi de 1881, ce dernier estima qu'il y avait lieu de rechercher si les demandeurs étaient « *recevables à agir sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ou s'il convenait (…) de les priver de toute action en réparation du préjudice moral qu'ils invoquaient* ». Pour parvenir à une solution le tribunal releva que les auteurs des propos litigieux n'avaient pas eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers (comme l'avait fait la Cour de cassation en 2000), et il en déduisit que de tels écrits ne relevant pas de l'article 34, alinéa 1er (solution opposée à celle de la Cour de cassation), le délit de diffamation n'était pas constitué. Selon le tribunal de grande instance, l'intention de diffamer les héritiers ferait alors partie des conditions d'application de cette disposition. En conséquence, afin de ne pas priver les héritiers de tout recours effectif pour que soit reconnue, par une juridiction nationale et hors infraction pénale, l'éventuelle faute constituée par la mise en cause d'une personne décédée, l'article 1382 du Code civil devait s'appliquer. Le tribunal assit sa décision sur le principe à valeur constitutionnelle du droit à réparation, puis sur le droit d'accès concret et effectif à un tribunal résultant des articles 6 paragraphes 1 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il chercha, ainsi, à protéger l'intérêt légitime des héritiers[1189]. Ce faisant, cette solution, en contredisant celle des arrêts du 12 juillet 2000, relança le débat sur l'emploi de l'article 1382 du Code civil et mit en avant les limites de la jurisprudence de la Cour de cassation[1190].

Deuxièmement, l'ensemble de la jurisprudence incite à s'interroger sur la question de savoir quelle est la sphère de compétence de l'article 1382 en matière de liberté d'expression. Autrement dit, quels sont les faits distincts de ceux de la loi de 1881 pour lesquels une application subsidiaire du droit commun doit être reconnue ? On pourrait admettre la compétence de l'article 1382 du Code civil en cas d'abus caractérisé de la liberté d'expression. Une jurisprudence antérieure a, par exemple, retenu la faute civile dans le cas d'une adaptation cinématographique d'une affaire criminelle réelle sans prudence à l'égard de la sensibilité des parents de la victime[1191]. On pourrait imaginer que cette jurisprudence soit maintenue après les arrêts de 2000. Toutefois, une difficulté subsiste. La notion de faute est souvent reconnue comme étant voisine de celle de diffamation publique[1192], au point d'encourir une

[1188] TGI Paris, 16 novembre 2000, *D*. 2002, J., p. 2766, note T. MASSIS.

[1189] T. MASSIS, « Légitimité de l'article 1382 dans le domaine de la liberté d'expression », *D*. 2002, J., p. 2766. Selon l'auteur : « *Cette protection devrait exister indépendamment de toute volonté des auteurs de diffamer les héritiers* » p. 2766.

[1190] T. MASSIS, art. précité, loc. cit.

[1191] Paris, 4 juillet 1984, *Epoux Dewevre contre France 2 et Grasset, GP.* recueil de sommaires p. 291.

[1192] C. CHAMAGNE, art. précité, spéc. p. 35 s. L'auteur constate que « *s'agissant des fautes indépendantes de tout délit de presse susceptible d'être commises par les journalistes (…) la frontière entre le manquement professionnel fautif et la diffamation commise, qui n'est que la résultante du manquement observé, peut paraître imperceptible* ».

requalification par la Cour de cassation[1193]. C'est pourquoi, bien qu'en théorie l'article 1382 du Code civil conserve, à l'issue de cette jurisprudence, sa fonction subsidiaire, sa sphère de compétence semble en pratique très réduite.

390. Confirmation de la subsidiarité du droit commun. La jurisprudence du 12 juillet 2000 fut par la suite confirmée par deux arrêts du 8 mars 2001 rendus par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation[1194]. Dans la première décision, un journal satirique, « la Grosse Bertha », avait publié en couverture de plusieurs numéros des dessins pornographiques mettant en cause la représentation du Christ et le Pape Jean-Paul II. Une association traditionaliste avait assigné le directeur de la publication sur le fondement de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881, estimant que les dessins incriminés étaient constitutifs de provocations à la haine ou à la violence envers les fidèles de l'Eglise catholique. Subsidiairement, elle invoquait l'article 1382 du Code civil. La Cour de cassation jugea que si les dessins en cause tournaient en dérision la religion catholique, les croyances, les symboles et les rites de la pratique religieuse, ils ne suscitaient pas un état d'esprit de nature à provoquer la discrimination, la haine ou la violence, comme le prévoit l'article 24, alinéa 6, de la loi du 29 juillet 1881. Reprenant l'attendu des arrêts du 12 juillet 2000, elle rappela que « *les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881, ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil* ». La deuxième décision datant du 8 mars 2001 étendit la règle édictée par l'arrêt du 12 juillet 2000 à un autre cas d'abus de la liberté d'expression prévu par l'article 9-1 du Code civil relatif à la présomption d'innocence. Dans cette affaire, un quotidien national avait consacré plusieurs articles au procès suivi devant la Cour d'assises de Paris contre deux personnes, respectivement accusées d'incendie volontaire et de complicité de ce crime[1195]. Les défendeurs acquittés assignèrent le journal en réparation de leur préjudice pour les avoir mis en cause avec une légèreté blâmable. La Cour de cassation exclut l'application de l'article 1382 du Code civil en affirmant que : « *les abus de la liberté d'expression prévus par la loi du 29 juillet 1881 et l'article 9-1 du Code civil ne peuvent être réprimés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil* ». Quelques mois plus tard, c'est du champ de compétence des articles R. 621-1 et R. 621-2 du Code

---

[1193] V. par exemple, Cass. 2ème civ., 6 mai 1999, *Bull. II*, n° 79, qui requalifie l'action engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil en diffamation envers la mémoire des morts. L'article incriminé avait publié des extraits d'actes judiciaires relatifs à l'affaire Grégory, publication estimée fautive par les requérants.

[1194] Cass. 2ème civ., 8 mars 2001, *Bull. II*, n° 46 ; *GP.* 19 juin 2001, p. 831 *; LPA.* 18 mai 2001, p. 21, note E. DERIEUX ; *D.* 2002, J., p. 2767, note T. MASSIS ; *LP* Juillet/août 2002, II. p. 85, note C. ROJINSKY ; *JCP. G.* 2002, I. 122, obs. G. VINEY ; *D.* 2002, som. p. 2767, obs. T. MASSIS ; *LP* 2002, III. p. 60, n° 190, note F. GRAS.

[1195] Les articles rendant compte du procès étaient intitulés : « *Le couple incendiaire ne veut pas déranger* » ; « *Procès des incendiaires. L'épouvante d'un brigadier* » ; « *Procès des incendiaires. C'était horrible* ».

pénal, relatifs à la diffamation et à l'injure non publiques, que la Cour de cassation écarta l'article 1382[1196].

Finalement, de ces décisions, il ressortait que si les termes de l'écrit caractérisent une diffamation publique ou privée ou bien encore une atteinte à la présomption d'innocence, seules les règles propres à ces domaines s'appliquent. Peu à peu, le nombre de cas d'abus de la liberté d'expression sortant de la sphère de compétence de l'article 1382 du Code civil augmentait donc. Même si la jurisprudence ne le mentionnait pas expressément, le doyen Guerder se prononça dans son rapport sur l'arrêt du 8 mars 2001 pour le rejet de l'article 1382 du Code civil, même invoqué à titre subsidiaire[1197]. Il précisa que « *s'il y a une place résiduelle pour l'article 1382 du Code civil, elle se situe en dehors de la liberté d'expression* », et qu'il doit donc en être « *évincé* ». Statuant en ce sens, la cour d'appel de Versailles décida peu de temps après que « *le strict formalisme commandé et sanctionné par l'article 53 de la loi de 1881 exclut le visa cumulatif, alternatif ou subsidiaire de deux ou plusieurs qualifications à un même fait incriminé et de fondements différents pour une même poursuite* »[1198].

Pour autant, en dépit de ces solutions[1199] et de la position de M. Guerder, l'article 1382 conservait bien sa compétence subsidiaire dès lors que les faits en cause ne relevaient pas de la loi de 1881, de l'article 9-1 du Code civil ou encore des articles R. 621-1 et R. 621-2 du Code pénal.

2. L'éviction totale du droit commun subsidiaire

391. Abandon de toute subsidiarité. Le 27 septembre 2005[1200], une nouvelle jurisprudence permet de préciser la place de l'article 1382 du Code civil en matière de liberté d'expression. A la suite de cette décision de la première chambre civile de la Cour de cassation, qui dépasse les principes posés par les arrêts du 12 juillet 2002 et ceux qui ont suivi, on parle « *d'éviction totale de l'article 1382 du Code civil* »[1201], de

---

[1196] Cass. 2ème civ., 29 novembre 2001, *Inédit*, n° 99-20108 ; Cass. 2ème civ., 10 mars 2004, *Bull. II*, n° 114 ; *GP.* 6 et 7 janvier 2006, p. 31, obs. S. LASFARGEAS ; Cass. 2ème civ., 18 février 2010, *Inédit*, n° 09-65351.

[1197] P. GUERDER, « Rapport sous l'arrêt du 8 mars 2001 », *GP.* 17 et 19 juin 2001, p. 17.

[1198] Versailles, 22 novembre 2001, *LP* Avril 2002, I. p. 40.

[1199] Pour quelques décisions dans le même sens, voir : Cass. 2ème civ., 14 mars 2002 (deux arrêts), *Bull. II*, n° 45 et 46 ; *LPA.* 27 mai 2002, p. 8, obs. E. DERIEUX ; Cass. 2ème civ., 10 octobre 2002, *Bull. II*, n° 222 ; *LPA.* 27 décembre 2002, p. 12, obs. E. DERIEUX ; Cass. 2ème civ., 6 février 2003, *Bull. II*, n° 32 ; *LPA.* 16 juillet 2003, p. 21, obs. E. DERIEUX ; Cass. 2ème civ., 9 octobre 2003, *Bull. II*, n° 293 ; *D.* 2004, J., p. 590, note E. DREYER ; Cass. 2ème civ., 23 septembre 2004, *Bull. II*, n° 425 ; *GP.* 6 et 7 janvier 2006, p. 24, note P. GUERDER. Et, pour un aperçu général de la jurisprudence depuis les arrêts du 12 juillet 2000, S. MARTIN-VALENTE, art. précités.

[1200] Cass. 1ère civ., 27 septembre 2005, *Bull. I*, n° 348 ; *GP.* 16 et 17 décembre 2005, p. 4149, note S. LASFAGEAS ; *Lamy droit de l'immatériel* 2005, n° 9, note L. COSTES ; *D.* 2006, J., p. 485, note T. HASSLER ; *Ibid*, p. 768, note G. LECUYER ; *Ibid* doct., p. 1337, note E. DREYER ; *RTD. civ.* 2006, p. 126, obs. P. JOURDAIN.

[1201] P. JOURDAIN, « L'éviction totale de l'article 1382 du Code civil en cas d'abus de la liberté d'expression envers les personnes », *RTD. civ.* 2006, p. 126.

« *disparition de la responsabilité civile en matière de presse* »[1202], de sorte qu'on nous intime l'ordre : « *circulez ; il n'y a plus rien à voir !* »[1203] On réalise que « *l'article 1382 du Code civil avait déjà été marginalisé par l'Assemblée plénière dans des arrêts du 12 juillet 2000 en cas d'abus de la liberté d'expression. Il est aujourd'hui totalement évincé par cet arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, au moins aux cas d'atteinte aux personnes* »[1204]. Effectivement, jusqu'à ce jour, la Cour de cassation semblait favorable au maintien de l'application de l'article 1382 du Code civil pour tous les faits qui ne seraient pas sanctionnés par un texte spécial réprimant une atteinte à la liberté d'expression. Mais, avec cet arrêt, la Cour régulatrice ne se contente plus d'évincer l'article 1382 dans le cas d'abus limitativement visés. C'est, plus généralement, pour sanctionner tout abus de la liberté d'expression envers les personnes qu'elle écarte l'article 1382 du Code civil. Dans cette affaire, après la parution d'un article du Figaro littéraire consacré à un fait divers consistant en la disparition mystérieuse d'un médecin, de son épouse et de ses enfants, la famille de l'épouse avait cherché à engager la responsabilité de l'éditeur du journal et de l'auteur de l'article. Pour les condamner sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, les juges du fond avaient bien relevé un fait distinct de ceux que réprime la loi de 1881. Ils avaient énoncé comme règle que « *l'auteur d'une œuvre de fiction et celui qui assure, sous forme quelconque, la diffusion de cette œuvre sont, même en l'absence de diffamation ou d'atteinte à la vie privée, tenus dans les termes de droit commun de l'article 1382 du Code civil, à réparer le préjudice que, par leur faute, cette œuvre a causé à des tiers* ». Appliquant cette règle à l'espèce, ils avaient constaté que l'auteur et l'éditeur avaient gravement blessé la sensibilité des demandeurs et avaient commis une imprudence fautive générant un préjudice moral dont ils devaient réparation. Or, bien qu'un fait distinct de la loi de 1881 avait été caractérisé[1205], leur décision fut cassée au motif suivant : « *vu l'article 1382 du Code civil ; attendu que les abus de la liberté d'expression envers les personnes ne peuvent être poursuivis sur le fondement de ce texte…* » On constate que, dans l'attendu de principe, ainsi posé par la Cour de cassation, toute référence à la loi du 29 juillet 1881 disparaît[1206]. Cela signifie que, dans le champ d'application de cette loi, comme désormais en dehors, l'application de l'article 1382 du Code civil est exclue dès lors que l'on se trouve en présence d'un abus de la liberté d'expression. La théorie du fait distinct, qui permettait de préserver la fonction subsidiaire de la responsabilité civile, est abandonnée[1207]. « *L'exclusion* »[1208] totale de l'article 1382 du

---

[1202] E. DREYER, « Disparition de la responsabilité civile en matière de presse », *D.* 2006, doct., p. 1337.

[1203] T. HASSLER « Article 1382 du code civil et abus dans la liberté d'expression : circulez il n'y a plus rien à voir ! », *D.* 2006, J., p. 485.

[1204] P. JOURDAIN, art. précité, loc. cit.

[1205] Les juges ont constaté qu'en détaillant de manière romancée l'existence et la personnalité de l'épouse du médecin de telle sorte que le lecteur ne pouvait séparer la réalité de la fiction, en donnant en la même forme sur sa fille des précisions particulièrement insupportables eu égard à la récente et macabre découverte la concernant, l'auteur et l'éditeur avaient commis une imprudence fautive.

[1206] A la différence des arrêts précédents qui faisaient état « *des abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881* ».

[1207] E. DREYER, art. précité, spéc. p. 1339.

Code civil est donc affirmée par la première chambre civile de la Cour de cassation lorsque l'abus touche une personne. Par un arrêt du 25 janvier 2007, la deuxième chambre civile se rallie à cette position dans un attendu similaire[1209]. Il reste alors la possibilité d'appliquer l'article 1382 du Code civil pour réparer les dommages causés par les éditeurs ou les journalistes pour faute dans l'exercice excessif du droit de critique des produits, des services ou des créations intellectuelles[1210].

En renonçant à la subsidiarité de l'article 1382 du Code civil en cas d'atteinte à la personne, la Cour de cassation semble admettre que les abus qu'aucun texte spécial ne réprime sont permis. M. Emmanuel Dreyer relève, ainsi, que cette solution « *empêche désormais de sanctionner toute tentative pour romancer l'histoire des personnes vivantes ou mortes, en jetant le discrédit sur elles et, par ricochet, sur leurs proches. Ensuite, elle condamne la responsabilité qui était admise, de façon exceptionnelle à l'encontre de prétendus comiques dont l'excès ne pouvait dissimuler l'intention de nuire ou la recherche de confusion. (…) Dorénavant, les dérapages qui ne peuvent être poursuivis dans les conditions de la loi sur la presse restent impunis. La même solution empêchera également de sanctionner ceux qui manipulent l'histoire pour justifier leurs thèses, ceux qui détournent des symboles religieux à des fins commerciales, ceux qui procèdent à des montages destinés à créer l'équivoque…* »[1211]. La subsidiarité de l'article 1382 du Code civil dans sa fonction supplétive n'existe plus[1212]. La loi de 1881 apparaît comme exclusive, alors même que l'article 1382 du Code civil constitue la protection minimale à laquelle peuvent s'attendre les victimes[1213]. Cette protection n'est plus assurée ; on ne peut que le regretter[1214].

[1208] S. LASFARGEAS, « Exclusion de l'article 1382 du code civil en matière de presse », *GP*. 16 et 17 décembre 2005, p. 4149.

[1209] Cass. 2ème civ., 25 janvier 2007, *Bull II*, n° 19 ; *RTD. civ.* 2007, p. 354, obs. P. JOURDAIN. La Cour de cassation y affirme que « *les abus de la liberté d'expression ne peuvent être poursuivis et réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil* ». De ce fait, elle ne reprend pas son motif habituel qui faisait référence aux abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881. De plus, elle justifie sa décision en observant que l'interview incriminée avait été recueillie par un journaliste pour être publiée dans un organe de presse, de sorte que sa teneur ne pouvait être qualifiée qu'au regard de la loi du 29 juillet 1881.

[1210] Cass. 2ème civ., 8 avril 2004, *Bull. II*, n° 182, p. 152 ; *Resp. civ. Ass*. 2004, comm. n° 225 ; Cass. 2ème civ., 7 octobre 2004, *Bull. II*, n° 445, p. 379 ; *Resp. civ. Ass*. 2004, comm. n° 376 ; Cass. 1ère civ., 8 avril 2008, *Bull. I*, n° 104 ; *JCP. G.* 2008, II. 10106, note C. HUGON ; *RTD. civ.* 2008, p. 487, obs. P. JOURDAIN.

[1211] E. DREYER, article précité, *spéc.*p. 1339.

[1212] Pour un récapitulatif de cette jurisprudence, v. notamment, B. LAMY, « Les tribulations de l'article 1382 du Code civil au pays de la liberté d'expression », *in mélanges en l'honneur de Ph. Le Tourneau*, Dalloz 2008, p. 275.

[1213] G. VINEY, « Pour ou contre "un principe général" de responsabilité civile pour faute ? », *in Le droit privé à la fin du XXème siècle*, Etudes offertes à P. Catala, Litec, 2001, p. 555, spéc. p. 557.

[1214] D'autant que, comme nous l'avons dit précédemment, il ne faut pas ignorer la valeur matérielle essentielle du principe de responsabilité véhiculé par l'article 1382. V. *supra* n° 63.

3. Le retour du droit commun subsidiaire

392. Exclusivité : une fin annoncée ? La jurisprudence récente paraît revenir sur l'exclusivité de la loi de 1881. En effet, un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 30 octobre 2008 semble marquer le retour de l'article 1382 du Code civil dans le domaine de la presse[1215]. Les faits sont les suivants : un article très critique, dénonçant l'attitude de commerçants locaux, paraît dans une publication locale. Mécontente, une association de commerçants distribue une lettre ouverte prétendant révéler l'identité de l'auteur de cet article, tout en accusant ce dernier d'avoir profité du soutien de ces mêmes commerçants lors d'une campagne électorale. La personne, alors mise en cause, saisit le juge des référés en se prévalant de l'article 809, alinéa 1er, du Code de procédure civile. Elle invoque un trouble manifestement illicite, cette désignation constituant une faute d'imprudence au sens de l'article 1382 du Code civil. L'association se défend, non pas en réfutant la réalité de ces accusations, mais en prétendant qu'elle avait cherché à atteindre l'honneur de la demanderesse en lui reprochant son inconséquence, de sorte qu'elle estime que la loi sur la presse doit seule s'appliquer. La cour d'appel suit la défense de l'association. Elle considère que « *le reproche fait par Mme C. à cette association d'avoir fait connaître de manière erronée à la population locale qu'elle était l'auteur d'un article de presse jetant le discrédit sur la communauté commerçante du centre-ville et, par conséquent, d'avoir renié les engagements pris auprès de cette même communauté quelques mois plus tôt dans le cadre d'une campagne électorale à laquelle elle avait participé activement, s'analysait bien en une accusation de diffamation relevant exclusivement de la loi du 29 juillet 1881* ». En l'espèce, relevant le caractère diffamatoire de la lettre, les juges du fond ne

---

[1215] Cass. 1ère civ., 30 octobre 2008, *Bull. I*, n° 244 ; *JCP. G.* 2009, II. 10006, note E. DREYER ; *Com. com. élect*., 2008, comm. n° 139, obs. A. LEPAGE ; *RTD. civ*., 2009, p. 331, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2009, pan. p. 1179, note T. MASSIS. V. également, Cass. 1ère civ., 3 février 2011, *Bull. I* n° 109 ; *JCP. G.* 2011, p. 308 et p. 637, notes E. DREYER ; *Resp. civ. Ass.* 2011, p. 27, comm. n° 150, par H. GROUTEL ; *Lexbase Hebdo*, 2011, n° 435, chr., D. BAKOUCHE. Dans cette affaire, suite à la publication d'un article sur les restaurants « Quick » publié dans « Entrevue », le directeur de la publication du magazine ainsi que la société de conception de presse et d'édition avaient été poursuivis du chef de diffamation. Pour prononcer la nullité des assignations, la cour d'appel (CA Paris, 18 sept. 2009) releva que ces assignations poursuivaient les mêmes faits sous des qualifications différentes, à titre principal, comme diffamatoires au visa des articles 29 et 32 de la loi du 29 juillet 1881, à titre subsidiaire, comme constitutifs d'une faute civile au visa de l'article 1382 du Code civil. Or, selon elle, « *même présenté sous cette forme subsidiaire, ce cumul d'actions soumises à des procédures radicalement différentes, qui ne permet pas à la partie poursuivie de connaître avec certitude les faits qui lui sont reprochés, ni d'organiser sa défense, équivaut à une absence de qualification* ». De surcroît, la circonstance que les défendeurs ont notifié une offre de preuve dans les formes de la loi sur la presse démontre la conviction que ceux-ci ont eue de se défendre sur ce terrain. Ce raisonnement est cassé par la Haute juridiction qui juge, au visa de l'article 53 de la loi du 29 juillet 1881, « *qu'en statuant ainsi, quand la citation est valable dès lors que, par le visa de l'article de la loi du 29 juillet 1881 réprimant le délit imputé, elle ne laisse aucune incertitude sur son objet exact ni ne peut provoquer, dans l'esprit des intéressés, aucun doute sur les faits qui leur sont reprochés, peu important la référence à titre subsidiaire à l'article 1382 du Code civil, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

pouvaient que constater l'application exclusive de la loi de 1881. Pourtant, la Cour de cassation casse et annule l'arrêt. Elle reconnaît, en effet, qu'« *en statuant ainsi, quand l'imputation de la paternité d'une publication en l'absence de propos injurieux ou portant atteinte à l'honneur ou à la considération ne relève pas des dispositions de la loi du 29 juillet 1881, la cour d'appel a violé par fausse application les articles 29 et 53 de la loi du 29 juillet 1881 et par refus d'application l'article 1382 du Code civil* ». La Cour de cassation constate ici que la calomnie ne relève de la loi sur la presse qu'à partir du moment où elle est intentionnelle. Or, dans les faits, rien ne permet de déclarer le propos diffamatoire, l'atteinte à l'honneur n'étant pas intentionnelle, mais résultant d'une confusion. C'est pourquoi les juges du fond se voient non seulement reprocher une mauvaise interprétation de la loi de 1881, mais surtout une éviction arbitraire de l'article 1382 du Code civil. Il est évident que cette solution remet en cause celle du 27 septembre 2005 précédemment étudiée. L'arrêt commenté condamne désormais clairement la thèse selon laquelle, dans le champ de la liberté d'expression, seule la loi du 29 juillet 1881 a vocation à s'appliquer. Dans les interstices de la loi de 1881, le droit commun retrouve son empire tel qu'il pouvait s'appliquer à la suite des arrêts de l'Assemblée plénière du 12 juillet 2000[1216]. Plus précisément, cette solution permet de réactualiser la place de l'article 1382 en ce domaine par un raisonnement en deux temps. Dans un premier temps, on note que l'article 1382 demeurera exclu lorsque les faits reprochés au défendeur correspondent matériellement à un délit prévu et réprimé par la loi du 29 juillet 1881. La Cour de cassation renoue ainsi avec son ancienne jurisprudence. Dans un arrêt du 11 février 2010, la première chambre civile réaffirme que « *les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil* »[1217]. En revanche, et c'est le deuxième temps du raisonnement, le droit commun retrouvera son empire dans tous les autres cas. La victime pourra se prévaloir de l'article 1382 dans une fonction complétive, au moins lorsqu'elle s'appuie sur des faits matériellement distincts de ceux d'un délit de presse. Cet arrêt marque, en définitive, un frein à une interprétation extensive des infractions de diffamation et d'injures visées par la loi de 1881[1218].

Les effets de ce retour en grâce de l'article 1382 se voient d'ailleurs dans d'autres arrêts plus récents. Ainsi, le 20 mai 2010, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation approuve la condamnation d'une association à verser une certaine somme à titre de provision à un organisme bancaire. En l'espèce, ce dernier se plaint

---

[1216] E. DREYER, note sous l'arrêt Cass. 1ère civ., 30 octobre 2008, *JCP. G.* 2009, II. 10006.

[1217] Cass. 1ère civ., 11 février 2010, *Inédit,* n°08-22111 ; *D*. 2010, p. 780, note E. DREYER. Dans le même sens : Cass. 1ère civ., 16 décembre 2010, *Inédit*, n° 10-11469 ; *Resp. civ. Ass.* 2011, comm. n° 10 ; *D*. 2010, p. 780, note E. DREYER.

[1218] On pourrait d'ailleurs admettre qu'un premier frein à cette interprétation extensive donnée par la Cour de cassation en 2007 avait été posé en 2008. En effet, dans l'arrêt précité du 8 avril 2008, la Cour de cassation avait reconnu que l'article 1382 était applicable lorsque « *les actes reprochés… ne visaient pas la société, mais les marques déposées par elle* ». Ici, la reproduction des marques associées à des images négatives n'atteignait que les produits et les services, non la personne morale.

d'une campagne de dénigrement menée par cette association. Il dénonce notamment la distribution de tracts afin d'inciter la dénonciation de prétendus abus. La cour d'appel ordonne qu'il soit mis fin à cette distribution au motif que « *les méthodes employées dépassaient manifestement la nécessité d'information du public que l'association estimait de son devoir de donner* ». La Cour de cassation constate que les magistrats du second degré ont caractérisé « *suffisamment le comportement fautif de l'association et l'existence d'une obligation non sérieusement contestable de réparation du préjudice causé* »[1219]. Or, ce comportement fautif ne peut se comprendre qu'à la lumière de l'article 1382. Pareillement, les juges du fond reconnaissent l'existence d'une faute civile dans le fait, pour l'auteur d'un blog, de chercher à discréditer un maire auprès de ses électeurs en le tournant en ridicule sans lui imputer de fait précis ni l'injurier[1220].

Pourtant, toutes les juridictions ne tirent pas les conséquences de ces dernières jurisprudences. L'existence d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil devrait justifier qu'en dehors du champ de compétence de la loi de 1881, les demandes d'indemnisation puissent être fondées, à titre subsidiaire, sur le fondement du droit commun. Or, la cour d'appel de Paris continue à juger que l'invocation de l'article 1382, à titre subsidiaire, vicie l'assignation et entraîne sa nullité en application de l'article 53 de la loi de 1881[1221].

Pour se conformer avec les derniers arrêts de la Cour de cassation, les juges du fond doivent revenir sur leur position.

[1219] Cass. 2ème civ. 20 mai 2010, *Inédit*, n° 09-14111 ; *D*. 2010, p. 780, note E. DREYER ; *Lamy droit de l'immatériel*, 2010, p. 50.

[1220] Orléans, 22 mars 2010, *Com. com. élect*. 2010, n° 91, note A. LEPAGE. V. aussi, TGI Paris, 19 mai 2010, *LP*. 2010, p. 290, note F. MASURE. Les juges ont ici admis qu'un Ordre puisse agir, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, à raison des propos offensants envers la profession qu'il représente.

[1221] Paris, 10 septembre 2010, *LP*. 2010, p. 421, note B. ADER.

Conclusion du chapitre 1

La résolution des concours structurels simples : l'aménagement du principe de subsidiarité

393. Résolution par le principe d'intérêt. Le premier effet du principe correcteur est d'aménager les solutions retenues par le principe de subsidiarité au moment de la résolution des concours structurels simples en tenant compte non plus uniquement de la nature de la norme, mais aussi de son contenu.

394. Intérêt de la victime. Le principe d'intérêt vient ainsi au secours des victimes dont les droits ne seraient pas suffisamment protégés par le régime spécial. Pour ce faire, le législateur et le juge leur reconnaissent une faculté d'opter pour le droit commun. L'aménagement du principe de subsidiarité passe ici par le recul de la vocation prioritaire du droit spécial.

395. Intérêt du responsable. Le principe correcteur assure aussi la sauvegarde des intérêts du responsable. Bien que l'on constate que, dans certaines lois, le législateur ait lui-même choisi d'adopter une législation « pro responsable » par le biais de lois restrictives de responsabilité, on s'aperçoit que cela ne suffit pas toujours. Le juge prend alors le relais lorsqu'il veut lui-même garantir cette protection. C'est ainsi que l'on peut faire appel à l'exclusivité qui va consacrer le retrait du droit commun. L'aménagement du principe de subsidiarité est ici matérialisé par l'éviction de la subsidiarité du droit commun.

Finalement, au gré du principe matériel, la résolution des concours structurels s'en trouve aménagée.

Chapitre 2. La résolution des autres concours : le dépassement du principe de subsidiarité

396. Résolution des concours conjoncturels simples et des concours complexes. Plusieurs distinctions sont à opérer entre les concours de normes. On trouve, d'une part, des concours structurels et des concours conjoncturels et, d'autre part, des concours simples et des concours complexes. Or, pour chaque situation, des principes différents trouvent à s'appliquer. Si l'on a dégagé les solutions des concours structurels simples, reste à déterminer ce qu'il en est des autres concours : concours conjoncturels simples (Section 1) et concours structurels et conjoncturels complexes (Section 2).

Section 1. La résolution des concours conjoncturels simples

397. Qualification et résolution. Pour résoudre les concours conjoncturels simples, il convient déjà d'être certain de la qualification retenue. En pratique, il n'est pas toujours évident d'opérer une distinction entre les situations de concours structurels ou conjoncturels (§1). Pourtant, c'est de la bonne qualification que dépend l'issue du litige (§2).

§1. La qualification du concours

398. Une erreur déterminante du raisonnement. Certains concours, en raison de leur forme, prêtent à confusion. Ils ont la particularité de ressembler à des concours structurels simples tant et si bien que l'on s'ingénie à leur appliquer le principe de subsidiarité, alors même qu'il s'agit en réalité de concours conjoncturel. Cette erreur d'appréciation nuit à la lisibilité des principes d'articulation, mais aussi à la volonté du législateur.

Bien souvent, s'il ne fait aucun doute que l'on a bien affaire à un concours pour lequel un seul répondant est désigné, la confusion s'opère au moment de déterminer s'il existe entre les actions une relation de genre à espèce, qu'il s'agisse de cas où les deux normes appartiennent au même genre (A) ou à des genres différents (B).

A. La nature des concours entre deux normes de même genre

399. Similitude de genre et rapport de spécialité. Lorsque deux normes appartiennent au même genre, on est tenté de dire qu'il existe entre elles une relation de spécialité. Or, il faut prendre garde à ne pas aboutir trop promptement à cette conclusion. Il se peut, en effet, que les deux normes – bien que faisant partie du même genre de responsabilité – ne se trouvent pas, pour autant, dans une relation de genre à espèce. Cela tient au fait que les normes peuvent s'attacher à régir des éléments très variés de même genre, mais pas de même type. Ainsi, entre le régime de responsabilité du fait des animaux (article 1385 du Code civil) et celui de responsabilité du fait des accidents de la circulation (loi Badinter de 1985), si on a bien deux régimes de responsabilité du fait des choses, on ne saurait affirmer qu'il existe un rapport de spécialité entre les deux. L'animal et le véhicule sont deux choses de type bien distinct. Si, dans cet exemple, l'absence de relation de spécialité est simple à vérifier, il arrive que l'opération de qualification soit bien plus délicate,

c'est ce que permet d'illustrer le concours entre l'article 1384, alinéa 2, du Code civil et les dispositions de la loi Badinter du 5 juillet 1985.

400. Concours entre l'article 1384, alinéa 2, du Code civil et la loi Badinter. Un dommage est causé à la suite d'un incendie ayant pris naissance dans un véhicule en stationnement. Deux régimes de responsabilité sont applicables, la loi Badinter de 1985 sur les accidents de la circulation et l'article 1384, alinéa 2, du Code civil sur la communication d'incendie. Tous deux désignent potentiellement le même responsable : le propriétaire du véhicule. Dans cette situation, la Cour de cassation a décidé de faire prévaloir la loi de 1985 sur l'article 1384, alinéa 2, en affirmant que « *l'incendie provoqué par un véhicule terrestre à moteur, ce dernier fût-il en stationnement, est régi par les dispositions de la loi du 5 juillet 1985, et non par celles de l'article 1384, alinéa 2, du Code civil* »[1222]. Pour M. Jean Mouly, cette solution tient au fait que, l'article 1384, alinéa 2, bien que dérogatoire à l'article 1384, alinéa 1er, fait partie du droit commun. C'est pourquoi, en vertu de l'adage *specialia généralibus derogant*, la loi de 1985, régime spécial, doit s'appliquer[1223].

Le problème est que, pour faire usage de cet adage, il faut veiller, en amont, à ce que les deux dispositions entrent bien dans une relation de genre à espèce. Or, il est ici permis d'en douter. Si ces deux articles concernent bien un même genre de responsabilité, celui du fait des choses, rien ne laisse penser que les conditions d'application de l'un d'entre eux soient incluses dans les conditions d'application de l'autre. Pour justifier que le régime de responsabilité du fait des accidents de la circulation soit seul applicable au concours, il devrait être reconnu comme un régime spécial face au régime de responsabilité pour la communication d'incendie. Or, l'accident de la circulation n'est, évidemment, pas un cas particulier de communication d'incendie. Il serait trompeur de se contenter du constat que l'un des deux régimes connaît un champ de compétence plus large que l'autre quant aux choses qu'il concerne. Encore faut-il observer que ces deux articles s'appliquent au même type de chose. Si une loi spéciale avait été créée pour régir les incendies de véhicule en stationnement, on aurait pu considérer celle-ci comme un régime particulier face à l'article 1384, alinéa 2, elle-même spéciale face à l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil. Une autre raison explique donc la solution rendue pas la Cour de cassation[1224].

En définitive, quoi que l'on soit tenté de le faire pour pouvoir appliquer le principe de subsidiarité, il n'est pas toujours possible de distinguer à l'infini entre les

---

[1222] Cass. 2ème civ., 22 novembre 1995 (3 arrêts), *Bull. II,* n° 285 s. ; *D.* 1996, p. 163, note P. JOURDAIN ; *JCP. G.* 1996, II. 22656, note J. MOULY ; J. KHADIM, « L'indemnisation des dommages résultants d'un incendie ou d'une explosion d'un véhicule terrestre à moteur », *GP.* 1994, I. Doct., 148 ; S. SZAMES, « L'abrogation de l'article 1384 al.2 du Code civil : une nécessité aujourd'hui impérieuse », *LPA*, 27 mars 2002, p. 6.

[1223] J. MOULY, note précitée.

[1224] Cf. *infra* n° 411.

régimes spéciaux d'un même genre pour désigner des régimes plus généraux que les autres. Une même tentation est aussi perceptible lorsque les deux normes ne font pas partie du même genre.

B. La nature des concours entre deux normes de genre différent

401. Dissemblance de genre et rapport de spécialité. Le concours entre deux normes de genre différent peut-il se voir appliquer le principe de subsidiarité ? Ainsi énoncée, la problématique est simple à résoudre : entre deux normes de genre différent, il ne saurait y avoir de relation de spécialité et donc de résolution par le principe de subsidiarité. Toujours est-il qu'il faut, d'abord, s'assurer de cette différence de genre, ce qui n'est pas, forcément, chose aisée. On l'a vu, les notions de « spécial » et de « général » sont fort relatives ce qui entraîne des difficultés[1225].

402. Concours entre la théorie des troubles de voisinage et l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil. La difficulté qui existe pour apprécier la nature du concours apparaît, plus particulièrement, lors du concours entre la théorie des troubles de voisinage et l'article 1384, alinéa 1er. Il est possible que, dans une même situation de fait, ces deux dispositions soient applicables, le dommage ayant été causé par le fait d'une chose qualifié de trouble de voisinage. Ainsi, avant que la théorie des troubles de voisinage n'apparaisse, soit avant 1986, la Cour de cassation faisait usage de l'article 1384, alinéa 1er, à des faits qui pourraient aujourd'hui donner lieu à l'application de cette théorie. Elle avait, par exemple, qualifié le fabricant de produits chimiques de gardien des émanations de gaz provenant de son exploitation[1226].

Pourtant, dans des arrêts plus récents, la Cour de cassation préfère affirmer que « *l'article 1384, alinéa 1er, est étranger à la réparation des troubles de voisinage* »[1227]. Elle refuse de reconnaître la possibilité d'appliquer simultanément ces dispositions en choisissant de ne faire usage que de la théorie des troubles de voisinage. Pour

---

[1225] A. JEAMMAUD, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Université Jean Moulin, Lyon III, 1975, p. 686, n° 381. L'auteur fait état de « *"l'impressionnisme" qui préside souvent à la qualification d'une règle du point de vue de son extension par rapport à une autre – "règle spéciale" ou "règle générale"* ».
La relativité de la distinction tient déjà à la définition retenue pour la relation de spécialité. René Gassin considère, par exemple, que constituent des lois spéciales les articles 1384 et 1386 du Code civil en ce qu'ils posent des règles particulières de responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui, tandis que les articles 1382 et 1383 du même code sont des règles générales. Or, ce n'est pas, selon nous, un exemple de deux normes entretenant une relation de spécialité. Nous avons, en effet, admis une conception plus restrictive de cette relation dans laquelle les articles 1382 et 1382 appartiennent à un genre différent de celui des articles 1384 et 1386, en conséquence de quoi, il n'existe pas entre eux de relation de spécialité. V. R. GASSIN, « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, p. 91 , spéc. p. 91 n° 1.

[1226] Cass. 2ème civ., 17 décembre 1969, *Bull. II*, n° 353.

[1227] Cass. 2ème civ., 20 juin 1990, *Bull. II*, n° 140 ; *RD Im.* 1991, p. 34, obs. J.-L. BERGEL ; Cass. 2ème civ., 20 juin 2002, *Inédit* n° 00-17179 ; Cass. 2ème civ., 13 septembre 2007, *Inédit* n° 06-17992.

M. Sébastien Beaugendre, cette solution se justifierait par la nature respective de chacune des actions en concours. La responsabilité pour trouble de voisinage ne serait, selon lui, qu'un régime spécial de responsabilité du fait des choses. En conséquence, le principe de subsidiarité s'appliquerait. Il faudrait en cas de concours entre les deux régimes, exclure les dispositions de l'article 1384, alinéa 1er[1228]. L'auteur commet ici, selon nous, une erreur. Si le choix fait par M. Beaugendre de qualifier de spécial le régime de responsabilité du fait des troubles de voisinage permet d'expliquer les raisons pour lesquelles le régime général de responsabilité du fait des choses doit être exclu, il est nécessaire que cette qualification soit elle-même justifiée. Pour ce faire, il faudrait pouvoir affirmer avec certitude qu'il existe bien un rapport de spécialité entre les deux normes. Or, cela n'est pas possible. En effet, concernant la responsabilité du fait des troubles de voisinage, nous avons vu qu'il s'agit d'un régime de responsabilité autonome et non d'un régime spécial de responsabilité du fait des choses[1229]. Il s'agit ici de constater, non pas un concours structurel de normes, mais bien un concours conjoncturel au sein duquel deux normes, de même niveau de généralité, sont présentes. C'est pourquoi, à défaut de voir réunies les conditions d'application du principe de subsidiarité, la prévalence du régime de responsabilité du fait des troubles de voisinage ne saurait être fondée sur l'application de l'adage *specialia generalibus derogant*[1230].

403. De l'importance d'une bonne qualification. La qualification d'une norme de spéciale ou de générale est une opération complexe, mais essentielle pour un bon usage des principes d'articulation. S'il convient toujours de s'assurer que le principe de subsidiarité, principe directeur, n'est pas applicable au concours, il ne faut pas être trop prompt à conclure à son application.

Ainsi, il est primordial de bien opérer une distinction entre les concours simples ou complexes, conjoncturels ou structurels, dans la mesure où de cette distinction découlera une résolution différente du concours.

[1228] S. BEAUGENDRE, note sous Cass. 3ème civ., 11 février 1998, *D.* 1999, p. 529.

[1229] Cf. *supra* n° 6.

[1230] Cf. *infra* n° 408 s., à propos de la résolution du concours entre ces deux dispositions par la voie de l'option.

§2. La résolution des concours

404. De l'option à la hiérarchie. On retrouve pour la résolution des concours conjoncturels simples deux des différents outils précédemment admis : l'option et la hiérarchie. Toutefois, tous deux ne sont pas employés avec la même importance, ni la même pertinence.

En principe, c'est à la victime qu'il reviendra de choisir la ou les actions applicables. La faveur est ainsi donnée à l'option (A). Néanmoins, il arrive, plus exceptionnellement, que la victime ne soit plus libre de choisir puisqu'une hiérarchie entre les actions a déjà été établie (B).

A. L'application préférentielle de l'option

405. Justification et illustrations. Lorsque le concours est un concours conjoncturel simple, le juge décide, le plus souvent, de laisser à la victime le choix de l'action à engager. Il semble qu'en la matière, à défaut de volonté affirmée du législateur de privilégier d'autres intérêts, ceux de la victime doivent prévaloir. Il s'agit là de défendre l'intérêt principal reconnu par la responsabilité civile extracontractuelle[1231].

Quelques exemples permettent d'illustrer cette solution. Il existe un cas de concours conjoncturel simple lorsque, pour un même dommage, la victime peut s'appuyer sur l'article 1384 alinéa 1er, du Code civil (responsabilité du fait d'une chose) et sur l'article 1382 du même code (responsabilité du fait personnel), afin de rechercher la responsabilité d'une même personne. Pour cela, il suffit que le gardien de la chose ayant causé le dommage ait commis une faute qui a concouru à sa réalisation. Deux solutions sont *a priori* recevables pour résoudre ce concours : soit l'une des deux responsabilités est jugée prévalente, de sorte que seul l'un des fondements peut être invoqué ; soit la victime dispose d'une option entre les deux fondements. La première solution ne se justifierait que si l'on découvrait dans l'intention du législateur la volonté de préserver l'une des deux actions en cause, comme on le fait pour les concours structurels. Or, rien ne semble ici aller en faveur d'une telle solution. Les deux fondements ayant des domaines bien distincts, l'application de l'un au détriment de l'autre ne permettrait pas de tourner une règle qui aurait été spécialement mise en place pour cette situation. Ainsi, la Cour de cassation affirme-t-elle de manière générale que « *la responsabilité du fait personnel et celle du fait des choses ont leur propre domaine, qu'elles peuvent dès lors être invoquées cumulativement* »[1232]. Autrement dit, le cumul procédural[1233] est ici autorisé, ce qui

---

[1231] Cf. *supra* n° 302 s.

[1232] Cass. 2ème civ., 17 octobre 1963, *Bull. II*, n° 642 ; Cass. 2ème civ., 24 octobre 1963, *Bull. II*, n° 671 ; Cass. 2ème civ., 17 octobre 1973, *Bull. II*, n° 250. V. aussi à propos de cette jurisprudence, J. BORE, « Le cumul de la responsabilité du fait personnel et de la responsabilité du fait des choses », *JCP. G.* 1965, I. 1961.

laisse entendre qu'il n'existe aucune hiérarchie entre ces dispositions. *A fortiori*, la victime peut, ainsi, librement faire son choix.

Ensuite, un tel concours est concevable entre l'article 1382 du Code civil et la théorie des troubles de voisinage. Il est acquis que le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage constitue un principe de responsabilité à part entière[1234]. Or, le fait générateur du trouble de voisinage peut aussi constituer une faute au sens de l'article 1382 du Code civil. A ce titre, la victime devrait pouvoir bénéficier d'une option entre les deux fondements pour engager la responsabilité de l'auteur du dommage. Selon M. Brun, « *on ne saurait faire prévaloir l'adage specialia generalibus derogant pour justifier l'application exclusive de la responsabilité pour troubles de voisinage dans la mesure où celle-ci constitue moins une dérogation exceptionnelle aux règles des articles 1382 et suivants, qu'elle ne procède d'un principe général concurrent* »[1235]. Cette situation de concours s'est présentée dans un arrêt du 11 février 1998 où la victime de nuisance était aussi victime d'une faute[1236]. En l'espèce, des propriétaires avaient érigé sur leur fonds un cabanon. Leur voisin, s'estimant victime d'un préjudice, les avait assignés aux fins d'obtenir la démolition de la construction litigieuse et l'octroi de dommages et intérêts. Le demandeur se plaignait notamment de « *l'obligation de supporter la vue d'une toiture, des bruits excessifs provenant de conversations et des fumées produites par des barbecues* ». La cause fut portée devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence, qui, par un arrêt du 7 août 1995, fit droit à la demande du voisin au motif que la construction litigieuse, édifiée en violation des règles d'urbanisme, causait un préjudice au voisin qui subissait d'incontestables troubles de voisinage et une gêne considérable dans la jouissance de sa propriété. Cette motivation est censurée par la Cour de cassation, qui, au double visa de l'article 1382 du Code civil et du principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage, a souligné que les juges du fond n'ont ni caractérisé une faute au sens de l'article 1382, ni constaté le caractère anormal des troubles de voisinage. Le double visa opéré par la Cour de cassation, de l'article 1382 et du principe général de droit, donne clairement la solution du concours entre ces deux fondements. D'une part, par ce visa la Cour rappelle l'autonomie des deux responsabilités. La responsabilité pour trouble anormal de voisinage est détachée de la notion de faute et constitue une responsabilité objective qui repose sur la caractérisation d'un préjudice qui excède le seuil des inconvénients normaux de voisinage et, réciproquement, la responsabilité pour faute personnelle est distincte de la responsabilité pour trouble anormal de voisinage. Ce qui lui permet, d'autre part, d'en conclure que la victime peut, si elle le souhaite, s'affranchir de la démonstration de l'existence d'un trouble anormal de voisinage pour se contenter de la preuve d'une faute. C'est alors sur le terrain du principe général de responsabilité pour faute que son préjudice sera réparé. Inversement, la victime peut décider de prouver la

---

[1233] Cf. *supra* n° 317.

[1234] Cf. *supra* n° 6.

[1235] Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Manuel Litec, 2ème éd., 2009, p. 323, n° 500.

[1236] Cass. 3ème civ., 11 février 1998, *Bull. II,* n° 34 ; *D.* 1999, p. 529, note S. BEAUGENDRE.

présence du trouble sans chercher celle de la faute. D'ailleurs, quand bien même la victime apporterait la preuve de la faute, celle-ci ne démontrerait pas *ipso facto* que le préjudice né de cette faute est bien un trouble anormal de voisinage. On en déduit que « *la matière des troubles de voisinage est sous-tendue par un objectif finaliste, la préservation de la paix sociale, qui pousse la Cour de cassation à laisser aux plaideurs et au juge, par principe, le choix du fondement le plus adapté au cas d'espèce* »[1237]. Le choix est donc la règle pour ce concours conjoncturel simple.

Enfin, un concours conjoncturel simple peut être identifié lorsqu'une action en contrefaçon et une action en concurrence déloyale ou en parasitisme sont également applicables. L'action en contrefaçon a pour fondement l'atteinte à un droit privatif ou à un droit de propriété, tandis que les actions personnelles en concurrence déloyale ou parasitisme, fondées sur l'article 1382 du Code civil, viennent sanctionner celui qui a commis une faute. M. Christophe Caron reconnaît que, dans cette situation, le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle peut, librement, opter entre ces actions[1238]. Toutefois, l'auteur considère comme étant plus judicieux de se fonder sur l'action tirée de l'article 1382 du Code civil, « *même si cela implique un fardeau probatoire plus difficile (par exemple apporter la preuve du caractère intentionnel du parasitisme ou de l'existence d'une valeur économique pillée)* »[1239]. Le risque de l'action en contrefaçon est, en effet, de s'exposer à l'annulation de ses titres de propriété si la distinctivité de la marque est sujette à controverse et que le défendeur à l'action en contrefaçon formule une demande reconventionnelle en nullité. Cette situation peut être illustrée par un arrêt du 8 avril 2010 rendu par la cour d'appel de Bordeaux. En l'espèce, le propriétaire d'une marque semi-figurative comprenant l'expression « boîte à meuh » et d'un modèle déposé d'emballage sous blister de cette boîte, estime qu'une société a contrefait sa marque et son modèle. Après avoir fait procéder à trois saisies-contrefaçons, il a assigné cette société en contrefaçon de marque te modèle et en concurrence déloyale. A titre reconventionnel, la société a demandé la nullité des saisies-contrefaçons, marque et modèle précités. La cour d'appel déclare nulles les saisies-contrefaçons et surtout, prononce la nullité de la marque semi-figurative. Elle retient que « *l'adjonction d'un dessin naïf à la dénomination boîte à meuh devenue générique ne peut suffire à lui conférer un caractère distinctif suffisant dès lors que des jouets présentant des caractéristiques très voisines de forme, de fonction et de décoration étaient diffusés antérieurement au dépôt des marque et modèle précités* »[1240].

