
LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE DANS L'AVANT-PROJET : UN POINT DE VUE ALLEMAND

Stephan LORENZ (Professeur à l'Université de Munich)

Du point de vue d'un juriste allemand qui s'est intensément occupé de la réforme du droit des obligations dans son propre pays, le présent avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription montre d'étonnants parallélismes.

Si j'ai bien compris le projet du groupe de travail sur le droit de la responsabilité, celui-ci ne cherche pas à renouveler fondamentalement la responsabilité civile. La plupart des solutions montrent un simple réaménagement systématique de structures bien connues. Ces solutions cherchent aussi bien à intégrer qu'à clarifier certaines notions jurisprudentielles et juridiques. Par là même, la commission a bien sûr pris position sur des questions litigieuses et confuses. Elle ne voulait donc pas se contenter d'inscrire l'état actuel de la responsabilité civile et ainsi « geler » le droit de la responsabilité dans cet état.

La réforme du droit des obligations (« *Schuldrechtsreform* »¹) en Allemagne poursuivait – au moins dans le domaine de la responsabilité civile – exactement le même but. Là aussi, ce n'était pas une « révolution » du droit qui devait avoir lieu mais bien une clarification et un réaménagement des structures existantes après plus de cent ans d'expérience avec le BGB². La codification en soi devait reproduire la structure et le contenu du droit existant, tout en codifiant des décisions doctrinales et jurisprudentielles ainsi qu'en clarifiant certaines questions litigieuses. Le nouveau droit des obligations allemand reste donc très « allemand », aussi bien que la responsabilité civile de cet avant-projet me paraît très « française ». C'est, j'en conviens tout de suite, une bonne chose.

Si le législateur se dispose à réaménager ou à clarifier des structures, cela ne signifie cependant pas qu'il ne se laisse pas influencer par le développement international du droit. Le droit allemand l'a fait en s'appuyant sur certains développements internationaux du droit, tout en maintenant toujours ses propres principes structurels. En outre, certaines dispositions particulières du droit allemand, inadap-

1. Loi pour la modernisation du droit des obligations (« *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* »), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002.

2. V. LORENZ et RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, 2002, n° 5.

tées au « marché international » des systèmes juridiques, ont été abandonnées justement en vue du développement européen. Dans l'avant-projet français, cela me paraît être le cas par l'introduction d'un droit de résilier un contrat sans intervention du juge par une déclaration de volonté, ce que l'on appellerait en Allemagne un « droit formateur » (« *Gestaltungsrecht* »).

I. – La responsabilité contractuelle

A. – Les conditions de la responsabilité contractuelle

Du point de vue d'un étranger, il faut tout d'abord applaudir à la codification uniforme des responsabilités sous le sous-titre III, où les régimes de responsabilité contractuelle et extracontractuelle sont rassemblés. Grâce à ces dispositions communes, la réglementation en devient bien plus claire et intelligible dans sa structure. S'agissant des conditions propres à la responsabilité contractuelle des articles 1363 à 1366 de l'avant projet, il existe des liens aussi bien dans le contenu que dans la structure avec le nouveau droit de la responsabilité allemand (« *Leistungsstörungenrecht* ») qui, pour être exact, ne couvre pas seulement la responsabilité contractuelle, mais en général la responsabilité pour inexécution (dans un sens large) d'une obligation quelle qu'en soit la source³. Comme il sera montré par la suite, cela vaut également pour les conséquences de l'inexécution ou de l'exécution défectueuse ou tardive d'un contrat.