[1237] S. BEAUGENDRE, note sous Cass. 3ème civ., 11 février 1998, précitée, spéc. p. 529.

[1238] Ch. CARON, « L'articulation de l'action en contrefaçon et de l'action en concurrence déloyale ou parasitisme », *JCP. G.* 2010, p. 235.Pour des applications jurisprudentielles d'une demande combinée sur ces deux actions : Cass. com., 7 juin 2011, *Inédit*, n° 10-23515 ; Cass. 1ère civ., 26 mai 2011, *Inédit*, n° 09-71083 ; Cass. com., 23 novembre 2010, *Inédit*, n° 07-19543 ; Cass. com., 29 juin 2010, *Inédit*, n° 09-67222 ; Cass. com., 4 mai 2010, *Inédit*, n° 09-14436.

[1239] *Ibid*.

[1240] Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation qui estime que la Cour d'appel « *qui constatait, tout au plus, que la marque serait dépourvue de caractère distinctif pour les seuls jeux et jouets d'enfants reproduisant le meuglement d'une vache, et non pour chacun des produits et services courverts par la marque, n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Cass. com., 7 juin 2010, *Inédit,* n° 1019742. De nombreux arrêts révèlent qu'une

De plus, M. Caron rappelle qu'il vaut mieux ne pas intenter une action en contrefaçon à l'égard d'une marque non exploitée depuis plus de cinq ans, sauf à subir une déchéance pour non-exploitation[1241]. C'est ainsi que, dans un arrêt du 10 mai 2011, la Cour de cassation a eu à trancher d'une question concernant la déchéance d'une marque. En l'espèce, une esthéticienne est titulaire de deux marques enregistrées en 1981 pour l'une et en 1983 pour l'autre et régulièrement renouvelées. Ayant eu connaissance de ce qu'une société faisait usage de ses marques sur son site Internet, elle l'assigne en contrefaçon de marques et en concurrence déloyale. Devant la cour d'appel, la société sollicite la déchéance des droits de l'esthéticienne sur ces deux marques. La cour d'appel déboute la société de sa demande en retenant qu'« *il est établi que la marque "dermo esthétique reine" a été exploitée par la société Dermo esthétique Reine, avec l'autorisation de Mme X (l'esthéticienne), pour désigner sur des brochures publicitaires, en 2000, 2001, 2005, 2006 des soins de beauté et des méthodes pour les administrer* ». La Cour de cassation casse cette décision. Elle considère « *qu'en statuant ainsi, alors que pour échapper à la déchéance de ses droits, le propriétaire de la marque doit justifier de son usage pour chacun des produits ou services désignés par l'enregistrement, la cour d'appel a violé l'article L. 714-5 du Code de la propriété intellectuelle* »[1242].

Au bout du compte, si un choix est donné à la victime entre deux actions pour agir en justice, il faut néanmoins qu'elle prenne garde à faire le bon choix, d'autant qu'il ne sera pas non plus toujours judicieux de ne rien faire pour laisser au juge le soin de choisir.

406. Absence de choix de la victime. Alors même que la victime dispose en principe d'un choix face à ces concours, il arrive, en pratique, qu'elle ne fasse aucun choix et laisse le juge seul maître de l'action à appliquer[1243]. Plusieurs cas sont alors envisageables.

Tout d'abord, le juge fait lui-même un choix. Ainsi, il peut trancher le litige selon la règle de droit la plus favorable à la victime : dans ce cas, celle-ci trouvera son intérêt satisfait et n'aura aucune raison d'exercer un recours. Dans un arrêt en date du 7 juin 2011, une société titulaire d'un brevet sur une voiture pour enfant, a assigné plusieurs autres sociétés en contrefaçon de son brevet et de son modèle, ainsi qu'en concurrence déloyale et parasitisme. Ici, la société demanderesse, au lieu de faire un choix à laisser le juge seul maître de l'action à appliquer. En l'occurrence, il a fait

---

demande reconventionnelle en nullité est fréquemment invoquée par le défendeurmême si on ne lui fait pas souvent droit : Cass. com. 10 mai 2011, *Inédit*, n° 10-18812 ; Cass. com., 8 février 2011, *Inédit*, n° 09-6984 ; Cass. com., 14 février 2010, *Inédit*, n° 09-13488, Cass. com., 18 mai 2010, *Inédit*, n° 09-14615.

[1241] Ch. CARON, art. précité, p. 235.

[1242] Cass. com., 10 mai 2011, *Inédit*, n° 10-18317. V. aussi : Cass. com., 15 mars 2011, *Inédit*, n° 10-15761 ; Cass. com. 8 février 2011, *Inédit*, n° 09-13610 ; Cass. com., 9 novembre 2010, *Inédit*, n° 09-13144.

[1243] V. sur cette possibilité, L. RASCHEL,*Le droit processuel de la responsabilité civile* , préface de L. CADIET, éd. IRJS, Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne, t. 25, 2010,p. 207, n° 295.

usage des dispositions portant sur la contrefaçon pour constater que les sociétés défenderesses avaient bien contrefait le modèle déposé[1244]. Le juge peut aussi être amené à faire le choix de « la mauvaise action », du moins de celle qui sera plus bénéfique au responsable. Dans cette situation, la victime pourra exercer les voies de recours dont elle dispose et reformuler sa demande à l'aide du bon fondement. Elle sera alors soumise aux règles de la procédure civile précédemment invoquées en matière d'appel[1245]. Ainsi, on a vu que le demandeur qui aurait fondé sa prétention sur un régime de responsabilité pourrait en appel, au vu de l'insuccès de sa demande, changer de fondement.

Ensuite, il peut arriver que le juge ne fasse, lui non plus, aucun choix. Partons de la situation suivante : des plaideurs soulèvent une violation conjuguée de l'article 1382 et de du principe selon lequel nul ne doit causer un trouble anormal de voisinage, laissant au juge le soin de motiver la solution sur l'un ou l'autre des fondements. Il se peut alors que le juge ne fasse aucun choix franc entre les deux dispositions et en fasse une application confuse. Dans notre hypothèse, il s'agirait pour le juge de statuer sur le fondement de l'article 1382 du Code civil[1246], tout en recherchant si un trouble est caractérisé (condition d'application de la théorie des troubles de voisinage), mélangeant ainsi les conditions des deux fondements. Il est aussi possible que le juge ne choisisse aucun des deux fondements. C'est le cas, notamment, dans l'arrêt précité du 11 février 1998 où les juges du fond s'étaient bornés à « *constater l'existence d'un préjudice résultant de la construction elle-même, sans rechercher s'il existait une relation directe de cause à effet entre l'infraction à une règle d'urbanisme et le préjudice personnel* »[1247]. A défaut d'avoir caractérisé le lien de causalité, la responsabilité sur le fondement de l'article 1382 ne pouvait être retenue. Ensuite, ils avaient déduit de la faute l'existence d'un préjudice constitutif d'un trouble de voisinage, soulignant que le voisin subissait un trouble de jouissance dans sa propriété, sans avoir constaté l'anormalité de la nuisance. En définitive, ils ne s'étaient clairement prononcés ni en faveur de l'application de l'article 1382, ni de celle de la théorie des troubles de voisinage. Dans ces cas, c'est à la Cour de cassation qu'il appartient de s'assurer que les éléments constitutifs du régime de responsabilité choisi sont bien réunis. Sinon, l'arrêt sera cassé.

[1244] Cass. com, 7 juin 2011, précité.

[1245] Cf. *supra* n° 231 s.

[1246] Metz, 18 juin 2002, *Juris-Data*, n° 199281 et, dans le même sens, Grenoble, 27 mai 2003, *Juris-Data*, n° 221108. Dans le premier arrêt, les juges du fond, statuant sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, ont notamment constaté *« le trouble provoqué par le fonctionnement des appareils…* ». Ce trouble qualifié de gène a rendu possible l'application de l'article 1382 du Code civil. Dans le second arrêt, la Cour d'appel a infirmé le jugement rendu le 19 avril 2001 par le TGI de Grenoble qui, se fondant sur l'article 1382 du Code civil, a considéré que « *la faute par défaut de précaution suffisait à caractériser le trouble de voisinage* ».

[1247] Cass. 3ème civ., 11 février 1998, *Bull. II.*, n° 34 ; *D.* 1999, p. 529, note S. BEAUGENDRE.

B. L'application ponctuelle de la hiérarchie

407. Alternative et ordre public. La place privilégiée accordée à l'option dans un concours conjoncturel simple est parfois mise à mal, soit par la volonté du juge qui préfère promouvoir une application alternée des deux fondements (1), soit par la nature même de l'une des normes en cause qui se trouve être d'ordre public (2)

1. La hiérarchie par l'alternative

408. Illustration. Repartons du concours entre la théorie des troubles anormaux de voisinage et l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil. Un homme fait construire sa maison à proximité de celle d'un tiers. Ce dernier, estimant subir une nuisance, en demande réparation sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1er. La cour d'appel relevant la présence de troubles anormaux de voisinage, fait droit partiellement à la demande. La Cour de cassation saisie, constate que les juges du fond, « *en retenant qu'une partie des dommages invoqués résultait de troubles de voisinage qui n'étaient pas anormaux et ne devait donc pas être indemnisée* », ont légalement justifié leur décision, « *sans avoir à répondre à des conclusions inopérantes fondées sur l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, étranger à la réparation des troubles de voisinage* »[1248].

Cette solution ne pouvant pas se justifier par l'application du principe de subsidiarité, dans la mesure où ses conditions ne sont pas réunies[1249], on pourrait penser que la Cour de cassation reconnaît ici un cas d'alternative, le juge usant tour à tour de la théorie des troubles anormaux de voisinage et de la responsabilité du fait des choses. La responsabilité de premier rang étant ici la responsabilité pour trouble anormal de voisinage. On en déduirait alors que la Cour de cassation souhaite encourager l'application de cette théorie dans les situations de nuisances, tandis que la responsabilité du fait des choses régirait plutôt les dommages accidentels.

409. Remise en cause. Il n'est en réalité pas question d'alternative dans ce cas, et ce, pour deux raisons. La première concerne le fonctionnement même de l'alternative qui ne semble pas ici respecté. Effectivement, on rappellera que l'alternative implique le passage d'une action à une autre action et a pour conséquence que, lorsque l'une des actions ne peut aboutir, l'autre peut être employée[1250]. Or, ce n'est pas ce que retient la Cour de cassation dans l'arrêt du 20 juin 1990 précité, puisque, en l'espèce, l'anormalité du trouble n'ayant pas été constatée, le préjudice n'a pas pu être réparé, même sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1er[1251]. L'alternative n'est donc pas la solution ici mise en oeuvre.

[1248] Cass. 2ème civ., 20 juin 1990, précité ; Cass. 2ème civ., 20 juin 2002, précité ; Cass. 2ème civ., 13 septembre 2007, précité.

[1249] Cf. *supra* n° 359.

[1250] Cf. *supra* n° 355 s.

[1251] Cass. 2ème civ., 20 juin 1990, précité.

La seconde source d'insatisfaction porte sur le résultat obtenu à l'aide de l'alternative qui ne paraît pas légitime. Il se trouve que la solution à laquelle conduit cette jurisprudence n'est pas celle à laquelle il faudrait aboutir. Dans la mesure où le régime général de responsabilité du fait des choses et celui des troubles anormaux de voisinage reposent sur deux fondements bien distincts, on ne comprend pas pourquoi la victime serait tenue de se tourner vers le seul fondement des troubles de voisinage. Le législateur n'a rien prévu en ce sens. Contrairement aux concours entre lois spéciales et lois générales où la loi spéciale a justement été instituée dans le but de prévaloir sur la loi générale du fait de sa meilleure adaptation aux faits de l'espèce, aucune justification similaire ne peut être trouvée à propos de deux régimes généraux. De sorte qu'on ne peut qu'affirmer que l'alternative n'est pas la bonne solution. La seule solution pour ce concours est, en réalité, celle de l'option[1252].

L'alternative, si elle est retenue en pratique, ne paraît pas justifiable. En effet, devant deux fondements autonomes de responsabilité, désignant un même répondant, et en l'absence de volonté déclarée du législateur de donner la priorité à l'un de ces fondements, il ne paraît pas légitime d'ordonner hiérarchiquement ces différentes actions. La solution à privilégier est alors celle de l'option. A moins que le législateur n'impose l'usage d'une des deux normes, notamment pour favoriser les intérêts du responsable, il n'y a rien qui justifie que la victime ne puisse choisir celui des deux fondements qu'elle juge le mieux adapté. D'autant qu'ici, quel que soit le fondement retenu, le même responsable sera inquiété.

Finalement, en présence de concours conjoncturels simples, seul l'ordre public devrait faire obstacle au droit d'option conféré à la victime.

2. La hiérarchie par l'ordre public

410. Correctif ponctuel à l'option. La faculté d'option est parfois remise en cause lorsque les deux fondements désignent le même responsable et que l'une des deux actions tend à garantir l'ordre public. Le refus d'option tient au fait que, dans cette situation, une action bien précise est prévue portant sur la responsabilité d'une personne déterminée. Le législateur a lui-même fait le choix de l'action à mettre en œuvre, la victime doit donc s'y conforter. C'est le cas des concours qui mettent en cause la loi Badinter.

411. Illustration à l'aide de la loi Badinter. Prenons l'hypothèse où un accident de la circulation est causé par le comportement d'un animal. Dans ces circonstances, deux régimes de responsabilité du fait des choses sont applicables, la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation et l'article 1385 du Code civil, régime de responsabilité du fait des animaux. Dans une espèce portée devant la Cour de cassation, une personne ayant loué une automobile provoqua un accident, son

[1252] Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 325, n° 502.

chien ayant sauté sur ses genoux alors qu'elle conduisait[1253]. La personne responsable de l'accident cumulait ainsi les qualités de conducteur et de gardien de l'animal. L'assureur de la société de location de véhicules se retourna contre son assureur de responsabilité civile, après avoir indemnisé les diverses victimes, en fondant son action sur les dispositions de l'article 1385 du Code civil. Les juges du fond lui donnèrent raison. L'arrêt est censuré. La Cour de cassation reproche aux juges d'avoir estimé que l'action devait être considérée comme recevable en raison de la qualité de gardien de l'animal du conducteur de l'automobile. Elle s'est prononcée en faveur d'une utilisation exclusive de la loi de 1985.

Pareillement, dans le concours entre les dispositions de cette loi et des articles 1382 et 1383 du Code civil, la Cour retient que la solution ne peut être fondée que sur les dispositions de la loi Badinter[1254]. De manière générale, la Cour de cassation rappelle que « *l'indemnisation de la victime d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur ne peut être fondée que sur les dispositions d'ordre public de la loi du 5 juillet 1985* »[1255]. On en déduit que, du fait de son caractère d'ordre public, la loi Badinter exclut tout régime concurrent qui viendrait désigner un des débiteurs d'indemnisation qu'elle vise[1256]. L'option n'est donc pas compatible avec la nature de la loi. On comprend alors la solution retenue dans le concours, précédemment étudié, entre la loi Badinter et l'article 1384, alinéa 2, du Code civil[1257]. Dans cette situation, si la Cour de cassation décide de faire prévaloir la loi de 1985 sur les dispositions de l'article 1384, alinéa 2, du Code civil, ce n'est pas qu'elle emploie le principe de subsidiarité, mais bien en raison de la nature d'ordre public de la loi du 5 juillet 1985.[1258]

412. Encadrement de l'ordre public. Avant de trancher en faveur de la norme d'ordre public, il faut être certain que l'on se trouve dans son champ d'application, car ce n'est qu'à cette condition que l'autre norme sera évincée. C'est ainsi que, dans le cas de l'incendie du véhicule, on aurait pu se demander si la loi Badinter était bien applicable. Le fait dommageable relevait-il bien d'un accident de la circulation ? Dans ce type de situation, la jurisprudence s'était, jusque-là, montrée

---

1253 Cass. 2ème civ., 11 juin 2009, *Bull. II, n° 145 ; Resp. civ. Ass*. 2009, étude 11, par H. GROUTEL.

1254 Cass. 2ème civ., 12 mai 2010, *Inédit*, n° 09-13297.

1255 V. notamment, Cass. 2ème civ., 5 juillet 1989, *Bull. II*, n° 144 ; Cass. 2ème civ., 29 janvier 1997, *Bull. II* n°23 ; *Resp. civ. Ass*. 1997, comm. n° 161, note H. GROUTEL ; Cass. 2ème civ., 28 janvier 1998, *Bull. II* n° 32 ; *Resp. civ. Ass*. 1998, comm. n°118, note H. GROUTEL ; Cass. 2ème civ., 13 octobre 2005, *Inédit*, n° 03-20393 ; Cass. 2ème civ., 4 décembre 2008, *Inédit*, n° 08-10155 ; Cass. 2ème civ., 11 juin 2009, précité.

1256 On pourrait multiplier les exemples et les illustrations jurisprudentielles. Parmi eux, on peut citer plusieurs arrêts où la Cour de cassation a censuré les juges du fond pour ne pas avoir fait usage des dispositions d'ordre public de la loi Badinter : Cass. 2ème civ., 4 décembre 2008, *Inédit*, n° 08-10155, application par les juges du fond de l'article R. 415-10 du Code de la route et non de la loi du 5 juillet 1985 ; Cass. 2ème civ., 17 novembre 2005, précité, application par les juges du fond des articles L. 325-1 à L. 325-3 du Code rural, à propos de l'entraide agricole, en lieu et place de la loi du 5 juillet 1985.

1257 Cf. *supra* n° 400.

1258 *Ibid*

réticente à admettre l'application de la loi du 5 juillet 1985. Ainsi, elle l'avait écartée à propos de l'incendie qui avait pris naissance sur une motocyclette adossée au mur d'un immeuble et s'était propagé au bâtiment[1259] ou encore pour l'incendie d'un autocar en stationnement qui s'était communiqué à un autre[1260]. Seuls relevaient de cette loi les incendies survenant dans un véhicule en mouvement[1261] ou à l'arrêt, c'est-à-dire immobilisé momentanément du fait de la circulation[1262]. Dans ses derniers arrêts, la Cour de cassation décide d'interpréter plus largement les dispositions de la loi Badinter en retenant qu'elles sont aussi applicables aux véhicules en stationnement[1263]. Cet évènement constituant bien un fait de la circulation. Désormais, il n'y aurait donc plus à distinguer ni entre le stationnement et l'arrêt, ni entre l'immobilité et le mouvement du véhicule ; dans tous les cas, l'accident se rapportera à la circulation routière. Notons néanmoins que l'application de la loi par les arrêts rapportés ne signifie peut-être pas que tous les incendies de véhicules devront systématiquement être rattachés à la circulation. Il se peut, en effet, que l'incendie soit dû à une cause étrangère à celle-ci. Un arrêt illustre bien cette situation. Pour dégeler un bouchon d'essence, le chauffeur d'un poids lourd n'avait pas trouvé meilleure idée que d'utiliser une lampe à souder : s'en suivit une explosion. Il fut jugé que cette explosion était due à la seule faute du conducteur et que le sinistre n'était manifestement pas un accident de la circulation au sens de la loi de 1985[1264]. Dans la même logique, si le véhicule est à l'arrêt, la jurisprudence écarte l'application de la loi du 5 juillet 1985 lorsque le véhicule en cause est utilisé, au moment de l'accident, dans une autre fonction que celle de déplacement. Ne constitue donc pas un accident de la circulation l'incendie d'un ensemble routier installé en poste fixe dans l'enceinte d'un bâtiment en vue d'effectuer un chargement de copeaux de bois à l'aide de tuyaux d'aspiration raccordés sur la remorque. La Cour retenant que « *le camion était utilisé exclusivement dans sa fonction de machine-outil, totalement étrangère à sa fonction de déplacement* »[1265]. Ainsi, l'application exclusive de la

---

[1259] Cass. 2ème civ., 26 mai 1992, *Bull. II*, n° 150 ; *D.* 1993, J., p. 375, note Y. DAGORNE-LABBE ; *Resp. civ. Ass.* 1992, comm. n° 319 ; *RTD. civ.* 1992, p. 774, obs. P. JOURDAIN.

[1260] Versailles, 7 mai 1993, *Resp. civ. Ass.* 1994, comm. n° 8 ; *RTD. civ.* 1993, p. 842, obs. P. JOURDAIN ; Paris, 31 janvier 1990, *RTD. civ.* 1990, p. 676, obs. P. JOURDAIN ; Dijon, 8 février 1991, *Sté Volay*, *Inédit* ; Lyon, 25 novembre 1992 et Versailles, 7 mai 1993, *RTD. civ.* 1993, p. 840 obs. P. JOURDAIN.

[1261] Cass. 2ème civ., 5 juin 1991, *Bull. II*, n° 171 ; *RTD. civ.* 1991, p. 549 obs. P. JOURDAIN ; *D.* 1992, som. p. 207, obs. P. COUVRAT et M. MASSE ; même revue p. 272, obs. A. PENNEAU ; Cass. 2ème civ., 8 janvier 1992, *Samda, Bull. II*, n° 5 ; *D.* 1993, J., p. 375, note Y. DAGORNE-LABBE.

[1262] Cass. 2ème civ., 19 février 1986, *Bull. II*, n° 18 ; Cass. 2ème civ., 8 janvier 1992, *Lilloise d'assurances et de réassurances, Bull. II*, n° 3 ; *Resp. civ. Ass.* 1992, comm. n° 133 ; *RTD. civ.* 1992, p. 401, obs. P. JOURDAIN, à propos d'un arrêt sur la voie de circulation donnant accès à un parking d'immeuble ; Cass. 2ème civ., 3 mars 1993, *Bull. II*, n° 79 ; *D.* 1994, som. p. 265, obs. P. COUVRAT et M. MASSE ; *Resp. civ. Ass.* 1993, comm. n° 195 ; *RTD. civ.* 1993, p. 840, obs. P. JOURDAIN, concernant des véhicules à l'arrêt sur la bande d'arrêt d'urgence d'une autoroute.

[1263] Cass. 2ème civ., 22 novembre 1995 (3 arrêts), *Bull. II,* n° 285 s. ; *D.* 1996, p. 163, note P. JOURDAIN ; *JCP. G.* 1996, II. 22656, note J. MOULY.

[1264] Lyon, 25 novembre 1992, précité.

[1265] Cass. 2ème civ., 23 octobre 2003, *Bull. II*, n° 315 ; *Resp. civ. Ass.* 2004, comm. n° 6.

disposition d'ordre public connaît des limites liées à l'étendue de son champ d'application.

Pour conclure, s'il apparaît que la solution la plus adaptée aux concours conjoncturels simples est de reconnaître à la victime une faculté d'option, il faut, cependant, tenir compte des situations dans lesquelles une des deux actions est d'ordre public, entraînant ainsi l'exclusion de l'autre action.

Des outils ayant été proposés pour résoudre les concours conjoncturels simples, il reste à en faire de même pour les concours complexes.

Section 2. La résolution des concours structurels et conjoncturels complexes

413. Hiérarchie, option et cumul. La situation est la suivante : le concours, qu'il soit conjoncturel ou structurel, permet à la victime d'engager la responsabilité de deux responsables au moins. Or, dans ces cas, le principe de subsidiarité ne saurait être employé, soit que ses deux conditions d'application fassent défaut (concours conjoncturel), soit qu'il manque l'une d'entre elles (concours structurel complexe). C'est à ce moment-là que le principe d'intérêt intervient. Deux solutions principales s'offrent alors à la victime : d'une part, elle peut être contrainte d'agir sur un seul des fondements. On a affaire à une hiérarchisation des actions en concours (§1). D'autre part, elle peut être libre de l'action à mettre en œuvre. On lui confère un droit d'option ou de cumul (§2).

§1. La hiérarchie comme mode de résolution des concours complexes

414. Recours à la hiérarchie. Dans certaines situations de concours complexes, la victime, privée de tout choix, se voit imposer une action par le biais de l'alternative (A) comme de l'ordre public (B).

A. L'alternative

415. Garde alternative. La Cour de cassation reconnaît depuis longtemps que la garde est alternative et non cumulative[1266]. Ainsi, lorsqu'un même fait dommageable est susceptible d'engager la responsabilité de plusieurs répondants, à des titres différents, les responsabilités en concours ne peuvent pas être simultanément appliquées ; une seule d'entre elles doit être conservée (1). L'étude de l'alternative, appliquée plus particulièrement à la garde d'autrui, fait alors ressortir que cet outil n'est pas toujours très convaincant. Sa légitimité est même dans ce cas contestable (2).

[1266] Cass. 2ème civ., 19 février 1958, *D.* 1958, p. 531 ; Cass. 2ème civ., 23 novembre 1972, *Bull. II,* n° 298 ; Cass. 2ème civ., 18 mars 1981, *Bull. II*, n° 69 ; *D.* 1981, som. p. 319, obs. Ch. LARROUMET ; *RTD. civ.* 1981, p. 855, obs. G. DURRY ; *GP.* 1981-2, pan., p. 238, obs. F. CHABAS ; Cass. crim., 2 octobre 1985, *Bull. crim*., n° 294 ; Cass. crim., 8 février 2005, *Bull. crim.,* n° 44 ; *JCP. G.* 2005 I. 149, n° 5, obs. G. VINEY ; *ibid*, II. 10049, obs. M.-F. STEINLE-FEUERBACH ; *Resp. civ. Ass.* 2005, comm. 118, note H. GROUTEL.

1. Les hypothèses d'alternative en matière de responsabilité

416. Garde d'autrui et garde d'une chose. La garde est un critère retenu à deux occasions par la responsabilité civile : en matière de responsabilité du fait des choses (a) et en matière de responsabilité du fait d'autrui (b). Dans ces deux cas, la garde est alors alternative.

a. Les hypothèses d'alternative en matière de responsabilité du fait des choses

417. Titres différents sur une même chose. Dans toutes les hypothèses où plusieurs personnes ont un pouvoir sur une seule chose à des titres différents, la garde est considérée comme étant alternative. Ainsi, le commettant et le préposé ou encore le propriétaire et le locataire ne peuvent avoir, en même temps, la qualité de gardien. En effet, en principe, le lien de préposition exclut que le préposé puisse être gardien d'une chose[1267] et la location emporte transfert de la garde du bailleur au locataire[1268]. C'est ce qui a été jugé à propos d'une benne[1269], d'un bulldozer[1270] ou d'un parking[1271]. La jurisprudence refuse donc que plusieurs personnes assument la garde d'une même chose à des titres juridiques différents.

418. Un même titre et une même chose. *A contrario*, si plusieurs personnes ont la maîtrise d'une seule chose au même titre la garde est commune. Il peut ici être question de deux copropriétaires, colocataires, ou co-emprunteurs. Plus généralement, « *tout groupe ou équipe de personnes qui utilise en commun une ou plusieurs choses, sans que quiconque ait pris un pouvoir particulier de commandement et que, par conséquent, l'action de chacun des co-gardiens, formant un ensemble, est inséparable de celles des autres* »[1272], est considéré comme ayant la garde commune sur la chose. Sont ainsi reconnus comme ayant un pouvoir commun sur la chose : des enfants jetant autour d'eux des bouts de cigarettes allumées[1273], des joueurs de tennis utilisant une balle,

---

[1267] Cass. civ., 27 février 1929, *DP* 1929.1.129, note G. RIPERT ; *S.* 1929.1.297, note L. HUGUENEY ; Cass. civ., 30 décembre 1936, *Bull.* n° 250 ; *DP* 1937, I. p. 5, rapp. L. JOSSERAND, note R. SAVATIER ; *S.* 1937, I., p. 137, note H. MAZAUD ; *GAJC* n° 216, obs. F TERRE et Y LEQUETTE ; Cass. 2ème civ., 1er avril 1998, *Inédit*,n° 96-17903 ; *RTD. civ.* 1998, p. 914, obs. P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass* 1998, comm. n° 223 ; Cass. 2ème civ., 15 mars 2001, *Inédit* n° 99-17263 ; *Resp. civ. Ass.* 2001, comm. n° 183, par H. GROUTEL. V. aussi M.-A. PEANO, « L'incompatibilité entre la qualité de gardien et de préposé », *D.* 1991, chr., p. 51.

[1268] Cass. req., 3 juin 1903, *D.* 1907, I. p. 177 ; Cass. req., 27 octobre 1924, *D.* 1924, p. 637 ; Cass. ch. mixte, 26 mars 1971, *Bull. ch. mixte,* n° 7 ; JCP. 1972, II. 16957, note N. DEJEAN de la BATIE ; Cass. 1ère civ., 16 octobre 1990, *D.* 1990, IR. 254 ; *RTD. civ.* 1991, p. 345, obs. P. JOURDAIN ; Cass. 2ème civ., 18 décembre 2003, *Bull. II*, n° 392 ; *D.* 2004, IR. 185 ; *GP.* 2004, I. p. 1059, concl. DOMINGO.

[1269] Cass. 2ème civ., 18 janvier 1989, n° 87-20259 ; *GP.* 1989, II. pan. 120.

[1270] Cass. 2ème civ., 7 février 1990, *Bull. II*, n° 25 ; *GP.* 1990, pan. 110.

[1271] Versailles, 29 septembre 2000, *D.* 2000, IR., p. 307.

[1272] Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2010/2011, n° 7871.

[1273] Cass. 2ème civ., 14 juin 1984, *GP.* 1984, II. pan. 299, obs. CHABAS.

des personnes abattant un arbre,[1274] *etc*. La garde commune est, néanmoins, exclue dans certaines hypothèses, notamment lorsque l'action de chacun des participants est distincte de celle des autres. C'est le cas en matière sportive, lorsque chaque participant conserve la maîtrise individuelle de la chose ayant provoqué le dommage. Il n'y a ainsi pas de garde en commun lorsque l'un des joueurs avait seul la garde de la boule, cause du dommage[1275]. Elle est aussi rejetée si l'une des personnes peut prouver l'absence de participation de sa chose à la production du dommage. La Cour de cassation reconnaît ainsi que « *la responsabilité d'un dommage causé par l'action commune d'animaux incombe au propriétaire de chacun d'eux, à moins qu'il ne prouve que le sien n'a pas participé à la réalisation de ce dommage ou qu'il ne s'exonère de sa responsabilité par la preuve d'un fait extérieur, imprévisible et irrésistible* »[1276].

419. Garde divisible. La garde peut aussi se dédoubler. Il existe d'un côté la garde de la structure qui concerne les vices internes de la chose et de l'autre la garde du comportement qui s'intéresse au mauvais usage de la chose. Cette distinction a été retenue pour la première fois par la Cour de cassation à propos de dommages causés par des bouteilles d'oxygène confiées à un transporteur[1277]. En l'espèce, durant le transport, une des bouteilles a explosé. La question était alors de savoir qui en était le gardien, le transporteur ou la société expéditrice. Pour y répondre, la Cour de cassation constate que les juges du fond « *au lieu de se borner à caractériser la garde par la seule détention matérielle, devaient, à la lumière des faits de la cause et compte tenu de la nature particulière des récipients transportés et de leur conditionnement, rechercher si le détenteur, auquel la garde aurait été transférée, avait l'usage de l'objet qui a causé le préjudice ainsi que le pouvoir d'en surveiller et d'en contrôler tous les éléments* ». Dès lors, la société ayant remis les bouteilles au transporteur était restée gardienne de la structure des bouteilles d'oxygène, dont le transporteur n'avait que la garde du comportement. Aujourd'hui, le plus souvent, cette théorie est appliquée pour des choses dotées d'un dynamisme propre, susceptible de se manifester dangereusement[1278]. Deux gardiens potentiels sont donc identifiables. Or, en cas de concours de responsabilité, la règle

---

[1274] Cass. 2ème civ., 25 novembre 1999, *Bull. II*, n° 181 ; *LPA.* 7 juillet 2000, p. 25, note MARTIN.

[1275] Limoges, 12 décembre 1991, *D.* 1993, som. p. 336, obs. J. MOULY.

[1276] Cass. 2ème civ., 15 mars 2001, *Bull. II*, n° 55 ; *D.* 2001, IR. 1145.

[1277] Cass. 2ème civ., 5 janvier 1956, *Bull. II*, n° 2 ; *D.* 1957, p. 261, note R. RODIERE ; *JCP. G.* 1956, II. 9095, note R. SAVATIER ; *GAJC* n° 196.

[1278] Cass. 2ème civ., 14 novembre 1979, *D.* 1980, p. 325, note Ch. LARROUMET ; *RTD. civ.* 1980, p. 358, note G. DURRY, à propos d'un téléviseur ; Cass. 2ème civ., 14 janvier 1999, *Bull. II*, n° 13 ; *RTD. civ.* 1999, p. 630, obs. P. JOURDAIN, à propos de chariots qui sont dépourvus de dynamisme propre et dont la garde est bien transférée aux clients ; Cass. 2ème civ., 12 octobre 2000, *Inédit*, n° 99-10734 ; *JCP. G.* 2001, I. 338, n° 15, obs. G. VYNEY ; *Resp. civ. Ass.* 2000, comm. n° 357 ; *RTD. civ.* 2001, p. 371, obs. P. JOURDAIN, à propos d'une cuve de carburant.
Il arrive pourtant que la jurisprudence applique cette théorie pour des choses dénuées de dynamisme propre. V. Cass. 2ème civ., 23 septembre 2004, *Inédit,* n° 03-10672 ;*Resp. civ. Ass.* 2004, comm. n° 317, pour un usage de la distinction au plateau d'un échafaudage.

selon laquelle la garde est alternative et non cumulative est là aussi applicable. Ainsi, la victime ne peut chercher à cumuler la responsabilité du gardien de la structure et celle du gardien du comportement[1279].

b. Les hypothèses d'alternative en matière de responsabilité du fait d'autrui

420. Principe. Par principe, deux personnes ne peuvent être investies de la garde sur une même troisième personne. L'autorité qui en découle ne pouvant appartenir qu'à une seule personne. Reste à déterminer, pour connaître le responsable, qui est cette personne. Trois situations principales sont révélatrices de ce phénomène. Dans la première, les parents et un établissement spécialisé ou une association sont tous désignés comme responsables des dommages commis par un enfant. Dans la deuxième, le dommage commis par l'enfant entraîne la responsabilité des parents et d'un artisan ou d'un commettant. Dans la dernière, la responsabilité du parent chez lequel réside l'enfant peut être recherchée avec la responsabilité de l'autre parent.

421. Concours entre l'article 1384, alinéa 4, du Code civil (responsabilité des parents) et l'article 1384, alinéa 1er (responsabilité d'un institut spécialisé, d'une association (…)[1280]. Prenons les faits suivants : des mineurs handicapés, alors qu'ils sont confiés par leurs parents à un établissement spécialisé, commettent des agissements délictueux. La victime pourrait être tentée de recourir à l'alinéa 1er comme à l'alinéa 4 de l'article 1384 et assigner les deux responsables en réparation. L'option et le cumul sembleraient envisageables. Pourtant, au nom du principe selon lequel la garde n'est jamais cumulative, la Cour de cassation choisit de faire une application hiérarchisée de ces deux dispositions. Elle considère tantôt que la responsabilité de l'institut médico-éducatif doit être écartée au profit de celle des parents, tantôt que c'est la responsabilité des parents qui doit être évincée en faveur de celle de l'institut[1281]. On retrouve ici le fonctionnement de l'alternative, avec une

---

[1279] Cass. 1ère civ., 16 octobre 1990, précité.

[1280] Sur la question de la responsabilité des parents v. M. HUYETTE, « Responsabilité des services éducatifs et accueil des mineurs en famille », *D.* 2002, J., p. 2750 ; G. VINEY, « Chronique de droit de la responsabilité civile », *JCP. G.* 2003, I. 154, n° 7 ; P. JOURDAIN, « Responsabilité parentale : des confirmations et une précision émanant de la chambre criminelle (à propos de la cohabitation) », *RTD. civ.* 2003, n° 6, p. 101 ; F. BOULANGER, « Autorité parentale et responsabilité des pères et mères des faits dommageables de l'enfant mineur après la réforme du 4 mars 2002. Réflexions critiques ». *D.* 2005, chr., p. 2245 ; J. FRANÇOIS, « Fait générateur de la responsabilité du fait d'autrui : confirmation ou évolution ? », *D.* 2007, chr., p. 2408 ; J.-B. THIERRY, « Le rôle de l'autorité parentale dans la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs », *LPA.* 7 janvier 2008, p. 4 ; J. HAUSER, « Assistance éducative : modalité du droit de visite et responsabilité de l'association ou des parents d'accueil du mineur », *RTD. civ.* 2008, p. 667.

[1281] Cass. crim., 15 juin 2000, *Bull. crim.,* n° 232 ; *JCP. G.* 2000, I. 280, n° 15, obs. G. VINEY. La Cour de cassation constate que la cour d'appel a relevé que, au moment de ses agissements délictueux, « *le*

responsabilité de premier rang et une responsabilité de second rang, sans que cet ordonnancement ne soit figé. L'ordre suivi ne doit alors rien au hasard, il dépend en réalité d'un critère, celui du mode de désignation du gardien temporaire. Lorsque cette désignation est le fruit d'une décision judiciaire, c'est la responsabilité fondée sur l'alinéa 1er de l'article 1384 qui l'emporte, et ce, même si l'enfant se trouve chez ses père et mère au moment où il provoque le dommage. L'article 1384, alinéa 1er, prend le premier rang[1282]. Cette solution jouera jusqu'à ce que la mission confiée par le juge soit terminée ou ait été suspendue par une autre décision. Si le placement ne résulte pas d'une décision de justice ou si l'enfant a simplement été confié par le juge à une association, sans qu'il y ait eu transfert de la garde, ce sont les parents qui demeurent responsables de leurs enfants. Il en est de même si ce sont les parents qui confient l'enfant à une tierce personne, grands parents[1283], club[1284]... . Ces événements ne suffisent pas à faire cesser la cohabitation de l'enfant avec ses parents et ne les libèrent pas de leur responsabilité[1285]. Les parents ne peuvent donc plus prouver que, au moment où le dommage s'est produit, l'enfant se trouvait sous l'autorité effective de l'établissement, ou de la personne auquel ils l'avaient confié[1286]. L'article 1384, alinéa 4, tient alors le premier rang.

---

mineur ne se trouvait pas sous l'autorité de l'institut médico-éducatif où il était scolarisé, lequel n'avait plus la surveillance et l'organisation des conditions de vie de l'enfant ; que, durant les fins de semaine et jusqu'à son retour dans l'établissement, la responsabilité des parents du mineur était engagée de plein droit sur le fondement de l'article 1384, alinéa 4, du Code civil, c'est donc à bon droit que l'arrêt attaqué a écarté la responsabilité de l'institut médico-éducatif sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil pour retenir celle des parents en application de l'alinéa 4 du même texte ».

[1282] Cass. crim., 26 mars 1997, (en l'espèce le centre qui s'était vu confier la garde du mineur en vertu d'une mesure d'assistance éducative, a été jugé responsable des faits commis par ce mineur alors même que celui-ci se trouvait en visite chez sa mère), *Bull. crim*., n° 124 ; *GAJC* n° 218 ; *D.* 1997, p. 496, note P. JOURDAIN ; *D.* 1998, som. p. 201, obs. D. MAZEAUD ; *JCP. G.* 1997, II. 22868, rapp. DESPORTES ; *JCP. G.* 1998, II. 10015 note M. HUYETTE ; Cass. 2ème civ., 6 juin 2002, *Bull. II*, n° 120 ; *JCP.G.* 2002, I. 101, n° 5, obs. Th. FOSSIER ; *D.* 2002, p. 2750, note M. HUYETTE ; *JCP.G*. 2003, I. 154, n° 37 à 45, obs. G. VINEY ; *RTD. civ.* 2002, p. 825, obs. P. JOURDAIN ; *Dr. fam*. 2002, comm. n° 109, obs. J. JULIEN ; *AJDA* 2002, p. 1378, obs. C. GUETTIER.

[1283] V. par exemple, Cass. crim 8 février 2005, *Bull. crim.*, n° 44 ; *JCP. G*. 2005 I. 149, n° 5, obs. G. VINEY ; *JCP. G*. 2005 II. 10049, obs. M.-F. STEINLE-FEUERBACH ; *Resp. civ. Ass.* 2005, comm. n° 118, note H. GROUTEL. En l'espèce, au moment des faits, l'enfant, agé de treize ans, vivait chez sa grand-mère depuis l'âge d'un an.

[1284] On peut songer à l'hypothèse du mineur, membre d'un club sportif, qui, durant une compétition, cause un dommage. Deux répondants sont désignés : ses parents (art. 1384, alinéa 4 du Code civil) et le club (art. 1384, alinéa 1er, du même code). V. en ce sens Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 314, n° 484.

[1285] Cass. crim., 18 mai 2004 (enfant confié par ses parents à une association de patronage), *Bull. crim*., n° 123 ; *RTD. civ.* 2005, p. 140, obs. P. JOURDAIN ; Cass. 2ème civ., 19 juin 2008, (enfant placé par un juge auprès d'une association, en vertu des articles 375 et s. du Code civil, sans transfert de l'autorité parentale), *Bull. II,* n° 144 ; *D.* 2008, J., p. 2205, note M. HUYETTE.

[1286] Cass. crim., 15 juin 2000, précité.

422. Concours entre l'article 1384, alinéa 4, du Code civil (responsabilité des parents) et l'article 1384, alinéa 6, du même code (responsabilité de l'artisan) ou l'article 1384, alinéa 5, du même code (responsabilité des commettants). Imaginons qu'un apprenti mineur commet une faute dommageable durant son temps de travail. Les conditions de la responsabilité issue de l'article 1384, alinéa 6 sont présentes. L'apprenti a commis une faute alors qu'il est sous la surveillance de l'artisan. Il en est de même pour l'article 1384, alinéa 4, l'enfant est l'auteur d'un fait dommageable alors qu'il cohabite avec ses parents. Dans une affaire aux faits similaires, les juges du fond ont considéré les parents civilement responsables du fait de leurs enfants, en retenant qu'ils n'établissaient pas l'absence de toute faute de surveillance ou d'éducation de leur fils mineur habitant avec eux au moment des faits. La Cour de cassation, saisie par les parents, constate que « *si les faits ont été commis pendant le temps ou sur les lieux de l'apprentissage, ils l'ont été, en revanche, de manière soudaine et imprévisible sans rapport avec un défaut de surveillance de la part de l'artisan lequel, même présent, n'aurait pu empêcher lesdits faits ; qu'il n'est ainsi pas démontré que la responsabilité civile de l'artisan se soit substituée à celle des parents, lesquels n'établissent pas l'absence de toute faute d'éducation de leur fils mineur habitant avec eux au moment des faits* »[1287]. Comme l'avaient fait, avant elle, les juges du fond, la Cour régulatrice retient la responsabilité des parents. Toutefois, elle reconnaît que si l'artisan n'avait pas été en mesure de s'exonérer, c'est sa responsabilité qui aurait été admise et non celle des parents. C'est d'ailleurs en ce sens qu'a statué la Cour de cassation dans l'arrêt de la chambre criminelle du 2 octobre 1985 dans lequel la responsabilité de l'artisan a évincé celle des parents[1288]. La responsabilité de l'artisan est donc la responsabilité de premier rang et celle des parents, la responsabilité de second rang. Une hiérarchie similaire est imposée à propos de la responsabilité du commettant face à celle des parents. Dans un arrêt du 18 mars 1981, la Cour de cassation tranche un concours entre ces deux responsabilités. Un mineur cause un dommage alors qu'il conduit une voiture fournie par son employeur. La cour d'appel condamne le père du mineur à verser des dommages et intérêts à la victime, en retenant que le mineur était « *sous la garde de son père chez lequel il habitait, que personne n'a prétendu que le père n'avait pu empêcher le fait dommageable et que toutes les conditions de la responsabilité du père étaient réunies* ». La Cour de cassation casse l'arrêt, cette solution ayant été prise alors même que les juges du fond avaient admis que les conditions de la responsabilité de l'employeur étaient présentes. Elle réaffirme, ensuite, que les différentes responsabilités du fait d'autrui sont alternatives et non cumulatives[1289]. Même si la Cour de cassation ne le mentionne pas explicitement, on

---

[1287] Cass. crim., 13 juin 1991, *Inédit*, n° 90-84242.

[1288] Cass. crim., 2 octobre 1985, précité, la Cour de cassation constate que « *l'accident s'est bien produit au temps et au lieu du travail et qu'ainsi un transfert de responsabilité s'est opéré, la responsabilité de l'artisan s'étant substituée à celle des parents* » et elle rappelle pour finir que « *les différentes responsabilités du fait d'autrui n'étant pas cumulatives, mais alternatives et les conditions de la responsabilité de l'artisan étant réunies, cette juridiction n'avait pas a réfuter expressément le moyen tiré de la faute d'éducation des parents* ».

[1289] Cass. 2ème civ., 18 mars 1981, précité.

peut déduire de cette cassation que les juges du fond auraient dû retenir la responsabilité de l'employeur, responsabilité de premier rang dont les conditions étaient bien ici réunies.

423. Concours de responsabilités fondées sur l'article 1384, alinéa 4. Dans cette hypothèse, il est possible d'engager la responsabilité du parent chez lequel réside l'enfant (article 1384, alinéa 4) ainsi que la responsabilité de l'autre parent (article 1384, alinéa 4). Il s'agit plus précisément de s'intéresser au cas où l'enfant causerait un dommage à l'occasion d'un séjour chez celui de ses parents avec qui il ne réside pas habituellement. La question avait d'abord été résolue en considérant comme responsable celui chez qui l'enfant résidait au moment du dommage. Ainsi, le parent investi du droit de garde se trouvait libéré de toute responsabilité lorsque le dommage avait été causé durant le droit de visite de l'autre parent[1290]. Or, cette approche matérielle de la garde n'a plus les faveurs de la jurisprudence qui lui préfère une vision plus abstraite. La Cour de cassation a ainsi admis que « *la cohabitation de l'enfant avec ses père et mère visée à l'article 1384, alinéa 4, du Code civil résulte de la résidence habituelle de l'enfant au domicile de ses parents ou de l'un deux* »[1291]. Peu importe désormais que l'enfant habite effectivement chez ses parents au moment du dommage. Seul compte le fait qu'il soit censé y résider habituellement. Dès lors, dans la situation qui nous occupe, il faut retenir que « *l'exercice d'un droit de visite ou d'hébergement ne fait pas cesser la cohabitation du mineur avec celui des parents qui exerce sur lui le droit de garde* »[1292].

Depuis la loi du 4 mars 2002, une autre question peut se poser. En effet, en cas de divorce des parents, la loi autorise la résidence alternée (article 373-2-8 C. civ.) Techniquement, les juges peuvent donc affirmer que les deux parents sont responsables solidairement, car tous deux sont gardiens de l'enfant, la condition de cohabitation étant satisfaite à l'égard des deux parents[1293].

424. Hiérarchie. Il existe donc en matière de responsabilité du fait d'autrui, une hiérarchie entre les différents régimes (responsabilité des parents, des

---

[1290] Cass. crim. 13 décembre 1982, *Bull. crim*. n° 282 ; *RTD. civ.*, 1983, p. 539, obs. G. DURRY.

[1291] Cass. 2ème civ., 20 juin 2000, *Bull. II*, n° 14 ; *JCP. G*. 2000, II, 10374, note 1. GOUTTENOIRE-CORNUT ; *Ibid.* I, 241, n° 20, obs. G. VINEY ; *Resp. civ. Ass*., 2000, comm. n° 146, par H. GROUTEL ; *RTD. civ*. 2000, p. 340, obs. P. JOURDAIN; *D*. 2000; som. p. 469, obs. D. MAZEAUD.

[1292] Cass. 2ème civ., 19 février 1997, *Bull*. II, n° 55 ; *GP*. 2005, n° 245, p. 4, note A. GABRIEL et C. STRUGALA ; *Drt. et pat*. 2005, p. 102, note F. CHABAS. En l'espèce, un mineur alors qu'il se trouve chez son père à l'occasion de son droit de visite, vole un véhicule. La victime assigne en réparation la mère de l'enfant qui en à la garde. Celle-ci appelle alors en intervention le père de l'enfant. La Cour de cassation retient que la mère ne saurait être mise hors de cause par le simple fait que le père exerçait son droit de visite au moment du dommage. On notera d'ailleurs que dans cet arrêt, outre la responsabilité de la mère sur le fondement de l'article 1384, alinéa 4, la Cour reconnait la responsabilité du père qui a commis une faute de surveillance en omettant de s'assurer auprès de l'établissement scolaire fréquenté par son enfant de l'emploi du temps de celui-ci.

[1293] F. BOULANGER, article précité.

associations ou instituts, des commettants et des artisans), qui conduit le juge à alterner entre l'un ou l'autre dans un ordre logique. L'inefficacité de la responsabilité de premier rang conduit à l'activation de la responsabilité de second rang. Si cette solution est aujourd'hui acquise, la question de sa légitimité demeure.

2. La remise en cause de l'alternative dans la responsabilité du fait d'autrui

425. Tentatives de justifications. Au vu de la jurisprudence précédemment énoncée, selon que l'enfant est sous l'autorité de ses parents, d'un artisan, d'un commettant ou d'une association, les personnes répondant du dommage seront ses parents, l'artisan, le commettant ou l'association, mais pas deux personnes en même temps. Plusieurs auteurs cherchent à comprendre cette solution. Selon M. Christian Larroumet, tout dépendrait du fondement de chaque responsabilité et même des circonstances[1294]. Par exemple, un mineur soumis à l'autorité d'un commettant et agissant dans l'exercice de ses fonctions ne devrait jamais engager la responsabilité de ses parents. En revanche, la solution sera inversée si ce même mineur agit en dehors de ses fonctions à cause de la mauvaise éducation qu'il a reçue de ses parents. Dans ces deux cas, la Cour devrait décider qu'il n'existe pas de cumul. Il n'y aurait donc pas de principe de non-cumul, mais une simple incompatibilité éventuelle en raison des conditions propres à chacune des responsabilités en cause.

M. Fabrice Leduc émet lui plusieurs propositions pour justifier ces solutions[1295]. Selon une explication, que l'auteur juge plus théorique, il s'agirait en réalité pour le juge de faire prévaloir entre deux présomptions, celle qui paraît la plus vraisemblable. Il apparaît plus évident que l'artisan, dont l'apprenti a commis une faute durant le temps où il travaillait sous sa surveillance, aurait pu éviter le dommage. Cette solution pourrait alors avoir une portée plus générale, elle aurait vocation à jouer quelle que soit la configuration du concours. Dans tous les cas où deux responsabilités du fait d'autrui incombant à des répondants différents entrent en concours, il suffirait de déterminer celle qui est *in specie* la plus vraisemblable. Dans cette perspective, le répondant de premier rang pourrait être celui qui, au vu des circonstances de la cause, exerçait au moment du dommage l'autorité la plus immédiate sur l'auteur du fait dommageable. L'auteur donne ensuite une seconde explication, plus pragmatique. Il part de l'hypothèse selon laquelle il serait laissé à la victime une faculté de cumul ou d'option. Autrement dit, on admettrait l'application concurrente de la responsabilité de l'employeur et de la responsabilité parentale. Que se passerait-il concrètement si la victime optait en faveur de la responsabilité parentale ? Les parents seraient déclarés civilement responsables sur le fondement de l'article 1384, alinéa 4, du Code civil. L'auteur constate qu'en de pareilles circonstances, leur assurance ne les couvrirait pas ; les polices d'assurance

[1294] Ch. LARROUMET, note sous Cass. 2ème civ., 18 mars 1981, *D.* 1981, som. p. 319.

[1295] F. LEDUC, « Les rapports entre les différentes responsabilités du fait d'autrui », *Resp. civ. Ass, HS.*, 2000, p. 19, spéc. p. 22 s.

responsabilité chef de famille excluant du champ de la garantie les dommages causés dans le cadre de l'activité professionnelle. Or, la délimitation conventionnelle de la garantie s'applique de la même façon à la responsabilité personnelle de l'assuré et à sa responsabilité pour autrui. Les parents devraient donc payer avec leurs deniers propres l'indemnité mise à leur charge, alors que, si la victime avait dirigé son action contre le commettant ou l'artisan, ce serait l'assurance *responsabilité civile exploitation* de celui-ci qui aurait naturellement pris en charge la réparation du préjudice[1296]. En définitive, la hiérarchisation opérée par le juge aurait pour fonction de canaliser l'action de la victime vers le répondant dont l'assurance jouera efficacement. Ce n'est que si le répondant, bénéficiant de la garantie assurantielle, parvenait à s'exonérer que l'impératif de protection des victimes justifierait que l'autre répondant, non couvert par l'assurance, soit à défaut recherché[1297].

Toutefois, aux yeux mêmes de leurs auteurs, ces différentes justifications ne sont guères satisfaisantes au point qu'il est permis de douter de la pertinence de l'alternative comme mode de résolution des concours entre deux responsabilités du fait d'autrui.

426. Solution injustifiable ? M. Leduc remarque lui-même que ses deux explications ne peuvent pas emporter une totale adhésion. Il juge la première trop alambiquée et la seconde d'une portée trop réduite. Cette dernière n'est pertinente que lorsque le fait d'autrui s'inscrit dans un cadre professionnel et lorsque les assurances des deux répondants couvrent l'une la vie professionnelle, l'autre la vie privée. Or, ce n'est pas systématique[1298].

M. Brun estime, quant à lui, que s'il fallait reconnaître une hiérarchie entre les responsabilités du fait d'autrui, il faudrait réserver cette solution aux cas pour lesquels l'impossibilité de cumul est commandée par l'identité ou la proximité des fondements respectifs des deux responsabilités considérées[1299]. Deux cas devraient donc être distingués. D'une part, l'alternative devrait être admise lors du concours entre les responsabilités des père et mère d'un mineur et celle d'un établissement qui serait chargé d'organiser et de contrôler à titre permanent son mode de vie, en raison de la proximité des fondements. Aucun cumul ne pourrait être envisageable dans ce cas dans la mesure où les pères et mères et l'établissement ne sauraient être reconnus comme étant, en même temps, titulaires de la garde juridique de mineur. Bien que cette justification apparaisse évidente, l'auteur tempère lui-même son propos en faisant état de ce que la jurisprudence a validé le cumul de la responsabilité d'un établissement de ce type avec celle des services sociaux, soit deux gardes juridiques

---

[1296] *Ibid*

[1297] *Ibid*

[1298] *Ibid*

[1299] Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Manuel Litec, 2ème éd., 2009, p. 314, n° 484 s

sur une même personne, en même temps[1300]. D'autre part, dans le cas où le concours porterait sur la responsabilité des parents avec ceux qui contrôlent ponctuellement une activité (association sportive, par exemple), il ne devrait pas y avoir recours à l'alternative. En effet, dans cette situation, les deux fondements employés sont bien différents. L'autorité reconnue à l'association sur l'enfant n'a rien de comparable avec celle attribuée aux parents. L'auteur est ainsi d'avis que l'alternative n'est pas toujours la bonne solution pour résoudre ces concours.

M. Philippe Le Tourneau émet, lui, deux propositions pour résoudre ces concours[1301]. Il considère déjà qu'il faut exclure toute alternative entre deux responsabilités spéciales du fait d'autrui. Il retient notamment qu'un même critère existe pour engager la responsabilité des parents et celle du commettant : l'autorité. Dès lors, si l'enfant est sous l'autorité du commettant, il n'est plus sous l'autorité de ses parents et inversement. Ensuite, pour le concours entre la responsabilité des parents et le principe général[1302], il faut considérer que ce principe doit servir à pallier les insuffisances des régimes spéciaux. De la sorte, les deux règles de responsabilité seraient complémentaires, le principe général prenant le relai toutes les fois que l'enfant mineur ne serait pas sous la responsabilité de ses parents. Cependant, l'auteur conclu qu'« *une directive précise est actuellement impossible à donner, tout étant affaire d'espèce* »[1303]

MM. François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette considèrent, eux, que « *cette complication en forme de classement des responsabilités de premier rang, de deuxième rang, etc. présente l'inconvénient majeur d'obscurcir, sur le terrain de l'obligation à la dette, la situation de la victime, exposée alors au risque de procédure sans effet, mais pas sans coûts contre l'un ou l'autre des responsables apparents* »[1304]. Dans un même sens, Mlle Geneviève Viney et M. Patrice Jourdain admettent que la solution de principe adoptée par la Cour de cassation est « *illogique et injustifiée* ». Enfin, Mme Mireille Bacache-Gibeili juge que cette gradation des responsabilités est contraire à l'intérêt de la victime pourtant au cœur des préoccupations de la responsabilité civile[1305].

[1300] Cass. 2ème civ., 9 décembre 1999,. *Bull. II*, n° 189 ; *Resp. civ. Ass.* 2000, comm. n° 76 ; *JCP. G.* 2000, I. 241, n° 12, obs. G. VINEY ; *RTD. civ.* 2000, p. 338, obs. P. JOURDAIN. La Cour de cassation reconnaît que la responsabilité de l'association était engagée sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil, sans préjudice de la responsabilité de l'Etat du fait des dommages causés par des mineurs délinquants confiés à des établissements chargés de leur rééducation dans le cadre d'une mesure de liberté surveillée. Toutefois, la jurisprudence administrative a admis, au stade de la contribution à la dette, le recours pour le tout d'un organisme privé contre la puissance publique : CE., 1er février 2006, *garde des Sceaux contre MAIF* ; *Resp. civ. Ass.* 2006, comm. n° 142, obs. C. GUETTIER.

[1301] Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, n° 7451-2.

[1302] Rapellons que, selon l'auteur, il existe bien un principe général de responsabilité du fait d'autrui prévu par l'article 1384, alinéa 1er. Ph. Le TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2010/2011, n° 7366. Cf. *supra* note 272.

[1303] Ph. Le Tourneau , *op. cit.*, loc. cit.

[1304] F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Précis Dalloz, 10ème éd., 2009, p. 860 s., n° 857 .

[1305] M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Droit civil, Economica, T. V., 1ère éd., 2007, p. 318, n° 294.

Finalement, quel que soit l'auteur cité, une position unanime ressort : celle de la trop grande complexité de l'alternative en matière de responsabilité du fait d'autrui.

Nous partageons ces avis, pour les raisons précitées : l'alternative n'est pas une solution satisfaisante dans les cas où sont simultanément applicables la responsabilité des parents et celle des artisans, commettants ou établissements spécialisés, mais aussi dans tous les cas de concours entre deux responsabilités du fait d'autrui désignant deux répondants différents. Une autre solution doit donc être trouvée par le biais d'un autre outil d'articulation[1306].

B. L'ordre public

427. Ordre public indifférent. De prime abord, lorsque dans un concours une norme est d'ordre public, elle doit écarter l'application de toutes les autres normes. Toutefois, on peut se demander ce qui l'en est lorsque les deux normes ne désignent pas le même débiteur pour la réparation. La norme d'ordre public fait-elle encore barrage à l'usage de l'autre norme ?

428. Exemple de la loi Badinter. Un mineur vole une motocyclette et cause un dommage. Deux fondements et deux responsables sont identifiés. La loi Badinter de 1985 reconnaît le conducteur du véhicule comme débiteur de l'obligation de réparer et l'article 1384, alinéa 4, du Code civil permet d'actionner la responsabilité des parents du mineur. Dans ce cas, la Cour de cassation décide que la victime d'un dommage occasionné par un mineur conducteur peut opter pour l'article 1384, alinéa 4, du Code civil, sans être tenue de mettre en cause la responsabilité du mineur sur le fondement de la loi Badinter de 1985. Par conséquent, la victime a le choix entre la loi Badinter et l'article 1384, alinéa 4, du Code civil. Au bout du compte, il s'agit d'admettre que l'application de la loi de 1985 n'est exclusive du droit commun qu'à l'égard des débiteurs d'indemnisation qu'elle vise, conducteur et gardien du véhicule impliqué, elle n'interdit pas à la victime de réclamer une indemnisation à d'autres personnes[1307].

En matière de concours complexes, il apparaît que la nature d'ordre public d'une des deux normes est indifférente dès que la norme d'ordre public ne vise pas les mêmes débiteurs de réparation que l'autre norme. Effectivement, on peut reconnaître qu'en dehors de son champ d'action, la norme d'ordre public ne saurait faire obstacle à l'emploi d'une autre norme. En d'autres termes, quand deux

---

[1306] Cf. *infra* n° 433.

[1307] Cass. 2ème civ., 9 mars 2000, *Bull. II*, n° 41 ; *LPA.* 23 juillet 2001, n° 145, p. 11, note D. R. MARTIN ; *Resp. civ. Ass.* 2000, chr. n° 13, par H. GROUTEL. Cass. crim 8 février 2011, *Bull. crim*. n° 20 ; *Resp. civ. Ass.* 2011, comm. n° 161, par H. GROUTEL ; *Lamy droit civil*, 2011, p. 23, note J.-P. BUGNICOURT ; *JCP. G.* 2011, p. 927, note L. PERDRIX.

responsables différents sont identifiés, peu importe que l'une des deux normes soit d'ordre public.

En conclusion, on peut affirmer que, pour ces concours, la hiérarchie n'est pas la solution à retenir, qu'elle soit injustifiable ou tout simplement peu pertinente. Aucune action ne s'imposant à la victime, l'option est la seule voie à suivre.

§2. L'option et le cumul comme mode de résolution des concours complexes

429. Le choix au service de la victime. L'option et le cumul sont les deux modes de résolution des concours à privilégier quand deux responsables sont en cause (A). De cette faculté offerte à la victime, plusieurs stratégies découlent alors, le choix d'une action dirigée contre l'un ou l'autre des répondants pouvant se révéler véritablement décisif (B).

A. La faveur donnée à l'option et au cumul en cas de pluralité de répondants

430. Légitimité de l'option et du cumul. L'application concurrente de plusieurs responsabilités par le jeu de l'option ou du cumul participe de la logique de garantie qui préside à la responsabilité civile depuis plusieurs années. Plus il existe de répondants potentiels pour un même dommage, plus la garantie d'indemnisation offerte à la victime est forte. Dans l'hypothèse où un mineur, conducteur d'un véhicule, cause un dommage, il existe, potentiellement, quatre fondements pour résoudre le litige : le régime de la responsabilité des parents du fait de leurs enfants (article 1384 alinéa 4, du Code civil), celui de la responsabilité de l'enfant pour le véhicule qu'il conduit (loi Badinter), celui de la responsabilité du fait des choses (article 1384, alinéa 1er du Code civil) et celui de la responsabilité du fait personnel (article 1382 du même code). On remarque, en réalité, que plusieurs concours sont ici en cause. Des concours simples puisque deux fondements peuvent trouver à s'appliquer pour une seule personne, c'est le cas du mineur dont la responsabilité peut être engagée à l'aide des articles 1384, alinéa 1er et 1382 du Code civil ainsi que sur le fondement de la loi Badinter. Ces concours pouvant être structurels ou conjoncturels. Ainsi, toujours concernant le mineur, le concours entre l'article 1384, alinéa 1er et la loi Badinter est un concours structurel simple dont la résolution dépend du principe de subsidiarité tandis que le concours entre la loi Badinteret l'article 1382 est un concours conjoncturel simple dont la solution tiendra à la nature d'ordre public de la loi Badinter. On est aussi en présence de concours complexes

dans la mesure où les parents et le mineur peuvent voir leur responsabilité mise en cause.

Ainsi, au sein du concours complexe, ce sont bien souvent plusieurs concours simples qu'il faut commencer par résoudre selon leur propre principe avant d'en venir à donner la solution du concours complexe en lui-même. Or, dans cette dernière situation, il paraît normal d'autoriser la victime à opter pour l'un ou l'autre des fondements en cause. Elle aura, alors, le choix entre deux répondants différents pour son préjudice : le mineur et ses parents. Elle peut, également, cumuler les actions en responsabilité. Disposant de deux répondants pour sa réparation, cela lui permettra d'en obtenir la condamnation *in solidum*[1308].

431. Consécration délicate. Deux situations révèlent que la consécration de l'option par la jurisprudence ne va pas toujours de soi. Dans certaines hypothèses, les droits d'option et de cumul n'ont pas tout de suite été donnés à la victime, alors même qu'il s'agissait bien d'un concours complexe. Tel est, par exemple, le cas pour le concours entre l'article 1386 du Code civil en matière de responsabilité du fait des bâtiments et l'article 1384, alinéa 1er, du même code sur la responsabilité du fait des choses. Il est possible ici que le concours, bien que structurel[1309], concerne deux répondants différents dès lors que, en pratique, le gardien du bâtiment en ruine n'en est pas le propriétaire, mais le locataire, l'usufruitier, l'occupant, etc. L'hypothèse pourrait ainsi être matérialisée : dans sa chute, un des morceaux du mur d'un bâtiment entraîne une partie de la toiture du bâtiment voisin. Au moment des faits, le bâtiment en ruine est loué. Le voisin victime pourrait vouloir attraire en justice le propriétaire du bâtiment (article 1386 C. civ.), mais aussi le locataire (article 1384, alinéa 1er, C. civ). La jurisprudence a alors proposé, successivement, deux solutions pour ce concours. La Cour de cassation avait, d'abord, interdit à la victime d'agir contre un autre responsable que le propriétaire sur un autre fondement que l'article 1386 du Code civil[1310]. En effet, elle estimait qu'en raison du principe de subsidiarité, les deux articles se trouvant dans une relation de genre à espèce, seul l'article 1386 était applicable. Cependant, on est en droit de s'interroger sur la présence de toutes les conditions d'application du principe. Dans les faits soumis à la Cour, s'il est évident que les deux articles en cause entrent dans une relation de spécialité[1311], deux répondants sont désignés. En conséquence, le concours est à la fois structurel et complexe. Le principe de subsidiarité ne peut donc jouer.

[1308] Cf. *supra* n° 338 s.

[1309] Il s'agit là du concours entre deux normes au moins qui entrent dans une relation de genre à espèce.

[1310] Cass. 2ème civ., 30 novembre 1988, *Bull. II*, n° 239 ; *JCP. G.* 1989, II. 21319, note C. GIRAUDEL ; *Resp. civ. Ass.* 1989, comm. n° 42, chr., n° 5, note H. GROUTEL ; *RTD. civ.* 1989, p. 333, obs. P. JOUDAIN. Cette solution fut vivement critiquée. On reprochait la rigueur de la Cour de cassation dans la délimitation du champ d'application des différents articles et surtout l'immunité qu'elle semblait donner au gardien de l'immeuble.

[1311] L'article 1386 appartenant au genre établit par l'article 1384, alinéa 1er.

Revenant sur cette jurisprudence, la Cour de cassation reconnaît, aujourd'hui, que la victime d'un dommage causé par la ruine d'un bâtiment peut agir, non seulement à l'encontre du propriétaire sur le fondement de l'article 1386 du Code civil, mais, également, contre le gardien non-propriétaire, locataire, usufruitier ou occupant, en invoquant à son encontre les dispositions de l'article 1384 alinéa 1er[1312]. Cette solution rejoint le constat de Mme Françoise Benac-Schmidt et de M. Christian Larroumet qui écrivent que « *la multiplication des responsables sur la base de textes différents, en ce qui concerne chacun d'eux, a toujours été admise par la jurisprudence* »[1313].

432. Consécration d'une option limitée. Il arrive que la faculté d'option soit limitée pour la victime qui n'a pas le droit de rechercher la responsabilité personnelle de l'auteur du dommage. La raison est simple : seul l'auteur indirect ou gardien est considéré comme pouvant voir sa responsabilité engagée. Cette immunité civile de l'auteur direct a été accordée au préposé fautif par l'Assemblée plénière dans l'arrêt *Costedoat* du 25 février 2000[1314]. En l'espèce, une société s'était engagée à l'égard d'un certain nombre d'agriculteurs à répandre sur leurs terrains un traitement herbicide par hélicoptère. Sous l'effet du vent, le produit avait atteint le fonds voisin, endommageant les végétaux. Le propriétaire victime assigna alors en réparation de son préjudice outre la société, le pilote de l'hélicoptère, préposé de celle-ci. La cour d'appel retint la responsabilité de ce dernier dans la mesure où il avait commis une faute en ne s'abstenant pas de procéder à des épandages de produits toxiques, aux vues des conditions météorologiques. La Cour de cassation cassa cet arrêt au visa des articles 1382 et 1385, alinéa 5, du Code civil, au motif que « *n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant* ». La responsabilité pour faute du préposé ne peut désormais être engagée que s'il excède les limites de sa mission.

Dans le concours entre les dispositions des articles 1384, alinéa 5, et 1382, respectivement sollicité à l'encontre du commettant et du préposé, la victime ne dispose donc d'aucune option. Elle doit nécessairement recourir à la responsabilité du commettant dès lors que le préposé a agi dans les limites de sa mission. Avec cette jurisprudence, on la prive d'une chance supplémentaire d'être indemnisée, d'autant

---

[1312] Cass. 2ème civ., 23 mars 2000, *Bull. II*, n° 54 ; *GAJC* n° 192 ; *JCP. G.* 2000, II. 10379, note Y. DAGORNE-LABBE ; *Ibid*, I. 280, n° 22, obs. G. VINEY ; *LPA.* 4 juillet 2000, p. 14, obs. A.M.L ; *Resp. civ. Ass.* 2000, comm. n° 180, chr. 16, note H. GROUTEL ; *RTD. civ.* 2000, p. 581, obs. P. JOUDAIN ; *D.* 2000, som. comm., p. 467, obs. D. MAZEAUD ; *D.* 2001, J. p. 586, note N. GARCON ; Cass. 2ème civ., 8 février 2006, *Inédit*, n° 04-19371 ; *GP*, 16 et 17 août 2006, p. 11, obs. A. PAULIN ; *Resp. civ. Ass.* 2006, chr., n° 110, note H. GROUTEL.

[1313] F. BENAC-SCHMIDT et C. LARROUMET, « Responsabilité du fait des bâtiments », *in Répertoire civil*, *Dalloz*, n° 48.

[1314] Cass. AP., 25 février 2000, *Bull. A.P.*, n° 2 ; *JCP. G.* 2000 II. 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLAU ; *Ibid* I. 241, obs. G. VINEY ; *RTD. civ.* 2000, p. 582, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2000, p. 673, note Ph. BRUN ; *Resp. civ. Ass.* 2000, chr. n° 11 par H. GROUTEL et n° 22 par Ch. RADE ; *GP.* 2000, II. 1462, note F. RINALDI, *Dr. et pat.* 2000, n° 2567, obs. F. CHABAS.

plus qu'il est possible que son action contre le commettant soit vaine lorsque ce dernier est en redressement judiciaire[1315].

A la suite de cette jurisprudence, l'immunité du préposé a été étendue à d'autres régimes de responsabilité. Dans un arrêt du 28 mai 2009, la Cour de cassation s'est trouvée face à une affaire dans laquelle un préposé conducteur a vu son véhicule impliqué dans un accident de la circulation[1316]. La victime de l'accident choisit de se tourner contre le préposé pour obtenir réparation. La cour d'appel fait droit à sa demande en s'appuyant sur la loi du 5 juillet 1985. Selon elle, « *cette loi s'applique au préposé conducteur si le véhicule qu'il conduit est impliqué dans l'accident de la circulation à l'occasion duquel une victime est blessée, ce préposé ayant la possibilité d'appeler dans la cause son employeur, propriétaire du véhicule, en sa qualité de civilement responsable* ». Au double visa de l'article 1384, alinéa 5, et de la loi de 1985, la Cour de cassation casse l'arrêt au motif que « *n'est pas tenu à indemnisation à l'égard de la victime le préposé conducteur d'un véhicule de son commettant impliqué dans un accident de la circulation qui agit dans les limites de la mission qui lui a été impartie* ». Le préposé n'est donc pas non plus responsable au titre de la loi de 1985[1317].

L'immunité accordée au préposé se justifie au regard de l'orientation générale de la jurisprudence relative à la condition juridique du préposé[1318]. Ce dernier ne peut, par exemple, être considéré comme gardien au sens de la responsabilité du fait des choses[1319]. La raison tient à ce que si la garde se définit à travers l'existence des pouvoirs d'usage, de direction et de contrôle de la chose, elle implique également que ces pouvoirs soient exercés en toute indépendance. Ce n'est pas le cas pour le

---

[1315] C'était d'ailleurs le cas dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 25 février 2000 ; la victime n'a pu être indemnisée que dans la mesure où un tiers coresponsable avait été désigné. Sur ce point, l'avant-projet de réforme présenté sous la direction de Monsieur Catala prévoit de modifier la situation personnelle du préposé. Ce dernier pourrait voir sa responsabilité engagée de manière subsidiaire par rapport à celle du commettant. Plus précisément, la responsabilité personnelle du préposé ne pourrait être retenue qu'à la condition que la victime ne puisse obtenir réparation ni du commettant ni de son assureur. V. P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, rapport à M. Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005, article 1359-1 et commentaires p. 155 et p. 165. V. aussi, O. GOUT, « L'abus de fonction du préposé : entre doutes et certitudes », *D.* 2011, p. 1938, spéc. p. 1941. L'auteur estime qu'il serait bienvenu d'ouvrir une action contre le préposé en cas d'insolvabilité du commettant.

[1316] Cass. 2ème civ., 28 mai 2009, *Bull. II*, n° 128 ; *JCP. G.* 2009, n° 95, p. 18, note J. MOULY ; *Resp. civ. Ass*. 2009, étude 11, par H. GROUTEL ; *D.* 2009, AJ., p. 1606, obs. I. GALLMEISTER ; *Ibid*. J. p. 2667, note N. PIERRE ; *RTD. civ*., 2009, p. 541, obs. P. JOURDAIN ; *GP.* 31 août 2009, p. 12, note L. CLERC-RENAUD ; *D*. 2010, p. 49, obs. Ph. BRUN.

[1317] V. Ph. Brun, note précitée, qui parle d'une « "colonisation" du droit spécial par le droit commun ».

[1318] M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit*., n° 253.

[1319] Cass. civ., 27 février 1929, *DP* 1929.1.129, note G. RIPERT ; *S.* 1929.1.297, note L. HUGUENEY ; Cass. civ., 30 décembre 1936, *Bull.* n° 250 ; *DP* 1937, I. p. 5, rapp. L. JOSSERAND, note R. SAVATIER ; *S.* 1937, I., p. 137, note H. MAZAUD ; *GAJC* n° 216, obs. F TERRE et Y LEQUETTE ; Cass. 2ème civ., 1er avril 1998, *Inédit*,n° 96-17903 ; *RTD. civ.* 1998, p. 914, obs. P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass* 1998, comm. n° 223 ; Cass. 2ème civ., 15 mars 2001, *Inédit* n° 99-17263 ; *Resp. civ. Ass.* 2001, comm. n° 183, par H. GROUTEL.

préposé qui, agissant pour le compte du commettant, se plie à ses directives : usant de la chose de façon subordonnée, il ne peut en acquérir la direction et le contrôle, pouvoirs que continue d'exercer, par son intermédiaire, le commettant[1320]. On reconnaît ainsi que dans la mesure où le préposé accomplit sa mission sous l'autorité du commettant, il ne serait pas juste de lui faire supporter la charge de la réparation du préjudice causé à l'occasion de cette mission qui profite à l'entreprise.

Peut-on envisager qu'une telle immunité soit étendue à tous les auteurs directs du dommage qui se trouvent soumis à l'autorité d'une autre personne ? En d'autres termes, les différentes responsabilités du fait d'autrui doivent-elles s'ajouter ou se substituer à la responsabilité personnelle de l'auteur direct du dommage ? L'abandon de la faute de l'auteur direct du dommage dans certains régimes de responsabilité du fait d'autrui[1321], pourrait marquer un premier pas dans le sens de l'immunité. Bien qu'il n'y ait pas de rapport de nécessité entre l'abandon de la faute comme condition pour engager la responsabilité du fait d'autrui et l'abandon de la responsabilité du fait personnel, on peut, néanmoins, considérer qu'en admettant la première solution, on pourrait tendre vers la seconde. Si le garant est responsable dans l'hypothèse où l'auteur direct du dommage ne l'est pas, aucun recours ne devrait avoir lieu contre ce dernier. « *On peut être tenté, par souci de simplicité, d'écarter toute recherche de responsabilité de l'auteur du dommage* »[1322].

Malgré tout, la solution admise pour le préposé ne devrait pas se propager aux autres régimes de responsabilité du fait d'autrui. L'immunité civile qui lui est accordée doit être limitée. On l'a vu, celle-ci trouve sa justification dans le rapport particulier de subordination qui unit le préposé au commettant et doit donc se

---

[1320] Il n'en irait autrement qu'en cas d'abus de fonction : le préposé, rompant le lien de préposition, se soustrait à l'autorité du commettant et acquiert la maîtrise indépendante de la chose faisant de lui un gardien. V. Cass. 2ème civ., 20 décembre 1977, *D.* 1978. IR. p. 203, obs. C. LARROUMET.

[1321] V. D. BAKOUCHE, « L'abandon de la condition relative à la responsabilité de l'auteur du dommage est-il cantonné à la seule responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs ? », *JCP. G.* 2011, p. 519.

A contrario, est, par exemple, toujours recquise la faute du joueur pour engager la responsabilité de celui qui contrôle son activité : Cass. 2ème civ., 20 novembre 2003, *Bull. II*, n° 356 ; *RTD. civ.* 2004, p. 106, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2003, IR, 3009 ; *D*. 2004, p. 300, note G. BOUCHE ; *JCP. G.* 2004, II. 10017, note J. MOULY, *Ibid* 163, obs. G. VINEY ; *Resp. civ. Ass.* 2004, étude n° 1, par J.-C. SAINT-PAU. La solution est confirmée depuis par de nombreux arrêts. V. notamment : Cass. 2ème civ., 8 avril 2004, *Bull. II*, n° 194 ; *RTD. civ.* 2004, p. 517, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2004, p. 2601, note Y.-M. SERINET ; *JCP. G.* 2004, II. 10131, note M. IMBERT ; Cass. 2ème civ., 21 octobre 2004, *Bull. II*, n° 477 ; *D.* 2005, p. 40, note J.-B. LAYDU ; *RTD. civ.* 2005, p. 412, obs. P. JOURDAIN ; Cass. 2ème civ., 13 janvier 2005, *Bull. II*, n° 10 ; *JCP. G.* 2005, IV. 1355 ; *Resp. civ. Ass.* 2005, comm. n° 81 ; Cass. 2ème civ., 22 septembre 2005, *Bull. II,* n° 233 ; *JCP. G.* 2005, II. 10000, note D. BAKOUCHE ; Cass. 1ère civ., 16 mai 2006, *Bull.* I, n° 249 ; *Resp. civ. Ass.* 2006, comm. n° 217 ; Cass. 2ème civ., 5 octobre 2006, *Bull. II*, n° 257, *JCP. G.* 2006, IV. 3090.

[1322] Ph. BRUN, *op. cit.*, p. 312, n° 482, spéc. note 356.

contenir à ce rapport[1323]. C'est pourquoi, à partir du moment où l'on ne retrouve pas ce lien de dépendance, la victime devrait pouvoir bénéficier des deux actions en responsabilité, l'une contre l'auteur direct du dommage (article 1382 C. civ.), l'autre contre le garant (article 1384, alinéa 1, et suivants du Code civil).

433. Consécration attendue. Dans certains concours, alors que l'option n'a pas encore été reconnue par la jurisprudence, elle est fortement recommandée par la doctrine. Il s'agit des hypothèses précédemment étudiées où le juge décide d'alterner entre les différents régimes de responsabilité du fait d'autrui[1324]. On l'a vu, ces solutions de hiérarchisation ne trouvent pas vraiment de justifications. Certains auteurs proposent, alors, de retenir une autre solution. MM. François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, ainsi que Mme Mireille Bacache-Gibeili considèrent qu'il serait normal de reconnaître à la victime la possibilité de poursuivre tous les responsables[1325]. Quant à Mlle Geneviève Viney et M. Patrice Jourdain, ils prônent une application concurrente des deux responsabilités[1326]. M. Philippe Brun constate, lui, que si, à certains égards, le cumul peut être refusé, l'option, elle, ne saurait être interdite[1327].

Conformément à notre position sur la pertinence du recours à l'option en cas de pluralité de responsables[1328], nous partageons ces avis. L'option devrait être accordée dans les cas précités où sont simultanément applicables la responsabilité des parents, celles des artisans, commettants, établissements spécialisés ou associations (…).

Pour finir sur ce point, on notera que, bien que, pour l'heure, ce soit encore l'application alternée des responsabilités qui soit validée par la jurisprudence, il semble possible de compter sur un changement. C'est le parti pris dans deux des différents projets de réforme de la responsabilité civile[1329]. Ainsi, le rapport Catala

---

[1323] M. BACACHE-GIBEILI, *op. cit.,* p. 328, n° 303. V. aussi à propos de la difficulté à justifier une telle extension de la jurisprudence Costedoat, Ph. BRUN, *op. cit.,* p. 312, n° 482 ; Ch. RADE, chronique sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 13 mai 2004, *Resp. civ. Ass.* 2004, n° 15.

[1324] Cf. *supra* n° 420 s.

[1325] F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.,*. p. 860 s., n° 857 ; M. BACACHE-GIBEIL, *op. cit.,* p. 318, n° 294.

[1326] G. VINEY et P. JOURDAIN, Les conditions de la responsabilité, Traité de droit civil, sous la direction de J. Ghestin, 3ème éd., LGDJ 2006, p. 1010 s., n° 891.

[1327] Ph. BRUN, *op. cit.,* p. 314, n° 484 s.

[1328] Cf. *supra* n° 430.

[1329] V. P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, rapport à M. Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005 et L. BETEILLE (dir.), Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile présentée le 9 juillet 2010, n° 657. *A contrario*, le groupe de travail dirigé par M. Terré considère que les responsabilités des pères et mères, du tuteur ainsi que de la personne physique ou morale chargée par décision judiciaire ou administrative, ou par convention, d'organiser et contrôler à titre permanent le mode de vie du mineur sont alternatives. F. TERRE (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile,* Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 3, article 14.

recommande d'admettre dans l'article 1356 que la responsabilité de la personne chargée, par une décision judiciaire ou administrative ou par convention, de régler le mode de vie du mineur, puisse se cumuler avec celle des parents ou du tuteur[1330]. *A fortiori*, l'option devrait donc être possible dans ce cas. Quant à la proposition du Sénat, celle-ci envisage de reconnaître la possibilité de cumuler la responsabilité des personnes physiques ou morales chargées, par décision judiciaire ou administrative ou par convention, de régler le mode de vie du mineur, avec celle des parents ou du tuteur[1331].

Un droit d'option doit donc, le plus souvent, être octroyé à la victime d'un dommage lorsque deux responsables sont identifiés. C'est alors à elle de faire le bon choix entre les différents fondements et surtout entre les multiples responsables.

B. Les stratégies de la victime dans le recours à l'option et au cumul

434. Objectif principal : la réparation financière. En lui offrant une faculté de choix ou de cumul, le législateur et le juge obligent la victime à opérer une réflexion stratégique qui s'articule autour d'une idée principale : comment obtenir la meilleure indemnisation possible ? Au-delà d'un sentiment de vengeance, plus prononcé en matière pénale, la victime sera muée par la volonté de trouver le répondant le plus solvable. C'est alors, bien souvent, à une logique assurancielle qu'elle sera confrontée. Deux exemples permettent de l'illustrer.

435. Concours entre la responsabilité des parents (article 1384, alinéa 4 du Code civil) et celle du mineur (article 1382 du même code). Lorsque le fait dommageable de l'enfant est susceptible d'entraîner sa responsabilité personnelle, la responsabilité parentale ne se substitue pas à celle de l'enfant, elle s'ajoute à elle. La victime peut alors s'orienter vers différentes stratégies qui n'auront pas toutes les mêmes conséquences.

436. Première possibilité : rechercher la responsabilité du mineur, uniquement, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. On aurait, de prime abord, tendance à déconseiller à la victime la première branche de l'option, dans la mesure où il est fort probable que le mineur soit insolvable. L'action n'aurait donc aucun effet financier concret. Toutefois, il faut nuancer cette première impression, puisqu'il est nécessaire de prendre en compte que, la plupart du temps, le mineur

---

Pour un commentaire de ce texte : D. MAZEAUD et J.-S. BORGHETTI, « Imputation du dommage causé à autrui », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, précité.

[1330] P. CATALA (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil)*, précité, p. 177.

[1331] L. BETEILLE (dir.), Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, précitée, p. 11, article 1386-7, 3°, alinéa 2.

sera couvert par une assurance multirisque habitation, contenant une assurance *responsabilité du chef de famille*, laquelle, en règle générale, couvre en qualité d'assuré, outre le souscripteur, son conjoint et ses enfants[1332]. Le mineur pourrait donc bien être solvable. Ainsi, la victime aurait tout intérêt à rechercher sa responsabilité lorsque les capacités financières des parents ne leur permettent pas d'acquitter de la réparation. L'enfant devient alors un responsable à ne pas négliger pour assurer l'avenir.

437. Deuxième possibilité : mettre en œuvre la seule responsabilité des parents (article 1384, alinéa 4, du Code civil). La deuxième branche de l'option, en faveur de la responsabilité des parents, n'en est pas pour autant dénuée de tout intérêt. Il est possible que le mineur ne soit en fait pas couvert par une assurance. Quatre hypothèses doivent être distinguées :

- L'enfant mineur a commis une faute intentionnelle au sens de l'article L. 113-1, alinéa 2, du code des assurances. Dans ce cas, l'assureur ne répondra pas des pertes et dommages causés par l'assuré (ici le mineur). La victime n'a donc aucun intérêt à engager la seule responsabilité de l'enfant. En revanche, l'article L. 121-2 du même code énonce que « *l'assureur est garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable, en vertu de l'article 1384 du Code civil, quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes* ». La Cour de cassation estime que cet article « *a pour conséquence d'interdire à l'assureur d'opposer à l'assuré, en vue de lui refuser sa garantie, la circonstance que la faute de la personne dont il doit répondre a été intentionnelle* »[1333]. Ainsi, la victime qui, dans cette situation, n'aurait pas bénéficié de la garantie de l'assureur, si elle avait opté pour l'application de l'article 1382 du Code civil, en profitera si elle met en œuvre les dispositions de l'article 1384, alinéa 4, du même code.

- Le mineur auteur du dommage est aliéné et la police d'assurance responsabilité du chef de famille renferme une clause excluant la garantie des dommages ayant pour origine une aliénation mentale. Dans un arrêt du 26 novembre 1991, la Cour de cassation, à l'appui de l'article L. 121-2 du code des assurances, juge que semblable clause, si elle autorise l'assureur à refuser de garantir la dette de responsabilité personnelle du mineur, ne lui permet pas de refuser de garantir la dette de responsabilité des parents du fait de leurs enfants[1334]. Dans cette situation aussi la victime aurait tout intérêt à opter pour la responsabilité parentale.

[1332] On notera, d'ailleurs, que si cette assurance est de plus en plus répandue, elle n'est pas, pour autant, obligatoire. Certains auteurs invoquent la nécessité d'aller dans ce sens. V. G. VINEY et P. JOURDAIN, *op. cit.*, p. n° 892 ; H. GROUTEL, « Les dommages causés en bande et l'assurance de responsabilité générale des parents », *Resp. civ. Ass.* 1997, chr. n° 110.

[1333] Cass. 1ère civ., 14 novembre 1995, *Bull. I*, n° 405.

[1334] Cass., 1ère civ., 26 novembre 1991, *Bull. I*, n° 337. La Cour de cassation reconnaît que : « *l'assureur ne peut opposer à l'assuré, en vue de lui refuser sa garantie, la circonstance que les actes dont il doit répondre ont été commis par lesdites personnes sous l'empire d'un trouble mental ; (…) si, par suite, n'est pas critiquable la clause excluant de cette garantie les dommages ayant pour origine un état d'arriération mentale ou d'aliénation lorsqu'ils sont commis par l'assuré, est contraire aux dispositions de l'art. précité la même clause lorsqu'elle*

- La police d'assurance responsabilité du chef de famille n'attribue pas la qualité d'assuré aux enfants du souscripteur. Dans ce cas, à défaut d'être couvert par cette assurance, l'enfant est certainement insolvable. Cette situation n'est pas impossible dans la mesure où la détermination des risques couverts par la garantie relève de la liberté contractuelle[1335].

- Aucune assurance n'existe : soit parce qu'elle a été suspendue – c'est ainsi que dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt Bertrand du 19 février 1997, la garantie avait été suspendue en raison du non-paiement des primes[1336] –, soit parce que l'assurance ne couvre tout simplement pas le préjudice – certaines clauses peuvent exclure la garantie de l'assureur pour les préjudices de nature économique indépendants de toute atteinte matérielle ou corporelle[1337] ; soit, enfin, parce que la garantie ne couvre pas le fait dommageable – l'assurance responsabilité du chef de famille peut, par exemple, exclure les accidents de la circulation[1338] –. Quelle qu'en soit la raison, la victime pourra toujours opter pour la responsabilité parentale. Il est à noter qu'afin d'éviter les exclusions abusives de garantie opérées par les assurances, il existe un encadrement législatif et jurisprudentiel. Celui-ci se fait, notamment, par le biais de l'article L. 112-4 du Code des assurances qui, dans son dernier alinéa, précise que « *les clauses des polices édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents* » et de l'article L. 113-1 du même code qui dispose que « *les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exception formelle et limitée contenue dans la police* ». S'appuyant sur ces deux dispositions, posant une double exigence de modération et de transparence, la jurisprudence n'hésite pas à invalider les clauses de police stipulant des exclusions en des termes trop vagues comme celles écartant de la garantie les préjudices provenant « *d'une inobservation inexcusable des règles de l'art* »[1339] ou les ceux qui sont la conséquence de « *la faute lourde* » de l'assuré[1340] (…), ainsi que les clauses qui, même si elles sont claires et précises, multiplient les exclusions au point qu'elles en viennent, finalement, à vider de toute substance la garantie[1341].

---

concerne des actes commis par les personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1384 du Code civil ».

[1335] Cass. 2ème civ., 13 mars 1980, *D.* 1980, IR., p. 514, obs. H. GROUTEL.

[1336] Cass. 2ème civ., 19 février 1997, *Bertrand*, *Bull. II*, n° 56 ; *D.* 1997, p. 265, note P. JOURDAIN ; *ibid*, som. 290, obs. D. MAZEAUD ; *JCP. G.* 1997, II. 22848, note G. VINEY, concl. R. KESSOUS ; *RTD. civ.* 1997, p. 668, obs. P. JOUDAIN ; *GP.* 1997, 1, 575, note F. CHABAS ; *L.P.A.* 15 septembre 1997, note M-C. LEBRETON ; *D.* 1998, som. p. 49, obs. C-J. BERR ; *GAJC* n° 209.

[1337] Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Précis Droit privé, Dalloz, 12ème éd., 2005, n° 640.

[1338] Cass. 1ère civ., 1er juillet 1986, *D.* 1987, som. p. 179, obs. H. GROUTEL

[1339] Cass. 2ème civ., 8 octobre 1974, *Bull. I,* n° 253

[1340] Cass. com., 7 avril 1987, *Bull. IV*, n° 83 ; *D.* 1988, som. p. 156, obs. C.-J. BERR.

[1341] Cass. 1ère civ., 17 février 1987, *Bull. I*, n° 55.

438. Dernière possibilité : mettre en jeu, cumulativement, la responsabilité des parents et celle de l'enfant pour déboucher sur une condamnation *in solidum*. Le dernier choix, tourné vers une condamnation *in solidum* des deux répondants, peut lui aussi avoir la préférence de la victime. Plus singulièrement, à partir du moment où le *quantum* du préjudice dépasse le plafond d'une des deux garanties, l'autre pourra y remédier.

439. Concours entre la responsabilité de l'artisan (article 1384, alinéa 6, du Code civil), de l'apprenti (article 1382 du Code civil), et celles des parents (article 1384, alinéa 4, du même code). L'hypothèse est la suivante : un apprenti mineur cause un dommage alors qu'il travaille pour son patron. La victime peut diriger son action contre l'apprenti seul, qui sera couvert en qualité d'assuré par l'assurance responsabilité civile exploitation contractée par son patron. Toutefois, cette stratégie s'avèrera insuffisante dans plusieurs cas, lorsque l'apprenti commet une faute intentionnelle[1342], lorsque le patron n'a pas souscrit d'assurance responsabilité civile exploitation, ou encore lorsque le *quantum* du préjudice subit par la victime excède le plafond de garantie stipulé. Dans ces cas, la victime aura tout intérêt à agir contre l'artisan sur le fondement de l'alinéa 6 de l'article 1384 du Code civil.

En plus de pouvoir engager la responsabilité de l'artisan et de l'apprenti, la victime pourrait aussi mettre en jeu la responsabilité des parents pour le fait de leur enfant (article 1384, alinéa 4, du Code civil)[1343]. Cependant, il faudra ici que la victime tienne compte, dans son choix, du fait que les polices d'assurance *responsabilité du chef de famille* peuvent exclure du champ de garantie les dommages causés dans le cadre de l'activité professionnelle.

En définitive, un choix très large s'offre à la victime, celui d'agir contre les parents, l'enfant ou l'artisan et celui d'opérer un cumul entre deux ou plusieurs de ces différentes responsabilités.

440. Objectifs concurrents ou complémentaires. D'autres considérations peuvent orienter la victime dans son choix. Dans une vision uniquement pécuniaire de la responsabilité civile, les stratégies adoptées par la victime sont exemptes de toute considération morale. Elle ne désigne pas une personne responsable, mais une garantie. Toujours suivant cette logique, mais guidée par un objectif supplémentaire, on peut considérer que la victime, si elle cherche à obtenir la réparation de son préjudice, souhaite avant tout être rapidement indemnisée. Elle fera alors varier sa stratégie en fonction de cette donnée. En se focalisant sur un seul répondant, la victime pourrait éviter de multiplier les parties défenderesses et donc les conclusions des avocats, les rapports des experts, etc., qui pourraient augmenter le délai du procès. Puis, dans un état d'esprit complètement différent, il est possible de penser

---

[1342] L'article L. 113-1, alinéa 2, du Code des assurances prévoit que « *l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré* »

[1343] V. notre avis sur la solution de la Cour de cassation de faire une application hiérarchisée des différentes responsabilités du fait d'autrui dans cette situation, cf. *supra* n° 433.

que dans certaines affaires, l'intérêt économique ne soit pas pour elle le plus essentiel. Elle choisira alors, pour des raisons qui échappent à l'objectivité, celui qu'elle estime être le plus responsable.

Simple en apparence, le choix proposé à la victime n'est pas toujours évident à réaliser, car plusieurs paramètres sont à prendre en compte. Au fond, l'option et le cumul restent des solutions avantageuses pour la victime et doivent, dans une logique protectionniste à son égard, être encouragés.

Conclusion du chapitre 2
La résolution des autres concours : le dépassement du principe de subsidiarité

441. Effets du principe correcteur. Le principe correcteur appuyé sur le critère d'intérêt connaît deux effets. Il permet, d'abord, de moduler les conséquences du principe de subsidiarité sur la résolution des concours où un unique responsable est désigné et où les normes entrent dans une relation de spécialité, autrement dit les concours structurels simples. Il rend, ensuite, possible la résolution des autres concours de normes. D'une part, les concours dans lesquels les normes n'entrent pas dans une relation de spécialité qu'un ou plusieurs responsables soient identifiés : les concours conjoncturels. D'autre part, les concours dans lesquels les normes entrent dans une relation de genre à espèce, mais désignent deux responsables au moins pour répondre du dommage : les concours structurels complexes. Pour parvenir à la résolution de ces concours, plusieurs outils sont alors employés : l'option permettant à la victime de choisir l'action à engager, le cumul autorisant à la victime à bénéficier des deux actions, la hiérarchie par l'alternative et l'ordre public.

442. Option et cumul. Au cours de cette étude de la résolution des concours par le principe matériel, si l'on a pu distinguer, pour plus de pédagogie, entre les concours conjoncturels simples et les concours structurels et conjoncturels complexes, on reconnaît qu'au moment de conclure, le temps est venu de réunir les solutions. En effet, il est apparu qu'à partir du moment où le concours n'est pas un concours structurel simple, une même direction devait être suivie. Effectivement, en présence de ces concours, rien ne s'oppose, en général, à ce que la victime soit seule juge de l'action qu'elle souhaite engager. Un droit d'option devrait lui être laissé.

443. Ordre public. Toutefois, il faudra tenir compte d'une opposition ponctuelle à cette libre disposition de l'action par la victime en présence d'une norme d'ordre public. En effet, dès lors que le concours sera un concours simple, la norme d'ordre public sera toujours prioritaire et devra s'appliquer au litige, peu importe la volonté de la victime.

Conclusion du titre 2
La mise en œuvre empirique du principe correcteur d'intérêt

444. Efficacité du principe correcteur d'intérêt. A travers l'étude de sa mise œuvre sur les concours de normes, le principe matériel fait preuve de son efficacité. Il permet, d'une part, d'aménager des solutions retenues par le principe de subsidiarité dans les concours structurels simples, ainsi que la résolution des autres concours de normes, tout en réussissant, d'autre part, à combiner les deux intérêts sur lesquels il s'appuie : celui du responsable et celui de la victime.

Si la solution qu'il privilégie pour y parvenir est en faveur de la libre disposition par la victime de l'action à engager, il ne laisse, pour autant, pas de côté les autres modes de résolution existants. L'ordre public, l'exclusivité et l'alternative sont tour à tour employés soit pour conforter la volonté de préserver les intérêts de la victime, soit au contraire pour les écarter au profit de ceux du responsable. Cependant, si ces trois derniers modes d'articulation existent, seul l'un d'entre eux nous est apparu comme étant toujours légitime, il s'agit de l'ordre public. En effet, l'usage de l'alternative comme de l'exclusivité est fortement critiqué, car conduisant souvent à des solutions trop complexes et parfois injustifiées.

Grâce à l'emploi du principe correcteur, certains des concours structurels sont mieux résolus et l'ensemble des autres concours gagne enfin une solution.