Dans l'établissement de la responsabilité, l'avant-projet, dans son article 1363, part du fondement de l'inexécution. Comme nous le savons, la notion d'« inexécution » est large et ne comprend pas uniquement l'inexécution au sens strict, mais aussi l'exécution défectueuse et l'exécution tardive. Cette inexécution recouvre la notion centrale du droit allemand de l'inexécution, la « violation d'obligation » (« *Pflichtverletzung* »). D'un point de vue terminologique et dogmatique, la notion française de l'« inexécution » est même plus exacte que celle de la « violation d'obligation » du nouveau droit allemand, car elle permet bien mieux d'expliquer le fondement de la responsabilité dans les cas d'impossibilité d'exécution. C'est exactement pour cette raison-là que l'on avait – en vain – proposé dans la réforme allemande de substituer la notion de la « violation d'obligation » (« *Pflichtverletzung* ») par la notion de l'« inexécution » (« *Nichterfüllung* »)⁴.

Comme l'explique clairement l'article 1364 de l'avant-projet, pour les obligations de résultat, l'unique cause de la responsabilité est l'inexécution de l'obligation. Une fois établie, c'est au débiteur de se décharger de sa responsabilité en prouvant une cause étrangère. Il n'y a pas ici de grandes différences avec le droit allemand dans lequel ces notions ont été adoptées à travers le concept de « violation d'obligation » (BGB, § 280 Abs.1). Celle-ci a en effet été adaptée à l'appui du droit comparé et en particulier par la distinction en droit français entre l'obligation de moyens

3. BGB, § 275-292, 323-326.

4. Canaris, *JZ* 2001, 499 (512) ; U. Huber, *Leistungsstörungen*, t. I, 1999, § 1, I, 2 ; U. Huber, *ZIP* 2000, 2273 (2276).

et l'obligation de résultat⁵. Nous reprenons en droit allemand de l'inexécution exactement la même distinction. S'agissant d'une obligation de résultat, le créancier doit uniquement prouver l'inexécution pour obtenir des dommages-intérêts, et il appartiendra au débiteur de se décharger de sa responsabilité. Dans le cas d'une obligation qui n'est pas de résultat, le créancier doit, en revanche, prouver un comportement fautif du débiteur⁶.

Il y a également dans les structures suivantes de la responsabilité contractuelle de frappants points communs entre l'avant-projet et le réaménagement du droit de l'inexécution en Allemagne. En particulier dans la condition d'une mise en demeure pour obtenir réparation du préjudice moratoire, bien que les distinctions soient moins visibles que dans la réglementation très détaillée du droit allemand. Cela vaut pour la nécessité de mise en demeure pour d'autres sortes de dommages-intérêts, problème au moins abordé par l'article 1365 de l'avant-projet. La question de savoir si, et dans quelle mesure, se cache derrière celle-ci le modèle d'un délai raisonnable accordé au débiteur afin qu'il puisse s'exécuter comme il existe en Allemagne (« *Nachfrist* », v. BGB, § 323 et 281) reste ouverte. Une distinction comme celle du droit allemand entre les dommages-intérêts « au lieu de la prestation » (« *Schadensersatz statt der Leistung* », v. BGB, § 280, al. 3) et ceux « à côté de la prestation » (« *Schadensersatz neben der Leistung* », v. BGB, § 280, al. 1 et 2) s'y laisserait de toute façon simplement ancrer.

B. — Les effets de la responsabilité contractuelle

Il existe également dans les effets d'une inexécution des points communs significatifs entre l'avant-projet, le droit allemand et le développement européen. Le plus significatif me paraît être le rapport entre les dommages-intérêts et la résolution du contrat. Presque comme le droit allemand (BGB, § 323), l'article 1158, alinéa 2, de l'avant-projet donne au créancier, dans le cas d'une inexécution, la possibilité d'accorder au débiteur un délai et après son écoulement – désormais aussi unilatéralement à travers ce que l'on appellerait en droit allemand un « *Gestaltungsrecht* » (droit formateur)⁷ – le droit de notifier la résolution du contrat sans que son droit à des dommages-intérêts soit affecté⁸. Cette combinaison du droit de résoudre le contrat et d'obtenir des dommages-intérêts, qui évite beaucoup de problèmes conséquents, a été en Allemagne également une nouveauté décisive (BGB, § 325), tout comme le fait que la résolution du contrat elle-même ne soit pas dépendante d'une faute. Notons encore une fois ici que la réglementation proposée par l'avant projet est moins dense et détaillée que la réglementation allemande. Apparemment,

5. V. Bundestagsdrucksache 14/6040, p. 131 ; Looschelders, *Schuldrecht*, Allgemeiner Teil, 4^e éd., 2006, n° 563.

6. MünchKomm.-Ernst, BGB, 4^e éd., 2003, § 280, n° 10 ff, notamment 17 ; LORENZ et RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, 2002, n°s 180 et s.