Conclusion de la partie 2
Le principe correcteur de l'articulation

445. De l'importance d'un principe correcteur. Les failles du principe de subsidiarité ont révélé la nécessité de recourir à un principe correcteur. A celui-ci, plusieurs missions étaient dévolues. D'une part, il devait rendre possible la modulation des solutions retenues par le principe de subsidiarité lorsqu'elles ne s'avéraient pas suffisamment satisfaisantes. La solution de certains des concours structurels simples nécessitait donc d'être modifiée. D'autre part, il devait permettre de trouver une solution pour les concours conjoncturels et les concours structurels complexes pour lesquels rien n'avait encore été fait.

Ces objectifs ont été atteints en deux temps.

Dans un premier temps, il a fallu identifier le principe correcteur. Celui-ci apparaît comme un principe matériel dont l'objectif est d'obtenir, par l'application d'une norme, un effet précis sur la situation de fait en cause. Cet effet est alors tour à tour en faveur des intérêts de la victime ou de ceux du responsable. A cette fin, plusieurs outils sont employés : l'option, le cumul, la hiérarchie et l'exclusivité. Les deux premiers sont exclusivement au service de la victime qui en dispose seule, tandis que les deux derniers sont à la discrétion du législateur et du juge pour rééquilibrer les intérêts en présence.

Dans un second temps, ces outils ont pu être exploités sur les concours complexes et les concours structurels simples. Si ces concours se résolvent le plus souvent par la voie de l'option, il faut, néanmoins, tenir compte du fait que, dans certaines occasions, le législateur et le juge vont intervenir pour imposer la norme applicable.

Le principe d'intérêt assure ainsi l'équilibre entre les intérêts de la victime et ceux du responsable dans la résolution des concours entre les normes de la responsabilité civile extracontractuelle.

CONCLUSION GENERALE

446. Articuler les normes. Rechercher un moyen d'articuler les normes, c'est avant tout tenter de remédier à la problématique posée par la prolifération croissante des règles de la responsabilité civile. L'identification de principes en permettant la combinaison en est la clef.

Avant de revenir aux deux principes retenus, il faut rappeler la définition des différentes situations de concours que nous avons relevé. Les concours sont structurels lorsque les normes se trouvent dans une relation de spécialité. En revanche, ils deviennent conjoncturels lorsqu'aucune relation de spécialité n'est présente. Les concours peuvent aussi être tantôt simples, dès lors qu'un seul responsable est désigné, tantôt complexes, si au moins deux responsables sont en cause.

Pour résoudre ces concours, notre étude révèle l'existence de deux principes : un principe directeur nommé principe de subsidiarité et un principe correcteur appelé principe d'intérêt.

Au principe de subsidiarité est dévolue la tâche de résoudre les concours structurels simples. La subsidiarité en tant que principe se caractérise alors par un double mouvement. Le premier est celui de la non-ingérence. L'élément dit subsidiaire cède sa place à l'élément principal qui va seul être mis en œuvre. Le second est celui de l'intervention. L'élément subsidiaire revient au premier plan pour obvier aux carences de l'élément principal. Rapporté à la responsabilité civile extracontractuelle, le principe de subsidiarité permet de comprendre la relation existante entre ses normes et l'articulation qui en découle. Ainsi, la norme de droit spécial prévaudra dès lors que ses conditions d'application seront toutes réunies. Tandis que la norme de droit commun sera de nouveau applicable en cas de défaillance du droit spécial.

Simple en apparence, cette articulation ne se fait pourtant pas, en pratique, sans difficulté.Les règles de la procédure civile viennent parfois mettre à mal la place donnée à chacune des normes, soit que les parties n'invoquent pas le bon fondement à l'appui de leur prétention, soit que le juge ne statue pas à l'aide du bon fondement. De plus, l'usage qui est fait du droit spécial conduit trop souvent à dénier au droit commun ses fonctions de droit référent et palliatif. Finalement, le terrain ne s'avère pas toujours propice à une bonne application du principe de subsidiarité. C'est pourquoi il convient déjà de consacrer ce principe, sans que le juge ne puisse s'y soustraire, mais aussi de redonner au droit commun ses lettres de noblesse.

Les autres concours trouvent une solution à l'aide du principe d'intérêt. Ce dernier repose sur l'idée qu'on ne saurait se contenter de principe neutre d'articulation, tel que le principe de subsidiarité. Dans une matière comme la responsabilité civile, des intérêts essentiels sont en jeu : ceux de la victime et ceux du responsable. Il apparaît alors nécessaire de se tourner vers des principes plus subjectifs qui prennent en compte ces intérêts. C'est au principe d'intérêt que nous avons ici eu recours. Celui-ci permet au législateur et au juge de donner préférence à la victime en lui accordant un droit d'option ou de cumul, mais aussi de favoriser le responsable en imposant une action par la voie de l'exclusivité ou de l'ordre public.

Le principe d'intérêt assure de ce fait l'équilibre entre les intérêts de la victime et ceux du responsable. On remarque que dans la résolution des concours, le principe d'intérêt connaît une double fonction. D'une part, il améliore la résolution des concours structurels simples en donnant priorité à la norme générale, là où le droit spécial aurait dû être employé conformément au principe de subsidiarité. D'autre part, il apporte une solution aux concours de normes dans tous les cas où le principe de subsidiarité ne peut intervenir.

Finalement, si, en théorie, ces deux principes agissent de concert pour articuler les normes de la responsabilité civile, il convient de rappeler, en pratique, de quelle manière leur coordination va s'opérer.

447. Résolution d'un concours de normes. Dès l'introduction, la complexification de la responsabilité civile a été mise en évidence, notamment par la présentation d'un cas d'espèce où de nombreuses normes sont en concours. Il est désormais temps de s'atteler à sa résolution en ayant recours aux deux principes susmentionnés.

Rappelons-en les termes : un mineur, conduisant un cyclomoteur, est surpris par un animal qui traverse la route. Il renverse un piéton. Parmi les nombreuses normes régissant la responsabilité civile extracontractuelle, au moins cinq d'entre elles sont en cause.

Le conducteur mineur peut être attrait en justice sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil (responsabilité du fait des choses), de la loi Badinter du 5 juillet 1985 (responsabilité du fait des accidents de la circulation) et de l'article 1382 du Code civil (responsabilité du fait personnel).

Le propriétaire de l'animal peut être poursuivi en vertu des dispositions de l'article 1385 du Code civil (responsabilité du fait des animaux), de l'article 1384, alinéa 1er (responsabilité du fait des choses) et de l'article 1382 (responsabilité du fait personnel).

Les parents de l'enfant conducteur peuvent être reconnus comme responsables sur le fondement de l'article 1384, alinéa 4, du Code civil (responsabilité des parents du fait de leurs enfants) et de l'article 1382 (responsabilité du fait personnel).

Le piéton intente une action en réparation. *Quid Juris* ?

Pour y répondre, il faut d'abord identifier la nature des divers concours en cause. S'agit-il de concours simples (un seul responsable est reconnu) ou de concours complexes (avec plusieurs responsables) ? Sont-ils structurels (les normes se trouvant dans une relation de spécialité) ou conjoncturels (les normes n'étant pas dans une relation de spécialité) ? Ensuite, il est impératif de faire usage du bon principe : le principe de subsidiarité ou le principe d'intérêt.

De prime abord, c'est la nature complexe du concours qui ressort puisque trois responsables sont reconnus. Or, selon ce que nous avons vu, le concours complexe

étant, le plus souvent, la fusion de plusieurs concours simples, il convient de commencer par qualifier et résoudre chacun des concours simples qui le composent.

448. Résolution des concours simples. Concernant le conducteur, il se trouve que le concours entre les dispositions de l'article 1384, alinéa 1er, et celles de la loi Badinter est un concours structurel simple. De fait, l'article 1384, alinéa 1er, principe général de responsabilité du fait des choses, est le genre dont la loi Badinter, responsabilité spéciale du fait des choses, est une des espèces. En outre, les deux textes désignent le conducteur comme seul responsable. Le principe de subsidiarité s'applique donc. La victime ne pourra alors agir que sur le fondement de la disposition la plus spéciale, à savoir la loi Badinter. En revanche, le concours entre les dispositions de cette loi et celles de l'article 1382 est un concours conjoncturel simple. En effet, les deux normes n'appartiennent pas au même genre de responsabilité. La loi Badinter est une norme spéciale de responsabilité du fait des choses alors que l'article 1382 est la règle générale de responsabilité du fait personnel. Le principe pertinent est alors le principe d'intérêt. Parmi les outils au service de l'articulation, c'est la hiérarchie, et plus précisément l'ordre public, qui doit être retenu. La loi Badinter étant d'ordre public, elle seule doit recevoir application quant aux débiteurs d'indemnisation qu'elle vise.

Du côté du propriétaire de l'animal, il n'existe pas de situation de concurrence entre les dispositions de l'article 1385 et celles de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil. Effectivement, nous avons relevé que, pour l'usage de la responsabilité du fait des animaux de l'article 1385, la jurisprudence n'a fait que transposer les conditions d'application et les causes d'exonération du gardien prévues pour l'article 1384, alinéa 1er.. De la sorte, il n'y a aucun risque de contrariété entre les normes. Le recours à l'un ou l'autre de ces articles est donc indifférent. Néanmoins, la jurisprudence continuant à faire prévaloir l'application de la disposition la plus spéciale, c'est en faveur de l'article 1385 que nous envisagerons la résolution du concours. Quant au concours entre cette disposition et l'article 1382, il ne s'agit pas d'un concours structurel, mais d'un concours conjoncturel simple, dans la mesure où l'article 1385 édicte une responsabilité du fait des choses tandis que l'article 1382 fixe un principe de responsabilité du fait personnel. Dans cette situation, le principe d'intérêt consiste à accorder un droit d'option à la victime. C'est donc elle qui déterminera celle des deux actions qui est la plus apte à la satisfaire. Or, si l'on se place du côté de la victime, il semble, en l'espèce, qu'il soit plus simple pour elle de s'en tenir à l'article 1385, puisque ce dernier ne nécessite pas la preuve de ce qu'une faute est à l'origine du fait dommageable.

Enfin, à propos des parents du mineur, la confrontation des articles 1384, alinéa 4, et 1382 du Code civil fait naître un concours conjoncturel simple, dans la mesure où les deux normes n'appartiennent pas au même genre de responsabilité : l'une est un cas de responsabilité du fait d'autrui, alors que l'autre est le principe

général de responsabilité du fait personnel. Par application du principe d'intérêt, une faculté d'option doit être à nouveau laissée à la victime. Il lui sera alors conseillé de s'appuyer sur l'article 1384, alinéa 4, pour faciliter la charge de la preuve à apporter, cette disposition ne nécessitant pas la preuve d'une faute de surveillance ou d'éducation de la part des parents.

Pour résumer, si l'on s'en tient au concours simple, on obtient le résultat suivant : contre le conducteur, c'est la loi Badinter qui s'applique ; contre le propriétaire de l'animal, l'article 1385 semble être le choix le plus opportun ; enfin, à l'encontre des parents, c'est sur l'article 1384, alinéa 4 que devrait se porter la préférence de la victime.

449. Résolution du concours complexe. La victime peut aussi décider de rechercher la responsabilité de plusieurs coresponsables ou de tous. Le concours devient alors complexe. En conformité avec le principe d'intérêt, la victime peut ici choisir entre tous les coresponsables individuellement, selon les termes prévus pour chacun d'entre eux, sans que l'on puisse lui imposer de poursuivre le conducteur sur le fondement de la loi Badinter. En effet, la nature d'ordre public de cette loi ne fait pas obstacle à l'usage des autres normes lorsque celles-ci désignent des responsables différents de ceux qu'elle identifie. Enfin, quel que soit le choix opéré par la victime, les coresponsables dont elle n'aurait pas engagé la responsabilité partageront la charge de la dette lors du recours en contribution.

450. Validité et opérabilité des principes. A l'issue de ce rapide cas pratique, il apparaît que les deux principes retenus sont réellement valides et opératoires. Effectivement, selon ce que nous avons vu dès l'introduction, la validité d'un principe s'observe, en premier lieu, à sa capacité de rendre compte d'un phénomène juridique existant et observable et, en second lieu, à sa capacité d'expliquer ou de fonder par ses critères les solutions adaptées à ces phénomènes. Quant à l'opérabilité d'un principe, elle tient à la reconnaissance par la doctrine, par le juge et par le législateur de son caractère pratique. Or, les deux principes retenus répondent à cette double exigence. D'une part, les principes directeur et correcteur rendent compte de la complexité de la responsabilité civile extracontractuelle et permettent d'y remédier. A l'aide des critères de spécialité et d'intérêt, ils offrent des solutions adaptées à la résolution des concours de normes : leur validité théorique est donc acquise. D'autre part, les deux critères sur lesquels reposent ces principes et les solutions qui leur correspondent sont à l'œuvre en droit positif. Sans doute n'ont-ils pas encore été consacrés en tant que tels, mais ils pourraient l'être dans un avenir proche, puisqu'ils sont d'ores et déjà sous-jacents dans certains décisions.

451. Extension de la méthode au-delà de la responsabilité civile. Si l'on s'est limité, pour les besoins de l'étude, à la responsabilité civile extracontractuelle, il est certain que l'articulation des normes n'est pas une problématique propre à la

matière. Dès lors, il est concevable que chaque fois qu'une combinaison de normes est en jeu, la méthode que nous avons proposée puisse être employée. Certes, la transposition de notre méthode d'articulation à d'autres matières exige d'y retrouver les caractéristiques principales de la responsabilité civile extracontractuelle : il convient, en particulier, qu'existe un rapport de spécialité entre les normes en concours. Mais, dans la mesure où la distinction entre le droit commun et le droit spécial n'est pas, loin s'en faut, l'apanage du droit de la responsabilité, on devrait trouver ailleurs d'autres terrains fertiles pour nos principes. Il nous reste à attendre que ces principes soient appliqués en droit positif.

Car finalement, comme l'écrivait le doyen Carbonnier, « *Tout n'est pas terminé, cependant, lorsque le produit juridique est arrivé au bord de sa promulgation(…). S'ouvre alors la phase de l'application, qui mobilise à ses fins une grande diversité d'acteurs pour de multiples formes d'action* »[1344].

[1344] J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996, p. 20.

BIBLIOGRAPHIE

I / TRAITES, MANUELS ET OUVRAGES GENERAUX :

ALLAND (D.) et RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, éd. Lamy, PUF, 2003.

AMSELECK (P.), *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, vol II, LGDJ, Bibliothèque de philosophie du droit, 1964.

ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de philosophie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2ème éd., 1993.

AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Introduction au droit et thèmes fondamentaux*, Sirey, Université, 13ème éd., 2010.

AUBRY (C.) et RAU (C.),
-*Droit civil français*, Librairie technique, T. 17ème éd., 1964.
-*Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, Librairies Marchal et Billard, T. 1, 6ème éd., 1936.
-*Cours de droit civil français*, 4ème éd., 1869-1876, t. IV.

AUBY (J-B.), AUBY (J.-F.) et NOGUELLOU (R.), *Droit des collectivités locales*, PUF, Thémis Droit public, 5ème éd., 2009.

AUDIT (B.), *Droit international privé*, Economica, 6ème éd., 2010.

BACACHE-GIBEILI (M.), *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, Droit civil, T. V., 1ère éd., 2007.

BEIGNIER (B.), BLANCHARD (B.) et VILLACEQUE (J.), *Droit et déontologie de la profession d'avocat,* LGDJ, Gazette du Palais, 2008.

BENABENT (A.), *Droit des obligations*, Montchrestien, Domat, Droit privé, 11ème éd. 2007.

BERGEL (J.-L.),
-*Méthodologie juridique*, PUF, Paris, 1ère éd., 2001.
-*Théorie générale du droit*, Dalloz, Méthode du droit, 4ème éd., 2003.

BLUMANN (C.) et DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Litec, 4ème éd., 2010.

BOULOUIS (J.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Montchrestien, Domat droit public, 6ème éd., 2007.

BRUN (Ph.), *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, Manuel, 2ème éd., 2009.

BUY (F.), MARMAYOU (J.-M.), PORACCHIA (D.) et RIZZO (F.), *Droit du sport*, LGDJ, Manuel, 2ème éd., 2009.

CABRILLAC (R.),
-*Introduction générale au droit,* Dalloz, Cours, droit privé, 9ème éd., 2011.
-*Droit des obligations*, Dalloz, Cours, droit privé, 9ème éd., 2010.
-*Les codifications*, PUF, Droit éthique, société, 2002.

CABRILLAC (R.) (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2012*, Lexis Nexis, 2011.

CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, Litec, Manuel, 6ème éd., 2009.

CAPITANT (H.), LEQUETTE (Y.) et TERRE (F.), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*, T. 2, Dalloz, 11ème éd. 2000.

CARBONNIER (J.),
-*Droit civil, les biens, les obligations*, PUF, Quadrige Manuels, vol. II, 1ère éd., 2004.
-*Droit civil, vol. I, Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2004.
-*Droit civil, introduction*, PUF, coll.Thémis, 27ème éd. refondue, 2002.
-*Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, 1996.
-*Essai sur les lois*, Répertoire du Notariat Defrénois, 2ème éd., 1995.

CLERGERIE (J.-L.), GRUBER (A.) et RAMBAUD (P.), *L'Union européenne*, Dalloz, Précis droit public et science politique, 8ème éd., 2010.

CHANTEBOUT (B.), *Droit constitutionnel,* Dalloz, Sirey, Université, 27ème éd., 2010.

CHEVREAU (E.), MAUSEN (Y.) et BOUGLE (C.), *Introduction historique au droit des obligations,* Litec, Objectif droit, 1ère éd., 2007.

COLLIARD (C.-A.) et LETTERON (R.), *Libertés publiques*, Dalloz,Précis droit public, 8ème éd., 2005.

CONSTANTIN (A.), *Droit des sociétés, droit commun et droit spécial des sociétés*, Dalloz, Mémento droit privé, 2010.

CORNU (G.),
-*Introduction au droit,* Montchrestien, Domat, Droit privé, 13ème éd. 2007.
-*Vocabulaire juridique*, PUF, Association Henri Capitant, 8ème éd. 2007
-*Droit civil, la famille*, Montchrestien, Domat, droit privé, 9ème éd., 2006.

DABIN (J.), *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969.

DE SAVIGNY (F.-C.), *Traité de droit romain*, Paris, Firmin Didot Frères, t. I, 1840.

DEJEAN DE LA BATIE (N.), *Droit civil français*, Responsabilité délictuelle, 1989, TVI-2, 8ème éd.
DELEBECQUE (P.) et PANSIER (F.-J.), *Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-délit*, Litec, Objectif droit, 5ème éd. 2009.

DE POULPIQUET (J.), *Responsabilité des notaires*, Dalloz référence, 2ème éd., 2009/2010.

DE VAREILLES-SOMMIERES (P.), LOUSSOUARN (Y.) et BOUREL (P.), *Droit international privé*, Dalloz, Précis, 9me éd., 2007.

DE VILLIERS (M.) et LE DIVELLEC (A.), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Sirey, 7ème éd., 2009.

DOMAT (J.), *Traité des loix civiles dans leur ordre naturel*, nouvelle édition par J. REMY, Paris, Alex-Gobelet, t. I, 1835.

DUQUESNE (F.), *Droit du travail*, Gualino éditeur, EJA., Manuels, 4ème éd., 2010.

FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN (R.), MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), PENA-SOLER (A.), PFERSMANN (O.), PINI (J.), ROUX (A.), SCOFFONI (G.) et TREMEAU (J.), *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Précis droit public, 5ème éd., 2009.

FAVOREU (L.), GAIA (P.), GHEVONTIAN (R.), MESTRE (J.-L.), PFERSMANN (O.), ROUX (A.) et SCOFFONI (G.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, Précis droit public, 13ème éd., 2010.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Les obligations, le fait juridique*, Sirey, Université, 13ème éd., 2009.

GAZZANIGA (J.-L.), *Introduction historique au droit des obligations*, PUF, Droit fondamental, 1ère éd., 1992.

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4ème éd., 1994.

GICQUEL (J.) et GICQUEL (J.-E.), *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Monchrestien, Domat Droit public, 24ème éd., 2010.

GIRARD (P.-F.), *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, 8ème éd., 1929, rééd. 2003.

GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile, droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, Précis droit privé, 30ème éd., 2010.

GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.), *Lexique des termes juridiques*, 18ème éd, Dalloz, 2011.

GUINCHARD (S.) et MOUSSA (T.), *Droit et pratique des voies d'exécution,* Dalloz, 6ème éd., 2009.

HALPERIN (J.-L.), *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Quadrige, PUF, 1ère éd., 2001.

HAMON (F.) et TROPER (M.), *Droit constitutionnel*, LGDJ, Manuel, 31ème éd., 2009.

LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 16ème éd., 1988.

LAMBERT-FAIVRE (Y.) et PORCHY-SIMON (S.), *Droit du dommage corporel, Systèmes d'indemnisation*, Dalloz, Précis droit privé, 6ème éd. 2009.

LAMBERT-FAIVRE (Y.) et LEVENEUR (L.), *Droit des assurances*, Dalloz, Précis Droit privé, 13ème éd., 2011.

LARROUMET (Ch.), *Droit civil, Introduction à l'étude du droit privé,* Economica, t. I, 5ème éd., 2006

LE BRAS (C.), LEFEBVRE (C.) et RAMBAUD (J.), « L'Age classique, 1140-1378. Sources et théorie du droit », *Histoire du droit et des institutions de l'Eglise en Occident*, Paris, Sirey, t. VIII,1965.

LEBRETON (G.), *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Sirey, Université, 8ème éd., 2009.

LE CORRE (P.-M.) et LE CORRE-BROLY (E.), *Droit du commerce et des affaires. Droit des entreprises en difficulté*, Sirey Université, 2ème éd., 2006.

LETOURNEAU (Ph.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2010/2011.

LEVY (J.-Ph.) et CASTALDO (A), *Histoire du droit civil*, Précis droit privé, Dalloz, 2ème éd., 2010.

MALAURIE (Ph.) et MORVAN (P.), *Introduction générale*, Defrénois, 3ème ed., 2009.

MALAURIE (Ph.) et FULCHIRON (H.), *La famille, Droit civil,* Defrénois, 3ème éd., 2009.

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), *Les obligations*, Defrénois, Droit civil, 4ème éd. 2009.

MALINVAUD (Ph.) *Introduction à l'étude du droit*, Litec, Manuels, 12ème éd. 2009.

MALINVAUD (Ph.) et FENOUILLET (D.), *Droit des obligations*, Litec, Manuels, 11ème éd., 2010.

MARKESINIS (B.-S.) et DEAKIN (S.-F.), *Tort law*, Clarendon press, Oxford, 3ème éd., 2008.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.), *Les biens*, Dalloz 5ème éd., 1998.

MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Montchrestien, Domat droit privé, 10ème éd., 2010.

MAZEAUD (A.), *Droit du travail*, Montchrestien, Domat droit privé, 7ème éd., 2010.

MAZEAUD (H.) et MAZEAUD (L.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuell*e, préface par H. Capitant, Montchrestien, 6ème éd. par A. Tunc, t. I, 1965.

MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.) et MAZEAUD (J.), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préface par H. Capitant, Montchrestien, 6ème éd. t. II, 1970.

MAZEAUD (H.), MAZEAUD (L.), MAZEAUD (J.) et CHABAS (F.) *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préface par H. Capitant, Montchrestien, 6ème éd. , t. III, 2nd vol., 1983.

NIBOYET (M.-L.) et DE GEOUFFRE de la PRADELLE (G.), *Droit international privé*, LGDJ, Manuel, 2ème éd., 2009.

OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, Dalloz, Précis, 1ère éd., 1999.

OURLIAC (P.) et GAZZANIGA (J.-L.), *Histoire du droit privé français de l'An mil au code civil*, Albin Michel, 1985.

PACTET (P.), *Institutions politiques, Droit constitutionnel*, Sirey, 28ème éd., 2009.

PELISSIER (J.), SUPIOT (A.) et JEAMMAUD (A.), *Droit du travail*, Dalloz, Précis droit privé, 25ème éd., 2010.

PEROCHON (F.) et BONHOMME (R.), *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, Manuel, 8ème éd., 2009.

PERROT (R.) et THERY (P.), *Procédures civiles d'exécution,* Dalloz, 2ème éd., 2005.

POUMAREDE (M.), *Droit des obligations,* Montchrestien, Cours, 2010.

REY (A.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2010.

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial*, Les sociétés commerciales, sous la direction de M. Germain, LGDJ, 19ème éd., t. I, vol. 2, 2009.

ROBERT (J.) et DUFFAR (J.), *Droits de l'Homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, Domat droit public, 8ème éd., 2009.

RODIERE (R.), *Cours de droit civil français de C. Beudant*, Rousseau, 2ème éd., t. IX bis, 1952.

ROLAND (H.), *Lexique juridique, expressions latines*, Litec, Objectif droit, 5ème éd., 2010.

ROLAND (H.) et (BOYER L.), *Adages du droit français*, Litec, 4ème éd. 1999.

SAVATIER (R.), *Traité de la responsabilité civile en droit français, civil, administratif, professionnel et procédural,* Préface de G. Ripert, t. I, Les sources de la responsabilité civile, 2ème éd. LGDJ, 1951.

STARCK (B.), ROLAND (H.) et BOYER (L.), *Introduction au droit*, Litec, 2003.

TERRE (F.), *Introduction générale au droit*, Dalloz, Précis, 8ème éd., 2009.

TERRE (F.) et SIMLER (Ph.), *Droit civil. Les biens*, Dalloz, Précis droit privé, 8ème éd., 2010.

TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil, les obligations*, Dalloz, Précis droit privé, 10ème éd. 2009.

VERPEAUX (M.) et CHALTIEL (F.), *Manuel de droit constitutionnel,* PUF, Droit fondamental, 2010.

VILLEY (M.), *Philosophie du droit*, Bibliothèque, Dalloz, 4ème éd., 1986, rééd., 2001.

VINEY (G.),
-*Introduction à la responsabilité*, *in* Traité de droit civil, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 3ème éd., 2008.
-*L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation*, LGDJ, 1992.

VINEY (G.), JOURDAIN (P.),
-*Les conditions de la responsabilité, in* Traité de droit civil, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 3ème éd., 2006.
-*Les effets de la responsabilité*, *in* Traité de droit civil, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 3ème éd., 2010.

ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (Th.), *Les biens*, PUF, 3ème éd., 2008.

II/ THESES, COURS ET OUVRAGES SPECIAUX :

ALBIGES (C.), *De l'équité en droit privé*, préface de R. Cabrillac, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 329, 2000.

ARISTOTE, *Rhétorique*, Librairie générale française, 1991.

BORGHETTI (J.-S.), *La responsabilité du fait des produits, Etude de droit comparé*, préface de G. Viney, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 428, 2004.

BOUTONNET (M.), *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préface de C. Thibierge LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 444, 2005.

BOSKOVIC (O.), *La réparation du préjudice en droit international privé,* préface de P. Lagarde, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 407, 2003.

BRAULT (Ph.), RENAUDINEAU (G.) et SICARD (F.), *Le principe de subsidiarité,* Etudes de la documentation française, Paris, 2005.

BRUNET (Ch.), *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, Thèse Paris 1973.

BUREAU (D.), *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Université Panthéon-Assas, Paris II, 1992.

BUSSY-DUNAUD (F.), *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties. L'étendue de la faculté de choix du plaideur,* préface de J. Ghestin, Bibliothèque de droit privé, t. 201, LGDJ, 1988.

CARVAL (S.), *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préface de G. Viney, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 250, 1995.

CLERC-RENAUD (L.), *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, sous la direction de Ph. Brun, Université de Savoie, 2006.

CLERGERIE (J.-P.), *Le principe de subsidiarité*, Le droit en question, Ellipses, 1997.

CRUCIS (H.-M.), *Les combinaisons de normes dans la jurisprudence administrative français. Contribution à l'étude du pouvoir normatif du juge de l'excès de pouvoir*, préface de R. Hostiou, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t. 161, 1991.

DE BOÜRD (F.), *La dépendance économique née des contrats d'intégration et le droit des obligations*, préface de G. Viney, Coll. Paris I, 2005.

DELCAMP (A.), *Définition et limites du principe de subsidiarité*, ouvrage rédigé pour le Comité Directeur des autorités locales et régionales du Conseil de l'Europe, *in* Communes et régions d'Europe, n°55, Conseil de l'Europe, 1994.

DEL-CONT (C.), *Propriété économique, dépendance et responsabilité*, éd. L'Hamartan, 1997.

DELMAS-MARTY (M.),
-*Pour un droit commun*, Seuil 1994.
-*Le relatif et l'universel*, Seuil DL 2004.

DELORS (J.), *Discours au collège d'Europe,* Bruges 1998.

DEPADT-SEBAG (V.), *La justification du maintien de l'article 1386 du code civil*, préface de J. Huet, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 344, 2000.

DE PAGE (H.), *A propos du gouvernement des juges, l'équité en face du droit,* Paris, Sirey, Bruxelles, Bruyant 1931.

FASSIO (G.), *L'autorité, procès régulateur de l'organisation*, Université de Rennes I, Service de reproduction des thèses de l'université des sciences sociales de Grenoble, 1979.

GANNAGE (L.), *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Etude de droit international privé de la famille*, préface de Y. Lequette, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 353, 2001.

GARAUD (E.), *La transparence en matière commerciale*, sous la direction de J.-P. Marguenaud, Limoges, 1995.

GENY (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, préface de R. Saleilles, LGDJ, 2ème éd., 1954.

GOETHE (J.-W.), *Sentences en prose*, 1870.

GOLDIE-GENICON (C.), *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, préface de Y. Lequette, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 509, 2009.

GOUBEAUX (G.), *La règle de l'accessoire en droit privé*, préface de D. Tallon, LGDJ, 1969.

GRARE (C.), *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préface de Y. Lequette, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, vol. 45, 2005.

GUEGAN-LECUYER (A.), *Dommages de masse et responsabilité civile*, préface de P. Jourdain, LGDJ., Bibliothèque de droit privé, t. 472, 2006.

HAMILTON (E.), *La mythologie*, Marabout université, 1989.

HUGUENEY (L.), *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Paris, A. Rousseau, 1904.

HUSSON (L.), *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Dalloz, 1974.

JAULT (A.), *La notion de peine privée*, préface de F. Chabas, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 442, 2005.

JARROSSON (Ch.), *La notion d'arbitrage*, préface de B. Oppetit, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 398, 1987

JEAMMAUD (A.), *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Université Jean Moulin, Lyon III, 1975.

KELSEN (H.),
-*Théorie générale des normes*, PUF, Léviathan, 1996.
-*Théorie pure du droit*, Philosophie du droit, Dalloz, 1962.

KOURILSKY (P.) et VINEY (G.), *Le principe de précaution,* rapport au Premier ministre, La documentation française, éd. O. Jacob, 2000.

LAFAY (F.), *La modulation du droit par le juge. Etude de droit privé et sciences criminelles*, PUAM, 2006.

LEBEAU (M.), *De l'interprétation stricte des lois. Essai de méthodologie*, sous la direction de P.-Y. Gautier, Paris II, 2007.

LEHOT (M.), *Le renouvellement des sources internes du droit et le renouveau de la responsabilité civile*, sous la direction de D. Mazeaud, Université du Maine, 2001.

LEFEBVRE (C.), *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, Paris, Sirey, 1938.

LOURAU (R.), *Le principe de subsidiarité contre l'Europe*, PUF, La politique éclatée, 1997.

MAILLOT (J.-M.), *La théorie administrative des principes généraux du droit, continuité et modernité,* préface de J.-L. Autin, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, vol. 26, 2003.

MANAI (D.), *Le juge entre la loi et l'équité. Essai sur le pouvoir d'appréciation du juge en droit suisse*, préface de J.-F. Perin, Lausanne, Payot, 1985.

MARKOVITCH (B.-S.), *Essai sur les rapports entre la notion de justice et l'élaboration du droit privé positif*, Thèse, Paris 1930.

MARKOVITS (Y.), *La directive CEE du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, préface de J. Ghestin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 211,1990.

MAZABRAUD (B.), *La peine privée, aspects de droit interne et international,* Thèse Paris II, 2006.

MAZIERE (P.), *Le principe d'égalité en droit privé*, préface de B. Teyssié, PUAM., 2003.

MEKKI (M.), *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préface de J. Ghestin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 411, 2004.

MENDEL (G.), *Une histoire d'autorité, Permanences et variations*, La Découverte/Poche, n° 146, 2003.

MEYER (N.), *L'ordre public en droit du travail, contribution à l'étude de l'ordre public en droit privé,* préface de J. Pelissier, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 461, 2006.

MICHEL (V.), *Recherches sur les compétences de la Communauté*, L'Harmattan, préface Ph. Manin, 2003.

MICHELET (E.), *La règle du non cumul du possessoire et du pétitoire*, préface de R. Perrot, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 130, 1973.

MILLON-DELSOL (C.), *L'Etat subsidiaire*, Léviathan, PUF, 1992

MOIZARD (N.), *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée, l'exemple du droit français*, préface de R. Rodière, PUAM., 2000.

MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, préface de J.-L. Sourioux, éd. Panthéon Assas, LGDJ, 1999.

MOTULSKY (G.), *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préface de P. Roubier, Dalloz, 2002.

MUCCHIELLI (R.), *Psychologie de la relation d'autorité*, Entreprise moderne d'édition, Librairies techniques, E.S.F., 1978.

NAJJAR (I.), *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, préface de P. Raynaud, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 85, 1967.

NEYRET (L.), *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, préface de C. Thibierge, LGDJ, Bibliothèque de droit privé t. 468, 2006.

OST (F.) et VAN DEKERCHOVE (M.),
-*De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL., Bruxelles, 2002.
-*Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Les voies du droit, 1988.

POUMAREDE (M.), *Régimes de droit commun et régimes particuliers de responsabilité civile*, sous la direction de C. Saint-Alary-Houin, Toulouse I, 2003.

RASCHEL (L.), *Le droit processuel de la responsabilité civile*, préface de L. Cadiet, éd. IRJS, Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne, tome 25, 2010.

REVAULT-D'ALLONES (M.), *Le pouvoir des commencements, essai sur l'autorité*, Seuil, 2006.

RIPERT (G.),
-*La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4ème éd. 1949.
-*Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949.

ROBINEAU (M.), *Contribution à l'étude du système responsabilité. Les potentialités du droit des assurances*, préface de M.-L. Demester, Défrénois, Doctorat et notariat, 2006.

RODIERE (P.), *La convention collective de travail en droit international privé. Contribution à l'étude des normes juridiques de source professionnelle*, Litec, vol. 13, 1987.

SAINTOURENS (B.), *Essai sur la méthode législative : droit commun et droit spécial*, sous la direction de J. Derruppe, Bordeaux I 1986.

SAUPHANOR (N.), *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, préface de J. Ghestin, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 326, 2000.

SAVAUX (E.), La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?, préface de J.-L. Aubert, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 264, 1997.

STARCK (B.), *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée,* préface de M. Picard, éd. L. Rodstein, 1947.

TAYLOR (S.), *L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux, Etude comparative du droit anglais et du droit français*, préface de G. Viney, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 319, 1999.

TRAULLE (J.), *L'éviction de l'article 1382 du code civil en matière extracontractuelle*, préface de P. Jourdain, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 477, 2007.

VACHET (G.), *Les conflits entre conventions collectives en droit français*, Université Jean Moulin, Lyon III, 1977.

VAN DE KERCHOVE (M.) et OST (F.),
-*De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL., Bruxelles, 2002.
-*Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Les voies du droit, 1988.

VIRALLY (M.), La pensée juridique, LGDJ, éd. Panthéon Assas, Les introuvables, 2010.

III/ ARTICLES ET CHRONIQUES :

AMIEL (C.), « Principe de subsidiarité : définitions, sources, application », *Europe*, 1994, p. 39.

AMRANI-MEKKI (S.), « Le droit processuel de la responsabilité civile », *in Etudes offertes à G. Viney*, LGDJ. 2008, p. 1.

ANCEL (J.-P.),
-« Les conceptions générales de la matière : rôles respectifs de la loi et du juge en matière de responsabilité civile, responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle » in *Colloque de clôture*, séminaire du GRERCA du 13 mai 2011, http://grerca.univ-rennes1.fr.
-« La protection des droits de la personne dans la jurisprudence de la Cour de cassation », *in La protection de la personne, rapport de la Cour de cassation*, La documentation Française, 2000, p. 55.

ARBOUSSET (H.), « L'amiante : la création d'un fonds d'indemnisation pour canaliser une « bombe à retardement », RRJ 2001, p. 873.

ATIAS (C.), « Quelle positivité ? Quelle notion de droit », *in "Sources" du droit*, APD, t. VIII, Sirey 1982, p. 209.

AUBERT (J.-L.), BANDRAC (M.), BRETON (A.), CARBONNIER (J.), CORNU (G.), GOBERT (M.), TERRE (F.) , TUNC (A.) et ZENATI (F.), « La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée », *RTD. civ.* 1992, p. 337.

AUVRET (P.),
-« L'équilibre entre la liberté de la presse et le respect de la vie privée selon la Cour européenne des droits de l'homme », *GP.* mars/avril 2005, p. 879.
-« Droit de la presse », Fasc. 10, *Litec* 1996, (dir.) J.-H. Robert, n°15.

AYISSI MANGA (E.), « Préposé et responsabilité », *RRJ* 2000-2, p. 715.

AZZI (T.),
-« La responsabilité des nouvelles plates-formes : éditeur, hébergeurs ou autre voie ? », *in Contrefaçon sur Internet : les enjeux du droit d'auteur sur le web 2.0*, Lexis-Nexis, Litec, col. IRPI, n° 33, 2009, p. 59.
-« La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon. Présentation générale », *in La lutte contre la contrefaçon, D*. 2008, p. 700.
-« Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD. civ.* 2007, p. 227.

BACACHE-GIBEILI (M.),
-« Indemnisation des contaminations par les virus du HIV et de l'hépatite C », *RTD. civ.* 2010, p. 386
-« Choses de la vie-Légistique », *RTD. civ*. 2010, p. 160.
-« Réparation de l'accident médical : la solidarité nationale au secours de la responsabilité civile », *D*. 2010, p. 1119.
-« La loi n° 98-398 du 19 mai 1998, 10 ans après », *Resp. civ. Ass*. 2008, étude n° 7
-« Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance », *D.* 2008, p. 1908.

-« Office du juge et la responsabilité civile », *Mélanges J. Héron*, LGDJ. 2008, p. 23.

BAKOUCHE (D.), « L'abandon de la condition relative à la responsabilité de l'auteur du dommage est-il cantonné à la seule responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs ? », *JCP. G*. 2011, p. 519.

BAQUE (L.), « Les recours entre coauteurs d'un accident de la circulation : quinze ans de jurisprudence », *LPA.* 25 juillet 2000, n° 147, p. 4.

BATTIFOL (H.), « Question de l'interprétation juridique », *in L'interprétation dans le droit*, APD t. XVII, Sirey, 1972, p. 21.

BECQUE (E.), « Coexistence ou incompatibilité des présomptions légales en matière de responsabilité civile », *RTD. civ*. 1952, p. 309.

BEHAR-TOUCHAIS (M.),
-« Nouvelles orientations en matière de responsabilité du fait d'autrui. A propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 29 mars 1991 », *RJDA,* 1991, p. 487.
-« Le fondement des recours contributoires entre conducteurs ou propriétaires de véhicules co-impliqués dans un accident de la circulation », *JCP. G*. 1988, I. 3339.

BEIGNIER (B.), « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs. Les principes généraux du droit et la procédure civile », *in Le droit privé français à la fin du XX*ème *siècle,* Etudes offertes à P. Catala, Litec 2001, p. 153.

BENAC-SCHMIDT (F.) et LARROUMET (Ch.), « Responsabilité du fait des bâtiments », *in Répertoire civil*, *Dalloz*, n° 48.

BERGE (J.-S.), « La responsabilité professionnelle du fait personnel : de la déloyauté au parasitisme », *LPA.* 11 juillet 2001, p. 78

BIGOT (J.),
-« Le champ d'application de l'article 1382 du code civil en matière de presse », *in Liberté de la presse et droit de la personne*, Dalloz 1997, Thèmes et Commentaires, (dir.) J.-Y. Dupeux et A. Lacabarats, p. 61.
-« Les trois lectures de la loi Badinter », *JCP. G.* 1987, I. 3278.

BLANDIN (G.), « Interrogations sur les lois nouvelles », *in La loi*, *Bilan et perspectives*, Economica, coll. Etudes juridiques, vol. 22, 2005, (dir.) C. Puigelier, p. 17.

BLOCH (C.),
-« Définition de la faute », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (dir) F. Terré, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 101.
-« Responsabilité des personnes dépourvues de discernement », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (dir) F. Terré, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 115.

BLOCH (C.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.), « La cessation de l'illicite », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (dir) F. Terré, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 87.

BOBBIO (N.),
-« Kelsen et les sources du droit », *in " Sources" du droit,* APD, t. VIII, Sirey 1982, p. 135.
-« Des critères pour résoudre les antinomies », *in Les antinomies en droit*, Travaux du centre national de recherches juridiques, (dir.) Ch. Perelman, E. Bruylant, Bruxelles, 1965, p. 237.
BOCQUILLON (F.), « Que reste t-il du « principe de faveur » ?, *Dr. soc.* 2001, p. 255.

BONNECHERE (M.), « La loi, la négociation collective et l'ordre public en droit du travail : quelques repères », *Dr. Ouvrier* 2001, p. 411.

BORE (J.),
-« La responsabilité des parents pour le fait des choses ou des animaux dont leur enfant mineur à la garde », *JCP. G.* 1968, I. 2180.
-« Le cumul de la responsabilité du fait personnel et de la responsabilité du fait des choses », *JCP. G.* 1965, I. 1961.

BORGHETTI (J.-S.),
-« La responsabilité du fait des produits défectueux s'invite au Conseil d'Etat », *D.* 2011, p. 213.
-« De la causalité », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (dir) F. Terré, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 143.
-« Des principaux délits spéciaux », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (dir) F. Terré, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 163.
-« La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD. civ.* 2010, p. 1
-« Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle » *in Etudes offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 145.

BOSKOVIC (O.),
-« L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II », *D.* 2009, p. 1639.

-« La protection de la partie faible dans le règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2175.
-« Les dommages et intérêts en droit international privé. Ne pas manquer une occasion de progrès », *JCP. G.* 2006 I 163.

BOULANGER (F.), « Autorité parentale et responsabilité des père et mère des faits dommageables de l'enfant mineur après la réforme du 4 mars 2002. Réflexions critiques », *D.* 2005, chr., p. 2245.

BOULANGER (J.), « Principes généraux du droit et droit positif », *in Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, Mélanges G. Ripert, LGDJ, 1950, t. I, p.51.

BOUTARD-LABARDE (M.-C.), « L'ordre public en droit communautaire », *in L'ordre public à la fin du XX*ème*siècle,* Thèmes et commentaires, Dalloz 1996, p. 83.

BORE (J.), « Le cumul de la responsabilité du fait personnel et de la responsabilité du fait des choses », *JCP. G*. 1965, I. 1961.

BRAIVE (G.), « L'historien et l'équivocité du concept d'intérêt. Aspects critiques et sémantiques », *in Droit et intérêt*, vol. 1, Approche interdisciplinaire, (dir.) Ph. Gerard, F. Ost et M. Van De Kerchove, Publications des Facultés universitaires de Louvain, 1990, p. 25.

BRUN (Ph.),
-« De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses. Et de quelques autres considérations sur ses prétendues répercussions négatives en droit des obligations », *RTD. civ*. 2010, p. 487.
-« La responsabilité du fait d'autrui. Synthèse comparative », in *La place de la responsabilité objective,* séminaire du GRERCA des 27 et 28 novembre 2009, http://grerca.univ-rennes1.fr.
-« Entre responsabilité et solidarité. Aspects juridiques », *GP*. avril 2008, p. 7.
-« Avant-projet de réforme du droit des obligations : le fait d'autrui, présentation sommaire », *RDC.* 2007, p. 103.
-« 20 ans d'application de la loi sur l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation : esquisse d'un bilan », *Lamy droit civil*, 2006, p. 63.
-« La constitutionnalisation de la responsabilité pour faute », *Resp civ., Ass*. 2003, p. 37.
-« La directive du 25 juillet 1985, le législateur français et la commission européenne : propos désabusé sur la réalisation d'un marché de dupes », *in Mélanges B. Dutoit,* Librairie Droz, Genève, 2002, p. 21.
-« Le droit au présent et l'équité au futur », *Resp. civ., Ass*. 2002, p. 13.
-« La mise en œuvre de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés », *in Dossier sur les professionnels face au droit de la responsabilité*, Dr. et pat. janvier 2001, p. 52.

-« Rapport introductif », *in La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle. Bilan prospectif,* Resp. civ. Ass., n° spécial, juin 2001, chr. n° 1.
-« L'évolution des régimes particuliers de responsabilité du fait d'autrui », *Resp. civ. Ass.,* n° spécial, novembre 2000, p. 10.

BRUNET (A.), « La régulation juridique des questions environnementales et le principe de subsidiarité », *GP.* mai-juin 2004, p. 1705.

BUREAU (D.), « Les conflits de conventions », Travaux du comité français de droit international privé 1999-2000, *A Pedonne*, 2001, p. 201.

CADIET (L.),
-« Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de réparation », *in Le juge entre deux millénaires,* mélanges P. Drai, Dalloz, 2000 p. 495.
-« Les métamorphoses du préjudice », *in les métamorphoses de la Responsabilité*, PUF 1997, p. 37.

CALAIS-AULOY (J.), « Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel », *D.* 2002, chr., p. 2458.

CAMMILLERI (A.), « De la démystification juridique à l'ambiguïté politique de la subsidiarité », *Act. comm*., 1993, p. 7.

CANIVET (G.) « Les fondements constitutionnels du droit de la responsabilité civile, essai de pragmatique jurisprudentielle », Etudes offertes à G. Viney, *LGDJ,* 2008, p. 213.

CARBONNIER (J.),
-« Le Code civil », *in Livre du bicentenaire du code civil*, Dalloz/Litec, 2004, p. 17.
-« Exorde », *in L'ordre public à la fin du XX*^{éme}*siècle*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, p. 1.
-« Le silence et la gloire », *D*. 1951, chron. p. 119.

CARON (C.), « L'articulation de l'action en contrefaçon et de l'action en concurrence déloyale ou parasitisme », *JCP. G*. 2010, p. 235.

CARVAL (S.), « Un intéressant hybride : la responsabilité environnementale de la loi n° 2008-757 du 1er août 2008 », *D.* 2009, chr. p. 1652.

CASSIA (P.), « La sécurité juridique, un « nouveau » principe général du droit aux multiples facettes », *D.* 2006, chr., p. 1190.

CASSON (P.),
-« Le subsidiaire et le droit privé », *RRJ.* 2001-1, p. 143.
-« La communication d'incendie : Une législation en attente d'abrogation », *LPA.* 15 juillet 1996, p. 20.

CATALA (P.), « A propos de l'ordre public », *in Le juge entre deux millénaires,* mélanges P. Drai, Dalloz 2000, p. 511.

CATTAN (A.), « Assiste t-on à une extension croissante de la responsabilité des constructeurs ? », *GP.* 15-16 mars 2000, p. 2.

CAUDAL (S.), « Rapport introductif », *in Les principes en droit*, (dir.) S. Caudal, Economica, Etudes juridiques, n° 30, 2008, p. 1.

CESARO (J.-F.), « L'articulation de la norme interne et de la norme internationale », conférence du 6 mai 2011, dans le cadre du cycle de conférences sur le thème de *l'articulation des normes en droit du travail* organisé par le laboratoire de droit social de l'Université Panthéon-Assas. Cycle de conférences à paraître chez Economica en octobre 2011.

CHABAS (F.),
-« La loi du 19 mai 1998 et le droit commun », *GP.* 8 mai 1999, doct. p. 565.
-« Brèves remarques complémentaires sur la notion d'implication et son rôle », *GP.* 22 avril 1986, p. 262.
-« Notion et rôle de l'implication du véhicule au sens de la loi du 5 juillet 1985 », *GP.* 4 février 1986, p. 64.

CHAKIRIAN (L.), « Vers une redéfinition du principe de subsidiarité de l'action *de in rem verso* », *RRJ* 2000-4, p. 1407.

CHALARON (Y.), « L'application de la disposition la plus favorable », *in Les transformations du droit du travail,* Etudes offertes à G. Lyon-Caen, Dalloz, 1989, p. 243.

CHAMAGNE (C.), « Les diffamations et injures envers la mémoire des morts : perspectives d'évolution de l'article 34 de la loi du 29 juillet 1881 », *Légicom* mars 2002, n° 28, p. 35.

CHAPUS (R.),
-« De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *D.* 1966, chr., p. 99.
-« De la soumission au droit des règlements autonomes », *D.* 1960, chr., p. 119.

CHARPENTIER (J.), « Quelle subsidiarité ? », *in Europe, de la Communauté à l'Union*, Pouvoirs, n° 69, Seuil, 1994, p. 49.

CHAZAL (J.-P.), « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *in Etudes de droit de la consommation,* Mélanges en l'honneur de J. Calais-Auloy, Paris, Dalloz, 2004 p. 279.

CHEVALLIER (J.), « L'ordre juridique », *in Le droit en procès*, J. Chevallier et D. Loschak, Travaux du C.U.R.A.P.P., PUF 1983, p. 7.

CONSTANTINESCO (V.),
-« Les compétences et le principe de subsidiarité », *RTD. europ*. 2005, p. 305.
-« Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne ? », *in L'Europe et le droit,* Mélanges en hommages à J. Boulouis, Dalloz, 1991, p. 35.

CONTE (Ph.), « Le législateur, le juge, la faute et l'implication (la fable édifiante de l'autonomie de la loi du 5 juillet 1985) », *JCP. G*. 1990, I. 3471.

CORGAS-BERNARD (C.), « Le préjudice d'angoisse consécutif à un dommage corporel : quel avenir ? », *Resp. civ. Ass*., avril 2010, p. 5**.**

CORNU (G.), «Les principes directeurs du procès civil (fragments d'un état des questions) », *Etudes offertes à P. Bellet,* Paris, Litec, 1991, p. 88.

CORNUT (E.), « Quand les phases du jeu sportif commandent une approche casuistique de la garde commune », *D.* 2005, J., p. 2435.

COSTES(L.), « Hébergeurs, prestataires Internet … entre responsabilité de droit commun et irresponsabilité conditionnelle ? », *Lamy droit de l'immatériel* 2009/47, p. 77.

COTE (P.-A.), « L'interprétation de la loi en droit civil et en droit statutaire : communauté de langue et différences d'accents », *RJT*. 1997, p. 45.

COURSIER (P.), « Conflit de lois et normes impératives locales du travail », *TPS.* 2003, p. 6.

COURTIEU (G.), « Communication d'incendie : une loi à éteindre », *GP.* 1995, I, p. 610.

CREDOT (F.-J.) et GERARD (Y.), « La loi nouvelle de sauvegarde des entreprises limite la responsabilité des créanciers pour soutien abusif », *RD banc. et fin.* sept.-oct. 2005, p. 10.

CREMIEUX (M.), « Réflexions sur la peine privée moderne », *Etudes P. Kayser*, PUAM., 1979 p. 201.

CRISTAU (A.), « L'exigence de sécurité juridique », *D.* 2002, doct., p. 2814.

DAIGRE (J.-J.), « Une évolution jurisprudentielle bienvenue, le non cumul de l'action en comblement de passif et des actions en responsabilité de droit commun », *Bull. Joly Soc*. 1995, p. 953.

DAMANN (R.), « La situation des banques titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et droit* sept-oct. 2005, p. 16.

DAVID (C.), « Le principe de subsidiarité ; droits privé et fiscal français et droit communautaire », *in Droit et vie des affaires*, Etudes à la mémoire d'A. Sayag, Litec 1997, p. 205.

DE GREUILLE (B.), « Rapport au tribunal », *Rec. Fenet*, t. XIII, p. 474.

DEGRYSE (C.), « Subsidiarité », *Dictionnaire de l'Union européenne*, De Boeck, 3ème éd., 2007.

DEGUERGUE (M.), « Y a-t-il une "subsidiarisation" dans le droit de la responsabilité administrative », *in Actes du colloque : vers de nouvelles normes en droit de la responsabilité publique* », Palais du Luxembourg, 11 et 12 mai 2001, p. 1.

DEHOUSSE (R.), « Réflexions sur la naissance et l'évolution du principe de subsidiarité », *in Le principe de subsidiarité*, (dir.) F. Delpérée, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, XXXVII, LGDJ/ BRUYLANT, 2002, p. 361.

DE LAMY (B.), « Les tribulations de l'article 1382 du code civil au pays de la liberté d'expression », *in* mélanges en l'honneur de Ph. Le Tourneau, *Dalloz* 2008, p. 275.

DELCAMP (A.), « Droit constitutionnel et droit administratif. Principe de subsidiarité et décentralisation », *RFDC*. 1995, p. 609.

DELMAS-MARTY (M.), « Réinventer le droit commun », *D.* 1995, chr, p. 1.

DELORS (J.), « Le principe de subsidiarité: contribution au débat », *in Subsidiarité: défi du changement*, Institut Européen d'Administration Public, Maastricht, Acte du colloque J. Delors, 21 et 22 mars 1991, p. 7.

DEPREZ (J.), « Rattachements rigides et pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination de la loi applicable au contrat de travail international (article 3, 6 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980) », *Dr. soc.* 1995, p. 323.

DERIEUX (E.), « Immunités procédurales des médias », *LPA.* 16 juillet 2003, p. 21.

DEROSIER (J.-Ph.), « La dialectique centralisation/décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *RIDC* 2007, p. 107.

DESIDERI (J.-P.), « La précaution en droit privé », *D.* 2000, chr. p. 238.

DESNOYER (C.), « La résolution des conflits entre le droit du divorce et le droit des procédures collectives », *RRJ* 2001-4, p. 1507.
DEUMIER (P.), « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *in La création du droit par le juge*, APD t. 50, Dalloz, 2006, p. 49.

DE VILLIERS (M.) « Principe », *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Armand Colin, 5ème éd. 2005.

DRAKIDIS (P.), « La "subsidiarité ", caractère spécifique et international de l'action d'enrichissement sans cause », *RTD. civ*. 1961, p. 577.

DREIFUSS-NETTER (F.), « Observations hétérodoxes sur la question du préjudice de l'enfant victime d'un handicap congénital non décelé pendant la grossesse », *Médecine et droit*, 2001, p. 1.

DREYER (E.), « Disparition de la responsabilité civile en matière de presse », *D.* 2006, doct., p. 1337.

DUPEYROUS (H.), « Sur la généralité de la loi », *in Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 137.

DURRY (G.), « L'exclusion de l'article 1384, alinéa 1er par l'article 1386 », *RTD. civ.* 1975, p. 314.

DUTOIT (B.) et MAJOROS (F.), « Le lacis des conflits de conventions en droit privé et leurs solutions possibles », *RC. DIP.* 1984, p. 565.

ESMEIN (P.), « Trois problèmes de responsabilité civile. Causalité -concours des responsabilités -conventions d'irresponsabilités », *RTD. civ*. 1934, p. 333.

ESPER (C.), « La responsabilité des hôpitaux publics et de l'Etat liée à la transfusion sanguine », *GP.* 11-12 janvier 1995, p. 11.

EUDIER (F.), « La nature du pouvoir du juge de rectifier un fondement juridique inadéquat invoqué par le demandeur », *D.* 1996, p. 247.

FABRE-MAGNAN (M.), « Avortement et responsabilité médicale », *RTD. civ*. 2001, p. 285.

FAUVARQUE-COSSON (B.), « L'ordre public », *in Livre du bicentenaire du code civil*, Dalloz, Litec, 2004, p. 473.

FENOUILLET (D.), « Pour une humanité autrement fondée », *Dr. fam*. 1er avril 2001, p. 4.

FERAL (P.-A.),
-« Le principe de subsidiarité après la signature du traité établissant une Constitution pour l'Europe », *AJDA* 2004, p. 2085.
-« Le principe de subsidiarité après le Traité d'Amsterdam », *RRJ* 1998-3, p. 1063.

FEUERBACH-STEINLE (M.-F.), « De l'opportunité de la suppression de l'alinéa 2 de l'article 1384 du code civil », *JCP. N*. 1993, I., p. 38.

FONBAUSTIER (L.), « Les nouvelles orientations du principe de responsabilité environnementale sous la dictée du droit communautaire. A propos de la loi du 1er août 2008 », *JCP. G*. 2008, I. 544.

FORIER (P.),
-« Réflexion sur l'équité et la motivation des jugements », *in La pensée juridique de P. Forier*, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 231.
-« Les lacunes du droit », *in Le problème des lacunes en droit*, Travaux du Centre national de recherches de logique, Etudes publiées par Ch. Perelman, Bruylant 1968, p. 9.

FRAISSE (R.), « Quelle est la portée du "principe de subsidiarité" ? », *DA* 2005, p. 21.

FRANÇOIS (J.), « Fait générateur de la responsabilité du fait d'autrui : confirmation ou évolution ? », *D.* 2007, chr., p. 2408.

GARNIER (J.), « De l'arrêt Teffaine aux arrêts Jand'heur », *in La responsabilité du fait des choses, réflexions autour d'un centenaire*, (dir.) F. Leduc, Economica, 1997, p. 25.

GASSIN (R.), « Lois spéciales et droit commun », *D.* 1961, chr., p. 91.

GAUDEMET (J.), « Du *ius commune* au droit communautaire », *in Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 1011.

GAUDEMET (Y.), « Libres propos sur la subsidiarité, spécialement en Europe », *in Mélanges P. Amselek*, Bruylant 2005, p. 314.

GAUDEMET-TALON (H.), « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple de la Convention de La Haye) », *in L'internationalisation du droit,* Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn, Dalloz 1994, p. 181.

GAUTIER (P.-Y.),
-« De l'éventuel "rôle actif" des opérateurs internet dans la réalisation du dommage (qualifications de responsabilité civile) », *D.* 2011, p. 2054.
-«Fonction normative de la responsabilité civile : le contrefacteur peut être condamné à verser au créancier une indemnité contractuelle par équivalent », *in La lutte contre la contrefaçon, D.* 2008, p. 727.

GEROSA (B.), « Un nouveau rôle pour le banquier face aux entreprises en difficulté, *LPA.* 17 février 2006, p. 94.

GHESTIN (J.),
-« Le nouveau titre IV bis du livre III du code civil "de la responsabilité du fait des produits défectueux", l'application française dela directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux après l'adoption de la loi 98-389 du 19 mai 1998 », *JCP. G*. 1998, I.148.
-« La directive communautaire du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux », *D*. 1986, chr. p. 135.

GOBERT (M.), « Réflexions sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD. civ.* 1992, p. 490.

GODDING (P.), « L'interprétation de la loi dans le droit savant médiéval et dans le droit des Pays Bas méridionaux », *in L'interprétation en droit, approche pluridisciplinaire*, (dir.) M. Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 433.

GOUT (O.),
-« L'abus de fonction du préposé : entre doutes et certitudes », *D.* 2011, p. 1938.
-« Le droit français positif et prospectif de la responsabilité du fait d'autrui », *in La place de la responsabilité objective*, séminaire du GRERCA des 27 et 28 novembre 2009, http://grerca.univ-rennes1.fr.
-« La diversité des systèmes d'indemnisation », *Lamy droit civil* 2004 p. 55.

GRANET (F.), « Perturbations dans la hiérarchie des normes juridiques », *in Le droit privé français à la fin du XX*ème *siècle*, études offertes à P. Catala, Litec, 2001, p. 41.

GRARE-DIDIER (C.),
-« Du dommage », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (dir) F. Terré, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 131.
-« Des causes d'exclusion ou d'exonération de la responsabilité », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (dir) F. Terré, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 185.

GRETSCHMANN (K.), « Le principe de subsidiarité : quelles responsabilités à quel niveau de pouvoir dans une Europe intégrée ? » *in Subsidiarité: défi du changement*, Institut Européen d'Administration Public, Maastricht, Acte du colloque J. Delors, 21 et 22 mars 1991, p. 49.

GRIDEL (J.-P.),
-« La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002, chr., p. 228.
-« La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé (suite et fin)», *D.* 2002, chr., p. 345.
-« Glose d'un article imaginaire inséré dans le code civil en suite de l'arrêt *Blieck*, "chacun répond, de plein droit du dommage causé par celui dont il avait la mission de régler le mode de vie ou de contrôler l'activité" », *in Le juge entre deux millénaires*, Mélanges P. Drai, Dalloz 2000, p. 609.

GROUTEL (H.),
-« Le fondement de la réparation instituée par la loi du 5 juillet 1985 », *JCP. G.* 1986, I. 3244.
-« Le recours entre coauteurs d'accidents de la circulation », *D.* 1990, chr. p. 211.
-« Le recours entre coauteurs (suite et fin ?), *D.* 1992, chr. p. 19.
-« L'article 1384, alinéa 2 se porte bien », *Resp. civ. Ass.* 1996, chr. n° 38.
-« Les dommages causés en bande et l'assurance de responsabilité générale des parents », *Resp. civ. Ass.* 1997, chr. n° 110.

GRUA (F.), « Les divisions du droit », *RTD. civ*. 1993 p. 59.

GUASTINI (R.), Les principes de droit en tant que source de perplexité théorique »,*in Les principes en droit*, (dir.) S. Caudal, Economica, Etudes juridiques, n° 30, 2008, p. 114.

GUDIN (C.-E.), « Subsidiarité et transparence de l'action communautaire », *RAE* 1993, p. 57.

GUEGAN-LECUYER (A.),
-« Vers un nouveau fait générateur de responsabilité civile : les activités dangereuses (commentaire de l'article 1362 de l'Avant-projet Catala) », *in Etudes offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 499.
-« A propos de la confrontation des offres d'indemnisation du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante au pouvoir judiciaire », *D.* 2005, p. 531.
-« Le nouveau régime d'indemnisation des victimes de catastrophes technologiques », *D*. 2004, p. 17.
-« L'apport du principe de précaution au droit de la responsabilité civile », *RJE* 2000, p. 147.

GUERDER (P.), « Rapport sous l'arrêt du 8 mars 2001 », *GP.* 17 et 19 juin 2001, p. 17.

GUILLOUD (L.), « Le principe de subsidiarité en droit communautaire et en droit constitutionnel », *LPA.* 19 avril 2007, p. 53.

GUINCHARD (S.), « Le droit a t-il encore un avenir à la Cour de cassation ? (Qui cassera les arrêts de la Cour de cassation) », *in L'avenir du droit*, mélanges F. Térré, Dalloz, PUF, Juris-classeur, 1999, p. 761.

HAGOPIAN (M.), « Du cumul des présomptions de responsabilité », *GP.* 1941, doct. I., p. 9.

HALPERIN (J.-L.), « L'approche historique et la problématique du *jus commune* », *RIDC* 2000, p. 717.

HASSLER (T.), « Article 1382 du code civil et abus dans la liberté d'expression : circulez il n'y a plus rien à voir ! », *D.* 2006, J., p. 485.

HAUSER (J.),
-« Assistance éducative : modalité du droit de visite et responsabilité de l'association ou des parents d'accueil du mineur », *RTD. civ*. 2008, p. 667.
-« Le préjudice d'être né, question de principe », *Dr. et Pat*. 2001, p. 6.

HEBRAUD (P.), « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », *in Etudes offertes à P. Kayser,* t. II, PUAM., 1979, p. 1.

HOANG (P.), « De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *D.* 2006, chr., p. 1458.

HOCQUET –BERG (S.),
-« Responsabilité du fait des bâtiments, articles 1382 à 1386 », Fasc. 152, *Juris-Classeur,* 2004.

-« Gardien cherche force majeure… désespérément … », *Resp. civ. Ass.* 2003, chr. n° 12, p. 6.
-« Responsabilité en cas de communication d'incendie », Fasc. 124, *Juris-Classeur*, 1999.

HUET (J.),
-« Pourquoi fallait-il en France une loi sur l'indemnisation des dommages consécutifs aux accidents de la circulation ? », *in Responsabilité et assurance*, Mélanges R.-O. Dalcq, Larcier, Bruxelles, 1994, p. 293.
-« Articulation de la loi de 1985 et du droit commun de la responsabilité », *RTD. civ*. 1986, p. 356

HUGUENEY (L.), « Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du 20ème siècle », *in Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, Mélanges G. Ripert, LGDJ, 1950, t. II, p. 249.

HUYETTE (M.), « Responsabilité des services éducatifs et accueil des mineurs en famille », *D.* 2002, J., p. 2750.

IVAINER (T.), « Le contrat moderne face à la prolifération des "statuts des personnes" », *JCP.G*. 1977, I. 2876.

JACOTOT (D.), « Recevabilité du recours d'une CPAM contre un club de football responsable du fait de son préposé », *D.* 2006, J., p. 1733.

JEAMMAUD (A.),
-« De la polysémie du terme « principe » dans les langages du droit et des juristes », *in Les principes en droit*, (dir.) S. Caudal, Economica, Etudes juridiques, n° 30, 2008, p. 49.
-« Le principe de faveur. Enquête sur une règle émergente », *Dr. soc.* février 1999, p. 115.
-« La résiliation judiciaire du contrat de travail face au droit du licenciement », *D.* 1980, chr., p. 47.

JOSSELIN-GALL (M.), « La responsabilité du fait d'autrui sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1. Une théorie générale est-elle possible ? » *JCP. G.* 2000, I. 268.

JOURDAIN (P.),
-« Du critère de la responsabilité civile », *Etudes offertes à G. Viney*, LGDJ 2008, p. 553.
-« A propos de la faute en matière sportive », *in Le monde du droit,* écrits en l'honneur de J. FOYER, Economica, 2008, p. 559.
-« L'éviction totale de l'article 1382 du code civil en cas d'abus de la liberté d'expression envers les personnes », *RTD. civ*. 2006, p. 126.

-« Responsabilité parentale : des confirmations et une précision émanant de la chambre criminelle (à propos de la cohabitation) », *RTD. civ.* 2003, n° 6, p. 101.
-« Le préjudice et la jurisprudence », *Resp. civ. Ass*., HS., 2001, p. 45.
-« Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? », *Resp. civ. Ass.*, HS., 2000, p. 5.
-« Responsabilité civile des dommages résultant d'un délit de presse : l'exclusion de l'article 1382 même lorsque les auteurs ne sont pas punissables », *RTD. civ*. 2000, p. 845.
-« Commentaire de la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 sur la responsabilité du fait des produits défectueux », *JCP. N.* 1999, p. 1089.

KDHIR (M.), « Vers la fin de la sécurité juridique en droit français ? », *LPA.* 16 août 1993, p. 9.

KHADIM (J.), « L'indemnisation des dommages résultant d'un incendie ou d'une explosion d'un véhicule terrestre à moteur », *GP.* 1994, I. Doct., 148.

KOURILSKY (P.) et VINEY (G.), *Le principe de précaution*, colloque CRDP Paris I, *LPA.* 30 nov. 2000.

LAGARDE (P.), « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI*, 1986, I, n° 41.

LAGARDE (X.),
-« L'exigence de sécurité juridique dans l'hypothèse d'un revirement de jurisprudence », *JCP. G*. 2009, p. 18.
-« Brèves réflexions sur les revirements pour l'avenir », *in La création du droit par le juge*, APD t. 50, Dalloz, 2006, p.77.

LAMBERT-FAIVRE (Y.), « Dommage corporel : de l'hétérogénéité des systèmes de réparation à l'unicité d'une méthodologie de l'indemnisation », *in Responsabilité et Assurance,* Mélanges R.-O. Dalcq, Larcier, Bruxelles, 1994, p. 349.

LARROUMET (C.),
-« La responsabilité du fait des produits défectueux après la loi du 19 mai 1998 », *D.* 1998, chr., p. 311**.**
-« Introduction », *in La responsabilité du fait des produits défectueux (loi du 19 mai 1998)*, colloque du 27 octobre 1998, *LPA.* 28 décembre 1998, n° 155, p. 3.

LASFARGEAS (S.), « Exclusion de l'article 1382 du code civil en matière de presse », *GP.* 16 et 17 décembre 2005, p. 4149.

LASSERRE-KIESOW (V.), « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », *D*. 2006, chr p. 2279.

LAYDU (J.-P.) et GUILLOU (A.-L.), « L'"effet *Blieck"* : Des mutations au bouleversement ? », *RRJ*-2 1998, p. 479.

LEBEN (Ch.), « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, n° 33, 2001, p.19.

LE BERRE (H.), « La jurisprudence et le temps », *in Temps, interprétation et droit*, Droits, n° 30, 1999, p. 71.

LEDUC (F.),
-« Faut-il distinguer le dommage et le préjudice ? : point de vue privatiste », *in Le préjudice, regards croisés privatistes et publicistes***,** Resp. civ. Ass*.,* n° spécial, mars 2010, p. 10.
-« Le droit de la responsabilité civile hors le Code civil, *LPA.* 6 juillet 2005, n° 133, p. 3.
-« L'œuvre du législateur moderne : vices et vertus des régimes spéciaux »,*in La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle, Bilan prospectif*, Resp. civ. Ass., n° spécial, juin 2001, p. 50.
-« Handicap génétique ou congénital et responsabilité civile (à propos de l'arrêt Perruche) », *Resp. civ. Ass.* 2001, p. 4.
-« Les rapports entre les différentes responsabilités du fait d'autrui », *Resp. civ. Ass.,* HS., 2000, p. 19.
LEGEAIS (D.), « Les concours consentis à une entreprise en difficulté (C. com., art. L.650-1) », *JCP. E*. 2006, p. 1747.

LE MOIGNE (J.-L.), « Sur quelques topiques de la complexité…des situations que peut connaître le juriste dans ses pratiques », *Droit et Société* 46-2000, p. 407.

LEPAGE (A.), « Du sens de la mesure en matière de responsabilité civile sur Internet : la loi, la jurisprudence et le fournisseur d'hébergement », *D.* 2001, p. 322.

LE TOURNEAU (Ph.),
-« La responsabilité civile extracontractuelle du fait d'autrui dans l'avant projet de réforme du Code civil », *in Etudes offertes à G. Viney*, LGDJ 2008, p. 579.
-« Des métamorphoses contemporaines et subreptices de la faute subjective », *in Les métamorphoses de la responsabilité*, Journées R. Savatier, PUF 1997, p. 19.
-« La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin) », *RTD. civ.* 1988, p. 505.
-« Des mérites et vertus de la responsabilité civile », *GP.* 1985, doct. p. 283.
-« La responsabilité civile des personnes atteintes d'un trouble mentale », *JCP. G*. 1971, doct., 2401.

LE TOURNEAU (Ph.) et JULIEN (J.), « La responsabilité extracontractuelle du fait d'autrui dans l'avant projet de réforme du code civil », *in Etudes offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 579.

LEYTE (G.), «Le droit commun de la France, observations sur l'apport des arrêtistes », *in Naissance du droit français,* Droits n° 38, 2003, p. 53.

LIBCHABER (R.) et MOLFESSIS (N.), « La hiérarchie des normes ressuscitée par le Conseil d'Etat », *RTD. civ*., 1999, p. 231.

LIMPENS (J.), KRUITHOF (R. M.) et MEINERTZHAGEN-LIMPENS (A.), « Liability for one's own Act », chapitre 2, *in Torts* , A Tunc (dir.), vol. XI, *International encyclopedia of comparative law*, 1979, p. 5

LOLIES (I.), « L'insertion de la loi du 19 mai 1998 dans le droit de la responsabilité », *RRJ* 1999-2, p. 349.

LOQUIN (E.) « Pouvoirs et devoirs de l'amiable compositeur », *rev. Arb*. 1985, p. 208.

LOUSSOUARN (Y.), « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *TCF. DIP.* 1980-1981, t . II, p. 43.

MALAURIE (Ph.), « Rapport de synthèse », *in L'ordre public à la fin du XX*^{éme} *siècle*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, p. 105.

MALLET-POUJOL (N.), « Abus de droit et liberté de la presse. Entre droit spécifique et droit commun, l'autonomie brouillée de la loi de 1881… », *LP* Juillet/ août 1997, II p. 81.

MARINO (L.), « Internet. Le fabuleux destin de la responsabilité des hébergeurs (à propos des arrêts Dailymotion et autres) », *Resp. civ. Ass.* juin 2011, étude n°8, p. 7.

MARTEAU-PETIT (M.), « La dualité des critères de mise en œuvre du principe de responsabilité du fait d'autrui, *RRJ* 2002-1, p. 255.

MARTIN (D.), « Le droit de l'indivision», *D.* 1977, chr., n° 20.

MARTIN (G.), « Précaution et évolution du droit », *D.* 1995, chr., p. 300.

MARTIN-SERF (A.), « La loi de sauvegarde des entreprises a fait plusieurs "cadeaux" aux banquiers », *Rev. proc. coll*. 2005, p. 386.

MARTIN-VALENTE (S.), « La place de l'article 1382 du code civil en matière de presse depuis les arrêts de l'Assemblée plénière du 12 juillet 2000 », *LP* juin 2003, II, p. 71. (1ère partie) et *LP* Juillet / Aout 2003, II, p. 89 (2nde partie).

MASSIS (T.), « Légitimité de l'article 1382 dans le domaine de la liberté d'expression », *D*. 2002, J., p. 2766.

MAULIN (E.), « L'invention des principes », *in Les principes en droit, (dir.) S. Caudal,* Economica, Etudes juridiques, n° 30, 2008, p. 23.

MAURY (J.), « Observations sur la jurisprudence en tant que source de droit », *in Le droit privé français au milieu du XXème s.*, Mélanges G. Ripert, LGDJ, t. I, 1950, p. 28.

MAZEAUD (D.),
-« L'imbrication du droit commun et des droits spéciaux », *in Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, Rétrospective et perspectives à l'heure du Bicentenaire du code civil*, (dir.) G. Pignarre, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005, p. 73.
-« Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières », *in Etudes de droit de la consommation : liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 697.
-« Responsabilité civile et précaution », *in La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle*, Resp. civ. Ass., HS., juin 2001, p. 14.

MAZEAUD (D.) et BORGHETTI (J.-S.),« Imputation du dommage causé à autrui », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (dir) F. Terré, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 149.

MAZEAUD (H.), « L'absorption » des règles juridiques par le principe de responsabilité civile », *DH* 1935, chr. p. 5.

MEKKI (M.),
-« La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », *in* Etudes offertes à G. Viney, *LGDJ* 2008, p. 739.
-« Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *LPA.* 12 janvier 2005, n°8, p. 3

MERCOLI (S.), « Le principe de faveur en droit du travail : l'entrée en disgrâce ? », *RRJ* 2006-4, p. 2381.

MESCHERIAKOFF (A.-S.), « La notion de principes généraux du droit dans la jurisprudence récente », *AJDA* 1976, p. 596.

MESSAI-BAHRI (S.) et ROUSILLE (M.), « La responsabilité pour faute des personnes morales », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (dir) F. Terré, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 119.

MESTRE (J.), « Le quasi-contrat : deux bonnes illustrations du principe de subsidiarité gouvernant l'action en enrichissement sans cause », *RTD. civ*. 1996, p. 160.

MET-DOMESTICI (A.), « La sécurité juridique : consécration nouvelle d'une exigence ancienne. Précisions sur les enjeux de la reconnaissance par le Conseil d'Etat du principe de sécurité juridique », *RRJ* 2007-4, p. 1873.

METZ (R.), « La subsidiarité, principe régulateur des tensions dans l'Eglise », *Revue de droit canonique,* t. 22, 1972, p. 155.

MINIATO (L.), « L'autorité de la chose jugée des jugements civils, *in Fiche méthodologique en matière civile*, *BICC* 15 février 2008, n° 676

MODERNE (F.),
-« Le principe de subsidiarité fonctionnelle », *in Le principe de subsidiarité*, sous la direction de F. Delpérée, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, XXXVII, LGDJ/ BRUYLANT, 2002, p.395.
-« Existe t-il un principe de subsidiarité fonctionnelle ? (à propos des rapports entre initiative économique publique et initiative économique privée dans les Etats européens) », *RFDA* mai-juin 2001, p. 563.

MOLFESSIS (N.), « Les sources constitutionnelles du droit des obligations », *in Le renouvellement des sources du droit des obligations,* t. I 1996, LGDJ, Association H. Capitant, p. 65.

MONIN (M.), « La hiérarchie des normes n'existe pas », *D.* 1999, Dernière actualité, n° 30, p. 1.

MONJAL (P.-Y.), « Au fondement du droit de l'Union européenne. Recherches doctrinales sur le concept de commun », *RDP* 2007, p. 1291.

MONTEBOURG (A), Ass. Nat., 1ère séance du 9 mars 2005, *JOAN*. 10 mars 2005, http://www.assemblee-nationale.fr/12/cri/2004-2005/20050170.asp#P333_59950,
archives de la XIIème législature, comptes rendus intégraux (session ordinaire 2004-2005).

MOREAU (J.), « De l'abrogation implicite en droit public français », *JCP. A*. 2005, p. 1557.

MORLET-HAIDARA (L.), « Vers la reconnaissance d'un droit spécial du dommage corporel ? », *Resp. civ. Ass.* décembre 2010, étude n° 13.

MOULY (Ch.), « Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne ? », *RIDC* 1985, n° 70, p. 895.

MOULY (J.),
-« L'abandon de la théorie de l'acceptation des risques en matière de responsabilité civile du fait des choses. Enjeux et perspectives », *D.* 2011, chr. p. 690.
-« Les paradoxes du droit de la responsabilité civile dans le domaine des activités sportives », *JCP.G.* 2005, I. 134.

MOURY (J.), « La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L.650-1 du Code de commerce », *D.* 2006, chr., p. 1743.

MURAT (P.), « L'affaire Perruche ; où l'humanisme cède à l'utilitarisme », *Dr. fam*. 1er janvier 2001, p. 28.

MUZNY (P.), « La prévisibilité normative : une notion absolument relative », *RRJ* 2006-1, p. 31.

NORMAND (J.),
-« Le relevé d'office des moyens qui ne sont pas de pur droit. Obligation ou faculté ? », *RTD. civ.* 1992, p. 175.
-« Le juge et le fondement du litige », *in Mélanges P. Hebraud,* Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 595.

OGIER-BERNARD (V.), « Le Conseil constitutionnel et l'embarrassant principe de faveur », *Sem. Soc. Lamy* 24 février 2003, n° 1111.

OLIVIER (F.),
-« Conditions de la responsabilité civile des fournisseurs d'hébergement d'un site sur le réseau Internet », *JCP. G*. 2000 II. 10279.
-« La responsabilité des prestataires d'hébergement », *JCP. G.* 1999 II. 10101.

OPPETIT (B.),
-« Droit commun et droit européen », *in L'internalisation du droit*, mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn, Paris, Dalloz 1994, p. 311.
-« Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », *in mélanges dédiés à D. Holleaux,* Litec 1990 p. 317.

OST (F.), « Essai sur la fonction qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé», *in Droit et intérêt*, vol. 2, Entre droit et non-droit : l'intérêt, Publications des Facultés universitaires de Louvain, 1990, p. 21.

OUTIN-ADAM (A.), « Responsabilités des employeurs et salariés », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (dir) F. Terré, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 157.

PACTEAU (B.), « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », AJDA 1995, p. 151.

PARADISI (B.), « Notes critiques sur le problème du droit commun », *Rev. historique de droit français et étranger*, 1980, p. 423.

PEANO (M.-A.), « L'incompatibilité entre les qualités de gardien et de préposé », *D.* 1991, chr. p. 51.

PELISSIER (A.), « L'incidence de l'arrêt Perruche sur la responsabilité médicale », *JCP. E*. p. 33.

PELISSIER (J.), « Existe t-il un principe de faveur en droit du travail ? », *in Mélanges M. Delpax,* PU. Toulouse, 2002, p. 389.

PELLE (S.), « La réception des correctifs d'équité par le droit : l'exemple de la rupture unilatérale du contrat en droit civil et en droit du travail », *D.* 2011,p. 1230.

PENNEAU (A.), « De quelques nouvelles variations sur le thème de la théorie du trouble anormal de voisinage », *Lamy droit civil* 2006, n° 23.

PERES (C.), « L'intérêt général et les lois restrictives de responsabilité », *in études offertes à G. Viney*, LGDJ, 2008, p. 805.

PETOT (P.), « Le droit commun en France selon les coutumiers », *Rev. historique de droit français et étranger,* 1961, p. 414.

PHILIP (C.), « Subsidiarité », *Dictionnaire juridique de l'Union européenne*, (dir.) A. Barav, C. Philip et C. Boutayeb, PUF, 1993.

PIEDELIEVRE (S.),
-Faut-il moraliser le droit français de la réparation des dommages, colloque Paris V, organisé sous la direction de M. Béhar-Touchais, *LPA*, n° spécial, 20 nov. 2002.
-« Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », *Resp. civ. Ass.,* HS., Juin 2001, p. 68.

PIGNARRE (G.), « Rapport introductif » *in Forces subversives et forces créatrices en droit des obligations, rétrospectives et perspectives à l'heure du bicentenaire du code civil,* (dir.) G. Pignarre, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2005, p. 1.

PIGNARRE (G.), BRUN (Ph.) et PIEDELIEVRE (S.), « Le jeune homme et la vie: Retour sur l'arrêt Perruche », *RRJ* 2001-2, p. 477.

PINIOT (M.-C.), « Responsabilité civile des dirigeants sociaux. Non cumul des actions du droit des sociétés et du droit des procédures collectives », *RJDA*, 1995, p. 639.

PLOUVIN (J.-Y.), « La responsabilité de l'hôpital public pour le fait du matériel médical », *GP.* 12-13 juillet 1996, p. 17.

POLLAUD-DULIAN (F.),
-« Du droit commun au droit spécial – et retour », *in Aspects actuels du droit des affaires*, mélanges en l'honneur de Y. Guyon, Dalloz, 2003, p. 925.
-« De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », *RTD. com*. 1997, p. 349.

PONTIER (J.-M.), « La subsidiarité en droit administratif », *RDP* 1986, p. 1515.

POUMAREDE (M.), « Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avant projet Catala », *D.* 2006, doct., p. 2420.

PUIG (P.), « Hiérarchie des normes : du système au principe », *RTD. civ.* 2001, p. 749.

PUIGELIER (C.),
-« Temps et création jurisprudentielle », *in La création du droit par le juge*, APD t. 50, Dalloz 2006, p. 89.
-« La création du droit (libres propos sur la norme jurisprudentielle) », *RRJ,* 2004-1, p. 17.

RADE (Ch.),
-« Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », *D.* 2003, p. 2247.
-« Le principe de précaution ; Une nouvelle éthique de la responsabilité ? », *RRJ* 2000, p. 75.
-« Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile, l'impasse », *D.*1999, chr p. 313.
-« Le principe de responsabilité personnelle dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *LPA.* 8 septembre 1995, p. 4.

RAMIN (A.), « Exercice du droit de grève et responsabilité civile », *Dr. soc.* 1980, p. 537.

RAYNARD (J.), « A propos de la subsidiarité en droit privé », *in Mélanges C. Mouly*, Litec, t. 1, 1998, p. 131.

REMY (Ph.),
-« Réflexions préliminaires sur le chapitre *Des délits* » *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (dir) F. Terré, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 15.
-« Critique du système français de responsabilité civile », *in Les métamorphoses de la responsabilité,* Droit et Cultures, 1996-1, p. 31.

REMY (Ph.) et BORGHETTI (J.-S.), « Présentation du projet de réforme de la responsabilité délictuelle », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (dir) F. Terré, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 61.

REMY-CORLAY (P.), « De la réparation », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (dir) F. Terré, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 191.

RENOUX-ZAGAME (M.-F.),
-« Le droit commun européen entre histoire et raison », *in L'Europe et le droit*, Droits n° 14, 1991 p. 27.
-« La méthode du droit commun : réflexions sur la logique des droits non codifiés », *Rev. d'hist. des facultés de droit et de la science juridique* 1990, p. 133.

REVEL (J.), « La coexistence du droit commun et de la loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *RTD. com*. 1999, p. 317.

REYGROBELLET (A.), « Bref propos sur la décision du Conseil constitutionnel rejetant les recours contre la loi de sauvegarde », *LPA.* 17 février 2006, p. 58.

RIEHM (T.), « Produits défectueux : quel avenir pour les droits communs ? », *D.* 2007, p. 2749

RIHAL (H.), « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales issu de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 : entre innovation et complexité », *RFAP*. 2003, p. 219.

RIPERT (G.), « Ebauche d'un droit civil professionnel », *in Etudes de droit civil* à la mémoire de H. Capitant, 1939, Dalloz, p. 676.

RODIERE (R.), « Etudes sur la dualité des régimes de responsabilité, deuxième partie, la combinaison des responsabilités », *JCP. G*. 1950, I. 868.

ROTH (A.), « La responsabilité notariale, *in Les professionnels face au droit de la responsabilité* », Dr. et pat. 2001, p. 80.

ROUAST (A.), « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », *RTD. civ*. 1922, p. 35.

ROUBIER (P.),
-« L'article 1386 du code civil et sa portée dans le droit contemporain », *JCP.G.* 1949, I. 168.
-« L'arrêt des chambres réunies du 2 décembre 1941 et la théorie générale de la responsabilité civile », *JCP.G*. 1942 I. 257.

ROUMELIOTIS (P.), « Le principe de subsidiarité : le point de vue du Parlement européen », *in Subsidiarité: défi du changement*, Institut Européen d'Administration Public, Maastricht, Acte du colloque J. Delors, 21 et 22 mars 1991, p. 35.

ROUTIER (R.),
-« L'article L.650-1 du Code de commerce : un article "détonnant" pour le débiteur et "détonant" pour le contribuable ? », *D.* 2006, chr., p. 2916
-« De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, chr., p. 1478.

ROUX (X.), « Rapport à l'Assemblée nationale », n° 2095, http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r2095.asp, les documents parlementaires, rapports législatifs.

SANTER (J.), « Quelques réflexions sur le principe de subsidiarité », *in Subsidiarité: défi du changement*, Institut Européen d'Administration Public, Maastricht, Acte du colloque J. Delors, 21 et 22 mars 1991, p. 21.

SARGOS (P.),
-« 1382 », *RJEP.*2010, repère n° 10.
-« Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Les gardes fous des excès du droit », *JCP. G*. 2001, I. 306.
-« Approche judiciaire du principe de précaution en matière de relations médecin-patient », *JCP. G*. 2000, I. 226.
-« Débat autour de l'arrêt de la première chambre civile du 17 janvier 1995 », *in La responsabilité du fait des choses, Réflexions autour d'un centenaire*, (dir.) F. Leduc, Economica 1997, p. 91.

SAVATIER (R.),
-« L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D.* 1977, chr. p., 43.

-« La responsabilité générale du fait des choses que l'on a sous sa garde a-t-elle pour pendant une responsabilité générale du fait des personnes dont on doit répondre ? » *D.* 1933, chr., p. 81.

SCHAMPS (G.), « La subsidiarité du droit pénal par rapport au droit de la responsabilité civile : la problématique de la responsabilité des prestataires de santé », *in Le principe de subsidiarité*, (dir.) F. Delpérée, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, XXXVII, LGDJ/ BRUYLANT, 2002, p. 161.

SECRETAN (R.), « Le concours de la responsabilité contractuelle et délictuelle en droit suisse », *revue de droit suisse*, t. 63, n° 4, p. 1949.

SERLOOTEN (P.), « Vers une responsabilité professionnelle ? », *in Mélanges P. Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p.805.

SEIFERT (E.), « L'article 1386 du code civil : suppression ou réhabilitation (à travers un quatrième temps dans la valse interprétative menée par le juge) ? », *Resp. civ. Ass.* 2009, p. 13.

SERICK (R.), « La responsabilité civile en droit allemand », *RIDC* 1955, p. 550.

SINAY-CYTERMANN (A.), « La protection du salarié en droit international privé », *JCP. S*., 2005, I. 1026.

SIRI (A.), « Des adages *lex posterior derogat priori* et *specialia generalibus derogant*. Contribution à l'étude des modes de résolution des conflits de normes en droit français », *RRJ* 2009-4, p. 1781.

SOUSSE (M.), « De la responsabilité environnementale », *Environnement*, novembre 2008, Etude n° 12.

STOUFFLET (J.) et MATHEY (N.), « La loi de sauvegarde des entreprises. Commentaire des dispositions applicables aux concours financiers », *RD banc. et fin.* janv.-fév. 2006, p. 58.

STROZZI (G.), « Le principe de subsidiarité dans la perspective de l'intégration européenne : une énigme et beaucoup d'attentes », *RTD. europ*. 1994, p. 373.

SZAMES (S.), « L'abrogation de l'article 1384 al. 2 du code civil : une nécessité aujourd'hui impérieuse », *LPA*, 27 mars 2002, p. 6.

TERRASSON DE FOUGERES (A.), « Périsse le jour qui me vit naître, à propos de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000 », *RD san. et soc*. 2001, p. 1.

TERRE (F.),
-« Le préjudice moral », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (dir) F. Terré, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011, p. 223.
-« Un juge créateur de droit ? Non merci ! **»,** *in La création du droit par le juge*, APD t. 50, Dalloz, 2006, p. 305.
-« Rapport introductif », *in L'ordre public à la fin du XX*^{éme}*siècle*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 1996, p. 3.
-« La crise de la loi », *in La loi*, APD t. XXV, Sirey 1980, p. 17.

TESTU (F.-X.) et MOITRY (J.-H.), « La responsabilité du fait des produits défectueux, commentaire de la loi 98-389 du 19 mai 1998 », *D. Aff*. 1998, sup. n° 125, p. 3.

TEYSSIE (B.), « L'impératif de sécurité juridique », *in Le monde du droit*, écrits rédigés en l'honneur de J. Foyer, Economica, 2008, p. 985.

THIBIERGE (C.),
-« Synthèse », *in La force normative, naissance d'un concept*, C. Thibierge et alii, LGDJ/ Bruylant, 2009, p. 745.
-« Nature juridique et force normative de la déclaration de Saint-Quentin », *LPA.* 21 août 2008, p. 40.
-« Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *in L'égalité,* APD. 2008, t. 51, p. 341.
-« Avenir de la responsabilité civile, responsabilité de l'avenir », *D.* 2004, chr., p. 577.
-« Le droit souple : réflexion sur les textures du droit », *RTD. civ*. 2003, p. 599.
-« Libres propos sur l'évolution de la responsabilité (vers un élargissement de la fonction de la responsabilité civile ?) », *RTD. civ*. 1999, p. 561.

THIERRY (J.-B.), « Le rôle de l'autorité parentale dans la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs », *LPA.* 7 janvier 2008, p. 4.

THIREAU (J.-L.), « Droit commun », *in dictionnaire de la culture juridique*, (dir.) D. Alland, S. Rials, Paris, PUF, 2003, p. 446.

TIMSIT (G.), « L'ordre juridique comme métaphore », *Droits* n° 33, 2001, p. 3.

TUNC (A.),
-« L'insertion de la loi Badinter dans le droit commun de la responsabilité civile », *in Responsabilité et assurance*, Mélanges R.-O. Dalcq, Larcier, Bruxelles, 1994, p. 557.
-« Le droit en miettes », *in La responsabilité*, APD, t. VII, Sirey, 1977, p. 31.
-« Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », *in Aspects nouveaux de la pensée juridique*, Mélanges offerts à M. Ancel, éd. A. Pédone, 1975, t. II, p. 407.

-« Les problèmes contemporains de la responsabilité délictuelle », *RIDC* 1967, p. 757.

VAN DE KERCHOVE (M.) et VAN DROOGHENBROECK (S.), « La subsidiarité et le droit pénal: aspects nouveaux d'une question ancienne », *in Le principe de subsidiarité,* (dir.) F. Delpérée, Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain, XXXVII, LGDJ/ BRUYLANT, 2002, p. 153.

VILLEY (M.), « Deux conceptions du droit naturel dans l'antiquité », *Rev. hist. Dr.* 1953, p. 485.

VINEY (G.),
-« Quelques propositions de réforme de la responsabilité civile », *D.* 2009, chr., p. 2944.
-« Chronique de droit de la responsabilité civile », *JCP.G*. 2003, I. 154.
-« La certitude du dommage n'est pas affectée par l'existence d'une autre voie de droit susceptible de donner satisfaction à la victime : la non subsidiarité de l'action en responsabilité civile », *JCP.G*. 2003, chr., I. 152.
-« L'interprétation par la CJCE de la directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux », *JCP. G.* 2002, I. 177.
-« Rapport de synthèse », *in La responsabilité civile à l'aube du XXIème siècle, Bilan prospectif,* Resp. civ. Ass., n° spécial, juin 2001, chr., p. 12.
-« Pour ou contre un "principe général" de responsabilité civile pour faute ? », *in Le droit privé français à la fin du XX*ème *siècle*, études offertes à P. Catala, Litec 2001, p. 555.
-« Le principe général de responsabilité pour faute fondé sur les articles 1382 et 1383 du code civil », *RTD. civ*. 2000, p. 109.
-« L'avenir des régimes d'indemnisation indépendants de la responsabilité civile », *in Le juge entre deux millénaires,* mélanges P. Drai , Dalloz, 2000, p. 671.
-« L'introduction en droit français de la directive européenne du 25 juillet 1985 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *D.* 1998, chr., p. 292.
-« Responsabilité », *in Vocabulaire fondamental du droit*, APD 1990, t. 35, p. 275.
-« De l'application de la loi du 5 juillet 1985 à l'accident de la circulation qui est en même temps un accident du travail », *D.* 1989, chr., p. 231.

VIVANT (M.), « La responsabilité des intermédiaires de l'Internet », *JCP.G.* 1999 I. 180.

WAQUET (C.), « L'application de l'article 1382 du code civil à la liberté d'expression et au droit de la presse », *in Liberté de la presse et droit de la personne*, Dalloz 1997, Thèmes et commentaires, (dir.) J.-Y. Dupeux et A. Lacabarats, p. 79.

WATINE-DROUIN (C.), « Du concours des demandes en divorce et en séparation de corps », *in Le monde du droit*, écrits rédigés en l'honneur de J. FOYER, Economica, 2008, p. 1023.

WIDMER (P.), « Le mythe de la réparation intégrale », in La réparation du dommage, séminaire du GRERCA des 1er et 2 octobre 2010, http://grerca.univ-rennes1.fr.

WIEDERKEHR (G.), « De la loi du 5 juillet 1985 et de son caractère autonome », *D.* 1986, chr., p. 255.

ZARKA (J.-C.), « A propos de l'inflation législative », *D*. 2005, point de vue, p. 660.

ZAKI (M.-S.), « Définir l'équité », *in Vocabulaire fondamental du droit, APD* 1990, t. XXXV, p. 87.

V/ ŒUVRES COLLECTIVES, RAPPORTS, RESOLUTIONS, PROTOCOLES:

ANZIANI (A.) et BETEILLE (L.) (dir.), *Rapport du groupe de travail sur la responsabilité civile de la Commission des lois du Sénat*, 15 juillet 2009, n° 558

BETEILLE (L.) (dir.), *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile* présentée le 9 juillet 2010, n° 657.

CATALA (P.) (dir.), Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du code civil), rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 septembre 2005.

CAUDAL (S.) (dir.), *Les principes en droit*, Economica, Etudes juridiques, n° 30, 2008.

PERELMAN (Ch.) (dir.), *Les antinomies en droit*, E. Bruylant, Bruxelles, 1965.

PERINET-MARQUET (H.) (dir.), *Proposition de réforme du livre II du code civil relatif aux biens*, Association H. CAPITANT, 2008.

TERRE (F.), (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile,* Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011.

THIBIERGE (C.) et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ/Bruylant, 2009.

WIDMER (P.) et WESSNER (P.),
-*Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif,* Publications de l'office fédéral de la justice, Berne, 2008

http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht/vn-ve-f.pdf.
-*L'avant-projet de loi fédérale de révision et d'unification du droit de la responsabilité civile*, 2000
http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht/vn-ve-f.pdf.

VI/ NOTES SOUS ARRETS:

AZZI (T.), Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 30 janvier 2007, *RCDIP.* oct. déc., 2007, n°4, p. 769.

BACACHE (M.),
-Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 11 mars 2010, *D*. 2010, p. 1119.
-Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 3 mai 2006, *GP.* 9 décembre 2006, p. 39.

BARBIERI (J.-F.), Notes sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 11 avril 1986 (2 arrêts), *Dame Bibron et SNCF c/ Dame Girod et UAP* et *Penisson c/ Aubin et CPAM de Nantes*, *JCP. G*. 1986, II. 20672.

BARTHEZ (A.-S.),
-Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 4 avril 2001, *JCP. G*. 2002, I. 134, n° 18 s.
-Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 11 février 1998, *D.* 1999, p. 529.
BEAUGENDRE (S.), Note sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 11 février 1998, *D.* 1999, p. 529.

BILLIAU (M.), Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 6 mai 1993, *JCP. G*. I. 3709.

BLOCH (L.), Observations sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 29 octobre 2009, *Resp. civ. Ass.* 2010, p. 19.

BORGHETTI (J.-S.), Observations sous les décisions de la CJCE du 10 janvier et 14 mars 2006, *RDC.* 2006, p. 835.

BRUN (Ph.), Observations sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 28 mai 2009, *D*. 2010, p. 49.

CAILLET (C.), Notes sous l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000, *Revue générale de Dr. médical* 2001, p. 69.

CHABAS (F.), Notes sous l'arrêt de la chambre criminelle du 10 octobre 1996, *JCP. G*. 1997, II. 22833.

CHARBONNIER (L.), Conclusions sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 15 novembre 1984, *D.* 1985 p. 20.

CONTE (Ph.), Notes sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 27 janvier 2000, *JCP.G*. 2000 II. 10363.

DAIGRE (J.-J.), Notes sous l'arrêt de la chambre commerciale du 9 décembre 1997, *Rev. Soc,* 1998, p. 316.

DAVID (S.), Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 9 janvier 2007, *AJF.* 2007, p. 272.

DAGORNE –LABBE (Y.), Notes sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 23 mars 2000, *JCP. G*. II. 10379.

DURRY (G.), Observations sous l'arrêt de la chambre civile du 5 mai 1976, *RTD. civ*. 1977, p. 131.

ESMEIN (P.), Notes sous l'arrêt de l'Assemblée plénière du 25 février 1966, *D.* 1966, p. 389.