7. V. LORENZ et WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9^e éd., 2004, § 15, n°s 65 et s.

8. V. J. Rochfeld in « 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 sept. 2005, p. 42.

dans l'avant-projet, le droit de résolution n'est pas limité par le poids de l'inexécution comme c'est le cas non seulement en droit allemand, mais aussi dans la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) (art. 49), dans les principes de la commission Lando (art. 9:301) et dans les principes Unidroit (art. 7:3). Je vois là justement, en rapport avec l'introduction du droit de résolution et son contrôle juridictionnel ultérieur, un problème important de sécurité juridique. En effet, si l'article 1158-1 de l'avant-projet introduit un contrôle juridictionnel ultérieur de la notification et indirectement soumet ainsi le critère du poids de l'inexécution à l'appréciation des juges, le créancier exerçant son « droit formateur » de résiliation unilatérale de contrat se trouve dans la situation délicate de ne pas pouvoir prévoir exactement le résultat de ce contrôle judiciaire ultérieur : si l'on se décide à introduire un droit formateur, ses conditions devraient être déterminées aussi précisément que possible par la loi, pour permettre au bénéficiaire et à la personne concernée de se faire l'idée la plus sûre possible de la situation juridique. J'ai un peu l'impression qu'ici les auteurs du projet, en faisant pour le droit français le pas révolutionnaire d'introduire un droit formateur de résolution du contrat sans faire intervenir le juge, n'ont pas eu l'audace d'aller jusqu'au bout de leur raisonnement.

Au premier coup d'œil, la différence frappante du droit français par rapport au droit allemand se trouve dans la limitation de la responsabilité contractuelle à l'indemnisation des dommages prévisibles. Le droit allemand ne connaît pas un tel critère, mais les principes de la commission Lando le prévoient (art. 9:503), tout comme les principes Unidroit (art. 7.4.4) et la CVIM (art. 74). Le droit allemand ne connaît pas directement cette condition, mais devrait indirectement arriver à des résultats très semblables (sans pour autant faire une distinction entre la responsabilité contractuelle et extracontractuelle)⁹.

Du point de vue du droit allemand, si ce n'est pas du point de vue du droit de toute l'Europe continentale, le plus surprenant dans les règles sur les effets de la responsabilité est le fait que l'article 1371 de l'avant-projet ouvre la voie à des dommages-intérêts punitifs. Il faut souligner à ce propos qu'en Allemagne des arrêts américains qui avaient accordé des dommages-intérêts punitifs ont été considérés contraires à l'ordre public allemand, ce qui était alors un empêchement à la reconnaissance du jugement¹⁰.

II. – Le rapport entre la responsabilité contractuelle et extracontractuelle

A. – Cumul et non-cumul

En ce qui concerne le rapport entre la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, les problèmes de concurrence entre les deux responsabilités en droit

9. Il s'agit notamment des questions du lien de causalité en droit allemand, v. MünchKomm.-Oetker, BGB, § 249, n^{os} 99 et s. (« *Adäquanztheorie* » ; « *Schutzzweck der Norm* » ; « *Rechtswidrigkeitszusammenhang* »).

10. V. BGHZ, 118, 312 et s.

allemand sont diamétralement opposés au droit français. Le droit allemand part tout naturellement d'une libre concurrence entre les deux fondements de droit : dans le cas où la violation du contrat remplit en même temps les conditions d'un droit d'action en dommages-intérêts délictuels, le créancier peut se fonder sur les deux fondements, mais il ne sera bien sûr dédommagé qu'une fois pour un seul et même dommage¹¹. En droit allemand, cela ne cause aucun problème, car les avantages qu'apporte la responsabilité contractuelle au *débiteur*, avantages que l'on doit à la jurisprudence et à la doctrine françaises sur le « non-cumul », n'existent pas en Allemagne : le critère de la faute est le même pour les responsabilités contractuelle et délictuelle, la question de la prévisibilité du dommage ramenée sur le plan de la causalité est également identique dans les deux domaines. Mais en particulier, en Allemagne, le droit de la responsabilité délictuelle – mis à part le dol – est du droit dispositif. Si les parties à un contrat ont valablement exclu leur responsabilité pour certains dommages ou les ont limités, cette limitation ne concerne pas seulement la responsabilité contractuelle, mais aussi l'action délictuelle concurrente¹². Alors qu'en France, la primauté de la responsabilité contractuelle exclut les autres responsabilités délictuelles en faveur du *débiteur* et élargit ainsi la portée de la liberté contractuelle, il y a en Allemagne une tendance contraire : les restrictions de notre droit délictuel mènent, à l'avantage du *créancier*, à un élargissement de la responsabilité contractuelle. Ceci est dû au fait qu'en droit délictuel allemand, les purs dommages patrimoniaux ne sont couverts qu'en cas de dol¹³. En particulier, le droit délictuel, contrairement au droit contractuel, ne connaît pas de responsabilité stricte pour les commettants¹⁴, et jusqu'à maintenant, malgré presque cent ans de critiques, aucun législateur allemand n'a osé y changer quelque chose. Le problème du non-cumul en droit français me semble ainsi se trouver dans le droit délictuel et non dans le droit contractuel. Ce serait sûrement surmontable si l'on statuait sur la question des dommages indemnisables par un critère commun aux deux ordres de responsabilité, et en particulier si l'on faisait le pas décisif d'étendre la limitation de responsabilité contractuelle au droit d'action délictuelle¹⁵.

D'ailleurs, le fait que le projet permette expressément le cumul des responsabilités pour les dommages corporels coïncide avec la tendance de la réforme du droit allemand des obligations de mieux protéger le lésé lorsque certains biens personnels sont violés¹⁶.

11. V. LORENZ et WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, op. cit., § 18, n° 26 et s. (« *Anspruchsnormenkonkurrenz* »).

12. BGH NJW 1985, 794, 796 ; MünchKomm, *Grundmann*, § 276, n° 37.

13. V. BGB, § 826.

14. V. BGB, § 831 ; ZWIGERT et KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3^e éd., 1996, p. 633 et s.

15. Le principe énoncé à l'article 1382 de l'avant-projet est « sérieusement » limité par l'article 1382-4 dudit document, v. « 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), rapp. préc., p. 167, n° 65.

16. V. BGB, § 199, al. 2, 253, 309, n° 7 a.

B. – L'implication d'un tiers

D'une perspective étrangère, il apparaît bien sûr très surprenant que le tiers soit protégé à travers la responsabilité contractuelle, comme en dispose l'article 1342 de l'avant-projet. Il s'agit, si je comprends bien, d'une réaction du projet à une jurisprudence très controversée des première et deuxième chambres civiles de la Cour de cassation, opposées à une jurisprudence divergente de la Chambre commerciale¹⁷. Le projet précise tout de même que le tiers ne peut avoir plus de droits découlant du contrat que la partie elle-même, c'est-à-dire qu'il est soumis à toutes les limites et conditions qui s'imposent au créancier contractuel (art. 1342, al. 1). Pour un observateur étranger, ceci montre une contradiction éclatante par rapport à la position rigide de l'article 1165 du Code civil qui institue la relativité du lien contractuel. Le fait que seulement l'article 1342, alinéa 2, de l'avant-projet mentionne la possibilité d'une responsabilité extracontractuelle est, d'un point de vue allemand mais également européen, un renversement du rapport règle/exception. À vrai dire, le droit allemand connaît en faveur du tiers des droits d'action contractuelle aussi en dehors du contrat. Mais il ne s'agit là jamais du droit de demander l'exécution du contrat (comme c'est le cas dans la stipulation pour autrui), mais d'obligations de sécurité que l'on classerait en Allemagne parmi les obligations de moyens. Ces obligations de sécurité ne vont pas non plus s'étendre simplement au tiers. Ne seront protégées que les personnes qui ont une certaine relation proche avec la partie au contrat et avec l'obligation due. L'institution juridique est connue depuis longtemps, elle est appelée « contrat avec un effet de protection pour les tiers » (« *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* »)¹⁸. Celle-ci a, pour être honnête, comme origine également la faiblesse du droit allemand de la responsabilité délictuelle¹⁹.