GARCON (N.), Notes sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 23 mars 2000, *D.* 2001, J., p. 586.

GOUT (O.), Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 3 juin 2010, *D*. 2010, pan. p. 35.

GROUTEL (H.), Notes sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 13 juillet 2000, *Resp. civ. Ass*. comm. n° 324.

HAUSER (J.),
-Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 9 janvier 2007, *RTD. civ.* 2007, p. 321.
-Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 11 janvier 2005, *RTD. civ*. 2005, p. 375.
-Observations sous l'arrêt de la première chambre civile du 5 novembre 1996, *RTD. civ*. 1997, p. 632.

JANICOT (L.), Notes sous la décision du Conseil constitutionnel du 7 juillet 2005, *LPA.* 8 mai 2006, p. 19.

JEANTIN (M.), Notes sous l'arrêt de la chambre commerciale du 23 octobre 1990, *Bull. Joly*, 1990, p. 1036.

JOURDAIN (P.),
-« La directive du 25 juillet 1985 s'oppose à ce que le fournisseur réponde du producteur lorsque celui-ci est responsable sans faute », obs. sous la décision de la CJCE du 10 janvier 2006, *RTD. civ*. 2006, p. 333.
-Observations sous la décision de la CJCE du 25 avril 2002, *RTD. civ*. 2002, p. 523.
-Observations sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 23 mars 2000, *RTD. civ.* 2000, p. 581.
-Observations sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 14 janvier 1998, *RTD. civ*. 1998, p. 393.
-Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 5 novembre 1996, *D.* 1997, som. p. 289.
-Observations sous l'arrêt de la chambre sociale du 18 avril 1991, *RTD. civ*. 1991, p. 760.

LARROUMET (Ch.),
-Notes sous l'arrêt du de la deuxième chambre civile du 25 janvier 1984, *D.* 1984, J., p. 242.
-Notes sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 18 mars 1981, *D.* 1981, som., p. 319.

LECUYER (H.), Notes sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 12 juin 1996, *Dr. fam.* 1996, comm. n° 22.

LEPAGE (A.), Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 31 mai 2007, *Com. com. élect.* 2007, comm. n°138.

LOQUIN (E.), Notes sous l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 mai 1988, *rev. Arb*. 1989, p. 69.

LUCHAIRE (F.), Notes sous la décision du Conseil constitutionnel du 22 octobre 1982, *D*. 1983, J., p. 190.

MAHINGA (J.-G.), « Place et rôle de la loi française dans un contrat de travail international soumis à la Convention de Rome du 19 juin 1980 », note sous l'arrêt de la chambre sociale du 12 novembre 2002, *D*. 2004, p. 661

MARIE (C.), Observations sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 13 juillet 2000, *LPA.* 12 juillet 2001, p. 24, n° 138.

MAZEAUD (D.), Observations sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 23 mars 2000, *D.* 2000, som. comm., p. 467.

MAZEAUD (D.) et JOURDAIN (P.), Notes sous l'arrêt de l'Assemblée plénière du 17 novembre 2000, *D.* 2001, comm. p. 332.

MINIATO (L.), Observations sous l'arrêt de l'Assemblée plénière du 7 juillet 2006, *RLDC* 2007, p. 57.

MOULY (J.), Notes sous l'arrêt de la chambre sociale du 31 janvier 1979, *JCP. G.* 1980, II. 19292.

PERROT (R.), Observations sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 27 février 1985, *RTD. civ.,* 1985, p. 451, n° 13.

PIZZIO (J.-P.), Observations sous la décision de la CJCE du 25 avril 2002, *D.* 2002, som., p. 2936.

PREVAULT (J.), Notes sous le jugement du TGI de Brest, 9 juillet 1974, *D.* 1975, J., p. 422.

RADE (C.),
-Notes sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 25 janvier 2007, *JCP. G.* 2007, II. 10035.
-Chronique sous l'arrêt de la deuxième chambre civile du 13 mai 2004, *Resp. civ. Ass.* 2004, n° 15.

RAYNARD (J.), Observations sous la décision de la CJCE du 25 avril 2002, *RTD. civ.* 2002, p. 868.

ROUSSEL (F.), Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 14 mars 1995, *JCP. G.* 1995, II. 22516.

SAINT-JOURS (Y.), Notes sous l'arrêt de la chambre sociale du 18 avril 1991, *JCP. G.,* 1991, II. 21714.

SCHOETTL (J.-E.), Notes sous la décision du Conseil constitutionnel du 22 juillet 2005, *LPA.* 4 août 2005, p. 14.

SOULEAU (H.), Notes sous l'arrêt de la troisième chambre civile du 25 octobre 1972, *D.* 1973, p. 756.

STOFFEL-MUNCK (Ph.),

-Notes sous la décision du Conseil constitutionnel du 22 juillet 2005, *JCP.G*. 2006, I. 111, n° 8.
-« La notion d'hébergeur à la lumière de l'affaire Google AdWords », comm. sous la décision de la CJUE, *Com.com. élect.* 2010, n° 88.

SUDRE (F.), Observations sous l'arrêt du 31 janvier 1996 de la CEDH, *JCP. G.* 1997, I. 4000, n° 5.

VINEY (G.),
-Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 3 juin 1997, *JCP. G*. 1998, II. 10102.
-Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 5 novembre 1996, *JCP. G*. 1997, I. 4025, n° 1.
-Notes sous l'arrêt de la première chambre civile du 27 mai 1975, *D.* 1976, p. 318.

WEILLER (L.), Notes sous l'arrêt de l'Assemblée plénière du 21 décembre 2007, *JCP. G*. 2008, II. 10006.

VII/ JURISPRUDENCES JUDICIAIRES ET ADMINISTRATIVES

-1870-
-Cass. civ., 19 juillet 1870, *S.* 1871, I, p. 9, note J.-E LABBE.

-1885-
-Cass. civ., 27 octobre 1885, *Bull.* n° 188 ; *DP* 1886, I. p. 207 ; *GAJC* n° 190.

-1889-
-Cass. req., 11 juillet 1889, *S.* 1890, I. p. 97, note J.-E. LABBE ; *D.* 1889, I 393, note PETITON.
-Cass. req., 17 juillet 1889, *S*. 1891, I. p. 399.

-1892-
-Cass. req., 15 juin 1892, *Patureau*, *GAJC* n° 239 ; *S.* 1893, I. p. 281, note J.-E. LABBE ; *D.* 1892, I. p. 596.
-Cass. req. 15 juin 1892, *GAJC* n° 227 ; *DP* 1892 I. 596 ; *S*. 1893 I. 281, note LABBE.

-1896-
-Cass. civ., 16 juin 1896, *Teffaine*, *DP* 1897, I. p. 433, note R. SALEILLES ; *S*. 1987, I. p. 17, note A. ESMEIN.

-1903-
-Cass. req., 3 juin 1903, *D.* 1907, I. p. 177.

-1910-

-Cass., req., 28 décembre 1910, *D*. 1911, I. p. 451.

-1914-

-Cass. civ., 12 mai 1914, *Veuve Clayette*, *S.* 1918, I. p. 41, note NAQUET.

-1915-

-Cass. civ., 2 mars 1915, *Brianhaut, Inédit, D.* 1920, I. p. 102 ; *GAJC* n° 240.

-1920-

-Cass. civ., 16 novembre 1920, *DP* 1920, I. p. 169, note R. SAVATIER ; *S.* 1922, I. p. 97, note L. HUGUENEY.

-1921-

-Cass. civ., 11 mai 1921, *DP* 1924, I. p. 213.

-1924-

- Cass. req., 27 octobre 1924, *D*. 1924, p. 637

-1925-

-Cass. req., 10 février 1925, *DP* 1925, I. p. 97, note L. JOSSERAND.

-1927-

-Cass. civ., 6 avril 1927, *DP* 1927, I. p. 11 ; *S.* 1927, I. p. 201.

-1928-

-Cass. req., 6 mars 1928, *DP* 1928, I. p. 97, note L. JOSSERAND.
-Cass. req., 16 juillet 1928, *GAJC* n° 207; *DP* 1929, I p. 33, note R. SAVATIER.

-1929-

-Cass. civ., 27 février 1929, *DP* 1929 I. p.129, note G. RIPERT ; *S.* 1929. I p.297, note L. HUGUENEY.
-Cass. civ., 4 décembre 1929, *S*. 1931. I. p. 49, note P. ESMEIN ; *GAJC* n° 8.

-1930-

-Cass ch. réunies, 13 février 1930, *Jand'heur*, *Bull.* n° 34 ; *DP* 1930, I. p. 57, note G. RIPERT ; *S.* 1930, I. p. 21, note P. ESMEIN.

-1932-

-Cass. civ., 1er juin 1932, S. 1933, I. 49, note H. MAZEAUD ; *D.* 1932, I. 102, rapp. PILON.

-1933-

-Cass. civ., 3 janvier 1933, *DH* 1933 p. 113.

-1934-

-Cass. crim., 15 juin 1934, *S.* 1935, I. p. 397.

-1936-

-Cass. civ., 30 décembre 1936, *Bull.* n° 250 ; *DP* 1937, I. p. 5, rapp. L. JOSSERAND, note R. SAVATIER ; *S.* 1937, I. p. 137, note H. MAZAUD ; *GAJC* n° 216.

-1937-

-Cass. crim., 13 février 1937, *DP* 1938, I. p. 5, note R. SAVATIER ; *GP.* 1937, I. p. 467 ; *S*. 1937, I. p. 153, rapp. ROUX.
-Cass. civ., 27 juillet 1937, *JCP. G*. 1937, II. 466, note DALLANT ; *DP* 1938, I. p. 5, note R. SAVATIER ; *S.* 1938, I. p. 231, note G. MARTY.

-1941-

-Cass. ch. réunies, 2 décembre 1941, *Franck*, *Bull.* n° 292 ; *DC*. 1942, p. 25, note G. RIPER ; *S*. 1941, I. p. 217, note H. MAZEAUD ; *GAJC* n° 194.

-1942-

-Cass. civ., 4 août 1942, *Bull.* n° 219 ; *S.* 1943, I. p. 89, note R. HOUIN ; *JCP. G.* 1942, II 2006, note P. L-P ; *GAJC* n° 191 ; *GP.* 1942, p. 245, note H. CAPITANT.

-1948-

-Cass. civ., 29 novembre 1948, *D.* 1949, p. 117, note H. LALOU.

-1954-

-Cass. 2ème civ., 9 juillet 1954, *D.* 1954, p. 627

-Cass. 1ère civ., 24 novembre 1954, *Bull. I,* n° 338 ; *JCP. G*. 1955, II. 8565, note H.B.

-1955-

-Cass. 2ème civ., 17 février 1955, *Bull. II*, n° 100 ; *D.* 1956, J., p. 17, note P. ESMEIN ; *JCP. G.* 1955 II. 8951, note R. RODIERE ; *GAJC* n° 178.

-1956-

-Cass. 2ème civ., 5 janvier 1956, *Bull. II*, n° 2 ; *D.* 1957, p. 261, note R. RODIERE ; *JCP. G.* 1956, II. 9095 note R. SAVATIER ; *GAJC* n° 196.
-CE., 3 février 1956, *Thouzellier*, *Rec.* 49 ; *D.* 1956, p. 596, note J.-M. AUBY.
-Cass. 2ème civ., 15 février 1956, *D*. 1956, J., p. 410 note E. BLANC.

-1958-

-CE. Ass., 7 février 1958, *Syndicat des propriétaires de forêts de chênes-lièges d'Algérie*, *Rec*. p. 74 ; *AJDA* 1958, p. 130 et p. 220, concl. GREVISSE, chr. FOURNIER, CAMBARNOUS.
-Cass. 2ème civ., 19 février 1958, *D.* 1958, p. 531.
-Cass. 2ème civ., 19 avril 1958, *Bull. II*, n° 264.

-1959-

-Cass. crim., 24 février 1959, *JCP. G*. 1959, II. 11095, note PIERRON.

-1960-

-CE. Ass., 19 février 1960, *Rec.* p. 129.
-Cass. 1ère civ., 16 mai 1960, *D.* 1960 p. 737, note A. TUNC.
-Cass. 2ème civ., 20 juin 1960, *D.* 1960, p. 609, note R. RODIERE ; *JCP. G.* 1960, II. 11824, note P. ESMEIN.

-1961-

-Cass. 2ème civ., 27 mai 1961, *Bull. II*, n° 386.
-Cass. 2ème civ., 8 décembre 1961, *Bull. II*, n° 852.
-Cass. soc., 14 décembre 1961, *Bull. V*, n° 1045.

-1962-

-Grenoble, 9 mars 1962, *JCP. G.* 1962, II. 12697.

-1963-

-Cass. com., 28 mai 1963, *Bull. IV*, n° 262.
-Cass. 2ème civ., 17 octobre 1963, *Bull. II*, n° 642.
-Cass. 2ème civ., 24 octobre 1963, *Bull. II* n° 671.

-1964-

-Cass. 2ème civ., 7 février 1964, *Bull. II*, n° 125.

-1965-

-Cass. 1ère civ., 19 janvier 1965, *Bull. I*, n° 52 ; *D.* 1965, p. 389.
-Cass. 2èmeciv., 21 janvier 1965, *Bull. II*, n° 61.
-Cass. 2ème civ., 26 mars 1965, *Bull. II*, n° 321 ; *GP.* 1965 II. p. 54.
-Cass. 1ère civ., 11 juin 1965, *Bull. I*, n° 371.
-CE., 2 juillet 1965, *Duverger*, *Rec*. p. 407.
-Cass. 2ème civ., 24 novembre 1965, *Bull. II*, n° 920.

-1966-

-Cass. AP., 25 février 1966, *Bull. AP*. n°1 ; *D.* 1966, p. 389, note P. ESMEIN.
-Cass. 2ème civ., 12 juillet 1966, *Bull. II*, n°779 ; *D.* 1966, J., p. 632 ; *JCP. G.* 1967, II. 15185, note N. DEJEAN de la BATIE
-Cass. 2ème civ., 15 décembre 1966, *Bull. II*, n° 968.

-1968-

-Cass. 2ème civ., 8 mai 1968, *Bull. II,* n° 122 ; *JCP. G.* 1968 II. 15595, note. M. de JUGLART.
-Cass. com., 8 juin 1968, *Bull. IV*, n° 180 ; *JCP. G*. 1969, II. 15724, note R. PRIEUR.

-1969-

-Cass. 2ème civ., 17 décembre 1969, *Bull. II*, n° 353.

-1970-

-Cass. 2ème civ., 15 janvier 1970, *Inédit*, n° 68-10745 ; *D.* 1970, som., p. 62.
-Cass. ch. mixte, 27 février 1970, *Dangereux ,Bull. ch. mixte,* n°1 *; D*. 1970, p. 201, note R. COMBALDIEU ; *JCP. G*. 1970, II. 16305, concl. R. LINDON, note P. PARLANGE ; *RTD. civ*. 1970, p. 353, obs. G. DURRY; *GAJC* n° 182.
-Cass. 2ème civ., 4 mars 1970 (Quatre arrêts), *Bull. II,* n° 76 à 79.
-Cass. 2ème civ., 24 juin 1970, *Bull. II*, n° 221 ; *RTD. civ*. 1972, p. 138, obs. G. DURRY.
-Cass. 3ème civ., 10 décembre 1970, *Bull. III*, n° 690, p. 501.

-1971-

-Cass. 2ème civ., 11 mars 1971, *Bull. II*, n° 114.
-Cass. ch. mixte, 26 mars 1971, *JCP. G*. 1971, II. 16762, note R. LINDON.
-Cass. ch. mixte, 26 mars 1971, *Bull. ch. mixte,* n° 7 ; *JCP*. 1972, II. 16957, note N. DEJEAN de la BATIE
-Cass. 3ème civ., 29 avril 1971, *Bull. III*, n° 227 ; *GP.* 1971, 2, p. 544.
-Cass. 2ème civ., 5 juin 1971, *Bull. II*, n° 204.
-Cass. 2ème civ., 20 octobre 1971, *Bull. II*, n° 281.

-1972-

-Cass. 2ème civ., 26 avril 1972, *Bull. II,* n° 113 ; *D.* 1972, som. p. 150.

-Cass. 2ème civ., 4 mai 1972, *Bull. II*, n° 130 ; *D.* 1972, p. 596, note Ph. LE TOURNEAU.
-Cass. 2ème civ., 15 juin 1972, *Bull. II,* n° 187 ; *D*. 1973, p. 319, note M. DESPAX.
-Cass. 2ème civ., 23 novembre 1972, *Bull. II,* n° 298.
-Cass. soc., 14 décembre 1972, *Bull. V*, n° 692 ; *D*. 1973, som. p. 29.

-1973-

-Cass. 2ème civ., 25 janvier 1973, *Bull. II*, n° 32 ; *JCP.G*. 1974, II. 17641, note A. BENABENT.

-Cass. 3ème civ., 4 juin 1973, *Bull. III*, n° 397.
-Cass. 2ème civ., 17 octobre 1973, *Bull. II*, n° 250.
-Cass. 1ère civ., 24 octobre 1973, *Bull. I*, n° 280.

-1974-

-Cass. 2ème civ. 16 janvier 1974, *Bull. II*, n° 24.
-Cass. 2ème civ., 8 octobre 1974, *Bull. I,* n° 253.
-CJCE., 4 décembre 1974, *Van Duyn*, *Rec.* 1974, p. 1337.
-Cass. 2ème civ., 17 décembre 1974, *Bull. II*, n° 335.
-Cass. com., 17 décembre 1974, *Bull. IV*, n° 327.

-1975-

-Cass. 2ème civ., 6 mars 1975, *JCP. G.* 1975 IV. 138.
-Cass. ch. mixte, 24 mai 1975, *Jacques Vabre*, *D*. 1975, J., p. 497.
-Cass. crim., 19 juin 1975, *D.* 1975, J., p. 679, note A. TUNC ; *RTD. civ*. 1975, p. 709, obs. G. DURY
-Cass. 2ème civ., 1 octobre 1975, *Bull. II*, n° 235
-Cass. 1ère civ., 9 décembre 1975, *JCP. G*. 1977, II. 18588 (2ème espèce), note Ph. MALINVAUD.

-1976-

-Nîmes, 1er juin 1976, *D.* 1977, IR. p. 252.
-Paris, 10 novembre 1976, *JCP. G*. 1976, II. 18859, note R. SAVATIER ; *D.* 1978, J., p. 458, note BOSQUET-DENIS.
-Cass. 2ème civ., 18 novembre 1976, *Bull. II*, n° 312.
-CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, *Rec. série A*, n° 24.

-1977-

-Cass. 2ème civ., 27 avril 1977, *Bull. II*, n° 108.
-Cass. 2ème civ., 11 juillet 1977, *Bull. II,* n° 185 ; *D.* 1978, p. 581, note E. AGOSTINI.
-CJCE, 27 octobre 1977, *Bouchereau*, *Rec.* 1977, p. 1999.
-Cass. 2ème civ., 20 décembre 1977, *D.* 1978. IR p.203, obs. C. LARROUMET.

-1978-

-Cass. 2ème civ., 8 mai 1978, *GP.* 1978 II, som. p. 282.
-Riom, 9 novembre 1978, *JCP. G*. 1979 II. 19107, note G. ALMEIRAC.
-Cass. 3ème civ., 15 novembre 1978, *Bull III*, n° 345 ; *D*. 1979, IR, p. 347, obs. C. LARROUMET ; *RTD.* civ. 1979, p. 802 , obs. G. DURRY ; *RD Im.* 1979, p. 306, obs. J.-L. BERGEL.

-1979-

-Cass. 2ème civ., 11 janvier 1979, *Bull. II*, n° 19.
-Cass. 3èmeciv., 8 mai 1979, *GP.* 1980, II. p. 684, obs. A. PLANCQUEEL.

-Cass. crim., 10 mai 1979, *RTD. civ*. 1980, p. 579, obs. G. DURRY.
-Cass. 2ème civ., 14 novembre 1979, *Bull. II*, n° 262 ; *D.* 1980, p. 325, note C. LARROUMET ; *RTD. civ*. 1980, p. 358, note G. DURRY.

-1980-

-Cass. crim., 14 mai 1980, *Bull. crim*., n° 353.
-Cass. com., 24 juin 1980 (deux arrêts), *Bull. IV*, n° 271 et 272.
-CJCE., 10 juillet 1980, *Commission contre Royaume Uni, C 32/79, Rec. I*, p. 2403.
-Cass. 2ème civ., 13 mars 1980, *D.* 1980, IR., p. 514, obs. H. GROUTEL.

-1981-

-Cass. 2ème civ., 11 février 1981, *D.* 1982, p. 255, note E. AGOSTINI ; *GP.* 1981, II. som. p. 237, obs. F. CHABAS.
-Cass. 2ème civ., 18 mars 1981, *Bull. II*, n° 69 ; *D.* 1981, som. p. 319, obs. C. LARROUMET ; *RTD. civ*. 1981, p. 855, obs. G. DURRY ; *GP.* 1981-2, pan., p. 238, obs. F. CHABAS.
-Cass. AP., 19 juin 1981, *Bull. AP.,* n° 3 ; *GAJC* n° 189 ; *JCP. G*. 1982, II. 19712, rapp. A. PONSARD ; *D.* 1981, p. 641, note C. LARROUMET ; *D.* 1982, p. 85, concl. J. CABANNES, note F. CHABAS.

-1982-

-Cons. const., 16 janvier 1982, 132 -133 DC. ; *GDCC n° 31, obs.* L. FAVOREU et L. PHILIP.
-CE., 28 mai 1982, *M. Albert Roger*, *Rec*. p. 192 ; *RA* 1982, p. 625, note P. PACTEAU.
-Cons. const., 22 octobre 1982, n° 1982-144, *Rec.* p. 21 ; *D.* 1983, J., p. 189, note F. LUCHAIRE ; *GP.* 1983, I. 60, note F. CHABAS ; *Pouvoirs*, 1983, n° 25, p. 125, chr., P. AVRIL et J. GICQUEL.
-Cass. crim. 13 décembre 1982, *Bull. crim*. n° 282 ; *RTD. civ.,* 1983, p. 539, obs. G. DURRY.

-1983-

-Cass. 1ère civ., 11 janvier 1983, *Bull. I*, n°13.
-Cass. 2ème civ., 3 février 1983, *JCP. G*. 1984, II. 20183, note F. CHABAS.
-Cons. const., 20 juillet 1983, n° 83-162, *Rec.* p. 49.

-1984-

-Cass. 2ème civ., 18 janvier 1984, *GP.* 1984, I. pan. p. 125.
-CJCE., 10 avril 1984, *Rec*. p. 1891 et 1921.
-Cass. 2ème civ., 26 avril 1984, *Bull. II*, n° 71.
-Cass. AP., 9 mai 1984 (4 arrêts), *Bull. AP,* n° 1 à 4 ; *D.* 1984, p. 525, concl. CABANNES, note F. CHABAS ; *JCP. G*. 1984 II. 20255, note N. DEJEAN DE LA BATIE ; *RTD. civ*. 1984, p. 508, obs. J. HUET.
-Cass. 2ème civ., 14 juin 1984, *GP.* 1984, II. pan. 299, obs. F. CHABAS.

-Paris, 4 juillet 1984, *Epoux Dewevre contre France 2 et Grasset, GP,* recueil de sommaires p. 291.
-Rennes, 11 juillet 1984, *GP.* 1985, II. som. p. 305.
-Paris, 13 juillet 1984, *D.* 1984, IR., p. 387.
-Cass. 2ème civ., 18 juillet 1984, *Bull. II,* n° 136.
-Cons. const., 10 et 11 octobre 1984, *DC. n°84-181* ; *Rec*. p. 78.

-1985-

-Cass. com., 16 juillet 1985, *Bull. IV*, n° 215, p. 178 ; *RTD. civ*. 1986, p. 110, obs. J. MESTRE ; *D.* 1986, p. 393, note J.-L. A.
-Cass. crim., 2 octobre 1985, *Bull. crim*., n° 294.
-Cass. 2ème civ., 6 novembre 1985, *Bull. II,* n° 166.

-1986-

-Cass. 2ème civ., 19 février 1986, *Bull. II*, n° 18.
-Cass. 2ème civ., 19 février 1986, *Bull*. II, n° 19.
-Cass. 2ème civ., 25 juin 1986, *Juridisque Lamy*, vol. I, n° 719.
-Cass. 2ème civ., 25 juin 1986, *D*. 1987, som. p. 87.
-Cass. 1ère civ., 1er juillet 1986, *D.* 1987, som. p. 179, obs. H. GROUTEL.
-Cass. crim., 7 octobre 1986, *Bull. crim*., 1986, n° 271.
-Cass. 2ème civ., 19 novembre 1986, *Bull. II*, n° 172, p. 116 ; *RTD. civ*. p. 315, obs. T. REVET.

-1987-

-Grenoble, 9 février 1987, *D.* 1987, p. 245, note F. CHABAS.
-Cass. 1ère civ., 17 février 1987, *Bull. I*, n° 55.
-Cass. com., 7 avril 1987, *Bull. IV*, n° 83 ; *D.* 1988, som. p. 156, obs. C.-J. BERR.
-Cass. 2èmeciv., 4 mai 1987, *Bull. II* , n° 87 ; *GP.* 1987, II. p. 428, note F. CHABAS.
-Cass. 2ème civ., 20 juillet 1987 (deux arrêts), *Bull. II*, n° 163 et 164 ; *D.* 1987, p. 469, obs. H. GROUTEL.
-Cass. 1ère civ., 8 décembre 1987, *Bull. I,* n° 335, p. 241 ; *RTD. civ*. 1988, obs. J. MESTRE, p. 745, n°8 ; *RTD. civ*. 1997, obs. J. MESTRE, p. 657, n°6 ; *JCP. G*. 1988, IV. 66.
-Cass. 1ère civ., 21 décembre 1987, *Bull. I*, n° 348 ; *Rap. Ann. C. cass*. 1987, p. 123 ; *GAJC* n° 104, p. 714.

-1988-

-Cass. com., 15 mars 1988, *JCP. G.* 1988, IV. 192.
-Cass. 2ème civ., 15 juin 1988, *Bull. II*, n° 144 ; *Resp. civ. Ass*. 1988, comm. 10.
-Cass. 1ère civ., 8 novembre 1988, *Resp. civ. Ass*. 1989, comm. n° 29.
-Cass. 2èmeciv., 30 novembre 1988, *Bull. II*, n° 239 ; *JCP. G*. 1989, II. 21319, note C. GIRAUDEL ; *Resp. civ. Ass.* 1989, comm. n° 42, chr. n° 5, note H. GROUTEL ; *RTD. civ*. 1989, p. 333, obs. P. JOUDAIN.

-Cass. 2ème civ., 30 novembre 1988, *Bull. II*, n° 240 ; *RTD. civ*. 1989, p. 324, note P. JOURDAIN.
-Cass. 2ème civ., 30 novembre 1988, *Resp. civ. Ass.* 1989, comm. n° 42, chr. n° 5, obs. H. GROUTEL.
-Paris, 5 décembre 1988, *D.* 1990, som. p. 239, obs. D. AMSON.

-1989-

-Cass. 1ère civ. 18 janvier 1989, *Bull. I*, n° 21 ; *JCP. G*. 1989, IV. 101 : *RTD. civ*. 1989, p. 745, obs. J. MESTRE.
-Cass. 2ème civ., 18 janvier 1989, *GP.* 1989, II. pan. 120.
-Cass. 1ère civ., 20 mars 1989, *Bull. I,* n° 134 ; *Resp. civ. Ass.* 1989, comm. n° 230 ; *D*. 1989, p. 381, note Ph. MALAURIE ; *RTD. civ*. 1989, p. 756, obs. P. JOURDAIN.
-Versailles, 30 mars 1989, *JCP. G*. 1990, II. 21505, note A. DORNER-DOLIVET ; *D.* 1991, som. p. 182, obs. J. PENNEAU.
-Cass. 2ème civ., 28 juin 1989, *Bull. II*, n° 141 ; *Resp. civ. Ass*. 1989, comm. n° 304, obs. H. GROUTEL ; *GP.* 1989, I. 898, obs. F. CHABAS ; *JCP. G.* 1990, II. 21508, note J.-C. MONTANIER ; *RTD. civ*. 1990, p. 94, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. 2ème civ., 5 juillet 1989, *Bull. II,* n° 144.
-CE. Ass, 20 octobre 1989, *Nicolo*, *Rec*. p. 190, concl. P. FRYDMAN.

-1990-

-Paris, 31 janvier 1990, *RTD civ.* 1990, p. 676, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. 2ème civ., 7 février 1990, *Bull. II*, n° 25 ; *GP.* 1990, pan. 110.
-Cass. 2ème civ., 20 juin 1990, *Bull. II*, n° 140 ; *RD Im.* 1991, p. 34, obs. J.-L. BERGEL.
-CE., 24 septembre 1990, *Boisdet*, *Rec*. p. 251.
-Cass. 1ère civ., 16 octobre 1990, *D.* 1990, IR. 254 ; *RTD. civ*. 1991, p. 345, obs. P. JOURDAIN
-Cass. com., 23 octobre 1990, *Bull. IV*, n° 255 ; *Bull. Joly* 1990, p. 1036, note M. JEANTIN.
-Cass. 2ème civ., 24 octobre 1990, *Bull. II,* n° 211 ; *RTD. civ*. 1991, p. 131, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. 2ème civ., 29 octobre 1990, *JCP.G.* 1990, IV. 423.
-Cass. com., 6 novembre 1990, *Bull. IV*, n° 261.
-CJCE., 13 novembre 1990, *Rec.* p. 4135 ; *JCP.G.* 1990 II. 22658, note P. LEVEL.
-Cass. 1ère civ., 11 décembre 1990, *Bull. I*, n° 289.

-1991-

-Cass. 1ère civ., 22 janvier 1991, *Bull. I*, n° 30 ; *RTD. civ*., 1991, p. 539, obs. P. JOURDAIN.
-Dijon, 8 février 1991, *Sté Volay*, *Inédit.*
-Cass. 2ème civ., 13 février 1991, *Bull. II*, n° 53.
-Cass. 1ère civ., 26 février 1991, *Bull. I,* n° 73 ; *Resp. civ. Ass.* 1991, comm. n° 187.

-Cass. 2ème civ., 27 février 1991, *Bull. II,* n° 62 ; *D.* 1991, som. p. 325, note J.-L. AUBERT.
-Cass. 2ème civ., 6 mars 1991, *Bull. II,* n° 70 ; *D*. 1991, p. 257, obs. H. GROUTEL ; *RTD. civ*. 1991, p. 552, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. 2ème civ., 25 mars 1991, *RTD. civ*. 1991, p. 551, obs. P. JOURDAIN
-Cass. AP., 29 mars 1991, *Blieck, Bull. AP.,* n° 1 ; *JCP*. *G.* 1991, II. 21673, concl. H.P. DONTENWILLE, note J. GHESTIN ; *D*. 1991, p. 324, note. Ch. LARROUMET ; *D.* 1991, chr., p. 157, G. VINEY ; *RTD. civ.* 1991, p. 541, obs. P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass.*, 1991, chr. n° 9, obs. H. GROUTEL ; *GP.* 1992, p. 513, note F. CHABAS.
-Cass. soc., 18 avril 1991, *Bull. V*, n° 211 ; *JCP. G.* 1991, II. 21714, note Y. SAINT-JOURS ; *RTD. civ*. 1991, p. 760, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. soc., 18 avril 1991, *Bull. V*, n° 213.
-Cass. 2ème civ., 10 mai 1991, *Bull. II*, n° 137 ; *D.* 1992, som. p. 207, obs. P. COUVRAT et M. MASSE.
-Cass. AP., 31 mai 1991, *Bull. AP.*, n° 4 ; *D.* 1991, p. 417, note D. THOUVENIN et rapp. Y. CHARTIER ; *JCP. N.* 31 janvier 1992, p. 18, n° 5.
-Cass. 2ème civ., 5 juin 1991, *Bull.* II, n° 171 ; *RTD civ.* 1991, p. 549 obs. P. JOURDAIN ; *D.* 1992, som. p. 207, obs. P. COUVRAT et T. MASSE ; *D.* 1992, p. 272, obs. A. PENNEAU.
-Cass. 1ère civ., 11 juin 1991, *Bull. I*, n° 201 ; *D.* 1993, som. p. 241, obs. O. TOURNAFOND ; *JCP. G*. 1992, I. 3572, p. 158, obs. G. VINEY ; *RTD. civ*. 1992, p. 114, obs. P. JOURDAIN ; *GAJC* n° 250-251.
-Cass. crim., 13 juin 1991, *Inédit*, n° 90-84.242.
-Cass. 2ème civ., 19 juin 1991, *Bull. II*, n° 185 ; *RTD. civ.* 1992, p. 127, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. soc., 27 juin 1991, *Bull. V*, n° 334 ; *D*. 1992, p. 39 note Y. SAINT-JOURS.
-TGI. PARIS, 1er juillet 1991, *JCP. G*. 1991, II. 21762, note M. HARICHAUX ; *Resp. civ. Ass.* 1991, n° 429 ; *D.* 1993, som. p. 30, obs. J. PENNEAU.
-Cass. 2ème civ., 13 novembre 1991 (Trois arrêts), *RTD. civ.* 1992, p. 127, obs. P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass.* 1992, comm. n° 58.
-Cass. 1ère civ., 26 novembre 1991, *Bull. I*, n° 337.
-Cass. 2ème civ., 27 novembre 1991, *Bull. II*, n° 320 ; *Resp. civ. Ass*. 1992, comm. n° 58.
-Limoges, 12 décembre 1991, *D.* 1993, som. p. 336, obs. J. MOULY.
-Paris, 17 décembre 1991, *D.* 1993, p. 366, note J. RAVANAS.

-1992-

-Cass. 2ème civ., 8 janvier 1992, *Bull. II*, n° 3 ; *Resp. civ. Ass.* 1992, comm. n° 133 ; *RTD civ.* 1992, p. 401, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. 2ème civ., 8 janvier 1992, *Samda, Bull. II*, n° 5 ; *D.* 1993, J., p. 375, note Y. DAGORNE-LABBE.
-Cass. 1ère civ., 4 février 1992, *Bull. I*, n° 39 ; *Dr. et pat*. 2004, p. 98, note F. MONEGER.
-CE. Ass., 28 février 1992, *SA Rothmans International France et SA Philip Morris Fr*., *Rec*. p. 81.

-Paris, 6 mars 1992, *LP* 1992, III. p. 29.
-Paris, 17 mars 1992, *Juris-Data n° 020915.*
-CEDH, 25 mars 1992, *affaire B. c/ France*, *D.* 1993, p. 101, note J.-P. MARGUENAUD.
-Paris, 17 avril 1992, *Bull. Joly*, 1992, p. 953, note J.-J. DAIGRE.
-Cass. 2ème civ., 26 mai 1992, *Bull. II*, n° 150 ; *D.* 1993, J., p. 375, note Y. DAGORNE-LABBE ; *Resp. civ. Ass.* 1992, comm. n° 319 ; *RTD civ.* 1992, p. 774, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. 2ème civ., 21 juillet 1992, *Bull.* II, n° 220.
-Cass. 3ème civ., 10 novembre 1992, *Bull. III*, n° 292 ; *JCP. G*. 1993, IV. 172 ; *D*. 1993, som. p. 305, obs. A. ROBERT ; *RTD. civ*. 1993, p. 850, obs. F. ZENATI.
-Cass. 2ème civ., 25 novembre 1992, *Bull. II*, n° 271 ; *Resp. civ. Ass*. 1993, n°8.
-Lyon, 25 novembre 1992, *RTD civ.* 1993, p. 840, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. 2ème civ., 9 décembre 1992, *Bull.* II, n° 302.
-Cass. AP., 11 décembre 1992, *GAJC* n°22-23.

-1993-

-CJCE., 13 janvier 1993, *D.* 1993, p. 566, note J-C. CLERGERIE.
-Cass. 1ère civ., 27 janvier 1993, *Bull. I*, n° 44 ; *D.* 1993, som. 248, obs. O. TOURNAFOND ; *RTD. civ*. 1993, p. 592, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. 2ème civ., 3 février 1993, *Resp. civ. Ass.* 1993, comm. 164, chr. 17.
-Cass. 1ère civ., 17 février 1993, *Bull. I*, n° 80 ; *JCP.G*. 1994, II. 22226, note A. DORSNER-DOLIVET ; *RTD. civ*. 1993, p. 589, n° 607, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. 2ème civ., 17 février 1993, *Bull. II*, n° 68 ; *JCP. G*. 1993, I. 3727, obs. G.VINEY.
-Cass. 2ème civ., 3 mars 1993, *Bull. II*, n° 79 ; *D.* 1994, som. p. 265, obs. P. COUVRAT et M. MASSE ; *Resp. civ. Ass.* 1993, comm. n° 195 ; *RTD civ.* 1993, p. 840, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. 2ème civ., 3 mars 1993, *Bull. II*, n° 86.
-Cass. 2ème civ., 17 mars 1993, *Bull. II*, n° 106.
-CE., 9 avril 1993, (3 arrêts), *D*. 1993, p. 312, concl. H. LEGAL ; *JCP. G*. II. 22110, note C. DEBOUY.
-Versailles, 7 mai 1993, *Resp. civ. Ass.* 1994, comm. n° 8 ; *RTD civ.* 1993, p. 842, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. com 25 mai 1993, *Bull. IV*, n° 211 ; *D*. 1993, IR. p. 166.
-Cass. 2ème civ., 9 juin 1993, *Bull. II*, n° 198.
-Cass. crim., 10 octobre 1996, *Bull. crim.*, n° 357 ; *D.* 1997, p. 309, note M. HUYETTE ; *JCP. G*. 1997, II. 22833, note F. CHABAS.
-Cass. 2ème civ., 8 novembre 1993, *Bull. II*, n° 321 ; *Cont. Conc. Con*s., 1994, comm. n° 42, note G. RAYMOND.

-1994-

-Cass. 2ème civ., 19 janvier 1994, *Bull. II*, n° 28.
-Cass. 2ème civ., 26 janvier 1994, *Bull. II*, n° 41 ; *Resp. civ. Ass.* 1994, comm. p. 179.
-Cass. crim., 12 avril 1994, *Bull. crim.*, n° 146.
-Cass. 2ème civ., 7 mai 1994, *Inédit*.

-Cass. 2ème civ., 25 mai 1994, *Bull II*, n° 132 ; *D*. 1994, IR. p. 158.
-Cass. AP., 3 juin 1994, *Bull. AP.*, n° 4 ; *D.* 1994, p. 395, concl. M. JEOL ; *JCP. G*. 1994 II. 22309, note X. LAGARDE ; *RTD. civ*. 1995, p. 177, obs. J. NORMAND.
-Cass. 2ème civ., 8 juin 1994, *Bull. II*, n° 150.
-Cass. 2ème civ., 22 juin 1994, *Bull. II*, n° 165 ; *D.* 1995, som. p. 268, note T. MASSIS.
-Cass. 2ème civ., 18 juillet 1994, *Juris-Data, n° 1994-001594*.
-CE., 22 juillet 1994, *Resp. civ. Ass.* 1994, comm. n° 411.
-Cons. const., 27 juillet 1994, n° 94-343/344, *Rec.* p. 100.
-Cons. const., 27 juillet 1994, 343-344 DC ; *GDCC* n° 47, obs. L. FAVOREU et L. PHILIP.
-Cass. 3èmeciv., 23 novembre 1994, *Rachez c/ Andréani*, *Inédit*, n° 92-17794.

-1995-

-Cass. 1ère civ., 17 janvier 1995, *Bull. I,* n° 43 ; *D*. 1995, p. 350, note P. JOURDAIN ; *JCP. G*. 1995, I. 3853, n° 9, obs. G. VINEY ; *RTD.* civ. 1995, p. 631, obs. P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass.* 1995, comm. n° 123, chr. 16, obs. H. GROUTEL ; *D.* 1996, som. n° 15, obs. G. PAISANT.
-Cass. 2ème civ., 1er février 1995, *Bull II*, n° 42 ; *RTD. civ*. 1995, p. 627, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. com., 28 février 1995, *Bull. IV,* n° 60 ; *D.* 1995, p. 390, note F. DERRIDA.
-Cass. 1ère civ., 14 mars 1995, *Bull. I*, n° 130 ; *JCP. N.* 1996, II. p. 417, note F. ROUSSEL.
-Cass. 1ère civ., 19 mars 1995, *Bull. I,* n° 96 ; *JCP. G*. 1985, IV. 197 ; *RTD. civ*. 1987, p. 393, obs. J. NORMAND.
-Cass. 2ème civ., 10 avril 1995, *Bull. II*, n°121.
-Cass. 1ère civ., 12 avril 1995, (2 arrêts), *Bull. I*, n°179 et 180 ; *JCP. G*. 1995, II. 22467, note P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass*. 1995, n° 241.
-Cass. 1ère civ., 10 mai 1995, *Bull. I*, n° 203 ; *RJDA*, oct. 1995, n° 166, p. 291
-Cass. 2ème civ., 17 mai 1995, *JCP. G,* 1995, IV. 1671.
-Cass. 2ème civ., 22 mai 1995, *Bull. II,* n° 149 ; *RTD. civ*., 1995, p. 902, note P. JOURDAIN ; *D.* 1996, p. 453, note Th. LE BARS et L. BUHLER ; *JCP. G*. 1995, I. 3893, obs. G. VINEY.
-Cass. 2ème civ., 22 mai 1995, *Bull. II*, n° 155 ; *JCP. G*. 1995, II. 22550, note J. MOULY ; *JCP. G*. 1995 I. 3893, n° 5, obs. G; VINEY ; *RTD. civ.* 1999, p. 899, obs. P. JOURDAIN ; *D*. 1996, som. p. 29, obs. F. ALAPHILIPPE ; *Resp. civ. Ass*. 1995, comm. n° 289 et chr. n° 36 par H. GROUTEL ; *LPA.* 2 février 1996, p. 16, note S. HOCQUET-BERG.
-CE., 26 mai 1995, (3 arrêts), *JCP. G*. 1995, II. 22467, note J. MOREAU.
-Cass. 2ème civ., 28 juin 1995, *Bull. II*, n° 222 ; *D*. 1996, som. p. 59, obs. A. ROBERT ; *RD Im.* 1996, p. 175, obs. J.-L. BERGEL ; *RTD. civ*. 2004, p. 315, obs. T. REVET.
-CJCE., 17 octobre 1995, *Peter Leifer e. a., C83/94, Rec. I*, p. 3231.
-CE. Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge, Rec*. p. 372 ; *D*. 1996, J., p. 177.
-Cass. 2ème civ., 8 novembre 1995, *Bull. II*, n° 268 ; *D*. 1996, p. 163, note P. JOURDAIN.
-Cass., 1ère civ., 14 novembre 1995, *Bull. I,* n° 405.

-Cass. 2ème civ., 22 novembre 1995, (3 arrêts), *Bull. II,* n° 285 s. *; D.* 1996, p. 163, note P. JOURDAIN ; *JCP. G.* 1996, II. 22656, note J. MOULY.
-CEDH, 4 décembre 1995, *Bellet c/ France*, *D.* 1995, p. 357, note M. COLLIN-DEMUMIEUX ; *Resp. civ. Ass*. 1995, comm. n° 51.
-Cass. 2ème civ., 6 décembre 1995, *Bull. II*, n° 299.

-1996-

-Cass. 2ème civ. 24 janvier 1996, *Bull. II*, n° 7 ; *RTD. civ*. 1996, p. 409, P. JOURDAIN ; *Resp. civ. et Ass*. 1996, comm. n° 91, chr. 12, obs. H. GROUTEL.
-CEDH, 31 janvier 1996, *affaire Fouquet c/ France*, *Rec.*, 1996-I, p. 19 ; *JCP. G.* 1997, I. 4000, n° 5, obs. F. SUDRE.
-Cass. 2ème civ., 7 février 1996, *Bull. II*, n° 32 ; *RTD. civ*. 1996, p. 406, obs. P. JOURDAIN.
-TGI Cusset, 29 février 1996, *JCP. G*. 1997 II. 22849, note J. MOULY.
-Cass. 2ème civ., 16 avril 1996, *Bull. II*, n° 93 ; *Resp. civ. Ass.* chr. par H. GROUTEL.
-Cass. 1ère civ., 9 juillet 1996, (3 arrêts), *Bull. I*, n° 303, 304, 305 ; *D.* 1996, p. 610, note Y. LAMBERT-FAIVRE.
-Cass. 1ère civ., 9 juillet 1996, *Bull. I*, n° 306.
-Cass. crim., 10 octobre 1996, *Bull. crim.*, n° 357 ; *D.* 1997, p. 309, note M. HUYETTE ; *JCP. G*. 1997, II. 22833, note F. CHABAS.
-Cass. 1ère civ., 15 octobre 1996, *Bull. I*, n° 357 ; *RTD. civ*. 1997, obs. J. MESTRE, p. 657 ; *D*. 1997, som. comm., p. 177, par R. LIBCHABER.
-Cass. 1ère civ., 22 octobre 1996, *Bull. I*, n° 365.
-Cass. 1ère civ., 5 novembre 1996, *Bull. I*, n° 378 ; *GAJC* n° 17 ; *D.* 1997, p. 403, note S. LAULOM ; *D.* 1997, som. p. 289, obs. P. JOURDAIN ; *JCP. G*. 1997, I. 4025, n° 1, obs. G. VINEY ; *JCP. G.* 1997, II. 22805, note J. RAVANAS ; *RTD. civ*. 1997, p. 632, obs. J. HAUSER.
-Cass. 1ère civ., 13 novembre 1996, *Bull. I*, n° 188.
-Cass. 2ème civ., 18 décembre 1996, *Bull. II,* n° 280 ; *Resp. civ. Ass.* 1997, comm. n° 93.

-1997-

-Cass. 2ème civ., 29 janvier 1997, *Bull. II*, n° 23 ; *Resp. civ. Ass*. 1997, comm. n° 161, note H. GROUTEL.
-Cass. 2ème civ., 19 février 1997, *Bull*. II, n° 55 ; *GP.* 2005, n° 245, p. 4, note A. GABRIEL et C. STRUGALA ; *Drt. et pat*. 2005, p. 102, note F. CHABAS.
-Cass. 2ème civ., 19 février 1997, *Bertrand*, *Bull. II*, n° 56 ; *D.* 1997, p. 265, note P. JOURDAIN ; *D.* 1997, som. p. 290, obs. D. MAZEAUD ; *JCP. G*. 1997, II. 22848, note G. VINEY, concl. R. KESSOUS ; *RTD. civ*. 1997, p. 668, obs. P. JOUDAIN ; *GP.* 1997, 1, 575, note F. CHABAS ; *LPA.* 15 septembre 1997, note M.-C. LEBRETON ; *D.* 1998, som. p. 49, obs. C-J. BERR ; *GAJC* n° 209.
-Cass. 1ère civ., 11 mars 1997, *Bull. I*, n° 88, p. 57 ; *D*. 1997, J., p. 407, note M. BILLIAU.
-Riom, 20 mars 1997, *Juris-Data* n° 040744.

-Cass. crim., 26 mars 1997, *Bull. crim*., n° 124 ; *GAJC* n° 218 ; *D.* 1997, p. 496, note P. JOURDAIN ; *D.* 1998, som. p. 201, obs. D. MAZEAUD ; *JCP. G*. 1997, II. 22868, rapp. DESPORTES ; *JCP. G*. 1998, II. 10015 note M. HUYETTE.
-Cass. 1ère civ., 3 juin 1997, *Bull. II,* n° 182 ; *JCP. G*. 1998, II. 10102, note G. VINEY ; *D. Aff*. 1997, n° 26, chr. p. 289 ; *Cont. conc. conso*. 1997, n° 113, p. 8, obs. L. LEVENEUR.
-Cass. AP., 6 juin 1997, *Bull. AP*., n° 8 ; *D*. 1998, p. 255, concl. P. TATU, som. p. 204, obs. D. MAZEAUD ; *Resp. civ. Ass.* 1997, comm. n° 263.
-CE., 16 juin 1997, *JCP. G.* 1997, I. 4070, n° 36, obs. G. VINEY ; *D*. 1997, IR., 177.
-Paris, 17 septembre 1997, *D.* 1998, p. 432, note N. MALLET-POUJOUL ; *D.* 1999, som. p. 166, note T. MASSIS.
-Cass. 1ère civ., 14 octobre 1997, *Bull. I*, n° 275 ; *Resp. civ. Ass.* 1997, comm. n° 371.
-Cass. com., 9 décembre 1997, *Bull. IV*, n° 331 ; *Rev. Soc.* 1998, p. 316, note J.-J. DAIGRE.
-Cass. 2ème civ., 17 décembre 1997, *Bull. II*, n° 314.

-1998-

-Cass. 2ème civ., 14 janvier 1998, *Bull. II*, n° 6 et 8 ; *D.* 1998, p. 174, note H. GROUTEL ; *JCP. G*. 1998, II. 10045, note P. JOURDAIN ; *RTD. civ*. 1998, p. 393, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. 2ème civ., 28 janvier 1998, *Bull. II,* n° 32 ; *Resp. civ. Ass*. 1998, comm. n° 118, note H. GROUTEL.
-Cass. 3ème civ., 11 février 1998, *Bull. II,* n° 34 ; *D.* 1999, p. 529, note S. BEAUGENDRE.
-Cass. 1ère civ., 3 mars 1998, *Bull. I*, n° 95 ; *JCP.G.* 1998, I. 144, n° 18, obs. G. VINEY ; *JCP.G.* 1998, II. 10049, rapp. P. SARGOS ; *RTD. civ*. 1998, p. 683, obs. P. JOURDAIN ; *D*. 1999, p. 36, note G. PIGNARRE, Ph. BRUN.
-Cass. 2ème civ., 1er avril 1998, *Inédit,*n° 96-17903 ; *RTD. civ.* 1998, p. 914, obs. P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass*., 1998, comm. n° 223.
-TGI. Paris, 8 avril 1998, *Juris-Data*, n° 041757.
-Cass. 1ère civ., 28 avril 1998, *Bull. I*, n° 158 ; *JCP. G*. 1998, II. 10008, rapp. P. SARGOS ; *JCP. G*. 1998, I. 185, obs. G. VINEY ; *RTD. civ*. 1998, p. 684, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. com., 19 mai 1998, *Bull. IV*, n° 160 ; *D.* 1999, p. 406, note M. RIBEYROL-SUBRENAT.
-Cass. crim., 27 mai 1998, *Bull. crim*., n° 175.
-Cass. 2ème civ., 24 juin 1998, *Bull. II*, n° 205 ; *JCP. G*. 1998, I. 187, n° 35, obs. G. VINEY ; *Resp.* civ. Ass. 1998, chr. 19, obs. H. GROUTEL ; *RTD. civ.* 1998, p. 922, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. 2ème civ., 24 juin 1998, *Bull. II*, n° 219.
-CEDH, 30 octobre 1998, *Resp. civ. Ass.* 1999, comm. n° 37.
-Cass. 2ème civ., 5 novembre 1998, *Bull. II*, n° 256.
-Cass. 2ème civ., 19 novembre 1998, *Bull. II*, n° 278.
-Cass. 2ème civ., 5 novembre 1998, *Bull. II*, n° 261 ; *JCP. G.* 1999, II. 10084, note Ph. CONTE ; *Resp. civ. Ass*. 1998, chr. 27, obs. H. GROUTEL ; *RTD. civ*. 1999, p. 121, obs. P. JOURDAIN.

-Cass. 1ère civ., 15 décembre 1998, *Inédit*, n° 96-21279.
-Cass. 1ère civ., 15 décembre 1998, *Bull. I*, n° 363 ; *D.* 1999, p. 425, note J.-CH. SAINT-PAU.

-1999-

-Cass. 2ème civ., 14 janvier 1999, *Bull. II*, n° 13 ; *RTD. civ*. 1999, p. 630, obs. P. JOURDAIN
-Paris, 10 février 1999, *D*. 1999, p. 389, note N. MALLET-POUJOL ; *Com. com. élect.* 1999, comm. n° 34, note E. DESGORCES
-Cass. 2ème civ., 1er avril 1999, *Bull. II*, n° 63 ; *DMF.* 2000, p. 315, obs. P. DELEBECQUE.
-Cass. 2ème civ., 1er avril 1999, *Bull. II*, n° 65 ; *JCP.G*. 1999, II. 10218, note N. REBOUL.
-Versailles 8 avril 1999, *D. Aff.* 1999, p. 996, obs. A. LIENHARD
-Lyon, 30 avril 1999, *GP.* 8-9 mars 2000, p. 31, note D. GUEVEL.
-Cass. 2ème civ., 6 mai 1999, *Bull. II*, n° 79.
-Cass. 2ème civ., 27 mai 1999, *Inédit,* n° 97-16920.
-Cass. 2ème civ., 7 juin 1989, *Bull. II*, n° 122.
-Cass. 2ème civ., 24 juin 1999, *Inédit*, n° 97-21270 ; *JCP. G.* 1999, II. 10483, note J.-Y. MARECHAL ; *RTD. civ.* 2000, p. 124, obs. P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass*. 1999, comm. n° 285, H. GROUTEL.
-Agen , 12 octobre 1999, *Inédit.*
-Cons. Const., 9 novembre 1999, n° 99-419, *JCP. N.* 1999, p. 1698, obs. C. DESTAME ; *JCP. G*. 2000, I. 280, obs. G. VINEY ; *RTD. civ*. 2000, p. 109, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *LPA.* 26 juillet 2000, chr. n° 23, p. 11, obs. M. BERTRAND et M. VERPEAUX ; *RJDA* 2000, comm. n° 29, p. 31.
-Cass. 2ème civ., 25 novembre 1999, *Bull. II*, n° 181 ; *LPA.* 7 juillet 2000, p. 25, note MARTIN.
-Cass. 2ème civ., 9 décembre 1999, *Bull. II*, n° 189 ; *Resp. civ. Ass.* 2000, comm. n° 76 ; *JCP. G*. 2000, I. 241, n° 12, obs. G. VINEY ; *RTD. civ*. 2000, p. 338, obs. P. JOURDAIN.

-2000-

-Cass. 2ème civ., 6 janvier 2000, *Bull. II*, n°1 ; *RTD. civ*. 2000, p. 348, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. 2ème civ., 20 janvier 2000, *Inédit*, n° 98-13871 ; *Resp. civ. Ass.* 2000, comm. n° 118.
-Cass. 2ème civ., 27 janvier 2000, *Bull. II*, n° 20 ; *JCP.G*. 2000 II. 10363, note Ph. CONTE ; *RTD. civ*. 2000, p. 335, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. 2ème civ., 3 février 2000, *Bull. II*, n° 26 ; *JCP.G*. 2000, II. 10316, note J. MOULY.
-Cass. 2ème civ., 24 février 2000 (deux arrêts), *Bull. II*, n° 30 et 31 ; *JCP. G*. 2000, I. 243, n° 32, obs. G. VINEY.
-Cass. AP., 25 février 2000, *Bull. AP*., n° 2 ;*JCP. G*. 2000 II. 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLAU ; *JCP. G*. 2000 I. 241, obs. G. VINEY ; *RTD. civ*., 2000, p. 582, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2000, p. 673, note Ph. BRUN ; *Resp. civ. Ass.* 2000, chr. n° 11 par H. GROUTEL ; *Resp. civ. Ass.* 2000, n°22 par Ch RADE ; *GP.* 2000, II. 1462, note F. RINALDI ; *Dr. et pat.* 2000, n° 2567, obs. F. CHABAS.
-Cass. crim., 8 mars 2000, *Bull. crim*., n° 110.

-Cass. 2ème civ., 9 mars 2000, *Bull. II*, n° 41 ; *LPA.* 23 juillet 2001, n° 145, p. 11, note D. R. MARTIN ; *Resp. civ. Ass.* 2000, chr., n°13, par H. GROUTEL.
-Cass. 2ème civ., 23 mars 2000, *Bull. II*, n° 54 ; *GAJC* n° 192 ; *JCP. G*. 2000, II. 10379, note Y. DAGORNE-LABBE ; *JCP. G*. 2000, I. 280, n° 22, obs. G. VINEY ; *LPA.* 4 juillet 2000, p. 14, obs. A.M.L ; *Resp. civ. Ass.* 2000, comm. n° 180, chr. 16, note H. GROUTEL ; *RTD. civ.* 2000, p. 581, obs. P. JOUDAIN ; *D.* 2000, som. comm. p. 467, obs. D. MAZEAUD ; *D.* 2001, J., p. 586, note N. GARCON.
-Cass. crim., 28 mars 2000, *Bull. crim*., n° 140 ; *JCP. G*. 2001, II 10457, note C. ROBACZEWSKI ; *D.* 2000, som. p. 466, obs. D. MAZEAUD ; *JCP. G*. 2000, I. 241, obs. G. VINEY.
-Cass. com., 28 mars 2000, *Bull. IV*, n° 70 ; *D. Aff*. 2000, p. 227 ; *Bull. Joly* 2000, p. 606, note J.-J. DAIGRE ; *Rev. proc. coll*. 2000, p. 135, obs. A. MARTIN-SERF.
-Cass. 2ème civ., 4 mai 2000, *Inédit*, n° 98-19951 ; *Resp. civ. Ass.* 2000, p. 10, note H. GROUTEL.
-Cass. 3ème civ., 11 mai 2000, *Bull. III*, n° 106 ; *D.* 2001, p. 2231, obs. P. JOURDAIN ; *Dr. et pat.* 1999, p. 107, note F. MACORIG-VENIER.
-Paris, 12 mai 2000, *D.* 2000, J., p. 796, note D. D. BOCCARA
-TGI. Paris, 22 mai 2000, *Com. com. élect.* 2000, comm. n° 92, note J.-C. GALLOUX.
-Cass. 1ère civ., 6 juin 2000, *Bull. I*, n° 179 ; *JCP. G.* 2000, I. 280, obs. G. VINEY ; *Resp. civ. Ass.* 2000, comm. n° 296.
-Paris, 9 juin 2000, *Resp. civ. Ass.* 2001, comm. n° 74, note L. GRYNBAUM.
-Cass. crim., 15 juin 2000, *Bull. crim*., n° 232 ; *JCP. G.* 2000, I. 280, n° 15, obs. G. VINEY.
-Cass. 2ème civ., 20 juin 2000, *Bull. II*, n° 14 ; *JCP. G*. 2000, II, 10374, note 1. GOUTTENOIRE-CORNUT ; *Ibid.* I, 241, n° 20, obs. G. VINEY ; *Resp. civ. Ass*., 2000, comm. n° 146, par H. GROUTEL ; *RTD. civ.* 2000, p. 340, obs. P. JOURDAIN; *D.* 2000; som. p. 469, obs. D. MAZEAUD.
-Cass. com., 4 juillet 2000, *Bull. IV*, n° 136.
-Cass. AP., 12 juillet 2000, *Bull. AP*, n° 7 et 8 ; *LP* octobre 2000, III. p. 153, concl. L. JOINET ; *D.* 2000, som. comm. p. 463, note P. JOURDAIN ; *RTD. civ*. 2000, p. 842 et p. 845, notes P. JOURDAIN ; *Com. com. élect*. 2000, p. 31, note A. LEPAGE ; *LPA.* 14 décembre 2000, p. 4, note E. DERIEUX ; *LPA.* 14 décembre 2000, p. 15, note D.D. BOCCARA ; *JCP. G*. 2000 I. 180, obs. G. VINEY.
-Cass. 2ème civ., 13 juillet 2000, *Bull. II*, n° 126 ; *RTD. civ*. 2000, p. 840, note P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass*. comm. n° 324, obs. H. GROUTEL ; *LPA.* 12 juillet 2001, p. 24, n° 138, obs. C. MARIE.
-Cass. 2ème civ., 28 septembre 2000, *Inédit* n° 98-22952 ; *Juris-Data*, n° 2000-006057 ; *Dr. fam.* 2001, comm. n° 5, note H. LECUYER ; *Dr. fam.* 2002, comm. n° 114, note H. LECUYER.
-Versailles, 29 septembre 2000, *D.* 2000, IR., p. 307.
-Cass. 2ème civ., 12 octobre 2000, *Inédit* n° 98-19880 ; *Resp. civ. Ass*. 2002, comm. n° 16, obs. H. GROUTEL.
-Cass. 2ème civ., 12 octobre 2000, *Inédit*, n° 99-10734 ; *JCP.G.* 2001, I. 338, obs. G. VINEY ; *RTD. civ*. 2001, p. 371, obs. P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass*. 2000, comm. n° 357.

-TGI Paris, 16 novembre 2000, *D*. 2002, J., p. 2766, note T. MASSIS.
-Cass. AP, 17 novembre 2000, *Bull. AP*. n° 9 ; *D.* 2001, comm. p. 332, D. MAZEAUD, P. JOURDAIN ; *Dr. et pat.* 2001, p. 6, note J. HAUSER ; *RTD. civ*. 2001, p. 285, note M. FABRE-MAGNAN ; *Dr. fam*. 1er avril 2001, p. 4, note D. FENOUILLET ; *RRJ*-2 2001, p. 477, note G. PIGNARRE, Ph. BRUN et S. PIEDELIEVRE ; *JCP. E*. p. 33, note A. PELISSIER ; *Resp. civ. Ass.* 2001, p. 4, note F. LEDUC ; *Dr. fam*. 1. janvier 2001, p. 28, note P. MURAT ; *Revue générale de droit médical* 2001, p. 69, note C. CAILLET ; *Médecine et droit* 2001, p. 1, note F. DREIFUSS-NETTER ; *RD san. et soc*. 2001, p. 1, note A. TERRASSON DE FOUGERES ; *GP.* 25 nov. 2001, p. 26, note J. BONNEAU.
-Cass. 1ère civ., 20 décembre 2000, Sté *Cogedipresse et a. c/ Mme Marchand, Vve Érignac et a*, *Bull. I*, n° 341 ; *JCP. G.* 2001, II. 10488, concl. Y. SAINTE-ROSE.

-2001-

-CE., 15 janvier 2001, *Resp. civ. Ass.* 2002, n° 1, note C.GUETTIER.
-Cass. 1ère civ., 13 février 2001, *Bull. I,* n° 35 ; *RTD. civ*. 2001, p. 367 obs. P. JOURDAIN.
-Cass. 1ère civ., 20 février 2001, *Bull. I,* n° 42.
-Cass. 1ère civ., 8 mars 2001, *Bull. II,* n° 46 ; *GP.* 19 juin 2001, p. 831 ; *LPA.* 18 mai 2001, p. 21, note E. DERIEUX ; *D.* 2002, J., p. 2767, note T. MASSIS ; *LP* Juillet / août 2002, II. p. 85, note C. ROJINSKY ; *JCP. G*., 2002, I. 122, obs. G. VINEY ; *D.* 2002, som., p. 2767, obs. T. MASSIS ; *LP* 2002, III. p. 60, n° 190, note F. GRAS.
-Cass. 2ème civ., 15 mars 2001, *Inédit,* n° 99-17263 ; *Resp. civ. Ass.* 2001, comm. n°183, par H. GROUTEL.
-Cass. 2ème civ., 15 mars 2001, *Bull. II*, n° 55 ; *D.* 2001, IR. 1145.
-Cass. 2ème civ., 21 juin 2001, *Bull. II*, n° 122 ; *RTD. civ*. 2001, p. 901, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. 2ème civ., 25 octobre 2001, *Inédit*, n° 99-10690.
-Versailles, 22 novembre 2001, *LP* Avril 2002, I. p. 40.
-Cass. 2ème civ., 29 novembre 2001, *Inédit*, n° 99-20108.
-Cass. 1ère civ., 4 décembre 2001, *Bull. I.* n° 310 ; *Resp. civ. Ass.* 2002, comm. n°126, obs. H. GROUTEL ; *JCP.G*. 2002, II. 10198, note O. GOUT.

-2002-

-Cass. com., 19 février 2002, *Inédit,* n° 98-21624 ; *Dr. soc,* 2002, comm. n° 117, note D. VIDAL.
-Cass. 2ème civ ., 14 mars 2002 (deux arrêts), *Bull. II.*, n° 45 et 46 ; *LPA.* 27 mai 2002, p. 8, obs. E. DERIEUX.
-Cass. 2ème civ., 11 avril 2002, *Bull. II*, n° 72 ; *RTD. civ*. 2002, p. 519, obs. P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass.* 2002, chr., n° 9, H. GROUTEL.
-CJCE., 25 avril 2002, *D.* 2002, p. 1670, obs. C. RONDEY ; *D.* 2002, p. 2462, obs. C. LARROUMET ; *D.* 2002, som. p. 2936, obs. J-P. PIZZIO ; *RTD. civ*. 2002, p. 523, obs. P. JOURDAIN ; *RTD. civ*. 2002, p. 868, obs. J. RAYNARD *D.* 2003, som. p. 463, obs. D. MAZEAUD.
-Paris, 15 mai 2002, *D*. 2003, act. 621.

-Cass. 2ème civ., 6 juin 2002, *Bull. II*, n° 120 ; *JCP.G.* 2002, I. 101, n° 5, obs. Th. FOSSIER ; *D.* 2002, p. 2750, note M. HUYETTE ; *RTD. civ*. 2002, p. 825, obs. P. JOURDAIN ; *Dr. fam*. 2002 comm. 109, obs. J. JULIEN ; *AJDA* 2002, p. 1378, obs. C. GUETTIER ; *JCP.G.* 2003, I. 154, n° 37 à 45, obs. G. VINEY.
-Colmar, 7 juin 2002, *Juris-Data* n° 192828.
-Metz, 18 juin 2002, *Juris-Data*, n° 199281.
-Cass. 2ème civ., 20 juin 2002, *Bull. II*, n° 136.
-Cass. 2ème civ., 20 juin 2002, *Inédit,* n° 00-17179.
-Cass. 2ème civ., 27 juin 2002, *Inédit*, n° 00-18719
-Cass. 2ème civ., 11 juillet 2002, *Bull. II*, n° 160 ; *Resp. civ. Ass*. 2002, comm. n° 331.
-Cass. crim., 17 septembre 2002, *Bull. crim.*, n° 165.
-Cass. 1ère civ., 2 oct. 2002, *Bull. I*, n° 226 ; *JCP. G*. 2003, I. 152, chr. G. VINEY.
-Cass. 2ème civ., 10 octobre 2002, *Bull. II,* n° 222 ; *LPA.* 27 décembre 2002, p. 12, obs. E. DERIEUX.
-Cass. 2ème civ., 7 novembre 2002, *Inédit*, n° 01-03520.
-Cass. soc., 12 novembre 2002, *Bull. V*, n° 339 ; *D*. 2004, p. 661, J.-G. MAHINGA ; *RDC.* 2003, chr. p. 206, note P. DEUMIER ; *RCDIP.* 2003, p. 446, note F. JAULT ; *Dr. soc.* 2003, p. 339, note M-A. MOREAU ; *Lamy droit des affaires* 2003, p. 47, obs. L. COSTES ; *TPS.* 2003, p. 6, note P. COURSIER ; *JCP. S*. 2005, I. 1026, A. SINAY-CYTERMANN.
-Cass. 1ère civ., 22 novembre 2007, *Bull. I,* n° 1344 ; *D.* 2008, AJ., p. 17.
-Cass. 2ème civ., 28 novembre 2002, *Inédit*, n° 01-11139 ; *Resp. civ. Ass*. comm. n° 94.
-Cass. 2ème civ., 12 décembre 2002, *Bull. II,* n° 289 ; *JCP.G*. 2003, I. 154, obs. G. VINEY ; *Resp. civ. Ass.* 2003, comm. n° 28, chr. 4 par H. GROUTEL ; *RTD. civ*. 2003, p. 305, obs. P. JOURDAIN ; *LPA.7* avril 2003, note F. BUY.

-2003-

-Cass. 2ème civ., 23 janvier 2003, *Bull. II, n° 7* ; *Resp. civ. Ass.* 2003, comm. n° 104, obs., H. GROUTEL.
-Cass. 2ème civ., 23 janvier 2003 (2 arrêts), *Bull. II*, n° 17 et n° 18 ; *Resp. civ. Ass* 2003, comm. n°95 et n°96.
-Cass. 2ème civ., 23 janvier 2003, *Inédit*, n° 00-21430 ; *Resp. civ. Ass.* 2003, comm. n° 93.
-Cass. 2ème civ., 6 février 2003, *Bull. II*, n° 32 ; *LPA.* 16 juillet 2003, p. 21, obs. E. DERIEUX
-Cass. 3ème civ., 19 février 2003, *Inédit*, 01-12036 ; *AJDI.* 2003, p. 377, obs. O. ABRAM.
-Cass. 1ère civ., 27 février 2003, *Inédit*, n° 01-14083 ; *Juris-Data*, n° 2003-017719.
-Cass. 2ème civ., 27 février 2003, *Bull. II*, n° 45 ; *Resp. civ. Ass.* 2003, comm. n° 95.
-Cass. 2ème civ., 6 mars 2003, *Bull. II*, n° 57 ; *RTD. civ*. 2003, p. 310, obs. P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass*. 2003, comm. n°200, obs. H. GROUTEL ; *D.* 2003, IR, p. 867.
-Cass. 1ère civ., 1er avril 2003, *Bull. I*, n° 95 ; *RTD. civ*. 2003, p. 506, obs. P. JOURDAIN ; *JCP. G*. 2004, I. 101, obs. G. VINEY.
-Cass. 2ème civ., 20 avril 2003, *Bull. II*, n° 104 ; *RTD. civ*. 2003, p. 515, obs. P. JOURDAIN.

-Grenoble, 27 mai 2003, *Juris-Data*, n° 221108.
-Cass. 1ère civ. 11 juin 2003, *Inédit* titré, n° 99-17956.
-Cass. 3ème civ., 12 juin 2003, *Inédit* , n° 01-1361.
-Cass. 2èmeciv., 26 juin 2003, *Bull II,* n° 206 ; *RTD. civ*. 2003, p. 720, obs. P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass*. 2003, chr. 24, obs. H. GROUTEL.
-Cass. 2ème civ., 18 septembre 2003, *Bull. II*, n° 288 ; *Resp. civ. Ass*. 2004, comm. n° 7, obs. H. GROUTEL.
-Cass. 1ère civ., 30 septembre 2003, *Bull. I*, n° 19 ; *JCP.G*. 2004, I, 280, chr., S. POILLOT-PERUZZETTO, I. RUEDA et C. DELPY ; *Dr. et pat.* 2004, p. 121, note F. CHABAS ; *RGDA.* 2004, p. 270, note V. HEUZE ; *JDI.* 2005, p. 124, note G. LEGIER.
-Cass. 2ème civ., 9 octobre 2003, *Bull. II*, n° 293 ; *D.* 2004, J., p. 590, note E. DREYER.
-Cass. 2ème civ.,9 octobre 2003, *Bull. II*, n° 294 ; *D.* 2003, IR, p. 2550 ; *Resp. civ. Ass*. comm. n° 37, obs. H. GROUTEL.
-Cass. 2ème civ., 23 octobre 2003, *Bull. II*, n° 315 ; *Resp. civ. Ass.* 2004, comm. n° 6.
-Cass., 2ème civ., 23 octobre 2003, *Bull. II*, n° 322 ; *D*. 2004, J., p. 834.
-Cass. com., 5 novembre 2003, *Bull. IV*, n° 159 ; *DMF.* 2004, p. 331, obs. P. BONASSIES *Resp. civ. Ass*. 2004, comm. n°45, obs. H. GROUTEL ; *Lamy droit civil* 2004, p. 17, obs. A. MARCHAND.
-Cass. 2ème civ., 20 novembre 2003, *Bull*. II, n° 356 ; *RTD. civ*. 2004, p. 106, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2003, IR, p. 3009 ; *D*. 2004, p. 300, note G. BOUCHE ; *JCP. G*. 2004, II. 10017, note J. MOULY ; *JCP. G*. 2004, II. 163, obs. G. VINEY ; *Resp. civ. Ass.* 2004, étude n°1, par J.-C. SAINT-PAU.
-Cass. 2ème civ., 18 décembre 2003, *Bull. II*, n° 392 ; *D.* 2004, IR. 185 ; *GP.* 2004, I, p. 1059, concl. DOMINGO.

-2004-

-Cass. com, 11 février 2004, *Bull. IV,* n° 26 ; *Defrénois*, 2004, p. 724, obs. Ph. THERY.
-Cass. 1ère civ., 17 février 2004, *Inédit*, n° 02-13461 ; *Juris-Data* n° 2004-022490 ; *Dr. fam.* 2004, comm. n°201, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.
-Cass. 1ère civ., 24 février 2004, *Bull. I,* n° 60, p. 47 ; *RD banc. et fin*. 2004, comm. n°112.
-TGI. Albertville, 5 mars 2004, *GP.* 2005, 1, 162.
-Cass. 2ème civ., 10 mars 2004, *Bull. II*, n° 114 ; *GP.* 6 et 7 janvier 2006, p. 31, obs. S. LASFARGEAS.
-Cass. 2ème civ., 18 mars2004, *Bull. II*, n° 128 ; *Resp. civ. Ass*. 2004, comm. n° 183, obs. H. GROUTEL ; *JCP. G.* 2004, IV.1994.
-Cass. 2ème civ., 8 avril 2004, *Inédit* , n° 03-11755.
-Cass. 2ème civ., 8 avril 2004, *Bull. II*, n° 182 ; *Resp. civ. Ass*. 2004, comm. n° 225.
-Cass. 2ème civ., 8 avril 2004, *Bull. II*, n° 194 ; *RTD*. civ. 2004, p. 517, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2004, p. 2601, note Y.-M. SERINET ; *JCP. G*. 2004, II. 10131, note M. IMBERT.
-Versailles, 30 avril 2004 (deux arrêts), *D.* 2004, p. 2071, note A. GOSSEMENT ; *Resp. civ. Ass.* 2004, chr. 22, obs. C. RADE ; *LPA.* 22 juin 2005, p. 22, note P.-L. NIEL.

-Cass. 2ème civ., 13 mai 2004, *Bull. II*, n° 224 ; *RTD. civ*. 2004, p. 744, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. crim., 18 mai 2004, *Bull. crim*., n° 123 ; *RTD. civ*. 2005, p. 140, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. 3ème civ., 8 juin 2004, *Inédit,* n° 02-20921.
-Cons. const., 10 juin 2004, *2004-496 DC*.
-Cass. 3ème civ., 30 juin 2004, *Bull. III*, n° 140.
-Cass. 2èmeciv., 8 juillet 2004, *Bull. II*, n° 343.
-Cass. 2ème civ., 23 septembre 2004, *Inédit*, n° 03-16445 ; *Resp. civ. Ass.* comm. n° 321, obs. S. HOCQUET-BERG.
-Cass. 2ème civ., 23 septembre 2004, *Bull. II,* n° 425 ; *GP.* 6 et 7 janvier 2006, p. 24, note P. GUERDER.
-Cass. 2ème civ., 23 septembre 2004, *Inédit,* n° 03-10672 *; Resp. civ. Ass.* 2004, comm. n° 317
-Cass. 2ème civ., 7 octobre 2004, *Bull. II*, n° 445, p. 379 ; *Resp. civ. Ass*. 2004, comm. n°376.
-Cass. 2ème civ., 7 octobre 2004, *Bull. II,* n° 447.
-Cass. 1ère civ., 19 octobre 2004, *Bull. I,* n° 224 ; *D.* 2005, p. 878, note C. MONTFORT ; *D.* 2005, p. 1192, pan. P. COURBE et H. CHANTELOUP ; *Dr. et pat.* 2005, p. 109, note M.-E. ANCEL.
-Cass. 2ème civ., 21 octobre 2004, *Bull. II,* n° 477 ; *D.* 2005, p. 40, note J.-B. LAYDU ; *RTD. civ*. 2005, p. 412, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. 2ème civ., 4 décembre 2004, *Bull. II*, n° 365.

-2005-

-Cass. 1ère civ., 11 janvier 2005, *Bull. I*., n° 13 ; *RTD. civ*. 2005, p. 375, note J. HAUSER ; *Lamy droit des contrats* 2005/14, n° 592, obs. G. SERRA
-Cass. 2ème civ., 13 janvier 2005, *Bull. II*, n° 10 ; *JCP. G*. 2005, IV. 1355 ; *Resp. civ. Ass.* 2005, comm. n° 81.
-Cass. 2ème civ., 3 février 2005, *Inédit,* n° 03-20545.
-Cass. 2ème civ., 3 février 2005, *Bull. II,* n° 22 ; *JCP. G.* 2005, IV. 1536.
-Cass. crim., 8 février 2005, *Bull. crim.,* n° 44 ; *JCP. G*. 2005 I. 149, n° 5, obs. G. VINEY ; *JCP. G*. 2005 II. 10049, obs. M.-F. STEINLE-FEUERBACH ; *Resp. civ. Ass.* 2005, comm. n° 118, note H. GROUTEL.
-Cass. 2ème civ., 17 mars 2005, *Inédit,* n° 03-20393 *; Resp. civ. et Ass*. 2005, comm. n° 10, note H. GROUTEL.
-Cass. 1ère civ., 5 avril 2005, *Bull. I,* n° 173 ; *JCP. G.* 2005, II. 10085, note L. GRYMBAUM et J.-M. JOB ; *JCP. G.* 2005, I. 159, obs. G. VINEY; *D.* 2005, p. 2256, note A. GORNY; *RTD. civ*. 2005, p. 607, obs. P. JOURDAIN; *Resp. civ. Ass.* 2005, comm. n° 189, obs. C. RADE.
-Cass. 3ème civ., 13 avril 2005, *Bull. III,* n° 89, *Resp. civ. Ass.* 2005, comm. n° 184.
-Cass. 3ème civ., 22 juin 2005, *Bull. III*, n° 136 ; *Resp. civ. Ass.* 2005, comm. n° 288, note H. GROUTEL ; *RTD. civ*. 2005, p. 788, obs. P. JOURDAIN ; *RD Im.* 2005, p. 161.

-Cons. const., 7 juillet 2005, *n° 2005-516 DC* ; *LPA.* 24 août 2005, p. 3, note J.-E. SCHOETTL ; *RFDA* 2005, p. 930, note W. SABETE ; *LPA.* 8 mai 2006, p. 19, note L. JANICOT ; *LPA.* 10 mai 2006, p. 4, note L. JANICOT ; *D.* 2006, pan, p. 826, note V. OGIER-BERNAUD et C. SEVERINO.
-Cons. Const., 22 juillet 2005, *JCP. G.* 2006, I. 111, n°8, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *LPA.* 4 août 2005, p. 14, note J.-E. SCHOETTL ; *LPA.* 17 février 2006, p. 58, note A. REYGROBELLET ; *D.* 2005, chr. p. 1478, R. ROUTIER ; *D.* 2006, p. 2916, R. ROUTIER.
-Cass. 2ème civ., 22 septembre 2005, *Bull. II,* n° 233 ; *JCP. G.* 2005, II. 10000, note D. BAKOUCHE.
-Cass. 1ère civ., 27 septembre 2005, *Bull. I,* n° 348 ; *GP.* 16 et 17 décembre 2005, p. 4149, note S. LASFAGEAS ; *Lamy droit de l'immatériel* 2005, n° 9, note L. COSTES ; *D.* 2006, J., p. 485, note T. HASSLER ; *D.* 2006, p. 768, note G. LECUYER ; *D.* 2006, doct., p. 1337, note E. DREYER ; *RTD. civ*. 2006, p. 126, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. 2ème civ., 13 octobre 2005, *Inédit*, n° 03-20393
-Cass. soc., 20 octobre 2005, *Bull. II*, n° 263.
-Cass. 2ème civ., 20 octobre 2005, *Bull. II,* n° 255 ; *RTD. civ.* 2006, p. 136, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2006, p. 1938, obs. Ph. BRUN ; *Resp. civ. Ass*. 2006, comm. n° 361, par H. GROUTEL.
-Cass. 2ème civ., 20 octobre 2005, *Bull. II,* n° 275 ; *RTD. civ*. 2006, p. 122, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2006, p. 492, note G. CHANTEPIE.
-Cass. 2ème civ., 17 novembre 2005, *Bull. II,* n° 291 ; *Lamy droit civil*, 2006, actualité, n° 2402-2006 ; *GP.* mai 2006, J., p.30 ; *Resp. civ. Ass.* 2005, études n° 19, p. 11, par. H. GROUTEL.

-2006-

-CJCE., 10 janvier 2006, *Skov Aeg c/ Bilka Lavprisvarehus AS et autres*, aff. C-402/03 ; *RTD. civ*. 2006, p. 333, obs. P. JOUDAIN ; *D.* 2006, p. 1259 obs. C. NOURISSAT.
-Cass. com., 24 janvier 2006, *Navires Aura et Passion*, *Bull. IV* n°14 ; *DMF*, 2006, p. 990, note D. LE PRADO ; *DMF.* 2006, p. 1003, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Resp. civ. Ass*. 2006, étude n° 6, note A. VIALARD
-Cass. 1ère civ., 24 janvier 2006, *Bull. I*, n° 34 ; *JCP. G*. 2006, I. 166, chr., obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *JCP.G*. 2006 II. 10082, note L. GRYNBAUM ; *D*. 2006, *pan*. p. 1929, obs. Ph. BRUN, P. JOURDAIN ; *LPA.* 13 juillet 2006, p. 10, note J.-D. SARCELET ; *RD san. et soc*. 2006, p. 495, note J. PEIGNE ; *Lamy droit civil* 2006, n° 26, p. 22, note C. KLEITZ ; *Lamy droit civil* 2006, n° 27, p. 13, note A. REGNIAULT et J.-A., ROBERT ; *RTD. civ.* 2006, p. 323, note P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass.* 2006, p. 15, note C. RADE.
-Cass. com, 31 janvier 2006, *Inédit*, n° 04-15341.
-CE., 1er février 2006, *garde des Sceaux contre MAIF*, *Resp. civ. Ass.* 2006, comm. n° 142, obs. C. GUETTIER.
-Cass. 1ère civ., 7 février 2006, *Bull*. I, n° 59 ; *Rev. juridique personnes, famille* 2006, n°5 ; *RTD. civ*. 2006, p. 279, obs. J. HAUSER ; *JCP. G*. 2006, p. 560, note G. LOISEAU ; *GP.* 2006, p. 6, n° 162, note J. SAINTE-ROSE ; *GP.* 2007, p. 26, n° 117, note L. MARINO.

-Cass. 2ème civ., 8 février 2006, *Inédit*, n° 04-19371 ; *GP.* 16 et 17 août 2006, p. 11, obs. A. PAULIN ; *Resp. civ. Ass.* 2006, chr. 110, note H. GROUTEL.
-Cass. com., 14 février 2006, *Inédit*, n° 03-18686.
-Cass. 1ère civ., 21 février 2006, *Bull. I*, n° 86 ; *Procédures* 2006, n° 98, obs. R. PERROT.
-Cass. 1ère civ., 21 février 2006, *Bull. I.*, n° 97 ; *Rev. juridique personnes, famille* 2006, n°5 ; *LP.* 2006, p. 95, note T. HASSLER.
-Cass. 1ère civ., 7 mars 2006 (2 arrêts), *Bull. I*, n°142 et 143 ; *Resp. civ. Ass.* 2006, comm. n° 164, obs. C. RADE ; *RTD. civ*. 2006, p. 565 s., obs. P. JOURDAIN ; *RTD. civ*. 2006 p. 906, B. BOULOC ; *JCP. G.* 2006, I. 166, chr., obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *Lamy droit civil* 2006, n° 26, p. 22, note C. KLEITZ ; *Médecine et droit* 2007, p. 33, M.-F. DELHOST ; *GP.* 11 mars 2009, p. 56, C. LEQUILLERIER.
-Cass., 1ère civ., 28 mars 2006, *Bull. I,* n° 182 ; *JCP. G*. 2006, IV. 1958.
-Cass. 1ère civ., 25 avril 2006, *Bull. I*, n° 196.
-Cass. soc., 10 mai 2006, *Bull. V*, n° 168 ; *D.* 2006, p. 1400, note P. GUIOMARD ; *JCP. G*. 2006, II. 10121, note S. BOLLEE ; *RCDIP.* 2006, n° 4, p. 856, note E. PATAUT et P. HAMMJE ; *JCP. S*. 2006, p. 36, note C. WILLMANN ; *RDC.* 2006, n° 4, p. 1260, note P. DEUMIER ; *JDI.* 2007, n°2, p. 531, note J.-M. JACQUET.
-Cass. 1èreciv., 16 mai 2006, *Bull. I*, n° 249 ; *Resp. civ. Ass.* 2006, comm. n° 217.
-Cass. 1ère civ., 30 mai 2006, *Bull. I,* n° 273 ; *GP*. 2006, pan., p. 24.
-Cass. 1ère civ., 5 juillet 2006, *Inédit*, *Juris-Data*, n° 2006-034654.
-Cass. AP., 7 juillet 2006, *Bull. AP*., n° 8 ; *D.* 2006, p. 2135, note L. WEILLER ; *RTD. civ*. 2006, p. 825, obs. R. PERROT ; *RTD. civ*. 2006, p. 723, obs. R. MARTIN ; *Procédure*s 2006, comm. n° 10, obs. H. CROZE ; *RD Im.* 2006, p. 500, note Ph. MALINVAUD ; *Dr. et pat.* 2007, p. 110, note S. AMRANI-MEKKI ; *Lamy droit civil* 2007, p. 57, obs. L. MINIATO ; *JCP. G.* 2007, II. 10070, obs. G. WIEDERKEHR ; *GP.* 2007, p. 398, note M.-O. GAIN.
-Cons. const., 27 juillet 2006, 2006-540 DC.
-Cass. 2ème civ., 5 octobre 2006, *Bull. II*, n° 257 ; *JCP. G*. 2006, IV. 3090.
-Cass. 2ème civ., 19 octobre 2006, *Inédit*, n° 05-14525.
-Cass. 2ème civ., 16 novembre 2006, *Bull. II,* n° 320 ; *JCP. G*. 2007, II. 10032, note L. MAYAUX.

-2007-

-Cass. 1ère civ., 16 janvier 2007, *Bull. I*, n° 18.
-Cass. 2ème civ., 25 janvier 2007, *Bull II*, n° 19 ; *RTD. civ*. 2007, p. 354, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. 2ème civ., 25 janvier 2007, *Bull. II*, n° 50 ; *JCP. G*. 2007, II. 10035, note C. RADE ; *D.* 2007, p. 443, obs. I. GALLMEISTE ; *RTD. civ*. 2007, p. 362, obs. P. JOURDAIN ; *GP.* 7 juin 2007, p. 34, note M. BACACHE-GIBEILI.
-Cass. com., 20 février 2007, *Bull. IV*, n° 49.
-Cass. 2ème civ., 15 mars 2007, *Bull. II*, n° 67.
-Cass. 1ère civ., 20 mars 2007, *Bull. I*, n° 124 ; *D.* 2007, AJ., p. 1023 et p. 2897, note P. JOURDAIN ; *JCP. G.*, II, 10141, note E. DERIEUX ; *Resp. civ. Ass.*, comm. n° 175.

-Cass. 1ère civ., 3 mai 2007, *Inédit*, n° 05-19454.
-Cass. 1ère civ., 15 mai 2007, *Bull. I*, n° 186 ; *RTD.civ*. 2007, p. 580, obs. P. JOURDAIN ; . *D.* 2007, pan. p. 2897, note Ph. BRUN.
-Cass. soc., 23 mai 2007, *Bull. V*, n° 85.
-Cass. 1ère, civ., 31 mai 2007, *Bull. I,* n° 215 ; *Com. com. élect.* 2007, comm. n° 138, note A. LEPAGE ; *D.* 2007, p. 2897, note P. JOURDAIN.
-Cass. 1ère civ., 28 juin 2007, *Bull. I,* n° 247 ; *Lamy droit civil* 2007, p. 43, note G. MARRAUD des GROTTES ; *GP.* 10 juillet 2008, p. 27, note S. LASFARGEAS.
-Cass. AP., 29 juin 2007, *Bull. AP.*, n° 7 ; *JCP.G*. 2007, II. 10150, note J.-M. MARMAYOU ; *LPA.* 24 septembre 2007, p. 4, note J. MOULY ; *D.* 2007, p. 2455, obs. I. GALLMEISTER ; *ibid*. p. 2346, obs. F. LAGARDE ; *ibid.* p. 2408, chr. J. FRANÇOIS ; *ibid*. p. 2897, obs. Ph. BRUN ; *GAJC.* n° 227-229 ; *RTD. civ*. 2007, p. 782, note P. JOURDAIN ; *Resp. civ. Ass*. 2007, étude n° 17 par S. HOCQUET-BERG.
-Cass. com., 10 juillet 2007, *Inédit*, n° 06-16165.
-Cass. 2ème civ., 13 septembre 2007, *Inédit*, n° 06-17992.
-Cass. 2ème civ., 25 octobre 2007, *Bull. II,* n° 241 ; *D.* 2007, AJ. p. 2988 ; *LPA.* 1er et 2 janvier 2008, p. 13, obs. J.-F. BARBIERI.
-Cass. AP., 21 décembre 2007, *Bull. AP.* n° 10 ; *JCP. G*. 2008, I. 138, n° 9, obs. AMRANI-MEKKI ; *JCP. G.* 2008, II. 10006, note L. WEILLER ; *D*. 2008, p. 228, note L. DARGENT ; *Procédures,* 2008, n° 70, obs. R. PERROT.

-2008-

-Cass. 3ème civ., 13 février 2008, *Bull. III*, n° 28 ; *D.* 2008, p. 621, note p. G. FOREST.
-TGI Nanterre, 28 février 2008, *Lamy droit de l'immatériel* 2008/36, n° 1215.
-Cass. 1ère civ., 5 mars 2008, *Inédit*, n° 07-13902.
-Cass. com., 18 mars 2008, *Bull. IV,* n° 63 ; Cahier du droit du sport 2008, n° 12, p. 87, note B. BRIGNON.
-Cass. 1ère civ., 8 avril 2008, *Bull. I.,* n° 104 ; *JCP. G*. 2008, II. 10106, note C. HUGON ; *RTD. civ*. 2008, p. 487, obs. P. JOURDAIN.
-Cass. 2ème civ., 10 avril 2008, *Inédit,* n° 07-12104.
-Aix en Provence, 3 juin 2008, *BICC* 15 juillet 2009, n° 1108.
-Cass. 2ème civ., 19 juin 2008, *Bull. II,* n° 144 *; D.* 2008, J., p. 2205, note M.HUYETTE.
-Cass. 1ère civ., 25 juin 2008, *Bull. I*, n° 185 ; *JCP.G*. 2008, IV. p. 2365 ; *AJF.* 2008, p. 394, note F. CHENEDE ; *Defrénois*, 2008, art. 38838, n° 7, obs. R. LIBCHABER ; *RDC.* 2008, p. 1138, obs. Y.-M. LAITHIER.
-T. com. Bruxelles, 31 juillet 2008, *Lamy droit de l'immatériel* 2008/41, n° 1359 ; *Lamy droit de l'immatériel* 2008/43, n° 1416, comm. O. SASSERATH.
-Cass. 2ème civ., 16 octobre 2008, *Bull. II,* n° 211 ; *Const. urb.*2008, comm. n° 185, C. SIZAIRE ; *Resp. civ. Ass.* 2008, p. 17 note H. GROUTEL ; *RD Im.* 2008, p. 558, note G. LEGUAY; *Annales des loyers* 2009, p. 646, note V. PERRUCHOT-TRIBOULET ; *LPA.* 13 octobre 2009, p. 5, note A. VIGNON-BARRAULT et Ph. CASSON ; *RTD. civ*. 2009, p. 128, note P. JOURDAIN.

-Cass. 1ère civ., 30 octobre 2008, *Bull. I.*, n° 244 ; *JCP. G.* 2009, II. 10006, note E. DREYER ; *Com. com. élect*., 2008, comm. n° 139, obs. A. LEPAGE ; *RTD. civ*., 2009, p. 331, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2009, pan. p. 1179, note T. MASSIS.
-Cass. 1ère civ., 13 novembre 2008, *Bull. I,* n° 258 ; *D.* 2009, p. 263, B. EDELMAN ; *D.* 2009, p. 266, E. TREPPOZ.
-Paris, 21 novembre 2008, *Lamy droit de l'immatériel* 2008/44, n° 1464 ; *Lamy droit de l'immatériel* 2009/45, n° 1486, comm. A. SAINT MARTIN.
-Cass. 1ère civ., 27 novembre 2008, *Bull. I,* n° 272 ; *D.* 2009, p. 1122, note Y. DAGORNE-LABBE.
-Cass. 2ème civ., 4 décembre 2008, *Inédit***,** n°08-10155.

-2009-

-Cass. 2ème civ., 22 janvier 2009, *Bull. II*, n° 26.
-Cass. 2ème civ., 5 février 2009, *Inédit,* n° 07-19966 ; *BICC* 15 juin 2009, n°813.
-Cass. 2ème civ., 12 mars 2009, *Bull. II*, n° 69 ; *BICC* 15 juillet 2009, n° 1030.
-Cass. 1ère civ., 2 avril 2009, *Bull. I*, n° 74 ; *JCP. G.* 2009, p. 259, note Y. DAGORNE-LABBE ; *Defrénois* 2009, n° 12, p. 1285, note E. SAVAUX ; *D.* 2009, chr., p. 2066, note P. CHAUVIN, N. AUROY et C. CRETON ; *RDC.* 2009, chr. p. 1177, note S. GAUDEMET.
-Cass. 1ère civ., 6 mai 2009, *Inédit* n° 08-14469 ; *Defrénois* 2009, n° 12, p. 1286, note E. SAVAUX ; *Dr. fam*. 2009, p. 22, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.
-Cass. 1ère civ., 14 mai 2009, *Inédit*, n° 07-21885.
-Cass. 2ème civ., 28 mai 2009, *Bull. II,* n° 128 ; *JCP. G.* 2009, n° 95, p. 18, note J. MOULY ; *Resp. civ. Ass*. 2009, étude 11, par H. GROUTEL ; *D.* 2009, AJ., p. 1606, obs. I. GALLMEISTER ; *Ibid*. J. p. 2667, note N. PIERRE ; *RTD. civ*., 2009, p. 541, obs. P. JOURDAIN ; *GP.* 31 août 2009, p. 12, note L. CLERC-RENAUD ; *D*. 2010, p. 49, obs. Ph. BRUN.
-Cass. 2ème civ., 11 juin 2009, *Bull. II, n° 145 ; Resp. civ. Ass*. 2009, étude 11, par H. GROUTEL.
-Cass. 2èmeciv., 22 octobre 2009, *Bull. II*, n° 255 ; *D*. 2009, A.J., p. 2684, note I. GALLMEISTER ; *Const. urb.* 2009, comm. n° 160, C. SIZAIRE et M.-L. PAGES-DE-VARENNE ; *GP.* 2009, p. 14, note F. DESPREZ ; *Lexbase Hebdo* novembre 2009, n° 371, D. BAKOUCHE ; *D*. 2010, p. 413, obs. B. DULOUM ; *Resp. civ. Ass.* 2010, p. 19, obs. L. BLOCH ; *Lamy droit civil* 2010, n° 68, p. 15, note J. JULIEN.
-Cass. 2ème civ., 17 décembre 2009, *Inédit,* n° 08-20699 *; Resp. civ. Ass.* 2010, comm. n° 74.
-Cass. 2ème civ., 17 décembre 2009, *Inédit,* n° 08-70326.

-2010-

-Cass. 1ère civ., 14 janvier 2010, *Tiscali*, *Bull. I*, n° 8 ; *Com. com. élect*. 2010, n° 25, comm. Ph. STOFFEL-MUNCK. ; *Com. com. élect*. 2010, n°7, comm. E. DREYER ; *D*. 2010, Pan., p. 1966, note J. LARIEU, Ch. LE STANC et P. TREFIGNY-GOY ; *GP.* 2010, p. 169, V. DAHAN ; *Lamy droit de l'immatériel* 2010, p. 33, note M. SCHAFFNER et G. SROUSSI ;

Lamy droit de l'immatériel 2010, p. 55, note L. COSTES ; *Lamy droit de l'immatériel* 2010, p. 70, note A. SAINT-MA RTIN ; *RTD*. com. 2010, p. 307, note F. POLLAUD-DULIAN; *LP.* 2010, p. 270, note J. HUET.
-Cass. 1ère civ., 11 février 2010, *Inédit*, n°08-22111 ; *D*. 2010, p. 780, note E. DREYER.
-Cass. com., 14 février 2010, *Inédit*, n° 09-13488.
-Cass. 2ème civ., 18 février 2010, *Inédit,* n° 09-65351.
-Cass. 1ère civ. 11 mars 2010, Bull. I, n° 63 ; *D.* 2010, p. 1119, note M. BACACHE ; *JCP. G.* 2010, p. 379, note P. JOURDAIN; *Resp. civ. Ass*. 2010, etude n° 5, obs. S. HOCQUET-BERG ; *Lamy droit des contrats* 2010, p. 74, note P. PIERRE et C. CORGAS-BERNARD ; *D.* 2011, pan. p. 35, note O. GOUT.
-Cass. 3ème civ., 16 mars 2010*, Inédit*,n° 09-12747.
-Orléans, 22 mars 2010, *Com. com. élect*. 2010, n° 91, note A. LEPAGE.
-CJUE., 23 mars 2010, C-236/08 à C-238/08 ; *Com. com. élect.* 2010, n° 88, com. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RJDA.* 2010, p. 659, note P. CADIO et A. GENDREAU ; *Lamy droit des affaires* 2010, p. 23, note M. FILIOL DE RAIMOND ; *GP.* 2010, p. 14, note V. BRUNOT ; *D.* 2010, p. 885, note C. MANARA.
-Cass. 2ème civ., 15 avril 2010, *Inédit*, n° 09-14682 ; *Resp. civ. Ass.* 2010, comm. n° 171.
-Cass. com., 4 mai 2010, *Inédit*, n° 09-14436.
-Cass. AP., 7 mai 2010, *Inédit*, n° 09-15034 ; *Resp. civ. Ass.* 2010, comm. n° 169, H. GROUTEL.
-Cass. soc., 11 mai 2010, *Bull. V*, n° 106 ; *JCP. E*. 2010, p. 38, note D. ASQUINAZI-BAILLEUX ; *JCP. G*. 2010, chr., p. 1914, note Ph. STOFFEL-MUNCK et C. BLOCH; *D.* 2010, pan. p. 35 note O. GOUT ; *D.* 2010 p. 2048, note Ch. BERNARD ; *LPA.* 16 août 2010, pan., p. 3, note G. PICCA et A. SAURET ; *RTD. civ*. 2010, p. 564, note P. JOURDAIN ; *Dr. soc*. 2010, p. 839, note J. DUPLAT ; *JCP. S*. 2010, p. 30, note G. VACHET ; *GP.* 2010, p. 38, note B. BOUBLI.
-Cass. 2ème civ., 12 mai 2010, *Inédit*, n° 09-13297.
-Cons. Const. 12 mai 2010, 2010-2 QPC ; *LPA*. 11 janvier 2011, note L. JANICOT.
-Cass. com., 18 mai 2010, *Inédit*, n° 09-14615.
-TGI Paris, 19 mai 2010, *LP.* 2010, p. 290, note F. MASURE.
-Cass. 2ème civ. 20 mai 2010, *Inédit*, n° 09-14111 ; *D*. 2010, p. 780, note E. DREYER ; *Lamy droit de l'immatériel*, 2010, p. 50.
-Cass. com., 26 mai 2010, Bull. IV, n° 99 ; *Resp. civ. Ass*., 2010, comm. n° 256 ; RTD. civ. 2010, p. 790, note P. JOURDAIN ; *RDC.* 2010, p. 1265, note S. CARVAL.
-Cass. 1ère civ., 3 juin 2010, *Bull. I*, n° 128 ; *D.* 2010, pan. p. 35, note O. GOUT ; *ibid*. p. 1484, obs. I. GALLMEISTER; *ibid*. p. 1522, note P. SARGOS; *ibid.* p. 1801, point de vue D. BERT ; *ibid*. p. 2092, chr. N. AUROY et C. CRETON ; *RTD. civ*., 2010, p. 571, note P. JOURDAIN ; *JCP. G*., 2010, p. 788, note S. PORCHY-SIMON ; *LPA.* 17-18 août 2010, note R. MILAWSKI ; *RDC.* 2011, p. 335, note M. BACACHE.
-Cass. com., 7 juin 2010, *Inédit,* n° 1019742.
-Cons. Const., 11 juin 2010, 2010-2 QPC ; *RJEP.* 2010, note P. SARGOS ; *D.* 2010, p. 1976, note D. VIGNEAU.