III. – Résumé

Permettez-moi, pour finir, de faire un court résumé. La réforme ici projetée est, dans la perspective de l'observateur allemand, tout à fait dans la tradition du Code civil et des réformes que cette œuvre unique a connues dans son histoire. Comme la réforme du droit des obligations en Allemagne en 2002, le projet a l'intention non pas d'établir une nouvelle codification, mais plutôt une « recodification ». La nouvelle systématisation du droit positif actuel rend les structures abstraites de la responsabilité contractuelle bien plus claires. À travers cette abstraction apparaissent de nombreux points communs entre le droit français et le droit allemand. Cependant, le résultat de cette réforme reste typiquement français, c'est-à-dire qu'elle se base sur la culture et l'histoire du Code civil, tout comme la réforme en Allemagne est

17. V. Cass. civ. 1^{re}, 15 déc. 1998, *Bull. civ. I*, n° 368 ; 18 juill. 2000, *Bull. civ. I*, n° 221 ; Cass. civ. 2^e, 28 mars 2002, *Bull. civ. II*, n° 67 ; Cass. com., 5 avr. 2005, *Bull. civ. IV*, n° 81, Jacques, *RLDC* 2006, p. 47 et s.

18. V. MünchKomm, *Gottwald*, § 328, n°s 96 et s.

19. V. ZWIEGERT et KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung, op. cit.*, p. 458 f ; MÜNCHKOMM, *Gottwald, op. cit.*, § 328, n°s 96-99.

typiquement allemande, c'est-à-dire qu'elle suit en grande partie la tradition du BGB. Le fait qu'un développement tellement précautionneux rapporte tant de points communs dans le contenu et dans la structure montre que ces réformes nationales sont bien préférables au développement hâtif d'un droit européen des contrats qui découle de produits artificiels comme le Cadre commun de référence²⁰ présenté par la Commission européenne ou des « principes » plus ou moins indéterminés. Sans compter le pas en arrière culturel²¹, cela ne constitue pas un progrès si l'on retombe au plan européen au niveau de certains « principes » ou de réglementations compromissaires d'un Cadre commun de référence, qui jettent par-dessus bord, sans utilité, des centaines d'années d'expérience et de systèmes fonctionnant sans atteindre de progrès qualitatifs. L'unification n'est jamais une valeur en soi. Dans ce sens, je voudrais d'un point de vue allemand vous encourager à franchir l'étape importante de cette réforme. Le Code civil sera ainsi, de nouveau, le facteur d'inspiration du développement européen du droit qu'il a toujours été et dont l'Europe a besoin. Je répète ici ce que j'ai dit dans le débat sur la réforme en Allemagne²² : les vrais conservateurs du Code sont ses réformateurs.

20. V. le plan d'action de la Commission européenne : « Un droit européen des contrats plus cohérent », COM(2003) 68 final, 12 févr. 2003.

21. V. not., Y. Lequette, *D.* 2002, chr., p. 2202.

22. V. LORENZ, *Neues Leistungsstörungen- und Kaufrecht : Eine Zwischenbilanz*, 2004, p. 36.