-Cons. Const., 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC ; *D.* 2011, p. 35, note Ph. BRUN ; *idem*, p. 459, chr. S. PORCHY-SIMON ; *Resp. civ. Ass*., 2010, étude n° 8, par H. GROUTEL ;
-Cass. com., 29 juin 2010, *Inédit*, n° 09-67222.
-Cass. 2ème civ., 8 juillet 2010, *Inédit*, n° 09-68212 ; *Resp. civ. Ass*. 2010, comm. n° 277, par H. GROUTEL ; *D.* 2011, p. 35 obs. Ph. BRUN ; *Lamy droit civil*, 2010, p. 25, note A. PAULIN.
-Cass. com., 13 juillet 2010, *Bull. IV*, n° 122 à 124
-Paris, 10 septembre 2010, *LP.* 2010, p. 421, note B. ADER.
-Cass. 2ème civ., 16 septembre 2010, *Inédit*, n° 09-16843 ; *Resp. civ. Ass*. 2010, comm. n° 277, par H. GROUTEL ; *D.* 2011, p. 35 obs. Ph. BRUN.
-Cass. 1ère civ., 6 octobre 2010, *Inédit*, n° 09-68657 ; *RTD. civ*., 2011, p. 107, note J. HAUSER.
-Cass. com., 9 novembre 2010, *Inédit*, n° 09-13144.
-Besançon, 17 novembre 2010, JCP. G. 2011, I. 164.
-Cass. com., 23 novembre 2010, *Inédit*, n° 07-19543.
-Cass. 1ère civ., 1er décembre 2010, *Resp. civ. Ass*. 2011, comm. n° 100 ; *Resp. civ. Ass*. 2011, étude n° 5 par V. WESTER-OUISSE ; *JCP. G*. 2011, chr. n°11, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK, *D.* 2011, p. 423, note F.-X. LICARI.
-Cass. 1ère civ., 9 décembre 2010, *Inédit*, n° 09-16795 ; *RTD. civ*., 2011, p. 107, note J. HAUSER.
-Cass. 2ème civ., 16 décembre 2010, *Inédit*, n° 10-11469 ; *Resp. civ. Ass.* 2011, comm. n° 10 ; *D*. 2010, p. 780, note E. DREYER.

-2011-

-Cass. 3ème civ., 27 janvier 2011, *Bull. III*, n° 17 ; Resp. civ. Ass., 2011, comm. n° 102, obs. G. COURTIEU.
-Cass. 1ère civ., 3 février 2011, *Bull. I* n° 109 ; *JCP. G* . 2011, p. 308 et p. 637, notes E. DREYER ; *Resp. civ. Ass.* 2011, p. 27, comm. n° 150, par H. GROUTEL ; *Lexbase Hebdo* 2011, n° 435, chr., D. BAKOUCHE.
-Cass. com., 8 février 2011, *Inédit*, n° 09-6984.
-Cass. com. 8 février 2011, *Inédit*, n° 09-13610.
-Cass. crim 8 février 2011, *Bull. crim* n° 20 ; *Resp. civ. Ass.* 2011, com. 161, par H. GROUTEL ; *Lamy droit civil*, 2011, p. 23, note J.-P. BUGNICOURT ; *JCP. G.* 2011, p. 927, note L. PERDRIX.
-Cass. 1ère civ., 17 février 2011, *Bull. I*, n° 164 ; *Com. com. élect*. 2011, p. 27, note Ch. CARON ; *Resp. civ. Ass.* 2011, étude n° 8, par L. MARINO.
-Cass. 1ère civ., 17 février 2011, *Bull. I*, n° 165 ; *Com. com. élect*. 2011, p. 27, note Ch. CARON ; *JCP. G*. 2011, p. 863, note A. DEBET ; *D.* 2011, Act. p. 668, note C. MANARA ; *D* 2011, p. 1113, note L. GRYNBAUM ; *Lamy droit de l'immatériel* 2011, p. 10, note C. CASTETS-RENARD ; *Resp. civ. Ass.* 2011, étude n° 8, par L. MARINO.
-Cass. 1ère civ., 23 février 2011, *Inédit*, n° 10-16120.
-Cass. com., 15 mars 2011, *Inédit*, n° 10-15761.

-Cass. 1ère civ., 31 mars 2011, *Bull. I,* n° 359 ; *Cont. Conc. Con*s. 2011, comm. n°6, par L. LEVENEUR.
-Cons. Const. 8 avril 2011, n° 2011-116 QPC; *D*. 2011, p. 1258, note V. REBEYROL ; *RDIm*., 2011, p. 369, note F.-G. TREBULLE.
-Cass. com., 10 mai 2011, *Inédit*, n° 10-18812.
-Cass. com., 10 mai 2011, *Inédit,* n° 10-18317.
-Cass. 1ère civ., 26 mai 2011, *Inédit*, n° 09-71083.
-Cass. 2ème civ., 1er juin 2011, à paraître au bulletin, *D.* 2011, p. 1617, note J. MARROCCHELLA.
-Cass. com., 7 juin 2011, *Inédit*, n° 10-23515.
-Cass. 2ème civ., 16 juin 2011, à paraître au bulletin, *D*. 2011, p. 1756, note J. GALLMEISTER.
-CJUE., 12 juillet 2011, *l'Oréal c/eBay International*, C-324/09, *D*. 2011, p. 1965, note C. MANARA.

INDEX

(Les numéros renvoient aux numéros de paragraphe)

-A-

Abordage :
V. *responsabilité du fait des abordages*

Abrogation : 90 s. ; 109 s. ; **181** ; 277 ; 375 ; 377 s. ; 380.

Action de in rem verso : 70 ; **134 s. ;** 295.

Activités dangereuses :
V. *responsabilité du fait des activités dangereuses*

Activités économiques :
V. *responsabilité du fait des activités économiques*

Aéronefs :
V. *responsabilité du fait des aéronefs*

Alternative :
-application :
- aux concours conjoncturels simples : 408 s.
- aux concours complexes : 415 s.

-définition : 355 s.
-option : 355.

Animal :
V. *responsabilité du fait des animaux*

Apprenti :
V. *responsabilité des artisans du fait de leurs apprentis*

Armateur :
V. *responsabilité des armateurs du fait de leurs préposés*

Articulation :
-définition : 16 ; 20 ; **25.**
-mécanismes d' : 26 s.
V. également critère et principe d'articulation

Artisan :
V. *responsabilité des artisans du fait de leurs apprentis*

Autonomie :
-droits subjectifs : 257.
-exclusivité : 359
-loi Badinter : 171
-responsabilité du fait des troubles de voisinage : 207 ;405.
-subsidiairité : 119 s. ; 184.

Autorité :
-définition : 34 s.
-de la chose jugée : 234 s.
V. également *principe d'autorité*

Avocat :
V. *responsabilité des professionnels du droit*

-B-

Bâtiment :
V. *responsabilité du fait des bâtiments*

-C-

Chronologie : 81 s. ; **83** ; 95 s.

Chronométrie : 81 s. ; **82.**

Cohérence : 3 ; 14 ; **25** ;26 s. ; 239.

Commettant :

V. *responsabilités des commettants du fait de leurs préposés*

Concertation :
-rapport de : **16** ;17 ; 52 ; 154 ; 183.

Concours :
-complexe : **174** ; 275 ; 333 ; 338 ; 360 ; 396 s.
-conjoncturel : **19** ; 274 ; 333 ; 360 ; 396 s.
-définition : **16** ; 17 ; **18**.
-résolution :
- concours complexes : 275 ; 333 ; 338 ; 360 ; 396 s. ; 449.
- concours conjoncturels simples : 274 ; 333 ; 396 s.
- concours structurels simples : 187 s. ; 365 s.

-simple : **174** ; 274 ; 333 ; 396 s. ; 448.
-structurel : **19** ; 170 ; 187 s. ; 360 ; 365 s.

Concurrence :
- rapport de : 16

Condamnation *in solidum* : 318 ; **338** ; 359 ; 430 ; 438.

Condition :
-d'application : **159 s.** ; 203 s. ; 255 ; 388 s. ; 406.
-de réalisation : **159 s.** ; 203 s. ; 255 ; 379 ; 388 s.

Conflit :
-d'intérêts : 298 s.
-entre la loi du 29 juillet 1881 et l'article 9 C. civ. : 16 ; **354**.
-de loi : **87** ; 90 ; 280 s. ; 285 ; 345.
-notion : 16.

Contribution à la dette : **208 s.** ; 447.

Contrefaçon :
-concours avec l'article 1382 C. civ. : 257 ; 405 s.
-responsabilité des hébergeurs : 261 s.

Critère :
-chronologique : 88 s.
-d'équité : 292 s.
-d'intérêt : 298 s.
-de spécialité : 150 s.
-matériel : 286 s.
-organique : 38 s.

Cumul :
-champ d'application : 331 s.
-définition : 314 s.
-des réparations : 319 s.
-effets : 337 s.
-résolution :
- concours complexes : 333 ; 413 s.
- concours conjoncturels simples : 333 ; 404 s.
- concours structurels simples : 334.

-D-
Démarcheur
V. *responsabilité des entreprises du fait de leurs démarcheurs*

Directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux
-origine : 22 ; 46 ; 368.
-rapport avec le droit commun : 46 ; 48 ; 368 s.

Dirigeant
V. responsabilité des dirigeants

Droit à la présomption d'innocence (article 9-1 C. civ.):

-concours avec l'article 1382 C. civ. : 390.
-fait générateur de responsabilité : 257.
-nature : 347 s.
-rapport avec la loi du 29 juillet 1881 :
- concours : 354.
- conflit : 16.

Droit au respect de la vie privée (article 9 C. civ.):
-concours avec l'article 1382 C. civ. : 390.
-fait générateur de responsabilité : 257.
-nature : 347 s.
-rapport avec la loi du 29 juillet 1881 :
- concours : 354
- conflit : 16 ; 354.

Droit commun :
-contenu du droit commun formel : 155 s.
-et régime général : 13 ; 151 ; 155.
-origine : 8 s.
-rapport avec le droit spécial : 8 ; 109 s. ; 151 ; 181 s. ; 200 s. ; 243 s.
-référent/ matriciel : 151 ; 200 s.
-subsidiarité : 115 s. ; 150 ; 199 s. ; 226 s. ; 242 s. ; 278 s.

Droit de la personne (article 16 s. C. civ.) : 257 ; 348 ; 354.
Droit de la propriété
-article 544 C. civ. : 257.
-littéraire et artistique : 257.

Droit général :
-subsidiarité : 115 s. ; 150 ; 199 s. ; 226 s. ; 242 s. ; 278 s.
-rapport avec le droit commun : 10 ; 13 ; 148 ; 179 ; ,° 203 ; 207 ; 228 s. ; 314.

Droit spécial :
-contenu du droit spécial : 155 s.
-fonction : 149.
-interprétation stricte : 177 s.
-origine : 8 s.
-priorité : 148 s. ; 190 s. ; 226 s. ; 277 s.
-rapport avec le droit commun : 8 ; 109 ; 151 ; 181 s. ; 200 s. ; 243 s.
-subsidiarité : 255.

-E-
Effectivité : **3** ; **25** ; 68 ; 233 ; 236.

Efficacité : **3** ; **25** ; 40 ; 93 ; 124 s. ; 239 ; 250 ; 353 ; 444.

Equité
-critère : 286 s.
-définition : 290 s.
-d'espèce : 292 s. ; **294**.
-générale : 292 s. ; **295**.

Employé
V. *responsabilité des employeurs du fait de leurs employés*

Employeur
V. *responsabilité des employeurs du fait de leurs employés*

Enfant :
V. *responsabilité des parents du fait de leurs enfants*

Entraide agricole :
-rapport avec la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation : 351.

Exclusivité :
-définition : 357 s.
-effets : 360 s.
-et autonomie : 359.
-et hiérarchie : 358.
-et option : 359.
-et subsidiarité : 358.

-résolution des concours structurels simples: 361 ; 386 s.

-F-
Faveur :
V. *principe de*

-G-
Gérant
V. *responsabilité des gérants de sociétés*

-H-
Hébergeurs :
V. *responsabilité des hébergeurs*

Hiérarchie :
-dans le principe de subsidiarité : 176 s.
-des intérêts : 300.
-des normes : 36 s.
-et ordre public : 345 s.
-et alternative : 355 s.
-et exclusivité : 358.
-formelle : 36 s.
-matérielle : 343 s.

-I-
Intérêt :
-critère : 298 s.
-définition : 299 s.
-de la victime : 302 s.
-du responsable : 306 s.
-hiérarchie des intérêts : 300.

Intermédiaires d'Internet :
V. *responsabilité des hébergeurs*

Interprétation stricte : 177 s. ; 254 ; 385.

-J-
Jurisprudence :
-créatrice de droit : 105 s.

-L-

Lex specialia generalibus derogant : 146 s.

Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté d'expression :
-concours avec l'article 1382 C. civ. : 101 ; 229 ; 351 ; 384 s.
-nature d'ordre public : 347 s. ; 352.
-rapport avec l'article 9 C. civ. :
- concours : 354.
- conflit : 16 ; 354.

-rapport avec l'article 9-1 C. civ. :
- concours : 354.
- conflit : 16.

Loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation :
-concours avec l'article 1382 C. civ. : 1 ; 19 s. ; 215 s. ; 411 ; 447 s.
-concours avec l'article 1384, alinéa 1, C. civ. (responsabilité du fait des choses) : 1 ; 19 s. ; 101 ; 171 ; 174 ; 205 ; 230 ; 447 s.
-concours avec l'article 1384, alinéa 2, C. civ. : 400 ; 411.
-concours avec l'article 1384, alinéa 4, C. civ. : 1 ; 19 s. ; 102 ; 428 ; 447 s.
-concours avec l'article 1384, alinéa 5, C. civ. : 432.
-concours avec l'article 1385 C. civ. : 1 ; 19 s. ; 213 ; 399 ; 411 ; 447 s.
-concours avec les articles 1386-1 s. C. civ. : 379.
-concours avec l'article L. 325-1 du Code rural :351.
-nature :
- autonomie : 171.
- ordre public : 348 ; 351 ; 410 s.

-notion de circulation : 245 ; 412.
-notion d'implication : 202.
-origine : 149.
-rapport avec les articles 451-1 s. du Code de la sécurité sociale : 239.

-recours entre coauteurs d'un accident de la circulation : 211 s.
-régime de responsabilité : 7.

Loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé : n °96 ; 305 ; 382 ; 423.

Loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique :
V. *responsabilité des hébergeurs.*

Loi du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale : 304**.**

Lois restrictives de responsabilité : 382 s.

-N-
Nucléaire :
V. *responsabilité de l'exploitant de navire nucléaire*
V. également, *responsabilité de l'exploitant d'installations nucléaires*

Notaire :
V. *responsabilité des professionnels du droit*

-O-
Option :
-champ d'application : 331 s.
-définition : 324 s.
-effets : 337 s.
-et alternative : 355.
-et exclusivité : 359.
-résolution des concours :
- complexes : 333 ; 413 s.
- conjoncturels simples : 333 ; 404 s.
- structurels simples : 334 s. ; 366 s.

Ordre public :
-contenu : 347 s.
-critère matériel : 286.
-définition : 344 s.
-effets : 349 s.
-et alternative : 356.
-résolution des concours :
- structurels simples : 350 s. ; 352
- conjoncturels simples : 350 s. ; 410 s.
- complexes : 350 s. ; 427 s.

Organique :
-critère : 38 s.

Opposition :
-rapport d' : **16** ; 354.

-P-
Parasitisme : 405.

Parents :
V. *responsabilité des parents du fait de leurs enfants*

Pollution :
V. *responsabilité du fait des pollutions par hydrocarbure*

Préposé
- immunité : 417 ; 432.
V aussi *responsabilités des commettants du fait de leurs préposés*

Prévisibilité : 3 ; **25** ; 239.

Principe :
-à valeur constitutionnelle : 58 s.
-correcteur :
- définition : 28.
- nature: 283 s.
- principe de résolution des concours : *v. principe d'intérêt*.

-d'articulation : 26 s.
-d'autorité : 30 s.
-de faveur : 285 s.
-définition : 27.
-de subsidiarité :
- nature : n °282.
- principe de résolution des concours : 116 s. ; 365 s.
- principe institutionnel : 122 s.
- principe matériel : 132 s.

-de régulation : 120 s.
-de temporalité : 78 s.
-d'intérêt :
- critère du principe : 298 s.
- nature : n °269 s.
- principe de résolution des concours : 311 s.

-directeur :
- définition : 28.
- nature : 279 s.
- principe de résolution des concours : *v. principe de subsidiarité*

-dispositif : 225 s.
-généraux du droit : 66 s.
-matériel : 283 s.
-technique : 279 s.

Produits défectueux :
V. *responsabilité du fait des produits défectueux*

Professionnel :
V. *responsabilité des professionnels*

Pyramide des normes : 41.

-R-
Régime général :
- notion : **13 s**. ; 151 ; 155 s.
V. également les différents régimes généraux de responsabilité.
Régime particulier :
-notion : **13** ; 68 ; 181 ; 196 s. ; 229 ; 400.

Régime spécial :
-notion :13 ; 155 s.
V. également, les différents régimes spéciaux de responsabilité.

Réglementation sportive :
-règles de course à la voile I.S.A.F. : 52.
-règles de la Fédération française de ski : 52.

Réparation intégrale :
-principe de : 319 s.

Responsabilité civile extracontractuelle :
-champ d'application : 6.
-critère : 7.
-définition : 4.
-fonction : 5.

Responsabilité de l'employeur ou mandant du fait de ses employés (art. L. 511-1 C. ass.):
-rapport avec l'article 1384, alinéa 5, C. civ. : 168 ; 173.
-nature : 98.

Responsabilité de l'exploitant d'installation nucléaire : 87 ; 321.

Responsabilité de l'exploitant de navire nucléaire (art. L. 5122-1 C. transp.) : 156 ; 219 ; 249 ; 321.

Responsabilité des administrateurs ou directeur général (article L. 225-254 C. com.) : 248.

Responsabilité des armateurs du fait de leurs préposés (Loi du 3 janvier 1969) :

-rapport avec l'article 1384, alinéa 5, C. civ. : 173.

Responsabilité des artisans du fait de leurs apprentis (art. 1384, alinéa 6, C. civ.) :
-concours avec l'article 1382 C. civ. :439.
-concours avec l'article. 1384, alinéa 4, C. civ. : 107 ; 356 ; 420 s. ; 425 s. ; 433 ; 439.
-concours avec l'article 1384, alinéa 5, C. civ. : 197 ; 420 s. ; 425 s. ; 433.
-nature : 161 s.

Responsabilité des commettants du fait de leurs préposés (art. 1384, alinéa 5, C. civ.):
-concours avec l'article 1382 C. civ. : 220 ; 432.
-concours avec l'article 1384, alinéa 1er (responsabilité du fait d'autrui) : 168 ; 193.
-concours avec l'article. 1384, alinéa 4, C. civ. : 168 ; 420 s. ; 425 s., 433.
-concours avec l'article 1384, alinéa 6 C. civ. : 197 ; 420 s. ; 425 s. ; 433.
-rapport avec l'article L. 511-1 C. ass. : 168 ; 173.
-rapport avec l'article 3 de la loi du 3 janvier 1969 : 173.

Responsabilité des constructeurs ou exploitants de téléphériques (loi du 8 juillet 1941) : 1 ; 45 ; 157 ; 249.

Responsabilité des dirigeants (art. L. 651-2. C. com) :
-concours avec l'article 1382 C. civ. : 166 ; 191 ; 229 ; 315.
-concours avec l'article L. 223-22 C. com. : 196 ; 229.
-nature : 166.

Responsabilité des entreprises du fait de leurs démarcheurs (L. 121-29 C. conso.):
-concours avec l'article 1382 C. civ. : 102.
-nature : 98.

Responsabilité des établissements de crédit du fait des concours consentis (art. L. 650-1 C . com.) : 63 ; 382 s.

Responsabilité des gérants de société (art. L. 223-22 C. com.):
-concours avec l'article L. 651-2 C. com. : 196 ; 229.

Responsabilité des hébergeurs (Loi du 21 juin 2004): 259 s. ; 308.

Responsabilité des parents du fait de leurs enfants (art. 1384, alinéa 4, C. civ.):
-concours avec l'article 1382 C. civ. : 1 ; 19 s. ; 275 ; 356 ; 425 ; 435 ; 439 ; 447 s.
-concours avec l'article 1384, alinéa 1er, C. civ. :
- responsabilité du fait des choses : 1 ; 19 s. ; 447 s.
- responsabilité du fait d'autrui : 101 ; 421.

-concours avec l'article 1384, alinéa 2 C. civ. : 110.
-concours avec l'article 1384, alinéa 4 C. civ. : 423 ; 437.
-concours avec l'article 1384, alinéa 5 C. civ. : 168 ; 420 s. ; 425 ; 433.
-concours avec l'article 1384, alinéa 6, C. civ. : 107 ; 356 ; 420 s. ; 425 s. ; 433 ; 439.
-concours avec l'article 1385 C. civ. : 1 ; 19 s. ; 447 s.
-concours avec la loi du 5 juillet 1985 :1 ; 19 s. ; 102 ; 428 ; 447 s.

Responsabilité des professionnels de la santé (L. 1142-1 C. santé pub.) : 96 ; 166 ; 322.

Responsabilité des professionnels du droit :
- avocat (article 131 du décret du 27 novembre 1991) : 53.
- notaire (loi du 25 ventôse an XI) : 53 ; 204.

Responsabilité du fait d'autrui :
-garde d'un état : 69 ; 98 ; 101 ; 106 ; 168 ; 193.
-garde d'une activité : 69 ; 98 ; 106 ; 168 ; 193.
-principe général du droit : 64 ; 69.
-régime général (article 1384, alinéa 1er, C. civ.): 69.
- concours avec l'article 1382 C. civ. : 432.
- concours avec l'article 1384, alinéa 4 C. civ. : 101 ; 421.
- concours avec l'article 1384, alinéa 5 C. civ. : 168 ; 193.

-régime spécial v. *différents régimes spéciaux*

Responsabilité du fait des abordages (art. L. 5131-4 C. transp. et loi du 5 juillet 1934):
-concours avec l'article 1382 C. civ. : 351.
-concours avec l'article 1384, alinéa 1er, C. civ. (responsabilité du fait des choses) : 192 ; 351.
-nature : 351.
-recours en contribution : 219 s.
-rapport avec les règles I.S.A.F. : 52.

Responsabilité du fait des accidents de la circulation :
V. *loi du 5 juillet 1985*

Responsabilité du fait des accidents nucléaires (Loi du 30 octobre 1968) : 321.

Responsabilité du fait des activités dangereuses (art. 1362 de l'Avant projet de réforme du droit des obligations) : 258.

Responsabilité du fait des activités économiques (art. 1360, alinéa 2 de l'Avant projet de réforme du droit des obligations) : 168.

Responsabilité du fait des aéronefs (art. L.141-2 C. aviation civile):
-concours avec la responsabilité du fait des troubles de voisinage : 169.
-nature : 7.

Responsabilité du fait des animaux (art. 1385 C. civ.) :
-concours avec l'article 1382 C. civ. : 1 ; 19 s. ; 447 s.
-concours avec l'article. 1384, alinéa 4, C. civ. : 1 ; 19 s. ; 447 s.
-concours avec la loi du 5 juillet 1985 :1 ; 19 s. ; 213 ; 399 ; 411 ; 447 s.
-nature : 167.
-rapport avec l'article. 1384, alinéa 1, C. civ. (responsabilité du fait des choses): 1 ; 19 s. ; 167 ; 447 s.

Responsabilité du fait des bâtiments (art. 1386 C. civ.):
-concours avec l'article. 1384, alinéa 1er, C. civ. (responsabilité du fait des choses) : 19 ; 20 ; 167 ; 205 ; 254 ; 275 ; 340 ; 376 s. ; 431.
-concours avec la responsabilité du fait des troubles de voisinage : 207 s.
-disparition : 253 s. ; 376 s.

-nature : 161 s.
-ruine (notion de) : 254 s.

Responsabilité du fait des choses :
-principe général du droit : 69.
-régime général (art. 1384, alinéa 1er C. civ.) : 49.
- concours avec la loi du 5 juillet 1985 : 1 ; 19 s. ; 101 ; 171 ;174 ;205 ; 230 ; 447 s.
- concours avec l'article L.218-1 C. env. : 172.
- concours avec l'article 1382 C. civ. : 1 ; 19 s. ; 405 ; 447 s.
- concours avec l'article. 1384, alinéa 2, C. civ. : 229 ; 379 s. ; 400.
- concours avec l'article. 1384, alinéa 4, C. civ. : 1 ; 19 s. ; 447 s.
- concours avec l'article 1386 C. civ. : 19 ; 20 ; 167 ; 205 ; 254 ; 275 ; 340 ; 376 s. ; 431.
- concours avec les articles 1386-1 s. C. civ. : 369 s. ; 373.
- concours avec la responsabilité du fait des abordages : n° 192 ; n° 351.
- concours avec la responsabilité du fait des troubles de voisinage : n° 405.
- rapport avec l'article. 1385 C. civ. : n° 1 ; n° 19 s. ; n° 167 ; n° 449.

-régime spécial : *v. les différents régimes spéciaux*

Responsabilité du fait des incendies (art. 1384, alinéa 2, C. civ.)
-abrogation : 379 s.
-concours avec l'article 1384, alinéa 1er, C. civ. (responsabilité du fait des choses) : 229 ; 379 s. ; 400.
-concours avec l'article 1384, alinéa 4 C. civ. : 110.
-concours avec la loi du 5 juillet 1985 : 400 ; 411.
-concours avec la responsabilité du fait des troubles de voisinage :169 ; 194.
-origine : 149 ; 307.

Responsabilité du fait des pollutions par hydrocarbure (art. L 218-1 C. env.): 304 ; 321.
-concours avec l'article 1384, alinéa 1er, C. civ. (responsabilité du fait des choses) : 172.

Responsabilité du fait des produits défectueux (art. 1386-1 s. C. civ.) :
-concours avec l'article 1382 C. civ. : 369 s. ; 372.
-concours avec l'article 1384, alinéa 1er, C. civ. : 369 s. ; 373.
-concours avec la responsabilité du fait des troubles de voisinage : 101.
-concours avec la loi du 5 juillet 1985 : 379.
-origine : 368 s.
-régime optionnel : 368 s.

Responsabilité du fait des troubles de voisinage :
-autonomie : 207 ; 405.
- principe général du droit :70.
- régime général :
  - concours avec l'article 1382 C. civ. : 405.
  - concours avec l'article 1384, alinéa 1, C. civ. (responsabilité du fait des choses) : 405.
  - concours avec l'article 1384, alinéa 2, C. civ. : 169 ; 194.
  - concours avec l'article 1386 C. civ. : 207 s.

- concours avec l'article L. 141-2 du Code de l'aviation civile : 169.

- régime spécial : *v. les différents régimes spéciaux*

Responsabilité du fait personnel :
-ordre public : 352.
-principe constitutionnel : 59 s.
-principe général du droit : 69.
-régime général (art. 1382 C. civ.) :

- concours avec l'article 266 C. civ. : 170.
- concours avec l'article 1384, alinéa 1, C. civ. (responsabilité du fait des choses):1 ; 19 s. ; 405 ; 447 s.
- concours avec l'article 1384, alinéa 4, C. civ. : 1 ; 19 s. ; 275 ; 356 ; 425 ; 435 ; 439 ; 447 s.
- concours avec l'article 1384, alinéa 5, C. civ. : 220 ; 432.
- concours avec l'article 1384, alinéa 6, C. civ. : 439.
- concours avec l'article 1385 C. civ. : 1 ; 19 s. ; 447 s.
- concours avec les articles 1386-1 s. C. civ. : 369 s. ; 372.
- concours avec l'article L. 223-22 C. com : 229.
- concours avec l'article L. 651-2 C. com. : 191 ; 229 ; 315.
- concours avec l'article L. 121-29 C. conso. : 102.
- concours avec l'article L. 1142-1 C. santé pub. : 166.
- concours avec l'action en contrefaçon : 257 ; 405 s.
- concours avec la loi du 5 juillet 1985 : 1 ; 19 s. ; 215 ; 411 ; 447 s.
- concours avec la loi du 29 juillet 1881 : 101 ; 229 ; 351 ; 384 s.
- concours avec la loi du 25 ventôse an XI : 204.
- concours avec la responsabilité du fait de troubles de voisinage : 405.
- concours avec la responsabilité du fait des abordages : 351.

- régime spécial : *v. les différents régimes spéciaux*

-S-
Sécurité juridique :
-principe : 2 s. ; 15 ; 25.

Spécialisation : 12 ; 14 ; 167 s.

Spécialité :
-critère : 150 s.

Subsidiaire :
V. également *action de in rem verso*

Subsidiarité : 119 s.
V. principe de subsidiarité

-T-
Temporalité :
V. principe de temporalité

Téléphérique :
V. *responsabilité des constructeurs ou exploitants de téléphériques*

Troubles de voisinage :
V. *responsabilité du fait des troubles de voisinage*

TABLE DES MATIERES

(Les chiffres renvoient aux numéros de pages)

INTRODUCTION 1

Partie 1. L'articulation des normes de la responsabilité civile à l'aide d'un principe directeur 39

Titre 1. Les principes exclus 41

Chapitre 1. Le principe d'autorité, principe à vocation hiérarchique 42
Section 1. La définition du principe d'autorité 43
§1. La notion d'autorité 43
A. Le sens usuel de la notion d'autorité 43
B. Le sens juridique : de l'autorité à la hiérarchie 45
§2. Le fonctionnement du principe 48
A. L'identification du critère de hiérarchisation : le critère organique 48
B. L'application difficile du critère organique 50
Section 2. L'ordonnancement des normes de la responsabilité civile extracontractuelle selon le principe d'autorité 52
§1. Critère organique et règles de la responsabilité civile extracontractuelle 52
A. L'ordonnancement des règles ayant valeur légale 52
1. Les règles légales d'origine législative 52
2. Les règles légales d'origine communautaire 53
3. Les règles dégagées par le juge 54
B. L'ordonnancement des règles ayant valeur réglementaire ou décrétale 58
§2. Critère organique et principes de la responsabilité civile extracontractuelle 61
A. Les principes de la responsabilité civile ayant valeur constitutionnelle 61
1. L'éligibilité de l'article 1382 du Code civil au rang constitutionnel .. 62
2. La position du Conseil constitutionnel 63
3. La portée d'une éventuelle consécration de l'article 1382 du Code civil au rang constitutionnel 67
B. Les principes de la responsabilité civile ayant valeur de principes généraux du droit 68
1. L'identification des principes généraux du droit dans la responsabilité civile extracontractuelle 68
a. Les principes généraux du droit exprimés dans les textes 68
b. Les principes généraux du droit dégagés par la jurisprudence 71
2. La valeur des principes généraux du droit dans l'échelle des normes 72

a. La valeur du principe général du droit selon le critère organique 72
b. La valeur du principe général du droit en dehors du critère organique ... 74
Conclusion du chapitre 1. Le principe d'autorité, principe à vocation hiérarchique .. 76

Chapitre 2. Le principe de temporalité, principe à vocation chronologique ... 77
Section 1. La définition du principe de temporalité ... 78
§1. De la notion au principe de temporalité ... 78
A. La notion de temporalité ... 78
B. Le principe de temporalité ... 79
§2. Le fonctionnement du principe de temporalité : la résolution des concours de normes ... 81
A. La succession de deux normes dans le temps ... 81
B. La coexistence de deux normes dans le temps ... 82
1. La faveur donnée à la norme la plus récente par le critère chronologique ... 83
2. La justification du recours à la norme la plus récente : une légitimité supérieure ... 84
Section 2. L'articulation des normes de la responsabilité civile extracontractuelle par le principe de temporalité ... 85
§1. L'application du principe de temporalité à la responsabilité civile extracontractuelle ... 85
A. L'élaboration d'une chronologie des normes de la responsabilité civile ... 85
1. En matière de responsabilité du fait personnel ... 85
2. En matière de responsabilité du fait des choses ... 86
3. En matière de responsabilité du fait d'autrui ... 87
B. La résolution des concours entre les règles de la responsabilité civile selon le critère chronologique ... 90
1. Des concours entre normes ayant un même fait générateur ... 90
2. Des concours entre normes n'ayant pas le même fait générateur ... 92
§2. L'inopportunité du recours au principe de temporalité ... 93
A. Les insuffisances du critère chronologique dans l'ordonnancement des normes ... 93
1. La date d'apparition de la norme d'origine jurisprudentielle ... 93
2. Le rang différencié des normes dans l'ordre chronologique ... 97
B. L'inadaptation du critère chronologique aux spécificités des normes de la responsabilité civile ... 98
1. L'indifférence du principe de temporalité à la nature des normes ... 98
2. L'indifférence du principe de temporalité au fait générateur de responsabilité ... 100
Conclusion du chapitre 2. Le principe de temporalité, principe à vocation chronologique ... 101

Conclusion du Titre 1 Les principes exclus 102

Titre 2. Le principe retenu 103

Chapitre 1. L'appréhension du principe de subsidiarité 105
Section 1. La définition du principe de subsidiarité 107
§1. Le principe de subsidiarité, un principe général de régulation 108
A. Le principe de subsidiarité, un principe institutionnel 108
1. Le principe de subsidiarité en droit interne : les exemples du droit allemand et du droit français 108
2. Le principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne 111
a. Les origines du principe de subsidiarité en droit de l'Union européenne 111
b. La mise en œuvre du principe 114
B. Le principe de subsidiarité, un principe matériel 117
1. Le concept de subsidiarité du droit : la combinaison de droits objectifs 117
2. Le concept de subsidiarité en droit : la combinaison de droits subjectifs 118
a. L'utilisation traditionnelle de l'action *de in rem verso* : la subsidiarité limitée 119
b. L'utilisation renouvelée de l'action en enrichissement sans cause : la subsidiarité sans limites 122
c. L'instabilité jurisprudentielle : l'ambiguïté de la subsidiarité de l'action *de in rem verso* 125
§2. Le principe de subsidiarité, un principe adapté aux relations entre droit commun et droit spécial 128
A. Le sens de la maxime lex specialia generalibus derogant 128
1. L'application prioritaire de la loi spéciale 128
2. La justification de l'application prioritaire de la loi spéciale 129
B. L'apport de la maxime lex specilia generalibus derogant au principe de subsidiarité 131
Section 2. Le fonctionnement du principe de subsidiarité 133
§1. Les conditions d'application du principe de subsidiarité 133
A. Le rapport de spécialité 133
1. L'objet de la norme 134
2. La sphère de compétence réelle de la norme 138
a. Les conditions de la norme, révélatrices de sa sphère de compétence 138
b. Les conditions d'application révélatrices de la nature des normes 143
c. L'application de la méthode de différenciation sur les normes de la responsabilité civile 144

3. L'absence de relation de cause à effet entre l'existence d'un rapport de spécialité et la présence du concours de normes 154
B. La présence d'un seul répondant 157
§2. Les conséquences de l'application du principe de subsidiarité 158
A. La plénitude de la norme spéciale, condition d'éviction du droit commun 158
B. La défaillance de la norme spéciale, condition du retour du droit commun 160
1. Le droit spécial strictement encadré 161
a. L'interprétation stricte du droit spécial 161
b. La simple dérogation du droit spécial au droit commun 162
2. La défaillance partielle ou totale de la norme spéciale 163
Conclusion du chapitre 1. L'identification du principe de subsidiarité 165

Chapitre 2. L'articulation des normes par le principe de subsidiarité 166
Section 1. La résolution des concours de normes de la responsabilité civile extracontractuelle à l'aide du principe de subsidiarité 167
§1. La résolution des concours de normes par l'application prioritaire du droit spécial 167
A. les concours structurels simples entre normes générales et normes spéciales 168
B. les concours structurels simples entre régimes spéciaux et régimes particuliers 171
§2. La résolution du concours par l'application subsidiaire du droit commun 173
A. La subsidiarité du droit commun quant à l'obligation à la dette 173
1. Le retour du droit commun référentiel 173
2. Le retour des dispositions formelles du droit commun 176
B. La subsidiarité du droit commun quant à la contribution à la dette 178
1. La question du retour du droit commun dans le cas des recours subrogatoires et personnels 178
2. Le recours en contribution dans le cadre de la responsabilité du fait des accidents de la circulation 179
a. Tous les coauteurs sont tenus à des titres différents 180
b. Tous les coauteurs sont tenus en vertu de la loi Badinter de 1985 183
c. Le recours généralisé au droit commun en matière de contribution à la dette 186
Section 2. Les obstacles à la mise en œuvre du principe de subsidiarité 189
§1. Les obstacles extrinsèques 189
A. La résolution des concours à l'épreuve des règles de la procédure civile 189
1. La résolution des concours à l'épreuve du principe dispositif 190

a. La résolution des concours devant les juges du fond 190
b. La résolution des concours devant la Cour de cassation 196
2. La résolution des concours à l'épreuve de l'autorité de la chose jugée 198
B. Propositions pour résoudre les obstacles extrinsèques 200
1. Résolution en amont 200
2. Résolution en aval 201
§2. Les obstacles intrinsèques 203
A. La remise en cause de la subsidiarité du droit commun 203
1. La remise en cause de l'utilisation du droit commun comme régime palliatif 204
a. L'apparition de régimes spéciaux inédits : l'appropriation de nouveaux champs de compétence au détriment du droit commun 204
b. La porosité des frontières du droit spécial : l'interprétation extensive du champ d'application des régimes spéciaux au détriment du droit commun 205
2. La remise en cause de l'utilisation du droit commun comme régime de référence 207
a. L'influence apparente du droit spécial sur la mise en œuvre du droit commun 207
b. L'influence du droit spécial sur les notions propres au droit commun 210
B. Propositions pour résoudre les obstacles intrinsèques 211
1. La revalorisation du droit commun comme régime palliatif 211
a. La revalorisation par le recul de certains régimes spéciaux au profit du droit commun : l'exemple de l'article 1386 du Code civil 211
b. La revalorisation par l'accroissement du nombre de régimes de droit commun 214
2. La revalorisation de la place du droit commun comme régime de référence 218
Conclusion du chapitre 2. La mise en œuvre du principe de subsidiarité 226
Conclusion du titre 2. Le principe retenu 227
Conclusion de la partie 1. Le principe directeur de l'articulation 228

Partie 2. L'articulation des normes de la responsabilité civile à l'aide d'un principe correcteur 231

Titre 1. La recherche théorique du principe correcteur 233

Chapitre 1. Le passage d'un principe directeur à un principe correcteur 234
Section 1. L'analyse des défaillances du principe de subsidiarité 235
§1. Les défaillances superficielles du principe de subsidiarité 235
A. La subsidiarité dépassée 235
B. La subsidiarité ignorée 237
§2. Les défaillances essentielles du principe de subsidiarité 239
A. Les principes techniques 239
1. La définition des principes techniques 239
2. Le principe de subsidiarité : un principe technique 241
B. Les principes matériels correcteurs 242
1. Identification des principes correcteurs 242
2. L'association d'un principe correcteur et du principe de subsidiarité 246
Section 2. La recherche du critère matériel d'articulation des normes de la responsabilité civile extracontractuelle 247
§1. La recherche de critères de modulation du droit, en général 247
A. L'équité 247
1. La notion d'équité 248
2. Le critère d'équité 249
3. La pertinence de l'équité 252
B. L'intérêt 253
1. La diversité des intérêts juridiquement protégés 253
2. La détermination de l'intérêt prépondérant 255
§2. L'identification du critère de modulation des normes de la responsabilité civile, en particulier 257
A. La victime : le sujet d'intérêt principal 257
B. Le responsable : un sujet d'intérêt secondaire 263
Conclusion du chapitre 1. Le passage d'un principe directeur à un principe correcteur 267

Chapitre 2. Le fonctionnement du principe correcteur d'intérêt 268
Section 1. La libre disposition de l'action par la victime 269
§1. Le cumul et l'option : notions 269
A. Le cumul 269
1. Le sens du cumul 269
2. Les formes de cumul 272
3. Le cumul des réparations 273
B. L'option 279

1. Le sens de l'option 280
2. Les formes de l'option 281
§. 2 Le cumul et l'option : portée 282
A. Le champ d'application de l'option et du cumul 282
1. L'application du cumul et de l'option hors du champ de compétence du principe de subsidiarité 283
2. L'application de l'option et du cumul dans le champ de compétence du principe subsidiarité 283
B. Les effets de l'option et du cumul 285
1. Les conséquences d'un bon choix 285
2. Les conséquences d'un mauvais choix 288
Section 2. La désignation d'office de l'action par le législateur ou le juge 291
§1. La hiérarchisation 291
A. La hiérarchisation définitive : l'ordre public 292
1. La notion d'ordre public 292
2. L'ordonnancement des règles de la responsabilité civile grâce au recours à l'ordre public 294
a. La détermination des règles d'ordre public en droit de la responsabilité civile 294
b. L'influence de l'ordre public sur la résolution des concours 297
3. L'efficacité de l'ordre public 301
B. La hiérarchisation temporaire : l'alternative 306
§2. L'exclusivité 308
A. Exclusivité et notions voisines : confrontation 308
B. Les effets de l'exclusivité 310
Conclusion du chapitre 2. Le fonctionnement du principe correcteur d'intérêt 311
Conclusion du titre 1. La recherche théorique du principe correcteur 312

Titre 2. La mise en œuvre empirique du principe correcteur d'intérêt 313

Chapitre 1. La résolution des concours structurels simples : l'aménagement du principe de subsidiarité 314
Section 1. L'aménagement du principe de subsidiarité en faveur de la victime 315
§1. L'option au secours des victimes d'une législation européenne trop rigoureuse 315
A. Prolégomènes : la transposition du régime spécial de responsabilité du fait des produits défectueux 316
B. L'interprétation des termes de l'option 319
§2. L'option au secours des victimes d'une législation française trop rigoureuse 326
A. Une action périmée : la responsabilité du fait des bâtiments 326
B. Une action inopportune : la responsabilité du fait des incendies 329

Section 2. L'aménagement du principe de subsidiarité en faveur du responsable 333
§1. L'application prioritaire du droit spécial en faveur du responsable : une autre vision de la législation 333
§2. Le recul de la subsidiarité du droit commun au profit du responsable 337
A. La résolution du concours entre l'article 1382 du Code civil et la loi de 1881 par l'application du principe de subsidiarité 337
B. La résolution du concours entre l'article 1382 du Code civil et la loi de 1881 par le recours à l'exclusivité 339
1. La réduction de la subsidiarité du droit commun 339
2. L'éviction totale du droit commun subsidiaire 344
3. Le retour du droit commun subsidiaire 347
Conclusion du chapitre 1. La résolution des concours structurels simples : l'aménagement du principe de subsidiarité 350

Chapitre 2. La résolution des autres concours : le dépassement du principe de subsidiarité 351
Section 1. La résolution des concours conjoncturels simples 352
§1. La qualification du concours 352
A. La nature des concours entre deux normes de même genre 352
B. La nature des concours entre deux normes de genre différent 354
§2. La résolution des concours 356
A. L'application préférentielle de l'option 356
B. L'application ponctuelle de la hiérarchie 361
1. La hiérarchie par l'alternative 361
2. La hiérarchie par l'ordre public 362
Section 2. La résolution des concours structurels et conjoncturels complexes 366
§1. La hiérarchie comme mode de résolution des concours complexes 366
A. L'alternative 366
1. Les hypothèses d'alternative en matière de responsabilité 367
a. Les hypothèses d'alternative en matière de responsabilité du fait des choses 367
b. Les hypothèses d'alternative en matière de responsabilité du fait d'autrui 369
2. La remise en cause de l'alternative dans la responsabilité du fait d'autrui 373
B. L'ordre public 376
§2. L'option et le cumul comme mode de résolution des concours complexes 377
A. La faveur donnée à l'option et au cumul en cas de pluralité de répondants 377
B. Les stratégies de la victime dans le recours à l'option et au cumul 383

Conclusion du chapitre 2. La résolution des autres concours : le dépassement du principe de subsidiarité 388
Conclusion du titre 2. La mise en œuvre empirique du principe correcteur d'intérêt 389
Conclusion de la partie 2. Le principe correcteur de l'articulation 390

CONCLUSION GENERALE 391

BIBLIOGRAPHIE 399

Stéphanie MAUCLAIR

Recherche sur l'articulation entre le droit commun et le droit spécial en droit de la responsabilité civile extracontractuelle

Depuis plusieurs années, la question de la simplification du droit est au cœur du discours juridique. La multiplication des règles de droit, de leurs sources (nationales et internationales) comme de leurs supports (lois, codes, etc.), nuit à la lisibilité du droit et donc à la sécurité juridique.

Ce constat peut être fait plus particulièrement en matière de responsabilité civile extracontractuelle où l'on trouve effectivement des normes de toutes origines, de toutes natures et sur de nombreux supports. Or, ces normes connaissent des champs d'application concurrents, de sorte que plusieurs d'entre elles peuvent jouer pour le même litige. Le problème qui se pose alors est de savoir à l'avance comment trancherpareil concours.

Pour parvenir à articuler les normes de la responsabilité civile, il a fallu rechercher des principes permettant de désigner la norme applicable au litige. Deux principes sont alors ressortis de cette étude. Le premier, dit principe directeur, est le principe de subsidiarité, tandis que le second, dit principe correcteur, est un principe d'intérêt, qui repose lui-même sur plusieurs outils, tels que l'option, le cumul ou la hiérarchie. Le législateur, le juge et la victime sont naturellement au cœur de ce dispositif d'articulation qui, correctement appliqué, devrait permettre de résoudre tous les concours, en désignant la norme finalement applicable.

Mots clés : concours de normes, droit général, droit spécial, principe, responsabilité civile extracontractuelle, subsidiarité,

Research on the relation between ordinary law and special extra contractual civil liability law

For several years now, the issue of the simplification of the law is central in the juridical debate. The multiplication of rules of law, of their sources (national and international), as well as their foundations (laws, rules, codes, etc.), is harmful to the clear understanding of the law and consequently to the juridical safety.

This statement can be made particularly in the field of extra contractual civil liability where norms from all origins, all natures and numerous founding bases are indeed to be found. Yet these norms overlap and compete in their scope of application, so that several norms may apply to the same litigation. Therefore, the issue which arises is to ascertain beforehand option, the how to arbitrate among such competing and overlapping norms.

In order to structure the norms of civil liability, it has been necessary to research and find principles enabling to designate the norms to be applied in the litigation. Two principles stand out from this research. The first one, called the guiding principle, is the principle of subsidiarity, while the second one, called the principle of revision, is a principle of interest, which is itself based on several instruments, such as: option, plurality, and hierarchy. The legislator, the judge and the victim are obviously at the core of this system of links which, if it is correctly applied, should enable to solve all the competitions between norms, by designating the norm which is finally applicable.

Key words: norms competing, ordinary law,special law, principle, extra contractual civil liability, subsdiarity.

CRJ POTHIER,
route de Blois 45100 ORLEANS